



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

© Совет на Европа/ Европски суд за човекови права, 2012

Овој превод беше изработен со поддршка на Human Rights Trust Fund на Советот на Европа (www.coe.int/humanrightstrustfund). Преводот не е обврзувачки за Судот. За понатамошни информации види ја целосната назнака за авторски права на крајот на овој документ.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012

This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court. For further information see the full copyright indication at the end of this document.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2012

La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour. Pour plus de renseignements veuillez lire l'indication de copyright/droits d'auteur à la fin du présent document.

ПЕТТИ ОДЕЛ

СЛУЧАЈ JORGIC против ГЕРМАНИЈА

(Жалба бр. 74613/01)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

12 јули 2007

КОНЕЧНА

12/10/2007

Во случајот Jorgic против Германија,

Европскиот за човекови права (Петти оддел), заседавајќи како Судски Совет во состав:

Peer Lorenzen, *Претседател*,

Snejana Botoucharova,

Volodymyr Butkevych,

Margarita Tsatsa-Nikolovska,

Rait Maruste,

Javier Borrego Borrego,

Renate Jaeger, *суди*,

и Claudia Westerdiek, *Секретар на оддел*,

Расправајќи на затворена седница на 19 јуни 2007,

Ја донесува следната пресуда, која беше усвоена на таа дата:

ПОСТАПКА

1. Случајот беше инициран со жалба (бр. 74613/01) против Сојузна Република Германија поднесена пред Судот според член 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основни слободи („Конвенцијата“) од државјанин на Босна и Херцеговина, од српско потекло, г-н Nicola Jorgic („жалителот“), на 23 мај 2001.

2. Жалителот беше застапуван пред Судот од г-н Н. Grünbauer, адвокат од Лајпциг. Германската влада („Владата“) беше застапувана од својот агент, г-ѓа А. Wittling-Vogel, *Ministerialdirigentin*, од Сојузното Министерство за правда, со асистенција од г-н G. Werle, професор по право на Хумболдт универзитетот во Берлин.

3. Жалителот, повикувајќи се на член 5 § 1 (а) и член 6 § 1 од Конвенцијата, наведе дека германските судови немале надлежност да го осудат за геноцид. Тој понатаму тврдеше дека, како резултат, посебно, на одбивањето на домашните судови да повикаат било какви сведоци за одбраната кои ќе требало да бидат да бидат повикани од странство тој немал правично судење во смисла на член 6 §§ 1 и 3 (г) од Конвенцијата. Дополнително, тој се жалел дека неговата осуда за геноцид била во спротивност со член 7 § 1 од Конвенцијата посебно затоа што широкото толкување на националните судови на тоа кривично дело немало основа во германското или меѓународното јавно право.

4. На 7 јули 2005 Судот одлучи да ја комуницира жалбата на Владата. На 2 октомври 2006 тој одлучи да ја испита основаноста на жалбата едновременно со нејзината допуштеност според одредбите на член 29 § 3 од Конвенцијата земен во врска со правило 54А § 3 од Правилникот на Судот.

5. Владата на Босна и Херцеговина, информирана за нејзиното право да интервенира во постапката (член 36 § 1 од Конвенцијата и правило 44), не се изјасни дека сака да го употреби тоа право.

ФАКТИ

I. ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ

5. Жалителот е роден во 1946. Во време на поднесување на жалбата, тој беше притворен во Bochum, Германија.

1. Позадина на случајот

6. Во 1969 жалителот, државјанин на Босна и Херцеговина од српско потекло, влегол во Германија, каде легално престојувал до почетокот на 1992. Тогаш тој се вратил во Костајница, која е дел од градот Добој во Босна, каде тој бил роден.

8. На 16 декември 1995 жалителот бил уапсен при влез во Германија и ставен во притвор на основа на тоа што имало силни сомневања дека имал извршено дела на геноцид.

2. Постапка пред Апелациониот суд во Дизелдорф

7. 9. На 28 февруари 1997 судењето на жалителот, по обвинение дека имал извршено геноцид во регионот Добој помеѓу мај 1992 и септември 1992, започнало пред Апелациониот суд во Дизелдорф (*Oberlandesgericht*) кој одлучувал во прв степен.

10. Во текот на постапката Апелациониот суд сослушал шест сведоци повикани од обвинителството, кои морале да бидат повикани од странство.

11. На 18 јуни 1997 жалителот побарал Апелациониот суд да повика и сослуша осум сведоци од Костајница со цел да се докаже фактот дека тој бил во затвор во Добој помеѓу 14 мај и 15 август 1992 и затоа не можел да да ги има извршено кривичните дела за кои бил обвинет. На 10 јули 1997 жалителот побарал одобрение да бидат повикани уште седумнаесет сведоци од Костајница за да биде потврден неговиот навод.

12. На 18 август 1997 Апелациониот суд ги одбил барањата на жалителот за се повикаат овие сведоци. Повикувајќи се на член 244 § 5, втора реченица, од Законикот за кривична постапка (види параграф 39 подолу), сметал дека сведочењето на овие сведоци имало слаба доказна вредност. Седум од овие сведоци дале писмени изјави кои веќе биле прочитани пред судот. Само еден од нив всушност

тврдел дека го имал посетено жалителот во затвор. Со оглед на изведените докази, судот можел да ја исклучи можноста дека сведочењето на сведоците именувани од жалителот, лично сослушани, би можело да влијае на оцената на доказите од страна на судот. Посочил дека повеќе од дваесет сведоци кои веќе биле сослушани, вклучително и двајца новинари кои не биле жртви на кривичните дела за кои жалителот бил обвинет, го имале видено жалителот на различни места надвор од затворот во времето кога тој тврдел дека бил во затвор. Документите поднесени од жалителот во врска со почетокот и завршувањето на неговиот притвор во Добој не воделе до друг заклучок, затоа што тие очигледно биле потпишани од лице кое жалителот добро го познавал.

13. На 8 септември 1997 жалителот побарал судот да повика тројца сведоци од Добој со цел да докаже дека бил во затвор помеѓу 14 мај и 15 август 1992. Исто така тој побарал увид на местото на кривичното дело (*Augenscheinseinnahme*) во Грабска или, алтернативно, топографска карта да биде подготвена со цел да се докаже дека изјавите на сведовите во врска со наводните дела во Грабска биле неверодостојни.

14. На 12 септември 1997 Апелациониот суд ги отфрлил барањата на жалителот. Што се однесува на одбивањето да се повикаат тројцата посочени сведоци, повикувајќи се повторно на член 244 § 5 од Законикот за кривична постапка, нашол дека сведочењето на тие сведоци би било од мала доказна вредност. Имајќи сослушано други сведоци, се задоволил дека жалителот не бил притворен во релевантниот период. Понатаму сметал дека увид на местото на настанот или изработка на топографска карта биле докази кои не може да се добијат (*unerreichbare Beweismittel*) во смисла на членот 244 § 3 од Законикот за кривична постапка (види параграф 30 подолу), и кои затоа не бил обврзан да ги изведе.

15. Во својата пресуда од 26 септември 1997 Апелациониот суд во Дизелдорф го осудил жалителот по единаесет кривични дела за геноцид (член 220а бр. 1 и 3 од Кривичниот законик – види параграф 34 подолу), за убиство, и за убиство на дваесет и две лица во еден случај, седум лица во друг случај, едно лице во трет, и за неколку кривични дела за опасен напад и одземање на слобода во останатите случаји. Го осудил жалителот на доживотна казна затвор и изјавил дека неговата вина била од посебна тежина.

16. Судот нашол дека жалителот основал паравоена група, со која учествувал во етничкото чистење наредено од политичките лидери на босанските Срби и српската војска во регионот Добој. Тој имал попрецизно учествувано во апсењето, притворањето, нападот и малтретирање на Муслимани од машки пол од три села во Босна во почетокот на мај и јуни 1992. Тој имал убиено неколку жители од тие

села Тој имал, попрецизно, убиено дваесет и двајца жители на селото Грабска – жени, лица со инвалидитет и стари луѓе – во јуни 1992. Потоа, жалителот заедно со паравоената група која ја раководел, протерал околу четириесет мажи од нивното родно село и наредил да бидат малтретирани а шест од нив да бидат убиени. Седмото лице кое било повредено починало од горење со телата на шесте убиени лица. Во септември 1992 жалителот убил затвореник, кој бил малтретиран од војниците во затворот во Добој, со дрвена палка со цел да се покаже нова метода на мачење и убивање.

17. Судот навел дека имал надлежност над случајот според член 6 бр. 1 од Кривичниот законик (види параграф 34 подолу). Имало легитимна врска за кривично гонење во Германија, затоа што тоа било во согласност со германските воени и хуманитарни мисии во Босна и Херцеговина а жалителот престојувал во Германија повеќе од дваесет години и бил таму уапсен. Понатаму, согласувајќи се со заклучоците на експерт по меѓународно јавно право, судот нашол дека германските судови не биле спречени според меѓународното јавно право од судење на случајот. Попрецизно, ниту членот VI од Конвенцијата за спречување и казнување на геноцид (Конвенција за геноцид) (1948), ниту членот 9 од Статутот на Меѓународниот кривичен трибунал за поранешна Југославија (Статут на МКТЈ) (1993) (види параграфи 48-49 подолу) ја исклучувале надлежноста на германските судови за дела на геноцид извршени надвор од Германија од странец против странци. Судот сметал дека овој став бил потврден од фактот што Меѓународниот кривичен трибунал за поранешна Југославија (МКТЈ) се изјаснал дека не сака да го преземе гонењето против жалителот.

18. Понатаму, судот нашол дека жалителот делувал со намера да изврши геноцид во смисла на член 220а од Кривичниот законик. Повикувајќи се на ставовите изразени од неколку правни аналитичари, навел дека „уништувањето на група“ во смисла на член 220а од Кривичниот законик значело уништување на групата како општествена единица во нејзините особености и посебно нејзиното чувство на взаемно припаѓање (*“Zerstörung der Gruppe als sozialer Einheit in ihrer Besonderheit und Eigenart und ihrem Zusammengehörigkeitsgefühl”*); биолошко-психолошко уништување не било нужно. Заклучил затоа дека жалителот делувал со намера да уништи група на Муслимани на северот на Босна, или барем во регионот Добој.

3. Постапка пред Сојузниот суд на правдата

8. На 30 април 1999 Сојузниот суд на правдата, по ревизија на жалителот и после расправа, го осудил жалителот за едно кривично дело за геноцид и триесет кривични дела убиство. Го осудил на доживотна казна затвор и навел дека неговата вина била од посебна тежина.

20. Прифаќајќи ги причините дадени од Апелациониот суд, нашол дека германското кривично право било применливо во случајот и дека германските судови последователно имале надлежност по основ на член 6 бр. 1 од Кривичниот законик. Нашол, особено, дека ниту едно правило на меѓународното јавно право не го забранувало осудувањето на жалителот од страна на германските кривични судови во согласност со принципот на универзална надлежност (*Universalitäts- / Weltrechtsprinzip*) изразен во тој член. Се согласил дека тој член не бил изречно наведен во членот VI од Конвенцијата за геноцид, и покрај поранешни нацрт-верзии на Конвенцијата за геноцид во кои било предложени тоа да се стори. Сепак, споменатиот член не забранувал лицата обвинети за геноцид да бидат судени од други национални судови, покрај трибуналите на државата на чија територија делото било извршено. Секое друго толкување не било спојливо со обврската *erga omnes* преземена од државите договорнички по член 1 од Конвенцијата за геноцид за спречување и казнување на геноцид (види параграф 48 подолу). Претходноспоменатото толкување на Конвенцијата за геноцид било исто така потврдено со член 9 § 1 од МКТЈ Статутот, кој предвидувал истовремена надлежност на МКТЈ и на сите други национални судови.

21. Понатаму, Сојузниот суд на правдата нашол дека германските судови исто така имале надлежност според член 7 § 2 бр. 2 од Кривичниот законик (види параграф 34 подолу).

22. Сојузниот суд на правдата не ја разгледал изречно жалбата на жалителот дека Апелациониот суд, во својата пресуда од 18 август 1997, одбил да повика од странство било кој од сведоците на одбраната кои тој ги посочил врз основа на член 244 § 5 од Законикот за кривична постапка. Сепак, тој се повикал општо на аргументите на Сојузниот јавен обвинител (*Generalbundesanwalt*), кој тврдел дека жалбата на жалителот била недопуштена затоа во овој поглед, затоа што тој пропуштил да ги наведе релевантните факти доволно прецизно. Што се однесува до жалбата на жалителот дека Апелациониот суд, во неговата одлука од 12 септември 1997, одбил да повика три понатамошни сведоци на одбраната од странство, Сојузниот суд на правдата сметал дека неговата жалба била недопуштена затоа што недоволно ги наведувала релевантните факти и затоа што не дал доволно причини во неговата жалба. Судот понатаму упатил на наводите на Сојузниот јавен обвинител во однос на жалбата на жалителот дека Апелациониот суд одбил да се изработи топографска карта. Според Сојузниот јавен обвинител, жалбата на жалителот била неоснована во овој поглед, посебно затоа што Апелациониот суд имал видео-снимка на релевантната локација.

23. Сојузниот суд на правдата го потврдил наоѓањето на Апелациониот суд дека жалителот имал намера да изврши геноцид во

смисла на членот 220а од Кривичниот законик, но нашол дека неговите дела како целина морале да бидат сметани како еден акт на геноцид. Се повикал на формулацијата на членот 220а § 1 бр. 4 (наметнување на мерки кои имаат за цел да спречат раѓања во групата) и бр. 5 (присилно преместување на деца од групата во друга група) во поддршка на својот став дека геноцид не подразбирал нужно намера да се уништи групата физички, туку дека било доволно да постои намера да се уништи како општествена единица.

4. Постапка пред Сојузниот уставен суд

9. На 12 декември 2000 Сојузниот уставен суд одбил да ја разгледа уставната жалба на жалителот.

25. Според Уставниот суд, кривичните судови не повредиле ниту една одредба на Основниот закон воспоставувајќи ја нивната надлежност според член 6 бр. 1 од Кривичниот законик, земен во врска со членот 6 од Конвенцијата за геноцид. Принципот на универзална надлежност давал разумна поврзаност да се одлучува за случај произлезен надвор од територијата на Германија, истовремено почитувајќи ја обврската на неинтервенција (*Interventionsverbot*) од меѓународното јавно право. Образложението на надлежниот суд, имено, дека членот 6 бр. 1 од Кривичниот законик земен во врска со членот 6 од Конвенцијата за геноцид ги овластувал да го разгледаат случајот на жалителот, бе било арбитрерно. Можело правилно да биде образложено дека Конвенцијата за геноцид, иако изречно не го регулирала принципот на универзална надлежност, предвидувала дека договорните страни не биле обврзани да гонат кривично извршители на геноцид, но дека имале надлежност тоа да го прават. Всушност, геноцидот била класична тема на кој принципот на универзална надлежност се применувал. Образложението на кривичните судови не се мешало со персоналниот и територијален интегритет на Босна и Херцеговина, затоа што таа држава изречно се откажала од барање на екстрадиција на жалителот.

26. Посочувајќи дека во случај на недопуштена уставна жалба, бил овластен да го разгледа обжалениот акт од сите уставни аспекти, Сојузниот уставен суд понатаму нашол дека правото на жалителот на правично судење гарантирано со Основниот закон не било повредено. Немало сомневање дека членот 244 §§ 3 и 5 од Законикот за кривична постапка бил во согласност со уставот. Законодавецот не бил обврзан да ги наведе посебните правила на постапката за определени кривични дела. Правото на правично судење не му давало право на жалителот да се изведат определени докази, како повикување на сведоци кои треба да бидат поканети од странство.

10. Во однос на толкувањето на член 220а од Кривичниот законик, Сојузниот уставен суд нашол дека немало повреда на принципот дека

кривичното право не смее да се применува ретроактивно гарантиран со член 103 § 2 од Основниот закон. Навел дека начинот на кој Апелациониот суд и Сојузниот суд на правдата го толкувале поимот „намера за уништување“ во споменатиот член бил предвидлив. Понатаму, толкувањето било во согласност со забраната на геноцид во меѓународното јавно право – во светло на кој членот 220а на Кривичниот законик морал да биде разбран – од страна на надлежните трибунали, неколку научници и како што е видливо во праксата на Обединетите нации, и како што е изразен, *inter alia*, во Резолуцијата 47/121 на Генералното собрание (види параграф 41 подолу).

5. Повторување на постапката

11. На 3 јули 2002 Апелациониот суд во Дизелдорф го прогласил за недопуштено барањето на жалителот за повторување на постапката. Фактот што еден од сведоците кои биле испрашани од Апелациониот суд, и кој бил единственото лице кое тврдело дела било очевидец кога жалителот убивал дваесет и две лица во Грабска, бил осомничен за лажно сведочење не било доволно за повторување [на постапката]. Дури и ако се претпоставело дека споменатиот сведок ги измислил наоводите против жалителот, тој повторно би бил осуден на доживотна казна затвор за геноцид и осум кривични дела убиство.

12. На 20 декември 2002 (одлука доставена на 28 јануари 2003) Сојузниот суд на правдата одлучил дека барањето на жалителот за повторување на постапката било допуштено во делот кој се однесувал на убиството на дваесет и две лица во Грабска. Посочил, сепак, дека, дури и ако се прифати дека осудата на жалителот за дваесет и две кривични дела убиство да не биде потврдена, неговата осуда за геноцид и осум дела убиство, и затоа и неговата доживотна казна, вклучително и наоѓањето дека неговата вина била од посебна сериозност би се одржале.

13. Во уставна жалба од 28 февруари 2003, жалителот тврдел дека одлуката на Апелациониот суд во Дизелдорф и на Сојузниот суд на правдата во однос на повторувањето на постапката го повредувале неговото право на слобода гарантирано со Основниот закон. Тој тврдел тие погрешиле во нивното наоѓање дека, во постапката за повторувањето на случајот, прашањето дали вината на жалителот била од посебна сериозност не морало да биде одново оценето.

14. На 22 април 2003 Сојузниот уставен суд одбил да ја прифати уставната жалба на жалителот.

15. На 21 јуни 2004 Апелациониот суд во Дизелдорф одлучил да ја повтори постапката во однос на осудата на жалителот за убивање на дваесет и две лица во Грабска. Нашол дека единственото лице кое тврдело дека било очевидец на тие убиства било виновно за лажно сведочење барем за некои други изјави. Затоа, не можел да ја исклучи

можноста дека судиите кои пресудувале во случајот би го ослободиле жалителот од тоа обвинение ако знаеле дека некои од изјавите на тој сведок бил лажни.

16. Во делот во кој барањето за повторување на постапката било дозволено, Апелациониот суд ја прекинал постапката. Тој објаснал дека казната која жалителот можел да ја очекува, ако би било повторно најдено дека е виновен за убиство на дваесет и две лица во Грабска, не би била значително повисока од казната која му била веќе правосилно изречена за геноцид. Последователно, пресудата на Апелациониот суд во Дизелдорф од 26 септември 1997 останала правосилна во однос на осудата на жалителот за геноцид и за осум точки за убиство, вклучувајќи го и наоѓањето на судот дека неговата вина била од посебна сериозност.

II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО И МЕЃУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО И ПРАКСА

1. Кривичен законик

17. Релевантните одредби на Кривичниот законик во нивните верзии во сила во релевантниот период, за надлежноста на германските судови, кривичното дело геноцид и сериозноста на вината на обвинетиот предвидувале како што следи:

Член 6

Дела извршени во странство против меѓународно заштитени правни интереси

„Германскиот кривичен закон и понатаму ќе се примеува, без оглед на законот применлив на местото на нивното извршување, на следните дела извршени во странство:

1. геноцид (член 220a);

...”

Член 7

Применливост на дела извршени во странство во други случаји

“1. ...

2. Германскиот кривичен закон ќе се применува на други дела извршени во странство ако делото е казниво на местото на извршување или ако местото на неговото извршување не е предмет на спроведување на кривичен закон и ако извршителот ...

(2) бил странец во време на делото, било најдено дека е во Германија и, иако законот за екстрадиција би дозволил екстрадиција за такво дело, не е екстрадирано затоа што барање за екстрадиција не е поднесено, е отфрлено или ако екстрадицијата не може да се изврши. “”

Член 220а **Геноцид**

“1. Секој кој, делувајќи со намера да уништи, целосно или делумно, национална, религиозна или етничка група како таква,

(1) убива членови на групата,

(2) предизвикува сериозна телесна или душевна повреда ...на членови на групата,

(3) ја става групата во животни услови кои можат да доведат до нивно потполно или делумно физичко уништување

(4) наметнува мерки кои имаат за цел да се спречат раѓања во групата,

(5) присилно преместува деца од групата во друга група,

ќе виде казнет со доживотна казна затвор.

...“

18. Член 220а од Кривичниот законик беше инкорпориран во Германскиот кривичен законик со Актот од 9 август 1954 на пристапување на Германија кон Конвенцијата за геноцид и влезе во сила во 1955. Членот 6 бр. 1 и членот 220а од Кривичниот законик престанаа да важат на 30 јуни 2002 кога Законикот за кривични дела против меѓународното право (*Völkerstrafgesetzbuch*) влезе во сила. Според член 1 од новиот Законик, тој се применува на кривични дела против меѓународното право како што е геноцид (види член 6 од новиот Законик) дури и кога делото било извршено во странство и нема никаква врска со Германија.

19. Жалителот е првото лице кое е осудено за геноцид од германските судови по член 220а од инкорпорирањето на тој член во Кривичниот законик. Во времето кога жалителот ги извршил делата во 1992, мнозинството на научници сметало дека геноцидната „намера да се уништи група“ според член 220а од Кривичниот законик морала да биде насочена кон физичко-биолошко уништување на заштитената група (види, на пример, A. Eser во Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 24th edition, Munich 1991, Article 220a, §§ 4-5 со понатамошни референци). Сепак, значителен број на научници биле на мислење дека поимот на уништување на групата како таква, во своето буквално значење, бил поширок од физичко-биолошкото истребување

и исто вклучувал уништување на групата како општествена единица (види, посебно, H.-H. Jescheck, *Die internationale Genocidium-Konvention vom 9. Dezember 1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht*, ZStW 66 (1954), p. 213, и B. Jähnke in *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 10th edition, Berlin, New York 1989, Article 220a, §§ 4, 8 and 13).

20. Според член 57a § 1 од Кривичниот законик, доживотна казна затвор може да биде одложена условно, ако, попрецизно, петнаесет години од казната биле отслужени и посебната сериозност на вината на обвинетиот (*besondere Schwere der Schuld*) не наложува продолжување на извршувањето на казната.

2. Законик за кривична постапка

21. По основ на член 244 § 3 од Законикот за кривична постапка, предлог за изведување на докази може да биде отфрлен само под услови наведени во тој член. Може да биде одбиен, помеѓу останатото, ако доказот не може да добие (*unerreichbar*).

22. Член 244 § 5., втора реченица, од Законикот за кривична постапка ги поставува условите за отфрлање на предлог за испитување на сведок кој треба да биде повикан од странство. Овие услови се помалу строги од тие за отфрлање на предлог за сослушување на сведок кој може да биде повикан во Германија. Доволно е судот, со правилна употреба на своето слободно убедување, да смета дека испитувањето на сведокот не е нужно за утврдување на вистината.

3. Споредбено и меѓународно јавно право и пракса

(а) Дефиниција и опсег на кривичното дело геноцид

(i) Конвенција за спречување и казнување на кривичното дело геноцид од 1948 (Конвенција за геноцид)

23. Релевантната одредба од Конвенцијата за геноцид, која влезе во сила за Германија на 22 февруари 1955, предвидува:

Член II

„Во оваа Конвенција, геноцид значи било кој од следните акти извршени со намера да се уништи, потполно или делумно, национална, етничка, расна или религиозна група, како таква:

(а) Убивање членови на групата;

(б) Нанесување тешки телека телесна или душевна повреда на членови на групата;

- (в) Намерно наметнување на групата услови за живот наменети да доведат до до нејзино физичко уништување во целост или делумно;
- (г) Наметнување на мерки со цел да се спречат раѓања во групата;
- (д) Присилно преместување на деца од групата во друга група.“

(ii) Резолуција на Генералното собрание на Обединетите нации

24. Во својата Резолуција 47/121 (по. A/RES/47/121) од 18 декември 1992 во однос на ситуацијата во Босна и Херцеговина во 1992, Генералното собрание на Обединетите нации наведе:

„Сериозно загрижено за влошувањето на ситуацијата во Република Босна и Херцеговина кое се должи на интензивираните агресивни дејствија на српските и црногорските сили со цел да насилно стекнат територии, карактеризирани со козистентна практика на сериозни и систематски повреди на човековите права, растечка бегалска популација како резултат на масовни протерувања на незащитени цивили од нивните домови и постоењето на српски и црногорски контролирани области на концентрациони логори и затвори, со цел да се оствари ужасната политика на „етничко чистење“, која е форма на геноцид,...“

(iii) Судска пракса на Меѓународниот кривичен трибунал за поранешна Југославија

25. Во случајот *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-T, пресуда од 2 август 2001, §§ 577-80, Судскиот совет на Меѓународниот кривичен трибунал за поранешна Југославија (МКТЈ), изречно оддалечувајќи се од широкото толкување на поимот „намера да уништи“ употребено од Генералното Собрание на Обединетите нации и Сојузниот уставен суд во неговата пресуда од 12 декември 2000 во предметниот случај, заклучи како што следи во однос на Конвенцијата за геноцид:

„577. Неколку скорешни декларации и одлуки, сепак, ја толкуваа намерата за уништување на начин да вклучува докази кои се однесуваат на дела кои вклучувале културна и други нефизички форми на уништување на група..

578. Во 1992, Генералното Собрание на Обединетите нации го означил етничкото чистење како форма на геноцид. ...

579. Сојузниот уставен суд изјавил во декември 2000 дека

Законската дефиниција за геноцид заштитува на индивидуален предмет на правна заштита, т.е. *социјалното* постоење на групата ...намерата да се уништи групата....се протега и надвор од физичкото и биолошкото истребување.... Текстот на законот затоа не настојува на толкување дека намерата на виновникот да мора да се однесува на физичко истребување на барем значителен дел на членови на групата ...

580. Судскиот совет е свесен дека мора да ја толкува Конвенцијата со должно почитување на принципот *nullum crimen sine lege*. Затоа прифаќа дека, и покрај

скорешниот развој, обичајното меѓународно право ја ограничува дефиницијата на геноцид на тие дела кои се насочени кон физичко или биолошко уништување на цела или дел од групата. Затоа, потфатот кој ги напаѓа само културните или социолошките карактеристики на група на луѓе со цел да се уништат тие елементи кои и даваат на групата сопствен идентитет различен од останатата заедница не би спаѓал во дефиницијата на геноцид. Судскиот совет сепак посочува дека кога има физичко или биолошко уништување често има и истовремени напади на културната и религиозна сопственост и симболи на нападнатата група исто така, напади кои можат легитимно да се сметаат за доказ за намера физички да се уништи групата.“

26. Пресудата на Судскиот совет беше потврдена во овој дел со пресудата од 19 април 2004 донесена од Жалбениот совет на МКТЈ, IT-98-33-A, кој нашол:

„25. Конвенцијата за геноцид и обичајното меѓународно право генерално, го забрануваат само физичкото или биолошкото уништување на група на луѓе. ... Судскиот совет изречно го препознал ова ограничување, и одбегнал било каква поширока дефиниција. ...

33. ... Фактот што присилното преместување [на деца од групата во друга група] не претстапува само по себе геноциден акт не го спречува Судскиот совет од повикување на докази за намерата на членовите на Генерал Штабот на ВРС. Геноцидна намера може, помеѓу други факти, да се извлече од докази за други казниви дела систематски насочени против истата група.“

27. Слично, во случајот *Prosecutor v. Kupreškić and Others* (IT-95-16-T, judgment of 14 January 2000, § 751), кој се однесувал на убиството на околу 116 Муслимани со цел да се протера муслиманското население од едно село, МКТЈ нашол:

„Прогонувањето е еден чекор помалку од геноцид – најужасното кривично дело против човечноста – затоа што кај геноцидот, намерата за прогонување е проширена до максимални граници преку настојување за физичко уништување на групата или членовите на групата. Кај кривичното дело геноцид казнивата намера е да се уништи групата или нјезините членови, кај кривичното дело прогонување казнивата намера е наместо тоа насилно да се дискриминира групата или нјезините членови преку сериозни и систематско повредување на нивните основни човекови права. Во конкретниот случај, според Обвинителството – и ова е точка со која и Судскиот совет се согласува убивањето на муслимански цивили било со примарна цел да се протера групата од селото, а не уништување на групата муслимани како таква. Ова е затоа случај на прогонување, а не на геноцид.“

(iv) Судска пракса на Меѓународниот суд на правдата

28. Во својата пресуда од 26 февруари 2007 во случајот *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* („Случај кој се однесува на примената на Конвенцијата за спречување и казнување на кривичното дело геноцид“), Меѓународниот суд на правдата (МСП) нашол во насловот „намера и ‘етничко листење’“ (§ 190):

„Поимот ‘етничко чистење’ често е употребуван за да се упати на настаните во Босна и Херцеговина кои се предмет на овој случај ... Резолуцијата на Генералното собрание 47/121 упатува во својата Преамбула на ‘ужасната политика на “етничко чистење”, кое е форма на геноцид’, каква што била спроведена во Босна и Херцеговина... Тоа [т.е., етничкото чистење] може да биде форма на геноцид во смисла на Конвенцијата, само ако е во согласност со или потпаѓа под еден од видовите на дела забранети со член II од Конвенцијата. Ниту намерата, како прашање на политика, да се направи една област ‘етнички хомогена’, ниту операциите кои може да се извршуваат во спроведување на таквата политика, можат *како такви* да се сметаат за геноцид: намерата која го карактеризира геноцидот е ‘да се уништи, потполно или делумно’ одредена група, и депортација или раселување на членови на групата, дури и да се спроведени под присила, не се нужно еквивалентни со уништување на таа група, ниту пак таквото уништување е автоматска последица на раселување. Тоа не значи дека акти опишани како ‘етничко чистење’ не можат никогаш да претставуваат геноцид, ако се карактеризирани со, на пример, ‘намерно наметнување на групата услови на живот насочени кон нејзино физичко уништување како целина или делумно’, спротивно на член II, параграф (в) од Конвенцијата, под услов таквото дејствие да е извршено со нужната специјална намера (*dolus specialis*), што значи со намера да се уништи групата, различно од нејзино отстранување од областа. Како што МКТЈ има воочено, додека ‘има очигледни сличности помеѓу геноцидна политика и политиката општо позната како “етничко чистење”’ (*Krstić*, IT-98-33-T, Trial Chamber Judgment, 2 August 2001, para. 562), сепак ‘јасна дистинкција мора да биде повлечена помеѓу физичкото уништување и само распуштање на групата. Протерувањето на група или дел од група не е доволно само по себе за геноцид’ ...”

(v) Токување на други држави [договорни страни] на Конвенцијата

29. Според материјалите со кои располага Судот, има само многу малку случаи на национално гонење за геноцид во други држави договорнички. Нема објавени случаи во кои судовите на овие држави го дефинирале видот на уништување на групата кој извршителот мора да го имал за цел, за да биде најдено дека е виновен за геноцид, што значи, дали поимот ‘намера за уништување’ се однесува само на физичко или биолошко уништување или дали исто така вклучува и уништување на групата како општествена единица.

(vi) Толкување на правни аналитичари

30. Помеѓу научниците, мнозинството ги имаат ставот дека етничкото чистење, на начинот на кој било спроведувано од српските сили во Босна и Херцеговина со цел да се протераат Муслиманите и Хрватите од нивните домови, не претставува геноцид (види, помеѓу многу други, William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge 2000, pp. 199 et seq.). Сепак, има значителен број на научници кои сметаат дека овие дејствија биле геноцид (види, *inter alia*, M. Lippman, *Genocide: The Crime of the Century*, HOUJIL 23 (2001), p. 526, и J. Hübner, *Das Verbrechen des Völkermordes im internationalen und nationalen Recht*, Frankfurt am Main

2004, pp. 208-17; G. Werle, differentiating in *Völkerstrafrecht*, 1st edition, Tübingen 2003, pp. 205, 218 et seq., посочуваат дека зависело од околностите на случајот, посебно од опсегот на делата кои се извршени, дали намерата да се уништи групата како општествена единица, за разлика од намера само да се протера групата, би можела да биде докажана).

(b) Универзална надлежност за кривичното дело геноцид

(i) Конвенција за спречување и казнување на кривичното дело геноцид од 1948 (Конвенција за геноцид)

31. Релевантните одредби од Конвенцијата за геноцид гласат:

Член I

„Договорните страни потврдуваат дека геноцидот, без разлика дали е извршен во време на мир или на војна, е кривично дело според меѓународното право кое тие се обврзуваат да го спречат и казнат“

Член VI

„Лица обвинети за геноцид или било кои дејствија набројани во член III ќе бидат судени од надлежен трибунал на државата на чија територија делото било извршено или од таков меѓународен кривичен трибунал кој може да има надлежност во однос на тие договорни страни кои ја имаат прифатено неговата надлежност“

(ii) Статут на Меѓународниот кривичен трибунал за поранешна Југославија од 1993 (Статут на МКТЈ)

32. Релевантната одредба од Статутот на МКТЈ предвидува:

Член 9

Истовремена надлежност

„1. Меѓународниот трибунал и националните судови ќе имаат истовремена надлежност за кривично гонење на лица за тешки повреди на меѓународното хуманитарно право извршени на територијата на поранешна Југославија од 1 јануари 1991.“

2. Меѓународниот трибунал ќе има предимство пред националните судови. Во било која фаза од постапката, Меѓународниот трибунал може формално да побара националните судови да ја отстапат надлежноста на Меѓународниот трибунал во согласност со овој Статут и Правилникот за постапка и докази на Меѓународниот трибунал.“

(iii) Судска пракса на Меѓународниот кривичен трибунал за поранешна Југославија

33. Жалбениот совет на МКТЈ, во својата одлука од 2 октомври 1995 на барањето на одбраната за интерлокуторна жалба за надлежност во случајот *Prosecutor v. Tadić* (по. IT-94-1), изјавил дека „универзалната надлежност [е] во денешно време прифатена во случај на меѓународни кривични дела“ (§ 62).

34. Слично, Судскиот совет на МКТЈ, во својата пресуда од 10 декември 1998 во *Prosecutor v. Furundžija* (по. IT-95-17/1-T), нашол дека со оглед на тоа дека било заклучено дека меѓународните кривични дела се универзално осудувани каде и да се случат, секоја држава има право кривично да ги гони и казни извршителите на такви дела. Како што е наведено во општа смисла од страна на Врховниот суд на Израел во *Eichmann*, и повторено од страна на суд на САД во *Demjanjuk*, „универзалниот карактер на кривичните дела во прашање ... е тој што и дава на секоја држава овластување да им суди и да ги казни тие кои учествувале во нивното извршување“ (§ 156).

(iv) Домашно право и пракса на други држави [договорни страни] на Конвенцијата

35. Според информациите и материјалот кои ги има Судот, вклучително и материјалот доставен од Владата кој не беше оспорен од жалителот, законските одредби на бројни други држави [договорни страни] на Конвенцијата дозволуваат кривичното гонење за геноцид во услови слични со тие кои се во прашање во предметниот случај.

36. Во многу држави договорни страни на Конвенцијата, кривичното гонење за геноцид е подложно на принципот на универзална надлежност, што значи, надлежност за кривични дела извршени надвор од државната територија од страна на лица кои не се државјани против лица кои не се државјани на таа држава и кои не се насочени против националните интереси на таа држава, барем ако биде утврдено дека обвинетиот е присутен на нејзина територија (на пример Шпанија, Франција, Белгија (барем до 2003), Финска, Италија, Латвија, Луксембург, Холандија (од 2003), Русија, Словачка, Република Чешка и Унгарија). Во времето на судењето на жалителот, бројни други држави го дозволувале гонењето за геноцид извршен во странство од странски државјани против странски државјани според одредби слични на принципот на претставување (*stellvertretende Strafrechtspflege* – спореди член 7 § 2 по. 2 од Германскиот кривичен законик, параграф 34 погоре), на пример Австрија, Данска, Естонија, Полска, Португалија, Романија, Шведска и Швајцарија (од 2000).

37. Покрај австриските, белгиските и француските судови, посебно шпанските судови имаат веќе одлучувано за обвиненија за геноцид, повикувајќи се на принципот на универзална надлежност. Шпанскиот

Audiencia Nacional, во својата пресуда од 5 ноември 1998 во случајот *Augusto Pinochet*, нашол дека шпанските судови имале надлежност за случајот. За прашањето за опсегот на Конвенцијата за геноцид [судот] навел:

„Членот 6 од Конвенцијата не го исклучува постоењето на судски органи со надлежност, покрај тие на територијата каде кривичното дело било извршено или меѓународни трибунали. ... би било спротивно на духот на Конвенцијата ..., со цел да се избегне извршување на такво тешко кривично дело со неказнетост, да се смета дека овој член од Конвенцијата го ограничува вршењето на надлежност, исклучувајќи секоја надлежност освен таа предидена со одредбата во прашање. Фактот што договорните страни не се согласиле на универзална надлежност за кривичното дело за нивните национални јурисдикции не го исклучува воспоставувањето, од страна на држава договорна страна на Конвенцијата, на таква надлежност за дело кое го засега целиот свет и влијае на меѓународната заедница и навистина директно целото човештво, како што е наведено во самата Конвенција. ... Ниту пак условите на член 6 од Конвенцијата од 1948 претставуваат овластување да се исклучи надлежност за казнување за геноцид во држава договорна страна каква што е Шпанија чие право востановува екстериторијалност во однос на кривичното гонење на такви кривични дела ...“ (International Law Reports, vol. 119, pp. 331 et seq., at pp. 335-36).

ПРАВО

I. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 5 § 1 (a) И ЧЛЕН 6 § 1 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

38. Жалителот се жалеше дека неговата осуда за геноцид од страна на Апелациониот суд во Дизелдорф, потврдена од Сојузниот суд на правдата и Сојузниот уставен суд, кои тој тврдеше дека немале надлежност за случајот, и дека неговиот затвор претставувал повреда на член 5 § 1 (a) и членот 6 § 1 од Конвенцијата, чии релевантни делови предвидуваат:

Член 5

„1. Секој има право на слобода и на безбедност. Никој не смее да биде лишен од слобода, освен врз основа на закон во долунаведените случаи:

(a) ако издржува казна затвор по пресуда на надлежниот суд;“

Член 6

„1. Во утврдувањето на ... основаноста на какви било кривични обвиненија против него, секој има право на правично ... судење ... од ... суд воспоставен со закон. ...“

39. Владата ги оспори овие наводи.

А. Допуштеност

40. Судот воочува дека оваа жалба не е очигледно неоснована во смисла на член 35 § 3 од Конвенцијата. Понатаму воочува дека не е недопуштена по било која друга основа. Затоа мора да биде прогласена за допуштена.

В. Основаност

1. Наводи на странките

(а) Жалителот

41. Жалителот сметаше дека имало генерално правило на меѓународното јавно право, имено должноста за неинтервенција, која, во принцип, им забранувала на германските судови да гонат странец кој живее во странство за геноцид наводно извршен од негова страна во странска земја против странски жртви. Според него, германските судови исто така не смееле по исклучок да преземат надлежност во согласност со принципот на меѓународното кривично право на универзална надлежност изразен во член 6 бр. 1 од Кривичниот законик, затоа што надлежноста врз основа на тој принцип не била меѓународно призната во случајот на геноцид.

42. Жалителот тврдеше посебно дека, според член VI од Конвенцијата за геноцид, само трибунал на држава на чија територија делото било извршено имала надлежност да им суди на лица обвинети за геноцид. Тој член затоа ја изразува обврската за неинтервенција која произлегува од принципите на суверенитет и еднаквост на сите држави, и забраната за злоупотреба на права, кои биле генерални правила на меѓународното јавно право. Се согласи дека принципот на универзална надлежност, како што е прифатен во обичајното меѓународно јавно право, би можел, теоретски, да довери надлежност на друг национален суд покрај тој што е споменат во членот VI на Конвенцијата за геноцид. Сепак, тој тврдел дека надлежноста според тој принцип, била исклучок на правилото во однос на должноста на неинтервенција, не била признаена ниту од меѓународното договорно право ниту од меѓународното обичајно право со цел да се суди на лица

обвинети за геноцид. Германските судови затоа арбитрерно презеле надлежност.

(б) Владата

43. Според наводите на Владата, германските судови биле „надлежен суд“ во смисла на член 5 § 1 (а) од Конвенцијата [кој може] да го осуди жалителот и „суд воспоставен со закон“ со смисла на член 6 § 1 од Конвенцијата. Германскиот кривичен закон бил применлив на фактите на случајот така што, во согласност со германското право, германските судови имале надлежност за делата за кои жалителот бил обвинет. Тие биле надлежни по член 6 бр. 1 од Кривичниот законик (во верзијата [која била] во сила). Исто така имало легитимна поврзаност помеѓу кривичното гонење на делата за која жалителот бил обвинет и Германија, која се смета за потребна од страна на германските судови надвор од формулацијата на член 6 бр. 1 од Кривичниот законик да може да се востанови надлежност, и на тој начин почитува принципот на неинтервенција. Жалителот имал живеено во Германија многу години, сеуште бил заведен пред надлежните власти дека живее таму и бил уапсен на германска територија. Дополнително, Германија учествувала во воените и хуманитарни мисии во Босна и Херцеговина. Покрај тоа, условите на член 7 § 2 бр. 2 од Кривичниот законик, во кој бил вграден принципот на претставување, биле исполнети, посебно затоа што ниту МКТЈ ниту кривичните судови на местото на извршување во Босна и Херцеговина побарале екстрадиција на жалителот.

44. Владата понатаму беше на мислење дека одредбите на германското право во однос на надлежност биле во согласност со принципите на меѓународното јавно право. Попрецизно, како што било убедливо покажано од германските судови, член VI од Конвенцијата за геноцид, кој ги поставувал минималните услови во однос на должноста за гонење на геноцид, не забранувала суд на друга држава покрај онаа на чија територија делото било извршено кривично да гони за геноцид.

45. Уште повеќе, принципот на универзална надлежност како што е признаен во обичајното меѓународно право ги овластувал сите држави да воспостават надлежност за кривични дела против меѓународното право како што се дела на геноцид, кои биле насочени против интересите на целата меѓународна заедница, без оглед на каде или од кого тие дела биле извршени. Исто така, надлежност според принципот на претставување поставен во член 7 § 2 бр. 2 од Кривичниот законик не бил во спротивност со меѓународното право. Германските судови затоа биле овластени да пресудат во случајот на жалителот.

46. Владата тврдеше дела законодавството и судската пракса на многу други држави договорни страни на Конвенцијата и судската пракса на МКТЈ изречно дозволувале кривично гонење за геноцид во согласност со принципот на универзална надлежност.

2. Оцена на Судот

(а) Релевантни принципи

47. Судот наоѓа дека случајот пред се треба да биде испитан по член 6 § 1 од Конвенцијата во делот дали жалителот бил сослушан од „суд воспоставен со закон“. Повторува дека овој израз го одразува принципот на владеење на правото, кој е инхерентен во системот на заштита воспоставен со Конвенцијата и нејзините Протоколи. „Закон“, во смисла на член 6 § 1 од Конвенцијата, го вклучува посебно законодавството за воспоставување и надлежност на судските органи (види, *inter alia*, *Lavents v. Latvia*, no. 58442/00, § 114, 28 November 2002). Затоа, ако еден суд нема надлежност да суди на обвинет според релевантните одредби од домашното право, тој не е „воспоставен со закон“ во смисла на 6 § 1 (спореди *Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, §§ 99 and 107-08, ECHR 2000-VII).

48. Судот понатаму повторува дека, во принцип, повреда на споменатите домашни одредби за воспоставување и надлежност на судските органи од страна на трибунал доведува до повреда на член 6 § 1. Судот затоа е надлежен да испита дали националното право било почитувано во овој дел. Сепак, земајќи го во обзир генералниот принцип според кој пред сè самите национални судови треба да ти толкуваат одредбите на домашното право, Судот заклучува дека не може да го доведе во прашање нивното толкување освен ако имало флагрантна повреда на домашното право (види, *mutatis mutandis*, *Coëme and Others*, цитиран погоре, § 98 *in fine*, и *Lavents*, цитиран погоре, § 114). Во однос на тоа, Судот повторува дека членот 6 не му дава право на обвинетиот да одбере надлежност на еден суд. Улогата на Судот е затоа ограничена на испитување дали постоеле разумни основи за властите да востановат надлежност (види, *inter alia*, *G. v. Switzerland*, no. 16875/90, Commission decision of 10 October 1990, unreported, и *Kübli v. Switzerland*, no. 17495/90, Commission decision of 2 December 1992, unreported).

(б) Примена на принципите на конкретниот случај

49. Судот забележува дека германските судови ја засновале нивната надлежност на член 6 бр. 1 од Кривичниот законик, земен во врска со

член 220а од тој Законик (во нивните верзии кои тогаш биле во сила). Овие одредби предвидуваа дека германскиот кривичен закон бил применлив, и дека, последователно, германските судови имале надлежност да им судат на лица обвинети за геноцид извршен во странство, без оглед на државјанството на обвинетиот и на жртвите. Домашните судови затоа воспоставиле надлежност во согласност со јасната формулација на релевантните одредби од Кривичниот законик.

50. Кога одлучува дали германските судови имале надлежност според материјалните одредби од домашното право, Судот затоа мора понатаму да утврди дали одлуката на домашните судови, дека имале надлежност за случајот на жалителот, била во согласност со одредбите на меѓународното јавно право применливо во Германија. Воочува дека националните судови заклучиле дека принципот на меѓународното јавно право на универзална надлежност, кој бил кодифициран во член 6 бр. 1 од Кривичниот законик, ја воспоставувал нивната надлежност истовремено почитувајќи ја обврската од меѓународното јавно право за неинтервенција. Според нив, нивната надлежност по принципот на универзална надлежност не била исклучена од формулацијата не членот VI од Конвенцијата за геноцид, затоа што тој член требало да биде сфатен дека ја поставува обврската на судовите споменати во него да судат на лица обвинети за геноцид, и дека не го забранува кривичното гонење за геноцид од страна на други национални судови.

51. При утврдување дали толкувањето на домашните судови на важечките правила и одредби на меѓународното јавно право за надлежност било разумно, Судот посебно е обврзан да го испита нивното толкување на член VI од Конвенцијата за геноцид. Забележува, како што исто така било воочено од домашните судови (види, посебно, параграф 20 погоре), дека договорните страни на Конвенцијата за геноцид, и покрај предлозите во поранешни нацрт-верзии во таа насока, не се согласиле да го кодифицираат принципот на универзална надлежност за геноцид за домашните судови на сите договорни страни во тој член (спореди параграфи 20 и 54 погоре). Сепак, по основ на член 1 од Конвенцијата за геноцид, договорните страни имале *erga omnes* обврска да спречуваат и казнуваат геноцид, чија забрана преставува дел од *jus cogens*. Со оглед на тоа, образложението на националните судови дека целта на Конвенцијата за геноцид, како што е посебно изразена во тој член, не ја исклучувала надлежноста за казнување на геноцид од држави чии закони воспоставуваат екстериторијалност во овој однос мора да се смета за разумно (и навистина убедливо). Остварувајќи разумно и недвосмислено толкување на членот VI од Конвенцијата за геноцид со согласност со целта на таа Конвенција, немало потреба, при толкувањето на споменатата Конвенција, да се употребат подготвителните документи, кои имаат само супсидијарна улога во

толкувањето на меѓународното јавно право (види членови 31 § 1 и 32 од Виенската Конвенција за договорно право од 23 мај 1969).

52. Судот воочува во врска со тоа дека толкувањето на германските судови на член VI од Конвенцијата за геноцид од аспект на член I од таа Конвенција и потоа воспоставувањето на надлежност за судење на жалителот за обвиненија за геноцид е широко потврдено со законските одредби и судската пракса на многу други држави договорни страни на Конвенцијата (за заштита на човековите права и основни слободи) и со Статутот и судската пракса на МКТЈ. Воочува, посебно, дека шпанскиот *Audiencia Nacional* го толкувал членот VI од Конвенцијата за геноцид на потполно истиот начин како и германските судови (види параграф 54 погоре). Понатаму, членот 9 § 1 од Статутот на МКТЈ го потврдува ставот на германските судови, дозволувајќи истовремена надлежност на МКТЈ и националните судови, без никакво ограничување на домашни судови од одредени земји. Навистина, принципот на универзална надлежност за геноцид е изречно потврден од МКТЈ (види параграфи 50-51 погоре) и многу држави [договорни страни] на Конвенцијата дозволуваат кривично гонење за геноцид во согласност со тој принцип, или барем кога, како во случајот со жалителот, дополнителни услови – како тие што се поребни според принципот на претставување – се исполнети (види параграфи 52-53 погоре).

53. Судот заклучува дека толкувањето на германските судови на важечките одредби и правила на меѓународното јавно право, од аспект на кое одредбите на Кривичниот законик морале да бидат разбрани, не било абритерно. Тие затоа имале разумна основа за воспоставување на нивната надлежност да му судат на жалителот по обвиненија за геноцид.

54. Следува дека случајот на жалителот бил разгледан од суд воспоставен со закон во смисла на членот 6 § 1 од Конвенцијата. Затоа нема повреда на таа одредба.

55. Со оглед на горенаведениот заклучок под член 6 § 1, имено, дека германските судови разумно презеле надлежност да му судат на жалителот по обвиненија за геноцид, Судот заклучува дека жалителот бил исто така законски затворен после осуда. „од надлежен суд“ во смисла на членот 5 § 1 (а) од Конвенцијата. Затоа, нема повреда ниту на тој член.

II. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 6 §§ 1 И 3 (г) ОД КОНВЕНЦИЈАТА

56. Жалителот тврдеше дека, како резултат на одбивањето на Апелациониот суд во Дизелдорф, врз основа на член 244 § 5 од Кривичниот законик, да повикаат било кои сведоци за одбраната кој би

требало да бидат повикани од странство, тој немал правично судење во смисла на член 6 §§ 1 and 3 (г) на Конвенцијата. Тој понатаму се жалеше дека одбивањето на Апелациониот суд да изврши увид наводното место на извршување во Грабска или да се подготви топографска карта исто така доведувало до повреда на членот 6 §§ 1 and 3 (г) од Конвенцијата, кој, во релевантниот дел, гласи:

„1. Во утврдувањето на ... било какво обвинение против него, секој има право на правично ... судење ... од ... суд ...

3. Секој кој е обвинет за кривично дело ги има следните минимални права:

...

(г) самиот да сослуша, да бара сослушување на сведоците на обвинението и да бара повикувањето и сослушувањето на сведоците на одбраната да биде под услови што важат и за сведоците на обвинението;”

57. Владата го оспори тоа тврдење.

А. Аргументи на странките

1. Владата

58. Според Владата, жалителот не ги искористил домашните правни лекови во однос на неговиот приговор против одбивањето на Апелациониот суд да повика дваесет и осум сведоци во постапката пред Сојузниот суд на правдата на основа на тоа што тој недоволно ги поткрепил своите жалби со докази. Таа понатаму тврдеше дека жалителот на ниту еден начин не ја истакнал својата жалба за одбивањето на Апелациониот суд да изврши увид на наводното место на извршување во Грабска во постапката пред Сојузниот суд на правдата и затоа пропуштил да ги искористи домашните правни лекови во тој однос.

59. Владата понатаму тврдеше дека жалителот не можел повеќе да тврди дека е жртва на повреда на неговите права од Конвенцијата и дека жалбата била некомпатибилна *ratione personae* со Конвенцијата во делот во кој неговите жалбени наводи се однесувале на барања да се изведат докази во однос на обвинението за убиство на дваесет и две лица во Грабска. Таа тврдеше дека кривичната постапка против жалителот била повторена и прекината во однос на тие дела.

60. Владата сметаше дека, во секој случај, правото на жалителот на правично судење по член 6 од Конвенцијата не било повредено. Апелациониот суд извел докази во согласност со условите на таа одредба. Според член 244 од Законикот за кривична постапка посебно, истите правила за изведување на докази се применувале и за

[застапникот на] обвинението и за одбраната. Според германскиот Законик за кривична постапка, самите кривични судови биле должни да ја истражат вистината на нивна сопствена иницијатива. Иако истрагата за делата извршени во странство предизвикувала значителни процедурални проблеми, обвинетите биле заштитени со правилата за кривична постапка и преку [должноста да] во случај на сомневање се пресуди во корист на обвинетиот.

61. Според ставот на Владата, Апелациониот суд не одлучил арбитрерно одбивајќи ги барањата на жалителот за изведување други докази. Соодветно ги испитал барањата на жалителот и дал објективно оправдани причини за нивото одбивање. Неговиот заклучок според член 244 § 5 од Законикот за кривична постапка дека повикувањето на сведоците посочени од жалителот не било нужно во околностите на случајот за утврдување на вистината не покажало било каква правна грешка а Апелациониот суд дал доволно причини за своите одлуки.

2. Жалителот

62. Жалителот го оспори ставот на Владата. Тој нагласи дека Сојузниот уставен суд не ја одбил неговата жалба поради неискористување на домашните правни лекови и тврдеше дека тој не го имал изгубено статусот на жртва на повреда на член 6 од Конвенцијата.

63. Жалителот се жалеше дека членовите 6 §§ 1 и 3 (г) од Конвенцијата биле повредени затоа што, според член Article 244 § 5, втора реченица, од Законикот за кривична постапка, Апелациониот суд одбил да повика дваесет и осум сведоци кои тој ги именувал а кои ќе требало да бидат повикани од странство, додека повикал и сослушал шест сведоци посочени од застапникот на обвинението кои биле повикани од странство. Тој тврдеше дека во околностите на случајот Апелациониот суд, ако ја искористел својата дискрециона власт правилно, би бил спречен да го примени на член 244 § 5 од Законикот за кривична постапка. Спомената одредба поставувала предуслови за одбивање да се повика сведок кој ќе треба да се повика од странство кои биле помалку строги од тие [што биле] применливи при одбивање да се повикаат сведоци кои живеат во Германија. Тоа било заасновано на претпоставката дека за кривични процеси во Германија, докази можеле воглавно да бидат собрани во Германија. Сепак, во неговиот случај, кој се однесувал на дела наводно извршени во Босна и Херцеговина, воглавно сите сведоци живееле во странство. Примената на член 244 § 5 од Законикот за кривична постапка затоа била арбитрерна. Ако Апелациониот суд ги повикал посочените сведоци, веднаш би било утврдено дека сведоците на обвинението во однос на наводните кривични дела во Грабска не ја кажале вистината.

Б. Оцена на Судот

64. Судот не смета дека е потребно во конкретниот случај да одлучи по приговорите на Владата во однос на искористувањето на домашните правни лекови и статусот на жртва на жалителот затоа што, дури и ако се претпостави дека жалителот ги искористил домашните правни лекови и дека сеуште може да тврди дека е жртва на повреда на член 6 од Конвенцијата во секој однос, [Судот] смета дека жалбата е во секој случај недопуштена поради причините кои се наведени подолу.

1. Општи принципи

65. Судот повторува дека, генерално, националните судови се тие кои треба да ги оценат доказите пред нив, како и релевантноста на доказите кои обвинетиот предлага да бидат изведени. Попрецизно, член 6 § 3 (г) – кој поставува конкретни аспекти на генералниот концепт на правично судење наведен во член 6 § 1 – им препушта нив, да проценат, посебно, дали е соодветно да се повикаат одредени сведоци. Не наложува присуство и сослушување на секој сведок во полза на обвинетиот. Сепак, улога на Судот е да утврди дали изведувањето и проценката на доказите го повредила принципот на целосна „еднаквост на средствата“, правејќи ја постапката како целина неправична (види, *inter alia*, *Vidal v. Belgium*, 22 April 1992, § 33, Series A no. 235-B, and *Heidegger v. Austria* (dec.), no. 27077/95, 5 October 1999).

66. Во случаји кои се започнати по индивидуални жалби улогата на Судот не е да се анализира домашното законодавство апстрактно, туку тој мора да го анализира начинот на кој тоа законодавство било применето врз жалителот во конкретните околности (види, помеѓу останатите, *Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, § 87, ECHR 2003-VIII, и *Sommerfeld v. Germany* [GC], no. 31871/96, § 86, ECHR 2003-VIII).

2. Примена на тие принципи на конкретниот случај

67. Судот затоа мора да утврди дали примената на член 244 од Кривилниот законик од страна на домашните судови и нивното одбивање да се повикаат одредени сведоци, да се изврши увид на местото на извршување на наводното кривично дело или да се изработи топографска карта ја направило постапката како целина неправична.

68. Судот воочува на почетокот дека е неспорно помеѓу странките дека членот 244 од Кривичниот законик се применува на сите барања да се повикаат сведоци или да се соберат други докази, без разлика дали се поднесени од обвинението или одбраната. Во случаи како

сегашниот, во кој кривичното дело било извршено надвор од Германија, и во кои, по правило, ќе се покаже за неопходно да се соберат докази од странство, неговата примента затоа генерално не ги фаворизирал барањата да се соберат докази поднесени од страна на обвинението. Дополнително, точно е дека член 244 § 5, втора реченица, од Законикот за кривична постапка поставува специјални услови за отфрлања на барање да се сослуша сведок - без разлика дали за обвинението или за одбраната – кој ќе треба да се повика од странство. Овие услови се навистина помалку ригорозни од тие за отфрлање на барање да се сослуша сведок кој може да биде повикан во Германија. Сепак, тие сведоци не се автоматски третирали како доказ кој не може да се добие. Судовите, при првична оценка на доказите пред нив, можат, сепак, да заклучат дека сослушувањето на таков сведок не е нужно за утврдување на вистината (види параграф 39 погоре).

69. Судот понатаму воочува дека Апелациониот суд, одлучувајќи како суд од прва инстанца, одбил да повика бико кој од дваесет и осумте сведоци кои живеат во Босна посочени од жалителот, додека пак повикал шест сведоци на обвинението во странство. Сепак, овој факт не го наложува сам по себе заклучокот дека принципот на еднаквост на средствата или правото на жалителот да му се обезбеди присуство на сведоци не биле испочитувани, и дека, последователно, постапката како целина била неправична. Во овој однос, Судот забележува посебно дека Апелациониот суд давајќи детални причини за одбивањето да се изведат други докази, сметал дека писмените изјави на најмалку седум од споменатите дваесет и осум сведоци за да го докажат истиот факт (имено дека жалителот бил во затвор во време на извршување на кривичното дело) пред да заклучи дека сведочењето на сите дваесет и осум сведоци би било од многу слаба доказна вредност и ирелевантно при одлучување на случајот. Судот воочува дека Апелациониот суд, кога го отфрлил барањето на жалителот да се повикаат тие сведоци, веќе го слушнал сведочењето на повеќе од дваесет сведоци, вклучително и двајцата новинари кои не биле засегнати од кривичните дела за кои жалителот бил обвинет (и затоа можеле, по правило, да се сметаат посебно веродостојни). Сите овие сведоци, кои биле испрашани од жалителот, изјавиле дека го имале видено жалителот надвор од затворот во времето во кое тој тврдел дека бил во затвор. Во овие околности, Судот не може да заклучи дека домашните судови постапиле арбитрерно одлучувајќи дека сведочењата на сведоците посочени од жалителот да докажат дека тој бил во затвор во времето на [извршување] делото, не биле релевантни. Затоа судот, заклучува дека нема никакви индиции дека постапката против жалителот како целина била неправична.

70. Што се однесува на жалбата на жалителот за одбивањето на Апелациониот суд да изврши увид на наводното место на извршување во Грабска или да се изработи топографска карта со цел да се докаже дека наводите на сведоците во однос на наводните кривични дела биле некредибилни, Судот наоѓа дека Апелациониот суд дал соодветни причини за своите одлуки зошто сметал изведувањето на овие докази е тешко. Со оглед на фактот што Апелациониот суд имал видео снимка од релевантното место и дека жалителот можел да ја доведе во прашање убедливоста на доказите изведени во однос на кривичните дела во прашање, Судот не наоѓа никава индикација дека неизведувањето дополнителни докази било некомпатибилно со член 6 §§ 1 и 3.

71. Следува дека жалбите на жалителот по член 6 §§ 1 и 3 (г) од Конвенцијата мора да бидат одбиени како очигледно неосновани, во согласност со член 35 §§ 3 и 4 од Конвенцијата.

III. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 7 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

72. Жалителот понатаму се жалеше дека широкото толкување на кривичното дело геноцид, какво што било усвоено од германските судови, немало основа во формулацијата на тоа дело поставена во германското и меѓународното јавно право, и дека германските судови абритерно заклучиле дека неговата вина била посебно сериозна. Се жалел дека неговата осуда затоа претставува повреда на член 7 § 1 од Конвенцијата, кој предвидува:

„Никој не може да биде осуден за дело извршено со сторување или несторување кое според домашното или меѓународно право, не претставувало кривично дело во моментот на извршувањето. Исто така, изречената казна не може да биде потешка од онаа што се применувала во моментот на извршувањето на кривичното дело.“

73. Владата го оспори тој аргумент.

A. Допуштеност

74. Судот воочува дека оваа жалба не е очигледно неоснована во смисла на член 35 § 3 од Конвенцијата. Понатаму воочува дека не е недопуштена по било која друга основа. Затоа мора да биде прогласена за допуштена.

Б. Основаност

1. Аргументи на странките

(а) Жалителот

75. Жалителот изјави дека неговата осуда за геноцид според член 220а од Кривичниот законик налагала доказ дека прекршителот дејствувал со намера да уништи, потполно или делумно, национална, расна, етничка или религиозна група како таква. Тој тврдеше дека, со оглед на буквалното значење на терминот „уништување“, напад само на условите за живот или средствата за егзистенција на групата, како во сегашниот случај, не претставувал уништување на групата сам по себе. „Етничкото чистење“ извршено од босанските Срби во регионот Добој било насочено само кон бркање на сите Муслимани од регионот по пат на сила, што значи, протерување на таа група, а не и уништување на самото нејзино постоење. Затоа не можело да се смета за геноцид во смисла на член 220а од Кривичниот законик.

76. Понатаму, според жалителот, толкувањето на германските судови на „намерата да се уништи“ во член 220а, кој бил вклучен во Кривичниот законик со цел да се инкорпорира Конвенцијата за геноцид во националното право, било спротивно на самиот поим на член II од Конвенцијата за геноцид усвоена од заедницата на држави. Всушност, според меѓународно прифатената доктрина, геноцидот се однесувал само на случаи во кои убиство, истребување или депортација биле спроведени со намера да се елиминира тесно дефинирана група, што значи, таа да се уништи во билошко-физичка смисла, а не само како општествена единица. Етничкото чистење во поранешна Југославија би можело да се спореди со истребувањето на Евреите извршено во нацистичкиот режим, кое било причина за создавање на Конвенцијата за геноцид.

77. Жалителот тврдеше дека затоа тој не можел да предвиди во време на извршување на неговите дела дека германските судови ќе ги оквалификуваат тие дела како геноцид според германското или меѓународното јавно право.

78. Исто така, според жалителот, заклучокот на германските судови дека неговата вина била посебно сериозна претставувал повреда на член 7 § 1 од Конвенцијата затоа што судовите не зеле во предвид дека тој имал само безначајна улога во наводниот геноцид во Босна.

(б) Владата

79. Според Владата, толкувањето на германските судови на поимот „геноцид“ не било во спротивност со член 7 § 1 од Конвенцијата. Формулацијата на кривичното дело геноцид во член 220а од

германскиот Кривичен законик дозволувала толкување на поимот геноцид кое вклучува дела извршени со намера да се уништи група како општествена единица. Посебно, намерата да се уништи морала да биде насочена против „групата како таква“, што значело дека не само физичкото, туку исто така и општественото постоење на групата било заштитено. Дополнително, дефиницијата на геноцид поставена во член 220а § 1 бр. 4 (наметнување на мерки кои имаат за цел да спречат раѓања во групата) и бр. 5 (насилно префрлање на деца од групата во друга група) исто така не повлекувало физичко уништување на живите членови на групата во прашање.

80. Од истите причини, формулацијата на член II на Конвенцијата за геноцид, кој соодветсвувал со член 220а од Кривичниот законик, не го ограничувал кривичното дело геноцид на физичко-биолошко уништување групата во прашање. Тоа било потврдено од бројни правни научници и од Генералното собрание на Обединетите нации, кое ја толкувало Конвенцијата за геноцид дека ја вклучува заштита на група како општествена единица (види параграф 41 погоре).

81. Со оглед на тоа што толкувањето на германските судови на кривичното дело геноцид било компатибилно со формулацијата на член 220а од Кривичниот законик, толкувањето на домашните судови било предвидливо во времето кога жалителот го извршил кривичното дело во 1992. Дополнително, германски правни научници тогаш биле на став дека кривичната одговорност за геноцид била исто така насочена кон заштита на општественото постоење на групи (види параграф 36 погоре).

82. Владата се согласи дека во неговата пресуда од 2 август 2001 во случајот *Prosecutor v. Krstić*, Судскиот совет на МКТЈ, потврдена по жалба, изречно го отфрлила толкувањето на Сојузниот уставен суд на поимот „намера да се уништи“ во неговата пресуда во предметниот случај. Повикувајќи се на принципот *nullum crimen sine lege*, МКТЈ тврдел за прв пат дека кривичното дело геноцид според меѓународното јавно право било ограничено на дела насочени кон физичко или биолошко уништување на група. Сепак, ова потесно толкување на опсегот на кривичното дело геноцид од страна МКТЈ во 2001 – кое, според ставот на Владата, не било убедливо – не го доведувало во прашање фактот дека било предвидливо за жалителот, кога ги извршил кривичните дела во 1992, дека тие ќе бидат квалификувани како геноцид. Во секој случај, германските судови не го квалификувале генерално етничкото чистење како геноцид, туку заклучиле дека жалителот, во околностите на случајот, бил виновен за геноцид затоа што имал намера да уништи група како општествена единица а не само да ја протера.

2. Оцена на Судот

(а) Општи принципи

83. Судот повторува дека гаранцијата содржана во член 7 од Конвенцијата е есенцијален елемент на владеењето на правото. Не е ограничена на забрана на ретроактивна примена на кривичен закон на штета на обвинет. Исто така го вклучува, поопшто, принципот дека само со закон може да се дефинира кривично дело и да се пропише казна (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) и принципот дека кривичниот закон не смее екстензивно да биде толкуван на штета на обвинетиот, на пример, преку аналогија. Произлегува од овие принципи дека едно кривично дело мора јасно да биде дефинирано со закон. Овој услов е исполнет кога поединецот може да знае од формулацијата на релевантната одредба и, ако е потребно, со помош на нејзино судско толкување, кое сторување и несторување го прави кривично одговорен. Кога зборува за „закон“ членот 7 алудира на сосем истиот концепт на кој Конвенцијата упатува кога го користи тој термин во други членови, концепт кој вклучува како пишано така и непишано право и имплицира квалитативни услови, посебно тие на достапност и предвидливост (види, *inter alia*, *S.W. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, §§ 34-35, Series A no. 335-B; *C.R. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, §§ 32-33, Series A no. 335-C; и *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], no. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, § 50, ECHR 2001-II).

84. Во секој правен систем, вклучително во кривичното право, колку и да бидат јасно драфтирани шравните одредби, постои неизбежен елемент на судско толкување. Секогаш ќе постои потреба за осветлување на нејасни прашања и за адаптација на околности кои се менуваат. Навистина, во државите [договорни страни] на Конвенцијата, прогресивниот развој на кривичното право преку судски одлуки е длабоко вкоренето и неопходен дел на правната традиција. Член 7 од Конвенцијата не може да се чита дека го обеззаконува постепено појаснување на правилата за кривична одговорност преку судско толкување од случај до случај, под услов развојот кој произлегува да е конзистентен со битието на кривичното дело и да може разумно да биде предвиден (види, *inter alia*, *S.W. v. the United Kingdom*, цитиран погоре, § 36; *C.R. v. the United Kingdom*, цитиран погоре, § 34; *Streletz, Kessler and Krenz*, цитиран погоре, § 50; и *K. H.W. v. Germany* [GC], no. 37201/97, § 45, ECHR 2001-II).

85. Што се однесува на толкувањето и примената на домашното право, Судот повторува дека пред се треба домашните власти, посебно судовите, да го толкуваат и применуваат домашното право (види, *mutatis mutandis*, *Kopp v. Switzerland*, 25 March 1998, § 59, *Reports of*

Judgments and Decisions 1998-II, and *Streletz, Kessler and Krenz*, cited above, § 49). Од друга струна должност на Судот е, во согласност со член 19 од Конвенцијата, да обезбеди почитување на обврските преземени од страна на договорните страни на Конвенцијата, не е негова функција да се занимава со грешки во факти или право наводно направени од домашен суд освен ако и само во таа мерка во која тие можеби повредице права и слободи заштитени со Конвенцијата (види, *mutatis mutandis*, *Schenk v. Switzerland*, 12 July 1988, § 45, Series A no. 140, и *Streletz, Kessler and Krenz*, цитиран погоре, § 49).

(б) Примена на принципите во конкретниот случај

86. Со оглед на горенаведените принципи, Судот треба да одлучи дали толкувањето на домашните судови на кривичното дело геноцид според германското право, посебно геноцидната „намера да уништи“, дека вклучува дела на жалителот извршени во текот на етничкото чистење во Босна и Херцеговина било конзистентно со битието на тоа кривично дело и можело разумно да биде предвидено од страна на жалителот во релевантниот период.

87. При одлучување, најпрво, дали толкувањето на германските судови било конзистентно со битието на кривичното дело геноцид, Судот забележува дека домашните судови не го толкувале тесно опсегот на тоа кривично дело. Тие сметале дека „намера да уништи“ група во смисла на член 220а од Кривичниот законик, толкуван исто така од аспект на член II од Конвенцијата за геноцид, не значело нужно намера да се уништи таа група во физичка или биолошка смисла. Доволно било извршителот да има за цел уништување на конкретната група како општествена единица.

88. Судот воочува дека домашните судови ја толкувале „намерата да уништи група како таква“ систематски во контекст на член 220а § 1 од Кривичниот законик како целина, имајќи ги во предвид посебно алтернативите бр. 4 (наметнување на мерки со цел да се спречат раѓања во групата) и бр. 5 (насилно преместување на деца од групата во друга група) од таа одредба, и дека тоа не значело нужно физичко уништување на живите членови на конкретната група. Судот заклучува затоа дека толкувањето на домашните судови на „намерата да се уништи група“ дека не значела нужно физичко уништување на групата, што исто така било прифатено од бројни научници (види параграфи 36 и 47 погоре), било покриено со формулацијата на кривичното дело геноцид во Кривичниот законик, прочитана во контекст и дека не се чини арбитрерно.

89. Понатаму, Судот, како и домашните судови, смета за потребно, со цел да се утврди битието на кривичното дело геноцид, да се земе во предвид исто така и кодификацијата на забраната на геноцид во член II од Конвенцијата за геноцид, а за чие почитување членот 220а и бил

инкорпориран во Кривичниот законик и од аспект на која споменатиот член требало да биде толкуван. Со оглед на тоа што формулацијата на членот 220а на Кривичниот законик соодветствува на таа во членот II од Ковенцијата за геноцид кога дефиницијата на геноцид е во прашање, горенаведеното образложение во однос на опсегот на забраната за геноцид важи еднакво.

90. Дополнително, токувањето на германските судови не е подржано само од бројни научници во релевантниот период на извршување на кривичното дело (види параграф 36 погоре), Генералното собрание на Обединетите Нации исто така се согласило со широкото толкување усвоено од германските судови во конкретниот случај во неговата Резолуција 47/121 од 18 декември 1992, (види параграф 41 погоре).

91. Последователно, кривичните дела кои жалителот ги извршил во текот на етничкото чистење во регионот Добој со намера да се уништи група на Муслимани како општествена единица, можело разумно да се смета дека влегува во досегот на кривичното дело геноцид.

92. Кога одлучува, второ, дали толкувањето на домашните судови на кривичното дело геноцид можело да биде разумно предвидено од жалителот во релевантниот период, Судот воочува дека жалителот е првото лице кое е осудено за геноцид од германските судови според член 220а од инкорпорирањето на тој член во Кривичниот законик од 1955. Во овие околности Судот заклучува дека, за разлика од случаи кои се однесуваат на промена на постоечка судска пракса, толкување на опсег на кривично дело кое било – како во конкретниот случај – конзистентно со битието на тоа кривично дело мора, по правило, да се смета за предвидливо. И покрај тоа, Судот не ја исклучува можноста дека, исклучително, жалителот би можел да се повика дека одредено толкување на одредбата било прифатено од домашните судови во специфичните околности на случајот.

93. Во конкретниот случај, кој се однесува на толкувањето на домашните судови на одредба која потекнува од меѓународното јавно право, Судот смета за потребно, со цел да се осигура дека заштитата загарантирана во член 7 § 1 од Конвенцијата останува ефикасна, да испита дали имало посебни околности кои го налагаат заклучокот дека жалителот, ако е потребно после консултација со правник, можел да се повика на потесно толкување на опсегот на кривичното дело геноцид од страна на домашните судови, со оглед на, посебно, толкувањето на кривичното дело геноцид од други органи.

94. Судот воочува во врска со тоа дека во релевантниот период опсегот на член II од Ковенцијата за геноцид, на кој е заснован членот 220а од Кривичниот законик, бил спорен помеѓу научниците во однос на дефиницијата на „намерата да се уништи група“. Додека мнозинството правни научници биле на мислење дека етничкото

чистење, на начинот на кое тоа било извршено од српските сили во Босна и Херцеговина со цел да се протераат Муслиманите и Хрватите од нивните домови, не претставувало геноцид, значителен број на научници сметале дека тие дела навистина претставувале геноцид (види параграф 47 погоре).

95. Судот понатаму воочува дека – дури отакко жалителот ги извршил казнивите дела – опсегот на геноцид бил различно толкуван од меѓународните власти. Точно е дека МКТЈ, во своите пресуди во случаите *Prosecutor v. Krstić* и *Prosecutor v. Kupreškić and Others*, изречно не се согласил со широкото толкување на „намерата да уништи“ усвоена од Генералното собрание на Обединетите Нации и германските судови. Повикувајќи се на принципот *nullum crimen sine lege*, МКТЈ сметал дека геноцидот, како што е дефиниран во меѓународното јавно право, се состоел само од дејствија насочени кон физичко или биолошко уништување на заштитена група. Сепак, затоа што пресудите на МКТЈ – а исто така и други одлуки во однос на ова прашање донесени од домашни и меѓународни судови, посебно на Меѓународниот суд на правдата (види параграф 45 погоре), во однос на нивните домашни или меѓународни кодификации на кривичното дело геноцид – се донесени после извршувањето на кривичните дела, жалителот не можел да се повика дека тоа било толкувањето на германското право прифатено од германските судови во релевантниот период, значи, во времето кога ги извршил кривичните дела.

96. Со оглед на горенаведеното, Судот заклучува дека, додека многу одлуки фаворизирале тесно толкување на кривичното дело геноцид, веќе постоеле неколку одлуки во релевантниот период кои го толкувале кривичното дело геноцид на истиот еднакво широко како и германските судови. Во овие околности, Судот заклучува дека жалителот, ако требало и со помош на адвокат, можел разумно да предвиди дека ризикувал да биде обвинет и осуден за геноцид за делата кои ги извршил во 1992. Во овој контекст Судот исто го има во предвид фактот дека жалителот било исто така осуден за кривични дела од значителна сериозност и траење: убивањето на неколку лица и мачење на голема група на луѓе во период од неколку месеци како водач на паравоена група со цел спроведување на политика на етничко чистење.

97. Затоа, толкувањето на домашните судови на кривичното дело геноцид можело разумно да се смета за конзистентно со битието на тоа кривично дело и дека жалителот можел разумно да го предвиди во релевантниот период. Со оглед дека овие услови биле исполнети, било оставено на германските судови да одлучат кое толкување на кривичното дело геноцид според домашното право сакале да го усвојат. Затоа, осудата на жалителот за геноцид не бил спротивна на член 7 § 1 од Конвенцијата.

98. Што се однеува на другата жалба на жалителот по член 7 § 1 дека судовите погрешно заклучиле дека неговата вина била посебно сериозна, Судот воочува дека аргументите на жалителот во овој дел се сведуваат на наводи на погрешно утврдена фактичка состојба и примена на правото. Тие не покажуваат ниту изгледи на повреда на споменатата одредба ниту на членот 6 § 1 од Конвенцијата.

99. Затоа, Судот заклучува дека нема повреда на член 7 § 1 од Конвенцијата.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ ЕДНОГЛАСНО

1. *Ја прогласува* жалбата по член 6 §§ 1 и 3 (г) од Конвенцијата во однос на изведувањето на докази од страна на домашните судови недопуштена а остатокот на жалбата допуштена;
2. *Одлучи* дека немало повреда на член 6 § 1 или член 5 § 1 од Конвенцијата во делот во кој жалителот се жалел на немањето на надлежност на германските судови да му судат по обвиненија за генцоид;
3. *Одлучи* дека немало повреда на член 7 од Конвенцијата.

Изработено на англиски, и доставена писмено на 12 јули 2007, според правило 77 §§ 2 и 3 од Правилникот на Судот.

Claudia Westerdiek
Секретар

Peer Lorenzen
Претседател

© Совет на Европа/Европски суд за човекови права 2012

Официјални јазици на Европскиот суд за човекови права се англискиот и францускиот. Овој превод беше изработен со поддршка на Human Rights Trust Fund на Советот на Европа (www.coe.int/humanrightstrustfund). Преводот не е обврзувачки за Судот, ниту Судот презема било каква одговорност за неговиот квалитет. Преводот може да се префрли од HUDOC базата на судска пракса на Европскиот суд за човекови права (<http://hudoc.echr.coe.int>) или од други бази на податоци со кои Судот го споделил. Може да биде репродуциран за некомерцијални цели под услов да се наведе потполниот наслов на случајот заедно со горната назнака за авторски права и споменувањето на Human Rights Trust Fund. Ако целта е да се употреби било кој дел од овој превод за комерцијални цели, Ве молиме контактирајте ги publishing@echr.coe.int.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012

The official languages of the European Court of Human Rights are English and French. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court, nor does the Court take any responsibility for the quality thereof. It may be downloaded from the HUDOC case-law database of the European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.coe.int>) or from any other database with which the Court has shared it. It may be reproduced for non-commercial purposes on condition that the full title of the case is cited, together with the above copyright indication and reference to the Human Rights Trust Fund. If it is intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact publishing@echr.coe.int.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2012

Les langues officielles de la Cour européenne des droits de l'homme sont le français et l'anglais. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour, et celle-ci décline toute responsabilité quant à sa qualité. Elle peut être téléchargée à partir de HUDOC, la base de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (<http://hudoc.echr.coe.int>), ou de toute autre base de données à laquelle HUDOC l'a communiquée. Elle peut être reproduite à des fins non commerciales, sous réserve que le titre de l'affaire soit cité en entier et s'accompagne de l'indication de copyright ci-dessus ainsi que de la référence au Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme. Toute personne souhaitant se servir de tout ou partie de la présente traduction à des fins commerciales est invitée à le signaler à l'adresse suivante : publishing@echr.coe.int