



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Viktor Österberg

Radbruchs formel i teori och
rättspraxis

Examensarbete
20 poäng

Alexander Peczenik

Allmän rättslära

VT-01

Innehåll

RADBRUCHS FORMEL I TEORI OCH RÄTTSPRAXIS	1
SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	5
1.1 Gustav Radbruch och den eviga striden mellan positivism och icke-positivism	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Metod och material	6
1.4 Avgränsningar	7
1.5 Rättsbegreppet ur olika perspektiv	7
1.6 Disposition	8
2 RADBRUCHS FORMEL OM ORÄTTVISA LAGAR	9
2.1 Kort om Gustav Radbruchs person och verk	9
2.2 Radbruchs formel	9
2.2.1 Två formler: outhärdlighetsformeln och förnekelseformeln	10
2.2.2 Den negativa akten: att ogiltigförklara en lag	10
2.2.3 Den positiva akten: Radbruch och naturrätten	11
3 RADBRUCHS FORMEL I TYSK RÄTTSKIPNING	13
3.1 NS-fallen	13
3.1.1 BGHZ 16, 350 (1955). Medborgarskapslagen och äganderätten	14
3.1.2 BVerfGE 23, 98 (1968). Medborgarskapslagen och arvet	14
3.1.3 BGHZ 3, 94 (1951). Majoren och Himmlers katastroforder	15
3.1.4 BGHSt 2, 234 (1952). Gestapolagen	15
3.1.5 OLG Bamberg (1950). Informatören	16
3.2 DDR-fallen	17
3.2.1 LG Berlin v. 1.20.1992. Fallet Gueffroy: Radbruchs formel tillämpad	18
3.2.2 LG Berlin 5.2.1992. Fallet Schmidt: En rättsstatlig tolkning av GrenzG	19
3.2.3 BGH v. 3.11.92	20
3.2.3.1 Den vid tiden gällande rätten i DDR: tolkning av § 27	20
3.2.3.2 Bröt § 27 mot överpositiv rätt? Radbruchs formel tillämpad	21

3.2.3.3	Retroaktivitetsförbudet	21
3.2.4	BverfG	22
3.2.5	Sammanfattning och kritik av domstolarnas argumentation	23
4	DE KLASSISKA ARGUMENTEN FÖR OCH EMOT EN SVAG SAMBANDSTES	27
4.1	Effektivitetsargumentet	27
4.2	Förvirringsargumentet	29
4.3	Rättssäkerhetsargumentet	30
4.4	Demokratiargumentet	31
4.5	Onödighetsargumentet	32
4.6	Förtäckthetsargumentet	33
5	EXTREMT ORÄTTVISA LAGARS PÅVERKAN PÅ RÄTTSSYSTEMET SOM HELHET	34
5.1	Gränsen mellan orättvis och extremt orättvis lag	34
5.2	Enskilda normer och rättssystemet som helhet	36
5.3	Extremt orättvisa lagars påverkan på rättssystemet	37
5.3.1	Hur mycket extremt orättvis lag tål ett rättssystem?	37
5.3.2	Exemplet Nazityskland	39
6	AVSLUTNING	41
	BILAGA A	46
	LITTERATURFÖRTECKNING	47
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	50

Sammanfattning

Förord

Förkortningar

ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
DDR-GrenzG	Grenzgesetz der Deutschen Demokratischen Republik
DDR-StGB	Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik
DDR-Verf.	Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NstZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
RGA	Gustav Radbruch Gesamtausgabe
RGBL	Reichsgesetzblatt
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung

1 Inledning

1.1 Gustav Radbruch och den eviga striden mellan positivism och icke-positivism

Den klassiska striden inom rättsfilosofin mellan rättspositivismen och naturrättsläran har i en eller annan form förts i minst 2000 år.¹ I mitten av 1800-talet hade rättspositivismen kopplat ett starkt grepp om debatten. Knappast någon bekände sig längre till naturrätten och det kunde t.o.m. anses komprometterande för en jurist att på något sätt förneka rättspositivismens överlägsenhet.² Särskilt var detta fallet i Tyskland. Efter krigsslutet och det tredje rikets fall tog emellertid debatten en ny vändning. Rättspositivismen blev nu allvarligt ifrågasatt och vissa forskare (dock inte alla) har talat om naturrättsens renässans.³ Detta hade naturligtvis till stor del att göra med de fasor som upplevts och de horribla lagar som stiftats under de 12 nationalsocialistiska åren. En som upplevt detta på nära håll var den tyske professorn i rättsfilosofi Gustav Radbruch. Han kom att bli en av de främsta företrädarna för den kritik av rättspositivismen som fördes fram efter kriget.

Radbruch dog redan 1949 men hann med att ge ut en hel del skrifter efter kriget där han går till starkt angrepp på en alltför rigid rättspositivism. I sin artikel *Gerechliches Unrecht und übergesetzliches Recht* från 1946 utvecklade han den formel som skall bli föremål för behandling i föreliggande uppsats. Formeln har väckt stor uppmärksamhet i den rättsfilosofiska debatten, inte minst för att den i en rad fall använts av efterkrigstidens tyska domstolar för att underkänna giltigheten av vissa nazistiska lagar. På 1990-talet blev den återigen i högsta grad aktuell i samband med införlivandet av DDR i den tyska förbundsrepubliken och de därpå följande processerna mot de östtyska gränsvakter som skjutit ihjäl personer som försökt fly till väst. Det stycke i artikeln som utgör formeln torde vara en av de mest citerade passagera i den rättsfilosofiska litteraturen under 1900-talet.⁴

Radbruchs formel syftar till att ge ett svar på den klassiska rättsfilosofiska frågan: Vad har en oetisk lag för status? 1900-talets främsta företrädare för rättspositivismen vid sidan av Hans Kelsen var den förre professorn vid Oxford University College, H.L.H. Hart. Han är den som mest aktivt har försökt avvärja den attack på rättspositivismen som Radbruchs formel utgjort, och försvarat den skarpa åtskillnaden mellan lag och moral. Lon L. Fuller ställde sig tidigt bakom Radbruchs formel och har starkt kritiserat rättspositivismens skarpa åtskillnad

¹ Alexy 1992, 15.

² Fuller 1958, 659.

³ Paulson 1995, 489.

⁴ Dreier, H 1997, 423; Dreier, R 1993, 57.

mellan lag och moral. Under senare år har fräst Robert Alexy och Walter Ott trätt in som försvarare av formeln.

1.2 Syfte och frågeställningar

Efter det att rättspositivismen helt dominerat seklet före kriget har under efterkrigstiden alltså striden mellan det positivistiska och det icke-positivistiska rättsbegreppet återigen blossat upp. Radbruchs formel har här stått i centrum. Syftet med föreliggande uppsats är att försöka visa vilken betydelse Gustav Radbruchs formel om orättvisa lagar har haft på denna debatt. Kritiken har varit hård samtidigt som formeln vunnit stort inflytande både teoretiskt och praktiskt. Min undersökning skall försöka besvara följande frågor. Hur har de tyska domstolarna argumenterat när de använt sig av formeln? Hur har rättspositivismen genom främst Hart försvarat den strikta särskiljandeteesen och hur ser i sin tur det teoretiska försvaret för Radbruchs formel ut? Vilka är för- och nackdelarna med att praktiskt argumentera för Radbruchs formel?

Det råder en tämligen stor enighet i litteraturen om att Radbruchs formel endast kan tillämpas på enskilda rättsnormer, inte på hela rättssystem. Men vad får det för konsekvenser för rättssystemet som helhet om enskilda lagar ogiltigförklaras? Kan rättssystemet vara gällande fast det innehåller extremt orättvisa och därför ogiltiga normer? Kan det innehålla hur mycket sådan extrem orätt som helst? Här uppstår ett antal gränsdragningsproblem som måste redas ut. Var går gränsen mellan orättvis men fortfarande giltig lag och extremt orättvis och därmed enligt Radbruchs formel ogiltig lagstiftning?

1.3 Metod och material

De juridiska källor som använts hänför sig till praxis och doktrin. Materialet består av både primär- och sekundärkällor. Av klart primärrättslig karaktär är de skrifter som huvudpersonen i uppsatsen, Gustav Radbruch, har författat. Samtliga litterära källor är emellertid argumenterande texter som utgör inlägg i debatten om rätten och etiken, det positivistiska kontra det icke-positivistiska rättsbegreppet och Radbruchs formel, varför det är svårt att klart dela in materialet i primär- och sekundärkällor. Huvuddelen av materialet har av naturliga skäl publicerats i Tyskland, eftersom det framförallt (även det av naturliga skäl) är där debatten har förts. Inga översatta texter har använts, vilket för med sig nackdelen att läsaren måste dras med mina egna översättningar av viktiga definitioner och begrepp. Beträffande de mest centrala av dessa begrepp har den tyska termen fått stå kvar inom parantes.

1.4 Avgränsningar

Ur Radbruchs ovan nämnda artikel från 1946, där formeln utvecklas, har vissa forskare läst in en annan teori, närmare bestämt att det var rättspositivismen som hade gjort den tyska juristkåren totalt oförmögen att bjuda Hitlerregimen något som helst motstånd.⁵ Denna teori omnämns i litteraturen ofta som 'Radbruchs tes' (vid sidan av 'Radbruchs formel') eller 'den positivistiska tesen'.⁶ Emellertid är det i litteraturen omstritt huruvida (1) detta verkligen var Radbruchs uppfattning⁷ och (2) hur väl denna tes överensstämmer med verkligheten.⁸ Hur det förhåller sig med detta kan lämnas därhän. 'Radbruchs tes' kan enligt min uppfattning behandlas helt skilt från hans formel. Den förra är därför tämligen ointressant för min frågeställning och skall inte undersökas vidare.

Radbruchs rättsfilosofi som helhet skall inte behandlas mer än vad som är nödvändigt för förståelsen av formeln. Debatten om förhållandet mellan Radbruchs rättsfilosofi före respektive efter kriget är förvisso mycket intressant och kan vara av viss betydelse för synen på hans formel.⁹ Denna diskussion ligger emellertid lite vid sidan av uppsatsens syfte och skall därför inte behandlas mer än i förbigående. Vidare består Radbruchs formel av två delar. Formelns andra del har emellertid av skäl som kommer att framgå inte ansetts lika intressant och uppsatsen kommer därför att inskränka sig till formelns första del.

I de domstolsavgöranden som tas upp har den personliga skulden varit ett viktigt moment. Detta kommer emellertid inte att diskuteras här, eftersom det inte på något avgörande sätt påverkar användningen av Radbruchs formel. Främst har domstolarna beträffande 'personlig skuld' diskuterat de ursäktande omständigheterna 'förmans order' och 'straffrättsvillfarelse'.

1.5 Rättsbegreppet ur olika perspektiv

Viktigt att uppmärksamma i diskussionen om motstående rättsbegrepp är de olika perspektiv som kan anläggas. En distinktion mellan åskådar- och deltagarperspektivet måste göras eftersom denna distinktion spelar en avgörande roll för vilket rättsbegrepp som är ändamålsenligt. Det är inte säkert att ett och samma rättsbegrepp är lika övertygande beträffande båda perspektiven.

⁵ "Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung "Gesetz ist Gextez" den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts." Radbruch 1946/1998, 215.

⁶ Horst Dreier är t.o.m. av uppfattningen att 'Radbruchs tes' utgör en "deskriptiv del" av Radbruchs formel. Dreier, H 1991, 117ff.

⁷ För uppfattningen att Radbruch *inte* skyllde juristernas undfallenhet på rättspositivismen, se Paulson 1994, 313ff.

⁸ Det har hävdats att det snarare var med hjälp av ett naturrättsligt än ett positivistiskt perspektiv som nazisterna perverterade rätten. Sanningen ligger väl, som Kaufmann skriver, någonstans mitt emellan. Kaufmann 1995, 81. Dreier, H 1991, 120; Ott 1976, 188ff.

⁹ Se Paulson 1995.

Deltagarperspektivet – eller juristens interna synvinkel – innebär att någon deltar i diskussionen om rätten, dvs. vad rättssystemet påbjuder, tillåter och förbjuder. I centrum för deltagarperspektivet står domaren, men naturligtvis ser också rättsvetenskapsmän, advokater, åklagare och även intresserade medborgare rätten ur ett deltagarperspektiv. Det som utmärker en deltagare i rättssystemet är att hon inom ramen för detta rättssystem frågar sig vilket beslut domaren skall fatta för att fatta ett *korrekt* beslut. Ur ett åskådarperspektiv däremot frågas inte vad som i ett bestämt rättssystem vore ett korrekt beslut, utan vad som *faktiskt* blir beslutat. Lite slarvigt uttryckt kan deltagaren sägas ägna sig åt det korrekta rättsläget, medan åskådaren endast intresserar sig för det aktuella rättsläget. För en rättshistoriker, rättssociolog eller rättsetnolog vore ett deltagarperspektiv på rätten ytterst olämpligt. En rättshistoriker skulle kraftigt begränsas i sin forskning om hon ur juristens interna synvinkel skulle hävda att den romerska slavrätten inte var gällande rätt eftersom den stod i strid med vissa fundamentala rättvisepprinciper. Att ett icke-positivistiskt rättsbegrepp ur åskådarperspektivet inte kan hålla sträck är idag oomstritt. Annorlunda kan det emellertid förhålla sig ur deltagarperspektivet. Således tas i föreliggande uppsats sikte på Radbruchs formel ur *juristens interna synvinkel*, dvs. rätten sett från ett deltagarperspektiv.¹⁰

1.6 Disposition

I centrum för uppsatsen står som framgått Radbruchs formel om orättvisa lagar och jag börjar således i kapitel 2 med att redogöra för denna och dess bakgrund. I kapitel 3 skall undersökas hur Radbruchs formel blivit använd i tysk rättskipning. Kapitlet är indelat i två avsnitt: Det första behandlar fem kända rättsfall som hänför sig till nationalsocialistiska lagar och i det andra avsnittet behandlas de s.k. murskjutningsprocesserna. Som kommer att framgå har Radbruchs formel haft en avgörande betydelse i både NS- och DDR-fallen. En viss kritik av domstolarernas resonemang skall framhållas. I kapitel 4 skall sju argument diskuteras som kan föras fram för och emot en användning av formeln. Därmed har förhoppningsvis formelns påverkan på enskilda rättsnormer i någon mån blivit utredd. I kapitel 5 skall därför uppmärksamheten istället inriktas på formelns indirekta påverkan på rättssystemet som helhet. Här behandlas således förhållandet mellan den enskilda normen och rättssystemet samt olika gränsdragningsproblem som blir aktuella för bedömningen av extremt orättvis lag.

Slutligen skall i ett sista kapitel de beslutade redovisas som undersökningen gett vid handen. Med ett antal avslutande synpunkter skall återknytas till frågeställningarna.

¹⁰ Peczenik 1995, 138, 140f; Alexy 1992 53ff; Alexy 1990, 12f; Ott 1988, 337, 344.

2 Radbruchs formel om orättvisa lagar

2.1 Kort om Gustav Radbruchs person och verk

Gustav Radbruch föddes 1878 i Lübeck. Han studerade Juridik och München, Leipzig och Berlin, där han disputerade i straffrätt som lärjunge till Franz von Liszt. Han blev professor i Königsberg 1914, i Kiel 1919 och slutligen i Heidelberg 1926. Radbruchs gjorde även politisk karriär sedan han 1919 gått med i det socialdemokratiska partiet. Han var riksdagsledamot 1920-1924 och ingick även som justitieminister i två regeringar under perioden 1921-23. Efter Hitlers maktövertagande avskedades han från sin professur p.g.a. sin politiska bakgrund. Han levde så i "intern exil" till krigsslutet och NS-statens undergång, då han återinträdde som professor. Trots en allt sämre hälsa förblev han verksam till sin död 1949. Hans största och mest inflytelserika verk är *Rechtsphilosophie*, som utkom i sin tredje upplaga 1932. Detta var en kraftigt omarbetad version av hans *Grundzüge der Rechtsphilosophie* som utkom redan 1914. Efter kriget skrev han en mängd mycket uppmärksammade artiklar, varav *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* från 1946, där han utvecklar sin formel, naturligtvis måste nämnas speciellt.¹¹

2.2 Radbruchs formel

Gustav Radbruchs formel, såsom den uttrycks i hans artikel från 1946, lyder som följer:

"Konflikten mellan rättvisa och rättssäkerhet bör lösas på så vis, att företräde ges den genom lag och makt satta positiva rätten, även då denna innehållsmässigt är orättvis och icke ändamålsenlig. Detta förutsatt att den positiva lagens stridande (Widerspruch) mot rättvisan inte når en sådan *outhärdlig nivå* [min kursivering], att den är att betrakta som 'orätt' ('unrichtiges Recht') och måste ge vika för rättvisan. Det är omöjligt att dra en skarp gräns mellan de fall som måste betraktas som extremt orättvisa (gesetzlichen Unrechts) och de fall som trots sina orättvisor (unrichtigen Inhalts) fortfarande skall betraktas som gällande (geltend) lag; en annan gräns kan emellertid dras med största skärpa: *om rättvisan inte ensingång eftersträvas* [min kursivering], om likhet inför lagen (Gleichheit) - som utgör rättvisans kärna - medvetet utesluts från den positiva rätten, då är lagen inte bara 'orätt' ('unrichtiges Recht'), utan saknar överhuvudtaget rättslig karaktär. Rätten, även den positiva rätten, kan nämligen inte definieras på annat sätt än som en ordning och stadga vars själva andemening är att tjäna rättvisan."¹²

¹¹ Dreier – Paulson 1998, 235f; Dreier- Paulson 1999, 464; Dreier, H 1997,422f.

¹² Radbruch 1946/1998, 216.

2.2.1 Två formler: outhärdlighetsformeln och förnekelseformeln

Formeln består som synes egentligen av två formler. De har i litteraturen kommit att benämnas outhärdlighetsformeln och förnekelseformeln. Den sistnämnda riktar in sig på lagstiftarens vilja och är således mycket svår att använda. Lagstiftarens subjektiva vilja att skapa en orättvis lag måste bevisas vilket måste anses näst intill omöjligt. Den har heller inte fått särskilt stor uppmärksamhet i debatten och skall lämnas därhän även i min uppsats. När det hädanefter talas om Radbruchs formel, avses således endast den första formeln, outhärdlighetsformeln.

Denna första formel kan emellertid sin tur sägas bestå av två delar; en negativ och en positiv.¹³ Användandet av den första delen går ut på att fastställa att den ifrågavarande lagen är ogiltig (gezetliches Unrecht). Det handlar här alltså om en falsifiering. Den positiva delen går ut på att fastställa en överlaglig rätt (übergesetzliches Recht), som skall träda istället för den nyss förnekade lagen. Det rör sig här alltså om en verifiering.¹⁴ Jag skall nu redogöra närmare för denna indelning av Radbruchs formel.

2.2.2 Den negativa akten: att ogiltigförklara en lag

Med hjälp av en falsifiering fastställs att en lag motsäger rättvisan på en ”outhärdlig nivå”. Det är betydligt lättare och leder till säkrare resultat att genomföra en sådan falsifiering, jämfört med en verifiering. Varför är det så? Jo, det finns sedan länge en ”negativ princip” inom filosofin som säger att det är mycket lättare att erhålla kunskap om vad ett ting *inte är*, jämfört med kunskap om vad ett ting *är*. Vad ett ting är kan vi inte erhålla någon säker kunskap om. Denna tanke är tämligen väl förankrad inom filosofin och i dess extremaste form – Karl Poppers kritiska rationalism – kan vetenskapen inte positivt bevisa någonting, utan endast ägna sig åt att falsifiera uppställda teorier. Denna extremform kan lämnas därhän, men vi kan sluta oss till att en falsifiering kan åstadkommas mycket lättare än en verifiering. Således kan vi lättare konstatera vad som är orättvist än vad som är rättvist, liksom det lättare konstateras vad som *strider mot* de grundläggande mänskliga rättigheterna än vad dessa *exakt innehåller*. I allmänhet upplevs ju också ett rättviseproblem först när man stöter på en orättvisa. Ställd inför olika gränsdragningsproblem är det just bristerna i något, som människan upplever: orättvisa, otur, ofrihet, osedlighet, osanning, orätt, olikhet, osäkerhet...¹⁵

På detta sätt kan vi alltså bättre fastställa vad som *inte* utgör en rättvis lag än vad som exakt kännetecknar en sådan. Med den negativa principen är det också

¹³ Kaufmann 1995, 82.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid, 83.

möjligt att argumentera för varför det 'extremt orättvisa' nästan alltid är 'uppenbart orättvist' (extremes Unrecht, evidentes Unrecht. Se vidare 5.1). Beaktas skall också att en falsifiering av en norm innebär ett mindre hot mot rättssäkerheten än en verifiering.¹⁶

2.2.3 Den positiva akten: Radbruch och naturrätten

Den andra delen av Radbruchs formel handlar som nämnts ovan om en verifiering. Det gäller här att fastställa *vad som skall träda istället* för den rätt som underkänts, alltså en sorts överpositiv rätt. Ur Radbruchs formel i sig finns inte mycket hjälp att få. Det enda som sägs är att den orätta lagen måste vika för "rättvisan", vilket ju uppenbart inte räcker till för en verifiering. Radbruch har emellertid i behandlat denna fråga i andra arbeten och med hjälp av dessa kan bilden bli något klarare.

Monica Frommel är av uppfattningen att Radbruchs formel inte har med "överpositiv naturrätt" att göra, utan endast sätter upp gränser för "lagstiftningsmaktens immanenta gränser". Formeln skulle på detta sätt ange ett minimikrav på rättsstatlighet (dvs. rättssäkerhet och rättvisa), efter vilket lagarna kan mätas.¹⁷ Att Radbruchs formel inte skulle ha att göra med någon form av överpositiv rätt kan inte vara riktigt. Det är ju just förhållandet mellan överpositiv rätt och positiv rätt som Radbruchs formel är till för att reglera. Utan överpositiv rätt blir formeln meningslös och oanvändbar.¹⁸ I en artikel av Radbruch från 1947 står att läsa följande klara hänvisning till överpositiv rätt: "Die Rechtswissenschaft muss sich wieder auf die jahrtausendalt gemeinsame Weisheit der Antike, des christlichen Mittelalters und des Zeitalters der Aufklärung besinnen, dass es ein höheres Recht gebe als das Gesetz, ein Naturrecht, ein Gottesrecht, ein Vernunftrecht, kurz ein übergesetzliches Recht, an dem gemessen das Unrecht Unrecht bleibt, auch wenn es in die Form des Gesetzes gegossen ist".¹⁹ I en annan artikel från september 1945 talar Radbruch om "Naturrecht" och "Vernunftrecht".²⁰

Radbruchs syn på mänskliga rättigheter spelar en väsentlig roll i detta sammanhang. Dessa gäller enligt Radbruch oavsett dess stöd i positiv lagstiftning, vilket han uttrycker klart: Ett fullständigt förnekande av de mänskliga rättigheterna är 'orätt' (unrichtiges Recht).²¹ Dock ansåg han inte att de gällde klassiskt naturrättsligt, dvs. oföränderligt för alla människor för alla tider. Istället skriver Radbruch om en naturrätt med växlande innehåll, föränderlig genom tid och rum.²²

¹⁶ Ibid, 84.

¹⁷ Frommel 1993, 89.

¹⁸ Alexy 1993, 26.

¹⁹ Citerat i Tjong 1967, 246.

²⁰ Radbruch 1945/1998, 210.

²¹ Radbruch 1947/RGA3, 221ff (227). Citerad i Kaufmann 1995, 86

²² Radbruch 1949/1952, 33.

Exakt vad denna naturrätt med växlande innehåll skulle innebära är svårt att uttyda, klart är att det inte handlar om den klassiska naturrätten som gör anspråk på giltighet för alla människor i alla tider.

När man diskuterar Radbruchs förhållande till naturrätten måste man ha i minnet att *rättssäkerheten* har en mycket stark ställning i Radbruchs rättsfilosofi. Bara vid yttersta extremfall, till ”fall av flagrant brottsligt missbruk av lagen.”²³ kan en lag förklaras ogiltig. I alla andra fall måste lagen förbli giltig, även om den är orättvis. Detta eftersom rättvisa enligt Radbruch bara kan förverkligas om en mycket hög grad av rättssäkerhet är tillgodosedd.²⁴

²³ Radbruch 1949/1952, 31.

²⁴ Radbruch 1946/1998, 217.

3 Radbruchs formel i tysk rättskipning

Vid två tillfällen har de tyska domstolarna stått inför problemet att bedöma statusen av extremt oetiska lagar. Båda gångerna har rättskipningen varit tämligen heterogen och olika lösningar har avlöst varandra. Radbruchs icke-positivistiska resonemang har emellertid både efter 1945 och 1990 intagit en särställning i domstolarna. Detta avsnitt skall försöka teckna en bild av hur Radbruchs formel har använts av domstolarna för att underkänna vad som har betraktats som extremt orättvisa lagar. Beträffande NS-staten fanns ett stort antal lagar som kom ifråga för bedömningen av extrem orätt. Medborgarskapslagen som berövade judar deras statstillhörighet tillhör de mest diskuterade p.g.a. dess flagranta orättvisa redan i ordalydelsen. Vad gäller DDR har framförallt Gränslagen varit aktuell för frågan om extrem orätt. I processerna mot östtyska gränsvakter har frågan måst besvaras huruvida § 27 i nämnda lag kan grunda någon ansvarsfrihet.

3.1 NS-fallen

Det finns en mycket stor mängd rättsfall rörande tyska domstolars förhållande till nazistisk rätt efter NS-statens fall. Rättskipningen genomgick olika faser i sitt sätt att förhålla sig till problemet och olika lösningar fick under dessa faser olika stor genomslagskraft.²⁵ Radbruchs formel anammades emellertid tidigt av BVerfG, även om det unika i situationen noga påpekades och att varje lag måste prövas för sig för att avgöra huruvida rättssäkerheten just i det fallet måste vika för grundläggande rättvisepprinciper.²⁶ Jag har här valt ut fem fall. De fyra första är utvalda på grundval av deras tydliga användning av Radbruchs formel. Det sista fallet är ett i litteraturen mycket omtalat. Det stod i centrum för den debatt mellan Hart och Fuller i Harvard Law Review som kan anses ha startat den moderna diskussionen om Radbruchs formel. Fallet kan också ses som ett exempel på en naturrättslig argumentering som dock *inte* i enlighet med Radbruchs formel ogiltigförklarar en lag. Mycket kortfattat har jag i slutet av varje fall redogjort för en alternativ rättspositivistisk lösning av fallen, så som Hart helst skulle sett att domstolarna argumenterade.

²⁵ Se Laage 1989, 416ff.

²⁶ BverfGE 3, 225; 6, 132; 6, 389; Rivers 1999, 45.

3.1.1 BGHZ 16, 350 (1955). Medborgarskapslagen och äganderätten

En judinna hade utvandrat till Schweiz 1939 och därmed enligt den nazistiska medborgarskapslagen från 1941²⁷ förlorat sitt tyska medborgarskap. Enligt samma lag tillföll därmed hennes förmögenhet staten. Kvinnan hade under sin tid utomlands ett bankfack kvar i Tyskland i vilket hon förvarade värdepapper. Bankfack och värdepapper stod under hela tiden i hennes namn. Efter kriget flyttade hon tillbaks till Tyskland och begärde då att få tillbaka bankfack och värdepapper. Frågan var om hon hade förlorat äganderätten genom den automatiska expropriationen i § 3 medborgarskapslagen. Domstolen förklarade efter ett ganska komplicerat resonemang att lagen aldrig varit giltig eftersom den bl.a. bröt mot ”den överrättsliga jämviktsprincipen”.²⁸ Detta stod klart eftersom lagen på uteslutande rasistiska grunder ifråntog en viss grupp människor deras rättigheter. Enligt domstolen stod det således inte i lagstiftarens makt att åsidosätta den överrättsliga jämlikhetsprincipen. Judinnan kunde därmed kräva tillbaka värdepappren eftersom hon aldrig förlorat äganderätten.

Hart hade löst fallet annorlunda än domstolen. Judinnan skulle förklarats ha förlorat äganderätten genom den visserligen moraliskt förkastliga men giltiga och verksamma lagen. Istället för att underkänna en lag som tveklöst varit gällande borde domaren sagt: Kvinnan har visserligen en moralisk rättighet till värdepappren, men på juridiska grunder måste jag förklara egendomen förlorad.²⁹

3.1.2 BVerfGE 23, 98 (1968). Medborgarskapslagen och arvet

I detta fallet var man återigen tvungen att ta ställning till medborgarskapslagen från 1941. Frågan var här enligt vilket lands lag ett visst arv skulle förrättas. En judisk man hade strax före kriget utvandrat till Holland, varifrån han blev deporterad 1942. Hans vidare öde är inte känt och han måste antas ha gått under i ett koncentrationsläger. Eftersom han inte överlevde kriget kunde medborgarskapet inte återställas genom en efter kriget instiftad lag. Därmed blev frågan beroende av vilken status medborgarskapslagen skulle anses ha. Författningsdomstolen konstaterade att en nationalsocialistisk lag kunde förklaras ogiltig om den på ett så uppenbart sätt stod i strid med grundläggande rättvisepprinciper, att den domare som tillämpade lagen snarare skulle skipa orätt än rätt. Medborgarskapslagen förklarades vara just en sådan lag och var således att betrakta som från början ogiltig. Det faktum att den varit socialt verksamt och

²⁷ 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 (RGBL. I, S. 722ff).

²⁸ BGHZ 16, 353; Ott 1988, 337; Alexy 1999, 19

²⁹ Ott 1988, 337f

tillämpad kunde inte ge den karaktären av rätt.³⁰ Följden blev att mannen aldrig förlorat medborgarskapet och att tysk rätt således skulle reglera arvet. Det är uppenbart för alla att domstolens resonemang här bygger på Radbruchs formel. Även om hans namn inte nämns uttryckligen, hänvisas emellertid till tidigare domar där så görs.³¹ Dessutom är språkbruket Radbruchs: ”outhärdlig nivå” och ”i strid med grundläggande rättvis principer”³²

Enligt Harts teori skulle mannen enligt gällande nazistisk rätt ha förlorat sitt medborgarskap och därmed, eftersom han genom sin död inte kunnat återfå detsamma, skulle ärvts i enlighet med holländsk rätt.³³

3.1.3 BGHZ 3, 94 (1951). Majoren och Himmlers katastroforder

En major hade i krigets slutskede skjutit ihjäl en man och dennes son med stöd av en av Himmler utfärdad katastroforder från mars 1945 som berättigade alla vapenbärande män att skjuta ihjäl flyende. Frågan gällde majorens ansvar för tjänstefel och åtföljande skadeståndskrav från den efterlevande makan/mamman. Av 2 skäl förklarade domstolen att katastrofordern saknade rättslig karaktär: 1) Ordern utgjorde inte lag, 2) Även om ordern utgjort lag hade den stridit mot folkrätten och naturrätten till den outhärdliga grad att den måste förklaras ogiltig. BGH förklarade, med hänvisning till Radbruch, att rätten har sin gräns där en positiv norm motsäger rättvisan på en så outhärdlig nivå, att den är att betrakta som orätt snarare än rätt. Om den grundläggande principen om likhet inför lagen helt förnekas, saknar lagen överhuvudtaget rättslig karaktär.³⁴ Domstolen resonerar här alltså med hjälp av både outhärdlighets- och förnekelseformeln. Resultatet blir att ansvarsfrihetsgrund inte kan åberopas av majoren och skadeståndstalan måste bifallas.

Hart kommer här till samma resultat eftersom lagen inte är stiftad i enlighet med den gällande igenkänningsregeln. Om däremot så hade varit fallet hade den åtalade måst förklaras oskyldig till tjänstefel och käreandens (makan/mamman) talan ogillats.³⁵

3.1.4 BGHSt 2, 234 (1952). Gestapolagen

De tilltalade hade som Gestapomän medverkat vid deportering av judar. Åtal väcktes för medhjälp till frihetsberövande. Till försvar för sina handlingar

³⁰ BverfGE 23, 98 (106); jfr Dreier 1981, 190; Ott 1988, 338f; Alexy 1999, 18.

³¹ BGHZ 9, 34 (44); 10, 340 (342); 16, 350 (354); 26, 91 (91). Se Alexy 1999, 18.

³² ”Unerträgliches Mass”, ”Widerspruch zur Gerechtigkeit”.

³³ Ott 1988, 338f

³⁴ BGHZ 3, 94 (107); Ott 1988, 339.

³⁵ Ott 1988, 339f

åberopade de en förordning från 1933 till skydd för folk och stat,³⁶ som utgjorde rättslig grund för Gestapos verksamhet. Denna lag kunde emellertid enligt domstolen inte rättfärdiga de handlingar Gestapo genomfört. Enligt det allmänna rättsmedvetandet kan nämligen ingen lag strida mot rättens kärnområde. Detta kärnområde innebär, resonerade domstolen, vissa oantastliga grundsatser som genom vissa gemensamma grundvärderingar har utvecklats hos kulturfolken. Rättens kärnområde är rättsligt bindande oavsett om en nationell regel tycks strida mot det.³⁷ Härigenom kunde de åtalade inte ursäktas genom att de sa sig vara omedvetna om det brottsliga i judedeporteringen.³⁸ Domstolen diskuterade även retroaktivitetsproblemet. Utslaget utgjorde inte retroaktiv strafflagstiftning eftersom de fundamentala och oumbärliga grundprinciperna för mänsklig samlevnad inte kunde vara okända för de tilltalade. Särskilt som de var uppväxta i ett samhälle utan förvirrande och förgiftande nazipropaganda, borde de känt till rättens oantastbara kärnområde så som det utvecklat sig hos kulturfolken.³⁹

Hart skulle här anse att de åtalade måste frikännas eftersom Gestapoförordningen gällde oinskränkt som rättsgrund för den i och för sig moraliskt förkastliga judedeportationen. Bestraffning är emellertid möjlig med en öppet retroaktiv lag. Då måste emellertid observeras de grundlagshinder som kan finnas för detta, t.ex. i Tyskland GG art. 103 II eller i Sverige RF 2:10⁴⁰

3.1.5 OLG Bamberg (1950). Informatören

En kvinna som ville bli av med sin man angav denne till myndigheterna när han under en permission från fronten uttryckt sig nedlåtande om Hitler. I enlighet med en lag som straffbelade sådana yttranden dömdes mannen till döden, men avrättades aldrig utan skickades istället tillbaks till fronten. Kvinnan åtalades efter kriget för olovligt frihetsberövande, men förnekade att hon skulle begått något brott eftersom hennes upplysningar samt gripandet av hennes man var helt i enlighet med den då gällande nazistlagen.⁴¹ Domstolen förklarade att mannens dödsdom i och för sig var riktig eftersom lagen på vilken domen byggde inte kunde förklaras ogiltig. (Alexy 1992, 102) Lagen kunde inte underkännas eftersom den bara reglerade en underlåtenhet, nämligen att tåga, och således inte vara uppenbart naturrättsvidrig. Kvinnan fälldes emellertid istället genom en komplicerad och omstridd konstruktion av medelbart gärningsmannaskap.⁴²

³⁶ Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze von Volk und Staat v. 28.2.1933.

³⁷ BGHSt 2, 234 (237); Ott 1988, 341.

³⁸ BGHSt 2, 234 (242); Ott 1988, 341.

³⁹ BGHSt 2, 234 (239); Ott 1988, 341.

⁴⁰ Ott 1988, 340.

⁴¹ Fallet behandlas av flera författare: Hart 1958, 618f; Alexy 1992, 102; Fuller 1958, 652ff.

⁴² Domstolen menade att ett medelbart gärningsmannaskap var straffbart även då den omedelbare gärningsmannen, i detta fall domstolen som dömt mannen till dödsstraff, inte hade begått något brott.

Angivandet bedömdes rättsstridigt eftersom det ”stred mot alla anständiga människors skälighets- och rättviseuppfattning”.⁴³

Fallet är komplicerat, vilket kan understrykas med att Hart då han först refererade det i sin artikel från 1958 missförstod domen på så sätt att han trodde domstolen ogiltigförklarat lagen. Han rättade sedan till sitt misstag.⁴⁴ Hart förstår i och för sig syftet med att straffa kvinnan för hennes extremt omoraliska handling och ställer sig också bakom detta, men anser att det borde skett genom en öppet retroaktiv lagstiftning. Hur avskyvärt det än är med retroaktiva straff skulle denna lösning åtminstone varit mer uppriktig.⁴⁵

3.2 DDR-fallen

Från Berlinmurens resning morgonen till den 13 augusti 1961 till dess fall 1989 uppskattas 201 personer ha dödats vid sina försök att fly över den tysk-tyska gränsen. Över 4000 incidenter är kända där östtyska gränsvakter öppnade eld för att förhindra flyktförsök.⁴⁶ Efter DDR-statens fall ställdes ett antal gränssoldater inför rätta i det återförenade Tyskland. De tilltalade hävdade att deras eldöverfall mot flyende hade stöd i den östtyska Gränslagens § 27. Återigen stod tyska domstolar inför frågan vad en ytterst oetisk lag har för status. I det här avsnittet avser jag redogöra för hur rättskipningen löste frågan den här gången och i vilken utsträckning argumentationen involverade Radbruchs formel.

Enligt det återföreningsfördrag som slöts mellan DDR och BRD kan handlingar begångna i DDR bara bestraffas om de var straffbara enligt den vid tiden gällande lagen i DDR. Om en sådan straffbarhet kan konstateras skall sedan den rätt användas, DDR- eller BRD-rätt, som är mest fördelaktig för den tilltalade. Den fråga de tyska domstolarna ställdes inför var således huruvida dödsstraffningarna vid muren var straffbara enligt DDR-lag. Om inte, måste de tilltalade gränssoldaterna frikännas.

Sakförhållandena vid murskjutningarna utgjorde enligt §§ 112, 113 DDR-StGB antingen mord eller dråp. Emellertid var handlingarna ändå inte straffbara om de var tillåtna enligt någon rättfärdighetsgrund. Möjlig rättfärdighetsgrund utgjordes av § 27 DDR-GrenzG. Denna bestämmelse tillät eldgivning för att hindra en förestående brottslig handling. Att försöka fly över gränsen till väst utgjorde i DDR enligt § 213 DDR-StGB ett brott. Härigenom kom tolkningen av § 27, och de konsekvenser som följer av en viss tolkning, att stå i centrum för domstolarnas bedömning. Som vi kommer att se får detta också konsekvenser för processernas andra huvudproblem; förbudet mot retroaktiv strafflagstiftning.

⁴³ OLG Bamberg, I: Süddeutsche Juristenzeitung 1950, Sp. 207. Citerad i Alexy 1992, 103

⁴⁴ Hart 1961, 234

⁴⁵ Hart 1958, 219

⁴⁶ Rivers 1999, 40.

3.2.1 LG Berlin v. 1.20.1992. Fallet Gueffroy: Radbruchs formel tillämpad

Den 6 februari sköts DDR-medborgaren Gueffroy till döds vid ett flyktförsök över Berlinmuren. Den tilltalade H. hade i sin egenskap av gränsvakt försökt hindra flykten genom att på 40 meters avstånd skjuta mot den flyende. Skottet träffade i hjärtat och Geuffroy dog inom ett par minuter. Den 20 januari 1992 dömdes H. för dråp, i den första domen rörande dödsskjutningarna vid Berlinmuren. LG Berlin konstaterade i tur och ordning följande.

§ 27 GrenzG kan visserligen i enlighet med ordalydelsen ge intrycket av att vara en lag som motsvarar rättsstatliga principer om proportionerlig våldsanvändning. Den bestämmelse i den västtyska gränslagen som reglerade användning av skjutvapen var inte alldeles olik § 27 GrenzG. En blick på hur lagen tolkades och implementerades av gränsregimen gav emellertid en helt annan bild av rättsläget. Direktiven till gränssoldaterna lämnades medvetet vaga, dock insinuerades att ingen flyende fick lyckas med sitt försök och att detta till varje pris måste förhindras. Domstolen skriver: ”So musste und konnte bei vielen Soldaten der Eindruck entstehen, dass ein toter Flüchtling allemal besser sei als ein entkommener Flüchtling mit der Folge, dass ihre Hemmschwelle, mit der Maschinenpistole auf unbewaffnete Menschen zu schießen, herabgesetzt war.”⁴⁷ Dessutom förekom det aldrig att en dödsskjutning utreddes för att konstatera att den varit lagenlig. Tvärtom belönades alla de gränssoldater som skjutit ihjäl flyende med pengapremier och extra semester. Domstolen tolkade alltså GrenzG i enlighet med det faktiska rättsläget i DDR, inte i enlighet med lagens ordalydelse.⁴⁸ Frågan blev då om denna rätt – att döda personer som ville lämna sitt land – kunde accepteras och därigenom grunda ansvarsfrihet åt gränssoldaterna. Med hänvisning till bl.a. fallet med gestapolagen⁴⁹, konstaterades att det i rättspraxis hade accepterats att det fanns ett rättens kärnområde som i enlighet med det allmänna rättsmedvetandet inte kunde inskränkas av den lagstiftande makten. Med en direkt hänvisning till Radbruchs outhärdlighetsformel förklarade domstolen att DDR-GrenzG, så som den tolkades och tillämpades i DDR vid tiden för dödsskjutningarna, stred mot fundamentala grundprinciper om rätten till liv.⁵⁰ § 27 var således att anse som från början ogiltig. Den kunde därmed ignoreras och gränsvakterna kunde dömas för dråp enligt den östtyska strafflagen (DDR-StGB).

Tämligen ytligt diskuterades också retroaktivitetsproblemet i domen. Detta ansågs inte hindra en bestraffning av gränssoldaterna. Eftersom BverfG⁵¹ uttryckligen

⁴⁷ LG Berlin 20.1.92 = JZ 1992, 691 (692).

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ BGHSt 2, 234. Se ovan 3.1.4

⁵⁰ LG Berlin 20.1.92 = JZ 1992, 691 (693).

⁵¹ Domstolen hänvisade här till BverfGE 3, 225 (232) där Radbruchs formel citeras i sin helhet.

accepterat Radbruchs formel och att materiell rättvisa i svåra fall måste väga tyngre än rättssäkerheten, kunde ogiltighetsfallen inte anses strida mot retroaktivitetsförbudet.⁵²

Detta första murfall innehåller alltså en explicit användning av Radbruchs formel. § 27 GrenzG underkändes genom sina fundamentala avvikelser från rättvisan. Lagen hade uppnått den 'outhärdliga nivån' i Radbruchs mening.

3.2.2 LG Berlin 5.2.1992. Fallet Schmidt: En rättsstatlig tolkning av GrenzG

Natten till 1 december 1984 försökte DDR-medborgaren Schmidt att fly över Berlinmuren till väst. Två gränssoldater upptäckte honom och sedan rop och varningsskott förblivit ohörda öppnade de på 110 respektive 150 m avstånd automateld. Schmidt, som då hade då hunnit upp till murkrönet, träffades i ryggen och dog på ett polissjukhus tre timmar senare. Hade han fått snabbare läkarhjälp (det dröjde två timmar innan han fick läkarhjälp) hade han med största säkerhet överlevt.⁵³ De två tilltalade gränsvakterna W och H fälldes, i denna andra murskjutningsdom, liksom sina kollegor i fallet Geuffroy för dråp. Dock med en helt annan motivering än i det första fallet.

I motsats till det första fallet tolkade domstolen § 27 i enlighet med sin ordalydelse och de deklARATIONER om fundamentala mänskliga rättigheter som DDR-regimen hade ratificerat. Till sin ordalydelse är GrenzG proportionerlig i sitt rättfärdigande av våld, som nämnts inte olik den gränslag som gällde i Västtyskland. I denna tolkning, som alltså utesluter den tolkning och tillämpning av lagen som faktiskt gällde under DDR-tiden, kan lagen naturligtvis inte betraktas som extremt orättvis. Den kan emellertid inte heller grunda någon ansvarsfrihet för de gränsvakter som inte följt den proportionerliga våldstrappan i enlighet med lagens ordalydelse (dvs. de allra flesta fall). Därmed var det fritt fram att tillämpa DDR-statens straffbestämmelser för dråp (DDR-StGB § 213).

Likheten mellan ordalydelsen i § 27 DDR-GrenzG och den västtyska gränslagen gav alltså LG Berlin i detta fall anledning att tolka § 27 i ljuset av rättsstatliga principer. Resultatet blev att dödsskotten mot Schmidt redan vid tiden för dådet var straffbara. De tilltalade skulle inte ha använt automateld utan ett mer proportionerligt medel i syfte att stoppa flykten. Att beröva den flyende livet kunde aldrig vara ett tillåtet medel att stoppa flykten. Att verkligheten i DDR såg annorlunda ut måste man enligt domstolen bortse ifrån. En lag, som gör sken av att vara rättsstatlig till sin karaktär måste också tolkas efter rättsstatliga principer.⁵⁴

⁵² LG Berlin 20.1.92 = JZ 1992, 691 (694).

⁵³ LG Berlin 5.2.1992 = NstZ 1992, 492 (493)

⁵⁴ LG Berlin 5.2.1992 = NstZ 1992, 492 (494)

Med domstolens rättsstatsresonemang slipper den ifrån problemen med extrem orätt och retroaktivitet. BGH har här ingen användning för Radbruchs formel, eftersom lagen inte ens på DDR-tiden utgjorde någon rättfärdighetsgrund. De båda huvudproblemen faller därmed bort i ett slag.

Eftersom de tilltalade inte hade följt våldstrappan som stadgas i lagen, utan öppnat automateld utan att först försöka med enstaka skott mot benen, kunde de inte åberopa stöd i § 27 GrenzG. De saknade således ansvarsfrihetsgrund och kunde dömas för dråp enligt § 213 DDR-StGB.

3.2.3 BGH v. 3.11.92

De båda domarna i LG Berlin utvecklade som vi sett två helt olika tolkningar av DDR-GrenzG. Den första argumenterade för att lagen måste tolkas som den implementerades dvs. så som DDR-regimen tolkade den vid tiden för murincidenterna. Den andra menade att lagen måste tolkas med rättsstatliga förtecken., dvs. så som DDR-regimen ville att väst skulle tro att den tolkades.⁵⁵ I sitt första avgörande från 3.11.1992, som fortfarande är ledande, utvecklade BGH en tredje argumentationsväg, som till viss del kan sägas kombinera de två tolkningarna i LG-fallen. Klart är dock att Radbruchs formel accepterades som grund för att ogiltigförklara GrenzG.⁵⁶

3.2.3.1 Den vid tiden gällande rätten i DDR: tolkning av § 27

Domstolen börjar med att besvara frågan om den vid tiden gällande rätten i DDR, dvs. hur § 27 GrenzG skall tolkas. Även om bara ordalydelsen tilläts påverka tolkningen så kunde gränssoldaterna finna stöd i lagen för sina dödsskjutningar. Det var klart uttryckt i § 27 att flykt skulle förhindras, om nödvändigt med vapenmakt (§27 abs. 2 satz 1). Vid bruk av skjutvapen skulle den flyendes liv ”om möjligt”⁵⁷ sparas, alltså inte ovillkorligen eller i samtliga fall. Om inget annat medel stod till buds för att hindra en förestående flykt, föll således en avsiktlig dödsskjutning in under lagens ordalydelse.⁵⁸ Förutsättning för denna tolkning är emellertid, fortsatte domstolen, att avvägningen mellan den flyendes liv och målet att hindra flykten utföll till fördel för det senare. Detta kunde emellertid inte utläsas i lagen, utan fick avgöras med hjälp av lagens implementering under DDR-tiden. Således kom domstolen, efter en grundlig analys av hur lagen faktiskt tolkades under denna tid, fram till att rättsläget i DDR varit sådant att § 27 grundade en ansvarsfrihet för de båda tilltalade.

⁵⁵ Jfr Rivers 1999, 50

⁵⁶ Senare rättsskipningi BGH har förtydligat domstolens inställning och en ännu tydligare betoning har lagts på Radbruchs formel. Se Rivers 1999, 52

⁵⁷ ”[N]ach Möglichkeit zu schonen”. GrenzG § 27 abs. 5.

⁵⁸ BGHSt 39, 1 = NJW 1993, 141 (143).

3.2.3.2 Bröt § 27 mot överpositiv rätt? Radbruchs formel tillämpad

Om § 27 gav de tilltalade ansvarsfrihet, var deras handlingar vid tiden för utförandet inte olagliga. De måste då i enlighet med återföreningsfördraget frikännas (se ovan 3.2), såvida inte ansvarsfrihetsgrunden i GrenzG kunde underkännas p.g.a. en extrem kränkning av allmänna rättsprinciper. Det är emellertid just vad domstolen gör när den i detta läge i argumenteringen applicerar Radbruchs formel. En ansvarsfrihetsgrund kan bryta mot en högre rättsprincip och får därmed lämnas utan avseende, bara om den uppenbart utgör ett brott mot grundläggande rättvisetankar och människorätt. Brottet måste väga så tungt, att det strider mot alla nationer och folks rättsliga övertygelser om människans värde och värdighet. Motsatsen mellan den positiva lagen och rättvisan måste nått en sådan outhärdlig nivå, att lagen måste vika för rättvisan.⁵⁹ Med detta resonemang anammade domstolen ordagrant Radbruchs formel. Domstolen påpekade därefter att formeln skapades för den speciella situationen efter NS-statens sammanbrott och att det inte var lätt att föra över den till det föreliggande fallet. Det gick inte att jämföra de nationalsocialistiska massmorden med dödsskjutningarna vid Berlinmuren. Emellertid, hävdade domstolen, förblir de insikter som vanns efter NS-statens fall helt intakta, nämligen, att det vid bedömningen av dåd begångna i statens namn, alltid måste ifrågasättas om staten har gått över den yttersta gräns som i varje land är satt för den.⁶⁰ Därmed blev nästa steg att reda ut huruvida denna tröskel hade nåtts i det aktuella fallet.

Hur detta mäts eller avgörs är självklart en av de mest omstridda frågorna beträffande Radbruchs formel, och den skall ägnas mer uppmärksamhet nedan (5.1). Domstolen argumenterade med mänskliga rättigheter som måttstock, och då i synnerhet artikel 6 och 12 i FN-stadgan om de mänskliga rättigheterna. Artikel 6 skyddar rätten till liv och artikel 12 rätten till rörelsefrihet. Det skall påpekas att domstolen inte försökte avgöra huruvida dessa artiklar var bindande för DDR-staten (som visserligen hade tillträtt konventionen 1972). Referenserna till olika mänskliga rättigheter tjänade snarare att ge Radbruchs formel mer innehåll och substans, dvs. för bedömningen huruvida den tröskel som finns inbyggd i formeln hade uppnåtts⁶¹.

3.2.3.3 Retroaktivitetsförbudet

Nästa fråga för domstolan blev retroaktivitetsproblemet. Bara den handling kan bestraffas, som var straffbar vid tiden för dess genomförande. Detta är i tysk rätt

⁵⁹ BGHSt 39, 1 = NJW 1993, 141 (144).

⁶⁰ BGHSt 39, 1 = NJW 1993, 141 (145).

⁶¹ BGHSt 39, 1 = NJW 1993, 141 (145f).

stadgat i art 103 abs. 2 GG.⁶² I diskussionen om retroaktivitetsförbudet tar domen en oväntad vändning som blivit starkt ifrågasatt. Domstolen, som dittills inte accepterat LG Berlins rättsstatliga tolkning av § 27 GrenzG, börjar nu resonera just i sådana termer och frågar sig om det inom ramen för rättssystemet i DDR – i motsats till vad som faktiskt skedde – hade varit möjligt att tolka lagen i enlighet med mänskliga rättigheter och rättsstatliga principer. Frågan besvaras jakande. Art. 30 abs. 1 i DDRs grundlag skyddade rätten till liv och art 30 abs. 2 samma lag tillät endast proportionerliga ingrepp i denna rätt.⁶³ Om § 27 GrenzG tolkades i ljuset av dessa bestämmelser skulle de allra flesta murskjutningar sakna ansvarsfrihetsgrund och var således redan på den tiden straffbara. Denna tolkning var enligt domstolen den korrekta och härifrån skulle utgångspunkt tas för frågan om straffbarhet förelåg redan på DDR-tiden.⁶⁴ Eftersom § 27 kunde ha tolkats på det korrekta sättet redan inom ramen för rättssystemet i DDR, kunde en fällande dom inte stå i strid med retroaktivitetsförbudet.

Genom denna vändning i domen har domstolen alltså valt att argumentera i enlighet med två diametralt skilda tolkningsinriktningar. Denna dubbla argumentering är svår att förstå. De båda lösningarna tycks ju vara alternativ och inte, som domstolen tycks mena, komplement. Julian Rivers har försökt rekonstruera domstolens motiv för denna dubbelhet och lagt fram en tämligen plausibel förklaring.⁶⁵ Domstolen påstod aldrig att § 27 var 'ogiltig', endast att den p.g.a. dess 'fundamentala orättvisa inte kunde ha någon ansvarsfrihetsgrundande effekt'. Domstolen, hävdar Rivers, har insett att Radbruchs formel vid en applicering på det aktuella fallet blir alltför grovmaskig. För om § 27 är ogiltig i sin helhet skulle inte heller de insatser vid muren, som gjordes i enlighet med rättsstatliga proportionalitetsprinciper i lagens ordalydelse, kunna anses lagenliga. Handlingar som är tillåtna enligt västtysk gränslag skulle då vara straffbara när de utfördes av DDR-gränssoldater. Det var denna oacceptabla följd av en ogiltighetsförklaring som domstolen ville undvika genom sin dubbla argumentering. Istället fokuserade domstolen på orättvisan i en viss tolkning av § 27, inte giltigheten av lagtexten. Därmed skulle en gränssoldat som agerade i enlighet med en rättsstatlig tolkning av § 27 kunna frikännas. Rättsstatstolkningen av § 27 tjänar på detta sätt som en ansvarsfrihetsgrund åt den proportionerligt handlande gränsvakten, inte som ytterligare ett sätt att i efterhand kriminalisera den *icke* rättsstatsenligt handlande gränssoldaten.

3.2.4 BverfG

Hur såg då författningsdomstolen på saken? Står användandet av Radbruchs formel i strid med retroaktivitetsförbudet som finns inskrivet i den tyska grundlagen? Domstolen resonerade enligt följande.

⁶² För den svenska regleringen se RF 2:10.

⁶³ BGH 39, 1 = NJW 1993, 141 (146).

⁶⁴ BGH 39,1 = NJW 1993, 141 (148).

⁶⁵ Rivers 1999, 52.

Till att börja med konstaterades att retroaktivitetsförbudet var ett uttryck för rättsstaten. Varje brott måste i förväg blivit formulerat i lag för att grunda en straffbarhet. Härigenom säkrades rättssäkerheten, statsmakten bands till lagen och förtroendet för lagen skyddades. Även omtolkningar av lag föll under retroaktivitetsförbudet. Det absoluta skyddet mot retroaktivitet är emellertid, fortsatte domstolen, under vissa omständigheter begränsat. Det strikta förutsebarhetsskyddet förutsätter det normala fallet med rättsstat, demokrati, maktindelning och skydd av fundamentala mänskliga rättigheter. I sådana fall uppfyller strafflagen vissa minimikrav på materiell rättvisa. DDR-GrenzG innebar emellertid så extrema orättvisor i det att den tillät gränssoldater att skjuta på oskyldiga och obehäpnade flyktingar, att tilliten till lagen inte var värd att upprätthållas. I den mycket speciella situation som var för handen förbjöd kravet på materiell rättvisa att § 27 GrenzG fick användas som ansvarsfrihetsgrund. Det strikta skyddet för medborgarens förtroende för lagen måste träda tillbaka.⁶⁶

Författningsdomstolen hävdade således att BGHs applicering av Radbruchs formel samt de måttstockar i fundamentala mänskliga rättigheter som användes för att konstatera extrem orätt, var författningssensliga.⁶⁷

3.2.5 Sammanfattning och kritik av domstolarnas argumentation

Mycket kortfattat kan domarna sammanfattas enligt följande. I fallet Geuffroy används Radbruchs formel explicit och utan förbehåll. GrenzG utgjorde extrem orättvis lagstiftning och förtjänade ingen respekt och skulle vägrats lydnad av den enskilda gränssoldaten. I fallet Schmidt skalar domstolen bort gränspraxisen i DDR och tolkar lagen som om den verkade i en rättsstat, med följden att den inte kunde grunda någon ansvarsfrihetsgrund ens på DDR-tiden. BGH applicerar Radbruchs formel för att ogiltigförklara ansvarsfriheten i § 27 som varandes extrem orätt, men faller tillbaka på rättsstatstolkningen när det blir fråga om retroaktivitetsförbudet. BverfG godkänner, i den extrema situationen, Radbruchs formel som författningssenslig och begränsar på så vis retroaktivitetsförbudet till att inte omfatta extrem orätt.

Huvudproblemet i samtliga processer är som framgått användandet av Radbruchs formel. Frågan är om den stiftade och socialt verksamma rätten kan undanröjas genom en högre ordning baserad på mänskliga rättigheter. Samtliga domar kan från olika utgångspunkter kritiseras.

LG Berlin: Fallet Geuffroy

⁶⁶ BverfGE v. 24.10.1996 = JZ 1997, 142 (144).

⁶⁷ BverfGE v. 24.10.1996 = JZ 1997, 142 (145).

Mot LG Berlins första avgörande har framförallt Ralf Dreier gått i polemik.⁶⁸ Han stöder istället den rättstatstolkning som valdes i fallet Schmidt. Om § 27 GrenzG i enlighet med Radbruchs formel förklaras ogiltig kan frågas: Exakt vilken norm ogiltigförklaras? Lagens bokstav bygger på proportionalitet och kan inte i sig vara extremt orättvis. Praxis avvek på ett kraftigt och skandalöst sätt mot lagens bokstav. Regimens praxis kan därför inte tillräknas lagen på det sätt som LG Berlin här gör. Istället måste praxisen sägas utgöra en ”institutionaliserad exess”. Det är denna – inte lagen i sig – som strider outhärdligt mot rättvisan. § 27 är en ansvarsfrihetsgrund och rycks den bort konfronteras man med olösliga retroaktivitetsproblem. Dessutom måste syftet med § 27 GrenzG tas i beaktande. Syftet var att motverka en ”medborgerlig åderlätning” av DDR, vilket måste vägas mot medborgarnas rörelsefrihet. Den socialistiska idén var en sedan århundraden diskuterad rättviseside som i DDR försökte uppnås. Offren visste vidare att de tog en risk och det kan t.o.m. anföras ett visst mått av osolidaritet i att få uppfostran och utbildning i en stat och sedan lämna den utan vidare.⁶⁹ Dessutom rådde ett kallt krig vilket krävde vissa åtgärder som i ett normalt läge inte skulle behövas. Sammantaget kan det inte vara fråga om att § 27 GrenzG var extrem orätt.

LG Berlin: Fallet Schmidt

Att som LG Berlin i fallet Schmidt tolka bort det faktiska rättsläget till förmån för lagens yttre sken är en förtäckt retroaktivitet genom tolkning som inte kan accepteras. Inte bara ordalydelsen utgör den positiva rätten. Därtill hör tvärtom även interpretativ praxis. Gränsvakternas handlingar var utan tvivel täckta av § 27. Dessutom var antagligen skjutningarna täckta även genom ordalydelsen i § 27. Att tolka ordalydelsen så är inte bara en möjlighet, utan snarare den faktiska tolkningen av § 27 vid tiden för dådet i DDR. Till syvende och sist handlade det i DDR om en avvägning mellan rätt till liv och statsgränsens okränkbarhet. Denna avvägning föll ut till fördel för det senare.

Domstolen låtsas resonera enligt rättspositivistiska grundprinciper och hålla överpositiv rätt utanför argumentationen. Men förstår man DDR-rätten endast som lagens bokstav blir bara ett skal kvar av det egentliga rättsläget. Man skapar därmed ett rättsläge som aldrig fanns⁷⁰. Att på detta sätt dölja det naturrättsliga resonemanget är oärligt.

BGH

BGH grundar sin tes att extrem orätt föreligger väsentligen med hänvisning till FN-stadgan om mänskliga rättigheter. Detta är enligt Alexy inte tillräckligt. Mänskliga rättigheter kan och måste visserligen användas som måttstock på extrem orätt, det

⁶⁸ Dreier, R 1993, 62ff

⁶⁹ För en annan uppfattning om detta, med hänvisning till Kant, se Hruschka 1992, 666.

⁷⁰ Jfr Frommel 1993, 82

hävdade även Radbruch.⁷¹ Som framgått finns det emellertid tolkningsproblem med mänskliga rättigheter och dessutom kan inte alla brott mot FN-stadgan om mänskliga rättigheter karaktäriseras som extrem orätt. (se vidare 5.1) Faran i BGHs resonemang är att frågan om den extrema orättens måttstockar omformuleras till att bara gälla huruvida FN-stadgan om mänskliga rättigheter var positiv rätt i DDR, vilket domstolen med rätta redan hade avfärdat. BGHs grunder för klassificering av murfallen som extrem orätt måste således utvidgas.⁷²

BGH föreslår en mycket snäv tolkning av undantaget i art. 6 IPBPR om rätten till liv, dvs. ett ingrepp i rätten till liv får inte vara godtyckligt ("arbitrarily"). BGHs uttalande är inte helt klart. Krävs en direkt fara för liv för att skjutvapen får användas eller räcker det med en indirekt fara för landet av typen knark- eller vapensmugglare? Extrem orätt kan knappast hävdas vid varje eldgivning vid en statsgräns, om inte livet riskeras för den som blir beskuten.⁷³

Det kan också hävdas att BGHs rättstatsresonemang utgör en förtäckt retroaktivitet. Här gör sig samma invändningar gällande som i fallet Schmidt.

Om Rivers tolkning av domen är riktig, dvs. att BGH kombinerar de två olika tolkningarna av § 27 eftersom man inte ville fälla proportionerligt handlande gränsvakter för dråp, kan följande invändas. Det är inte riktigt att en ogiltighetsförklaring av GrenzG skulle rycka undan ansvarsfriheten även för de proportionerliga skjutningarna (som inte skulle ansetts straffbara ens i BRD). Användandet av Radbruchs formel leder inte till att hela lagen faller bort, utan endast de delarna som rättfärdigade extrem orätt. Ansvarsfrihetsgrunden för de murskjutningar som inte kan anses som extremt orätta kvarstår. Därmed faller Dreiers⁷⁴ och Rivers⁷⁵ invändningar att brott mot retroaktivetsförbudet föreligger för de gränssoldater vars handlingar visserligen kan betraktas som orätta, men inte extremt orätta.⁷⁶

BverfG

Märkligt är att författningsdomstolen insisterar på att retroaktivetsförbudet är absolut samtidigt som man konstruerar ett klart undantag. Domen kan inte förstås på annat sätt än att art. 103 abs. 2 begränsas, vilket var en klar ändring av det gällande rättsläget. Det kan inte betvivlas att retroaktivetsförbudet innan fallet kom till BverfG tolkats som absolut och oinskränkbart. Författningsdomstolens

⁷¹ "die Arbeit der Jahrhunderte hat doch einen festen Bestand [an natur- oder Vernunftrecht] herausgearbeitet, und in den sogenannten Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte mit so weitreichender Ubereinstimmung gesammelt, dass in Hinsicht auf manche von ihnen nur noch gewollte Skepsis den Zweifel aufrechterhalten kann." Radbruch 1945/1998, 210.

⁷² Alexy 1993, 27

⁷³ Ibid, 28

⁷⁴ Dreier, R 1993, 67f

⁷⁵ Rivers 1999, 52f

⁷⁶ Alexy 1993, 33

resonemang gick (i enlighet med Radbruchs formel) ut på att sätta rättssäkerheten och rättvisan emot varandra. Denna motsättning kan ifrågasättas; retroaktivitetsförbudet kan anses utgöra en del av rättvisan. En öppen författningsändring hade kanske varit att föredra, med åtföljande samhällsdebatt och demokratisk förankring.⁷⁷ Dessutom är det högst tvivelaktigt att låta rättssäkerheten stå tillbaka för en materiell rättvisa. Rättsstaten hade krävt ett absolut upprätthållande av retroaktivitetsförbudet, såsom rättsstatens triumf.⁷⁸

⁷⁷ Dreier, H 1997, 432

⁷⁸ Jakobs 1994, 16ff

4 De klassiska argumenten för och emot en svag sambandstes

Herbert Hart formulerade i sin kända artikel i *Harvard Law Review* 1958⁷⁹ ett antal invändningar mot sambandet mellan rätt och moral så som han upplevde att det kom till uttryck i Radbruchs formel. Dessa invändningar utvecklades sedan i hans bok *The Concept of law* från 1961 och efter Hart har framförallt Norbert Hoerster och Ingeborg Maus fört vidare och utvidgat hans argument.⁸⁰ Invändningarna försöker påvisa fördelarna med ett rättsbegrepp utan moraliska inslag och farorna som ligger i en sambandstes av typen Radbruchs formel. Den rättspositivistiska argumenteringen har emellertid inte fått stå oemotsagd. Framförallt Robert Alexy har presenterat ett starkt försvar för Radbruchs formel. Jag skall i detta kapitel redogöra för de mest klassiska argumenten som förts fram emot formeln samt hur dessa har bemötts av Radbruchs försvarare.

4.1 Effektivitetsargumentet

Hart hävdar att Radbruchs formel inte alls på det sätt som avses utgör ett effektivt vapen mot orättvisa lagar utan tvärtom kan underlätta sådana. Inom ramen för effektivitetsargumentet kan två olika teser urskiljas. Den ena, naivitetstesen,⁸¹ påtalar det naiva i tron att ett rättsteoretiskt begrepp i realiteten skulle ha någon verkan mot orättvisa lagar. Den andra tesen, nedan kallad legitimeringstesen, säger att Radbruchs formel kan borga för en okritisk legitimering av lagstadgade orättvisor. Jag skall här utveckla båda.

Naivitetstesen har fått sin benämning efter Harts uppfattning att Radbruch är häpnadsväckande naiv i sin tro att en rättsteoretisk definition (i detta fall en icke-positivistisk rättsformel) skulle kunna göra människor mer eller mindre motståndskraftiga mot extremt orättvisa lagar.⁸² Enligt Hart överskattar Radbruch de verkningar rättsfilosofer har på medborgare och jurister. Som om rättsfilosofi kunde förbättra människors moral. Hart anklagar också Radbruch för att inte riktigt ha förstått rättspositivismen: Huruvida en lag betraktas som giltig eller inte, är ju aldrig slutgiltigt bindande för den *moraliska* frågan: "Borde denna lag följas?"⁸³

⁷⁹ Hart 1958: "Postivism and the separation of law and morals".

⁸⁰ Se t.ex. Maus 1989; Hoerster 1986; Hoerster 1990.

⁸¹ Ott 1988, 345ff.

⁸² Hart 1958, 617.

⁸³ *Ibid*, 618.

Ott och Alexy har bemött naivitetstesen på följande sätt.⁸⁴ Visserligen ger de Hart rätt i att en definition av rätten som sådan inte ändrar verkligheten. För en domare i en stat som Nazityskland spelar det ingen roll om han underkänner en lag på moraliska eller, med Radbruchs formel, juridiska grunder. Han får i båda fallen räkna med personliga offer, och benägenheten att utstå dessa har med domarens personliga egenskaper att göra, inte rättsliga definitioner. Om man däremot lyfter blicken från den enskilde domaren och istället fokuserar på rättspraxis blir bilden en annan. Domare tenderar i sitt beslutsfattande att ta intryck av den rådande meningen i juridisk doktrin. Om konsensus råder i litteraturen att (i enlighet med Radbruchs formel) ett minimum av moraliska krav är en nödvändig förutsättning för att en lag skall bli giltig, kan detta underlätta en domares motstånd mot en omänsklig lag. Ett sådant motstånd har ju då inte bara moraliskt stöd utan även juridiskt. Effekterna av detta får emellertid inte överdrivas; en stark terrorregim har inga problem att avlägsna oliktankande domare och tillintetgöra rådande praxis. Här gör sig emellertid en annan effekt gällande, den s.k. "riskeffekten".⁸⁵ Man kan föreställa sig en domare som står inför valet att tillämpa en extremt orättvis lag. Kanske är han enligt lagen tvungen att döma den tilltalade till döden för att ha lyssnat på utländsk radio.⁸⁶ Om det icke-positivistiska rättsbegreppet är etablerat och accepterat i doktrinen måste domaren räkna med att efter regimen fall få stå till svars för att han tillämpat en lag som är extremt orättvis och därmed inte gällande rätt. Han kan knappast utesluta att regimen en dag faller. Medvetenhet i domarkåren om att det inte går att gömma sig bakom argumentet 'lag är lag' eller 'jag tillämpade gällande rätt' skulle på så vis kunna leda till en större benägenhet att underkänna extremt orättvisa lagar.

Legitimeringstesen kan sägas vara en tillspetsad naivitetstes i det att den tar resonemanget ett steg vidare. Hart hävdar att man med en inblandning av moralen i rättsbegreppet löper en risk att okritiskt identifiera all rätt som moralisk. Och om all rätt per definition måste vara moralisk går möjligheten att kritisera gällande rätt förlorad.⁸⁷ På detta sätt är Radbruchs formel alltså inte bara effektlös utan kan t.o.m. försvåra bekämpandet av extremt orättvisa lagar.

Alexy menar att denna invändning bara träffar rättsbegrepp med en *stark* koppling mellan rätt och moral, s.k. starka sambandsteser.⁸⁸ Sådana säger att *varje* orättvisa leder till rättslig ogiltighet. Radbruchs formel säger uttryckligen att den positiva rätten har företräde även då denna innehållsmässigt är orättvis och icke ändamålsenlig (se ovan 2.2). Bara när orättvisan når en 'outhärdlig nivå' karakteriseras lagen som 'inte gällande'. Formeln är således ett exempel på en svag sambandstes och leder inte till en total identifiering mellan rätt och moral. Radbruchs formel omöjliggör därmed inte orättvisa lagar och då inte heller

⁸⁴ Alexy 1992, 86; Ott 1988, 346.

⁸⁵ Alexy 1992, 88.

⁸⁶ Verordnung über ausserordentliche Rundfunkmassnahmen v. 1.9.1939, RGBl., S. 1683.

⁸⁷ Hart 1961, 206; Maus 1989, 210.

⁸⁸ Alexy 1992, 82ff.

möjligheten att moraliskt kritisera sådana.⁸⁹ Nu skulle emellertid en rättspositivist kunna hävda att den tröskel som anger gränsen mellan en orättvis (gällande rätt) och en extremt orättvis (inte gällande rätt) lag blir godtycklig. Tröskeln bestäms emellertid med hjälp av minimala moraliska krav.⁹⁰ De mest elementära mänskliga rättigheterna till liv och kroppslig integritet är ett exempel. Dessa kan i sin tur grundas i starka rationella skäl. Sammanfattningsvis kan alltså sägas att det varken under eller över tröskeln finns risk för någon okritisk legitimering av orättvisa lagar. *Under tröskeln* eftersom det här inte finns något samband mellan rätt och moral, och *över tröskeln* eftersom det moraliska minikrav som markerar tröskeln kan motiveras med starka rationella skäl.⁹¹

4.2 Förvirringsargumentet

Med förvirringsargumentet⁹² menar Hart att Radbruchs formel skapar förvirring i en mycket stark och enkel form av moralisk kritik. Rättspositivismen säger: ”Denna lag är gällande rätt, men för orättvis för att det skall finnas en moralisk plikt att följa den”. Detta är ett moraliskt omdöme som alla kan förstå. Om vi däremot, fortsätter Hart, formulerar vår moraliska protest mot den orättvisa lagen som ett påstående om att detta inte alls är en gällande lag, kommer många helt enkelt inte att tro på det. Och om de mot förmodan skulle fundera på saken, skulle de tycka sig behöva besvara en lång rad filosofiska frågor innan de kunde komma fram till ett svar.⁹³ Hoerster fyller i med ett exempel: En vit amerikan som skall åka till Sydafrika (innan revolutionen 1994) med sin svarta fru blir knappast lugnad av det ”naturrättsliga” påståndet att apartheidlagarna genom sitt uppenbara brott mot de mänskliga rättigheterna inte är gällande rätt.⁹⁴

Alexy och Ott resonerar här enligt följande.⁹⁵ Det kan knappast befaras att jurister blir förvirrade av ett rättsbegrepp som innefattar moraliska element. Jurister är vana vid komplicerade rättsfigurer och Radbruchs formel ”torde inte överanstränga en medelbegåvad jurist.”⁹⁶ Vad beträffar icke-jurister kan dock inte argumentet avfärdas lika lättvindigt. Enligt Alexy består förvirringen här i första hand inte av själva sammanbindandet av lag och moral. Förvirringen uppstår snarare med det faktum att tröskeln mellan orättvis lag och extremt orättvis lag är så svår att dra. Detta hör emellertid inte till förvirringsargumentet utan till rättssäkerhetsargumentet (se nedan 4.3). Enligt Ott kan det tvärtom lika gärna vara förvirrande att extrema orättvisor kan vara gällande rätt. Detta kan illustreras med hjälp av rättsfallen i kap 3. I de två första civilrättsliga fallen, utgick

⁸⁹ Ibid, 83.

⁹⁰ Ibid, 84.

⁹¹ Ibid, 85

⁹² 'Förvirringsargumentet' är Otts benämning. Alexys är 'klarhetsargumentet'.

⁹³ Hart 1958, 620.

⁹⁴ Hoerster 1986, 2481.

⁹⁵ Alexy 1992, 75ff; Ott 1988, 349ff.

⁹⁶ Ott 1988, 350.

både judinnan (fall 1) och arvingarna (fall 2) intuitivt från ett rättsbegrepp där lagen är förbunden med moralen. Kvinnan räknade med att hennes egendom efter nazistatens fall skulle återgå till henne och hade säkert upplevt det mer förvirrande om domstolen upprätthållit en skarp åtskillnad mellan rätt och moral och alltså inte underkänt medborgarförordningen. Naturligtvis räknade också släktingarna i fall 2 med att få ärva enligt tysk lag. Så hade emellertid inte blivit fallet om domstolen inte förklarat medborgarförordningen ogiltig. Samma gäller enligt Ott i fall 3: Käranden, som fått sin man och son skjuten, utgick från att rätt och rättvisa var tätt sammanlänkade. Annorlunda förhåller det sig kanske i brottmål, som fall 4. Enligt domstolen hade de tilltalade visserligen haft den oklara känslan av att det som hände judarna inte var rätt, men ändå inte förstått att de i tjänsten brutit mot gällande rätt. Förvirringen här beror på inblandningen av moral i rättsbegreppet, eftersom man bara med ett sådant kan komma till slutsatsen att Gestapolagen inte var gällande rätt. (Fall 5 är mer intressant i samband med redlighetsargumentet nedan.)

Beträffande murskjutningsfallen kan diskuteras vilket begrepp som bäst motsvarade medborgarens föreställningar om rätten. I fallet Geuffroy hävdade LG Berlin, i samband med frågan om den tilltalade kunde ursäktas p.g.a. straffrättsvillfarelse, att den stora merparten av DDR-befolkningen upplevde det som hände vid Berlinmuren som mycket orättvist.⁹⁷ Det är inte orimligt att tänka sig att medborgaren förväntar sig att något som av gemene man upplevs som en stark orätt också får konsekvenser och beaktas i den rättsliga bedömningen. Antagligen hade det för de flesta före detta DDR-medborgare upplevts som mer förvirrande om domstolen hade sagt: ”dödsskotten vid muren var visserligen extremt orättvisa, men ändå juridiskt rätt”. Här kan man komma att tänka på det berömda citatet från den förre DDR-dissidenten Bärbel Bohley apropå behandlingen av orättshandlingar från DDR-tiden: ”Vi ville ha rättvisa men fick rättsstaten”.

Beträffande Hoersters exempel är detta ett typexempel på att de olika perspektiven måste skiljas åt. Naturligtvis råder det ingen tvekan om att apartheidlagen ur icke-juristens externa uppfattning om rätten var socialt verksam i Sydafrika.

4.3 Rättssäkerhetsargumentet

Ytterligare en invändning mot Radbruchs formel och det icke-positivistiska rättsbegreppet är att det skulle äventyra rättssäkerheten. Det är betydligt säkrare att bestämma gällande rätt utifrån om lagen har stiftats i behörig ordning än utifrån en uppfattning om rättvisa. Om domstolen tillämpar den instiftade lagen ökar förutsägbarheten drastiskt och därmed också rättssäkerheten.

⁹⁷ LG Berlin v. 20.1.92=JZ 1992, 691 (695)

Invändningen tycks bara träffa starka sambandsteser medan Radbruchs formel utan tvekan är en svag sambandstes (jfr legitimeringstesen ovan). Alexy hävdar att ju extremare en orättvisa är, ju säkrare går den att fastställa. Naturligtvis kan det finnas osäkra fall, där det inte säkert går att avgöra om en extrem orättvisa förligger. Denna osäkerhet är emellertid inte svårare att handskas med än andra osäkerheter som normalt uppstår vid fastställandet av gällande rätt.⁹⁸ Radbruchs formel ger rättssäkerheten företräde i samtliga fall utom de mest extrema. Den enligt Alexy minimala rättssäkerhetsförlust som detta medför kan vara avgörande bara för den som betraktar rättssäkerheten som en absolut (ej avvägningsbar) princip.

Rättssäkerhetsargumentet kan utvecklas till ett *relativitetsargumentet*. Detta säger att inte bara gränsen mellan extrem och icke extrem orättvisa är svår att fastställa (att det inte bara är svårt att fastställa tröskeln mellan orättvisa och extrem orättvisa), utan därutöver att inga rättvisedommen överhuvudtaget är rationellt motiverbara. Eftersom Radbruchs formel förutsätter en åtminstone minimal icke-relativistisk moral står det öppet att fylla rättvisedommen med vilka subjektiva preferenser som helst, kanske en nazistisk moral.⁹⁹

Relativitetsargumentet faller enligt Radbruchs försvarare på att rättvisedommen är rationellt försvarbara medan t.ex. en "nazistisk moral" inte är det. Här kommer man lätt in på vad Alexy betecknar som metaetiska problem om moraliska omdömens bevisbarhet. Emellertid räcker det att bevisa satsen 'folkmord är extremt oetiskt' samt vederlägga satsen 'folkmord är etiskt försvarbart'. Lyckas detta är relativitetsargumentet vederlagt. Åtminstone i den västerländska kulturkretsen måste en konsensus anses råda gällande etikens grundvärden i rätt till liv, frihet och kroppslig integritet. Få kan anse att folkmord är etiskt försvarbart.¹⁰⁰

4.4 Demokratiargumentet

En rättspositivist kan vidare hävda att sambandstesen är problematisk av demokratiska skäl. En domare som med hänvisning till en viss rättvisebedomning underkänner en lag, underkänner samtidigt ett genom den legitimerade lagstiftaren demokratiskt fattat beslut. Eftersom den dömande makten på detta sätt skulle gripa in i den lagstiftande, kan invändningar även göras av maktodelningspolitiska skäl.¹⁰¹

⁹⁸ Alexy 1992, 91.

⁹⁹ Hart 1961, 206; Alexy 1992, 92.

¹⁰⁰ Alexy 1002, 95; jfr Peczenik 1995, 147.

¹⁰¹ "Das moralische Argument kann leicht als Demokratieersatz missbraucht werden", "även när remoraliseringen av rätten ibland korrigerar den demokratiska processen med moralisk-rättsteoretiska intentioner, väger detta inte upp förlusten av demokratisk kontroll" Maus 1989, 193, 203.

Återigen träffar emellertid dessa invändningar bara starka sambandstesper. Endast i fall av extrem orättvisa får domaren enligt Radbruchs formel underkänna en lag. Detta är ett betydligt mindre ingrepp i lagstiftarens makt än den konstitutionella revision som med stor konsensus tillämpas i den västerländska rättstaten. Den som på demokrati- eller maktodelningsgrund inte kan acceptera en svag sambandstes måste således vara motståndare till varje form av författningskontroll, vare sig det gäller den starkare varianten av författningsdomstol (av tysk eller amerikansk modell) eller den svagare i form av domarens lagprövningsrätt (RF 11:14).¹⁰² Demokratiargumentet så som det formuleras av Ingeborg Maus grundar sig på en typ av formellt demokratibegrepp som torde företrädas av en allt minskande skara statsvetare och jurister. En allt större konsensus råder om att demokrati även innefattar grundläggande mänskliga rättigheter och materiell rättssäkerhet.¹⁰³

4.5 Onödighetsargumentet

Radbruchs formel har av Hart karaktäriserats som onödig, eftersom problemet med extremt orättvis lag kan lösas genom att en retroaktiv lag stiftas som undanröjer den extrema orätten.¹⁰⁴

Alexy skiljer på straffrättsliga och civilrättsliga fall i sitt bemötande av onödighetsargumentet. Vad gäller straffrätten begränsas lagstiftaren av satsen 'nulla poena sine lege', en av rättsstatens mest grundläggande principer. Lagstiftaren stöter således på stora problem när han skall stifta retoraktiva lagar inom straffrätten. Problemet med Radbruchs formel är i detta sammanhang huruvida inte underkännandet av extrem orätt utgör en fördold retroaktivitet. Detta hör emellertid inte till onödighetsargumentet utan till förtäckthetsargumentet, vilket skall behandlas i nästa stycke. Intresset för onödighetsargumentet är således begränsat till civilrätten. Här kan lagstiftaren alltså lösa problemet med genom en retoraktiv lag. Men om lagstiftaren inte gör detta, utan av den ena eller andra anledningen förblir passiv? Här tjänar fallet med medborgarskapslagen och äganderätten som ett bra exempel. Lagstiftaren hade här visserligen instiftat en lag om restitution, enligt vilken man under en begränsad tidsperiod kunde kräva ersättning för sina förluster. Judinnan hade emellertid flyttat tillbaka till Tyskland för sent och inte lyckats göra sin hemställan inom den utsatta tidsperioden. Hade inte domstolen i detta fall underkänt medborgarskapslagen hade kvinnans grundläggande rättigheter blivit kränkta i enlighet med en extremt orättvis lag.¹⁰⁵ Till detta kommer ytterligare ett argument. Varje domstolsdom måste med nödvändighet göra anspråk på att vara korrekt. En dom som bygger på extremt orättvis lag kan inte uppfylla anspråket på korrekthet.¹⁰⁶

¹⁰² Jfr Alexy 1992, 97.

¹⁰³ Jfr Peczenik 1995, 144.

¹⁰⁴ Hart 1958, 619.

¹⁰⁵ Alexy 1999, 36.

¹⁰⁶ Alexy 1992, 101.

4.6 Förtäckthetsargumentet

Den sista invändningen mot Radbruchs formel som skall behandlas här är förtäckthetsargumentet. Med detta menas att en ogiltighetsförklaring av extremt orättvis lag i straffall leder till en förtäckt retroaktivitet, alltså ett kringgående av satsen 'nulla poena sine lege'. Hart illustrerar detta med fallet med frun som angav sin man (fall 5). Domstolen underkände visserligen inte i detta fallet lagen, men fällde kvinnan genom en naturrättslig motivering.¹⁰⁷ Enligt Hart vore det ärligare att, istället för att ogiltigförklara lagar, öppet stifta retroaktiva lagar för att kunna straffa dylika handlingar. Hur avskyvärt det än är med retroaktiva straff skulle denna lösning åtminstone varit mer uppriktig. Detta hade gjort tydligt att man vid bestraffning av djupt omoraliska handlingar står mellan två onda ting: antingen låta handlingen förbli obestraftad eller bryta en av rättsstatens mest grundläggande principer; förbud mot retroaktiv lagstiftning i brottmål.¹⁰⁸

Det finns två sätt att bemöta Harts invändning. Den ena utvägen ur dilemmat är att låta Radbruchs formel inom straffrätten begränsas av satsen 'nulla poena sine lege', och således, trots att en extremt orättvis lag ogiltigförklaras, ändå inte bestraffa handlingar som utförts med stöd av lagen. Radbruchs formel skulle då bara ha verkan utanför straffrätten.¹⁰⁹ Många extremt oetiska handlingar begångna t.ex. i Tredje riket hade då måst förbli obestraftande. Den andra utvägen är emellertid enligt Alexy är att föredra: De handlingar som enligt Radbruchs formel inte kan ursäktas med att de hade lagligt stöd, är så extremt oetiska att åtalsrisken knappast kunde varit fördold. Omoralen i sådana handlingar är så massiv att den är lättare att identifiera än vid många vanliga straffbelagda fall. En nazist som handlade med stöd av en extremt orättvis lag måste ha insett att han riskerade åtal den dag nazistregimen föll. Således är det inte fråga om att retroaktivt ändra rättsläget, utan fastställa det såsom det redan vid gärningstillfället förelåg. Därmed kan det heller inte vara fråga om förtäckt retroaktiv lagstiftning.¹¹⁰ Både Ott och Alexy är emellertid av uppfattningen att förtäckthetsargumentet är Harts starkaste invändning mot Radbruchs formel. Å andra sidan får man enligt Ott inte glömma bort att det var med just öppen retroaktiv lagstiftning på straffrättens område som nazistregimen satte 'nulla poena sine lege' ur spel. Genom lagen från 28 juni 1935 fick den tyska strafflagens § 2 Artikel 2 Sats 2 följande lydelse: "Om gärningen inte omedelbart överensstämmer med något bestämt lagrum, bestraffas gärningen genom det lagrum enligt vilkens grundtanke den bäst överensstämmer."¹¹¹ Med öppen retroaktiv strafflagstiftning åstadkommer man alltså något, som var typiskt för just nazistisk lagstiftning.

¹⁰⁷ Hennes angiveri stred mot "alla anständiga skälighets- och rättviseuppfattningar". Se ovan, 3.1.5.

¹⁰⁸ Hart 1958, 619.

¹⁰⁹ Alexy 1992, 105.

¹¹⁰ Alexy 1992, 105; Ott 1988, 335.

¹¹¹ Ott 1988, 356 med vidare hänvisning till Grünwald.

5 Extremt orättvisa lagars påverkan på rättssystemet som helhet

Vi har nu sett hur Radbruchs formel är uppbyggd, hur den kan och har tillämpats i rättsskipningen samt vilka teoretiska och praktiska problem som uppstår vid denna tillämpning. Hittills har fokus varit inställt på de enskilda normerna och hur dessa påverkas enskilt av ett etiskt mycket tvivelaktigt innehåll. De enskilda normerna är emellertid omöjliga att tänka sig utan det system i vilket de verkar och får sin legitimitet. Därför skall uppmärksamheten nu vändas till förhållandet mellan den enskilda normen och rättssystemet som helhet. Om det kan konstateras att det i ett rättssystem finns extremt orättvisa normer, hur påverkas rättssystemet av detta? När en enskild lag ogiltigförklaras som extremt orättvis, vad följer av systemets karaktär av gällande rätt? För att kunna reda ut sambandet mellan den enskilda normen och rättssystemet skall emellertid först undersökas hur en lag klassificeras som extrem orätt. Går det att dra en gräns och hur går det i så fall till? Detta är den mest fundamentala frågan beträffande användandet av Radbruchs formel. Kan den inte ges ett rimligt svar talar detta starkt emot den icke-positivistiska sambandstes i vilken formeln har sina rötter.¹¹² Alltså: Var går gränsen mellan den orättvisa och den extremt orättvisa rätten?

5.1 Gränsen mellan orättvis och extremt orättvis lag

I anslutning till att Radbruch utvecklar sin formel beskriver han också två obestridliga kriterier för när en lag har nått den extremt orättvisa nivån, närmare bestämt när (1) lagen behandlar människor som undermänniskor och deras fundamentala mänskliga rättigheter förnekas, eller (2) lagen behandlar människor som objekt för statens åtgärder.^{113 114} Vad säger oss dessa exempel på extrem orätt om gränsen orättvisa-extrem orättvisa? Kommer man ett svar närmare eller är det egentligen bara två omskrivningar av "extremt orättvist"? Det kan konstateras att båda kriterierna faller tillbaka på grundläggande mänskliga rättigheter. Det är också till de mänskliga rättigheterna som rättspraxis i första hand vänt sig för att lösa gränsdragningsproblemen mellan orättvis och extremt orättvis lagstiftning.

¹¹² Det är emellertid viktigt att komma ihåg att ett exakt svar inte behöver avges. Se negativprincipen (2.2.2).

¹¹³ T.ex. att med starka avskräckningsmotiv som enda ledstjärna belägga olika brott med samma straff (vanligen dödsstraff) utan hänsyn till svårighetsgraden.

¹¹⁴ Radbruch 1946/1998, 217.

Mänskliga rättigheter

Att använda fundamentala mänskliga rättigheter som den främsta måttstocken för extremt orättvis rätt var antagligen Radbruchs avsikt. Härom vittnar många formuleringar (se ovan 2.2.3). Ett exempel på denna metod i rättskipningen är BGHSt, 234 (237): Extrem orätt föreligger när lagen strider mot ”allen Völkern gemeinsamen, auf Wert und Würde des Menschen bezogenen Rechtsüberzeugungen”. BGH använde sig i murfallen av FN-stadgans 6 och 12 artikel för att grunda att orätten vara extrem.¹¹⁵ Detta för emellertid med sig problem. Tolkningen av FN-stadgans olika rättigheter är omstridd och alla brott mot de mänskliga rättigheterna i FN-stadgan inte kan betecknas som extrem orätt. Enligt Alexy är extrem orätt snarare avhängigt dels ingreppets intensitet och dels betydelsen av detta ingrepp.¹¹⁶

Hruschka argumenterar för ungefär samma metod, men diskuterar mänskliga grundrättigheter utan hänvisningar till FN-konventionen. Istället stöder han sig på Kants moralfilosofi. Ur dennes lära om människans egenvärde härleder han människans oförytterliga rättigheter till sitt eget liv och egen rörelsefrihet. Ur detta i sin tur kan ingen annan slutsats dras än att det, beträffande murfallen, utgör en extrem orättvisa om rätten till liv förnekas den som vill göra bruk av sin rätt att röra sig fritt.¹¹⁷ En fördel med att argumentera som Hruschka, dvs. utan stöd i någon form av kodifiering (t.ex. i FN-stadgan), är att resonemanget inte riskerar att missförstås för ett positivrättsligt sådant, om huruvida FN-stadgan är bindande etc.

Evidens

Ytterligare ett sätt att argumentera för att gränsen för extrem orätt är uppnådd, är att undersöka vilken konsensus som råder på området. Kärnan i detta, som vi kan kalla evidensargumentet, är ungefär följande. Om man tar ett exempel på extremt orättvist, så kan alla hålla med om att ”detta är orättvist”, även om man inte håller med om att det är ”extremt orättvist”. Evidensen innebär alltså att om de allra flesta håller med om att det ena eller andra är extrem orätt, är det också det. På samma vis skulle det tala emot att något är extremt orättvist om det inte är uppenbart för alla. Således skulle det faktum att det inte fanns någon fullständig konsensus om att § 27 GrenzG var extrem orätt, räcka för att utesluta att orätten var extrem. Detta vore emellertid inte riktigt. Evidensen kan nämligen aldrig vara något mer än ett tecken. Det är argumentationen som är avgörande. Blott det faktum att det råder delade meningar om hur oetiska murskjutningarna var, är inte

¹¹⁵ Vissa författare är emellertid av uppfattningen att BGH inte lyckas visa extrem orätt och därmed går utöver Radbruchs formel när de underkänner ”vanlig” orätt. Se Gropp 1996, 393ff; Dannecker/Stoffers 1996, 490ff.

¹¹⁶ Alexy 1993, 27.

¹¹⁷ Hruschka 1992, 668.

avgörande för bedömningen huruvida extrem orätt förelåg.¹¹⁸ Annorlunda uttryckt är extrem orättvisa som regel också uppenbar orättvisa, ofta lättare att identifiera än i vanliga straffall,¹¹⁹ men det räcker alltså inte som ”bevis”.

Kontext

Vid bedömningen om lagen når den extremt orättvisa nivån bör den också betraktas i sitt rätta sammanhang. Lagens kontext blir då en måttstock för gränsdragningen. Denna metod användes av BverfG i fallet med medborgarlagen och arvet; medborgarlagen skulle ses tillsammans med den nazistiska orätten i övrigt och målet att förrinta Europas judar. Beträffande DDR-GrenzG måste därmed beaktas, vilket BGH också i viss utsträckning gjorde¹²⁰, att utreseförbudet var totalt, att en utreseansökan alltid avslogs utan motivering, och att ett sådant beslut inte var överklagbart. Vidare var DDR ett helt diskurslöst samhälle som saknade en öppen diskussion inte bara om utreseförbudet utan i stort sett allt annat också. På det viset berövades medborgaren möjligheten att försvara sin vilja att resa utomlands med argument. Slutligen skall beaktas att ett den som inte vill leva det liv andra hade bestämt att han eller hon skulle leva, utan vidare kunde skjutas ihjäl. Om DDR-GrenzG sätts in i denna kontext kan det hävdas att det inte råder några som helst tvivel på att den utgjorde en extremt orättvis lag.

5.2 Enskilda normer och rättssystemet som helhet

Vad som gäller för enskilda normer behöver inte nödvändigtvis gälla rättssystemet som helhet. Detta diskuterades redan av Austin¹²¹ och varken en positivist eller en icke-positivist torde ha något att invända emot denna konstaterade skillnad. Även Hart uppmärksammade spänningsförhållandet mellan enskild norm och rättssystem och bygger för övrigt sin teori om naturrättens minimiinhåll på denna skillnad. Hart konstaterar att mycket av det som är osant om en enskild lag, är sant och riktigt om rättssystemet som helhet.¹²² Det är rimligt att anta att även det motsatta förhållandet gäller. Hart tar två exempel: Det går inte att säga att varje lag i ett system måste föra med sig en sanktion, men det är rimligt att påstå att ett rättssystem, för att vara ett rättssystem måste ha sanktioner kopplade till de flesta av reglerna. På samma sätt kan en lagregel vara existerande utan att den implementeras eller åtlyds av majoriteten, men detta kan inte sägas om ett helt rättssystem. Skillnaden mellan enskild lag och rättssystem, fortsätter Hart, ”kanske”[sic] också är sann när det gäller sambandet mellan vad lagen är och

¹¹⁸ Alexy 1993, 24.

¹¹⁹ Alexy 1993, 34.

¹²⁰ BGH 39, 1 = NJW 1993, 141 (145f)

¹²¹ Austin 1954 365, 373, 367-69; Hart 1958, 621.

¹²² Hart 1958, 621

vad den bör vara.¹²³ Andra som har ägnat en hel del uppmärksamhet åt denna viktiga skillnad är Kriele och Alexy.¹²⁴ Trots att författarna drar olika slutsatser om skillnaden, kan konstateras att det ur vissa aspekter kan vara mycket fruktsamt att diskutera i dessa termer. Som tidigare nämnts skall detta nu undersökas med hänseende till Radbruchs formel.

5.3 Extremt orättvisa lagars påverkan på rättssystemet

5.3.1 Hur mycket extremt orättvis lag tål ett rättssystem?

Hur fungerar då argumentet om extrem orätt i ett rättssystem som helhet? Om man med hjälp av Radbruchs formel har ogiltigförklarat ett antal lagar, får detta då konsekvenser som går utöver summan av dessa ogiltigförklarade lagar?

Det finns framförallt två teorier om förhållandet mellan enskilda normer och hela rättssystemet. De ena kan benämnas nedsmittningsteser¹²⁵ och den andra sammanbrottsteser¹²⁶. Den förra utgår från systemet som helhet och verkar neråt till de enskilda normerna, medan den senare kan sägas verka nerifrån och upp, dvs. från normerna och upp på systemnivå. Mot båda kan tungt vägande invändningar riktas.

Det skall uppmärksammas att dessa teorier – liksom Radbruchs formel – är *klassificerande*. Det innebär att de normer eller normsystem som inte når upp till en viss moralisk nivå, förnekas ha karaktären av just norm eller normsystem. Annorlunda förhåller det sig med *kvalificerande* teorier. En norm eller ett normsystem som inte uppfyller vissa moraliska krav har fortfarande karaktären av rätt, men är exempel på dålig sådan. Skillnaden ligger alltså i att det i förra fallet föreligger en rättslig defekt medan det i sista bara föreligger en moralisk.¹²⁷

Nedsmittningsteser säger att om de grundläggande normerna i en rättsordning till sitt innehåll är extrem orätt och därför inte giltiga, smittar dessa av sig på alla ”systemtypiska” normer. En norm i ett extremt orättvist rättssystem förlorar alltså sin giltighet inte bara då den utgör extrem orätt, utan även när den som ”systemtypisk” norm har varit del i helhetssystemets orättskaraktär. Normen behöver då inte nå upp till gränsen för extrem orätt enligt Radbruchs formel. En norm tillerkänns härmed en egenskap som den, betraktad för sig själv, inte innehar. Här ser man tydligt hur enskilda normers extrema orätt får konsekvenser för rättssystemet som helhet som går utöver summan av konsekvenserna av de

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Kriele 1979, 117; Alexy 1992, 57ff, 108ff.

¹²⁵ Alexy 1992, 110ff.

¹²⁶ Ibid, 113ff.

¹²⁷ Alexy 1999, 24.

enskilt extremt orättvisa normerna. Emot nedsmittningstesens kan hävdas att den utgör en alltför stor inskränkning av rättssäkerheten. Radbruch var som vi sett mycket noggrann med att betona de faror i rättssäkerheten som det innebär att underkänna lagenligt stiftade och socialt verksamma normer. Att med nedsmittningstesens gå ännu längre i denna riktning, genom att underkänna lagar även om de inte passerat gränsen för extrem orätt, skulle leda till oacceptabla rättssäkerhetsförluster. Ytterligare problem med tesen är att en norm kan ha varit del olik mycket i orättssystemet. Skall minsta lilla delaktighet utlösa ogiltighet? Hur blir det om normen har *tolkats* systemtypiskt, fast den kunde tolkats annorlunda?¹²⁸ Det kan å andra sidan hävdas att detta är typiska problem man stöter på när man skall använda ett icke-positivistiskt rättsbegrepp och att Radbruchs formel ger upphov till likartade tveksamheter och gränsdragningar. Rättssäkerhetsproblemet, som är större än i Radbruchs formel kvarstår dock som en stark invändning.

Sammanbrottstesens tar sin utgångspunkt i Radbruchs formel, dvs. bara de normer som nått gränsen för extrem orätt blir ogiltiga. Rättssystemet som helhet faller samman om tillräckligt många, och/eller för systemet särskilt viktiga, enskilda normer blir ogiltigförklarade. Detta beror inte som i föregående fall på någon slags utstrålning eller smittsam ogiltighet, utan för att det helt enkelt inte blir tillräckligt mycket normer kvar. Även sammanbrottstesens kan kritiseras. Det är visserligen riktigt att rättssystemet kan få en annan karaktär om många och systemviktiga normer underkänns men beträffande själva existensen av rättssystemet vore det fel att tala om ett sammanbrott. Ett nödvändigt minimum av normer måste emellertid bestå. Systemet *kan* falla i sin helhet om den extremt orättvisa delen som ogiltigförklaras är identisk med hela grundlagen¹²⁹. Är detta fallet förlorar också övriga delen av rättssystemet sin karaktär av gällande rätt. Systemet skulle inte längre kunna upprätthålla sin form av normhierarki och på så vis skulle det sluta existera. Den icke extremt orättvisa delen (som kanske utgjorde den större delen av rättssystemet) kan visserligen fortsätta verka såsom sedvane- eller naturrätt men detta vore, trots likheterna med det gamla, ett nytt system. Enligt Alexy är detta emellertid en ganska otrolig situation, som tydligt visar vilka konstiga teoretiska konstruktioner man tvingas skapa om sammanbrottsteorin vill upprätthållas.¹³⁰

Som vi har sett verkar det rimligt att anta att endast genomgående och extremt otiska normsystem klassificeras som rättsligt sett ogiltiga.¹³¹

Bara om rättssystemet innehåller så mycket extremt orättvisa enskilda lagar, att endast en minoritet av rättssystemets rättsregler befinner sig under outhärdlighetströskeln, så faller hela rättsordningen. Finns det något exempel på ett sådant rättssystem? Hur var det i fallet NS-staten?

¹²⁸ Alexy 1992, 112.

¹²⁹ Alexy talar här om "Ermächtigungsnorm", se Alexy 1992, 115

¹³⁰ Alexy 1992, 113.

¹³¹ Jfr Peczenik 1995, 144.

5.3.2 Exemplet Nazityskland

Radbruch själv hävdade att i enlighet med hans förnekelseformel var hela partier av NS-rätten från början ogiltig.¹³² Detta konstaterande står emellertid sida vid sida med undantagskaraktären i hans outhärdlighetsformel, utan att det blir närmare förklarat.¹³³ Radbruchs ståndpunkt förblir därför oklar.

Klart är emellertid att Radbruch ansåg att extrem orätt åtminstone hade den fördelen gentemot ingen rätt alls, att den borgade för rättssäkerhet.¹³⁴ En NS-rättsordning skulle alltså av rättssäkerhetsskäl vara att föredra gentemot ett rättslöst tillstånd. Det kan t.o.m. hävdas att Radbruchs ogiltigförklarande av enskilda normer fungerar som en legitimering åt det resterande nazistiska rättssystemet. För om endast punktvisa ogiltighetsförklaringar får göras måste det ju antas att det för varje stat och varje tid kan fastställas en intakt rättsordning som – minus de extremt orättvisa lagarna – är giltig.¹³⁵ I enlighet härmed har Radbruchs uppfattning om NS-rätten och rättssäkerheten starkt kritiserats, eftersom det tidigt kunde konstateras att rättssäkerheten i nazityskland i själva verket var lika med noll.¹³⁶ Tvärtom var systemet ett härsarsystem av obegränsat godtycke och våld som inte kunde garantera rättssystemet varken rättvisa eller rättssäkerhet.¹³⁷ Rätten var endast ett tekniskt verktyg för partiet att genomföra sitt program. Med tanke på detta kan inte rättssäkerheten vara ett skäl till att, trots så många extremt orättvisa enskilda normer, upprätthålla rättssystemet. Därför kan det inte förutsättas att ens någon enskild norm inom systemet är giltig rätt och rättssystemet i sin helhet måste förklaras ogiltigt.

Detta är en utpräglad nedsmittningstes som företräds av Clea Laage¹³⁸ och andra som argumenterar emot kontinuitetstesen, dvs. att det går att ”rena” nazirätten om man bara tar bort den nazistiska fernissa av tolkning och tillämpning som utgjorde en del av lagen under NS-staten. På detta sätt skall NS-rätten inte ogiltigförklaras, utan i reviderad form även fortsättningsvis vara en del av rättssystemet.

Laage anser att kontinuitetstesen är ohållbar och argumenterar således för att Radbruchs kriterier för extrem orätt måste utvidgas från att bara tillåta ogiltighetsförklaringar av enskilda normer, till att ifrågasätta NS-rättsordningens hela karaktär. Av föregående avsnitt har framgått att starkt vägande skäl talar emot en sådan uppfattning. Radbruchs formel verkar tillräckligt inskränkande på

¹³² Radbruch 1946/1998, 216.

¹³³ Laage 1989, 411.

¹³⁴ Radbruch 1946/1998, 215.

¹³⁵ Laage 1989, 412, med hänvisning till Grünwald.

¹³⁶ Ibid, med hänvisning till Fraenkel, Kirchheimer och Neumann.

¹³⁷ Jfr Stolleis 1982, 645ff.

¹³⁸ Laage 1989, 409ff.

rättssäkerheten, utan att utvidgas. Invändningen om systemtypisk tolkning gör sig också gällande. Genomförandet av den nazistiska "rätten" skedde huvudsakligen genom tolkning. Blev t.ex. hela straffrättsordningen, som härrörde från 1871, ogiltig för att den tolkades i enlighet med nationalsocialistiska principer och speciella undantagsregler?¹³⁹ Civilrätten behöll i ännu större utsträckning sin ursprungliga utformning.¹⁴⁰ Det blir under dessa omständigheter svårt att tala i termer av en fullständig ogiltighet av hela NS-statens rättssystem.¹⁴¹

Av liknande skäl går det inte heller att enligt sammanbrottsesen hävda att hela NS-rättsordningen skulle vara ogiltig. Den del av lagstiftningen som måste underkännas för att den nådde över gränsen för extrem orättvisa, utgjorde inte en så fullständig del av det totala rättssystemet som krävs för att underkänna det i sin helhet i enlighet med sammanbrottsesen.

¹³⁹ Se Stolleis 1982, 655.

¹⁴⁰ Ibid, 649

¹⁴¹ En annan fråga är hur begreppet "NS-statens rättsordning" skall uppfattas. Se Stolleis 1982, 646.

6 Avslutning

I enlighet med dels den praktiska, dels den teoretiska undersökningen av Radbruchs formel kan nu vissa försiktiga slutsatser redovisas.

Radbruch hade två praktiska syften med sin formel. Ett blickar framåt i tiden och ett bakåt. Radbruch ansåg att positivismen med sin övertygelse om att ”lag är lag” hade gjort juristerna försvarslösa mot lagar med kriminellt innehåll.¹⁴² Därför ville han utrusta, eller ”beväpna” som han själv på flera ställen uttrycker saken,¹⁴³ juristerna med ett dugligt redskap mot de fasor som upplevts under de tolv nazistiska åren. Detta syfte kan ha att göra med hans övertygelse om rättspositivismens stora skuld i att juristkåren varit så ovillig eller oförmögen att göra motstånd mot den nazistiska rätten.¹⁴⁴ Ett icke-positivistiskt rättsbegrepp skulle alltså utgöra en bättre garant emot en återupprepning av nazistatens lagstiftning. Det andra syftet blickade tillbaks på det som varit. Formeln skulle vara till hjälp för domstolarnas uppgift att bedöma fall vars utgång var beroende av hur man såg på de nazistiska lagarna och den nazistiska rättskipningen.¹⁴⁵

När man tar ställning till Radbruchs formel och de rättspositivistiska invändningarna är det rimligt att tänka på de två syften Radbruch hade med sin formel. Tanken på dessa två perspektiv kan tjäna som utgångspunkter när man bedömer vilket rättsbegrepp som passar bäst för juristens interna synvinkel. Av följande skäl anser jag att argumenten för Radbruchs formel och det icke-positivistiska rättsbegreppet visat sig väga tyngre än argumenten för ett positivistiskt sådant.

Framtidsperspektivet: Vilket begrepp ger skydd mot extremt oetisk rätt?

Hart och senare Hoerster har med sina invändningar mot Radbruchs formel presterat ett starkt försvar för den rättspositivistiska särskiljandetesen. Ett starkt samband mellan rätt och moral har svagheter som är mycket svåra att argumentera för, vilket klart har visat sig i Harts argumentation. Detta är emellertid också Harts stora problem: Som har framgått av undersökningen företräder Radbruchs formel inte någon sådan stark sambandstes. Alla de rättspositivistiska invändningarna utom möjligen förvirringsargumentet riktar in sig emot en sammankoppling av rätt och moral som går långt utöver Radbruchs svaga sambandstes. Härigenom skjuter kritiken hela tiden över mål.

¹⁴² Radbruch 1946/1998, 215.

¹⁴³ Ibid, 217, 219.

¹⁴⁴ För en invändning mot att Radbruch såg positivismen som en orsaksfaktor, se Paulson 1994. Denna invändning förmår emellertid enligt min mening inte övertyga, och passagen i vilken orsakstesens har sin grund kan sägas tala sitt tydliga språk (se not 5 ovan under 1.4)

¹⁴⁵ Radbruch 1946/1998, 217ff.

De klassiska naturrättslärororna skjuts alltså i sank av Harts argument, men Radbruchs formel rubbas inte nämnvärt. Snarare förhåller det sig så med formeln, att den inte uppställer något reellt hot mot rättspositivismens verkliga styrka, nämligen åtskillnaden mellan rätt och moral i det normala fallet. Här ligger den främsta orsaken till att kritiken mot Radbruchs formel inte förmår att vederlägga densamma.

Radbruch var inte ensam om att efter krigsåren vilja ”vaccinera” juridiken mot sådana sjukdomar de tyckt härja densamma under de 12 nazistiska åren. Det fanns, och finns fortfarande, en tydlig vilja inom juridiken att hitta ett definitivt (starkt) förvar mot ondskan såsom den kan gestalta sig i en instiftad och socialt verksam lag. Rättspositivismen har här för många rättsfilosofer (jurister) erbjudit ett alltför svagt sådant skydd. Framförallt har effektivitetsargumentet visat att riskeffekten och juristernas benägenhet att beakta en i doktrinen härskande mening, kan ge Radbruchs formel en rättlig styrka att motstå extremt orättvisa rättsnormer som saknas i det positivistiska rättsbegreppet.

Tillbakablicken: Vilket rättsbegrepp är bäst vid återupprättandet av rättsstaten?

Kanske är det symptomatiskt för debatten att den ena sidans kritik inte riktigt förmår fastna på den andra sidans resonemang. Kanske gäller för båda positionerna, vilken det än må vara som just för tillfället är i attackerande ställning. Möjligen är orsaken härtill, att båda sidorna så har närmat sig till varandra att den kritik som den ena sidan för fram nästan alltid riktar in sig på en förvrängd bild, eller en uppfattning som inte längre företräds av den andra sidan. Hart har motvilligt erkänt någon form av nödvändigt samband mellan etik och moral i sin lära om naturrettens minimiinhåll,¹⁴⁶ och Radbruch ifrågasatte aldrig ett skarpt åtskiljande av rätt och moral i det normala fallet. Tvärtom underströk han de faror för rättssäkerheten han ansåg ligga i ett alltför vidlyftigt användande av hans formel.¹⁴⁷ Det tycks som om avståndet mellan de båda positionerna har krympt avsevärt. Ligger de egentligen så långt ifrån varann? Ott använder sig av termerna ”ett smalt naturrättsligt rättsbegrepp” (Radbruch) och ”ett brett rättspositivistiskt rättsbegrepp” (Hart).¹⁴⁸ Tangerar inte dessa begrepp varandra på ett påfallande vis och är det därmed betydelselöst för vilken modell vi tar ställning?

Nej, detta är inte någon tillfredsställande verklighetsbeskrivning. Undersökningen har visat kan den tyska rättskipningens användning av Radbruchs formel tas till intäkt för att avgörande olikheter finns. Som vi har sett blir det i de civilrättsliga NS-fallen (ovan 3.1.1-3) helt avgörande vilken argumentationslinje som väljs.

¹⁴⁶ Hart 1961, 189ff.

¹⁴⁷ Radbruch 1946/1998, 217.

¹⁴⁸ Ott 1988, 336.

Utan Radbruchs formel måste talan i samtliga tre fall ogillas, vilket leder till konstiga och mycket olyckliga resultat: Kvinnan förlorar sin äganderätt, mannen får inte ärvas i enlighet med lagen i sitt och sina arvingars hemland och den överlevande maken/mamman kan inte få skadestånd från mannen som sköt hennes man och son.¹⁴⁹

I de två straffrättsliga fallen är Harts invändningar allvarligare. Här skulle antagligen slutresultatet bli detsamma utan Radbruchs formel, med skillnaden att det då skulle blivit fråga om att instifta en öppet retroaktiv lag. Denna skillnad kan emellertid inte betraktas som en bagatell i sammanhanget. Det kan ifrågasättas om en rättsstat som genomför en retroaktiv strafflagstiftning verkligen är en rättsstat. Det vore mycket olyckligt om man, som Ott påpekat (4.4), för att komma till rätta med orättsstaten använde samma metoder som är kännetecknande för just en sådan. Leder då inte Radbruchs formel i lika stor utsträckning till retroraktivitet, fast denna försöker döljas? Detta är den invändning av Hart som är svårast att vederlägga. Ott stöder sig på en komplicerad diskussion om tolkningen av 'Nulla poena sine lege' som inte övertygar.¹⁵⁰ Harts argument är starkt när han talar om det viktiga i att öppet erkänna att vi, p.g.a. den svåra situationen, gör något inkonsekvent med rättsstatens principer.¹⁵¹ Samtidigt kvarstår argumentet att de orättshandlingar som blir aktuella att lösa med Radbruchs formel är så extremt oetiska att de inte för någon kan ha framstått som egentligen tillåtna. Alexys förslag att låta nulla poena-satsen få sin begränsning i fallen extrem orätt är av sistnämnda skäl rimligt.¹⁵² Artikel 7 i Europakonventionen för mänskliga rättigheter har just detta förbehåll i retroaktivitetsförbudet. Denna lösning torde åtminstone vara möjlig beträffande att rycka undan ansvarsfrihetsgrunder för extremt oetiska handlingar. Tveksamare måste man ställa sig till en förmåga att producera nya straffgrundande normer.¹⁵³

Alexy har en mycket praktisk syn på Radbruchs formel. I striden mellan sambands- och särskiljandeteisen, dvs. positivism och icke-positivism träder ofta frågan om formelns giltighet i förgrunden. Alexy vill istället för *giltigheten* ställa *användningen* av formeln i centrum, närmare bestämt användningen av Radbruchs formel inom ett visst rättsområde och inom en bestämd grupp av fall, t.ex. murskjutningarna. Skulle den då visa sig leda till oacceptabla följder i det särskilda fallet (straffrätt – murskjutningar), så kan konstateras att dess användningsområde måste begränsas. Skulle den däremot visa sig hålla måttet i denna prövning, vore det en bekräftelse på dess riktighet i mer generell mening.¹⁵⁴

¹⁴⁹ För att göra bilden tydligare bortses ifrån att katastrofordern inte var utformad som en lag.

¹⁵⁰ Ott 1988, 354f.

¹⁵¹ Hart 1958, 619.

¹⁵² Alexy 1992, 105f.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Alexy 1993, 7.

Undersökningen av den tyska rättskipningens användning av Radbruchs formel har visat att den håller sträck i en sådan prövning. Trots de problem som finns med användningen – tolkningssvårigheter av lagen (exakt var befinner sig orätten?), gränsbedömningen av den extrema orätten, retroaktiviteten – visar sig argumentationen i de fall där Radbruchs formel applicerats som betydligt mer lyckad än i de fall där den inte använts. En rättsstatlig tolkning av en orättslag bjuder inte någon tillfredsställande lösning, utan har ett starkt drag av kringgåendestrategi över sig. Att på detta sätt undandra sig de rättsliga problem som oundvikligen följer av orättsstatens fall kan inte leda till något annat än en rättsligt undermålig argumentation. Ett rättsläge kan aldrig grundas endast på en ordalydelse. I fallet DDR-GrenzG var det dessutom tveksamt om ens ordalydelsen ensam kunde tas till intäkt för en rättsstatlig tolkning av gällande rätt.

Att låta grova orättshandlingar förbli obesträffade är inte heller någon godtagbar lösning. Då uppstår istället betydande problem med brottsoffrens rättigheter och rättsstatens skyldighet att skydda dessa rättigheter. Dessutom skall inte glömmas bort att det finns en generalpreventiv tanke i Radbruchs formel som går förlorad om extrema orättshandlingar i enlighet med t.ex. Jakobs¹⁵⁵ eller Dannecker-Stoffers¹⁵⁶ inte kan sanktioneras av rättsstatsskäl. (Jfr. riskeffekten ovan 4.1)

Kapitlet om förhållandet mellan enskilda normer och rättssystemet som helhet har visat att tungt vägande skäl kan riktas emot en tillämpning av Radbruchs formel på rättssystemet som helhet. En tillämpning här skulle leda till alltför stora rättssäkerhetsförluster eftersom det skulle vara nödvändigt att gå utöver ett underkännande av endast extremt orättvisa lagar. Med tanke på rättssäkerhetens ställning i Radbruchs rättsfilosofi skulle en sådan tillämpning klart gå bortom vad Radbruch själv hade i åtanke med sin rättsfigur. Det är lätt att diskussionen härvidlag dessutom blir onödigt distanserad ifrån vad som har upplevts av orättvisa rättssystem. Historien kan knappast uppvisa något exempel på ett så pass alltigenom extremt orättvist rättssystem som skulle krävas för att Radbruchs formel skulle kunna vinna tillämpning utanför de enskilda rättsnormerna. Endast utpräglade maffia- eller rövarsystem kan komma ifråga. Därmed börjar vi emellertid närma oss gränsen för vad som kan definieras som ett rättssystem, vilket för diskussionen om det icke-positivistiska rättsbegreppet och Radbruchs formel inte är särskilt intressant.¹⁵⁷

Vid en slutlig sammanvägning av de olika argumenten utgör, i de mycket komplicerade situationer som uppstår när svåra människorättsbrott har begåtts

¹⁵⁵ Jakobs 1994, 1ff.

¹⁵⁶ Dannecker-Stoffers 1996, 490ff.

¹⁵⁷ Jfr. Hart 1958, 622: "We must avoid, if we can, the arid wastes of inappropriate definition, for, in relation to a concept as many-sided and vague as that of a legal system, disputes about the 'essential' character, or necessity to the whole, of any single element soon begin to look like disputes about whether chess could be 'chess' if played without pawns."

med stöd av en vid brottstillfället faktiskt gällande lag, Radbruchs formel ett bättre alternativ än det positivistiska rättsbegreppet. Radbruchs lösning i det svårhanterliga läget är inte så komplicerad som Hart vill göra gällande. En lag kan vara oetisk, men inte hur oetisk som helst. En extremt orättvis lag kan aldrig bli en lag och det gränsdragningsproblem som uppstår är inte oöverbärligt (se ovan 4.2 och 5.1). I det svåra dilemma som situationen medför tror jag att detta för många jurister är en attraktiv tanke. Det löser därvid inte alla problem men innebär helt klart ett steg framåt, inte bara i civilrättsliga, utan även i straffrättsliga fall.

Bilaga A

Litteraturförteckning

Alexy, Robert: "Zur Kritik der Rechtspositivismus." I: *ARSP*, Beiheft 37, 1990, s 9-26.

Alexy, Robert: *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg und München 1992

Alexy, Robert: *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*. Hamburg 1993.

Alexy, Robert: "A defence of Radbruchs Formula." I: Dyzenhaus, David (hg): *Recrafting the rule of law: The Limits of legal order*, Oxford/Portland, Oregon 1999, s 15-39.

Austin, John: "Uses of study of Jurisprudence." I: *The province of Jurisprudence Determind, Library of Ideas*, 1954.

Dannecker, Gerhard – Stoffers, Kristian: "Rechtsstaatliche Grenzen für die strafrechtliche Aufarbeitung der Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze." I: *Juristenzeitung* 51, 1996, s 490-494.

Dreier, Horst: "Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?" I: *Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag*, ed. Heinz Meyer, Wien 1991.

Dreier, Horst: "Gustav Radbruch und die Mauerschützen." I: *Juristenzeitung* 1997, 52 Jahrgang, Heft 9, s 421-34.

Dreier, Ralf: *Recht – Moral – Ideologie*. Frankfurt 1981.

Dreier, Ralf: "Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes." I: *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, ed. Fritiof Haft et.al., CF Müller, Heidelberg 1993.

Dreier, Ralf – Paulson, Stanley: "Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs." I: Radbruch, Gustav: *Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, Herausgegeben von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, Heidelberg 1998

Dreier, Ralf – Paulson, Stanley: "Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch." I: *ARSP* 85, 1999, s 463-68.

Frommel, Monica: "Die Mauerschützenprozesse – einer Unerwartete Aktualität der Radbruchschen Formel." I: *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, ed. Fritiof Haft, Heidelberg 1993.

Fuller, Lon L.: "Positivism and fidelity to law – a reply to professor Hart." I: *71 Harvard law review* 1958, s 630-672.

Hart, H.L.H.: "Positivism and the separation of law and morals". I: *71 Harvard law review* 1958, s 593-629.

Hart, H.L.H.: *The concept of law*, Oxford 1961.

Hoerster, Norbert: "Zur Verteidigung des Rechtspositivismus." I: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, s 2480-82.

Hoerster, Norbert: "Zur Verteidigung der Rechtspositivistischen Trennungsthese." I: *ARSP, Beiheft* 37, 1990, s 127-32.

Hruschka, Joakim: "Die Todesschüsse an der Berliner Mauer." I: *Juristenzeitung* 47, 1992, s 665-670.

Jakobs, Günther: "Untaten des Staates – Unrecht im Staat." I: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 141, 1994, s 1-19.

Kaufmann, Arthur: "Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht." I: *Neue Juristische Wochenschrift* 48, 1995, s 81-86.

Kriele, Martin: *Recht und praktischen Vernunft*, Göttingen 1979.

Laage, Clea: "Die Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945." I: *Kritische Justiz* 22, 1989, s 409-32.

Maus, Ingeborg: "Die trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts." I: *Rechtstheorie* 20, 1989, s 191-210

Ott, Walter: "Die Radbruch'schse Formel. Pro und Contra." I: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, NF 107, 1988, s 335-357.

Ott, Walter: *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, Berlin 1976.

Paulson, Stanley L.: "Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the 'positivist' theses." I: *13 Law and Philosophy*, 1994, s 313-359.

Paulson, Stanley L.: "Radbruch on unjust laws. Competing earlier and later views?" *Oxford journal of legal studies* Vol. 15, 1995, s 489-500.

Peczenik, Alexander: *Vad är rätt?* Stockholm 1995.

Radbruch, Gustav: "5 Minuten Rechtsphilosophie." (1945) I: Radbruch, Gustav: *Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, Herausgegeben von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, 1998, 209-10

Radbruch, Gustav: "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht." (1946) I: Radbruch, Gustav: *Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, Herausgegeben von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, 1998, 211-219.

Radbruch, Gustav: "Vorschule der Rechtsphilosophie." (1947) I: *RGA* 3, s 221ff.

Radbruch, Gustav: "Neue Probleme der Rechtswissenschaft." (1949) I: Radbruch, Gustav: *Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlass*. 1952, s 30

Rivers, Julian: "The interpretation and invalidity of unjust laws." I: Dyzenhaus, David (hg): *Recrafting the rule of law: The Limits of legal order*, Oxford/Portland, Oregon 1999, s 39- 65.

Stolleis, Michael: "Die Rechtsordnung des NS-Staates". I: *Juristische Schulung* 22, 1981, s 645-51.

Tjong, Zong Uk: "Über die Wendung zum Naturecht bei Gustav Radbruch." I: *ARSP* 56, 1970, s 245-64.

Rättsfallsförteckning

BverfG 3,225 (1953)

BverfG 6, 132 (1957)

BverfG 6, 389

BverfG 23, 98 (1968) ”Medborgarskapslagen och arvet”
(Staatsangehörigkeitsbeschluss)

BverfG v. 24.10.1996 = JZ 1997, 142; NJ 1997, 19; NJW 1997, 929

BGHSt 2, 234 (1952) ”Gestapolagen”

BGHSt 39, 1 (1993) = NJW 1993, 141; JZ 1993, 199; NJ 1993, 88; NstZ
1993, 129

BGHZ 16, 350 (1953) ”Medborgarskapslagen och äganderätten”

BGHZ 9, 34

BGHZ 10, 340

BGHZ 26, 91

BGHZ 3, 94 (1951) ”Majoren och Himmlers katastroforder”

OLG Bamberg 1950 = SJZ 1950, Sp. 207 ”Informatören”

LG Berlin v. 20.1.92 = JZ 1992, 691

LG Berlin v. 5.2.1992 = NstZ 1992, 492