

SLUČAJ STRELETZ, KESSLER I KRENZ protiv NEMAČKE
(Predstavke br. 34044/96, 35532/97 i 44801/98)

Presuda
22. marta 2001. godine

Podnosioci predstavki: Fritz Streletz, Heinz Kessler, Egon Krenz

Oštećeni: podnosioci predstavki

Država ugovornica: Austrija

Datum podnošenja predstavke: 20. novembra 1996, 28. januara 1997. i 4. novembra 1998.

Datum odluke o prihvatljivosti: 8. novembra 2000.

1. Podnosioci predstavki su državljani Nemačke, rođeni 1926, 1920. i 1937. Oni tvrde da su žrtve povrede člana 7 pojedinačno i u vezi s članom 14 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda koje je počinila Austrija.

Činjenice

I. Okolnosti slučaja

11. Podnosioci predstavke su nemački državljani, rođeni 1926, 1920. i 1937. godine.

12. Pošto su osuđeni pred nemačkim sudovima, prva dva podnosioca predstavke (g. Fric Strelec i g. Hajnc Kesler) provela su kaznu u poluotvorenom zatvoru (*offener Strafvollzug*) i pušteni pošto su odslužili oko dve trećine izrečenih kazni. Prvi sada živi u nemačkom gradu Strausbergu a drugi u Berlinu.

Treći podnosilac predstavke (g. Egon Krenz) služi kaznu u poluotvorenom zatvoru Plötzensee, u Berlinu, od januara 2000. godine.

A. Opšta pozadina slučaja

13. Između 1949. i 1961. godine je oko dva i po miliona Nemaca prebeglo iz Nemačke Demokratske Republike (DDR) u Saveznu Republiku Nemačku (SRN). Da bi zaustavila poplavu begunaca, DDR je 13. avgusta 1961. godine podigla Berlinski zid i pojačala sve mere bezbednosti duž granice sa SRN, naročito polaganjem minskih polja i postavljanjem sistema automatske paljbe. Mnogi koji su od tog trenutka pokušali da pređu granicu i stignu na zapad izgubili su život, bilo da su aktivirali minu ili sistem za automatsku paljbu ili da su na njih pucali istočnonemački graničari. Službeni podaci tužilaštva SRN govore o 264 poginulih, dok su drugi izvori, kao što je na primer Radnička partija „13. avgust“, naveli podatke o čak 938 žrtava. U svakom slučaju, veoma je teško ustanoviti tačan podatak, jer su vlasti DDR držale granične incidente u tajnosti.

14. Državni savet DDR je odredio načela koja je trebalo poštovati u narodnoj odbrani, bezbednosti i organizovanoj odbrani uz pomoć Saveta za narodnu odbranu DDR (član 73 Ustava DDR – vidi stav 28 dole).

Predsednici tih tela i predsednik skupštine DDR – *Volkskammer* – bili su svi članovi Socijalističke Partije jedinstva DDR (*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands* – SED).

Politički biro (*Politbüro*) centralnog komiteta SED bio je organ koji je odlučivao u partiji i najviša vlast u DDR. Politbiro je donosio sve političke odluke i sve odluke u vezi sa postavljenjima na rukovodeća mesta. Generalni sekretar Centralnog komiteta SED bio je predsednik Saveta za narodnu odbranu, a svi članovi Saveta su bili funkcioneri partije. Savet se uglavnom sastajao dva puta godišnje i donosio važne odluke u vezi s uspostavljanjem i jačanjem režima čuvanja granice i naredbama za otvaranje vatre.

15. Graničari DDR bili su pripadnici Nacionalne narodne armije (*Nationale Volksarmee* – NVA) i neposredno odgovorni Ministarstvu odbrane. Godišnja naređenja Ministra odbrane bila su zasnovana na odlukama Saveta za narodnu odbranu.

Počevši od 1961. godine, a naročito u periodu između 1971. i 1989. godine, Savet za narodnu odbranu je redovno razmatrao jačanje i unapređenje bezbednosnih sistema na granici i upotrebu vatrenog oružja. Naredbe koje je potom izdavao ministar odbrane takođe su naglašavale potrebu da se granica DDR zaštiti po svaku cenu i navodile da se „lica odgovorna za povrede granice“ moraju uhapsiti ili „likvidirati“; ove naredbe su sprovodili u delo komandiri odreda graničnih jedinica. Sva dela graničara, uključujući i polaganje minskih polja i upotrebu vatrenog oružja, bila su zasnovana na ovom redu nadležnosti.

16. Podnosioci predstavke su zauzimali visoke položaje u državnom aparatu i rukovodstvu SED:

– prvi podnosilac bio je član Saveta za narodnu odbranu od 1971, Centralnog komiteta SED od 1981. godine, kao i zamenik ministra odbrane od 1979. do 1989. godine;

– drugi podnosilac bio je član Centralnog komiteta SED od 1946, načelnik generalštaba NVA i član Saveta za narodnu odbranu od 1967. i ministar odbrane od 1985. do 1989. godine;

– treći podnosilac bio je član Centralnog komiteta SED od 1973, Državnog saveta od 1981. i Politbiroa i Saveta za narodnu odbranu od 1983. godine, kao i generalni sekretar Centralnog komiteta SED (posle g. Honekera) i predsednik Državnog saveta i Saveta za narodnu odbranu od oktobra do decembra 1989. godine.

17. U jesen 1989. godine, beg hiljada građana DDR u ambasade SRN u Pragu i Varšavi, kao i u Mađarsku, koja je granicu prema Austriji otvorila 11. septembra 1989. godine, demonstracije desetina hiljada ljudi na ulicama Drezdena, Lajpciga, Istočnog Berlina i drugih gradova, kao i kampanja preuređenja i otvorenosti koju je u Sovjetskom savezu vodio Mihail Gorbačov, („perestroika“ i „glasnost“) ubrzali su pad Berlinskog zida 9. novembra 1989. godine, raspad sistema u DDR i proces koji će dovesti do ponovnog ujedinjenja Nemačke 3. oktobra 1990. godine.

Mađarska je 8. septembra 1989. godine usmenom notom suspendovala članove 6 i 8 bilateralnog sporazuma sa DDR od 20. juna 1969. godine (kojime su se dve zemlje sporazumele da ukinu vize za svoje državljane i odbiju da putnicima dozvole da idu u treće zemlje), pozivajući se izričito na članove 6 i 12 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (vidi stav 40 dole) i na član 62 (suštinska promena okolnosti) Bečke konvencije o ugovornom pravu.

18. Tokom leta 1990. godine je novoizabrana skupština DDR pozvala nemačke zakonodavne organe da se pobrinu da se lica odgovorna za nedela koja je počinila SED izvedu pred sud.

B. Postupci pred nemačkim sudovima

1. Prva dva podnosioca predstavke (g. Strelec i g. Kesler)

19. Presudom od 16. septembra 1993. godine, Okružni sud u Berlinu osudio je prvog predlagača na pet i po godina zatvora, a drugog na sedam i po godina, za podstrekivanje na izvršenje namernog ubistva, na osnovu toga što su oni delili odgovornost za smrt jednog broja mladih ljudi od 18. do 28. godina koji su pokušali da pobegnu iz DDR između 1971. i 1989. godine prelaskom granice između dveju nemačkih država (šest slučajeva za prvoga i sedam za drugog predlagača). Žrtve su izgubile život izazvavši eksploziju nagaznih mina postavljenih duž granice ili su ih ubili istočnonemački graničari.

Ti slučajevi bili su sledeći.

Dana 8. aprila 1971. godine, g. Klaus Sajfert (Klaus Seifert), star 18 godina, aktivirao je na nagaznu minu (*Erdmine*) u pokušaju da pređe granicu i izgubio levu nogu. Ipak je uspeo da stigne do teritorije SRN, gde je posle nekoliko hirurških intervencija umro od zadobijenih rana.

Dana 16. januara 1973. godine, g. Hans-Fridrih Frank (Hans-Friedrich Franck), star 26 godina, zadobio je ozbiljne povrede od eksplozije rasprskavajuće mine (*Splittermine*) u pokušaju da pređe preko granice. Uspeo je da stigne do teritorije SRN, gde je ubrzo posle događaja umro od zadobijenih rana.

Dana 14. jula 1974. godine, g. Wolfgang Fogler (Wolfgang Vogler), star 25 godina, zadobio je teške povrede od rasprskavajuće mine u pokušaju da pređe preko granice. Dvadeset minuta kasnije su ga graničari DDR izvukli do kamiona izvan pogranične zone. Dva sata kasnije stigao je u bolnicu ali je tu umro od zadobijenih rana.

Dana 7. aprila 1980. godine, g. Wolfgang Bote (Wolfgang Bothe), star 28 godina, takođe je teško povređen u eksploziji rasprskavajuće mine u pokušaju da pređe granicu. Posle nekoliko operacija, umro je od zadobijenih rana.

Dana 22. marta 1984. godine, g. Franck Mater, star 20 godina, teško je povređen u eksploziji rasprskavajuće mine u pokušaju da pređe granicu. Umro je nekoliko trenutaka kasnije.

Dana 1. decembra 1984. godine, dva graničara DDR ispalila su nekoliko hitaca na g. Mihael-Horst Šmita (Michael-Haurst Schmidt), starog 20 godina, koji je uz pomoć merdevina pokušavao da se popne preko Berlinskog zida, i pogodila ga u leđa. Nije mu pružena nikakva prva pomoć. U bolnicu Narodne milicije DDR stigao je tek posle dva sata, a dotle je skoro potpuno iskrvario. Graničari koji su ga pogodili su pohvaljeni, a jedino je sa žaljenjem konstatovano da su mogli da potroše i manje municije.

Tokom noći između 5. i 6. februara 1989. godine, g. Kris Gefroj (Chris Guelfray) i g. Kristijan Gaudian (Christian Gaudian), star 20 godina, pokušali su da se prebace preko Berlinskog zida. G. Gefroj je umro na licu mesta pošto je pogođen hicima istočnonemačkog graničara, a g. Gaudian je ranjen. Graničari koji su pucali na njih su pohvaljeni.

Okružni sud je primetio da su sva naređenja ministra odbrane, uključujući i ona u vezi s upotrebom vatrenog oružja na granicama, bila zasnovana na odlukama Šaveta za narodnu odbranu, čiji su predlagači bili članovi. Graničarima je naređeno da štite granicu DDR po svaku cenu, čak i ako bi „lica ogovorna za povredu granice“ time izgubila život.

Okružni sud je primetio i da je praksa istočnonemačkih vlasti namerno prekorlačivala slovo zakona, pismenih naređenja i operativnih uputstava; odredbe o upotrebi vatrenog oružja na granici nisu se poštovale. Ono što je bilo bitno za pogranične jedinice nisu bili pisani zakoni već ono što je u njih bilo usađeno obukom, političkom nastavom i svakodnevnom službom. Pravo naređenje koje su graničari dobijali bilo je: „Jedinica ... mora da osigura bezbednost državne

granice DDR ... njena dužnost je da ne dozvoli prelaska granice, da uhapsi one koji to pokušaju ili da ih uništi i da zaštiti državnu granicu po svaku cenu...“

U slučaju uspešnog prelaska granice, dežurni graničari bi mogli da očekuju da budu predmet istrage koju bi preduzeo vojni tužilac.

Na osnovu krivičnog zakona koji je bio u primeni u DDR u predmetno vreme, Okružni sud je prvo prvog i drugog predlagača proglasio krivima za podsticanje na ubistvo (stav 2(1) člana 22 i stav 1 člana 112 Krivičnog zakona DDR – StGB-DDR; vidi stav 32 dole). Sud je utvrdio da predlagači nisu mogli da svoja dela opravdaju pozivanjem na član 27(2) Zakona o državnim granicama DDR (vidi stav 38 dole), koji je u praksi bio korišćen da opravda ubijanje begunaca vatrenim oružjem, sistemima za automatsku paljbu i nagaznim minama. Sud je odredio da ta državna praksa „flagrantno i neprihvatljivo krši osnovna načela pravde i ljudskih prava zaštićena međunarodnim pravom“. Okružni sud je tada primenio Krivični zakon SRN, koje je blaži od zakona DDR, i oba predlagača osudio za podstrekivanje na izvršenje namernog ubistva (član 26 i stav 1 člana 212 Krivičnog zakona SRN – StGB).

20. Presudom od 26. jula 1994. godine, Savezni sud je prvo potvrdio nalaze Okružnog suda u vezi sa klasifikacijom krivičnih dela prema zakonu DDR i onda primenio Krivični zakon SRN, delimično zato što je to bio zakon mesta gde se dogodila posledica krivičnih dela, jer je jedan od begunaca preminuo na teritoriji SRN, a delimično zato što je krivični zakon SRN blaži od krivičnog zakona DDR. Kao drugo, Savezni sud je krivična dela preklasifikovao prema krivičnom zakonu SRN i izmenio optužnicu protiv dva predlagača u izvršenje namernog ubistva posredno (članovi 25 i 212 Krivičnog zakona SRN – StGB; vidi stav 44 dole). Dužina kazni koje su pretile podnosiocima predstavke ostala je nepromenjena. Kao i Okružni sud, Savezni sud je spojio predmete prvog i drugog podnosioca.

Savezni sud je tada proglasio podnosiocima predstavke krivim kao posredne izvršioce namernog ubistva, na osnovu toga što su bili članovi Saveta za narodnu odbranu, tela čije su odluke bile nužan preduslov za izdavanje naređenja u vezi sa režimom zaštite granice DDR. Podnosioci predstavke su znali da će ova naređenja biti izvršena i da su begunci poginuli na granici kao posledica nasilnih dela. Kao i Okružni sud, Savezni sud smatrao je da podnosioci predstavke, da bi opravdali svoja dela, ne mogu da se pozovu na član 27(2) Zakona o državnim granicama. Sud je odredio da su član 27(2) i njegovo tumačenje od strane režima DDR predstavljali flagrantno kršenje ljudskih prava, a posebno prava na slobodu kretanja i prava na život zajamčenih Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima, koji je DDR ratifikovala 8. novembra 1974. godine (vidi stav 40 dole). Činjenica da DDR nije te odredbe prenela u domaće pravo nije izmenila njene obaveze prema međunarodnom javnom pravu. Konačno, odluka Okružnog suda nije bila u suprotnosti sa stavom 2 člana 103 Osnovnog zakona (vidi stav 43 dole) jer se podnosioci predstavke nisu mogli pozvati na osnov za opravdanje koji je u suprotnosti sa pravnim pravilima višega ranga. Čak i u odgovarajuće vreme, ispravno tumačenje člana 27(2) Zakona o državnim granicama DDR bi pokazalo da nije bilo moguće pozivati se na takve osnove za opravdanje zbog ograničenja koja je propisivao sam Zakon i u svetlu Ustava DDR i njenih međunarodnih obaveza.

21. Dana 9. septembra 1994. godine, prva dva podnosioca predstavke su podnela ustavne žalbe Saveznom ustavnom sudu. Navela su da su njihova dela bila opravdana prema zakonu koji je bio u primeni u DDR u odgovarajuće vreme i da nisu mogla da podležu krivičnom gonjenju. Ali *ex post facto* tumačenje Saveznog suda navodno je prekršilo načelo da se krivično pravo ne može primeniti retroaktivno (*Rückwirkungsgebot*) i stav 2 člana 103 Osnovnog zakona.

Podnosioci predstavke su tvrdili da i u SRN postoje odredbe slične onima u članu 27 Zakona o državnim granicama DDR, a svaka država ograničava pravo na život u slučajevima koji su se ticali gonjenja kriminalaca. U vezi s tim, podnosioci predstavke su se pozvali na stav 2 člana 2 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Takođe su se oslonili na stav 2 člana 7 Konvencije i rezerve u vezi s tom odredbom koju je stavila SRN (vidi stav 45 dole).

22. U presudi od 24. oktobra 1996. godine, Savezni ustavni sud pripojio je žalbu prvog podnosioca predstavke žalbama drugoga i žalbi g. K.-H. W., bivšeg istočnonemačkog graničara koje je takođe podnosilac predstavke pred Evropskim sudom za ljudska prava.

Pošto se upoznao sa podnescima Saveznog ministarstva pravde i Oblasnog ureda za pravosuđe Berlina, Savezni ustavni sud je odbacio tri žalbe kao neosnovane, navodeći sledeće razloge za svoju odluku:

Stav 2 člana 103 Osnovnog zakona nije prekršen.

Žalioci su tvrdili da je stav 2 člana 103 Osnovnog zakona prekršen uglavnom zbog činjenice da su krivični sudovi odbili da im dozvole da se pozovu na osnov za opravdanje koji je u odgovarajuće vreme postojao u propisima DDR o režimu zaštite granice (*Grenzregime*), na način kako su ga tumačile i primenjivale vlasti DDR. Prvi, drugi i treći žalilac (g. Hans Albrecht, koji nije podneo predstavku Sudu, g. Kesler i g. Strelec) takođe su tvrdili da su bili žrtve povrede prava zajamčenog stavom 2 člana 103 Osnovnog zakona utoliko što su bili osuđeni, u skladu sa zakonom Savezne Republike Nemačke, kao posredni izvršioци (*mittelbare Täter*).

Ni jedna ni druga žalba nisu osnovane.

1. (a) Stav 2 člana 103 Osnovnog zakona je izraz načela vladavine prava... Ovo načelo predstavlja osnovu za korišćenje građanskih prava i sloboda, i to jamčenjem pravne izvesnosti, podređivanjem moći države zakonima i zaštitom poverenja. Pored toga, načelo vladavine prava obuhvata, kao jednu od ideja vodilja koje stoje iza Osnovnog zakona, zahtev objektivne pravde... U sferi krivičnog prava, ova pitanja koja se odnose na vladavinu prava odražena su u načelu da se ne može izreći kazna tamo gde ne postoji krivica. To načelo je istovremeno ukorenjeno u ljudskom dostojanstvu i ličnoj odgovornosti koje Osnovni zakon pretpostavlja a koji su ustavno zaštićeni njegovim stavom 1 člana 1 i stavom 1 člana 2, koje zakonodavac mora da ima u vidu pri izradi krivičnog zakona... To načelo je takođe osnov stava 2 člana 103 Osnovnog zakona...

Stav 2 člana 103 Osnovnog zakona ispunjava te zahteve dozvoljavajući kažnjavanje jedino za dela koja su u vreme kada su izvršena bila dovoljno precizno zakonski definisana kao krivična dela. Takođe zabranjuje određivanje veće kazne nego što je ona koja je bila propisana zakonom u vreme kada je krivično delo izvršeno. U interesu pravne sigurnosti i pravde, propisuje da u oblasti krivičnog prava, koje dozvoljava veoma ozbiljno narušavanje prava pojedinca od strane države, samo zakonodavno telo može da odredi koja dela su kažnjiva. Stav 2 člana 103 Osnovnog zakona osnažava vladavinu prava strogo ograničavajući zakonodavstvo na parlament... Poverenje građana osvojeno je činjenicom da im stav 2 člana 103 pruža dokaz da će država kažnjavati samo dela koja su u trenutku izvršenja označena od strane parlamenta kao krivična dela i za koja je propisao određene kazne. To omogućuje građaninu da uredi svoje ponašanje, na svoju odgovornost, na takav način da izbegne izvršenje kažnjivog dela. Ova zabrana retroaktivnog dejstva krivičnog zakona je apsolutna... Ispunjava ulogu garantovanja vladavine prava i elementarnih prava tako što propisuje strogo formalno pravilo, a u tom pogledu se izdvaja od drugih garancija vladavine prava...

(b) Stav 2 člana 103 Osnovnog zakona štiti od retroaktivnih izmena procene stepena ozbiljnosti krivičnog dela na štetu počinioca... On takođe zahteva da se mora nastaviti primena

zakonskog osnova za opravdanje na koji se moglo osloniti u trenutku kada je delo počinjeno čak i u slučajevima gde je u trenutku kada počne krivični postupak već bio ukinut. Međutim, kada imamo u vidu opravdanja, za razliku od definicije prestupa i kazni, strogo zadržavanje zakonodavnog prerogativa parlamenta ne važi. U oblasti krivičnog prava osnovi za opravdanje mogu takođe da potiču iz običajnog prava ili sudske prakse. U slučajevima gde osnovi opravdanja koji nisu proizašli iz pisanih zakona ali koji su ipak bili priznati u odgovarajuće vreme kasnije prestaju da se primenjuju, postavlja se pitanje da li i koliko stav 2 člana 103 Osnovnog zakona isto tako štiti očekivanje da će se njihova primena nastaviti. Ovde nema potrebe da se daje opšti odgovor na ovo pitanje, jer je u posmatranom slučaju opravdanje – zasnovano delom na zakonskim propisima a delom na administrativnim uputstvima i praksi – pruženo u okolnostima koje omogućavaju da se ograniči apsolutna zabrana retroaktivnosti u stavu 2 člana 103 Osnovnog zakona.

(aa) Stav 2 člana 103 Osnovnog zakona uzima kao normalan slučaj da je delo izvršeno i potpada pod domašaj materijalnog krivičnog prava Savezne Republike Nemačke, oblikovanog Osnovnim zakonom, i da se i sudi u tom kontekstu. U tom normalnom slučaju krivični zakon, budući da je usvojen u skladu sa pravilima demokratije, podele vlasti i poštovanja osnovnih prava, time zadovoljavajući u principu zahteve objektivne pravde (*materielle Gerechtigkeit*), pruža pravnodržavnu osnovu vladavine prava (*rechstaatliche Anknüpfung*) koja je potrebna za apsolutnu, striktnu zaštitu poverenja koju pruža stav 2 člana 103 Osnovnog zakona.

(bb) Ovo načelo više ne važi bez ograničenja utoliko što, kao posledica ponovnog ujedinjenja, i kako je dogovoreno Sporazumom o ponovnom ujedinjenju, član 315 Uvodnog zakona Krivičnog zakona, uzet zajedno sa članom 2 toga Zakona, propisuje da se Krivični zakon DDR ima primeniti u krivičnim slučajevima koji se tiču dela izvršenih u bivšoj DDR. To pravilo je posledica preuzimanja od strane SRN odgovornosti za krivično pravo na teritoriji DDR; ono je takođe saglasno sa stavom 2 člana 103 Osnovnog zakona, jer se građanima bivše DDR sudi prema krivičnom pravu koje je važilo za njih u odgovarajuće vreme, pri čemu se pravo Savezne Republike koje je važilo u to vreme primenjuje samo ako je blaže. Međutim, ovo pravno stanje, u kome Savezna Republika mora da vrši vlast u krivičnim predmetima na osnovu zakona države koja nije poštovala ni demokratske principe ni podelu vlasti ni ljudska prava, može da dovede do sukoba između obavezujućih principa vladavine prava Osnovnog zakona i apsolutne zabrane retroaktivnosti u stavu njegovog 2 člana 103, koji, kako je rečeno, dobija svoje opravdanje u smislu vladavine prava (*rechtsstaatliche Rechtfertigung*) iz posebnog poverenja datog u krivičnim zakonima kada ih usvajaju demokratska zakonodavna tela koja su u obavezi da poštuju osnovna ljudska prava. Ova posebna osnova za poverenje više ne važi u slučaju kada druga država zakonski definiše određena dela kao ozbiljna krivična dela a pri tom isključuje mogućnost kažnjavanja omogućavajući osnove za opravdanje koje obuhvataju neka od ovih dela i čak zahtevajući i hrabreći ih bez obzira na odredbe pisanog zakona, na takav način ozbiljno kršeći ljudska prava koja su opšte prihvaćena od strane međunarodne zajednice. Na taj način su oni koji drže državnu vlast u svojim rukama ustanovili sistem toliko protivan pravdi da može da opstane samo onoliko dugo dok postoji državna vlast koja ga je stvorila.

U ovoj potpuno izuzetnoj situaciji, zahtev za objektivnom pravdom, koji obuhvata i potrebu da se poštuju ljudska prava koja priznaje međunarodna zajednica, čini nemogućim da sud prihvati takvo opravdanje. Apsolutna zaštita poverenja položenog u garanciju datu stavom 2 člana 103 Osnovnog zakona mora da prepusti prednost; u protivnom bi vršenje sudske funkcije u krivičnim predmetima u Saveznoj Republici odudaralo od pretpostavki o vladavini prava (*rechtsstaatliche Prämissen*). Građaninu koji je sada u krivičnoj nadležnosti SRN zabranjeno je

da se osloni na takve osnove za opravdanje; u svim drugim pitanjima načelo poverenja je još uvek na snazi, pri čemu svaki građanin uživa garanciju da će, ako bude osuđen, to biti na osnovu zakona koji bi se na njega primenio u trenutku kada je krivično delo počinjeno.

(cc) Savezna Republika je doživela slične sukobe i u vreme kada se bavila nacional-socijalističkim zločinima.

(...)

2. Savezni ustavni sud je do sada imao priliku da se bavi problemom „zakonskog neprava“ (*gesetzliches Unrecht*) samo u drugim oblastima a ne u krivičnom pravu. Stao je na stanovište da u slučajevima gde je pozitivno pravo u neprihvatljivom neskladu sa pravdom načelo pravne izvesnosti možda mora da prepusti preimućstvo načelu objektivne pravde. U vezi s tim se pozvao na dela Gustava Radbruha¹ ... a naročito na ono što je poznato kao Radbruhova formula... Sud je po tom pitanju više puta naglašavao da treba da se odustane od primene pozitivnog prava samo u veoma izuzetnim slučajevima i da bi neki nepravedan pravni propis, koji je u svakom prosvetnom shvatanju neprihvatljiv, ipak mogao, budući da sam po sebi ostaje da služi redu, da poprimi pravnu valjanost i time da stvori pravnu izvesnost... Međutim, period vladavine nacional-socijalizma pokazao je da je zakonodavno telo bilo sposobno da nametne ogromna „zla“ zakonima..., tako da, tamo gde odredba zakona neprihvatljivo odudara od pravde, tu odredbu od početka ne treba ni primenjivati...

2. Osporene odluke ispunjavaju ustavne kriterijume navedene u stavu 1.

(a) Savezni sud je od tada razvio svoju praksu u presuđivanju slučaja takozvanog vladinog kriminala [*Regierungskriminalität*] za vreme režima SED u DDR... Ta praksa takođe predstavlja osnovu za odluke koje su ovde osporene. Ona navodi da sud mora da zanemari opravdanje ako je njegov cilj oslobađanje od odgovornosti za namerno ubijanje nenaoružanih ljudi čija je jedina namera bila prelazak preko međunemačke granice bez ugrožavanja interesa za koje je opšte priznato da uživaju pravnu zaštitu, jer takvo opravdanje, koje stavlja zabranu prelaska granice iznad prava na život, mora da ostane bez dejstva zbog očiglednog i neprihvatljivog kršenja osnovnih principa pravde i ljudskih prava, zaštićenih u međunarodnom pravu. Pomenuto kršenje je toliko ozbiljno da vređa pravna ubeđenja u vezi sa vrednošću i dostojanstvom čoveka koja su zajednička svim narodima. U takvim slučajevima pozitivno pravo mora da prepusti mesto pravdi.

Savezni sud je opisao odnos između kriterijuma koji zajedno predstavljaju Radbruhovu formulu i ljudskih prava zaštićenih u međunarodnom pravu tako da su merilima Radbruhove formule, koja je bilo teško primeniti zbog njihove nepreciznosti, dodati nešto određeniji kriterijumi ocenjivanja, jer su međunarodni instrumenti ljudskih prava pružali osnovu za određivanje kada država krši ljudska prava prema ubeđenjima svetske pravne zajednice.

(...)

(c) Imajući u vidu zaključak da se osnova za opravdanje koja je izvedena iz državne prakse i prema kojoj je dozvoljeno ubijati 'lica odgovorna za povrede granice' mora odbaciti kao slučaj ekstremne nepravednosti države, predlagači ne mogu da se žale da pravo na život i pravo na slobodu kretanja nisu bezuslovno zajamčena Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima i da čak i demokratske države zapadnog tipa, na osnovu vladavine prava, imaju zakonske odredbe kojima je izričito propisana upotreba vatrenog oružja u određenim okolnostima, posebno u vezi sa gonjenjem i hapšenjem kriminalaca. Doduše, slovo pravnih propisa DDR u vezi sa regulisanjem upotrebe vatrenog oružja na međunemačkoj granici odgovara odredbama SRN o primeni sile (*unmittelbarer Zwang*). Ali odluke u osporenim presudama pokazuju da su nad ovim pravnim odredbama stajala naređenja koja nisu ostavljala

prostora za ograničavanje upotrebe vatrenog oružja prema principu proporcionalnosti, i koja su graničarima na terenu prenosila stav njihovih nadređenih – pa tako u krajnjoj liniji i Saveta za narodnu odbranu – da lica koja su odgovorna za povrede granice treba ‘uništiti’ ako nije bilo moguće da se spreče na drugi način da pređu granicu. Podređivanjem prava pojedinca na život interesu države da spreči prelasku granice je pisani zakon bačen u zasenak zahteva političke celishodnosti. Objektivno gledano je ovo predstavljalo izuzetnu nepravdu.

(d) Žalioци takođe ne mogu da tvrde da, pošto je prihvatio da opravdanje može biti zanemareno, Savezni sud još nije dao odgovor na pitanje da li je i u kojim okolnostima delo na taj način smatrano nezakonitim i kažnjivo... Da bi se odredila kažnjivost, nema potrebe da se primene natpozitivna pravna načela (*überpositive Rechtsgrundsätze*). Treba samo imati u vidu vrednosti koje je sama DDR uzimala kao osnovu za svoj krivični zakon. U odgovarajuće vreme su članovi 112 i 113 Krivičnog zakona DDR apsolutno zabranjivali namerno oduzimanje ljudskog života i ozbiljnost takvih krivičnih dela označavali propisivanjem teških kazni za njih. Ako iz razloga razmotrenih gore ne postoji prihvatljiva osnova za opravdanje za ubistvo, definicija prestupa u gore pomenutim odredbama krivičnog zakona čini takvo ubistvo kažnjivim krivičnim delom.

3. Prva tri žalioца se žale da je bilo protivno stavu 2 člana 103 Osnovnog zakona da ih Savezni sud, primenjujući pravo SRN, proglasi krivima za posredno izvršenje namernog ubistva. Ova žalba ne stoji.

(...)

Imajući u vidu njegovu zaštitnu svrhu, stav 2 člana 103 Osnovnog zakona ne isključuje primenu zakona koji je blaži od onoga koji je bio na snazi u odgovarajuće vreme. Savezni sud, u saglasnosti sa naučnim gledištima ..., zauzeo je stav da je blaži zakon onaj koji, na osnovu sveobuhvatnog poređenja u određenom pojedinačnom slučaju, proizvodi presudu koja je povoljnija za prekršioца, čak i ako bi ovaj ili onaj kriterijum procene mogao da se učini manje povoljnim od kriterijuma koje postavlja drugi zakon, pri čemu su odlučujući faktor pravne posledice krivičnog dela. Ovaj zaključak može se porediti sa gore pomenutom zaštitnom svrhom stava 2 člana 103 Osnovnog zakona i ne može se osporiti na ustavnim osnovima.

2. Treći podnosilac predstavke (g. Krenc)

23. Presudom od 25. avgusta 1997. godine Okružni sud u Berlinu je osudio trećeg podnosioca predstave na šest i po godina zatvora za namerno ubistvo kao posrednog izvršioца (*Totschlag in mittelbarer Täterschaft*), iz razloga što je, budući da je učestvovao u dvema odlukama Politburoa (7. juna 1985. i 11. marta 1986. godine) i dvema Saveta za narodnu odbranu (2. februara 1984. i 25. januara 1985. godine) u vezi sa režimom čuvanja granice DDR, podelio odgovornost za smrt četiri mlada čoveka koji su pokušali da pobegnu iz DDR između 1984. i 1989. godine prelaženjem međunemačke granice. Ova lica su ubili istočnonemački graničari.

Sledi pregled tih slučajeva.

Dana 1. decembra 1984. godine, dva graničara DDR pucala su i pogodila u leđa g. Mihael-Horsta Šmita (Michael-Horst Schmidt), starog 20 godina, koji je uz pomoć merdevina pokušavao da pređe preko Berlinskog zida. Nije mu pružena nikakva prva pomoć. U bolnicu narodne milicije DDR stigao je tek dva sata kasnije, a tada je već bio skoro potpuno iskrvario. Graničari koji sa ga pogodili su pohvaljeni a jedino je konstatovano sa žaljenjem da je potrošeno previše municije.

Dana 24. novembra 1986. godine, dva graničara DDR pucala su i pogodila u leđa g. Mihaela Bitnera (Michael Bittner), starog 25 godina, koji je takođe pokušavao da se popne preko

Berlinskog zida uz pomoć merdevina. Pao je na zemlju i preminuo posle nekoliko minuta od povrede srca dok je bio iznošen iz granične zone. Graničarima koji su ga pogodili dodeljena su odlikovanja i po nekoliko dana nagradnog odsustva.

Dana 12. februara 1987. godine g. Luc Šmit (Lutz Schmidt), star 24 godine, pokušao je zajedno sa prijateljem, g. Petrom Šulcom (Peter Shultze), starim 34 godine, da se uz pomoć merdevina popne preko Berlinskog zida. Merdevine su bile prekratke pa je jedan pomogao drugom rukama. G. Šulce je pao na zapadnu stranu a g. Šmit na istočnu, gde su na njega pucala i smrtno ranila pogocima u srce dva graničara DDR. Graničarima koji su ga pogodili dodeljena su odlikovanja i po nekoliko dana nagradnog odsustva, kao i bonus od po DEM 300.

Tokom noći između 5. i 6. februara 1989. godine, g. Kris Gefroj (Chris Guettroy) i g. Kristian Gaudian (Christian Gaudian), star 20 godina, pokušali su da se prebace preko Berlinskog zida. G. Gefroj je umro na licu mesta pošto je pogođen hicima istočnonemačkog graničara, a g. Gaudian je ranjen. Graničari koji su pucali na njih su pohvaljeni.

Na osnovu krivičnog zakona koji je važio u DDR u odgovarajuće vreme, Okružni sud je prvo proglasio trećeg podnosioca krivim za podstrekivanje na ubistvo (stav 2(1) člana 22 i stav 1 člana 112 Krivičnog zakona DDR – StGB-DDR; vidi stav 32 dole), pri čemu je odluka bila zasnovana na razlozima koji su već bili dati za osude prva dva predlagača u presudi od 16. septembra 1993. godine (vidi stav 19 gore). Sud je onda primenio krivični zakon SRN, blaži od zakona DDR, i predlagača osudio kao posrednog izvršioca u namernim ubistvima koja su izvršena (članovi 25 i 212 Krivičnog zakona SRN – StGB; vidi stav 44 dole).

Okružni sud je takođe zaključio da podnosilac predstavke nije mogao da se pozove, kao na izvinjavajuću činjenicu, da je suverenitet DDR bio ograničen njenom zavisnošću od SSSR, budući da obaveze koje su proisticale iz saveza nisu oslobađale pojedinca krivične odgovornosti. Određujući dužinu kazne predlagača, Okružni sud je takođe primenio krivični zakon SRN, kao blaži od zakona DDR.

24. Podnosilac predstavke se 9. aprila 1998. godine žalio na ovu presudu Saveznom sudu, oslanjajući se posebno na stav 2 člana 103 Osnovnog zakona i na načelo zabrane retroaktivne primene krivičnih zakona.

25. Nakon održavanja rasprave 27. oktobra 1999. godine, Savezni sud je 8. novembra 1999. godine potvrdio sve tačke presude Okružnog suda i pozvao se na nekoliko značajnih odluka koje je prethodno bio doneo u vezi sa sličnim pitanjima, uključujući posebno presudu od 26. jula 1994. godine (vidi stav 20 gore).

Sud je napomenuo i da je Okružni sud pažljivo nabrojao redosled uputstava koja su data u predmetu, počevši od odluka Politbiroa i Saveta za narodnu odbranu u kojima je predlagač učestvovao, pa prema vojnom komandnom redosledu, sve do naređenja koja su data graničarima i incidentata sa smrtnim ishodom.

26. Dana 12. januara 2000. godine, tročlano sudsko veće Saveznog ustavnog suda odbilo je da razmotri ustavnu žalbu prodnosioca predstavke, pozivajući se posebno na svoju značajnu odluku od 24. oktobra 1996. godine (vidi stav 22 gore).

II. Relevantno domaće i međunarodno pravo

A. Ugovor o ponovnom ujedinjenju Nemačke

27. Ugovor o ponovnom ujedinjenju Nemačke od 31. avgusta 1990, posmatran zajedno sa Zakonom o ugovoru o ponovnom ujedinjenju Nemačke od 23. septembra 1990. godine, određuje, u prelaznim odredbama Krivičnog zakona (članovi 315 do 315(c) Uvodnog zakona za

krivični zakon), da je važeći zakon u principu zakon mesta gde je neko delo izvršeno. To znači da za dela počinjena od strane građana DDR unutar teritorije DDR u principu važe zakoni DDR. U skladu sa stavom 3 člana 2 Krivičnog zakona, zakoni SRN će se primenjivati samo ako su blaži od zakona DDR.

B. Važeći zakoni u DDR u relevantno vreme

1. Verzije Ustava DDR od 1968. i 1974. godine, koje su identične u pogledu odredaba koje su bitne za posmatrani slučaj, izuzimajući stav 2 člana 89 (vidi dole).

28. Bitne odredbe Ustava:

Član 8

Opštepriznata pravila međunarodnog prava čiji je cilj unapređenje mira i miroljubive saradnje između naroda obavezujuća su za državu i sve građane.

Član 19 stav 2

Od svih državnih tela, društvenih snaga i svakog građanina zahteva se poštovanje i zaštita dostojanstva i slobode ličnosti.

Član 30 stav 1 i stav 2

(1) Ličnost i sloboda svakog građanina Nemačke Demokratske Republike su neprikosnovene.

(2) Ograničenja su dozvoljena samo u vezi sa delima koja su kažnjiva prema krivičnom zakonu ... i moraju biti propisana zakonom. Međutim, prava građana mogu se ograničiti samo u skladu sa zakonom i u slučajevima kada se čini da je takvo ograničenje neizbežno.

Član 73

Državni savet će postaviti načela koja će se slediti u pitanjima narodne odbrane i bezbednosti. Savet će organizovati odbranu države uz pomoć Saveta za narodnu odbranu.

Član 89 stav 2

(verzija iz 1974. godine; u verziji iz 1968. se ova rečenica nalazila u stavu 3 člana 89)

Pravna pravila ne smeju da budu u suprotnosti sa Ustavom.

2. Verzije Krivičnog zakona DDR od 1968. i 1979. godine, koje su identične u pogledu odredaba koje su bitne za posmatrani slučaj, izuzimajući član 213 (vidi dole)

29. Prva glava Posebnog dela Krivičnog zakona, naslovljena „Krivična dela protiv nacionalnog suvereniteta Nemačke Demokratske Republike, mira, čovečnosti i ljudskih prava“, obuhvatala je ovaj uvod:

Nemilosrdno kažnjavanje za krivična dela protiv nacionalnog suvereniteta Nemačke Demokratske Republike, mira, čovečnosti i ljudskih prava je nužan preduslov za stabilan mir u svetu, vraćanje vere u elementarna ljudska prava i dostojanstvo i vrednost ljudi, kao i očuvanje prava svih ljudi.

30. Član 95 Krivičnog zakona propisivao je sledeće:

Svako lice koje svojim ponašanjem krši ljudska ili osnovna prava, međunarodne obaveze ili nacionalni suverenitet Nemačke Demokratske Republike ne može se pravdati zakonom, naređenjem ili pismenim uputstvom; ono će se smatrati krivično odgovornim.

31. Član 84 Krivičnog zakona propisivao je:

Za zločine protiv mira, čovečnosti ili ljudskih prava, kao i za ratne zločine, neće važiti pravila za ograničenja određena ovim zakonom (kojima se određuju rokovi zastarelosti za razne kategorije krivičnih dela).

32. Stav 1 člana 112 Krivičnog zakona propisivao je za ubistvo kaznu zatvora od deset godina do doživotne robije. Stav 1 člana 22 Krivičnog zakona bavio se delom učešća u krivičnom delu, a posebno podstrekivanjem na krivično delo. Stav 2 člana 22 propisivao je da se krivična odgovornost određuje zakonom koji definiše to delo. Stav 1(5) člana 82 Krivičnog zakona odredio je rok zastarelosti od 25 godina za krivično gonjenje za dela koja povlače kazne zatvora u trajanju od preko deset godina.

33. Član 119 Krivičnog zakona propisivao je:

Svako lice koje je prisutno na mestu nesreće ili u situaciji kada je ugrožen ljudski život ili zdravlje a koje propusti da pruži neophodnu pomoć u skladu sa svojim sposobnosima, mada je u stanju da to učini bez stvarne opasnosti po svoj život ili zdravlje i bez kršenja drugih važnih obaveza, mora pružiti zadovoljavajuće objašnjenje za svoj postupak društvenom pravosudnom organu a u protivnom će se kazniti javnom opomenom, novčanom kaznom, uslovnom kaznom ili zatvorskom kaznom u trajanju do dve godine.

34. Član 213 Krivičnog zakona (verzija iz 1979) propisivao je:

(1) Svako lice koje protivzakonito pređe granicu Nemačke Demokratske Republike ili prekrši odredbe kojima se propisuje privremena dozvola za boravak u Nemačkoj Demokratskoj Republici i za tranzit kroz Nemačku Demokratsku Republiku kazniće se kaznom zatvora u trajanju do dve godine, uslovnom kaznom, kaznom zatvora ili novčanom kaznom.

(4) Pripreme i pokušaji smatraće se krivičnim delom.“

35. Stav 3 člana 1 druge glave Krivičnog zakona, kojim se definisao pojam „teškog krivičnog dela“ (*Verbrechen*), propisivao je:

Teška krivična dela su društveno opasni napadi (*gesellschaftsgefährliche Angriffe*) na suverenitet Nemačke Demokratske Republike, mir, čovečnost ili ljudska prava, ratni zločini, krivična dela protiv Nemačke Demokratske Republike i krivična dela koja ugrožavaju život a počinjena su sa predumišljajem (*vorsätzlich begangene Straftaten gegen das Leben*). Takođe će se smatrati teškim krivičnim delima druga društveno opasna dela koja su počinjena sa predumišljajem protiv prava i interesa građana, socijalističke svojine i drugih prava i interesa društva, koja predstavljaju teške povrede socijalističke zakonitosti i koja po tom osnovu podležu kazni zatvora u trajanju od najmanje dve godine ili u vezi sa kojima je, unutar ograničenja važećih kazni, izrečena zatvorska kazna u trajanju od preko dve godine.

36. Član 258 Krivičnog zakona je propisivao:

(1) Pripadnici oružanih snaga se neće smatrati krivično odgovornim za dela počinjena u izvršenju naređenja koje je izdao starešina osim u slučajevima gde izvršenje naređenja predstavlja očigledan prekršaj priznatih pravila međunarodnog javnog prava ili krivičnih zakona.

(2) U slučajevima u kojima izvršenje od strane potčinjenog predstavlja očigledno kršenje priznatih pravila međunarodnog javnog prava ili krivičnog zakona, starešina koji je izdao naređenje takođe će se smatrati krivično odgovornim.

(3) Odbijanje ili neizvršavanje naređenja čije bi izvršenje predstavljalo očigledno kršenje priznatih pravila međunarodnog javnog prava ili krivičnog zakona ne povlači pozivanje na krivičnu odgovornost.

3. Zakon DDR o Narodnoj miliciji od 1968. godine

37. Član 17 Zakona o Narodnoj miliciji, koji je stupio na snagu 11. juna 1968. godine, propisivao je:

(2) Upotreba vatrenog oružja je opravdana

(a) da bi se sprečilo predstojeće izvršenje ili nastavak izvršenja krivičnog dela (*Straftat*) za koje se u datim okolnostima može pretpostaviti da predstavlja

– teško krivično delo protiv suverenteta Nemačke Demokratske Republike, mira, čovečnosti ili ljudskih prava

– teško krivično delo protiv Nemačke Demokratske Republike

– teško krivično delo protiv ličnosti

– teško krivično delo protiv javne bezbednosti ili državnog reda

– bilo koje drugo teško krivično delo, naročito delo izvršeno uz upotrebu vatrenog oružja ili eksploziva;

(b) da bi se sprečilo bekstvo ili izvršilo ponovno hapšenje lica.

(...)

(3) Upotrebi vatrenog oružja mora da prethodi glasno upozorenje ili pucanj upozorenja, osim kada se postojeća opasnost može sprečiti ili eliminisati samo putem ciljane upotrebe vatrenog oružja.

(4) U slučajevima kada se koristi vatreno oružje ljudski životi se moraju čuvati kad god je to moguće. Ranjenim licima mora se pružiti prva pomoć, pod uslovom da su preduzete neophodne mere bezbednosti, čim izvođenje policijske akcije to dozvoli.

(...)

Prema članu 20(3) Zakona, ove odredbe su se primenjivale i na pripadnike Nacionalne narodne armije.

4. Zakon DDR o državnim granicama od 1982. godine

38. Član 27 Zakona o državnim granicama, koji je stupio na snagu 1. maja 1982. godine, i koji je zamenio Zakon o Narodnoj miliciji od 1968. godine, propisivao je:

(1) Upotreba vatrenog oružja je najekstremnija mera koja podrazumeva upotrebu sile protiv ličnosti. Vatreno oružje može da se koristi samo u slučajevima gde upotreba fizičke sile, sa ili bez pomoći mehaničkih pomagala, nije imala uspeha ili nema mogućnosti da uspe. Upotreba vatrenog oružja protiv ličnosti dozvoljena je samo u slučajevima u kojima hici upućeni prema predmetima ili životinjama nisu izazvali željeno dejstvo.

(2) Upotreba vatrenog oružja je opravdana da bi se sprečilo predstojeće izvršenje ili nastavak izvršenja krivičnog dela za koje se u datim okolnostima može pretpostaviti da predstavlja teško krivično delo. Takođe je opravdana da bi se uhapsilo lice za koje postoji veoma osnovana sumnja da je počinilo teško krivično delo.

(3) Upotrebi vatrenog oružja mora u principu da prethodi glasno upozorenje ili hitac upozorenja, osim kada se postojeća opasnost može sprečiti ili eliminisati samo putem ciljane upotrebe vatrenog oružja.

(5) U slučajevima kada se koristi vatreno oružje, ljudski životi se moraju čuvati kad god je to moguće. Ranjenim licima mora se pružiti prva pomoć, pod uslovom da su preduzete neophodne mere bezbednosti.

5. Zakonske odredbe o izdavanju pasoša i viza u DDR

39. Prema zakonskim odredbama o izdavanju pasoša i viza u DDR (Zakon o pasošima od 1963. i Zakon o pasošima i Naredba o pasošima i vizama od 28. juna 1979. godine, uz dodatnu Naredbu od 15. februara 1982. godine), pre 1. januara 1989. godine nije bilo moguće za lica koja nisu uživala nikakve političke privilegije, lica koja nisu navršila godine potrebne za odlazak u penziju ili lica koja nisu bila izuzeta zbog važnih porodičnih razloga da napuste DDR na zakonit način.

Prema članu 17 Naredbe od 28. juna 1979. godine, do 1. januara 1989. odluke o molbama za dozvolu za odlazak nisu morale da budu obrazložene, i nije postojala mogućnost žalbe protiv tih odluka sve do stupanja na snagu Naredbe o vizama od 30. novembra 1988. godine.

C. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima

(...)

40. DDR je ratifikovala Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (Pakt) 8. novembra 1974. godine (vidi stav 20 gore).

(...)

2. Praksa Ujedinjenih nacija

41. Pre ponovnog ujedinjenja Nemačke, nekoliko članova Komiteta za ljudska prava Ujedinjenih nacija, koji po članu 28 Pakta ima zadatak da osigura da sve strane ugovornice ispune svoje obaveze, izrazilo je određene kritike u vezi sa režimom čuvanja granice DDR.

Zapisnici sa 533. i 534. sastanka Komiteta pominju sledeće opaske, između ostalih.

Britanski član Komiteta Ser Vinsent Evans (Vincent Evans) je 19. jula 1984. godine istakao da:

[u vezi sa] automatskim oružnim sistemima postavljenim duž granice ... stav 2 člana 6 Pakta propisuje smrtnu kaznu 'samo za najteža krivična dela'. Pokušaj da se pređe granica, čak i da je ilegalan, nikako se ne bi mogao smatrati izuzetno teškim krivičnim delom. Ubistvo čoveka u takvim okolnostima bilo je ništa drugo nego pogubljenje po kratkom postupku, bez suđenja – dakle praksa koja je po članu 6 neopravdana.

Ser Vinsent je dodao:

...da ... nije ubeđen da se Nemačka Demokratska Republika stvarno pridržava odredaba člana 12 Pakta. Svako ima osnovnu slobodu da napusti svoju zemlju; stav 3 člana 12 dozvoljava neka ograničenja, ali samo po tri osnova. Glavno načelo koje je određivanje da li neko može da napusti DDR ili ne jeste saglasnost sa pravima i interesima te zemlje; to se čini preširokim kada se uporedi sa odredbama stava 3 člana 12 Pakta.

Istog dana je senegalski član Komiteta g. Birame Ndiaye (Birame Ndiaye) izjavio:

...da ... se čini da vlada Nemačke Demokratske Republike gleda na mogućnost ograničavanja slobode kretanja na osnovima drugačijim od onih propisanih članom 12 Pakta.

42. Rezolucijom 1503, usvojenom 1970. godine, Ekonomski i socijalni savet UN ustanovio je mehanizam kojim su pojedinci mogli da upućuju žalbe Komisiji za ljudska prava, čiji je zadatak bio da istraži da li te žalbe ukazuju na postojanje „sistematskih, teških i proverenih povreda ljudskih prava i osnovnih sloboda“.

DDR je stalno bila na udaru kritike zbog svoje restriktivne politike u vezi sa slobodom kretanja, kao i prema proceduri rezolucije 1503 za nepoštovanje opšte obaveze da poštuje ljudska prava, sadržane u stavu 3 člana 1 i članovima 55 i 56 Povelje UN. DDR je od 1981. do 1983. godine bila na spisku zemalja koje je trebalo ispitati u postupku iz rezolucije 1503, budući da se

više od pedeset osoba (minimum koji je potreban da bi se moglo govoriti o „sistematskim i teškim povredama“) bilo žalilo Komisiji za ljudska prava zbog politike DDR držanja svojih građana u zatočeništvu. Međutim, DDR je dozvolila nekima od njih da napuste zemlju, čime je ukupan broj spustila ispod 50 i tako izbegla osudu.

D. Zakoni koji su važili u SRN u relevantno vreme

43. Stav 2 člana 103 Osnovnog zakona propisuje:

Delo nije kažnjivo osim ako nije tako određeno zakonom pre nego što je izvršeno.

44. Član 212 Krivičnog zakona SRN propisuje kaznu zatvora u trajanju od pet godina do doživotnog zatvora, u naročito teškim slučajevima, za namerno ubistvo. Član 25 Krivičnog zakona propisuje da je izvršilac krivičnog dela lice koje ga je počinilo ili koje je navelo drugo lice da poćini delo umesto njega.

III. Rezerva SRN u vezi sa stavom 2 člana 7 Konvencije

45. Instrument ratifikacije Konvencije, koji je Vlada Nemaćke deponovala 13. novembra 1952. godine sadržao je i sledeću rezervu i izjavu:

U saglasnosti sa članom 64 Konvencije (ćlan 57 nakon što je Protokol br 11 stupio na snagu), Savezna Republika Nemaćka stavlja rezervu da će odredbe stava 2 člana 7 Konvencije primenjivati iskljućivo u granicama stava 2 člana 103 Osnovnog zakona Savezne Republike Nemaćke. Ova odredba propisuje da je neko delo kažnjivo samo ako je tako bilo propisano zakonom pre nego što je delo izvršeno.

Teritorija na kojoj je Konvencija primenjiva obuhvata i Zapadni Berlin.

Pravo

I. Navodna povreda stava i člana 7 Konvencije

46. Podnosioci predstavki su tvrdili da dela za koja im je suđeno nisu predstavljala krivićna dela u vreme kada su poćinjena, prema zakonima DDR ili međunarodnom pravu, pa da je tako njihova osuda pred nemaćkim sudovima predstavljala kršenje stava 1 člana 7 Konvencije, koji propisuje:

Niko se ne moće smatrati krivim za krivićno delo izvršeno ćinjenjem ili nećinjenjem koje, u vreme kada je izvršeno, nije predstavljalo krivićno delo po unutrašnjem ili međunarodnom pravu. Isto tako, ne moće se izreći stroćija kazna od one koja je bila propisana u vreme kada je krivićno delo izvršeno.

A. Argumenti stranaka pred Sudom

1. Podnosioci predstavki

47. Podnosioci predstavki su tvrdili da njihove osude nakon ponovnog ujedinjenja Nemaćke nisu bile predvidljive, kao i da nikada nisu bili kažnjavani u DDR. Tvrdili su da su ćak i nemaćki sudovi prihvatili da je razlog zašto nisu bili krivićno gonjeni u odgovarajuće vreme bio taj da dela za koja su optućeni nisu predstavljala krivićna dela prema krivićnom pravu DDR, pozivajući se tu na ćlan 27(2) Zakona o drćavnim granicama DDR. *Ex post facto* tumaćenje krivićnog zakona DDR od strane sudova ujedinjene Nemaćke nije bilo zasnovano na praksi sudova u DDR i za predlagaće bi bilo nemoguće da ga predvide u vreme događaja koji su doveli do optućnice. Ono što se, dakle, dogodilo nije bilo postepeno razvijanje tumaćenja zakona DDR, već potpuno odbijanje da se prihvati opravdanje na koje su se pozvali predlagaći, iz razloga što nije bilo u skladu s Osnovnim zakonom SRN (Radbruhova formula „zakonskog neprava“ –

Radbruch'sche Formel des „gesetzlichen Unrechts“). Pored toga, primena režima zaštite granice bila je od ključne važnosti za očuvanje DDR.

Sva tri podnosioca predstavke su tvrdila da su postupala u skladu sa zakonima DDR, a treći posebno da je 1983. godine, kada je on postao član Politbiroa i Saveta za narodnu odbranu, potonje telo već bilo odlučilo da se uklone nagazne mine i sistemi za automatsku paljbu. Njegova osuda je dakle bila samo za upotrebu vatrenog oružja od strane graničara. Međutim, čak i ta osuda je bila nepravedna jer podnosilac nije učestvovao ni na jednoj sednici Politbiroa ili Saveta za narodnu odbranu na kojoj je bilo izdato izričito naređenje da se upotrebi vatreno oružje na granicama.

Podnosioci predstavki su takođe tvrdili da posmatrana dela nisu predstavljala krivična dela ni po međunarodnom pravu. Što se tiče Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, koji je DDR ratifikovala, izneli su da nijedno međunarodno telo nije osudilo DDR za kršenje njegovih odredaba i da je čak i da to jeste bio slučaj, postojala fundamentalna razlika između obaveza države prema međunarodnom pravu s jedne strane i sa druge strane krivične odgovornosti pojedinca po unutrašnjem krivičnom pravu. Štaviše, u većini zemalja je pristup granici bio ili zabranjen ili strogo kontrolisan, a upotreba vatrenog oružja od strane graničara dozvoljena ako bi lica koja bi pozvali odbila da reaguju na njihova upozorenja.

2. Vlada

48. Vlada je tvrdila da su podnosioci predstavki, kao rukovodioci DDR, lako bili u stanju da shvate da je režim zaštite granice DDR, sa svim svojim tehničkim savršenstvom i bezobzirnom upotrebom vatrenog oružja, uperen protiv osoba kojima su administrativne vlasti zabranjivale da napuste DDR i stalno bez obrazloženja odbijale da dozvole građanima DDR da putuju u SRN, posebno u Zapadni Berlin. Sledi da su mogli i da predvide da bi ubijanje nenaoružanih begunaca koji nisu nikoga ugrožavali moglo da dovede do krivičnog gonjenja u skladu sa pravnim propisima koji su regulisali ovu materiju, bez obzira na suprotnu praksu režima u DDR. Posebno je bilo jasno da bi svako mogao da predvidi da bi promena vlasti u DDR mogla dovesti do toga da se ova dela smatraju krivičnim delima, i to zbog porodičnih i drugih veza koje su prevazilazile granicu koja je delila Nemačku.

Vlada je tvrdila da su nemački sudovi protumačili zakone DDR na legitiman način. Da su vlasti DDR ispravno primenile sopstvene pravne propise u ovoj oblasti, uzimajući u obzir međunarodne obaveze DDR posle ratifikacije Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i opšta načela ljudskih prava, uključujući naročito zaštitu prava na život, one bi došle do istog tumačenja. Pitanje da li Pakt jeste ili nije prenesen u unutrašnje pravo DDR nije bilo bitno u vezi s ovim.

B. Ocena Suda

1. Opšta načela

49. Kao prvo, Sud ponavlja osnovna načela određena njegovom praksom o tumačenju i primeni unutrašnjeg prava.

Dužnost Suda prema članu 19 Konvencije je da osigura poštovanje obaveza koje su Države ugovornice preuzele po Konvenciji, ali nije deo njegovog zadatka da se bavi činjeničnim ili pravnim omaškama koje je navodno napravio domaći sud, osim i u meri u kojoj su možda ugrozile prava i slobode zaštićene Konvencijom (vidi, pored ostalog, presudu u slučaju *Schenk protiv Švajcarske* od 12. jula 1988. godine, Serija A br. 140, str. 29, stav 45).

Pored toga, tumačenje i primena unutrašnjeg prava je prvenstveno stvar državnih vlasti, posebno sudova (vidi, *mutatis mutandis*, presudu u slučaju *Kopp protiv Švajcarske* od 25. marta 1998. godine, Reports of Judgments and Decisions 1998-II, str. 541, stav 59).

50. Drugo, Sud ponavlja osnovna načela određena svojom praksom u vezi sa članom 7 Konvencije, naročito u presudama *S.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* i *C. R. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 22. novembra 1995. godine (Serija A br. 335-B i 335-C, str. 41–42, stavovi 34–36, i str. 68 i 69, stavovi 32–34):

Garancija sadržana u članu 7, koja je bitan sastavni deo vladavine prava, zauzima značajno mesto u sistemu zaštite Konvencije, kao što je naglašeno činjenicom da nisu dozvoljeni izuzeci u skladu sa članom 15 u vreme rata ili drugog vanrednog stanja. Treba je tumačiti i primenjivati, kako sledi iz njene namene i svrhe, na takav način da pruža delotvornu zaštitu protiv samovoljnog krivičnog gonjenja, suđenja i kažnjavanja.

Iz ovog sledi, kako je Sud naveo u presudi u slučaju *Kokkinakis protiv Grčke* od 25. maja 1993.g. (Serija A br. 260-A, str. 22, stav 52), da član 7 nije ograničen na zabranu retroaktivne primene krivičnog prava na štetu optuženika: on takođe sadrži, nešto opštije, načelo da jedino zakon može da odredi krivično delo i propiše kaznu za njega (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) i načelo da se krivični zakon ne sme preširoko tumačiti na štetu optuženog, na primer analogijom. Iz ovih načela sledi da krivično delo mora da bude jasno određeno zakonom. U gore pomenutoj presudi Sud je naveo da je taj zahtev zadovoljen kada pojedinac može da zna iz formulacije date odredbe i, ako je potrebno i uz pomoć njenog sudskog tumačenja, koja dela i nečinjenja mogu da ga dovedu pod udar krivičnog zakona. Sud je time označio da, kada govori o 'zakonu', član 7 aludira na isti pojam na koji se Konvencija poziva na drugim mestima kada koristi taj termin, pojam koji, dakle, obuhvata i pisane i nepisane zakone i podrazumeva kvalitativne zahteve, posebno pristupačnost i predvidljivost (vidi presudu u slučaju *Tolstoy Miloslavsky protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 13. jula 1995, Serija A br. 316-B, str. 71–72, stav 37).

Koliko god da je precizno formulisana zakonska odredba, u bilo kom pravnom sistemu, uključujući i krivično pravo, postoji neizbežan element sudskog tumačenja. Uvek će postojati potreba za preciziranjem spornih momenata i prilagođavanjem okolnostima koje se menjaju. U državama potpisnicama Konvencije, progresivan razvoj krivičnog prava putem sudskog stvaranja prava je duboko ukorenjen i neophodan deo pravne tradicije. Član 7 Konvencije se ne može tumačiti tako da zabranjuje postepeno razjašnjavanje pravila krivične odgovornosti putem pravosudnog tumačenja od slučaja do slučaja, pod uslovom da je razvoj koji sledi u saglasnosti sa suštinom krivičnog dela i da bi mogao da bude predviđen u razumnoj meri.

2. Primena gornjih načela na posmatrani slučaj

51. U svetlu gore pomenutih načela u vezi sa obimom njegovog nadzora Sud primećuje da njegov zadatak nije da presudi o pojedinačnoj krivičnoj odgovornosti podnosilaca predstavki, što je posao prvenstveno domaćih sudova, već da razmotri, sa stanovišta stava 1 člana 7 Konvencije, da li su dela podnosilaca, u trenutku kada su izvršena, predstavljala krivična dela određena dovoljno pristupačno i predvidljivo zakonima DDR ili međunarodnim pravom.

52. U vezi s tim, Sud primećuje da specifičnost ovog slučaja leži u tranziciji između dveju država sa dva različita pravna sistema, a da su posle ponovnog ujedinjenja nemački sudovi podnosiocima predstavki osudili za krivična dela počinjena u svojstvu rukovodilaca DDR.

(a) Domaće pravo

(i) Pravni osnov za osudu podnosilaca predstavki

53. Sud primećuje da su nemački sudovi prvo odredili krivicu podnosioca predstavki za podstrekivanje na ubistvo na osnovu krivičnog zakona koji je bio na snazi u DDR u relevantno vreme (stav 2 člana 22 i stav 1 člana 112 Krivičnog zakona DDR – vidi stav 32 gore). Nakon odbacivanja osnova za opravdanje koji su ponudili podnosioci – zasnovanog na pravu i praksi DDR – sudovi su odredili da su zbog veoma visokih položaja koje su zauzimali u državnom aparatu DDR predlagači podelili odgovornost za smrt nekoliko ljudi, starih između 18 i 28 godina, koji su pokušali između 1971. i 1989. godine da napuste DDR prelaskom preko granice između dveju nemačkih država. Sudovi su onda primenili Krivični zakon SRN, blaži od onoga DDR, i osudili podnosiocima predstavki za nekoliko ubistava kao posredne izvršioce, prema članovima 25 i 212 Krivičnog zakona SRN, na kazne zatvora u trajanju od pet i po godina, sedam i po godina i šest i po godina (vidi stavove 19, 20, 23 i 25 gore).

54. Nemački sudovi su, dakle, primenili načelo formulisano u Ugovoru o ponovnom ujedinjenju od 31. avgusta 1990. godine i Zakonu o sprovođenju toga ugovora od 23. septembra 1990. godine, da se za dela počinjena od strane građana DDR unutar teritorije DDR primenjuju zakoni DDR, a da se zakoni SRN primenjuju samo ako su blaži (*lex mitius* – vidi stav 27 gore).

55. Pravni osnov za osude podnosioca predstavki je, dakle, bio krivični zakon DDR koji je važio u relevantno vreme, a njihove kazne su u principu odgovarale kaznama propisanim u odgovarajućim zakonskim odredbama DDR; određene kazne su bile blaže, zahvaljujući načelu primene blažeg zakona, u ovom slučaju zakona SRN.

(ii) *Osnovi za opravdanje po pravu DDR*

56. Međutim, podnosioci predstavki su tvrdili da su zahvaljujući osnovima za opravdanje određenim članom 17(2) Zakona o Narodnoj miliciji i članu 27(2) Zakona o državnim granicama, zajedno sa članom 213 Krivičnog zakona DDR (vidi stavove 34, 37 i 38 gore), postupali u skladu sa zakonima DDR, kao i da po tom osnovu nikada nisu bili krivično gonjeni u DDR.

57. Budući da pojam „zakon“ u stavu 1 člana 7 Konvencije obuhvata i pisane i nepisane zakone, Sud mora prvo da razmotri bitne odredbe pisanog prava DDR pre nego što ispita da li je tumačenje tih pravila od strane nemačkih sudova bilo u saglasnosti sa stavom 1 člana 7. U tom procesu mora i da ispita, u vezi s tom odredbom, prirodu državne prakse DDR, koja je u relevantno vreme bila nadgrađena tim pravilima.

58. Što se tiče događaja između 1971. i 1989. godine, pravila pisanog prava koja su važila u to vreme obuhvatala su verzije Krivičnog zakona od 1968. i 1979. godine, Zakon o Narodnoj miliciji od 1968. godine, koji je 1982. godine zamenio Zakon o državnim granicama, kao i verzije Ustava DDR iz 1968. i 1974. godine.

59. Tačno je da je članom 17(2) Zakona o Narodnoj miliciji i članom 27(2) Zakona o državnim granicama određeno da je upotreba vatrenog oružja opravdana „da bi se sprečilo predstojeće izvršenje ili nastavak izvršenja krivičnog dela za koje se u datim okolnostima može pretpostaviti da predstavlja teško krivično delo“ ili „da bi se uhapsilo lice za koje postoji veoma osnovana sumnja da je počinilo teško krivično delo“. Pojam „teško krivično delo“ određen je stavom 3 člana 213 Krivičnog zakona, koji je nabrojao slučajeve u kojima se krivično delo nezakonitog prelaska granice smatralo teškim, uključujući i slučajeve u kojima je „ugrožen ljudski život ili zdravlje“, u kojima je „izvršeno uz upotrebu vatrenog oružja ili opasnih sredstava ili načina“, u kojima je „izvršeno posebno intenzivno“ ili pak „izvršeno zajedno sa drugim licima“.

60. Član 17 Zakona o Narodnoj miliciji i član 27 Zakona o državnim granicama su dakle nabrojali čitav niz uslova pod kojima je upotreba vatrenog oružja bila dozvoljena i takođe propisali, u stavovima 4 i 5: „U slučajevima kada se koristi vatreno oružje, ljudski životi se moraju čuvati kad god je to moguće. Ranjenim licima mora se pružiti prva pomoć.“ Članom 27(1) je bilo propisano: „Upotreba vatrenog oružja je najekstremnija mera koja podrazumeva upotrebu sile protiv ličnosti.“ Članom 27(4) je određeno: „Ako je moguće, vatreno oružje ne bi trebalo koristiti protiv maloletnika (*Jugendliche*).“ Pored toga, član 119 Krivičnog zakona je određivao krivično delo propusta da se pomogne licu koje je ugroženo (vidi stav 33 gore).

61. Ove odredbe, koje su, dakle, izričito sadržale načelo proporcionalnosti i načelo da se ljudski životi moraju štititi, treba takođe tumačiti u svetlu načela koja su sadržana u samom Ustavu DDR. Stavom 2 člana 89 Ustava je određeno: „Pravni propisi ne mogu biti u suprotnosti sa Ustavom“; Stavom 2 člana 19 je određeno: „Sva državna tela, društvene snage i svaki građanin dužni su da poštuju i štite dostojanstvo i slobodu ličnosti“; konačno, stavovima 1 i 2 člana 30 je određeno: „Ličnost i sloboda svakog građanina Nemačke Demokratske Republike su nepovredivi“ i da se „prava građana mogu ograničiti samo u meri u kojoj to zakon dozvoljava i kada je po svoj prilici to ograničenje neizbežno (*unumgänglich*)“ (vidi stav 28 gore).

62. Pored toga, prvom glavom Posebnog dela Krivičnog zakona DDR je propisano: „Nemilosrdno kažnjavanje za krivična dela protiv ... mira, čovečnosti i ljudskih prava ... nužan je preduslov za stabilan mir u svetu, vraćanje vere u elementarna ljudska prava (*Wiederherstellung des Glaubens an grundlegende Menschenrechte*) i dostojanstva i vrednosti ljudi, kao i očuvanje prava svih ljudi.“ (vidi stav 29 gore).

63. U posmatranom slučaju su nemački sudovi osudili podnosiocima predstavki zbog njihove odgovornosti za smrt nekoliko ljudi koji su pokušali da pređu granicu između dve nemačke države, često sa skromnim pomagalima, kao što su merdevine. Uglavnom su bili veoma mladi (najmlađi je imao 18 godina a četvorica samo 20), bili su nenaoružani, nisu predstavljali opasnost ni za koga i njihov jedini cilj bio je napuštanje DDR, budući da je u to vreme za obične građane, osim penzionera i nekolicine privilegovanih, bilo gotovo nemoguće da DDR napuste na zakonit način (vidi odredbe o pasošima i vizama u DDR – stav 39 gore). Njihovi pokušaji da pređu granicu, mada zakonom zabranjeni u DDR, nisu se dakle mogli smatrati teškim krivičnim delima jer nijedan od slučajeva nije spadao u kategoriju teških krivičnih dela propisanih stavom 3 člana 213 Krivičnog zakona DDR.

64. U svetlu ovih načela, koja su obuhvaćena Ustavom i drugim pravnim propisima DDR, Sud smatra da osuda podnosilaca pred nemačkim sudovima, koji su gore pomenute odredbe tumačili i primenili na posmatrani slučaj, ne izgleda na prvi pogled samovoljna ili u suprotnosti sa stavom 1 člana 7 Konvencije.

65. Doduše, nemački sudovi su imali različite pristupe tumačenju osnova za opravdanje koje su izneli podnosioci predstavki, posebno na osnovu člana 27(2) Zakona o državnim granicama DDR.

Okružni sud u Berlinu je smatrao da se na ove osnove za opravdanje nije moglo osloniti budući da su flagrantno i neprihvatljivo kršili „osnovne principe pravde i ljudskih prava zaštićene međunarodnim pravom“ (vidi stavove 19 i 23 gore).

Savezni sud je smatrao da bi, čak i u relevantno vreme, ispravno tumačenje člana 27(2) Zakona o državnim granicama pokazalo da se nije moglo pozivati na takve osnove za opravdanja zbog ograničenja koje je propisivao sâm Zakon i u svetlu Ustava DDR i njenih obaveza po međunarodnom javnom pravu (vidi stavove 20 i 25 gore).

Konačno, Savezni ustavni sud je zaključio: „U ovoj sasvim izuzetnoj situaciji, zahtev za objektivnom pravdom, koji obuhvata i potrebu da se poštuju ljudska prava priznata od strane međunarodne zajednice, čini nemogućim za sud da prihvati takvu odbranu. Apsolutna zaštita poverenja koje je dato garancijom pruženom stavom 2 člana 103 Osnovnog zakona mora da prepusti svoj primat – u protivnom, vršenje sudske funkcije u krivičnim predmetima u Saveznoj Republici ne bi bilo u saglasnosti sa načelima vladavine prava“ (vidi stavove 22 i 26 gore).

66. Međutim, budući da su tumačenje i primena unutrašnjeg prava prvenstveno predmeti procene domaćih sudova, nije na ovom Sudu da izražava mišljenje o ovim različitim pristupima, koji dobro pokazuju pravnu komplikovanost slučaja. Dovoljno je da se Sud zadovolji da je ishod koji su postigli nemački sudovi bio u saglasnosti s Konvencijom, a posebno sa stavom 1 člana 7.

(iii) Osnovi za opravdanje koji proizilaze iz državne prakse DDR

67. Budući da pojam „zakon“ u stavu 1 člana 7 Konvencije obuhvata nepisane zakone, Sud mora takođe, pre nego što dublje zađe u razloge slučaja, ispitati prirodu državne prakse DDR, koja je bila nadređena pravilima pisanog prava u odgovarajuće vreme.

68. U tom kontekstu, treba naglasiti da u vreme kada su se dogodila posmatrana krivična dela nijedan od podnosilaca predstavki nije bio krivično gonjen zbog njih u DDR. To je bilo zbog protivrečnosti između, s jedne strane, načela unetih u Ustav i zakone DDR, koja su bila veoma slična načelima države u kojoj postoji vladavina prava i, sa druge, represivne prakse čuvanja granica DDR i naređenja koja su izdavana da se ona štiti.

69. Da bi se zaustavila beskrajna bujica begunaca, DDR je podigla Berlinski zid 13. avgusta 1961. godine i pojačala sve mere bezbednosti duž granice između dveju nemačkih država nagaznim minama i sistemima za automatsku paljbu. Pored ovih mera, graničarima je naređeno da „ne dozvole prelazak granice, da uhapsu lica koja su kršila granični režim (*Grenzverletzer*) ili da ih uništavaju (*vernichten*) i da državnu granicu štite po svaku cenu“. U slučaju uspešnog prelaska, dežurni graničari su znali da će vojni tužilac sprovesti istragu; u suprotnom slučaju bi mogli da očekuju pohvalu (vidi stavove 19 i 23 gore).

70. Kao što su ustanovili nemački sudovi, mere i naredbe pomenute gore su neosporno postojale kao odluke organa i vlade DDR pomenute u članu 73 Ustava (vidi stav 28 gore), i to Državnog saveta i Saveta za narodnu odbranu, čiji su podnosioci predstavki bili članovi: prvi podnosilac (g. Strelec) bio je član Saveta za narodnu odbranu od 1971. godine, drugi (g. Kesler) od 1967. godine; treći (g. Krenc) bio je član Centralnog komiteta SED od 1973. godine, Državnog saveta od 1981. godine i Saveta za narodnu odbranu od 1983. godine.

71. Cilj te prakse države koji su podnosioci predstavki sproveli bio je dakle da se granice između dveju nemačkih država zaštite „po svaku cenu“ da bi se osigurao opstanak DDR, koja je bila ugrožena zbog masovne seobe sopstvenog stanovništva.

72. Međutim, Sud naglašava da razlog na koji se pozvala država mora da bude ograničen načelima navedenim u Ustavu i zakonu same DDR; mora pre svega da poštuje potrebu da se sačuvaju ljudski životi, navedenu u Ustavu DDR i zakonima o Narodnoj miliciji i o državnim granicama, imajući u vidu činjenicu da je čak i u odgovarajuće vreme pravo na život već bilo najviša vrednost u hijerarhiji ljudskih prava (vidi stav 94 dole).

73. Sud smatra da je primena nagaznih mina i sistema za automatsku paljbu, imajući u vidu njihove automatske i nediskriminišuće posledice, kao i izričitost naređenja graničarima da „uništavaju lica koja narušavaju granicu (*Grenzverletzer*) i zaštite granicu po svaku cenu“, flagrantno kršila osnovna prava zajamčena članovima 19 i 30 Ustava DDR, koje su u suštini potvrđivale odredbe Krivičnog zakona DDR (član 213) i niz zakona o granicama DDR (član

17(2) Zakona o Narodnoj miliciji od 1968. godine i član 27(2) Zakona o državnim granicama od 1982. godine). Ova državna praksa takođe je predstavljala kršenje obaveze da se poštuju ljudska prava i drugih međunarodnih obaveza DDR, koja je 8. novembra 1974. godine ratifikovala Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, izričito priznajući pravo na život i na slobodu kretanja (vidi stav 40 gore), imajući takođe u vidu činjenicu da je za obične građane bilo gotovo nemoguće da napuste DDR na zakonit način. Mada je primena nagaznih mina i sistema za automatsku paljbu prestala oko 1984. godine, naređenja graničarima ostala su neizmenjena sve do pada Berlinskog zida, novembra 1989. godine.

74. Sud takođe primećuje da su se u opravdanju podnosioci predstavki oslonili na naređenje da se otvori vatra koji su oni sami bili izdali graničarima i na parksu koja je usledila, zbog koje su i osuđeni. Međutim, prema opštim pravnim principima, optužena lica nemaju pravo da opravdavaju postupke koji su proizveli njihovu osudu tako što bi jednostavno dokazali da su se takvi postupci događali pa tako predstavljali praksu.

75. Štaviše, bez obzira na odgovornost DDR kao države, postupci podnosilaca kao pojedinaca bili su određeni kao krivična dela članom 95 Krivičnog zakona DDR, koji je već u svojoj verziji od 1968. godine propisao, kako je ponovljeno i u verziji od 1977. godine, da: „Svako lice koje svojim ponašanjem krši ljudska ili elementarna prava ... ne može se pravdati zakonom, naređenjem ili pismenim uputstvom; ono će se smatrati krivično odgovornim“ (vidi stav 30 gore).

76. Sledi da nema nikakve sumnje da su podnosioci snosili pojedinačnu odgovornost za dela u pitanju.

(iv) Predvidljivost osuda

77. Međutim, podnosioci su tvrdili da, imajući u vidu stvarnu situaciju u DDR, njihove osude od strane nemačkih sudova nisu bile predvidljive i da je za njih bilo potpuno nemoguće da predvide da će jednoga dana, zbog promene okolnosti, biti pozvani na odgovornost pred krivičnim sudom.

78. Sud nije tim argumentom ubeđen. Širok jaz između zakona i svakodnevnog prakse DDR bio je u velikoj meri posledica postupaka samih podnosilaca predstavki. Imajući u vidu visok položaj koji su zauzimali u državnom aparatu, očigledno je da nisu mogli da ne budu upoznati s Ustavom i zakonima DDR ili njenim međunarodnim obavezama i osudama njenog režima zaštite granice koje su iznete u drugim zemljama (vidi stavove 41 i 42 gore). Štaviše, oni su sami sprovodili ili održavali taj režim nadgrađujući nad zakonske propise koji su objavljivani u Službenom listu DDR tajna naređenja i uputstva o jačanju i unapređenju sredstava za zaštitu granice i upotrebi vatrenog oružja. U naređenju da se otvara vatra koje je dato graničarima oni su insistirali na potrebi da se granice DDR zaštite „po svaku cenu“ a da se „lica odgovorna za povredu granice“ uhapsu ili „unište“ (vidi stav 15 gore). Podnosioci su dakle bili neposredno odgovorni za situaciju koja je vladala na granici između dveju nemačkih država od početka sedme decenije pa do pada Berlinskog zida 1989. godine

79. Štaviše, činjenica da podnosioci predstavki nisu bili krivično gonjeni u DDR i da su bili gonjeni i osuđeni pred nemačkim sudovima tek posle ponovnog ujedinjenja, i to na osnovu pravnih propisa koji se važili u DDR u relevantno vreme, ni na koji način ne znači da njihovi postupci nisu predstavljali krivična dela prema zakonima DDR.

80. U vezi s tim, Sud primećuje da se problem sa kojim je Nemačka morala da se suoči posle ponovnog ujedinjenja u pogledu stava koji će zauzeti prema licima koja su počinila

krivična dela pod bivšim režimom pojavio i u nekoliko drugih država koje su prošle kroz tranziciju do demokratskog režima.

81. Sud smatra opravdanim da se u pravnoj državi krivično gone lica koja su počinila krivična dela pod prethodnim režimom; isto tako, sudovi takvih država, budući da su zauzeli mesto sudova koji su prethodno postojali, ne mogu se osuditi zbog primene i tumačenja pravnih propisa koji su važili u odgovarajuće vreme u svetlu načela na kojima je zasnovano postojanje pravne države.

82. Sud ponavlja da za svrhe stava 1 člana 7, koliko god da je precizno formulisana neka odredba krivičnog zakona, u svakom pravnom sistemu postoji neizbežan element pravosudnog tumačenja. Uvek će postojati potreba za raščišćavanjem spornih pitanja i za prilagođavanjem okolnostima koje se menjaju (vidi presude u slučaju *S. W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* i slučaju *C. R. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 22. novembra 1995. godine, Serija A br. 335-B i 335-C, str. 41–42, stavovi 34–36, i str. 68–69, stavovi 32–34 – stav 50 gore). Doduše, ovo načelo važi u principu za postepen razvoj pravne prakse u bilo kojoj demokratskoj državi u kojoj se poštuje vladavina prava, koja je kamen temeljac Konvencije, kao što kaže njen uvodni deo (vidi stav 83 dole), ali ostaje sasvim valjano u slučajevima kada je kao u ovom jedna država nasledila drugu.

83. Suprotno rezonovanje bi bilo u suprotnosti sa samim načelima na kojima je izgrađen sistem zaštite ustanovljen Konvencijom. Autori Konvencije su se na ta načela pozvali u njenom uvodnom delu kada su potvrdili svoju „duboku veru u one osnovne slobode koje su temelj pravde i mira u svetu i koje se najbolje održavaju stvarnom političkom demokratijom, s jedne strane, i zajedničkim shvatanjem i poštovanjem ljudskih prava od kojih one zavise, s druge strane“ i izjavili da su „sličnih pogleda“ i da imaju „zajedničko nasleđe političkih tradicija, ideala, slobode i vladavine prava“.

84. Trebalo bi takođe naglasiti da je parlament DDR, izabran na demokratskim izborima 1990. godine, izričito zatražio od nemačkih zakonodavaca da obezbede da se vode krivični postupci u vezi sa nepravdama koje je počinila SED (vidi stav 18 gore). To čini sasvim razumnim zaključak da bi čak i da se dve nemačke države nisu ujedinile demokratski režim koji bi preuzeo vlast od SED u DDR primenio postojeće pravo DDR i krivično gonio predlagače, kao što su nemački sudovi i učinili posle ponovnog ujedinjenja.

85. Štavise, imajući u vidu supremaciju prava na život u svim međunarodnim instrumentima zaštite ljudskih prava (vidi stavove 92, 93 i 94 dole), uključujući i samu Konvenciju, u kojoj se pravo na život jamči u članu 2, Sud smatra da je u posmatranom slučaju strogo tumačenje nemačkih sudova pravnih propisa DDR bilo u saglasnosti sa stavom 1 člana 7 Konvencije.

86. Sud primećuje u vezi s ovim da prva rečenica stava 1 člana 2 Konvencije upućuje države da preduzmu odgovarajuće korake da štite živote ljudi u svojoj nadležnosti. To podrazumeva pre svega obavezu da se pravo na život zaštiti uspostavljanjem delotvornih odredaba krivičnog prava kojima se odvrća od izvršenja dela koja ugrožavaju život, uz podršku mehanizma za primenu zakona koji sprečava, guši i kažnjava povrede takvih odredaba (vidi presude u slučajevima *Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 28. oktobra 1998. g., Reports 1998–VIII, str. 3159, stav 115, i *Akkoç protiv Turske*, br. 22947/93 i 22948/93, 10.10.2000, stav 77, neobjavljeno).

87. Sud smatra da praksa države kao što je politika zaštite granica DDR, kojom su bila flagrantno kršena ljudska prava, a pre svega pravo na život, najviše vrednosti u međunarodnoj

hijerarhiji ljudskih prava, ne može biti obuhvaćena zaštitom stava 1 člana 7 Konvencije. Ta praksa, koja je zakone na kojima je navodno bila utemeljena lišila njihove suštine, a koja je bila nametnuta svim organima DDR, uključujući i pravosudnim, ne može se opisati kao „zakon“ u smislu značenja člana 7 Konvencije.

88. Sud dakle zauzima stav da se predlagači, koji su u svojstvu rukovodilaca DDR stvorili privid zakonitosti koja proističe iz pravnog sistema DDR a onda sproveli ili nastavili primenu prakse koja je flagrantno ignorisala sama načela tog sistema, ne mogu da pozovu na zaštitu stava 1 člana 7 Konvencije. Rezonovati na drugačiji način bi bilo protivno svrsi i cilju te odredbe – da obezbedi da se niko ne podvrgava samovoljnom gonjenju, osudi ili kažnjavanju.

89. Imajući sve prethodno u vidu, Sud smatra da su u vreme kada su počinjeni postupci predlagača predstavljali krivična dela propisana uz dovoljnu pristupačnost i predvidljivost u pravu DDR.

(b) Međunarodno pravo

(i) *Primenjiva pravila*

90. Sud smatra da je njegova dužnost da takođe razmotri posmatrani slučaj sa stanovišta međunarodnog prava, posebno instrumenata zaštite ljudskih prava, naročito zato što su nemački sudovi koristili argumente utemeljene na tim načelima (vidi stavove 19 *in fine* i 20 gore).

91. Neophodno je dakle razmotriti da li su u vreme kada su počinjena dela podnosilaca predstavki predstavljala krivična dela određena uz dovoljnu pristupačnosti i predvidljivosti po međunarodnom pravu, posebno pravilima međunarodnog prava o zaštiti ljudskih prava.

(ii) *Međunarodna zaštita prava na život*

92. Sud prvo primećuje da su tokom razvoja te zaštite konvencije i drugi instrumenti stalno naglašavali prvenstvo prava na život.

93. Na primer, članom 3 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima od 10. decembra 1948. godine propisano je da: „Svako ima pravo na život“. To pravo je potvrđeno Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima od 16. decembra 1966. godine, koji je DDR ratifikovala 8. novembra 1974. godine. Njegovim članom 6 se određuje: „Svako ljudsko biće ima urođeno pravo na život“ i „Niko ne može biti samovoljno lišen života“ (vidi stav 40 gore). Takođe ga sadrži Konvencija, čiji stav 1 člana 2 određuje:

Pravo na život svake osobe zaštićeno je zakonom. Niko ne može biti namerno lišen života, sem prilikom izvršenja presude suda kojom je osuđen za zločin za koji je ova kazna predviđena zakonom.

94. Saglasnost ovih dveju instrumenata je značajna: pokazuje da je pravo na život nepovrediv atribut ljudskih bića i predstavlja najveću vrednost u hijerarhiji ljudskih prava.

95. Međutim, predlagači su tvrdili da su njihovi postupci bili opravdani izuzecima stava 2 člana 2 Konvencije, prema kojima:

Lišenje slobode se ne smatra protivnim ovom članu ako proistekne iz upotrebe sile koja je apsolutno nužna:

- (a) radi odbrane nekog lica od nezakonitog nasilja;
- (b) da bi se izvršilo zakonito hapšenje ili sprečilo bekstvo lica zakonito lišenog slobode;
- (c) prilikom zakonitih mera koje se preduzimaju u cilju suzbijanja nereda ili pobune.

96. Sud smatra da, imajući u vidu gore nabrojane instrumente, smrt begunaca ni na koji način nije bila posledica upotrebe sile koja je bila „apsolutno nužna“; državna praksa koju su u

DDR sprovodili podnosioci predstavki nije nikoga štitila od nezakonitog nasilja, nije sprovedena u cilju bilo kakvog hapšenja koje bi se moglo opisati kao „zakonito“ prema zakonima DDR i nije imala nikakve veze sa suzbijanjem nereda ili pobune, budući da je jedini cilj begunaca bilo napuštanje zemlje.

97. Sledi da postupci podnosioca nisu ni na koji način opravdani po stavu 2 člana 2 Konvencije.

(iii) Međunarodna zaštita slobode kretanja

98. Kao i stav 2 člana 2 Protokola br. 4 uz Konvenciju, stav 2 člana 12 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima propisuje: „Svako je slobodan da napusti bilo koju zemlju, uključujući i sopstvenu.“ Ograničenja tog prava dozvoljena su samo gde su propisana zakonom, neophodna zbog zaštite bezbednosti države, javnog reda, zdravlja ili morala ili prava i sloboda drugih, u saglasnosti sa drugim pravima priznatim Paktom (vidi stav 40 gore).

99. Podnosioci predstavki su se oslonili na ova ograničenja da bi opravdali uvođenje i neprekidno sprovođenje režima zaštite granice DDR.

100. Međutim, Sud smatra da u posmatranom slučaju nije bio primenjiv nijedan od gornjih izuzetaka. Kao prvo, osporeni postupci su bili naređenja, data i izvršena, koja nisu u saglasnosti ni sa Konvencijom niti zakonima. Drugo, ne može se tvrditi da je opšta mera koja sprečava gotovo celokupno stanovništvo jedne države da je napusti bila neophodna da bi se zaštitila njena bezbednost, ili pak ostali interesi koji su pomenuti. Konačno, način na koji je DDR sprovela zabranu kojom je svoje građane sprečila da napuštaju zemlju i kažnjavala kršenje te politike bio je suprotan drugom pravu pomenutom u Paktu, tj. pravu na život, zajamčenom članom 6, za one koji su bili njegove žrtve.

101. I dalje u vezi sa slobodom kretanja Sud naglašava da je, kada je otvorila svoje granice sa Austrijom 11. septembra 1989. godine, Mađarska otkazala bilateralni sporazum sa DDR, pozivajući se izričito na član 6 i član 12 Pakta i član 62 (suštinska promena okolnosti) Bečke konvencije o ugovornom pravu (vidi stav 17 gore).

(iv) Državna odgovornost DDR i pojedinačna odgovornost podnosioca predstavki

102. Postavljanjem nagaznih mina i sistema za automatsku paljbu duž granice, kao i naredbom graničarima da „likvidiraju lica odgovorna za povredu granice i zaštite granicu po svaku cenu“, Nemačka Demokratska Republika je uspostavila režim zaštite granice koji je očigledno zanemarivao potrebu da se čuvaju ljudski životi, koja je unesena u Ustav i zakone DDR, kao i pravo na život zaštićeno gore pomenutim međunarodnim instrumentima; taj režim je isto tako kršio pravo na slobodu kretanja pomenuto u članu 12 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

103. Ova praksa države bila je u velikoj meri delo samih podnosioca predstavki, koju su kao rukovodioci znali – ili je trebalo da znaju – da se njome krše i osnovna i ljudska prava, budući da nisu mogli da ne budu obavješteni o zakonima sopstvene zemlje. Članom 8 Ustava od 1968. godine određeno je: „Opšte priznata pravila međunarodnog prava, čiji je cilj unapređenje mira i miroljubive saradnje između naroda, obavezujuća su za državu i sve građane“ a stavom 2 člana 19: „Od svih državnih tela, društvenih snaga i svakog građanina zahteva se poštovanje i zaštita dostojanstva i slobode ličnosti“ (vidi stav 28 gore). Pored toga, već 1968. godine je prva glava Posebnog dela Krivičnog zakona obuhvatala uvod, kojim je bilo određeno: „Nemilosrdno kažnjavanje za krivična dela protiv ... čovečnosti i ljudskih prava je nužan preduslov za stabilan mir u svetu, vraćanje vere u elementarna ljudska prava i dostojanstva i vrednosti ljudi, kao i

očuvanje prava svih ljudi“ (vidi stav 29 gore). Slično tome, kako je već rečeno (stav 78), predlagači nisu mogli da ne budu obavešteni o međunarodnim obavezama koje je preuzela DDR ili čestim međunarodnim kritikama režima čuvanja njene granice.

104. Kada bi DDR još uvek postojala, sa tačke gledišta međunarodnog prava bi bila odgovorna za posmatrana dela. Ostaje da se ustanovi da li su pored državne odgovornosti i podnosioci predstavki pojedinačno snosili krivičnu odgovornost u relevantno vreme. Čak i ako pretpostavimo da se takva odgovornost ne podrazumeva u gore pomenutim međunarodnim instrumentima o zaštiti ljudskih prava, iz tih instrumenata se može zaključiti, kada se čitaju zajedno sa članom 95 Krivičnog zakona DDR, koji je izričito određivao, i to još 1968. godine, da oni koji krše međunarodne obaveze DDR ili ljudska prava i osnovne slobode snose krivičnu odgovornost.

105. U svetlu svega što je pomenuto gore, Sud smatra da su u vreme kada su bila počinjena krivična dela podnosilaca predstavki takođe predstavljala krivična dela određena sa dovoljno pristupačnosti i predvidljivosti pravilima međunarodnog prava o zaštiti ljudskih prava.

106. Pored toga, postupci podnosilaca predstavki mogu se razmotriti, takođe prema stavu 1 člana 7 Konvencije, sa tačke gledišta drugih pravila međunarodnog prava, posebno onih u vezi sa zločinima protiv čovečnosti. Međutim, zaključak Suda (vidi stav 105 dole) čini to razmatranje izlišnim.

(c) Zaključak

107. Prema tome, osuda podnosilaca predstavki od strane nemačkih sudova posle ponovnog ujedinjenja nije bila povreda stava 1 člana 7.

108. U svetlu tog zaključka, Sud nije obavezan da razmotri da li su njihove osude bile opravdane prema stavu 2 člana 7 Konvencije.

II. Navodna povreda člana 1 Konvencije

109. Podnosioci predstavki su tvrdili da je odluka Saveznog ustavnog suda bila u suprotnosti sa članom 1 Konvencije, koji glasi:

Visoke strane ugovornice jemče svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode određene u Delu I ove Konvencije.

110. Prema tvrdnjama podnosilaca predstavki, odluka Saveznog ustavnog suda je stvorila diskriminatoran sistem pravde oslanjanjem na „Radbruhovu formulu“ (vidi stav 22 gore) da bi se bivši građani DDR, sada građani SRN, lišili mogućnosti da se pozovu na načelo zabrane retroaktivnog dejstva krivičnih zakona koji određuje stav 1 člana 7 Konvencije.

111. Sud primećuje da je on nadležan da razmotri okolnosti na koje se žali podnosilac u svetlu svih zahteva koje postavlja Konvencija. Treba naglasiti da u tom svom poslu Sud ima slobodu da pripiše činjenicama slučaja, na osnovu dokaznog materijala, pravnu karakterizaciju koja se razlikuje od one koju je dao podnosilac ili, ako je potrebno, da činjenice posmatra na drugačiji način (vidi presude u slučajevima *Foti i drugi protiv Italije* od 10. decembra 1982. godine, Serija A br. 56, str. 15, stav 44, i *Rehbock protiv Slovenije*, 28.11.2000, br. 29462/95, ECHR, stav 63).

112. Dakle, u posmatranom slučaju se žalba podnosioca predstavki ne može postaviti u vezi sa članom 1 Konvencije, koji je okvirna odredba koja se sama po sebi ne može prekršiti (vidi presudu u slučaju *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 18. januara 1978. godine, Serija A br. 25, str. 90, stav 238). Međutim, mogla bi se razmotriti prema članu 14 Konvencije,

posmatranom zajedno sa članom 7, budući da su se podnosioci u suštini žalili na navodnu diskriminaciju protiv njih kao bivših državljana DDR. Član 14 Konvencije propisuje:

Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.

113. Međutim, Sud smatra da su načela koje je primenio Savezni ustavni sud bila sveobuhvatna pa su tako bila isto toliko valjana i za lica koja nisu bila bivši državljani DDR.

114. Sledi da nije postojala nikakva diskriminacija koja bi predstavljala povredu člana 7 u vezi s članom 14.

IZ OVIH RAZLOGA, SUD JEDNOGLASNO

1. *Smatra* da nije postojala povreda stava 1 člana 7 Konvencije;
2. *Smatra* da nije postojala nikakva diskriminacija koja bi predstavljala povredu člana 14 Konvencije, u vezi sa članom 7 Konvencije.

(...)

Michele De Salvia
Sekretar

Luzius Wildhaber
Predsednik

U skladu sa stavom 2 člana 45 Konvencije i stavom 2 pravila 74 Pravila suda, sledeća izdvojena mišljenja su data u aneksu ovoj presudi:

- (a) saglasno mišljenje g. Loucaidesa;
- (b) saglasno mišljenje g. Zupančiča;
- (c) saglasno mišljenje g. Levitsa.

SAGLASNO MIŠLJENJE SUDIJE LOUCAIDESA

Slažem se sa zaključcima koji su izloženi u presudi ali bih voleo da objasnim sopstveni pristup u vezi sa pitanjem da li su postupci podnosioca predstavki u relevantno vreme predstavljali krivično delo po međunarodnom pravu u smislu stava 1 člana 7.

Većina je odredila da su podnosioci predstavki osuđeni za dela koja su u relevantno vreme predstavljala krivična dela određena međunarodnim pravilima o zaštiti ljudskih prava uz dovoljno pristupačnosti i predvidljivosti. Većina se oslonila na međunarodna pravila o zaštiti prava na život i slobode kretanja. Što se tiče pojedinačne krivične odgovornosti podnosioca predstavki za povrede ovih pravila, većina se oslonila na član 95 Krivičnog zakona DDR, kojim je propisano da oni koji krše međunarodne obaveze u oblasti ljudskih prava i osnovnih sloboda snose pojedinačnu krivičnu odgovornost. Drugim rečima, većina se, u odlučivanju da li su postupci podnosioca predstavljali „krivično delo po međunarodnom pravu“, pozvala na obaveze države DDR po međunarodnom pravu, a što se tiče pojedinačne krivične odgovornosti podnosioca, većina se pozvala na unutrašnje pravo DDR. Ja se ne slažem sa tim pristupom. Verujem da kada navodi „krivično delo po međunarodnom pravu“, član 7 jasno govori o prestupu koji je učinjen krivičnim neposredno međunarodnim pravom i u pogledu zabranjenih postupaka, kao i pojedinačne krivične odgovornosti za te postupke.

Dakle, treba razmotriti da li su postupci podnosioca predstavljali krivična dela po međunarodnom pravu, a ne po unutrašnjem.

Verujem da je odgovor potvrđan. Verujem da su se postupci zbog kojih su podnosioci osuđeni (kako je navedeno u presudi) svodili na krivično delo poznato u međunarodnom pravu

kao „zločin protiv čovečnosti“, koje je u trenutku kada su postupci učinjeni već bilo ustanovljeno kao jedno od opštih načela običajnog međunarodnog prava.

U vezi s tim, smatram nepotrebnim da iznosim celu istoriju razvoja međunarodnog prava po pitanju statusa i pojma zločina protiv čovečnosti. Smatram da je dovoljno da kažem sledeće:

Član 6(c) Povelje Međunarodnog vojnog suda za progon glavnih ratnih zločinaca sila osovine (MVS) bio je prvi instrument koji je definisao „zločine protiv čovečnosti“ u pozitivnom međunarodnom pravu.

Povelja je obuhvatala i definiciju „zločina protiv čovečnosti“ „ubistva... počinjena nad civilima pre ili za vreme rata...“

Na suđenjima u Nirnbergu je Povelja primenjena i pojedincima određena krivična odgovornost za „zločine protiv čovečnosti“. Međutim, ovaj zločin je povezan sa ratovanjem. Pored toga, u to vreme još nije bilo jasno određeno da je taj zločin deo običajnog međunarodnog prava, posebno kada nije bio povezan sa ratnim dejstvima. Međutim, postepeno je ustanovljen kao takav.

Rezolucijom 95(I) Generalne skupštine UN od 11. decembra 1946. godine su izričito afirmisana „načela međunarodnog prava priznata Poveljom Suda u Nirnbergu i presudom tog Suda“ a formulisanje tih načela prepušteno je Komisiji za međunarodno pravo, „u kontekstu opšte kodifikacije zločina protiv mira i bezbednosti čovečanstva, ili međunarodnog krivičnog zakona“. Ova rezolucija predstavljala je dokaz o prevladajućem stavu država, kao i o praksi država u pogledu pomenutih načela, a pružila je i čvrstu pravnu osnovu tvrdnji da su ta načela deo običajnog međunarodnog prava².

Povezivanje zločina protiv čovečnosti sa ratnim aktivnostima nije se smatralo potrebnim da bi se ustanovilo postojanje takvih zločina³. Kako je Lord Millet (Millet) ispravno primetio u presudi u slučaju *Pinoče* (3) u Gornjem domu Parlamenta Velike Britanije.⁴

Sud u Nirnbergu je odredio da su zločini protiv čovečnosti u njegovoj nadležnosti samo ako su počinjeni u izvršenju ratnih zločina ili zločina protiv mira u vezi sa njima. Ali izgleda da je to bilo ograničenje nadležnosti zasnovano na jeziku Povelje. Nema razloga da se veruje da se smatralo bitnim uslovom međunarodnog prava. Potreba da se ustanovi takva veza bila je prirodna u periodu odmah posle Drugog svetskog rata. Kako su se sećanja na rat gasila, od nje se odustalo.

Stav da su nirnberška načela bila običajno međunarodno pravo postao je neosporan nakon rezolucije 3074 (XXVIII) Generalne skupštine UN od 3. decembra 1973, kojom je proklamovana neophodnost međunarodne saradnje u otkrivanju, hapšenju, ekstradiciji i kažnjavanju lica odgovornih za ratne zločine i zločine protiv čovečnosti. Treba dodati da je taj stav podržan i usvajanjem presudama *ad hoc* međunarodnih krivičnih sudova da „od vremena suđenja u Nirnbergu, običajni status zabrane zločina protiv čovečnosti i pripisivanja pojedinačne krivične odgovornosti za njih nisu nikada ozbiljno osporeni“.⁵

U svakom slučaju, ono što je važno za naš slučaj je činjenica da su u vreme kada su dela pripisana podnosiocima predstavki počinjena zločini protiv čovečnosti bili nesumnjivo ustanovljeni kao krivična dela po običajnom međunarodnom pravu.

Što se tiče elemenata zločina protiv čovečnosti, nedavni Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda može se uzeti kao primer međunarodnopravne definicije ovog krivičnog dela i, ako je potrebno, smernice za primenu u našem slučaju. Član 7 Statuta glasi:

zločin protiv čovečnosti znači bilo koje od sledećih dela počinjenih kao deo rasprostranjenog ili sistematskog napada protiv bilo kog civilnog stanovništva, uz spoznaju o tom napadu:

(a) ubistvo;

(...)

za svrhe stava 1:

(a) „Napad protiv bilo kog civilnog stanovništva“ znači ponašanje koje obuhvata višestruko izvršenje dela pomenutih u stavu 1 protiv bilo kog civilnog stanovništva, u skladu sa politikom države ili organizacije da se takav napad izvrši ili u sprovođenju takve politike;

(...)

Ali čak i ako se vodimo pojmom „zločina protiv čovečnosti“ koji je izveden iz Povelje Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu – čija su načela potvrdile gore pomenute rezolucije UN – a posmatrani slučaj ispitan samo u pogledu minimalnih uslova takvog pojma, u meri u kojoj se odnosi na ovaj slučaj, nije teško zaključiti da postupci za koje su podnosioci predstavki osuđeni zaista predstavljali „zločine protiv čovečnosti“, najteže vrste. Izgleda da su minimalni elementi krivičnog dela koje je u pitanju sledeći:

(a) ubistvo;

(b) počinjeno protiv civilnog stanovništva; i

(c) sistematski ili organizovani postupci izvršeni u sprovođenju neke politike.

Poslednji element je izveden iz kombinacije elemenata (a) i (b).

Iz razloga datih gore zaključujem da dela za koja su osuđeni podnosioci predstavki jesu u relevantno vreme predstavljala krivična dela, ne samo po nemačkom već i po međunarodnom pravu.

SAGLASNO MIŠLJENJE SUDIJE ZUPANČIČA

Glasao sam za zaključak da nisu postojale povrede u ovom slučaju jer smatram da je primena prava DDR od strane sudova SRN u ovom slučaju bila pravno ispravna (stavovi 19 do 39). Za svrhe stava 1 člana 7, to je dovoljno.

Isto tako, slažem se da stav 2 člana 2 nije primenljiv u ovom slučaju (stavovi 95 do 97), mada možda to jeste u drugim slučajevima gde procena ravnoteže između ličnog integriteta i opravdanog i zakonitog hapšenja pruža drugačiji rezultat (vidi, na primer, moje izdvojeno mišljenje u presudi u slučaju *Rehbock protiv Slovenije* od 28/11/2000).

Važno je razumeti da se ova presuda ne oslanja na stav 2 člana 7 ili na pojam „krivičnog dela po međunarodnom pravu“ u stavu a člana 7.

Stav 2 člana 7 je izuzetak od načela *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, koje je formulisao poznati nemački teoretičar krivičnog prava Anselm fon Fojerbah (Feuerbach). Franc fon List (Franz von Liszt) je kasnije tvrdio da su bitne garancije sadržane u načelu zakonitosti *Magna Carta Libertatum* optuženika u krivičnim slučajevima. Ova tradicija materijalne zaštite u krivičnom pravu potiče bar iz 1764. godine i klasičnog dela Ćezare Bekarije (Cezare Beccaria) *Dei delitti e delle pene*, čije je dejstvo bilo odlučujuće za celokupnu evropsku tradiciju zakonitosti u krivičnom pravu. To je još važnije jer se za razliku od anglosaksonske pravne matrice, mada je Magna Carta imala sličnu odredbu u klauzuli 39 (*lex terrae*), garancije mogu pronaći uglavnom u materijalnom a ne proceduralnom pravu. Tako se načelo zakonitosti

(*Legalitätsprinzip, principe de legalité*) obično tumači kao da podrazumeva samo restriktivno tumačenje moći države da kažnjava.

U ovom slučaju, kako ćemo videti, načelo zakonitosti ima suprotno dejstvo. Ono onemogućava podnosiocima predstavki da se oslone na sopstveno tumačenje zakona.

Teško se mogu složiti sa rečenicom stava 105, koja se poziva na „krivična dela koja su određena međunarodnim pravilima o zaštiti ljudskih prava uz dovoljno *pristupačnosti* i *predvidljivosti*“ [kurziv je moj]. Snažne *objektivne* garancije materijalnog krivičnog prava, koje su utemeljene u načelu zakonitosti, ne mogu se ograničiti na *subjektivno* pravo prethodnog upozorenja o tome šta je kažnjivo u skladu sa pozitivnim pravom.

Značenje pojma zakonitosti je povezano sa objektivnim, strogim semantičkim i logičkim ograničenjima (*lex certa*) moći države da kažnjava. Tamo gde zakon prestupniku pruža *formalnu* mogućnost da predvidi kriminalnu i kažnjivu prirodu njegovih dela ili propusta, bez obzira na njegovo svakodnevno oslanjanje na rasprostranjenu i ukorenjenu „državnu praksu“ nekažnjivosti, vladavina prava će sankcionisati kasniju krivičnu odgovornost. Tvrditi suprotno bi aktera krivičnog dela učinilo zakonodavcem *in casu proprio*. U tome leži stvarni značaj ovog slučaja.

Ali preterano oslanjanje na subjektivne kriterijume *pristupačnosti* i *predvidljivosti* bi olakšalo odbranu podnosiocima zasnovanu na načelu zakonitosti. Mogli bi da tvrde da su se u stvari oslonili na službeno, pristupačno i predvidljivo tumačenje zakona u to vreme, kao i na „državnu praksu DDR, koja je bila nadgrađena nad pravilima pisanih zakona u to vreme“ (stav 67 presude). Podnosioci predstavki bi onda takođe mogli da tvrde da se njihovo oslanjanje na praksu države, za koju se tek kasnije pokazalo da je pogrešna u svetlu pozitivnog krivičnog prava, u to vreme ipak bilo u skladu sa službenom, neprekidnom i predvidljivom praksom države. Takav bi argument onda uveo odbranu oprostive pravne greške (*error juris*).

Na primer, član 2.04(3)(b)(iv) Modela krivičnog zakona SAD, propisuje:

Verovanje da postupak zakonski ne predstavlja krivično delo je odbrana za progon za to delo zasnovana na takvom postupanju kada (akter) postupa *oslanjajući se u razumnoj meri na ... službeno tumačenje službenog lica ili tela zakonom zaduženog za tumačenje, vršenje i primenu zakona koji određuje to krivično delo*. (kurziv je moj)

U zavisnosti od odredaba o pravnim zabludama u materijalnom krivičnom pravu bilo DDR bilo SRN, dela podnosilaca bi onda mogla da se oprostite (ali ne i opravdaju!).

U takvom kontekstu bi zakonska zabluda mogla da postane most između objektivnog značenja zakona koji ustanovljava krivično delo i subjektivnog poimanja tog zakona. Ako potonje nije sasvim subjektivno i samovoljno jer je utemeljeno na objektivnim elementima kao što je odgovarajuća „državna praksa“, „službeno tumačenje službenog lica“ itd., zakonska zabluda bi mogla da postane izgovor, tj. u nemačkom pravu „razlog za izuzimanje krivične odgovornosti“ (*Schuldausschliessungsgrund*).

Subjektivno oslanjanje podnosilaca na „državnu praksu DDR, koja je u odgovarajuće vreme bila nadgrađena nad pravilima pisanog prava“, bi u stvari značilo da bi njihovo šizofreno tumačenje (i tumačenje DDR) – odbacivanje pisanog pozitivnog prava, koliko god da je to bilo realno imajući u vidu „državnu praksu DDR“ – nadvladalo *objektivan* značaj odgovarajućih definicija krivičnih dela u krivičnim zakonima DDR.

Međutim, ovaj slučaj ide bar jedan korak dalje u tom pravcu. Podnosioci predstavki se nisu jednostavno „oslonili“ na „državnu praksu DDR“. Oni su pomogli da se izgradi baš ta državna

praksa nekažnjivog delovanja. Ali ta praksa nekažnjivosti nije zakonodavno formalizovana, bez sumnje zato što je pred ostatkom sveta DDR želela da održi sliku pravne države. Da je praksa nekažnjivosti bila ozakonjena pozitivnim pravom, to bi već bio drugi slučaj, jer bi verovatno potpala pod delokrug stava 2 člana 7 Konvencije.

Po krivičnom pravu sopstvene države, podnosioci predstavki su bili saučesnici u širokoj i dugotrajnoj zaveri da se zapostavi objektivno značenje pisanih zakona, tj. učestvovali su u zaveri kojom je stvorena i održavana dvolična situacija u kojoj je takozvana „državna praksa“ nekažnjavana, pa čak i nagrađivanja, zločinačkih postupaka drugih saučesnika bila u potpunoj nesaglasnosti sa slovom odgovarajućih krivičnih propisa. Osobitost ovog slučaja je da su sami podnosioci predstavki bili „službena lica ili [članovi] tela zakonom zaduženih za tumačenje, vršenje i primenu zakona koji određuje ta krivična dela.“

Da li je ovde postojala situacija pozivanja na samog sebe u kojoj su ti isti ljudi koji su bili ovlašćeni da tumače, izvršavaju i primenjuju zakon kojim je određeno krivično delo propagirali „državnu praksu“ za koju sada tvrde da je bila izvor njihovog poimanja zakona, pa time i njihovog zakonskog izgovora? Štaviše, podnosioci tvrde da je državna praksa DDR bila sastavni deo istovremene objektivne nekažnjivosti i da je time neprihvatljivo primeniti *ex post* krivičnu odgovornost na njihove postupke.

Ovo očigledno pokreće pitanje vladavine prava a posebno pitanje vladavine materijalnog krivičnog prava. Ako bi Evropski sud za ljudska prava prihvatio ovu „državnu praksu“ kao sastavni deo „zakona koji određuje delo“ za svrhe stava 1 člana 7, ili pak prihvatio pravnu zabludu, to bi ovo okolišno samoopravdanje potvrdio u suprotnosti sa vladavinom prava.

Lako je pretpostaviti analogni slučaj u kome bi predlagači bili visoki pripadnici sudstva bivše DDR, koji su i sami učestvovali u stvaranju ove sudske „prakse“ (precedentnog prava, filozofije prava) nekažnjivosti. Da li bismo onda rekli da se ovaj „element pravosudnog tumačenja“ (stav 82 presude) svodi na „zakon kojim se određuje krivično delo“?

Kako je nemački pravni teoretičar fon Jering (von Ihering) ispravno naglasio, vladavina prava je utemeljena na *formalnom* značenju pravnih formulacija. Da bi se vladavina prava očuvala, ovo objektivno značenje mora da ostane nezavisno i mora u poslednjoj analizi da bude strogo razdvojeno od bilo kakvog subjektivnog ili samovoljnog tumačenja, bez obzira na to koliko je rasprostranjeno kao „državna praksa“ – tim više ako je ovo rašireno samovoljno tumačenje „zakona koji (ne) deluje“ a koji protivreči pisanim zakonima posledica zavere izvršne, zakonodavne i pravosudne vlasti države.

Održati objektivno dalje od subjektivnog u pravu je jedini način da se osigura da niko ne bude iznad zakona.

SAGLASNO MIŠLJENJE SUDIJE LEVITCA

1. Slažem se sa zaključcima koji su dati u presudi.

Ipak, hteo bih da objasnim svoj pristup ovim pitanjima: prvo, tumačenju prava u demokratskim i nedemokratskim (socijalističkim) režimima i tretmanu tog problema posle tranzicije u demokratiju, i drugo, pojmu „zločin protiv čovečnosti“ u međunarodnom pravu.

I.

2. Presuda je zasnovana na tumačenju međunarodnog prava (na primer Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima od 16. decembra 1966. godine) i unutrašnjeg prava DDR (tj. Ustava DDR, Zakona o Narodnoj miliciji i drugih). Sud zaključuje da su postupci

podnosilaca predstavki u relevantno vreme bili u suprotnosti i sa međunarodnim pravom i sa zakonima DDR (stavovi 64, 72, 75, 102, 104 itd.).

3. Podnosioci predstavki su osporili taj pristup (koji su primenili i domaći sudovi u Nemačkoj) i tvrdili da su u DDR međunarodno pravo i domaći zakoni tumačeni i primenjivani različito (stav 47) i da su u svetlu tog tumačenja i primene zakona njihovi postupci bili zakoniti.

4. Meni se čini da ta primedba pokreće jedno od najozbiljnijih pitanja u vezi s ovom presudom – pitanje koje je veoma važno u situacijama gde je prethodni nedemokratski (npr. socijalistički) režim ukinut a uspostavljen novi, demokratski. Jasno pokazuje da tumačenje i primena zakona zavise od opšteg političkog sistema, u kome zakon deluje kao podsistem.

5. U stvari, sudovi DDR, primenjujući iste odredbe Ustava DDR (članove 19 i 30) i druge zakone, kao i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (član 12), nikada ne bi došli do istog zaključka kao sudovi SRN posle ponovnog ujedinjenja i ovaj Sud u ovoj presudi zbog svog potpuno drugačijeg pristupa tumačenju i primeni zakona.

6. Razlike u tumačenju i primeni zakona između demokratskih i socijalističkih sistema obuhvataju sve važne elemente zakona u širokom smislu – posebno izvore prava, autonomije i pravnog rezonovanja i tumačenje pravnih normi (naročito od strane nezavisnih sudija), metode tumačenja pravnih normi, hijerarhiju pravnih normi i obavezujuću prirodu zakona za državne vlasti. Sledi da će isti zakonski tekstovi (Ustav DDR ili Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima), primenjeni u skladu sa različitim metodologijama u primeni zakona koje su svojstvene datom političkom sistemu, dovesti do različitih ishoda.

7. To nas dovodi do pitanja da li je nakon promene političkog sistema iz socijalističkog u demokratski legitimno primenjivati „staro“ pravo, koje je ustanovio prethodni nedemokratski režim, u skladu sa pristupom tumačenju i primeni zakona svojstvenom novom demokratskom sistemu.

8. Moram da naglasim da smatram da nema mesta drugim rešenjima. Demokratske države mogu svojim institucijama da dozvole da primenjuju zakone – čak i bivše zakone, koji vode poreklo iz pred-demokratskih režima – samo na način koji je svojstven demokratskom političkom sistemu (u smislu u kom se ovaj pojam shvata u klasičnim demokratijama). Upotreba bilo kog drugog metoda primene zakona (koja podrazumeva različite ishode iz istih tekstova) oštetila bi samu srž javnog poretka demokratske države.

9. Isti principi važe i za tumačenje i primenu normi međunarodnog prava, kao što je Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima. Pakt je potpisao i ratifikovao najveći broj država u svetu – demokratskih i nedemokratskih (uključujući i bivšu DDR). Demokratska država može da tumači i primenjuje Pakt (i druge međunarodne pravne norme) samo u skladu sa metodologijom primene zakona koja je urođena demokratskom političkom sistemu. U posmatranom slučaju to su učinili domaći sudovi u Nemačkoj (vidi presudu Saveznog ustavnog suda, stav 22).

10. Sledi da bi tumačenje i primenu domaćih i međunarodnih pravnih normi prema socijalističkoj ili drugoj nedemokratskoj metodologiji (sa ishodima koji se ne bi tolerisali u demokratskom sistemu) trebalo sa tačke gledišta demokratskog sistema smatrati pogrešnim. To važi i za procenu *ex post facto* pravne prakse prethodnih nedemokratskih režima (kao u posmatranom slučaju, mada se ista situacija naravno može da pojavi i u drugim novim demokratskim državama) i za procenu stvarne pravne prakse (tj. u vezi sa Paktom) današnjih nedemokratskih režima. Tu praksu treba smatrati zloupotrebom prava. Posle tranzicije u

demokratski politički sistem odgovorne osobe se ne mogu osloniti za opravdanje svojih postupaka na „specifičan“ način na koji zakon tumače nedemokratski režimi.

11. Smatram da je to ubedljiv zaključak, koji proističe iz urođene univerzalnosti ljudskih prava i vrednosti demokratije, koje obavezuju sve demokratske institucije. Bar od vremena Nirnberškog suda je taj koncept demokratskog sistema dobro shvaćen u svetu pa je tako predvidljiv za sve ljude.

12. Smatram da je to potvrđeno zaključcima u ovoj presudi.

II.

13. Stav 107 presude potvrđuje da se postupci podnosioca predstavki takođe mogu razmatrati u svetlu stava 1 člana 7 Konvencije sa tačke gledišta drugih pravila međunarodnog prava, posebno onih u vezi sa zločinima protiv čovečnosti, ali da je prema mom poimanju nalaza Suda nakon primene normi međunarodnog prava u vezi sa ljudskim pravima u vezi sa normama unutrašnjeg prava bivše DDR nepotrebno razmatrati to pitanje.

14. U principu se slažem sa tim pristupom. Međutim, do zaključaka ove presude došlo se uglavnom zato što su Ustav i drugi zakoni DDR bili napisani jezikom koji je bio sličan jeziku ustavnih i drugih pravnih propisa demokratskih država u kojima postoji vladavina prava (npr. ustavne odredbe o ljudskim pravima). To uopšte nije bio cilj nedemokratskog režima DDR. Odredbe o ljudskim pravima u ustavima bivših država socijalizma bile su više propagandne prirode. Ipak, domaći sudovi Nemačke i ovaj Sud su iz razloga koje smatram bitnim, kako sam već objasnio, „ova prava posmatrali sasvim ozbiljno“ (Ronald Dworkin – Dworkin) dajući im značenje koje je proisteklo iz formulacija raznih pravnih normi tumačenih prema metodologiji primene zakona svojstvenoj demokratskom sistemu.

15. Mislim da sposobnost sudova u novim demokratijama da se suoče sa „nasleđem“ bivših nedemokratskih režima ne bi trebalo da zavisi samo od slova pravnih normi nedemokratskih režima, koje su prvobitno tako i napisane iz propagandnih a ne pravnih razloga.

16. Presuda je takođe ostavila vrata otvorenim za procenu postupaka kao što su oni podnosioca predstavki u svojstvu krivičnog dela po međunarodnom pravu (stav 107).

17. U vezi s tim želim da ukažem na neke novine u međunarodnom pravu u vezi sa jačanjem zaštite ljudskih prava, uključujući tu i norme o zločinima protiv čovečnosti. Mada mnogi pravni problemi u ovoj oblasti još uvek nisu sasvim razrešeni, smer u kojima se kreću ove novine je očigledan.

18. Slažem se, dakle, sa ubedljivom analizom sudije Loucaidesa u svom izdvojenom mišljenju da u relevantno vreme postupci podnosioca predstavki ne samo da su predstavljali krivično delo po domaćim propisima, već su se takođe mogli smatrati krivičnim delima prema međunarodnom pravu.

