



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

PETO ODJELJENJE

PREDMET JORGIĆ protiv NJEMAČKE

(Predstavka br. 74613/01)

PRESUDA

STRAZBUR

12. jul 2007. godine

PRAVOSNAŽNA

12.10.2007.

© Savjet Evrope/Evropski sud za ljudska prava, 2012. godina. Ovaj prevod urađen je uz pomoć Fonda za ljudska prava Savjeta Evrope (www.coe.int/humanrightstrustfund) i nije obavezujući za Sud. Više informacija može se pronaći u punoj izjavi o autorskim pravima na kraju ovog dokumenta.

© 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.



U predmetu Jorgić protiv Njemačke,

Evropski sud za ljudska prava (Peto odjeljenje), zasijedajući u Vijeću u sastavu:

Peer Lorenzen, *Predsjednik*,
Snejana Botoucharova,
Volodymyr Butkevych,
Margarita Tsatsa-Nikolovska,
Rait Maruste,
Javier Borrego Borrego,
Renate Jaeger, *sudije*,

i Claudia Westerdiek, *Sekretar Odjeljenja*,

nakon vijećanja bez prisustva javnosti dana 19. juna 2007. godine,
donosi sljedeću presudu, koja je usvojena toga dana:

PROCEDURA

1. Predmet je pokrenut predstavkom (br. 74613/01) protiv Savezne Republike Njemačke koju je sudu po članu 34 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija) podnio državljani Bosne i Hercegovine srpskog porijekla, g. Nikola Jorgić (u daljem tekstu: Podnosilac predstavke), dana 23. maja 2001. godine.

2. Podnosioca predstavke pred Sudom je zastupao g. H. Grünbauer, advokat sa praksom u Lajpcigu. Njemačku vladu (u daljem tekstu: Vlada) zastupao je njihov Zastupnik g-đa Mrs A. Wittling-Vogel, *Ministerialdirigentin*, iz Saveznog Ministarstva pravde uz asistenciju g. G. Werle, profesora prava na Univerzitetu Humboldt u Berlinu.

3. Podnosilac predstavke, pozivajući se na član 5 stav 1 (a) i član 6 stav 1 Konvencije naveo je da njemački sudovi nisu imali nadležnost da ga osude za genocid. On je dalje konstatovao da, naročito zbog odbijanja domaćih sudova da pozovu bilo kakvog svjedoka odbrane koji bi morao sudski da se pozove iz inostranstva, on nije imao pravično suđenje u smislu člana 6 stav 1 i stav 3(d) Konvencije. Štaviše, on se požalio da njegova osuđujuća presuda za genocid predstavlja povredu člana 7 stav 1 Konvencije, naročito zbog toga što široko tumačenje tog krivičnog djela od strane domaćih sudova nije imalo osnova u njemačkom ili javnom međunarodnom pravu.

4. Dana 7 jula 2005. godine Sud je odlučio da o predstavi obavijesti Vladu. Dana 2. oktobra 2006. godine Sud je odlučio da ispita meritum predstavke u isto vrijeme kada i njenu prihvatljivost po odredbama člana 29 stav 3 Konvencije u vezi sa pravilom 54A stav 3 Poslovnika suda.

5. Vlada Bosne i Hercegovine, nakon što je obaviještena o njihovom pravu da interveniše u postupku (član 36 stav 1 Konvencije i pravilo 44) nije pokazala želju da ostvari to svoje pravo.

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI PREDMETA

6. Podnosilac predstavke rođen je 1946. godine. Kada je podnio svoju predstavku bio je u pritvoru u Bohumu (Bochum) u Njemačkoj.

1. Osnovni podaci o predmetu

7. 1969. godine podnosilac predstavke, državljanin Bosne i Hercegovine srpskog porijekla ušao je u Njemačku gdje je zakonito boravio do početka 1992. godine. Zatim se vratio u Kostajnicu, koja čini dio grada Doboja u Bosni gdje je rođen.

8. Dana 16. decembra 1995. godine podnosilac predstavke uhapšen je kada je ušao u Njemačku i smješten je u istražni pritvor na osnovu toga što je bio pod jakom sumnjom da je počinio djelo genocida.

2. Postupak u Apelacionom sudu u Dizeldorfu (Düsseldorf)

9. Dana 28. februara 1997. godine pred Apelacionim sudom u Dizeldorfu (*Oberlandesgericht*) koji je djelovao kao sud prvog stepena, počelo je suđenje podnosiocu predstavke pod optužnicom da je počinio genocid u region Doboja između maja i septembra 1992. godine

10. Tokom postupka Apelacioni sud saslušao je dokaze šest svjedoka koje je pozvalo tužilaštvo, koji su sudski pozvani iz inostranstva.

11. Dana 18. juna 1997. godine podnosilac predstavke tražio je od Apelacionog suda da pozove i sasluša dokaze osam svjedoka iz Kostajnice da bi se dokazala činjenica da je on bio u istražnom zatvoru u Doboju u periodu od 14. maja do 15. avgusta 1992. godine i da zbog toga nije mogao da poćini krivićna djela za koja je optužen. Dana 10. jula 1997. godine podnosilac predstavke tražio je dozvolu da se pozove još sedamnaest svjedoka iz Kostajnice da dokažu njegove navode.

12. Dana 18. avgusta 1997. godine Apelacioni sud odbio je zahtjeve podnosioca predstavke da pozove ove svjedoke. Pozivajući se na ćlan 244 stav 5, drugu rećenicu Zakonika o krivićnom postupku (v. stav 39 ove presude), Apelacioni sud je smatrao da svjedoćenje ovih svjedoka ima malu dokaznu vrijednost. Sedam od tih svjedoka dalo je pisane izjave koje su već proćitane u sudu. Samo je jedan od njih zaista tvrdio da je podnosioca predstavke posjetio u zatvoru. Uzevši u obzir već uzete dokaze, sud je mogao da iskljući mogućnost da bi svjedoćenje svjedoka koje je naveo podnosilac predstavke, ako bi bilo dato lićno, moglo da utiće na ocjenu dokaza suda. Sud je istakao da je već više od dvadeset svjedoka koji su već bili saslućšani u sudu, ukljućujući i dva novinara koji nisu bili ųrtve zloćina za koje je podnosilac predstavke optužen, vidjelo podnosioca predstavke na

različitim mjestima van zatvora tokom vremena u kome je on tvrdio da je bio pritvoren. Dokumenti koje je podnosilac predstavke predao u vezi sa početkom i završetkom njegovog pritvora u Doboju ne omogućavaju drugačiji zaključak, pošto ih je očigledno potpisala osoba koju podnosilac predstavke dobro poznaje.

13. Dana 8. septembra 1997. godine podnosilac predstavke tražio je da Sud pozove tri svjedoka iz Doboja da bi dokazao da je bio u pritvoru u periodu između 14. maja i 15. avgusta 1992. godine. On je takođe tražio da se izvrši pregled lica mjesta krivičnog djela (*Augenscheinseinnahme*) u Grabskoj ili, alternativno, da se sačini topografska mapa da bi se dokazalo da izjave svjedoka koje se odnose na njegova navodna djela u Grabskoj nisu vjerodostojne.

14. Dana 14. septembra 1997. godine Apelacioni sud odbio je zahtjeve podnosioca predstavke. Što se tiče odbijanja da sudski pozove navedena tri svjedoka, sud je, ponovo se pozivajući na član 244 stav 5 Zakonika o krivičnom postupku, našao da bi svjedočenje ovih svjedoka bilo od male dokazne vrijednosti. Saslušavši dokaze koje su dali drugi svjedoci, Sud je bio uvjeren da u predmetno vrijeme podnosilac predstavke nije bio pritvoren. Sud je dalje izrazio stav da je pregled lica mjesta krivičnog djela ili sastavljanje topografske mape istog dokaz koji je nemoguće dobiti (*unerreichbare Beweismittel*) u smislu značenja člana 244 stav 3 Zakonika o krivičnom postupku (v. stav 38 ove presude), koji zbog toga sud ne mora da prihvati.

15. U svojoj presudi od 26. septembra 1997. godine, Apelacioni sud u Dizeldorfu osudio je podnosioca predstavke po jedanaest stavki optužnice za genocid (član 220a br. 1 i 3 Krivičnog Zakonika – v. stav 34 ove presude) i za ubistvo dvadeset i dvoje ljudi u jednom predmetu, sedam ljudi u drugom predmetu i jedne osobe u trećem predmetu. U preostalim predmetima, on je osuđen po nekoliko stavki optužnice za opasan nasrtaj i lišavanje slobode. Sud je podnosioca predstavke osudio na doživotnu kaznu zatvora i naveo da je njegova krivica naročite težine (v. stav 37 ove presude)

16. Sud je našao da je podnosilac predstavke osnovao paravojnu grupu, sa kojom je učestvovao u etničkom čišćenju koje su naredili srpski politički lideri i srpska vojska u području Doboja. On je konkretno učestvovao u hapšenju, pritvaranju, napadanju i zlostavljanju muslimanskih muškaraca iz tri sela u Bosni početkom maja i juna 1992. godine. On je ubio nekoliko stanovnika tih sela. On je konkretno ubio dvadeset i dva mještana sela Grabska – žene i invalide i starije – u junu 1992. godine. Nakon toga podnosilac predstavke je zajedno sa paravojnom formacijom koju je vodio, protjerao četrdeset muškaraca iz njihovih kuća u selu i naredio da ih se muči, a da se šestorica ubiju strijeljanjem. Sedmo povrijeđeno lice umrlo je jer je spaljeno sa leševima šestorice strijeljanih muškaraca. U septembru 1992. godine podnosilac predstavke ubio je zatvorenika kojega su

zlostavljali vojnici u zatvoru u Doboju, drvenom toljagom kako bi demonstrirao novi metod mučenja i ubijanja.

17. Sud je naveo da ima nadležnost nad predmetom po članu 6 br. 1 Krivičnog zakonika (v. stav 34 ove presude). Postojala je legitimna veza za krivično gonjenje u Njemačkoj, pošto je to bilo u skladu sa njemačkim vojnim i humanitarnim misijama u Bosni i Hercegovini, a podnosilac predstavke boravio je u Njemačkoj više od dvadeset godina i tamo je bio uhapšen. Nadalje, slažući se sa nalazima eksperta za međunarodno javno pravo, sud je našao da njemački sudovi nisu po međunarodnom javnom pravu isključeni iz suđenja u ovom predmetu. Konkretno, ni član IV Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju krivičnog djela genocida iz 1948. godine (Konvencija o genocidu) ni član 9 Statuta Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (Statut MKSBJ) (v. stavove 48-49 ove presude) ne isključuju nadležnost njemačkih sudova za djela genocida počinjena van Njemačke od strane stranca protiv stranaca. Sud je smatrao da je taj stav potvrđen činjenicom da je Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju izrazio da nije spreman da preuzme krivično gonjenje podnosioca predstavke.

18. Nadalje, sud je našao da je podnosilac predstavke postupao sa namjerom da počinji genocid u okviru značenja člana 220a Krivičnog zakonika. Pozivajući se na stavove koje je izrazilo nekoliko zakonopisaca, sud je konstatovao da “uništavanje grupe” u okviru značenja 220a Krivičnog zakonika znači uništavanje grupe kao društvene jedinice sa njenom posebnošću i razlikovnim svojstvima i njenim osjećajem pripadnosti toj grupi (“*Zerstörung der Gruppe als sozialer Einheit in ihrer Besonderheit und Eigenart und ihrem Zusammengehörigkeitsgefühl*”); biološko-fizičko uništavanje nije neophodno. Sud je zaključio da je podnosilac predstavke stoga djelovao u namjeri da uništi grupu Muslimana na sjeveru Bosne, ili barem u području Doboja.

3. *Postupak pred Saveznim sudom pravde*

19. Dana 30. aprila 1999. godine Savezni sud pravde, nakon zahtjeva za reviziju koji je predao podnosilac predstavke i nakon saslušanja, osudio je podnosioca predstavke po stavki optužnice za genocid i po trideset stavki optužnice za ubistvo. Sud mu je izrekao doživotnu kaznu zatvora i naveo da je njegova krivica naročite težine.

20. Potvrđujući razloge koje je naveo Apelacioni sud, Savezni sud pravde je našao da je njemačko krivično pravo primjenjivo na ovaj konkretan predmet i da su zbog toga njemački sudovi imali nadležnost nad tim predmetom po osnovu člana 6 stav 1 Krivičnog zakonika. Sud je našao, konkretno, da nijedno pravilo međunarodnog prava ne zabranjuje da njemački krivični sudovi osude podnosioca predstavke u skladu sa principima univerzalne jurisdikcije (*Universalitäts-/Weltrechtsprinzip*) koji je pohranjen u tom članu. Sud je priznao da pomenuti princip nije izričito

predviđen članom VI Konvencije o genocidu, iako su raniji nacrti Konvencije o genocidu predlagali tako nešto. Međutim, pomenuti član ne zabranjuje da licima koja su optužena za genocid sude domaći sudovi koji nisu u sudovi države na čijoj je teritoriji počinjen sam čin. Svako drugo tumačenje ne bi bilo spojivo sa obavezom *erga omnes* koju su Strane ugovornice preuzele po članu 1 Konvencije o genocidu da sprečavaju i kažnjavaju genocid (v. stav 48 ove presude). Gore navedeno tumačenje Konvencije o genocidu takođe je potvrđeno članom 9 stav 1 Statuta Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, koji predviđa zajedničku nadležnost tog Suda i svih drugih domaćih sudova.

21. Štaviše, Savezni sud pravde našao je da njemački sudovi takođe imaju nadležnost po članu 7 stav 2 br. 2 Krivičnog zakonika (v. stav 34 ove presude).

22. Savezni sud pravde nije se izričito bavio pritužbama podnosioca predstavke da je Apelacioni sud u svojoj odluci od 18. avgusta 1997. godine odbio da sudski pozove iz inostranstva bilo kog svjedoka odbrane koga je podnosilac predstavke naveo na osnovu člana 244 stav 5 Zakonika o krivičnom postupku. Međutim, Savezni sud pravde generalno je uputio na podneske Saveznog državnog tužioca (*Generalbundesanwalt*), koji je iznio argument da je žalba podnosioca predstavke neprihvatljiva u tom smislu jer on nije izložio relevantne činjenice sa dovoljno detalja. Što se tiče pritužbe podnosioca predstavke da je Apelacioni sud, u svojoj odluci od 12. septembra 1997. godine odbio da sudski pozove još tri svjedoka odbrane iz inostranstva, Savezni sud pravde izrazio je mišljenje da je ta pritužba neprihvatljiva, jer nije u dovoljnoj mjeri izložio relevantne činjenice i nije obezbijedio dovoljno razloga u svojoj žalbi. Sud je dalje uputio na podneske Saveznog državnog tužioca u vezi sa pritužbom podnosioca predstavke da je Apelacioni sud odbio da naloži da se uradi topografska mapa. Po mišljenju Saveznog državnog tužioca, pritužba podnosioca predstavke bila je neosnovana u tom smislu, posebno zato što je Apelacioni sud imao video snimak relevantnog lokaliteta.

23. Savezni sud pravde potvrdio je nalaz Apelacionog suda da je podnosilac predstavke namjeravao da počini genocid u smislu člana 220a Krivičnog zakonika, ali je našao da njegova djela u cjelini moraju da se razmatraju samo kao jedna stavka optužnice za genocid. Ovaj sud je uputio na formulaciju člana 220a stav 1 br 4. (izricanje mjera koje imaju za cilj da sprečavaju rođenje u okviru grupe) i br 5 (prisilno prebacivanje djece jedne grupe u neku drugu) da bi potkrijepio svoj stav da genocid nije nužno morao da ima za cilj da se fizički uništi neka grupa, već da je bilo dovoljno da se ima namjera da se grupa uništi kao društvena jedinica.

4. Postupak pred Saveznim ustavnim sudom

24. Dana 12. decembra 2000. godine Savezni ustavni sud odbio je da razmatra ustavnu žalbu podnosioca predstavke.

25. Prema Ustavnom sudu, krivični sudovi nisu povrijedili ni jednu odredbu Osnovnog zakona tako što su ustanovili svoju nadležnost po članu 6 br. 1 Krivičnog zakonika koji su tumačili u vezi sa članom VI Konvencije o genocidu. Princip univerzalne nadležnosti omogućavao je razumnu vezu da se bave predmetom koji se pojavio van teritorije njemačke, a da u isto vrijeme poštuju obavezu nemiješanja (*Interventionsverbot*) po međunarodnom javnom pravu. Obrazloženje nadležnih sudova, naime, da im član 6 br. 1 Krivičnog zakonika kada se čita u vezi sa članom VI Konvencije o genocidu daje pravo da ispituju predmet podnosioca predstavke, nije bilo proizvoljno. Moglo je razumno da se obrazloži da Konvencija o genocidu, iako ne reguliše izričito princip univerzalne nadležnosti, predviđa da Strane ugovornice nemaju obavezu da krivično gone počinioc genocida, ali da imaju nadležnost za to. Zapravo, genocid je klasičan predmet na koji se primjenjuje princip univerzalne nadležnosti. Obrazloženje krivičnih sudova nije zadiralo u subjektivitet ili teritorijalnu suverenost Bosne i Hercegovine, pošto se ta država izričito uzdržala od toga da traži izručenje podnosioca predstavke.

26. Ističući da u slučaju prihvatljive ustavne žalbe on ima pravo da ispita činjenice na koje se pritužbe odnose sa svih ustavno-pravnih aspekata, Savezni ustavni sud dalje je našao da nije povrijeđeno pravo podnosioca predstavke na pravično suđenje koje se garantuje Osnovnim zakonom. Nema sumnje da je član 244 stavovi 3 i 5 Zakonika o krivičnom postupku usklađen sa ustavom. Zakonodavac nije imao obavezu da uspostavi konkretna procesna pravila za određena krivična djela. Pravo na pravično suđenje ne daje podnosiocu predstavke pravo na proizvođenje određenih dokaza, kao što je pozivanje svjedoka koji moraju da se sudski pozovu iz inostranstva.

27. Što se tiče tumačenja člana 220a Krivičnog zakonika, Savezni ustavni sud utvrdio je da nije bilo povrede principa da krivično pravo ne treba da se primjenjuje retroaktivno, koji se garantuje članom 103 stav 2 Osnovnog zakona. Ovaj sud je naveo da je način na koji su Apelacioni sud i Savezni sud pravde tumačili pojam “namjere da se uništi” u navedenom članu bio predvidljiv. Štaviše, to tumačenje je u skladu sa tumačenjem zabrane genocida u međunarodnom javnom pravu – u svjetlu kojeg se mora tumačiti član 220a Krivičnog zakonika – koje su dali nadležni tribunal, nekoliko naučnika i koje se odražava i u praksi Ujedinjenih nacija a izraženo je, *između ostalog* u Rezoluciji 47/121 Generalne skupštine (v. stav 41 ove presude).

5. Ponovno otvaranje postupka

28. Dana 3. jula 2002. godine Apelacioni sud u Dizeldorfu proglasio je neprihvatljivim zahtjev podnosioca predstavke da se ponovo otvori postupak. Činjenica da jedan od svjedoka koje je ispitao Apelacioni sud i koji je bio jedina osoba koja je tvrdila da je očevidac događaja u kome je

podnosilac predstavke ubio dvadeset i dvoje ljudi u Grabskoj, bio osumnjičen za krivokletstvo nije obezbijedila ponovno otvaranje postupka. Čak i ako se pretpostavi da je navedeni svjedok izmislio navode protiv podnosioca predstavke, podnosilac predstavke bi ipak morao da bude osuđen na doživotnu kaznu zatvora za genocid i po osam stavki optužnice za ubistvo.

29. Dana 20. decembra 2002. godine (odluka uručena 28. januara 2003. godine) Savezni sud pravde odlučio je da je zahtjev podnosioca predstavke da se ponovo otvori postupak prihvatljiv u mjeri u kojoj se odnosi na ubijanje dvadeset ljudi u Grabskoj. Ovaj sud je istakao, međutim, da čak i ako se pretpostavi da se ne može potvrditi osuđujuća presuda podnosiocu predstavke po dvadeset i dvije stavke optužnice za ubistvo, njegova osuđujuća presuda za genocid i za osam stavki optužnice za ubistvo, te stoga i njegova doživotna zatvorska kazna, uključujući i nalaz da je njegova krivična naročite težine, i dalje bi ostali na snazi.

30. U ustavnoj žalbi dana 28. februara 2003. godine, podnosilac predstavke tvrdio je da odluke Apelacionog suda u Dizeldorfu i Saveznog suda pravde koje se odnose na ponovno otvaranje postupka predstavljaju povredu njegovog prava na slobodu koje se garantuje Osnovnim zakonom. On je naveo da su oni pogriješili u svom nalazu da u postupku za ponovno otvaranje predmeta nije moralo iznova da se ocjenjuje pitanje da li je krivica podnosioca predstavke bila od naročite težine.

31. Dana 22. aprila 2003. godine Savezni ustavni sud odbio je da prihvati ustavnu žalbu podnosioca predstavke.

32. Dana 21. juna 2004. godine Apelacioni sud u Dizeldorfu odlučio je da ponovo otvori postupak vezan za osuđujuću presudu podnosiocu predstavke za strijeljanje dvadeset i dvoje ljudi u Grabskoj. Ovaj sud je ustanovio da je jedino lice koje je tvrdilo da je bilo očevidac ovih ubistava bilo proglašeno krivim za krivokletstvo za neke druge izjave. Stoga Sud nije mogao da odbaci mogućnost da bi sudije kada su sudile u ovom predmetu možda oslobodile podnosioca predstavke po toj optužnici da su znale da su neke izjave ovog svjedoka lažne.

33. Apelacioni sud prekinuo je postupak u dijelu u kome prihvaćen zahtjev podnosioca predstavke da se ponovo otvori postupak. Argument koji su naveli bio je da kazna koju može da očekuje podnosilac predstavke, ako ponovo bude utvrđeno da je kriv za ubistvo dvadeset i dvoje ljudi u Grabskoj, nije značajno veća od kazne koja mu je za genocid već izrečena sa obavezujućim dejstvom. Kao posljedica toga, presuda Apelacionog suda iz Dizeldorfa od 26. septembra 1997. godine ostala je pravosnažna u odnosu na osuđujuću presudu za genocid i osam stavki optužnice za ubistvo uključujući i nalaz suda da je njegova krivica naročite težine.

II. RELEVANTNO DOMAĆE I MEĐUNARODNO JAVNO PRAVO I PRAKSA

1. Krivični zakonik

34. Relevantne odredbe Krivičnog zakonika, u svojim verzijama koje su bile na snazi u predmetno vrijeme, o nadležnosti njemačkih sudova, krivičnom djelu genocida i težini krivice optuženoga predviđale su:

Član 6

Djela počinjena u inostranstvu protiv međunarodno zaštićenih pravnih interesa

“Njemačko krivično pravo dalje se primjenjuje na sljedeća djela počinjena u inostranstvu, bez obzira na nadležno pravo na teritoriji gdje su počinjena:

1. genocid (član 220a);

...”

Član 7

Primjenjivost na djela počinjena u inostranstvu u drugim slučajevima

“1. ...

2. Njemačko krivično pravo primjenjuje se na druga djela počinjena u inostranstvu ako je djelo kažnjivo u mjestu gdje je počinjeno ili ako mjesto gdje je to djelo počinjeno ne podliježe sprovođenju krivičnog prava ili ako je počinilac...

(2) bio stranac u vrijeme djela, utvrđeno je da je u Njemačkoj i ako, iako zakon o izručenju dozvoljava izručenje za takvo djelo, nije izručen zbog toga što nije podnesen zahtjev za izručenje, ili je odbijen ili se izručenje ne može izvršiti.”

Član 220a **Genocid**

“1. Kogod, djelujući u namjeri da uništi u cjelini ili dijelom, neku nacionalnu, rasnu, vjersku ili etničku grupu kao takvu,

(1) ubije članove grupe,

(2) izazove teške fizičke ili duševne boli... članovima grupe,

(3) dovede grupu u takve uslove života koji mogu da dovedu do njihovog fizičkog uništenja u cjelini ili dijelom,

(4) izrekne mjere koje imaju za cilj da spriječe rođenja unutar te grupe,

(5) prisilno prebacuje djecu iz jedne grupe u drugu,

kažnjava se doživotnom kaznom zatvora...”

35. Član 220a Krivičnog zakonika unesen je u njemački Krivični zakonik Zakonom od 9. avgusta 1954. godine o pristupanju Njemačke Konvenciji o genocidu i stupio je na snagu 1955. godine. Član 6 br. 1 i Član 220a Krivičnog zakonika prestali su da budu na snazi 30. juna 2002. godine kada je Zakonik o zločinima protiv međunarodnog prava (*Völkerstrafgesetzbuch*) stupio na snagu. Po članu 1 novog Zakonika, on se primjenjuje na krivična djela protiv međunarodnog prava kao što je genocid (v. član 6 novog Zakonika) čak i kada se krivična djela počine u inostranstvu i nemaju nikakve veze sa Njemačkom.

36. Podnosilac predstavke prvo je lice koje su njemački sudovi osudili za genocid po članu 220a od kada je taj član unesen u Krivični zakonik. U vrijeme kada je podnosilac predstavke počinio svoja djela 1992. godine, većina naučnika zauzela je stav da genocidna “namjera da se uništi grupa” po članu 220a Krivičnog zakonika mora da bude usmjerena na fizičko-biološko uništavanje zaštićene grupe (v. na primjer, A.Eser u Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 24. izdanje, Minhen 1991, član 220a, stavovi 4-5 i dalja tu navedena literatura). Međutim, značajan broj naučnika bio je mišljenja da pojam uništenja grupe kao takve, u svom bukvalnom značenju jeste širi nego fizičko-biološko istrebljenje i da obuhvata i grupu kao društvenu jedinicu (v. naročito H.-H. Jescheck, *Die internationale Genocidium-Konvention vom 9. Dezember 1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht*, ZStW 66 (1954), str. 213, i B. Jähnke u *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 10. izdanje, Berlin, Njujork 1989, član 220a, stavovi 4, 8 i 13).

37. Po članu 57a stav 1 Krivičnog zakonika, doživotna kazna zatvora može da se prekine uslovnom slobodom samo ukoliko se konkretno petnaest godina kazne odsluži, a naročita težina krivice optuženog (*besondere Schwere der Schuld*) ne obezbjeđuje da se izvršenje kazne nastavi.

2. Zakonik o krivičnom postupku

38. Po članu 244 stav 3 Zakonika o krivičnom postupku, zahtjev da se proizvedu dokazi može da se odbaciti samo pod uslovima koji su predviđeni u tom članu. Taj se zahtjev može odbiti, između ostalog, ako je dokaz nemoguće dobiti (*unerreichbar*).

39. Član 244 stav 5, druga rečenica Zakonika o krivičnom postupku predviđa posebne uslove za odbacivanje zahtjeva za ispitivanje svjedoka koji se mora sudski pozvati iz inostranstva. Ti uslovi su manje strogi nego uslovi za odbacivanje zahtjeva da se saslušaju dokazi od svjedoka koji se mogu sudski pozvati unutar Njemačke. Dovoljno je da sud, u propisnom ostvarivanju svoje slobode u odlučivanju, smatra da ispitivanje svjedoka nije neophodno da bi se ustanovila istina.

3. *Komparativno i međunarodno javno pravo i praksa*

(a) **Definicija i obim zločina genocida kao krivičnog djela**

(i) *Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine (Konvencija o genocidu)*

40. Relevantne odredbe Konvencije o genocidu, koja je za Njemačku stupila na snagu 22. februara 1955. godine glase:

Član II

“U ovoj Konvenciji, genocidom se smatra svako od sljedećih djela koje je počinjeno sa namjerom da se uništi, u cjelini ili dijelom, nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa, kao što je:

- (a) ubijanje članova grupe;
- (b) izazivanje fizičkog ili duševnog bola članovima grupe;
- (c) namjerno nametanje nekoj grupi uslova za život koji su sračunati na to da dovedu do fizičkog uništenja grupe u cjelosti ili dijelom;
- (d) uvođenje mjera koje imaju za cilj da spriječe rođenja unutar grupe;
- (e) prisilno prebacivanje djece iz jedne grupe u drugu.”

(ii) *Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija*

41. U svojoj Rezoluciji 47/121 (br. A/RES/47/121) od 18. Decembra 1992. godine koja se odnosi na situaciju u Bosni i Hercegovini 1992. Godine, Generalna skupština Ujedinjenih nacija navela je:

“Ozbiljno zabrinuti pogoršanjem situacije u Republici Bosni i Hercegovini zbog pojačanih agresivnih djelovanja srpskih i crnogorskih snaga sa ciljem da se silom stekne više teritorija, koje karakteriše dosljedan obrazac grubog i sistematskog kršenja ljudskih prava, sve veća izbjeglička populacija koja nastaje zbog masovnih protjerivanja nemoćnih civila iz njihovih domova i postojanja područja koncentracionih logora i centara za pritvor koja kontrolišu srpske i crnogorske snage, u cilju užasne politike “etničkog čišćenja”, koji jeste oblik genocida...”

(iii) *Sudska praksa Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju*

42. U slučaju *Tužilac protiv Krstića*, IT-98-33-T, presuda od 2. avgusta 2001. godine, stavovi 577-80, Sudsko vijeće Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSBJ), izričito odstupajući od šireg tumačenja pojma “namjera da se uništi” Generalne skupštine Ujedinjenih nacija i Saveznog ustavnog suda u svojoj presudi od 12. decembra 2000. godine u ovom predmetu, utvrdilo je sljedeće u odnosu na Konvenciju o genocidu:

“577. Nekoliko novijih deklaracija i odluka, međutim, tumače namjeru da se uništi... tako da obuhvata dokaze koji se odnose na djela koja obuhvataju kulturne i nefizičke oblike uništenja grupe.

578. 1992. godine, Generalna skupština Ujedinjenih nacija označila je etničko čišćenje kao oblik genocida. ...

579. Savezni ustavni sud Njemačke u decembru 2000. godine konstatovao je da

zakonska definicija genocida brani supra-individualni predmet pravne zaštite, tj. *društveno* postojanje grupe.... Namjera da se uništi grupa seže dalje od fizičkog i biološkog istrebljenja... Tekst zakona stoga ne nameće tumačenje da namjera krivca mora da bude da se fizički istrijebi barem značajan broj članova grupe...

580. Sudsko vijeće svjesno je da mora da tumači Konvenciju uz dužno poštovanje prema principu *nullum crimen sine lege*. Stoga ono prepoznaje da, uprkos novijim dešavanjima, običajno međunarodno pravo ograničava definiciju genocida na ona djela kojima se pokušava počiniti fizičko ili biološko uništenje cjelokupne grupe ili dijela grupe. Stoga poduhvat kojim se vrši napad samo na kulturološke ili sociološke karakteristike ljudske grupe da bi se uništili ovi elementi koji toj grupi daju njenu identitetsku posebnost u odnosu na ostatak zajednice ne bi potpadali pod definiciju genocida. Sudsko vijeće, međutim, ističe da kada postoji fizičko ili biološko uništenje često postoje i istovremeni napadi na kulturnu ili vjersku imovinu i simbole ciljane grupe, napadi koji mogu legitimno da se smatraju dokazom namjere da se grupa fizički uništi.”

43. Presuda Sudskog vijeća u ovom djelu potvrđena je presudom od 19. Aprila 2004. godine koju je donijelo Žalbeno vijeće Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju IT-98-33-A koje je našlo:

“25. Konvencija o genocidu i običajno međunarodno pravo generalno gledano, zabranjuju samo fizičko ili biološko uništenje ljudske grupe... Sudsko vijeće izričito je prepoznalo ovo ograničenje i izbjeglo svaku širu definiciju ...”

33. ... Činjenica da prisilno prebacivanje ne predstavlja samo po sebi genocidan čin ne sprečava Sudsko vijeće da se na njega osloni kao na dokaz namjera članova Glavnog štaba VRS. Genocidna namjera može se izvući, između ostalog, iz dokaza ‘drugih krivičnih djela koja su sistematski usmjerena protiv iste grupe’.”

44. Slično tome, u predmetu *Tužilac protiv Kupreškića i drugih* (IT-95-16-T, presuda od 14. januara 2000. godine, stav 751), koji se odnosi na ubijanje otprilike 116 muslimana da bi se muslimanska populacija protjerala iz jednog sela MKSBJ je našao:

“Progon je samo jedan korak do genocida – najužasnijeg zločina protiv čovječnosti – jer se kod genocida, namjera da se izvrši progon dovodi do krajnjih granica kroz pokušaje fizičkog uništenja grupe ili članova grupe. U zločinu genocida kriminalna namjera je da se uništi grupa ili njeni članovi; u zločinu progona kriminalna namjera je da se vrši silom diskriminacija protiv neke grupe ili njenih članova tako što se grubo i sistematski krše njihova osnovna ljudska prava. U ovom konkretnom predmetu, prema mišljenju tužioca – a to je stvar sa kojom se slaže Sudsko vijeće – ubijanje muslimanskih civila prvenstveno je imalo za cilj da protjera grupu iz sela, ne da uništi grupu muslimana kao takvu. Stoga je to slučaj progona, a ne genocida.”

(iv) Sudska praksa Međunarodnog suda pravde

45. U svojoj presudi od 26. februara 2007. godine u predmetu *Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore* (“predmet koji se odnosi na primjenu Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida”), Međunarodni sud pravde (MSP) utvrdio je pod zaglavljem “namjera i ‘etničko čišćenje’” (stav 190):

“Termin ‘etničko čišćenje’ često se koristi da se opišu događaji u Bosni i Hercegovini koji su predmet ovog slučaja... Rezolucija 47/121 Generalne Skupštine u svojoj Preambuli pominje ‘užasnu politiku “etničkog čišćenja”, koja predstavlja oblik genocida’, koja se sprovodi u Bosni i Hercegovini... Ono (tj. etničko čišćenje) može da bude samo oblik genocida u okviru značenja iz Konvencije, ukoliko odgovara ili potpada u jednu od kategorija djela koje se zabranjuju članom II Konvencije. Ni namjera, kao stvar politike, da se neko područje učini ‘etnički homogenim’, niti operacije koje se mogu izvršavati da se takva politika implementira, ne mogu kao takvi da se označe kao genocid: namjera koja karakteriše genocid jeste ‘da se uništi u cijelosti ili dijelom’ neka konkretna grupa, a deportacija ili raseljavanje članova neke grupe, čak i kada se vrši silom, nije nužno ekvivalentno uništenju te grupe, niti takvo uništenje predstavlja automatsku posljedicu raseljavanja. Ne želimo ovim reći da djela koja su opisana kao ‘etničko čišćenje’ nikada ne mogu da predstavljaju genocid, ukoliko su takva da se mogu okarakterisati kao, na primjer ‘namjerno dovođenje neke grupe u uslove života sračunate na to da dovedu do fizičkog uništenja u cijelosti ili dijelom’ što je suprotno članu II, stav (c) Konvencije, uz uslov da se takve radnje sprovode sa neophodnom konkretnom namjerom (*dolus specialis*), odnosno sa ciljem da se uništi grupa, što je drugačije od cilja da se grupa ukloni iz regiona. Kako je zapazio MKSBJ, iako ‘ima očiglednih sličnosti između genocidne politike i politike koja je obično poznata kao “etničko čišćenje”’ (*Krstić*, IT-98-33-T, Presuda Sudskog vijeća, 2. avgust 2001. godine, stav 562), ipak se ‘mora napraviti jasna razlika između fizičkog uništenja i pukog rastjerivanja neke grupe. Protjerivanje grupe ili dijela grupe samo po sebi nije dovoljno da se definiše kao genocid’ ...”

(v) Tumačenje drugih država potpisnica Konvencije

46. Prema materijalu koji je bio dostupan Sudu, samo je mali broj predmeta krivičnog gonjenja za genocid u drugim državama potpisnicama Konvencije. Nema prijavljenih slučajeva u kojima su sudovi ovih država definisali tip uništavanja grupe kakav je počinilac morao da namjerava počiniti da bi bio oglašen krivim za genocid, tj. da li pojam “namjere da se uništi” pokriva samo fizičko ili biološko uništenje i da li ono takođe predstavlja uništenje grupe kao društvene jedinice.

(vi) Tumačenje pravnih autora

47. Među naučnicima, većina je stava da etničko čišćenje, na način na koji su ga izvršile srpske snage u Bosni i Hercegovini da bi protjerali Muslimane i Hrvate iz njihovih domova ne predstavlja genocid (v., od mnogih izvora, William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge 2000, pp. 199 et seq.). Međutim, značajan je broj naučnika koji su ukazali na to da ova djela predstavljaju genocid (v.

između ostalog, M. Lippman, *Genocide: The Crime of the Century*, HOUJIL 23 (2001), p. 526, i J. Hübner, *Das Verbrechen des Völkermordes im internationalen und nationalen Recht*, Frankfurt am Main 2004, pp. 208-17; G. Werle, praveći razliku u *Völkerstrafrecht*, 1. izdanje, Tübingen 2003, pp. 205, 218 et seq., ističe da od okolnosti predmeta, a naročito od obima počinjenih zločina, zavisi da li može da se dokaže namjera da se uništi grupa kao jedinica društva, za razliku od namjere da se grupa protjera).

(b) Univerzalna nadležnost za krivična djela genocida

(i) Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Konvencija o genocidu)

48. Relevantne odredbe Konvencije o genocidu glase:

Član I

“Strane ugovornice potvrđuju da genocid, bez obzira da li se počini u vrijeme mira ili u vrijeme rata, predstavlja zločin po međunarodnom pravu za koji se one obavezuju da će ga sprečavati i kažnjavati.”

Član VI

“Licima optuženim za genocid ili za bilo koja druga djela pobrojana u članu III sudiće nadležni tribunal države na čijoj je teritoriji djelo počinjeno, ili međunarodni krivični tribunal koji ima nadležnost u odnosu na te strane ugovornice koje su obavezne da prihvate njegovu nadležnost.”

(ii) Statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju iz 1993. godine

49. Relevantne odredbe ovog Statuta propisuju:

Član 9

Zajednička nadležnost

“1. Međunarodni tribunal i domaći sudovi imaju zajedničku nadležnost da krivično gone lica za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava koje su počinjene na teritoriji bivše Jugoslavije od 1. januara 1991. godine.

2. Međunarodni tribunal ima primat nad domaćim sudovima. U bilo kojoj fazi postupka, Međunarodni tribunal može formalno da traži od domaćih sudova da ustupe nadležnosti Međunarodnom tribunalu u skladu sa ovim Statutom i Poslovníkom i pravilima za izvođenje dokaza Međunarodnog tribunala.”

(iii) Sudska praksa Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju

50. Apelaciono vijeće Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, u svojoj odluci od 2. oktobra 1995. godine o predlogu odbrane za žalbu protiv privremene odluke o nadležnosti u predmetu *Tužilac protiv*

Tadića (br. IT-94-1), konstatovao je da “se danas priznaje univerzalna nadležnost u slučaju međunarodnog kriminala” (stav 62).

51. Slično tome, Sudsko vijeće MKSBJ, u svojoj presudi od 10. decembra 1998. godine u predmetu *Tužilac protiv Furundžije* (br. IT-95-17/1-T), našlo je da, pošto se smatra da međunarodni kriminal jeste nešto što se univerzalno osuđuje gdje god da se počini, svaka država ima pravo da krivično goni i kažnjava počinioca takvih djela. Kako je u opštim napomenama naveo Vrhovni sud Izraela u predmetu *Eichmann*, a ponovio sud SAD u predmetu *Demjanjuk*, “upravo je univerzalna priroda krivičnih djela o kojima je riječ ta koja daje svakoj Državi ovlaštenje da sudi i kažnjava one koji u njihovom počinjavanju učestvuju” (stav 156).

(iv) *Domaće pravo i praksa u drugim državama potpisnicama Konvencije*

52. Prema informacijama i materijalu koji je pred Sudom, uključujući i materijal koji je predala Vlada koji nije osporen od strane podnosioca predstavke, zakonske odredbe brojnih drugih država potpisnica Konvencije ovlašćuju krivično gonjenje za genocid u okolnostima koje se mogu uporediti sa okolnostima ovog predmeta o kojima je ovdje riječ.

53. U mnogim državama potpisnicama Konvencije, krivično gonjenje genocida predmet je principa univerzalne jurisdikcije, tj. nadležnosti za krivična djela počinjena van teritorije države od strane lica koji nisu državljani te države, a protiv lica koja takođe nisu državljani te države i koja nisu usmjerena protiv nacionalnih interesa te države, barem ako se utvrdi da je okrivljeni prisutan na teritoriji te države (na primjer, Španija, Francuska, Belgija (barem do 2003), Finska, Italija, Letonija, Luksemburg, Holandija (od 2003), Rusija, Slovačka, Republika Češka i Mađarska). U vrijeme suđenja podnosiocu predstavke, brojne druge države dozvoljavale su krivično gonjenje za genocid počinjen u inostranstvu od strane stranih državljana protiv stranaca u skladu sa odredbama koje su slične principu zastupanja (*stellvertretende Strafrechtspflege* – uporediti član 7 stav 2 br. 2 Krivičnog zakonika Njemačke, stav 34 ove presude), na primjer, Austrija, Danska, Estonija, Poljska, Portugal, Rumunija, Švedska i Švajcarska (od 2000. godine). Među državama potpisnicama Konvencije koje ne predviđaju univerzalnu nadležnost za genocid našlo se, naročito, Ujedinjeno Kraljevstvo.

54. Osim austrijskih, belgijskih i francuskih sudova, naročito španski sudovi su već sudili za optužnice za genocid, pozivajući se na princip univerzalne nadležnosti. Španski *Audiencia Nacional*, u svojoj presudi od 5. Novembra 1998. godine u predmetu *Augusto Pinochet*, izrazio je da španski sudovi imaju nadležnost nad tim predmetom. Što se tiče područja djelovanja Konvencije o genocidu ovaj sud je naveo:

“Član 6 Konvencije ne sprečava postojanje sudskih organa koji imaju nadležnost osim one na teritoriji gdje je krivično djelo počinjeno ili međunarodnih tribunala... bilo bi suprotno duhu Konvencije... da bi se izbjeglo počinjavanje takvih teških

zločina uz nekažnjivost, da se smatra da ovaj član Konvencije ograničava vršenje nadležnosti, isključujući svaku drugu nadležnost osim one koja je predviđena odredbom o kojoj je riječ. Činjenica da se Strane ugovornice nisu sporazumjele o univerzalnoj nadležnosti nad krivičnim djelima za njihove pojedinačne nadležnosti ne sprečava uspostavljanje, od strane države koja je strana Konvencije, takve nadležnosti nad krivičnim djelima koja obuhvaćaju cijeli svijet i utiču na međunarodnu zajednicu, i zapravo direktno utiču na cjelo čovječanstvo kako je navedeno u samoj Konvenciji ... Niti uslovi člana 6 Konvencije iz 1948. godine predstavljaju ovlaštenje da se isključi jurisdikcija za kažnjavanje genocida u nekoj strani ugovornici kao što je Španija čije pravo utvrđuje vanteritorijalnost u odnosu na krivično gonjenje za takva krivična djela...” (Izveštaji o međunarodnom pravu, vol. 119, pp. 331 et seq., at pp. 335-36)

PRAVO

I. NAVODNE POVRED ČLANA 5 STAV 1 (a) I ČLANA 6 STAV 1 KONVENCIJE

55. Podnosilac predstavke žalio se da njegova osuđujuća presuda za genocid Apelacionog suda iz Dizeldorfa koju je potvrdio Savezni sud pravde i Savezni ustavni sud, koji po njegovim navodima nisu imali nadležnost za njegov predmet, i njegov pritvor koji je iz toga proistekao predstavljaju povredu člana 5 stav 1(a) i člana 6 stav 1 Konvencije, čiji relevantni dijelovi predviđaju sljedeće:

Član 5

“1. Svako ima pravo na slobodu i bezbjednost ličnosti. Niko ne može biti lišen slobode osim u sljedećim slučajevima i u skladu sa zakonom propisanim postupkom:

- a) u slučaju zakonitog lišenja slobode na osnovu presude nadležnog suda;

Član 6

“1. Svako, tokom odlučivanja ... o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu ... raspravu ... pred ... sudom, obrazovanim na osnovu zakona...”

56. Vlada je osporila ove navode.

A. Prihvatljivost

57. Sud konstatuje da ova pritužba nije očigledno neosnovana u okviru značenja člana 35 stav 3 Konvencije. Sud dalje navode da ona nije neprihvatljiva ni po kom drugom osnovu. Stoga ona mora biti proglašena prihvatljivom.

B. Meritum

1. Podnesci strana

(a) Podnosila predstavke

58. Podnosilac predstavke zauzeo je stav da postoji opšte pravilo međunarodnog javnog prava, naime, dužnost nemiješanja koje, u principu, zabranjuje njemačkim sudovima da krivično gone stranca koji živi u inostranstvu za genocid koji je navodno počinio u stranoj zemlji protiv stranih žrtava. Kako on tvrdi, njemačkim sudovima takođe je bilo zabranjeno da izuzetno preuzmu jurisdikciju u skladu sa principom univerzalne jurisdikcije međunarodnog krivičnog prava koji je pohranjen u članu 6 stav 1 Krivičnog zakonika, pošto jurisdikcija sa tim principom nije bila međunarodno priznata u slučaju genocida.

59. Podnosilac predstavke naročito je istakao da, po članu VI Konvencije o genocidu, samo tribunal države na čijoj je teritoriji počinjeno djelo ili međunarodni tribunal imaju jurisdikciju da sude licu koje je optuženo za genocid. Taj član stoga odražava dužnost nemiješanja koja proističe iz principa suvereniteta i ravnopravnosti svih država i zabrane zloupotrebe prava, što su opšta pravila međunarodnog javnog prava. On je priznao da princip univerzalne nadležnosti, kako ga priznaje običajno međunarodno javno pravo može, teoretski, prenijeti jurisdikciju na domaći sud i ako to nije sud naveden u članu VI Konvencije o genocide. Međutim, on je ustvrdio da jurisdikcija u skladu sa tim principom, pošto je izuzetak od pravila nemiješanja, nije priznata ni međunarodnim ugovornim pravom niti međunarodnim običajnim pravom za svrhe suđenja licima optuženim za genocid. Njemački sudovi stoga su proizvoljno preuzeli tu nadležnost.

(b) Vlada

60. U podnescima koje je predala Vlada, njemački sudovi su bili “nadležni sud(ovi)” u smislu člana 5 stav 1 (a) Konvencije da osude podnosioca predstavke i “tribunal(i) uspostavljeni po zakonu” u smislu člana 6 stav 1 Konvencije. Njemačko krivično pravo bilo je primjenjivo na činjenice predmeta tako da, po njemačkom pravu, njemački sudovi imaju jurisdikciju za krivična djela za koja je bio optužen podnosilac predstavke.

Oni su bili nadležni po članu 6 br. 1 Krivičnog zakonika (u svojoj verziji koja je tada bila na snazi). Takođe je postojala legitimna veza između krivičnog gonjenja krivičnih djela za koja je bio optužen podnosilac predstavke i same Njemačke, što smatraju neophodnim njemački sudovi povrh formulacije iz člana 6 br. 1 Krivičnog zakonika da bi se ustanovila nadležnost, pa se i tako poštuje princip nemiješanja. Podnosilac predstavke živio je u Njemačkoj dugi niz godina i uhapšen je na teritoriji Njemačke. Štaviše, Njemačka je učestvovala u vojnim i humanitarnim misijama u Bosni i Hercegovini. Uz to su ispunjeni i uslovi propisani članom 7 stav 2 br. 2 Krivičnog zakonika, kojima se ugrađuje princip zastupanja, pošto ni MKSBJ ni krivični sudovi u mjestu zločina u Bosni i Hercegovini nisu tražili izručenje podnosioca predstavke.

61. Vlada je dalje zauzela stav da su odredbe njemačkog prava o nadležnosti u skladu sa principima međunarodnog javnog prava. Konkretno, kao što su uvjerljivo pokazali njemački sudovi, član VI Konvencije o genocidu, koji predviđa minimalne uslove za dužnost da se krivično goni za genocid, ne zabranjuju da za genocid krivično goni tribunal države koja nije država na čijoj je teritoriji djelo počinjeno.

62. Štaviše, princip univerzalne jurisdikcije kako je prepoznat u običajnom međunarodnom javnom pravu, daje ovlašćenje svim državama da ustanove jurisdikciju nad zločinima protiv međunarodnog prava, kao što su djela genocida, koji su usmjereni protiv interesa međunarodne zajednice kao cjeline, bez obzira na to gdje ili ko ih je počinio. Slično tome, nadležnost po principu zastupanja kako je predviđeno u članu 7 stav br. 2 Krivičnog zakonika nije bila u suprotnosti sa međunarodnim pravom. Njemački sudovi stoga su bili ovlašćeni da sude u predmetu podnosioca predstavke.

63. Vlada je navela da zakoni i sudska praksa brojnih drugih Strana ugovornica Konvencije, te sudska praksa MKSBJ izričito dopuštaju krivično gonjenje genocida u skladu sa principom univerzalne jurisdikcije.

2. Ocjena Suda

(a) Relevantni principi

64. Sud nalazi da predmet primarno mora da se ispita po članu 6 stav 1 Konvencije po stavki da li je podnosilac predstavke bio saslušan od strane "suda obrazovanog po osnovu zakona". Sud ponavlja da ovaj izraz odražava princip vladavine prava, koji je svojstven sistemu zaštite ustanovljene Konvencijom i Protokolima uz nju. "Zakon" u smislu člana 6 stav 1, obuhvata naročito zakone o uspostavljanju i nadležnostima sudskih organa (v. između ostalog, *Lavents protiv Letonije*, br. 58442/00, stav 114, 28. novembar 2002. godine). Shodno tome, ako neki sud nema nadležnost da sudi optuženome u skladu sa odredbama koje su primjenjive po domaćem pravu, on nije "obrazovan po osnovu zakona" u smislu člana 6 stav 1

(uporediti *Coëme i ostali protiv Belgije*, br. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 i 33210/96, stavovi 99 i 107-08, ECHR 2000-VII).

65. Sud dalje ističe da, u principu, povreda navedenih domaćih odredbi zakona o osnivanju i nadležnosti sudskih organa od strane nekog tribunala pokreće pitanje povrede čana 6 stav 1. Sud je stoga nadležan da ispita da li je poštovano domaće pravo u ovom smislu. Međutim, kada se uzme u obzir opšti princip po kome je na prvom mjestu na samim domaćim sudovima da tumače odredbe domaćeg prava, Sud nalazi da on ne smije da ispituje njihovo tumačenje osim ako je došlo do flagrantnog kršenja domaćeg prava (v. *mutatis mutandis*, *Coëme i ostali*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 98 *in fine*, i *Lavents*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 114). U tom smislu Sud takođe ističe da član 6 ne daje optuženome pravo da bira jurisdikciju nekog suda. Zadatak suda je stoga ograničen na to da ispita da li su postojali razumni osnovi da vlasti utvrde nadležnost (v. između ostalog, *G. protiv Švajcarske*, br. 16875/90, Odluka Komisije od 10. Oktobra 1999. godine, bez izvještaja i *Kübli protiv Švajcarske*, br. 17495/90, Odluka Komisije od 2. decembra 1992. godine, bez izvještaja).

(b) Primjena principa na ovaj konkretan predmet

66. Sud napominje da su njemački sudovi bazirali svoju jurisdikciju na članu 6 br. 1 Krivičnog zakonika u vezi sa članom 220a toga Zakonika (u verziji koja je tada bila na snazi). Ove odredbe predviđale su da je nadležno njemačko krivično pravo i da, zbog toga, njemački sudovi imaju jurisdikciju da sude licu opštuženom za genocid počinjen u inostranstvu bez obzira na to koje su državljanstvo imali optuženi i žrtve. Domaći sudovi su stoga ustanovili jurisdikciju u skladu sa jasnom formulacijom odgovarajućih odredbi Krivičnog zakonika.

67. Donoseći odluku o tome da li njemački sudovi imaju jurisdikciju po materijalnim odredbama domaćeg prava, Sud mora dalje da utvrdi da li je odluka domaćih sudova da oni imaju jurisdikciju u predmetu podnosioca predstavke bila u skladu sa odredbama međunarodnog javnog prava koje se primjenjuju u Njemačkoj. Sud konstatuje da su domaći sudovi našli da princip univerzalne jurisdikcije iz međunarodnog javnog prava, koji je kodifikovan u članu 6 br. 1 Krivičnog zakonika, utvrđuje njihovu jurisdikciju, a u isto vrijeme se poštuje i dužnost nemiješanja koja postoji po međunarodnom javnom pravu. Po mišljenju domaćih sudova, njihova nadležnost po principu univerzalne jurisdikcije nije bila isključena formulacijom člana VI Konvencije o genocidu, pošto taj član treba razumijeti tako da on utvrđuje dužnost sudova koji se u njemu navode da sude licima osumnjičenim za genocid, a da u isto vrijeme ne zabranjuje krivično gonjenje od strane drugih domaćih sudova.

68. U utvrđivanju da li su domaći sudovi razumno tumačili primjenjiva pravila i odredbe međunarodnog javnog prava o nadležnosti, Sud je naročito pokušao da ispita njihovo tumačenje člana VI Konvencije o genocidu. Sud

zapaža, kako su takođe naveli i domaći sudovi (v. naročito stav 20 ove presude), da se Strane ugovornice Konvencije o genocidu, uprkos prijedlozima u ranijim nacrtima koji su imali taj rezultat, nisu sporazumjele da u tom članu kodifikuju princip univerzalne jurisdikcije za genocid za domaće sudove svih Strana ugovornica (uporedi stavove 20 i 54 ove presude). Međutim, po članu I Konvencije o genocidu, Strane ugovornice imale su *erga omnes* obavezu da spriječe i kazne genocid, čija zabrana čini dio *jus cogens*. U tom svjetlu, mora se razumnim (i sasvim ubjedljivim) smatrati razmišljanje domaćih sudova da svrha Konvencije o genocidu, koja je naročito izražena u tom članu, ne isključuje nadležnost za kažnjavanje genocida od strane država čiji zakoni ustanovljavaju ekstrateritorijalnost u tom smislu. Pošto se tako došlo do razumnog i nedvosmislenog tumačenja člana VI Konvencije o genocidu u skladu sa ciljem te Konvencije, nije bilo potrebe u tumačenju navedene Konvencije pribjegavati pripremnim dokumentima koji igraju samo supsidijarnu ulogu u tumačenju međunarodnog javnog prava (v. članove 31 stav 1 i 32 Bečke konvencije o ugovornom pravu od 23. maja 1969. godine).

69. Sud zapaža u vezi sa tim da tumačenje člana VI Konvencije o genocidu koje su imali njemački sudovi u svjetlu člana I te Konvencije i ustanovljavanje jurisdikcije da se sudi podnosiocu predstavke po optužbama za genocid ima široku potvrdu u zakonskim odredbama i sudskoj praksi brojnih drugih Strana ugovornica Konvencije (za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda) i u Statutu i sudskoj praksi MKSBJ. Sud primjećuje, naročito da je španski *Audiencia Nacional* tumačio član VI Konvencije o genocidu na potpuno isti način kao njemački sudovi (v. stav 54 ove presude). Nadalje, član 9 stav 1 Statuta MKSBJ potvrđuje stav njemačkih sudova, predviđajući zajedničku jurisdikciju MKSBJ i domaćih sudova, bez ograničenja na domaće sudove nekih konkretnih zemalja. Zaista, princip univerzalne jurisdikcije za genocid izričito je prepoznao MKSBJ (v. stavove 50-51 ove presude) i brojne ugovornice Konvencije ovlašćuju krivično gonjenje za genocid u skladu sa tim principom, ili barem kada su, kako je slučaj sa podnosiocem predstavke, ispunjeni dodatni uslovi – kao što su uslovi propisani principom zastupanja (v. stavove 52-53 ove Presude).

70. Sud zaključuje da tumačenje primjenjivih odredbi i pravila međunarodnog javnog prava od strane njemačkih sudova, u svjetlu kojih se moraju tumačiti odredbe Krivičnog zakonika, nije bilo proizvoljno. Oni su stoga imali razumne osnove za ustanovljavanje svoje jurisdikcije da sude podnosiocu predstavke po optužnici za genocid.

71. Slijedi da je predmet podnosioca predstavke bio razmatran od strane suda obrazovanog po osnovu zakona u smislu člana 6 stav 1 Konvencije. Stoga nije bilo povrede te odredbe.

72. S obzirom na gore nevedeni nalaz po članu 6 stav 1, naime, da su njemački sudovi razumno preuzeli jurisdikciju da sude podnosiocu predstavke po optužnici za genocid, Sud zaključuje da je podnosilac

predstavke bio zakonito pritvoren nakon osuđujuće presude “nadležnog suda” u smislu člana 5 stav 1 (a) Konvencije. Shodno tome, nije bilo povrede ni tog člana.

II. NAVODNA POVREDA ČLANA 6 STAVA 1 I STAVA 3 (d) KONVENCIJE

73. Podnosilac predstavke tvrdio je da, zbog odbijanja Apelacionog suda iz Dizeldorfa, na osnovu člana 244 stav 5 Krivičnog zakonika, da pozove bilo kog svjedoka odbrane koji bi morao da se sudski pozove iz inostranstva, on nije imao pravično suđenje u smislu člana 6 stav 1 i stav 3 (d) Konvencije. On se dalje žalio da odbijanje Apelacionog suda da pregleda navodno mjesto zločina u Grabskoj ili da traži da se izradi topografska mapa takođe predstavlja povredu člana 6 stav 1 i stav 3(d) Konvencije, koji, u svojim relevantnim dijelovima glase:

“1. Svako, tokom odlučivanja o ... krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu ... raspravu ... pred... sudom ...

3. Svako ko je optužen za krivično djelo ima sljedeća minimalna prava:

...

(d) da ispituje svjedoke protiv sebe ili da postigne da se oni ispituju i da se obezbijedi prisustvo i saslušanje svjedoka u njegovu korist pod istim uslovima koji važe za one koji svjedoče protiv njega;”

74. Vlada je osporila taj argument.

A. Podnesci strana

1. Vlada

75. Prema tvrdnjama Vlade, podnosilac predstavke nije iscrpio domaće pravne lijekove kada je riječ o njegovom prigovoru na odbijanje Apelacionog suda da pozove dvadeset i osam svjedoka u postupku pred Saveznim sudom pravde na osnovu toga da on nije dovoljno potkrijepio svoje pritužbe. Vlada je dalje navela da podnosilac predstavke nije ni na koji način pomenuo svoju pritužbu na odbijanje Apelacionog suda da ispita navodno mjesto zločina u Grabskoj u postupku pred Saveznim sudom pravde i da zbog toga takođe nije iscrpio domaće pravne lijekove u vezi sa tim.

76. Vlada je dalje navela da podnosilac predstavke nije više mogao da tvrdi da je žrtva povrede konvencijskih prava i da je njegova predstavka nekompatibilna *ratione personae* sa Konvencijom u mjeri u kojoj se njegove pritužbe odnose na zahtjeve da se uzmu svjedoci za optužbe za

ubistvo dvadeset i dvoje ljudi u Grabskoj. Vlada je navela da je krivični postupak za ova krivična djela bio ponovno otvoren i prekinut.

77. Vlada je iznijela argument da u svakom slučaju pravo podnosioca predstavke na pravično suđenje po članu 6 Konvencije nije bilo povrijeđeno. Apelacioni sud je uzeo dokaze u skladu sa onim što je propisano tom odredbom. Po članu 244 Zakonika o krivičnom postupku konkretno, ista pravila za uzimanje dokaza primjenjuju se i na stranu tužioca i na stranu odbrane. Po njemačkom Zakoniku o krivičnom postupku, sami krivični sudovi treba da istraže istinitost na svoju inicijativu. Čak i ako istrage krivičnih djela počinjenih u inostranstvu pokreću značajne procesne probleme, optuženi su bili zaštićeni pravilima o krivičnom postupku i time što imaju benefit sumnje, tj. da se prihvata da nisu krivi ukoliko krivica ne može da se dokaže.

78. Po mišljenju Vlade, Apelacioni sud nije djelovao proizvoljno kada je odbio zahtjeve podnosioca predstavke da se proizvedu dalji dokazi. Ovaj sud propisno je ispitao zahtjeve podnosioca predstavke i dao objektivno opravdane razloge zbog kojih ih je odbio. Njegov zaključak po članu 244 stav 5 Zakonika o krivičnom postupku da sudske pozivanje svjedoka koje je naveo podnosilac predstavke nije nužno u okolnostima predmeta za utvrđivanje istine ne pokazuje da je postojala bilo kakva greška u zakonu, a Apelacioni sud je izložio sve razloge za svoje odluke.

2. Podnosilac predstavke

79. Podnosilac predstavke osporio je stav Vlade. On je naglasio da Savezni ustavni sud nije odbio njegovu pritužbu zbog toga što nije iscrpio domaće pravne lijekove i konstatovao je da on nije izgubio svoj status žrtve povrede člana 6 Konvencije.

80. Podnosilac predstavke žalio se da su član 6 stav 1 i stav 3 (d) Konvencije povrijeđeni pošto je po članu 244 stav 5, druga rečenica, Zakonika o krivičnom postupku, Apelacioni sud odbio da pozove dvadeset i osam svjedoka odbrane koje je on naveo koji bi morali da se pozovu iz inostranstva, a u isto vrijeme je pozvao i ispitao šest svjedoka koje je naveo tužilac koji su bili pozvani iz inostranstva. On je konstatovao da bi u okolnostima njegovog predmeta, Apelacionom sudu, da je na pravi način koristio svoja diskreciona ovlašćenja, bilo zabranjeno da primijeni član 244 stav 5 Zakonika o krivičnom postupku. Navedena odredba predviđa preduslove za odbijanje da se pozove svjedok koji mora da se pozove iz inostranstva, koji su manje strogi od onih koji se primjenjuju za obijanje da se pozove svjedok koji živi u Njemačkoj. Ova odredba bazira se na pretpostavci da za krivična suđenja u Njemačkoj dokazi uglavnom mogu da se dobiju u Njemačkoj. Međutim, u njegovom predmetu, koji se tiče djela navodno počinjenih u Bosni i Hercegovini, svjedoci po pravilu žive u inostranstvu. Primjena člana 244 stav 5 Zakonika o krivičnom postupku zbog toga je bila proizvoljna. Da je Apelacioni sud pozvao navedene

svjedoke, odmah bi utvrdio da svjedok tužioca za navodna krivična djela u Grabskoj nije rekao istinu.

B. Ocjena Suda

81. Sud smatra da u ovom predmetu nije neophodno da odlučuje o prigovorima Vlade koji se odnose na iscrpljivanje domaćih pravnih lijekova i statusa žrtve podnosioca predstavke pošto, čak i da se pretpostavi da podnosilac predstavke jeste iscrpio domaće pravne lijekove i da još uvijek može da tvrdi da je žrtva povrede člana 6 Konvencije u svakom smislu, Sud smatra da je predstavka u svakom slučaju neprihvatljiva iz dolje izloženih razloga.

1. Opšti principi

82. Sud ističe da, po opštem pravilu, domaći sudovi treba da ocjenjuju dokaze koji se pred njih iznesu, kao i relevantnost dokaza koje želi iznijeti odbrana. Konkretnije, član 6 stav 3 (d) – koji predviđa posebne aspekte opšteg koncepta pravičnog suđenja izložene u članu 6 stav 1 – njima u principu prepušta da ocjenjuju konkretno da li je prikladno da se pozovu određeni svjedoci. To ne iziskuje prisustvo i ispitivanje svakog svjedoka u ime optuženog. Međutim, zadatak je Suda da utvrdi da li se uzimanjem i ocjenom dokaza povrijedio princip pune “ravnopravnosti pred zakonom”, čime bi se cijeli postupak učinio nepravičnim (v. između ostalog, *Vidal protiv Belgije*, 22. april 1992, stav 33, Serija A br. 235-B, i *Heidegger protiv Austrije* (dec.), br. 27077/95, 5. oktobar 1999. godine).

83. U predmetima koji su pokrenuti pojedinačnim predstavkama nije zadatak Suda da ispituje domaće zakone apstraktno gledano, već mora da ispita način na koji su ti zakoni i drugi propisi bili primijenjeni na podnosioca predstavke u konkretnim okolnostima (v. između ostalog, *Sahin protiv Njemačke* [GC], br. 30943/96, stav 87, ECHR 2003-VIII, i *Sommerfeld protiv Njemačke* [GC], br. 31871/96, stav 86, ECHR 2003-VIII).

2. Primjena tih principa na ovaj konkretni predmet

84. Sud stoga mora da utvrdi da li je primjena člana 244 Krivičnog zakonika od strane domaćih sudova i njihovo odbijanje da pozovu određene svjedoke, pregledaju mjesto navodnog zločina ili nalože izradu topografske mape koje je proteklo iz toga učinilo čitav postupak nepravičnim.

85. Sud na samom početku zapaža da strane ne spore da se član 244 Krivičnog zakonika primjenjuje na sve zahtjeve da se pozovu svjedoci ili da se dobiju drugi dokazi, bez obzira na to da li ih preda tužilac ili odbrana. U predmetima kao što je ovaj, u kojima je zločin počinjen van Njemačke i u kojima će se, po pravilu, pokazati nužno da se dobiju dokazi iz inostranstva,

njegova primjena nije stoga generalno favorizovala zahtjeve da se uzmu dokazi koje je predao tužilac. Štaviše, tačno je da član 244 stav 5, druga rečenica Zakonika o krivičnom postupku predviđa posebne uslove za odbacivanje zahtjeva da se ispita svjedok – bilo tužioca ili odbrane – koji bi morao da se pozove iz inostranstva. Ti uslovi su zaista manje strogi od uslova za odbacivanje zahtjeva za uzimanje dokaza od svjedoka koji se mogu pozvati iz nekog mjesta u Njemačkoj. Međutim, ovi svjedoci ne tretiraju se automatski kao dokazi koji se ne mogu dobiti. Sudovi koji vrše preliminarnu procjenu dokaza koji su pred njih izneseni mogu, međutim, zaključiti da ispitivanje takvog svjedoka nije nužno za utvrđivanje istine (v. stav 39 ove presude).

86. Sud dalje zapaža da je Apelacioni sud, djelujući kao prvostepeni, odbio da pozove bilo kojeg od dvadeset i osam svjedoka koji žive u Bosni, a koje je naveo podnosilac predstavke, dok je sudski pozvao šest svjedoka tužilaštva iz inostranstva. Međutim, ova činjenica kao takva ne vodi nužno do zaključka da se nisu poštovali princip jednakosti pred zakonom ili pravo podnosioca predstavke da dobije prisustvo svjedoka i da je zbog toga cjelokupan postupak nepravičan. U tom smislu, Sud zapaža naročito da je Apelacioni sud, dajući detaljna obrazloženja zašto je odbio da uzima dalje dokaze, razmotrio pisane izjave najmanje sedam od navedenih dvadeset i osam svjedoka da bi se dokazala ista činjenica (naime da je podnosilac bio u pritvoru u vrijeme krivičnog djela) prije nego što je zaključio da bi svjedočenje svih dvadeset i osam svjedoka bilo od male dokazne vrijednosti i nerelvantno za odlučivanje u predmetu.

Sud primjećuje da je Apelacioni sud, kada je odbio zahtjev podnosioca predstavke da pozove ove svjedoke već bio čuo svjedočenja više od dvadeset svjedoka, uključujući i svjedočenja dva novinara koja nisu bila pogođena krivičnim djelima za koja je optužen podnosilac predstavke (i mogli su stoga, po pravilu, da se smatraju naročito kredibilnima). Ti svjedoci, koje je podnosilac predstavke mogao unakrsno da ispituje, svi su izjavili da su vidjeli podnosioca predstavke van zatvora u periodu za koji je on tvrdio da je bio pritvoren. U ovim okolnostima, Sud ne može da nađe da su domaći sudovi postupili proizvoljno kada su odlučili da nisu relevantna svjedočenja svjedoka koje je naveo podnosilac predstavke da bi dokazao da je bio pritvoren u vrijeme kada je počinjeno krivično djelo. Stoga Sud nalazi da ne postoje indikacije da je postupak protiv podnosioca predstavke bio u cjelini nepravičan.

87. Što se tiče pritužbe podnosioca predstavke na odbijanje Apelacionog suda da pregleda navodno mjesto zločina u Grabskoj ili da naloži da se izradi topografska karta da bi se dokazalo da argumenti svjedoka o navodnim djelima nisu vjerodostojni, Sud nalazi da je Apelacioni sud dao validne razloge za svoju odluku da smatra da se ovi dokazi ne mogu dobiti. S obzirom na činjenicu da je Apelacioni sud imao video snimak relevantnog lokaliteta i da je podnosilac predstavke mogao da ispituje konkluzivnost

dokaza koji su uzeti u vezi sa djelima o kojima je riječ, Sud nalazi da nema indikacija da je činjenica što nije uzeo dodatne dokaze nespojiva sa članom 6 stav 1 i stav 3.

88. Slijedi da se pritužbe podnosioca predstavke po članu 6 stav 1 i stav 3 (d) Konvencije moraju odbaciti kao očigledno neosnovane, u skladu sa članom 35 stav 3 i stav 4 Konvencije.

III. NAVODNA POVREDA ČLANA 7 KONVENCIJE

89. Podnosilac predstavke dalje se žalio da široko tumačenje zločina genocida koje su usvojili njemački sudovi, nema osnova u formulaciji tog krivičnog djela koja je data u njemačkom i međunarodnom javnom pravu i da su njemački sudovi proizvoljno našli da je njegova krivica naročite težine. On je tvrdio da osuđujuća presuda koja mu je izrečena predstavlja povredu člana 7 stav 1 Konvencije koji predviđa:

“Niko se ne može smatrati krivim za krivično djelo izvršeno činjenjem ili nečinjenjem koje, u vrijeme kada je izvršeno nije predstavljalo krivično djelo po unutrašnjem ili međunarodnom pravu. Isto tako, ne može se izreći strožija kazna od one koja je bila propisana u vrijeme kada je krivično djelo izvršeno.”

90. Vlada je osporila ovaj argument.

A. Prihvatljivost

91. Sud konstatuje da ova pritužba nije očigledno neosnovana u smislu značenja člana 35 stav 3 Konvencije. On dalje konstatuje da nije neprihvatljiva ni po kom drugom osnovu. Ona stoga mora biti proglašena prihvatljivom.

B. Meritum

1. Podnesci strana

(a) Podnosilac predstavke

92. Podnosilac predstavke naveo je da je osuđujuća presuda za genocid po članu 220a Krivičnog zakonika iziskivala dokaz da je počinilac djelovao sa namjerom da uništi, u cijelosti ili dijelom, nacionalnu, rasnu, etničku ili vjersku grupu kao takvu. On je konstatovao da, s obzirom na doslovno značenje izraza “uništiti”, sami napad na uslove života ili osnovu opstanka kao grupe, kao u ovom predmetu, nije predstavljao uništenje same grupe. “Etničko čišćenje” koje su vršili bosanski Srbi u području Doboja imalo je za cilj samo da sve Muslimane silom otjera iz tog kraja, odnosno da protjera

tu grupu, a ne da uništi samo njeno postojanje. Stoga se ne može smatrati genocidom u smislu člana 220a Krivičnog zakonika.

93. Nadalje, po navodima podnosioca predstavke, tumačenje izraza “namjera da se uništi” iz člana 220a, koji je uključen u Krivični zakonik da bi se u domaće pravo inkorporirala Konvencija o genocidu, koje su dali njemački sudovi, suprotno je tumačenju istog pojma u članu II Konvencije o genocidu usvojene od strane zajednice država. Zapravo, prema međunarodno prihvaćenoj doktrini, genocid se odnosi samo na slučajeve u kojima se ubistvo, istrebljenje ili deportacija vrše sa namjerom da se ukloni usko definisana grupa, odnosno, da se ona uništi u biološko-fizičkom smislu, ne samo kao društvena jedinica. Etničko čišćenje u bivšoj Jugoslaviji ne može da se uporedi sa istrebljenjem Jevreja koje je počinio nacistički režim, koje je bilo razlog da se osmisli Konvencija o genocidu.

94. Podnosilac predstavke tvrdio je da stoga za njega nije bilo moguće predvidjeti u vrijeme počinjavanja njegovog djela da bi ih njemački sudovi definisali kao genocid po njemačkom ili međunarodnom javnom pravu.

95. Slično tome, po mišljenju podnosioca predstavke, nalaz njemačkih sudova da je njegova krivica naročite težine predstavlja povredu člana 7 stav 1 Konvencije u tome što sudovi nisu uzeli u razmatranje da je on odigrao samo malu ulogu u navodnom genocidu u Bosni.

(b) Vlada

96. Po mišljenju Vlade, tumačenjem pojma “genocid” koje su dali njemački sudovi ne krši se član 7 stav 1 Konvencije. Formulacija krivičnog djela genocida u članu 220a njemačkog Krivičnog zakonika dozvoljava tumačenje pojma genocid kao pojma koji obuhvata djela počinjena sa namjerom da se uništi neka grupa kao društvena jedinica. Konkretno, namjera da se uništi mora biti usmjerena protiv “grupe kao takve”, što ukazuje na to da se ne štiti samo fizičko, već i društveno postojanje grupe. Štaviše, definicija genocida predviđena članom 220a stav 1 br. 4 (uvođenje mjera koje imaju za cilj da spriječe rođenja u grupi) i član 5 (nasilno prebacivanje djece jedne grupe u drugu) takođe ne sadrži u sebi fizičko uništenje živih članova dotične grupe.

97. Iz istog razloga, formulacija člana II Konvencije o genocidu, koja odgovara članu 220a Krivičnog zakonika, ne ograničava djelo genocida na fizičko-biološko uništenje grupe grupe o kojoj je riječ. To su potvrdili brojni naučnici i Generalna skupština Ujedinjenih nacija, koja je protumačila Konvenciju o genocidu tako da obuhvata zaštitu grupe kao društvene jedinice (v. stav 41 ove presude).

98. Pošto je tumačenje krivičnog djela genocida koje su dali njemački sudovi bilo u skladu sa formulacijom člana 220a Krivičnog zakonika, tumačenje domaćih sudova bilo je predvidivo u vrijeme kada je podnosilac predstavke 1992. godine počinio zločin o kome je riječ. Štaviše, njemački

naučnici zauzeli su stav da krivična odgovornost za genocid ima za cilj i da zaštititi društveno postojanje grupe (v. stav 36 ove presude).

99. Vlada je priznala da je u svojoj presudi od 2. avgusta 2001. godine u predmetu *Tužilac protiv Krstića*, sudsko vijeće MKSBJ, a to je potvrđeno i po žalbi, izričito odbacilo tumačenje pojma “namjera da se uništi” koju je dao Savezni ustavni sud u svojoj presudi u ovom predmetu. Pozivajući se na princip *nullum crimen sine lege*, MKSBJ je prvi put ustvrdio da je krivično djelo apo međunarodnom javnom pravu ograničeno na djela koja imaju za cilj fizičko ili biološko uništenje neke grupe. Međutim, ovo uže tumačenje područja zločina genocida od strane MKSBJ 2001. godine koje, po mišljenju Vlade nije bilo ubjedljivo, nije dovelo u pitanje činjenicu da je podnosilac predstavke mogao da predvidi, kada je počinio djela 1992. godine, da bi se ona definisala kao genocid. U svakom slučaju njemački sudovi nisu etničko čišćenje generalno smatrali genocidom, ali su utvrdili da je podnosilac predstavke, u okolnostima predmeta, kriv za genocid pošto je imao namjeru da uništi grupu kao društvenu jedinicu, a ne samo da je protjera.

2. Ocjena Suda

(a) Opšti principi

100. Sud ponavlja da garancija pohranjena u članu 7 Konvencije predstavlja suštinski element vladavine prava. Ona nije ograničena na zabranu retroaktivne primjene krivičnog prava na štetu optuženog. Ona takođe otjelovljuje, generalnije gledano, princip da samo zakon može da definiše krivično djelo i propiše kaznu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) i princip da krivično pravo ne smije da se široko tumači na štetu optuženog, na primjer putem analogije. Iz ovih principa slijedi da krivično djelo mora biti jasno definisano u zakonu. Taj uslov je ispunjen kada pojedinac može iz formulacije relevantne odredbe i, ako treba, uz pomoć tumačenja te odredbe koju ponudi sud, da zna koja činjenja ili nečinjenja će ga učiniti krivično odgovornim. Kada govori o “pravu”, član 7 aludira na sami taj koncept kao na nešto na što se Konvencija poziva i na drugim mjestima kada koristi taj izraz, koncept koji obuhvata pisano i nepisano pravo i implicira kvalitativne uslove, naročito uslove prihvatljivosti i predvidivosti (v. između ostalog *S.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 22. novembar 1995, stavovi 34-35, Serija A br. 335-B; *C.R. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 22. novembar 1995, stavovi 32-33, Serija A br. 335-C; i *Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke* [GC], br. 34044/96, 35532/97 i 44801/98, stav 50, ECHR 2001-II).

101. U svakom sistemu prava, uključujući i krivično pravo, bez obzira na to koliko je jasno napisana pravna odredba, postoji neizbježan element sudskog tumačenja. Uvijek će postojati potreba da se stvari oko kojih postoje sumnje pojasne i da se vrši prilagođavanje okolnostima koje se

mjenjaju. I zaista, u državama potpisnicima Konvencije, progresivan razvoj krivičnog prava kroz sudsku praksu čvrsto je ukorijenjen i neophodan dio pravne tradicije. Član 7 Konvencije ne može se čitati kao da zabranjuje postepeno pojašnjavanje pravila krivične odgovornosti kroz sudsko tumačenje od predmeta do predmeta, uz uslov da razvoj koji nastaje kao rezultat bude dosljedan sa postojanjem krivičnog djela i da se može razumno predvidjeti (v. između ostalog, *S.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 36; *C.R. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 34; *Streletz, Kessler i Krenz*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 50; i *K.-H.W. protiv Njemačke* [GC], br. 37201/97, stav 45, ECHR 2001-II).

102. Što se tiče tumačenja i primjene domaćeg prava, Sud ponavlja da je prvenstveno zadatak domaćih vlasti, naročito sudova, da tumače i primjenjuju domaće pravo (v. *mutatis mutandis*, *Kopp protiv Švajcarske*, 25. mart 1998, stav 59, *Izveštaji o presudama i odlukama* 1998-II, i *Streletz, Kessler i Krenz*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 49). Iako je dužnost Suda, po članu 19 Konvencije, da obezbijede poštovanje obaveza koje su preuzele Strane ugovornice Konvencije, nije funkcija Suda da se bavi greškama u činjenicama ili pravu koje su navodno napravili domaći sudovi ukoliko nisu i samo u mjeri u kojoj su oni povrijedili prava i slobode zaštićene Konvencijom (v. *mutatis mutandis*, *Schenk protiv Švajcarske*, 12. jul 1988. godine, stav 45, Serija A br. 140, i *Streletz, Kessler i Krenz*, citirano ranije u tekstu ove presude, stav 49).

(b) Primjena principa na ovaj predmet

103. U svjetlu gore navedenih principa, Sud stoga treba da odluči da li je tumačenje zločina genocida po njemačkom pravu koje su dali domaći sudovi, a naročito genocidne “namjere da se uništi”, tako da obuhvata djela podnosioca predstavke počinjena u toku etničkog čišćenja u Bosni i Hercegovini bilo dosljedno sa suštinom tog djela i da li ga je razumno mogao predvidjeti podnosilac predstavke u relevantno vrijeme.

104. Prije svega, u utvrđivanju da li je tumačenje njemačkih sudova bilo konzistentno sa suštinom djela genocida, Sud zapaža da domaći sudovi nisu usko tumačili obim tog djela. Oni su smatrali da “namjera da se uništi” grupa u smislu člana 220a Krivičnog zakonika, kako se tumači i u svjetlu člana II Konvencije o genocidu, nije iziskivala namjeru da se uništi grupa u fizičkom ili biološkom smislu. Bilo je dovoljno da počinitelj ima za cilj da uništi grupu o kojoj je riječ kao društvenu jedinicu.

105. Sud konstatuje da su domaći sudovi tumačili “namjeru da se uništi grupa kao takva” sistematično u kontekstu člana 220a stav 1 Krivičnog zakonika kao cjeline, uzevši u obzir naročito alternative te odredbe izražene u br. 4 (uvođenje mjera koje imaju za cilj da spriječe rođenje unutar grupe) i br. 5 (prisilno prebacivanje djece iz jedne grupe u drugu), koje ne podrazumijevaju fizičko uništenje živućih pripadnika predmetne grupe. Sud

nalazi da tumačenje domaćih sudova po kome “namjera da se uništi grupa” ne iziskuje fizičko uništenje grupe, a koje je usvojeno takođe i od niza naučnika (v. stav 36 i 47 ove presude) jeste stoga obuhvaćeno formulacijom krivičnog djela genocida u Krivičnom zakoniku kada se on čita u ovom kontekstu i da ne izgleda nerazumno.

106. Nadalje, Sud, kao i domaći sudovi, smatra da je za utvrđivanje suštine krivičnog djela genocide neophodno da se uzme u razmatranje i kodifikacija zabrane genocida u članu II Konvencije o genocidu, zbog čijeg je poštovanja član 220a i unesen u Krivični zakonik i u svjetlu kojega treba da se tumači navedeni član. Pošto formulacija člana 220a Krivičnog zakonika odgovara formulaciji člana II Konvencije o genocidu, bar što se tiče definicije genocida, gore navedeno obrazloženje o obimu zabrane genocida jednako se primjenjuje i na nju.

107. Štaviše, tumačenje njemačkih sudova ne samo da su podržali brojni naučnici u relevantno vrijeme kada je zločin počinjen (v. stav 36 ove presude), već se i Generalna skupština Ujedinjenih nacija u svojoj Rezoluciji 47/121 od 18 decembra 1992. godine saglasila sa širim tumačenjem koje su usvojili njemački sudovi u ovom predmetu (v. stav 41 ove presude).

108. Kao posljedica toga, djela podnosioca predstavke, koja je počinio tokom etničkog čišćenja u području Doboja sa namjerom da uništi grupu Muslimana kao društvenu jedinicu, mogu se razumno smatrati djelima koja spadaju u obim krivičnog djela genocida.

109. Drugo, u odlučivanju da li je tumačenje krivičnog djela genocid koje su dali njemački sudovi mogao, razumno gledano, da predvidi podnosilac predstavke u predmetno vrijeme, Sud zapaža da je podnosilac predstavke prva osoba koju su njemački sudovi osudili za genocid po članu 220a od kada je 1995. godine taj član ugrađen u Krivični zakonik. U tim okolnostima Sud nalazi da, za razliku od predmeta koji se odnose na promjenu ranije postojeće sudske prakse, tumačenje obima ovog krivičnog djela, koje je – u ovom predmetu – konzistentno sa suštinom tog krivičnog djela, mora, po pravilu, da se smatra predvidivim. Uprkos tome, Sud ne isključuje da, u izuzetnim slučajevima, podnosilac predstavke može da se pozove na neko konkretno tumačenje odredbi koje su dali domaći sudovi u posebnim okolnostima predmeta.

110. U ovom konkretnom predmetu, koji se odnosi na tumačenje odredbi koje proizlaze iz međunarodnog javnog prava, a koje su dali domaći sudovi, Sud nalazi da je neophodno, da bi se obezbijedilo da zaštita koja se garantuje članom 7 stav 1 Konvencije i dalje bude djelotvorna, da se ispita da li su postojale neke posebne okolnosti koje bi garantovale zaključak da je podnosilac predstavke, ako je potrebno nakon što je dobio pravni savjet, mogao da se osloni na uže tumačenje domaćih sudova obima krivičnog djela genocida, uzevši u obzir, naročito, tumačenje krivičnog djela genocida koje su dali drugi organi vlasti.

111. Sud konstatuje u vezi sa tim da su u predmetno vrijeme obim člana II Konvencije o genocidu, na kome se bazira član 220a Krivičnog zakonika, naučnici osporavali po pitanju definicije “namjere da se uništi grupa”. Dok je većina pravnih autora zauzela stav da etničko čišćenje, na način na koji su ga vršile srpske snage u Bosni i Hercegovini da bi protjerale Muslimane i Hrvate iz njihovih domova ne predstavlja genocid, ipak je značajan broj naučnika ukazao na to da ta djela zaista predstavljaju genocid (v. stav 47 ove presude).

112. Sud dalje zapaža da su – čak i nakon što je podnosilac predstavke počinio sporna djela – obim genocida na različite načine tumačile međunarodne vlasti. Tačno je da se MKSBJ, u svojoj presudi u predmetima *Tužilac protiv Krstića* i *Tužilac protiv Kupreškića i drugih*, izričito nije složio sa širokim tumačenjem “namjere da se uništi” koju su usvojili Generalna skupština Ujedinjenih nacija i njemački sudovi. Pozivajući se na princip *nullum crimen sine lege*, MKSBJ je izrazio mišljenje da genocid, po definiciji u međunarodnom javnom pravu, obuhvata samo djela koja imaju za cilj fizičko ili biološko uništenje zaštićene grupe. Međutim, kako su presude MKSBJ – kao i dalje odluke koje se odnose na ovaj predmet koje su donosili domaći i međunarodni sudovi, naročito Međunarodni sud pravde (v. stav 45 ove presude), u odnosu na njihove domaće ili međunarodne kodifikacije zločina genocida – bile donesene nakon što je podnosilac predstavke počinio djelo za koje se tereti, on nije mogao da se osloni na ovo tumačenje koje su dali njemački sudovi u odnosu na njemačko pravo u predmetno vrijeme, tj. kada je počinio djelo za koje se tereti.

113. U svjetlu gore navedenog, Sud zaključuje da, iako mnogi autoriteti daju prednost uskom tumačenju zločina genocida, već je u predmetno vrijeme bilo nekoliko autoriteta koji su tumačili zločin genocida na isti širi način kao i njemački sudovi. U ovim okolnostima, Sud nalazi da je podnosilac predstavke, ako je potrebno uz pomoć advokata, mogao razumno da predvidi da rizikuje da bude optužen i osuđen za genocid za djela koja je počinio 1992. godine. U tom kontekstu Sud takođe gleda i činjenicu da je podnosilac predstavke oglašen krivim za djela značajne težine i trajanja: ubijanje nekolicine ljudi i pritvaranje i zlostavljanje velikog broja ljudi u periodu od nekoliko mjeseci kao lider paravojne grupe sprovodeći politiku etničkog čišćenja.

114. Stoga tumačenje zločina genocide koje su dali domaći sudovi može razumno da se smatra konzistentnim suštini tog krivičnog djela i podnosilac predstavke mogao je razumno da ga predvidi u predmetno vrijeme. Pošto su ovi uslovi ispunjeni, njemački sudovi su bili ti koji je trebalo da odluče koje tumačenje zločina genocida po domaćem pravu oni žele da usvoje. Shodno tome osuđujućom presudom za genocid koja je izrečena podnosiocu predstavke nije povrijeđen član 7 stav 1 Konvencije

115. Što se tiče daljih pritužbi podnosioca predstavke po članu 7 stav 1 da su sudovi krivo našli da je njegova krivica naročite težine, Sud konstatuje da su argumenti podnosioca predstavke u ovom smislu ograničeni na navode činjeničnih i pravnih grešaka. Oni ne otkrivaju niti postojanje povrede navedene odredbe niti povredu člana 7 stav 1 Konvencije.

116. Shodno tome, Sud zaključuje da nije bilo povrede člana 7 stav 1 Konvencije.

IZ TIH RAZLOGA SUD JEDNOGLASNO

1. *Proглашава* pritužbu po članu 6 stav 1 i stav 3 (d) Konvencije, koja se odnosi na uzimanje dokaza od strane domaćih sudova, neprihvatljivom, a ostatak predstavke prihvatljivom;
2. *Nalazi* da nije bilo povrede člana 6 stav 1 niti člana 5 stav 1 Konvencije barem što se tiče pritužbe podnosioca predstavke da njemački sudovi nisu imali nadležnost da mu sude po optužbama za genocid
3. *Nalazi* da nije bilo povrede člana 7 Konvencije.

Sačinjeno na engleskom jeziku i dostavljeno u pisanoj formi 12. jula 2007. godine prema pravilu 77 stav 2 i stav 3 Poslovnika Suda

Claudia Westerdiek
Sekretar

Peer Lorenzen
Predsjednik

© Savjet Evrope/Evropski sud za ljudska prava, 2012. godina.

Zvanični jezici Evropskog suda za ljudska prava su engleski i francuski. Ovaj prevod urađen je uz pomoć Fonda za ljudska prava Savjeta Evrope (www.coe.int/humanrightstrustfund). On nije obavezujući za Sud i Sud ne preuzima odgovornost za njegov kvalitet. Prevod se može preuzeti sa baze podataka o sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava HUDOC (<http://hudoc.echr.coe.int>) ili sa bilo koje druge baze podataka kojoj ga je Sud dostavio. Prevod se može reprodukovati za nekomercijalne svrhe pod uslovom da se navede puni naziv predmeta, sa gore navedenom izjavom o autorskim pravima i pominjanjem Fonda za ljudska prava. Ukoliko je namjera da se bilo koji dio ovog prevoda upotrijebi za komercijalne svrhe, molimo vas da se obratite na adresu 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