

© Ministerstwo Sprawiedliwości, www.gov.pl/web/sprawiedliwosc [Translation already published on the official website of the Polish Ministry of Justice] Permission to re-publish this translation has been granted by the Polish Ministry of Justice for the sole purpose of its inclusion in the Court's database HUDOC

© Ministerstwo Sprawiedliwości, www.gov.pl/web/sprawiedliwosc [Tłumaczenie zostało już opublikowane na oficjalnej stronie Ministerstwa Sprawiedliwości] Zezwolenie na publikację tego tłumaczenia zostało udzielone przez Ministerstwo Sprawiedliwości wyłącznie w celu zamieszczenia w bazie Trybunału HUDOC

EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA

SPRAWA STRELETZ, KESSLER i KRENZ PRZECIWKO NIEMCOM

(Skargi nr 34044/96, 35532/97 i 44801/98)

WYROK

STRASBURG

22 marca 2001 r.

W sprawie Streletz, Kessler i Krenz przeciwko Niemcom,
Europejski Trybunał Praw Człowieka, zasiadając jako Wielka Izba
w składzie:

L. WILDHABER, *Przewodniczący*

E. PALM,

C.L. ROZAKIS,

G. RESS,

J.-P. COSTA,

L. FERRARI BRAVO,

L. CAFLISCH,

L. LOUCAIDES,

I. CABRAL BARRETO,

K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA,

B. ZUPANČIČ,

N. VAJIĆ,

M. PELLONPÄÄ,

M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

E. LEVITS,

A. KOVLER,

oraz M. DE SALVIA, *Kanclerz,*

obradując na posiedzeniu niejawnym w dniach 8 listopada 2000 r. i 14
lutego 2001 r.,

wyduje następujący wyrok, który został przyjęty w ostatnim
z wymienionych dni:

POSTĘPOWANIE

1. Sprawa wywodzi się z trzech skarg (nr 34044/96, 35532/97 i 44801/98) wniesionych przeciwko Republice Federalnej Niemiec. Dwaj obywatele niemieccy, Fritz Streletz i Heinz Kessler („pierwszy i drugi skarżący”), wnieśli odpowiednio w dniach 20 listopada 1996 r. i 28 stycznia 1997 r. do Europejskiej Komisji Praw Człowieka („Komisja”) skargi na podstawie ówczesnego art. 25 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności („Konwencja”). Trzeci obywatel niemiecki, Egon Krenz („trzeci skarżący”), wniósł do Trybunału skargę na podstawie art. 34 Konwencji w dniu 4 listopada 1998 r.

2. Skarżącym przyznano pomoc prawną.

3. Skarżący zarzucali, że czyny, za które byli ścigani, w czasie ich popełnienia nie stanowiły przestępstw według prawa krajowego ani międzynarodowego, w związku z czym ich skazanie przez niemieckie sądy

stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 Konwencji. Skarżący powoływali się także na art. 1 i art. 2 ust. 2 Konwencji.

4. Pierwsze dwie skargi zostały przekazane do Trybunału w dniu 1 listopada 1998 r., kiedy to wszedł w życie Protokół nr 11 do Konwencji (art. 5 ust. 2 Protokołu nr 11).

5. Wszystkie trzy skargi przydzielono Sekcji Czwartej Trybunału, równocześnie ze skargą (nr 37201/97) wniesioną przez K.-H.W. przeciwko Republice Federalnej Niemiec (Reguła 52 § 1 Regulaminu Trybunału).

W dniu 9 grudnia 1999 r. Izba ukonstytuowana w ramach tej Sekcji, w składzie: M. Pellonpää, Przewodniczący, Mr G. Ress, A. Pastor Ridruejo, L. Caflisch, J. Makarczyk, I. Cabral Barreto, N. Vajić oraz V. Berger, Kanclerz Sekcji, zrzekła się właściwości na rzecz Wielkiej Izby, przy braku sprzeciwu stron (art. 30 Konwencji i Reguła 72 Regulaminu).

6. Skład Wielkiej Izby ustalono zgodnie z art. 27 ust. 2 i 3 Konwencji oraz Regułą 24 Regulaminu (w ówczesnym brzmieniu). Przewodniczący Wielkiej Izby zdecydował, że w interesie należytego wymiaru sprawiedliwości trzy pierwsze skargi, a także skarga K.-H.W., powinny zostać przydzielone tej samej Wielkiej Izbie (Reguły 24, 43 § 2 i 71).

7. Skarżący oraz niemiecki rząd („Rząd”) przedłożyli pisemne uwagi co do dopuszczalności i przedmiotu skarg.

8. Rozprawa w kwestii dopuszczalności i przedmiotu trzech skarg oraz skargi K.-H.W. odbyła się w dniu 8 listopada 2000 r. w Budynku Praw Człowieka w Strasburgu (Reguła 54 §4).

Przed Trybunałem stawili się:

a) *ze strony Rządu*

K. STOLTENBERG, *Ministerialdirigent*, *pełnomocnik*,
C. TOMUSCHAT, profesor prawa międzynarodowego publicznego,
K.-H. STÖR, *Ministerialrat*, *doradcy*;

(b) *ze strony skarżących*

P. GARDNER, z Izby Adwokackiej w Londynie,
F. WOLFF, ze strony pierwszego skarżącego,
H.-P. MILDEBRATH, ze strony drugiego skarżącego,
R. UNGER, ze strony trzeciego skarżącego, wszyscy z Izby Adwokackiej
w Berlinie, *pełnomocnicy*;

(c) *ze strony K.-H.W.*

D. LAMMER, z Izby Adwokackiej w Berlinie, *pełnomocnik*.

Trybunał wysłuchał ich stanowisk.

9. Decyzjami z dnia 8 listopada 2000 r. [*Dopisek Kancelarii*. Decyzje Trybunału dostępne są w Kancelarii] Wielka Izba stwierdziła dopuszczalność wszystkich trzech skarg w niniejszej sprawie oraz skargi K.-H.W.

10. W dniu 14 lutego 2001 r. Wielka Izba zdecydowało o połączeniu skarg p. Streletza, p. Kesslera i p. Krenza (Reguła 43 § 1).

FAKTY

I. OKOLICZNOŚCI SPRAWY

11. Skarżący są obywatelami niemieckimi, którzy urodzili się odpowiednio w latach 1926, 1920 oraz 1937.

12. Po skazaniu przez sądy niemieckie dwaj pierwsi skarżący (Fritz Streletz i Heinz Kessler) zostali osadzeni w zakładzie karnym typu półotwartego (*offener Strafvollzug*), skąd zwolniono ich po odbyciu mniej więcej dwóch trzecich kary. Aktualnie mieszkają odpowiednio w Strausberg (Niemcy) i w Berlinie (Niemcy).

Trzeci skarżący (Egon Krenz) od stycznia 2000 r. odbywa karę w zakładzie karnym typu półotwartego w Plötzensee w Berlinie.

A. Ogólny kontekst sytuacyjny

13. W latach 1949-1961 około dwóch i pół miliona Niemców uciekło z Niemieckiej Republiki Demokratycznej (NRD) do Republiki Federalnej Niemiec (RFN). Aby zahamować tę niekończącą się falę uciekinierów, w dniu 13 sierpnia 1961 r. NRD wzniosła mur berliński oraz wzmocniła wszystkie środki bezpieczeństwa wzdłuż granicy między oboma państwami niemieckimi, w szczególności poprzez zainstalowanie systemu min przeciwpiechotnych i urządzeń samostrzelnych (*Selbstschussanlagen*). W rezultacie wiele osób, które próbowały przekroczyć granicę by dostać się na zachód, straciło życie albo uaktywniając miny przeciwpiechotne lub urządzenia samostrzelne albo na skutek postrzelenia przez wschodnioniemiecką straż graniczną. Według oficjalnych danych przedstawionych przez organy ścigania RFN zginęły 264 osoby. Inne źródła – m.in. „Grupa robocza 13. sierpnia” *Arbeitsgemeinschaft 13. August* – podały wyższą liczbę ofiar, tj. 938 zabitych. W każdym razie ustalenie dokładnej ilości zabitych jest trudne, ponieważ zdarzenia, do których dochodziło na granicy, były utrzymywane przez władze NRD w ścisłej tajemnicy.

14. Rada Państwa NRD (*Staatsrat*) wraz z Narodową Radą Obrony NRD (*Nationaler Verteidigungsrat*) ustaliły zasady postępowania w sprawach

dotyczących obrony i bezpieczeństwa narodowego oraz w sprawach dotyczących organizacji działań obronnych (art. 73 Konstytucji NRD – zob. par. 28 poniżej).

Przewodniczący obu tych organów oraz przewodniczący parlamentu NRD (*Volkskammer*) byli członkami Socjalistycznej Partii Jedności Niemiec (*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*).

Organem decyzyjnym partii, a zarazem najwyższą władzą w NRD było Biuro Polityczne (*Politbüro*) Komitetu Centralnego Socjalistycznej Partii Jedności Niemiec. Podejmowało ono wszystkie decyzje polityczne oraz decyzje dotyczące wyłaniania przywódców państwa. Liczba członków Biura Politycznego nie była stała: po XI (ostatnim) kongresie Socjalistycznej Partii Jedności Niemiec w kwietniu 1986 r. w jego skład wchodziło dwudziestu dwóch członków i pięciu kandydatów na członków.

Sekretarz Generalny Komitetu Centralnego SED przewodniczył obradom Narodowej Rady Obrony, a wszyscy członkowie Rady byli działaczami partyjnymi. Na ogół Rada zbierała się dwa razy w roku i podejmowała istotne decyzje dotyczące tworzenia i wzmacniania reżimu granicznego (*Grenzregime*) oraz możliwości użycia broni (*Schiessbefehle*).

15. Funkcjonariusze Straży Granicznej NRD (*Grenztruppen der DDR*) byli członkami Narodowej Armii Ludowej (*Nationale Volksarmee*) i podlegali bezpośrednio Ministerstwu Obrony (*Ministerium für nationale Verteidigung*). Coroczne zarządzenia Ministra Obrony wydawane były na podstawie decyzji Narodowej Rady Obrony.

Przykładowo w decyzji z dnia 14 września 1962 r. Narodowa Rada Obrony jasno stwierdziła, że rozkazy (*Befehle*) i polecenia służbowe (*Dienstvorschriften*) wydawane przez Ministra Obrony powinny dawać do zrozumienia funkcjonariuszom straży granicznej, że to oni są „w pełni odpowiedzialni za utrzymanie nienaruszalności granicy państwa w ich sektorze oraz że „osoby naruszające granicę” [*Grenzverletzer*] we wszystkich przypadkach należy zatrzymywać jako wrogów [*Gegner*], a w razie konieczności unicestwić [*vernichtet*]”. Podobnie stwierdzono w poleceniu służbowym z dnia 1 lutego 1967 r.: „Miny należy rozmieścić w punktach strategicznych w bliskiej odległości od siebie (...), tak by uniemożliwić poruszanie się osób naruszających granicę oraz (...) doprowadzić do ich zatrzymania lub unicestwienia”.

Począwszy od roku 1961, a w szczególności w latach 1971-1989, na posiedzeniach Narodowej Rady Obrony regularnie omawiano kwestie wzmocnienia i ulepszenia systemów bezpieczeństwa na granicy (*Grenzsicherungsanlagen*) oraz możliwość używania broni palnej. W rezultacie w zarządzeniach wydawanych przez Ministra Obrony kładziono nacisk na potrzebę ochrony granic państwowych NRD za wszelką cenę oraz podkreślano, że „osoby naruszające granicę” muszą być zatrzymywane lub unicestwiane; zarządzenia te były następnie wprowadzane w życie przez oficerów dowodzących oddziałami straży granicznej. Wszystkie działania

funkcjonariuszy straży granicznej, w tym rozmieszczanie min i używanie broni palnej w stosunku do uciekinierów, były oparte na takim kanale przekazywania zarządzeń.

16. Skarżący zajmowali naczelne stanowiska w aparacie państwowym NRD oraz w kierownictwie Socjalistycznej Partii Jedności Niemiec:

– pierwszy skarżący był członkiem Narodowej Rady Obrony od 1971 r., członkiem Komitetu Centralnego Socjalistycznej Partii Jedności Niemiec od 1981 r. oraz wiceministrem obrony w latach 1979-1989;

– drugi skarżący był członkiem Komitetu Centralnego Socjalistycznej Partii Jedności Niemiec od 1946 r., szefem Sztabu Generalnego Narodowej Armii Ludowej i członkiem Narodowej Rady Obrony od 1967 r. oraz ministrem obrony w latach 1985-1989;

– trzeci skarżący był członkiem Komitetu Centralnego Socjalistycznej Partii Jedności Niemiec od 1973 r., członkiem Rady Państwa od 1981 r., członkiem Biura Politycznego i Narodowej Rady Obrony od 1983 r., Sekretarzem Generalnym Komitetu Centralnego Socjalistycznej Partii Jedności Niemiec (przejął tę funkcję po E. Honeckerze), a także przewodniczącym Rady Państwa i Narodowej Rady Obrony w okresie od października do grudnia 1989 r.

17. Jesienią 1989 r. masowe ucieczki obywateli NRD do ambasad RFN w Pradze i w Warszawie, a także na Węgry, które w dniu 11 września 1989 r. otworzyły swoje granice z Austrią; demonstracje dziesiątków tysięcy ludzi na ulicach Drezna, Lipska, wschodniego Berlina i innych miast oraz kampania restrukturyzacji i otwartości prowadzona w Związku Radzieckim Michaiła Gorbaczowa (pierestrojka i głasnost) przyspieszyły upadek muru berlińskiego w dniu 9 listopada 1989 r., rozpad reżimu w NRD oraz proces wiodący do zjednoczenia Niemiec w dniu 3 października 1990 r.

Notą werbalna z dnia 8 września 1989 r. Węgry zawiesiły stosowanie art. 6 i art. 8 dwustronnej umowy z NRD z dnia 20 czerwca 1969 r. (w której oba państwa postanowiły wzajemnie znieść wizy wjazdowe dla swoich obywateli oraz nie udzielać zgody na wyjazd podróżującym do państw trzecich), powołując się wprost na art. 6 i art. 12 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (zob. par. 40 poniżej) oraz na art. 62 (zasadnicza zmiana okoliczności) Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów.

18. Latem 1990 r. nowo wybrany parlament NRD zwrócił się do niemieckich organów ustawodawczych o zapewnienie wszczęcia postępowań karnych w związku z bezprawnymi działaniami Socjalistycznej Partii Jedności Niemiec (*die strafrechtliche Verfolgung des SED-Unrechts sicherzustellen*).

B. Postępowanie przed niemieckimi sądami

1. Dwaj pierwsi skarżący (p. Streletz i p. Kessler)

19. Wyrokiem z dnia 16 września 1993 r. Sąd Okręgowy w Berlinie (*Landgericht*) skazał pierwszego i drugiego skarżącego odpowiednio na kary pięciu lat i sześciu miesięcy pozbawienia wolności oraz siedmiu lat i sześciu miesięcy pozbawienia wolności za z podżeganie do zabójstwa (*Anstiftung zum Totschlag*), na tej podstawie, że byli współodpowiedzialni za śmierć kilku młodych osób w wieku 18-28 lat, które w latach 1971-1989 próbowały uciec z NRD, przekraczając granicę pomiędzy dwoma niemieckimi państwami (odpowiednio sześć i siedem przypadków). Ofiary straciły życie wskutek wybuchu min przeciwpiechotnych umieszczonych wzdłuż granicy lub wskutek strzałów funkcjonariuszy wschodnioniemieckiej straży granicznej.

Dotyczyło to następujących zdarzeń.

W dniu 8 kwietnia 1971 r. 18-letni Klaus Seifert podczas próby przekroczenia granicy nastąpił na minę lądową (*Erdmine*) i stracił lewą nogę. Udało mu się jednak dotrzeć na terytorium RFN, gdzie po serii operacji zmarł z powodu doznanych obrażeń.

W dniu 16 stycznia 1973 r. 26-letni Hans-Friedrich Franck podczas próby przekroczenia granicy został ciężko ranny wskutek wybuchu miny odłamkowej (*Splittermine*). Udało mu się jednak dotrzeć na terytorium RFN, gdzie wkrótce zmarł z powodu doznanych obrażeń.

W dniu 14 lipca 1974 r. 25-letni Wolfgang Vogler podczas próby przekroczenia granicy został ciężko ranny wskutek wybuchu miny odłamkowej. Dwadzieścia minut później funkcjonariusze Straży Granicznej NRD zaciągnęli go do ciężarówki stojącej poza strefą graniczną. Po dwóch godzinach dotarł do szpitala, gdzie zmarł z powodu doznanych obrażeń.

W dniu 7 kwietnia 1980 r. 28-letni Wolfgang Bothe podczas próby przekroczenia granicy został ciężko ranny wskutek wybuchu miny odłamkowej. Po serii operacji zmarł z powodu doznanych obrażeń.

W dniu 22 marca 1984 r. 20-letni Frank Mater podczas próby przekroczenia granicy został ciężko ranny wskutek wybuchu miny odłamkowej. Zmarł wkrótce potem.

W dniu 1 grudnia 1984 r. dwaj funkcjonariusze Straży Granicznej NRD oddali strzały w kierunku 20-letniego Michaela-Horsta Schmidta, trafiając go w plecy, gdy ten próbował po drabinie wspiąć się na Mur Berliński. Nie udzielono mu pierwszej pomocy. Do szpitala Policji Ludowej NRD trafił dopiero dwie godziny później, ale do tego czasu wykrwawił się na śmierć. Funkcjonariusze, którzy do niego strzelali, otrzymali pochwały. Wyrażono jedynie ubolewanie z powodu zużycia dużej ilości amunicji.

W nocy z 5 na 6 lutego 1989 r. Chris Gueffroy i Christian Gaudian, obaj 20-latkowie, próbowali uciec przez Mur Berliński. Gueffroy został

postrzelony przez Straż Graniczną NRD i zmarł na miejscu. Gaudian odniósł rany postrzałowe. Funkcjonariusze, którzy do nich strzelali, otrzymali pochwały.

Sąd okręgowy zauważył, że wszystkie zarządzenia Ministra Obrony, w tym dotyczące użycia broni palnej na granicy, zostały wydane na podstawie decyzji Narodowej Rady Obrony, której skarżący byli członkami. Funkcjonariuszom straży granicznej nakazano ochronę granic NRD za wszelką cenę, nawet gdyby oznaczało to utratę życia przez „osoby naruszające granicę” (*Grenzverletzer*).

Sąd okręgowy ponadto zauważył, że w swojej praktyce władze Niemiec Wschodnich celowo wykraczały poza sformułowania ustawowe (*Wortlaut des Gesetzes*), pisemne rozkazy czy polecenia służbowe; przepisy regulujące użycie broni palnej na granicy lekceważono. Dla funkcjonariuszy straży granicznej ważne było nie prawo pisane, ale to, co wpajano im podczas szkoleń, w formie instrukcji politycznych oraz w trakcie ich codziennej służby. Rozkaz, który faktycznie wydano funkcjonariuszom straży granicznej, brzmiał: „Oddział [*der Zug*] ... zapewni bezpieczeństwo granicy państwa NRD ... jego obowiązkiem jest uniemożliwienie przekroczeń granicy [*Grenzdurchbrüche*], zatrzymanie lub unicestwienie [*vernichten*] osób naruszających granicę oraz chronienie granic państwa za wszelką cenę [*unter allen Bedingungen*] ...”

W przypadku skutecznego przekroczenia granicy, strażnicy graniczni będący w tym czasie na służbie mogli spodziewać się wszczęcia przeciwko nim śledztwa przez prokuratora wojskowego (*Militärstaatsanwalt*).

Na podstawie przepisów karnych obowiązujących w tamtym czasie w NRD sąd okręgowy uznał pierwszego i drugiego skarżącego za winnych podżegania do zabójstwa (*Anstiftung zum Mord*) (art. 22 ust. 2 pkt. 1 i art. 112 ust. 1 Kodeksu karnego NRD – „StGB-DDR”; zob. par. 32 poniżej). Sąd uznał, że skarżący nie mogli usprawiedliwiać swoich czynów powołując się na przepisy określone w art. 27 ust. 2 ustawy o granicach państwowych NRD (*Grenzgesetz* – zob. par. 38 poniżej), które w praktyce były wykorzystywane do zatajania przypadków zabijania uciekinierów przy użyciu broni palnej, systemu urządzeń samostrzelnych oraz min przeciwpiechotnych. Sąd stwierdził, że praktyka państwa „w sposób rażący i nie do przyjęcia naruszała elementarne zasady sprawiedliwości i prawa człowieka chronione prawem międzynarodowym („*diese Staatspraxis hat offensichtlich und unerträglich gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte verstoßen*”). Sąd okręgowy zastosował wówczas ustawę karną RFN, która była względniejsza od przepisów NRD, i uznał obu skarżących za winnych podżegania do zabójstwa (art. 26 i art. 212 ust. 1 Kodeksu karnego RFN – „StGB”).

20. Wyrokiem z dnia 26 lipca 1994 r. Federalny Trybunał Sprawiedliwości (*Bundesgerichtshof*) najpierw podzielił ustalenia sądu okręgowego w zakresie kwalifikacji prawnej czynów zgodnie z prawem

NRD, a następnie zastosował przepisy karne RFN, po części dlatego, że było to prawo mające zastosowanie w miejscu wystąpienia skutku przestępstwa (*Tatort – Erfolgsort*), jako że jeden z uciekinierów zmarł na terytorium RFN, a po części z tego względu, że przepisy karne RFN były względniejsze niż przepisy karne NRD. Po drugie, Federalny Trybunał Sprawiedliwości zmienił kwalifikację prawną czynów zgodnie z prawem karnym RFN oraz dokonał korekty zarzutów przedstawionych dwóm skarżącym, uznając ich za sprawców pośrednich zabójstwa (*Totschlag in mittelbarer Täterschaft*) (art. 25 i art. 212 StGB – zob. par. 44 poniżej). Wymiar kar, na które skazano skarżących, pozostał bez zmian. Podobnie jak sąd okręgowy, Federalny Trybunał Sprawiedliwości połączył sprawy pierwszego i drugiego skarżącego.

Federalny Trybunał Sprawiedliwości następnie uznał obu skarżących za winnych sprawstwa pośredniego zabójstwa, opierając się na tym, że byli oni członkami Narodowej Rady Obrony – organu, którego decyzje stanowiły konieczną przesłankę (*zwingende Voraussetzung*) wydania zarządzeń regulujących reżim graniczny NRD (*Grenzregime*). Skarżący wiedzieli, że zarządzenia te będą wykonywane oraz że uciekinierzy ginęli na granicy wskutek aktów przemocy. Podobnie jak sąd okręgowy Federalny Trybunał Sprawiedliwości uznał, że obaj skarżący nie mogą bronić się na podstawie art. 27 ust. 2 ustawy o granicach państwowych. Uznał on, że art. 27 ust. 2 oraz jego wykładnia dokonana przez władze NRD rażąco naruszały prawa człowieka, a w szczególności prawo do swobodnego przemieszczania się oraz prawo do życia zapisane w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, ratyfikowanym przez NRD w dniu 8 listopada 1974 r. (zob. par. 40 poniżej). Fakt, że NRD nie dokonała transpozycji tych przepisów do prawa krajowego, nie zmieniał treści zobowiązań tego państwa wynikających z prawa międzynarodowego publicznego. Wreszcie orzeczenie sądu okręgowego nie naruszało art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej (*Grundgesetz* – zob. par. 43 poniżej), ponieważ skarżący nie mogli powołać się na okoliczność wyłączającą bezprawność (*Rechtfertigungsgrund*), która była sprzeczna z normami prawnymi wyższego rzędu. Nawet w czasie istotnym dla sprawy prawidłowa interpretacja art. 27 ust. 2 ustawy o granicach państwowych NRD uniemożliwiałaby powołanie się na okoliczności wyłączające bezprawność z uwagi na ograniczenia przewidziane w samej ustawie, jak również w świetle Konstytucji NRD oraz zobowiązań międzynarodowych tego państwa.

21. W dniu 9 września 1994 r. obaj skarżący wnieśli skargi konstytucyjne do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (*Bundesverfassungsgericht*). Twierdzili, że w świetle prawa obowiązującego w NRD w czasie istotnym dla sprawy ich działania były zgodne z prawem, a zatem nie powinni byli zostać pociągnięci do odpowiedzialności karnej. Odmienna wykładnia dokonana *ex post facto* przez Federalny Trybunał Sprawiedliwości naruszała zasadę *lex retro non agit* w prawie karnym (*Rückwirkungsgebot*), a także art.

103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej. Skarżący podnieśli, że w RFN istniały przepisy podobne do art. 27 ustawy o granicach państwowych NRD oraz że każde państwo dopuszcza ograniczenie prawa do życia w kontekście ścigania przestępców. W związku z tym skarżący powołali się na art. 2 ust. 2 Konwencji. Powołali się także na art. 7 ust. 2 Konwencji oraz na zastrzeżenie wyrażone w odniesieniu do tego przepisu przez RFN (zob. par. 45 poniżej).

22. W wyroku z dnia 24 października 1996 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny zdecydował o połączeniu skargi pierwszego skarżącego ze skargą drugiego skarżącego oraz skargą K.-H.W – byłego funkcjonariusza wschodnioniemieckiej straży granicznej, który także jest skarżącym w sprawie przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka.

Po wysłuchaniu stanowisk Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości (*Bundesministerium für Justiz*) oraz Departamentu Wymiaru Sprawiedliwości (*Senatsverwaltung für Justiz*) kraju związkowego Berlin, Federalny Trybunał Konstytucyjny oddalił wszystkie trzy skargi jako bezzasadne, opierając swoje orzeczenie w szczególności na następujących podstawach:

„Artykuł 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej nie został naruszony.

Skarżący podnosili, że doszło do naruszenia art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej, głównie z uwagi na to, że sądy karne nie zgodziły się uznać kontratypu, który był przewidziany w czasie istotnym dla sprawy w przepisach regulujących reżim graniczny NRD [*Grenzregime*], zgodnie z wykładnią i stosowaniem przez władze NRD. Pierwszy, drugi oraz trzeci skarżący [p. Hans Albrecht, który nie wniósł skargi do Trybunału, p. Kessler i p. Streletz] ponadto podnieśli, że byli ofiarami naruszenia prawa gwarantowanego przez art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej, ponieważ zostali skazani na podstawie prawa Republiki Federalnej jako sprawcy kierowniczy [*mittelbare Täter*].

Żaden z tych zarzutów nie jest uzasadniony.

1. a) Art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej wyraża zasadę praworządności [...]. Zasada ta stanowi podstawę korzystania z praw i swobód obywatelskich, gwarantując pewność prawa, podporządkowując władzę państwową prawu stanowionemu oraz chroniąc zaufanie. Ponadto zasada praworządności obejmuje, jako jedną z idei przewodnich Ustawy Zasadniczej, wymóg sprawiedliwości obiektywnej. W dziedzinie prawa karnego elementy zasady praworządności odzwierciedla zasada *nulla poena sine lege*. Zasada ta jest jednocześnie głęboko zakorzeniona w ludzkiej godności i odpowiedzialności indywidualnej, stanowiących założenia Ustawy Zasadniczej oraz korzystających z konstytucyjnej ochrony na podstawie art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 i które ustawodawca musi mieć na uwadze przy tworzeniu prawa karnego [...] Jest również podstawą art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej [...]

Art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej zabezpiecza te cele, dopuszczając odpowiedzialność karną wyłącznie za czyny, które w czasie ich popełnienia były określone w ustawie z wystarczającą precyzją jako przestępstwa karne. Ponadto zakazuje wymierzania kary wyższej niż przewidziana w ustawie w czasie popełnienia przestępstwa. W celu zapewnienia pewności prawa i sprawiedliwości stanowi on, że w dziedzinie prawa karnego, które pozwala na wyjątkowo poważną ingerencję państwa w prawa osobiste, tylko ustawodawca może określać, jakie przestępstwa podlegają

karze. Art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej wzmacnia zatem zasadę praworządności, ściśle zastrzegając stanowienie prawa dla parlamentu [...]. Zaufanie obywateli jest zyskiwane dzięki temu, że art. 103 ust. 2 daje im gwarancję, że Państwo będzie karać wyłącznie za czyny, które w czasie ich popełnienia były określone przez parlament jako przestępstwa, za które przewidział określone kary. To pozwala obywatelowi na pokierowania swoim postępowaniem, na swoją własną odpowiedzialność, w taki sposób, by uniknąć popełnienia przestępstwa zagrożonego karą. Ten zakaz stosowania prawa karnego wstecz ma charakter bezwzględny [...]. Pełni swoją rolę gwaranta praworządności i praw podstawowych ustanawiając ścisłą zasadę formalną i pod tym względem należy ją odróżnić od innych gwarancji praworządności [...]

b) Art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej chroni przed retroaktywną zmianą oceny bezprawności czynu na niekorzyść sprawcy [...]. W związku z tym wymaga także, by ustawowy kontratyp, na który można było powołać się w czasie popełnienia czynu, wciąż znajdował zastosowanie, nawet jeśli do czasu wszczęcia postępowania karnego został zniesiony. Jeżeli jednak chodzi o kontratypy, to w przeciwieństwie do definicji przestępstw oraz katalogu kar, nie ma mowy o ścisłym zastrzeżeniu prerogatywy prawodawczej parlamentu. W sferze prawa karnego kontratypy mogą także mieć źródło w prawie zwyczajowym lub orzecznictwie. W odniesieniu do kontratypów pozaustawowych, niemniej uznawanych w czasie istotnym dla sprawy, których stosowania zaprzestano dopiero później powstaje pytanie, czy i w jakim zakresie art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej chroni także oczekiwanie, że wciąż będą mieć zastosowanie. Pytanie to nie wymaga udzielenia tutaj generalnej odpowiedzi, ponieważ w rozpatrywanej sprawie na kontratyp – wywodzący się po części z przepisów prawa, a po części z instrukcji administracyjnych i praktyki – powołano się w okolicznościach, które umożliwiają ograniczenie bezwzględnego zakazu retroakcji w artykule 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej.

aa) Art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej uznaje za normalny przypadek, że popełnione przestępstwo objęte jest zakresem prawa karnego materialnego Republiki Federalnej Niemiec, zgodnie z Ustawą Zasadniczą i że sprawa o przestępstwo jest rozstrzygana przez sąd w takim kontekście. W takim normalnym przypadku przepisy prawa karnego, które zostały uchwalone zgodnie z zasadami demokracji, podziału władzy i poszanowania praw podstawowych, a tym samym generalnie spełniające wymóg obiektywnej sprawiedliwości [*materielle Gerechtigkeit*], stanowią podstawę praworządności [*rechtsstaatliche Anknüpfung*], konieczną do bezwzględnej i ścisłej ochrony zaufania zapewnianej przez art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej.

bb) Zasada ta nie ma już nieograniczonego zastosowania, ponieważ na skutek zjednoczenia i jak uzgodniono w treści Traktatu o zjednoczeniu, art. 315 ustawy wprowadzającej Kodeks karny, w związku z art. 2 tego kodeksu stanowią, że prawo karne NRD stosuje się w postępowaniach karnych w sprawach o przestępstwa popełnione w byłej NRD. Zasada ta jest konsekwencją przejęcia przez Republikę Federalną odpowiedzialności za wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych na terytorium NRD; jest też zgodna z art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej, jako że wobec obywateli byłej NRD postępowanie karne prowadzi się na podstawie przepisów prawa karnego mających zastosowanie w omawianym czasie, a prawo obowiązujące w Republice Federalnej w czasie skazania stosuje się tylko, gdy jest ono względniejsze dla sprawcy. Jednak sytuacja prawna, w której Republika Federalna ma wykonywać swoje uprawnienia w sprawach karnych na podstawie prawa państwa, w którym ani nie praktykowano demokracji, ani nie uznawano podziału władzy, ani nie szanowano praw podstawowych, może prowadzić do konfliktu pomiędzy obowiązującą zasadą praworządności zawartą w Ustawie Zasadniczej,

a bezwzględny zakaz retroakcji przewidziany w jej art. 103 ust. 2, którego uzasadnienia – jak zauważono – należy wywodzić z zasady praworządności [*rechtsstaatliche Rechtfertigung*], ze szczególnego zaufania, jakim obywatele darzą ustawy karne jeśli zostały uchwalone przez demokratycznego ustawodawcę zobligowanego do poszanowania praw podstawowych. Ta szczególna podstawa zaufania ustaje w przypadku, gdy inne państwo ustawowo definiuje określone czyny jako poważne przestępstwa, wyłączając jednak możliwość ukarania z uwagi na dopuszczenie kontratypów obejmujących niektóre z tych czynów, a nawet żądając lub zachęcając do ich stosowania wbrew przepisom prawa pisanego, poważnie naruszając tym samym prawa człowieka powszechnie uznawane przez społeczność międzynarodową. W ten sposób osoby, którym powierzono władzę państwową, stworzyły system tak sprzeczny ze sprawiedliwością, że może on przetrwać tylko tak długo, jak długo będzie istnieć władza państwowa, która go stworzyła.

W takiej na wskroś wyjątkowej sytuacji wymóg obiektywnej sprawiedliwości, który obejmuje także konieczność poszanowania praw człowieka uznawanych przez społeczność międzynarodową, uniemożliwia sądowi zaakceptowanie takich okoliczności usprawiedliwiających. Pierwszeństwo musi przysługiwać bezwzględnej ochronie zaufania do gwarancji zapewnionej przez art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej, w przeciwnym razie wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych w Republice Federalnej stałby w sprzeczności z zasadami praworządności [*rechtsstaatliche Prämissen*]. Obywatel obecnie podlegający jurysdykcji karnej Republiki Federalnej nie może powołać się na taki kontratyp; we wszystkich pozostałych aspektach zasada zaufania wciąż ma zastosowanie; każdy obywatel ma gwarancję, że w jeśli zostanie skazany, to wyłącznie na podstawie ustawy obowiązującej w czasie popełnienia przestępstwa.

cc) Republika Federalna doświadczyła podobnych konfliktów, podczas procesów dotyczących zbrodni Narodowego Socjalizmu.

1. W związku z tym Najwyższy Trybunał Sprawiedliwości dla strefy brytyjskiej, a później Federalny Trybunał Sprawiedliwości rozstrzygały kwestię, czy dany czyn może stać się karalny retroaktywnie, jeśli norma prawna została pominięta z powodu rażącego naruszenia zasad prawnych wyższego rzędu. Sądy te przyjęły stanowisko, że mogą istnieć przepisy oraz instrukcje, którym należy odmówić statusu prawa, bez względu na ich status źródła prawa, skoro naruszały one zasady prawne mające zastosowanie niezależnie od tego, czy zostały uznane przez państwo; ten, kto postępował zgodnie z tymi przepisami nadal podlegał karze [...]. Federalny Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że w takich sprawach zachowanie sprawców nie było osądzane według kryteriów, które nabrały generalnej mocy obowiązującej dopiero później. Nie kazano też sprawcom odpowiadać za zarzuty przeciwko nim na podstawie kryteriów, które jeszcze nie obowiązywały lub już nie obowiązywały w przedmiotowym czasie. Nie można było przypuszczać, że sprawcy nie byli zaznajomieni w przedmiotowym czasie z odpowiednimi zasadami, jako że zasady te były nieodzownym elementem ludzkiej koegzystencji i stanowiły nienaruszalny trzon systemu prawa [...].

2. Federalny Trybunał Konstytucyjny do tej pory musiał zajmować się problemem „ustawowego bezprawia” [*gesetzliches Unrecht*] tylko w dziedzinach innych niż prawo karne. Przyjął stanowisko, że w sprawach, w których prawo pozytywne jest w niedopuszczalny sposób rozbieżne ze sprawiedliwością, zasada pewności prawa może musieć ustąpić pierwszeństwa zasadzie obiektywnej sprawiedliwości. W związku z powyższym odwołał się do pism Gustawa

Radbrucha [Gustaw Radbruch (1878-1949): niemiecki profesor prawa, który wywarł znaczący wpływ na filozofię prawa. Po doświadczeniach zbrodni nazistowskich Radbruch sformułował zasadę zwaną także „formułą Radbrucha” (*Radbruch'sche Formel*), zgodnie z którą prawo pozytywne musi zostać uznane za sprzeczne ze sprawiedliwością, gdy zachodzi tak drastyczna rozbieżność między prawem stanowionym a sprawiedliwością, że prawo stanowione musi ustąpić przed sprawiedliwością] oraz w szczególności do tego, co stało się znane jako „formuła Radbrucha”. W tej kwestii Trybunał niejednokrotnie podkreślał, że prawo stanowione powinno być wyłączone ze stosowania tylko w absolutnie wyjątkowych przypadkach oraz że wyłącznie niesprawiedliwy akt prawny, który jest nieakceptowalny z punktu widzenia jakiegokolwiek światłego poglądu, może mimo wszystko wciąż być uznawany za obowiązujący i budować pewność prawa, ponieważ ze swej natury nadal sprzyja porządkowi. Jednak okres rządów narodowych socjalistów pokazał, że ustawodawca był w stanie narzucić rażąco złe prawo [...], zatem skoro przepis prawa stanowionego był drastycznie rozbieżny z poczuciem sprawiedliwości, to od początku powinno się odstąpić od jego stosowania [...]

2. Zaskarżone orzeczenia spełniały konstytucyjną przesłankę określoną w pkt 1.

a) Od tamtej pory Federalny Trybunał Sprawiedliwości rozwinął swoje orzecznictwo w sprawach dotyczących „przestępczości rządowej” [*Regierungskriminalität*] w czasach reżimu Socjalistycznej Partii Jedności Niemiec w NRD [...]. Orzecznictwo to stanowi także podstawę orzeczeń zaskarżonych w niniejszej sprawie. Zgodnie z nim sąd powinien zignorować kontratyp, który ma na celu uniewinnienie od zabójstwa osób, które nie dążyły do niczego więcej niż przekroczenie granicy wewnątrz Niemiec, bez broni i bez narażania interesów ogólnie postrzeganych jako objęte ochroną prawną, ponieważ taki kontratyp, który przedkłada zakaz przekraczania granic nad prawo do życia, musi pozostać nieskuteczny z uwagi na rażące i niedopuszczalne naruszenie fundamentalnych zasad sprawiedliwości i praw człowieka chronionych prawem międzynarodowym. Przedmiotowe naruszenie jest na tyle poważne, że godzi w przekonania prawne dotyczące wartości i godności istot ludzkich, które są wspólne dla wszystkich narodów. W takim przypadku prawo pozytywne musi ustąpić pola sprawiedliwości.

Federalny Trybunał Sprawiedliwości opisał zależności między kryteriami łącznie składającymi się na formułę Radbrucha, i prawami człowieka chronionymi prawem międzynarodowym w ten sposób, że kryteria formuły Radbrucha, które były trudne do zastosowania z uwagi na ich niedookreśloność, zostały uzupełnione o bardziej precyzyjne kryteria oceny, ponieważ międzynarodowe paktory dotyczące praw człowieka przewidywały podstawę pozwalającą stwierdzić, kiedy państwo narusza prawa człowieka według przekonań globalnej społeczności prawniczej.

b) Ocena ta pozostaje zbieżna z Ustawą Zasadniczą. Potwierdza to także wyrok Trybunału z dnia 31 lipca 1973 r. w sprawie Traktatu Podstawowego [*Grundlagenvertrag*], w którym uznano, że praktyki NRD na granicy wewnątrzniemieckiej były nieludzkie i że mur, drut kolczasty, „strefa śmierci” [*Todesstreifen*] oraz rozkaz strzelania by zabić, były sprzeczne ze zobowiązaniami traktatowymi podjętymi przez NRD [...]

c) Wbrew stwierdzeniu, że okoliczności usprawiedliwiające wywodzące się z praktyki państwa i rzekomo pozwalające na zabijanie „osób naruszających granicę” muszą zostać odrzucone jako przykład skrajnego bezprawia państwa, skarżący nie

mogą zaprzeczyć, że prawo do życia oraz prawo do wolności przemieszczania się nie są gwarantowane bez ograniczeń przez Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych i nawet państwa demokratyczne typu „zachodniego”, oparte na rządach prawa, przyjęły przepisy prawa, które w określonych okolicznościach wyraźnie dopuszczają użycie broni palnej, w szczególności w związku z pościgiem i zatrzymaniem przestępców. Prawdą jest, że brzmienie przepisów prawa NRD regulujących użycie broni palnej na wewnętrznienieckiej granicy odpowiadało brzmieniu przepisów Republiki Federalnej regulujących użycie przymusu [*unmittelbarer Zwang*]. Jednak ustalenia poczynione w zaskarżonych orzeczeniach wskazują, że oprócz legalnych przepisów wydane zostały rozkazy, które nie pozostawiły miejsca na ograniczenie użycia broni palnej zgodnie z zasadą proporcjonalności i które przenosiły na funkcjonariuszy straży granicznej znajdujących się na miejscu pogląd ich przełożonych – a koniec końców Narodowej Rady Obrony – że osoby naruszające granice winny zostać „zlikwidowane”, jeśli innymi środkami nie da się zapobiec przekroczeniu przez nich granicy. Poprzez takie podporządkowanie prawa jednostki do życia interesowi państwa w zapobieganiu przekraczaniu granic prawo pisane zostało zastąpione wymogami politycznej poprawności. Obiektywnie rzecz ujmując stanowiło to skrajne bezprawie.

d) Skarżący nie mogą także argumentować, że przyjmując, że okoliczności usprawiedliwiające mogą zostać pominięte, Federalny Trybunał Sprawiedliwości, wciąż nie odpowiedział na pytanie, czy i w jakich okolicznościach czyn uznany w ten sposób za bezprawny podlegał karze [...] W celu ustalenia karalności nie ma potrzeby sięgania po ponadpozytywne zasady prawne [*überpositive Rechtsgrundsätze*]. Należy jedynie odnieść się do wartości, które NRD sama przyjęła za podstawy swojego prawa karnego. W omawianym okresie art. 112 i art. 113 Kodeksu karnego NRD bezwzględnie zabraniały umyślnego odbierania życia ludzkiego i wskazywały na wagę takich przestępstw przewidując surowe kary. Jeżeli, z powodów omówionych powyżej, nie istnieją dopuszczalne okoliczności usprawiedliwiające zabójstwo, to definicja przestępstw w wyżej wymienionych przepisach prawa karnego czyni takie zabójstwo przestępstwem podlegającym karze.

3. Trzech pierwszych skarżących zarzuca, że uznanie ich przez Federalny Trybunał Sprawiedliwości za winnych zabójstwa w postaci sprawstwa pośredniego na podstawie ustawy Republiki Federalnej było niezgodne z art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej. Argument ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Sądy karne ustaliły na podstawie przepisów obowiązujących w NRD w omawianym czasie, że skarżący sami narazili się na odpowiedzialność karną poprzez udział w zabijaniu uciekinierów. Federalny Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie podzielił stanowisko sądu okręgowego, że zgodnie z tymi przepisami skarżący byli winni podlegania do zabójstwa (art. 2 ust. 2 pkt 1 i art. 112 ust. 1 Kodeksu karnego NRD). Dopiero na drugim etapie Federalny Trybunał Sprawiedliwości zastosował ustawę Republiki Federalnej Niemiec - w jednym przypadku na podstawie art. 315 ust. 4 ustawy wprowadzającej do Kodeksu karnego w związku z art. 9 ust. 1 Kodeksu karnego (zasada miejsca popełnienia czynu lub miejsca wystąpienia skutku), a w pozostałych przypadkach na podstawie art. 315 ust. 1 ustawy wprowadzającej w związku z art. 2 ust. 3 Kodeksu karnego (ustawa Republiki Federalnej była względniejsza niż ustawa NRD). W żadnym przypadku decyzje te nie były sprzeczne z art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej. Jeżeli chodzi o zastosowanie zasady miejsca popełnienia czynu Izba [Senat] rozstrzygnęła ową kwestię w orzeczeniu z dnia 15 maja 1995 r. i podtrzymuje tę decyzję.

Ze względu na swój cel ochronny art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej nie wyklucza stosowania ustawy łagodniejszej niż ustawa mająca zastosowanie w omawianym czasie. Federalny Trybunał Sprawiedliwości, podzielając pogląd wyrażony w doktrynie [...], że względniejszym jest prawo, które na podstawie ogólnego porównania w konkretnym, indywidualnym przypadku skutkowało wyrokiem korzystniejszym dla sprawcy, nawet jeśli jedno lub drugie kryterium oceny mogło wydawać się mniej korzystne niż kryteria przewidziane w innej ustawie, przy czym czynnikiem decydującym były skutki prawne przestępstwa. Wniosek ten jest zgodny z wyżej wspomnianym celem ochronnym art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej i nie może być kwestionowany w oparciu o przesłanki konstytucyjne.”

2. Trzeci skarżący (E. Krenz)

23. W wyroku z dnia 25 sierpnia 1997 r. Sąd Okręgowy w Berlinie skazał trzeciego skarżącego na karę sześciu lat i sześciu miesięcy pozbawienia wolności za zabójstwo w formie sprawstwa pośredniego, ponieważ skarżący, uczestnicząc w wydaniu dwóch decyzji Biura Politycznego (z dnia 7 czerwca 1985 r. i z dnia 11 marca 1986 r.) oraz dwóch decyzji Narodowej Rady Obrony (z dnia 2 lutego 1984 r. i z dnia 25 lutego 1985 r.) dotyczących reżimu granicznego NRD, był współodpowiedzialny za śmierć czterech młodych osób, które próbowały zbiec z NRD w latach 1984-1989, przekraczając granicę wewnętrznieniecką. Osoby te zostały zastrzelone przez funkcjonariuszy Straży Granicznej Niemiec Wschodnich.

Dotyczyło to następujących zdarzeń.

W dniu 1 grudnia 1984 r. dwóch funkcjonariuszy Straży Granicznej NRD oddało strzały w kierunku 20-letniego Michaela-Horsta Schmidta, trafiając go w plecy, gdy próbował po drabinie wspiąć się na Mur Berliński. Nie udzielono mu pierwszej pomocy. Do szpitala Policji Ludowej NRD trafił dopiero dwie godziny później, ale do tego czasu wykrwawił się na śmierć. Funkcjonariusze, którzy go zastrzelili, otrzymali pochwały. Wyrażono jedynie ubolewanie z powodu zużycia zbyt dużej ilości amunicji.

W dniu 24 listopada 1986 r. dwóch funkcjonariuszy Straży Granicznej NRD oddało strzały w kierunku 25-letniego Michaela Bittnera, który również przy pomocy drabiny próbował wspiąć się na Mur Berliński. Został postrzelony w plecy, stracił równowagę, upadł na ziemię i zmarł kilka minut później, gdy zabierano go ze strefy granicznej, na skutek rany serca. Funkcjonariusze, którzy go zestrzelili, otrzymali odznaczenia i kilkudniowe urlopy specjalne.

W dniu 12 lutego 1987 r. 24-letni Lutz Schmidt ze swoim kolegą 34-letnim Peterem Schultze próbowali wspiąć się na Mur Berliński przy użyciu drabiny. Ponieważ drabina była za krótka uciekinierzy pomagali sobie rękoma. Schultze spadł po zachodniej stronie muru, a Schmidt po stronie wschodniej, gdzie został śmiertelnie ranny w serce w wyniku strzałów oddanych przez dwóch funkcjonariuszy Straży Granicznej NRD. Funkcjonariusze, którzy go zestrzelili, otrzymali odznaczenia, kilkudniowe urlopy specjalne oraz premie w wysokości 300 marek niemieckich.

W nocy z 5 na 6 lutego 1989 r. 20-letni Chris Gueffroy i 20-letni Christian Gaudian próbowali wspiąć się na Mur Berliński. Gueffroy został postrzelony przez funkcjonariusza Straży Granicznej NRD i zmarł na miejscu. Gaudian odniósł rany postrzałowe. Funkcjonariusze, którzy do nich strzelali, otrzymali pochwały.

Na podstawie ustawy karnej mającej zastosowanie w NRD w przedmiotowym czasie sąd okręgowy najpierw uznał trzeciego skarżącego za winnego podżegania do zabójstwa (art. 22 ust. 2 pkt 1 i art. 112 ust. 1 StGB-DDR – zob. par. 32 poniżej), opierając swoje orzeczenie na podstawach, które przedstawił już w wyroku skazującym dwóch pierwszych skarżących z dnia 16 września 1993 r. (zob. par. 19 powyżej). Następnie sąd zastosował przepisy karne RFN jako względniejsze od przepisów karnych NRD i skazał skarżącego za sprawstwo pośrednie zabójstwa (art. 25 i 212 StGB – zob. par. 44 poniżej).

Sąd okręgowy orzekł ponadto, że skarżący nie mógł powoływać się jako na okoliczność usprawiedliwiającą, że suwerenność NRD była ograniczona zależnością od Związku Radzieckiego, ponieważ zobowiązania wynikające z sojuszu (*Bündnisverpflichtung*) nie zwalniają indywidualnej osoby z odpowiedzialności karnej (*strafrechtliche Verantwortung*). Przy ustalaniu wymiaru kary sąd okręgowy ponownie zastosował ustawę karną RFN jako względniejszą od przepisów ustawy karnej NRD.

24. W dniu 9 kwietnia 1998 r. skarżący odwołał się od powyższego wyroku do Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, powołując się w szczególności na art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej oraz na zasadę nieretroaktywnego stosowania prawa karnego.

25. Po rozprawie w dniu 27 października 1999 r. Federalny Trybunał Sprawiedliwości w dniu 8 listopada 1999 r. wydał wyrok utrzymujący w mocy wyrok sądu okręgowego w całości oraz odwołał się do swoich przełomowych wyroków wydanych uprzednio w takich samych sprawach, w tym w szczególności do wyroku z dnia 26 lipca 1994 r. (zob. par. 20 powyżej).

Zwrócił ponadto uwagę, że sąd okręgowy przedstawił szczegółowo listę kolejnych instrukcji wydanych w tej sprawie (*Anordnungsketten*), poczynawszy od decyzji Biura Politycznego i Narodowej Rady Obrony, w których wydaniu skarżący uczestniczył, przez cały łańcuch rozkazów wojskowych (*militärische Befehlskette*), a kończąc na rozkazach wydanych funkcjonariuszom straży granicznej oraz śmiertelnych postrzałach.

26. W dniu 12 stycznia 2000 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny, zasiadając w składzie trzyosobowym, odmówił przyjęcia skargi konstytucyjnej skarżącego, odwołując się m.in. do swojego przełomowego wyroku z dnia 24 października 1996 r. (zob. par. 22 powyżej).

II. ISTOTNE PRZEPISY KRAJOWE I MIĘDZYNARODOWE

A. Traktat zjednoczeniowy Niemiec

27. Niemiecki traktat zjednoczeniowy (*Einigungsvertrag*) z dnia 31 sierpnia 1990 r. wraz z ustawą o traktacie zjednoczeniowym (*Einigungsvertragsgesetz*) z dnia 23 września 1990 stanowi, w przepisach przejściowych Kodeksu karnego (art. 315-315 lit. c) ustawy wprowadzającej Kodeks karny (*Einführungsgesetz in das Strafgesetzbuch*), że prawem właściwym w sprawie jest co do zasady prawo właściwe ze względu na miejsce popełnienia przestępstwa (*Tatortrecht*). Oznacza to, że w przypadku czynów popełnionych przez obywateli NRD na terytorium NRD prawem właściwym jest co do zasady prawo NRD. Zgodnie z art. 2 ust. 3 Kodeksu karnego prawo RFN stosuje się tylko wówczas, gdy jest względniejsze od prawa NRD.

B. Prawo stosowane w NRD w czasie istotnym dla sprawy

1. *Wersje Konstytucji NRD z lat 1968 i 1974 są identyczne w części zawierającej przepisy istotne dla niniejszej sprawy, z wyjątkiem art. 89 ust. 2 (zob. poniżej)*

28. Odpowiednie przepisy Konstytucji stanowią, co następuje:

Artykuł 8

„Powszechnie uznawane normy prawa międzynarodowego służące krzewieniu pokoju i pokojowej współpracy między ludźmi są wiążące [*sind verbindlich*] dla państwa i każdego obywatela.”

Artykuł 19 ust. 2

„Organy państwa, służby w społeczeństwie, jak również każdy obywatel obowiązani są do poszanowania oraz ochrony godności i wolności jednostki [*Persönlichkeit*].”

Artykuł 30 ust. 1 i 2 Konwencji stanowi:

„1) Prawa osobiste i wolność każdego obywatela Niemieckiej Republiki Demokratycznej są nienaruszalne.

(2) Ograniczenia są dopuszczalne wyłącznie w odniesieniu do czynów zagrożonych karą na podstawie ustawy karnej (...) i muszą być przewidziane ustawą. Prawa obywateli mogą ulec ograniczeniu wyłącznie jeżeli tak stanowi ustawa, a ograniczenia nie da się uniknąć w inny sposób [*unumgänglich*].”.

Artykuł 73

„Rada Państwa określa zasady obowiązujące w sprawach obrony narodowej i bezpieczeństwa. Organizuje obronność państwa przy pomocy Narodowej Rady Obrony.”

Artykuł 89 ust. 2

(wersja z 1974 r.; w wersji z 1968 r. zdanie to stanowiło część art. 89 ust. 3)

„Normy prawne nie mogą być sprzeczne z Konstytucją”.

2. *Wersje Kodeksu karnego NRD („StGB-DDR”) z lat 1968 i 1979 są identyczne w części zawierającej przepisy istotne dla przedmiotowej sprawy, z wyjątkiem art. 213 (zob. poniżej)*

29. Pierwszy rozdział części szczególnej (*Besonderer Teil*) StGB-DDR, zatytułowany „Przestępstwa przeciwko suwerenności Niemieckiej Republiki Demokratycznej, pokojowi, ludzkości i prawom człowieka” zawierał następujące wprowadzenie:

„Bezlitosne karanie za przestępstwa przeciwko suwerenności Niemieckiej Republiki Demokratycznej, pokojowi, ludzkości i prawom człowieka oraz przestępstwa wojenne stanowi warunek konieczny do utrzymania pokoju na świecie, przywrócenia wiary w podstawowe prawa człowieka [*Wiederherstellung des Glaubens an grundlegende Menschenrechte*], godność i wartość ludzkiego życia oraz poszanowanie praw każdego człowieka.”

30. Art. 95 of the StGB-DDR brzmiał:

„Kto swoim postępowaniem narusza prawa człowieka lub prawa podstawowe, zobowiązania międzynarodowe lub suwerenność narodową Niemieckiej Republiki Demokratycznej, nie może powoływać się na [*kann sich nicht berufen auf*] ustawę, rozkaz czy pisemną instrukcję w celu wyłączenia bezprawności; w takim przypadku ponosi on odpowiedzialność karną.”

31. Art. 84 StGB-DDR stanowił:

„Do przestępstw przeciwko pokojowi, ludzkości lub prawom człowieka oraz przestępstw wojennych nie stosuje się przepisów dotyczących przedawnienia zawartych w niniejszej ustawie [określających terminy przedawnienia dla poszczególnych kategorii przestępstw].”

32. Art. 112 ust. 1 StGB-DDR przewidywał karę od dziesięciu lat pozbawienia wolności do dożywotniego pozbawienia wolności za zabójstwo (*Mord*). Art. 22 ust. 1 StGB-DDR przewidywał przestępstwo w formie współudziału w przestępstwie (*Teilnahme*), a w szczególności podżeganie (*Anstiftung*) do przestępstwa. Art. 22 ust. 2 stanowił, że odpowiedzialność karną określa ustawa definiująca znamiona danego przestępstwa. Art. 82 ust. 1 pkt 5 StGB-DDR przewidywał dwudziestopięcioletni termin przedawnienia ścigania przestępstw zagrożonych karą powyżej dziesięciu lat pozbawienia wolności.

33. Art. 119 StGB-DDR brzmiał:

„Kto znajdując się w miejscu wypadku lub w sytuacji zagrożenia ludzkiego życia lub zdrowia nie udzieli niezbędnej pomocy w zakresie swoich możliwości, mimo że może to uczynić bez narażania własnego życia lub zdrowia na rzeczywiste niebezpieczeństwo oraz bez uszczerbku dla innych ważnych obowiązków, musi przedstawić dostateczne wytłumaczenie swojego postępowania społecznemu organowi wymiaru sprawiedliwości [*gesellschaftliches Organ der Rechtspflege*] lub podlega karze publicznej reprimendy, grzywnie, karze z warunkowym zawieszeniem jej wykonania lub karze pozbawienia wolności do lat dwóch.”

34. Art. 213 StGB-DDR (wersja z 1973 r.) stanowił:

„1. Kto bezprawnie przekracza granicę Niemieckiej Republiki Demokratycznej lub narusza przepisy o zezwoleniu na czasowy pobyt na terytorium Niemieckiej Republiki Demokratycznej i tranzyście przez terytorium Niemieckiej Republiki Demokratycznej, podlega karze pozbawienia wolności do lat dwóch, karze z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i okresem próby, karze pozbawienia wolności lub grzywny.

[...]

3. W wypadku większej wagi sprawca podlega karze od jednego roku do ośmiu lat pozbawienia wolności. Za wypadki większej wagi uznaje się w szczególności sytuacje, w których:

1. przestępstwo [*die Tat*] spowoduje zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego,
2. przestępstwo jest popełnione z użyciem broni palnej, niebezpiecznych narzędzi lub metod;
3. sprawca działa ze szczególną intensywnością;
4. przestępstwo jest popełnione za pomocą fałszerstwa [*Urkundenfälschung*], sfalszowanych dokumentów [*Falschbeurkundung*], dokumentów użytych w oszukańczy sposób lub z wykorzystaniem kryjówki [*Versteck*];
5. przestępstwo jest popełnione wspólnie z innymi osobami; lub
6. sprawca był już skazany za nielegalne przekroczenie granicy.

(4) Przestępstwem jest także przygotowanie i usiłowanie.”

35. Art. 1 ust. 3 rozdziału drugiego StGB-DDR, który zawierał definicję „poważnego przestępstwa”, brzmiał:

„Poważne przestępstwa to społecznie szkodliwe zamachy wymierzone w [*gesellschaftsgefährliche Angriffe*] suwerenność Niemieckiej Republiki Demokratycznej, pokój, ludzkość lub prawa człowieka, przestępstwa wojenne, przestępstwa przeciwko Niemieckiej Republice Demokratycznej oraz umyślne czyny karalne zagrażające życiu [*vorsätzlich begangene Straftaten gegen das Leben*]. Poważnymi przestępstwami są również inne, społecznie szkodliwe umyślne przestępstwa przeciwko prawom i interesom obywateli, mieniu socjalistycznemu oraz innym prawom i interesom społeczeństwa, stanowiące poważne naruszenia socjalistycznego porządku prawnego i które są tym samym zagrożone karą co najmniej

dwóch lat pozbawienia wolności, lub za które wymierzona została kara w granicach ustawowego zagrożenia, nie niższa niż dwa lata pozbawienia wolności.”

36. Art. 258 StGB-DDR stanowił:

„1. Funkcjonariusze sił zbrojnych nie ponoszą odpowiedzialności karnej za czyny popełnione w wykonaniu rozkazu przełożonego, z wyjątkiem przypadków gdy wykonanie rozkazu rażąco narusza powszechnie uznawane normy prawa międzynarodowego lub ustawy karnej.

2. W przypadku gdy wykonanie rozkazu przez podkomendnego rażąco narusza powszechnie uznawane normy prawa międzynarodowego lub ustawy karnej, przełożony, który wydał rozkaz, również podlega odpowiedzialności karnej.

3. Odpowiedzialności karnej nie podlega ten, kto odmówił wykonania lub nie zastosował się do rozkazu, którego wykonanie stanowiłoby rażące naruszenie norm prawa międzynarodowego lub ustawy karnej.”

3. Ustawa o Policji Ludowej NRD z 1968 r.

37. Artykuł 17 ustawy o Policji Ludowej, który wszedł w życie w dniu 11 czerwca 1968 r., stanowił:

„[...]”

2. Usprawiedliwione jest użycie broni palnej

a) w celu bezpośredniego zapobieżenia popełnieniu lub kontynuacji przestępstwa [*Straftat*], które biorąc pod uwagę jego okoliczności stanowi

– poważne przestępstwo [*Verbrechen*] przeciwko suwerenności Niemieckiej Republiki Demokratycznej, pokojowi, ludzkości lub prawom człowieka

– poważne przestępstwo przeciwko Niemieckiej Republice Demokratycznej

– poważne przestępstwo przeciwko osobie [*Persönlichkeit*]

– poważne przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu publicznemu lub porządkowi państwowemu

– inne poważne przestępstwo, w szczególności przestępstwo z użyciem broni palnej lub materiałów wybuchowych;

b) w celu zapobieżenia ucieczce lub doprowadzenia do zatrzymania osoby [*Wiederergreifung*]

– wobec której zachodzi uzasadnione podejrzenie, że popełniła poważne przestępstwo, została zatrzymana lub osadzona w zakładzie karnym za popełnienie poważnego przestępstwa

– wobec której zachodzi uzasadnione podejrzenie, że popełniła przestępstwo mniejszej wagi [*Vergehen*] lub która została zatrzymana, osadzona w areszcie lub skazana na karę pozbawienia wolności za popełnienie przestępstwa, jeżeli istnieją

dowody, że taka osoba zamierzała użyć broni palnej lub materiałów wybuchowych bądź umożliwić sobie ucieczkę stosując przemoc bądź naruszając nietykalność cielesną osób odpowiedzialnych za jej zatrzymanie, osadzenie w zakładzie karnym, osadzenie w areszcie lub dozór, bądź umożliwić sobie ucieczkę wspólnie z innymi osobami

– skazanej na karę pozbawienia wolności i osadzonej w zakładzie karnym o podwyższonym stopniu bezpieczeństwa lub w zwykłym zakładzie karnym;

c) przeciwko osobom używającym przemocy w celu doprowadzenia do uwolnienia osoby zatrzymanej, osadzonej w areszcie lub skazanej na karę pozbawienia wolności za popełnienie poważnego przestępstwa lub przestępstwa mniejszej wagi.

3) Użycie broni palnej musi być poprzedzone okrzykiem ostrzegawczym [*Zuruf*] lub strzałem ostrzegawczym [*Warnschuss*], z wyłączeniem sytuacji, w których można zapobiec bezpośredniemu niebezpieczeństwu lub je wyeliminować wyłącznie poprzez celowe użycie broni palnej.

4) W przypadkach użycia broni palnej należy w miarę możliwości chronić życie ludzkie. Osobom rannym należy udzielić pierwszej pomocy zachowując niezbędne środki bezpieczeństwa, kiedy tylko pozwoli na to przebieg czynności policyjnych.

(5) Zabrania się użycia broni palnej przeciwko osobom, których wygląd wskazuje na to, że są dziećmi lub ilekroć stwarzałoby to zagrożenie dla osób trzecich. W miarę możliwości nie należy używać broni palnej przeciwko młodocianym [*Jugendliche*] i kobietom.

[...]”.

Na podstawie art. 20 ust. 3 ustawy przepisy te miały także zastosowanie do członków Narodowej Armii Ludowej.

4. Ustawa o granicach państwowych NRD z 1982 r.

38. Artykuł 27 ustawy o granicach państwowych, która weszła w życie w dniu 1 maja 1982 r. i która zastąpiła ustawę o Policji Ludowej z 1968 r., stanowił:

“1. Użycie broni palnej jest ostatecznym środkiem przymusu przeciwko osobie. Użycie broni palnej możliwe jest tylko wówczas, gdy inne środki fizycznego przymusu [*körperliche Einwirkung*], z wykorzystaniem środków mechanicznych lub bez, okazały się nieskuteczne lub gdy nie ma szans na osiągnięcie zamierzonego celu. Dopuszcza się użycie broni palnej przeciwko osobom wyłącznie wówczas gdy strzały wycelowane w obiekty lub zwierzęta nie przyniosły pożądanego skutku.

2. Użycie broni palnej jest usprawiedliwione w celu bezpośredniego zapobieżenia popełnieniu lub kontynuacji przestępstwa [*Straftat*], które biorąc pod uwagę jego okoliczności, stanowi poważne przestępstwo [*Verbrechen*]. Użycie broni jest także usprawiedliwione w celu zatrzymania osoby, wobec której zachodzi uzasadnione podejrzenie, że popełniła poważne przestępstwo.

3) Co do zasady użycie broni palnej musi być poprzedzone okrzykiem ostrzegawczym lub strzałem ostrzegawczym, z wyłączeniem sytuacji, w których można

zapobiec lub wyeliminować bezpośrednie niebezpieczeństwo wyłącznie poprzez celowe użycie broni palnej.

4. Nie wolno używać broni palnej

- kiedy może to zagrażać życiu lub zdrowiu osób trzecich;
- wobec osób, których wygląd wskazuje na to, że są dziećmi; lub
- kiedy strzały naruszają suwerenne terytorium sąsiedniego państwa.

W miarę możliwości nie należy używać broni palnej przeciwko młodocianym [*Jugendliche*] i kobietom.

5) W przypadkach użycia broni palnej należy w miarę możliwości chronić życie ludzkie. Osobom rannym należy udzielić pierwszej pomocy zachowując niezbędne środki bezpieczeństwa.”

5. *Przepisy prawa dotyczące wydawania paszportów i wiz w NRD*

39. Na podstawie przepisów prawa dotyczących wydawania paszportów i wiz w NRD [ustawa o paszportach (*Passgesetz*) z 1963 r. oraz ustawa o paszportach i rozporządzenie w sprawie paszportów i wiz z dnia 28 czerwca 1979 r., uzupełnione rozporządzeniem z dnia 15 lutego 1982 r. (*Passgesetz und Pass- und Visaanordnung vom 28. Juni 1979, ergänzt durch die Anordnung vom 15. Februar 1982*)] do dnia 1 stycznia 1989 r. legalne opuszczenie terytorium NRD nie było możliwe w przypadku osób nieposiadających żadnych przywilejów politycznych, niebędących w wieku emerytalnym lub nieobjętych wyłączeniem z uwagi na pilne sprawy rodzinne określonego rodzaju.

Zgodnie z art. 17 rozporządzenia z dnia 28 czerwca 1979 r. do dnia 1 stycznia 1989 r. nie przewidywano obowiązku uzasadniania decyzji w przedmiocie wniosków o zezwolenie na wyjazd, a do czasu wejścia w życie rozporządzenia w sprawie wiz z dnia 30 listopada 1988 r. nie przewidywano żadnego trybu odwoławczego od takich decyzji.

C. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych

1. *Przepisy istotne dla sprawy*

40. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ został ratyfikowany przez NRD w dniu 8 listopada 1974 r. (zob. par. 20 powyżej).

Odpowiednie przepisy paktu stanowią, co następuje.

Artykuł 6 ust. 1 i 2:

„1. Każda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia. Prawo to powinno być chronione przez ustawę. Nikt nie może być samowolnie pozbawiony życia.

2. W krajach, w których kara śmierci nie została zniesiona, wyrok śmierci może być wydany jedynie za najcięższe zbrodnie, zgodnie z ustawą, która obowiązywała w chwili popełnienia zbrodni i nie narusza postanowień niniejszego Paktu i Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa. Kara ta może być wykonana tylko na podstawie prawomocnego wyroku wydanego przez właściwy sąd.”

Artykuł 12 ust. 2 i 3:

„2. Każdy człowiek ma prawo opuścić jakikolwiek kraj, włączając w to swój własny.

3. Wymienione wyżej prawa nie mogą podlegać żadnym ograniczeniom, z wyjątkiem tych, które są przewidziane przez ustawę, są konieczne do ochrony bezpieczeństwa państwowego, porządku publicznego [*ordre public*], zdrowia lub moralności publicznej albo praw i wolności innych i są zgodne z pozostałymi prawami uznanymi w niniejszym Pakcie.”

2. Praktyka Organizacji Narodów Zjednoczonych

41. Przed zjednoczeniem Niemiec niektórzy członkowie Komitetu Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych, którym na mocy art. 28 Paktu powierzono funkcję zapewnienia, by Państwa Strony Paktu wypełniały swoje zobowiązania, skrytykowali reżim graniczny wprowadzony w NRD.

Skrócone protokoły z 533. i 544. posiedzenia Komitetu Praw Człowieka oprócz innych uwag odnoszą się do poniższych komentarzy.

W dniu 19 lipca 1984 r. brytyjski członek Komitetu Sir Vincent Evans stwierdził,

„[że] co się tyczy automatycznej broni rozmieszczonej wzdłuż granic [...] art. 6 ust. 2 Paktu dopuszcza orzeczenie kary śmierci „jedynie za najcięższe zbrodnie”. Próby – nawet nielegalnej – przekroczenia granicy w żadnym wypadku nie można uznać za najcięższą zbrodnię. Zabijanie ludzi w takich okolicznościach stanowi po prostu uproszczoną egzekucję bez rozprawy sądowej – a taka praktyka nie znajduje usprawiedliwienia na gruncie art. 6.”

Sir Vincent stwierdził ponadto

„iż (...) nie jest przekonany co do tego, że Niemiecka Republika Demokratyczna rzeczywiście wykonywała postanowienia art. 12 Paktu. Każdemu przysługuje podstawowa swoboda opuszczenia własnego państwa; pewne ograniczenia zostały dopuszczone w art. 12 ust. 3, ale wyłącznie z trzech powodów. Podstawowym kryterium decydującym, czy dana osoba mogła czy nie opuścić Niemiecką Republikę Demokratyczną była zgodność z prawami i interesami tego państwa; w świetle art. 12 ust. 3 Paktu wydaje się ono bezzasadnie szerokie.”

Tego samego dnia senegalski członek Komitetu Birame Ndiaye stwierdził

„że [...] wydawało się, iż rząd Niemieckiej Republiki Demokratycznej przewidział możliwość ograniczenia swobody przemieszczania się na podstawach innych niż przewidziane w art. 12 Paktu”.

42. W rezolucji nr 1503, przyjętej w 1970 r., Rada Gospodarcza i Społeczna ONZ ustanowiła procedurę składania skarg przez jednostki do Komisji Praw Człowieka, która odpowiadała za ustalenie, czy owe skargi ujawniały istnienie „spójnego schematu rażących i potwierdzonych w wiarygodny sposób naruszeń praw człowieka i podstawowych wolności”.

W związku z restrykcyjną polityką w zakresie swobody przemieszczania się NRD była niejednokrotnie krytykowana w ramach procedury 1053 za nieprzestrzeganie generalnego zobowiązania do poszanowania praw człowieka, zawartego w art. 1 ust. 3, art. 55 i art. 56 Karty Narodów Zjednoczonych. W latach 1981-1983 NRD trafiła na listę państw, wobec których przewidziano kontrolę w ramach procedury 1503, ponieważ ponad 50 osób (liczba wymagana do tego, by można było mówić o „spójnym schemacie rażących naruszeń”) złożyło skargi do Komisji Praw Człowieka na politykę zniewolenia własnych obywateli przez NRD. NRD zgodziła się jednak na opuszczenie jej terytorium przez niektórych skarżących, dzięki czemu udało się zmniejszyć liczbę skarg poniżej 50 i uniknąć krytyki.

D. Prawo stosowane w RFN w czasie istotnym dla sprawy

43. Art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej stanowi:

„Czyn podlega karze tylko wtedy, gdy jego karalność była określona ustawą przed jego popełnieniem.”

44. Art. 212 Kodeksu karnego RFN („StGB”) przewiduje za zabójstwo (*Totschlag*) karę pozbawienia wolności od lat pięciu do dożywotniego pozbawienia wolności w szczególnie poważnych przypadkach. Art. 25 StGB stanowi, że sprawcą przestępstwa jest osoba, które je popełniła lub osoba, która spowodowała popełnienie przestępstwa za siebie przez inną osobę (*mittelbare Täterschaft*).

III. ZASTRZEŻENIE RFN DOTYCZĄCE ART. 7 UST. 2 KONWENCJI

45. Dokument ratyfikacyjny Konwencji złożony przez niemiecki rząd w dniu 13 listopada 1952 r. zawierał zastrzeżenie oraz oświadczenie w brzmieniu:

„Zgodnie z art. 64 Konwencji [art. 57 od wejścia w życie Protokołu nr 11], Republika Federalna Niemiec zastrzega, że będzie stosować art. 7 ust. 2 Konwencji w granicach przewidzianych przez art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec. Stanowi on, że czyn podlega karze tylko wtedy, gdy jego karalność była określona ustawą przed jego popełnieniem.

Obszar zastosowania Konwencji obejmuje także Berlin Zachodni.”

PRAWO

I. ZARZUCANE NARUSZENIE ART. 7 UST. 1 KONWENCJI

46. Skarżący twierdzili, że czyny, o które byli ścigani, w czasie ich popełnienia nie stanowiły przestępstw według prawa NRD ani prawa międzynarodowego oraz że tym samym skazanie ich przez sądy niemieckie stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 Konwencji, który stanowi:

„Nikt nie może być uznany za winnego popełnienia czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu działania, który według prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie stanowił czynu zagrożonego karą w czasie jego popełnienia. Nie będzie również wymierzona kara surowsza od tej, którą można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zagrożony karą został popełniony.”

A. Argumenty stron postępowania przed Trybunałem

1. Skarżący

47. Według skarżących nie mogli oni przewidzieć tego, że po zjednoczeniu Niemiec zostaną pociągnięci do odpowiedzialności karnej, tym bardziej, że nigdy nie byli oni ścigani w NRD. Ich zdaniem nawet niemieckie sądy przyznały, że powodem, dla którego skarżący nie byli ścigani w czasie istotnym dla sprawy był fakt, że działania, w związku z którymi zostali oskarżeni, nie stanowiły przestępstw w rozumieniu prawa karnego NRD z uwagi na treść art. 27 ust. 2 ustawy o granicach państwowych NRD. Wykładnia prawa karnego NRD dokonana *ex post facto* przez sądy zjednoczonych Niemiec nie opierała się na orzecznictwie żadnego z sądów NRD i skarżący nie mogli jej przewidzieć w momencie wydarzeń, które dały podstawę do oskarżenia. Nie była to zatem stopniowa ewolucja orzecznictwa NRD, lecz całkowite odrzucenie okoliczności wyłączających bezprawność, na które powoływali się skarżący, z uwagi na ich sprzeczność z Ustawą Zasadniczą RFN (Radbruchowska formuła „ustawowego bezprawia” – *Radbruch'sche Formel des "gesetzlichen Unrechts"*). Ponadto wprowadzenie reżimu granicznego było niezbędne dla dalszego bytu NRD.

Wszyscy trzej skarżący utrzymywali, że postępowali zgodnie z prawem NRD, przy czym trzeci z nich wyjaśnił, że zanim został członkiem Biura Politycznego oraz Narodowej Rady Obrony w 1983 r., ten ostatni organ zdążył już podjąć decyzję o usunięciu min przeciwpiechotnych i systemu urządzeń samostrzelných. Z tego względu skazany został jedynie za użycie broni palnej przez funkcjonariuszy straży granicznej. Jednak nawet ten wyrok skazujący był niezasadny, ponieważ skarżący nie uczestniczył w żadnym

posiedzeniu Biura Politycznego lub Narodowej Rady Obrony, na którym wydano bezpośredni rozkaz używania broni palnej na granicy.

Ponadto skarżący twierdzili, że przedmiotowe działania nie stanowiły przestępstw także w rozumieniu prawa międzynarodowego. Jeżeli zaś chodzi o Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych ratyfikowany przez NRD, skarżący zwrócili uwagę na fakt, że żaden organ międzynarodowy nie skrytykował NRD za naruszenie przepisów Paktu, a nawet jeśli taka sytuacja miała miejsce, to istniała zasadnicza różnica pomiędzy odpowiedzialnością państwa na gruncie prawa międzynarodowego z jednej strony, a odpowiedzialnością karną jednostki na gruncie krajowego prawa karnego z drugiej strony. Ponadto w większości państw dostęp do granicy był zabroniony lub ściśle regulowany, a użycie broni palnej przez funkcjonariuszy straży granicznej było uprawnione, o ile osoby wezwane przez nich do zatrzymania zlekceważyły ostrzeżenie.

2. *Rząd*

48. Rząd twierdził, że skarżący – jako członkowie kierownictwa NRD – mogli bez trudu zdać sobie sprawę, że reżim graniczny NRD, wykorzystujący niespotykane wyrafinowane środki techniczne i bezwzględne użycie broni palnej, wymierzony był bezpośrednio przeciwko osobom, którym organy administracyjne zabroniły opuszczenia NRD, nieustannie i bez podawania przyczyny odmawiając prawa wyjazdu do RFN, a w szczególności do Berlina Zachodniego. Tym samym mogli oni także przewidzieć, że zabijanie nieuzbrojonych uciekinierów, którzy nie stanowili dla nikogo zagrożenia, mogło stanowić podstawę do wszczęcia postępowania karnego na podstawie odpowiednich przepisów prawa, bez względu na odmienną praktykę reżimu NRD. W szczególności każdy mógł przewidzieć, że w przypadku zmiany reżimu w NRD działania te mogą zostać uznane za przestępstwa z powodu więzi rodzinnych lub innych, które przekraczały granicę dzielącą Niemcy.

Rząd stwierdził, że niemieckie sądy dokonały prawidłowej wykładni prawa NRD. Gdyby władze NRD prawidłowo stosowały własne przepisy prawa, mając na względzie zobowiązania międzynarodowe NRD wynikające z ratyfikowanego Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz ogólne zasady praw człowieka, w tym w szczególności ochronę prawa do życia, to powinny były przyjąć taką samą wykładnię. Bez znaczenia jest tu kwestia, czy Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych został implementowany do prawa krajowego NRD, czy nie.

B. Ocena Trybunału

1. Zasady ogólne

49. Po pierwsze, Trybunał przypomina o fundamentalnych zasadach ugruntowanych w jego orzecznictwie, dotyczących wykładni i stosowania prawa krajowego.

Chociaż zgodnie z art. 19 Konwencji obowiązkiem Trybunału jest zapewnienie przestrzegania zobowiązań podjętych przez Wysokie Układające się Strony Konwencji, to jego zadaniem nie jest zajmowanie się błędami co do faktów lub błędami co do prawa popełnionymi rzekomo przez sąd krajowy, chyba że tylko w takim zakresie, w jakim mogą one naruszać prawa i wolności chronione Konwencją (zob. m.in. *Schenk przeciwko Szwajcarii*, wyrok z 12 lipca 1988 r., seria A nr 140, s. 29, par. 45).

Ponadto to przede wszystkim do organów krajowych, a ściślej do sądów, należy wykładnia i stosowanie przepisów prawa krajowego (zob. *mutatis mutandis*, *Kopp przeciwko Szwajcarii*, wyrok z 25 marca 1998 r., Zbiór Wyroków i Decyzji 1998-II, s. 541, § 59).

50. Po drugie, Trybunał przypomina fundamentalne zasady wyrażone w jego orzecznictwie dotyczącym art. 7 Konwencji, w szczególności w sprawach *S.W. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* i *C.R. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (odpowiednio, wyroki z 22 listopada 1995 r., seria A nr 335-B, s. 41-42, §§ 34-36 oraz seria A nr 335-C, s. 68-69, §§ 32-34):

„Gwarancja zawarta w art. 7, stanowiąca nieodzowny element praworządności, zajmuje szczególne miejsce w konwencyjnym systemie ochrony, o czym świadczy fakt, że zgodnie z art. 15 nie jest dopuszczalne odstępstwo od tej zasady w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego. Z celu i przedmiotu tej gwarancji wynika, że powinna ona być rozumiana i stosowana w taki sposób, by zapewnić skuteczne środki ochrony przed arbitralnym ściganiem, oskarżeniem czy karaniem.

Tym samym, jak stwierdził Trybunał w wyroku z dnia 25 maja 1993 r. w sprawie *Kokkinakis przeciwko Grecji* (seria A nr 260-A, s. 22, § 52), art. 7 nie ogranicza się jedynie do zakazu stosowania prawa karnego wstecz na niekorzyść oskarżonego. Wyraża on również w sposób bardziej ogólny zasadę, że tylko ustawa może określać, co jest przestępstwem i karę za dane przestępstwo (*nullum crimen, nulla pena sine lege*) oraz zasadę, że nie można interpretować rozszerzająco przepisów prawa karnego na niekorzyść oskarżonego, m.in. poprzez użycie analogii. Z zasad tych wynika, że przestępstwo musi być jasno zdefiniowane przez ustawę. W wyżej wspomnianym wyroku Trybunał dodał, że ów wymóg uważa się za spełniony, gdy osoba może dowiedzieć się z treści odpowiedniego przepisu, w razie potrzeby posiłkując się wykładnią sądów, jakie działania lub zaniechania narażają ją na odpowiedzialność karną. W ten sposób Trybunał wskazał, że używając pojęcia „prawo” art. 7 nawiązuje do tego samego pojęcia, do którego w Konwencji odnosi się wszędzie używając tego terminu, pojęcia które obejmuje zarówno prawo pisane, jak i niepisane i oznacza wymogi jakościowe, w szczególności te dotyczące dostępności i przewidywalności (zob. [...] *Tolstoy Miloslavsky przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok z 13 lipca 1995 r., seria A nr 316-B, s. 71-72, § 37).

Jednakże bez względu na to, jak jednoznacznie może być sformułowany przepis prawa, w każdym systemie prawa, w tym w prawie karnym, zawsze istnieje nieunikniony element sądowej wykładni. Zawsze bowiem będzie istnieć potrzeba wyjaśnienia kwestii budzących wątpliwości oraz dostosowania przepisów do zmieniających się okoliczności. Istotnie, w [...] Układających się Państwach ciągły rozwój prawa karnego poprzez sądowe tworzenie prawa stanowi głęboko ugruntowany i nieodłączny składnik tradycji prawnej. Art. 7 Konwencji nie należy odczytywać jako zakazującego stopniowego objaśniania zasad odpowiedzialności karnej poprzez wykładnię sądową w poszczególnych przypadkach, pod warunkiem, że wynik takiej wykładni jest zgodny z istotą przestępstwa i można go było zasadnie przewidzieć”.

2. Zastosowanie powyższych zasad w niniejszej sprawie

51. W świetle powyższych zasad dotyczących zakresu swojej właściwości Trybunał zwraca uwagę, że jego zadaniem nie jest orzekanie w kwestii indywidualnej odpowiedzialności karnej skarżących, co jest głównie przedmiotem oceny sądów krajowych, lecz rozważenie, z punktu widzenia art. 7 ust. 1 Konwencji, czy czyny skarżących w czasie ich popełnienia stanowiły przestępstwa określone w sposób wystarczająco dostępny i przewidywalny przez prawo NRD lub prawo międzynarodowe.

52. W związku z tym Trybunał zauważa, że specyficzną cechą rozpatrywanej sprawy jest to, że jej tłem jest transformacja pomiędzy dwoma państwami o dwóch odmiennych systemach prawnych oraz to, że po zjednoczeniu sądy niemieckie skazały skarżących za zbrodnie, które popełnili jako członkowie kierownictwa NRD.

a) Prawo krajowe

i) Podstawa prawna skazania skarżących

53. Trybunał zauważa, że niemieckie sądy najpierw uznały skarżących za winnych podżegania do zabójstwa na podstawie prawa karnego obowiązującego w NRD w czasie istotnym dla sprawy (art. 22 ust. 2 i art. 112 ust. 1 Kodeksu karnego NRD („StGB-DDR”) – zob. par. 32 powyżej). Po odrzuceniu okoliczności wyłączających bezprawność, na które powoływali się skarżący na podstawie prawa i praktyki NRD, niemieckie sądy uznały, że ze względu na to, iż skarżący zajmowali wysokie stanowiska w aparacie państwowym NRD, byli współodpowiedzialni za śmierć wielu osób w wieku 18-28 lat, które próbowały zbiec z NRD w latach 1971-1989 przekraczając granicę między dwoma niemieckimi państwami. Następnie sądy zastosowały prawo karne RFN jako względniejsze od prawa NRD i skazały skarżących za wielokrotne zabójstwo w formie sprawstwa pośredniego, na podstawie art. 25 i art. 212 Kodeksu karnego RFN, na kary odpowiednio pięciu lat i sześciu miesięcy pozbawienia wolności, siedmiu lat i sześciu miesięcy pozbawienia wolności oraz sześciu lat i sześciu miesięcy pozbawienia wolności (zob. par. 19, 20, 23 i 25 powyżej).

54. Tym samym niemieckie sądy zastosowały zasadę wyrażoną w niemieckim traktacie zjednoczeniowym z dnia 31 sierpnia 1990 r. oraz w ustawie go wprowadzającej z dnia 23 września 1990 r., zgodnie z którą w stosunku do czynów popełnionych przez obywateli NRD na terytorium NRD stosuje się prawo karne NRD, a prawo RFN tylko, gdy jest względniejsze (*lex mitius*) (zob. par. 27 powyżej).

55. Podstawę prawną skazania skarżących stanowiło zatem prawo karne NRD obowiązujące w czasie istotnym dla sprawy, a wymiar orzeczonych wobec nich kar zasadniczo pokrywał się z karami przewidzianymi w prawie NRD; ilekroć nałożone na skarżących kary były niższe zgodnie z zasadą stosowania prawa względniejszego, prawem właściwym było prawo RFN.

ii) Okoliczności wyłączające bezprawność przewidziane w prawie NRD

56. Skarżący twierdzili, że z uwagi na podstawę wyłączenia odpowiedzialności określoną w art. 17 ust. 2 ustawy o Policji Ludowej oraz w art. 27 ust. 2 ustawy o granicach państwowych w związku z art. 213 StGB-DDR (zob. par. 34 oraz par. 37-38 powyżej) działali oni zgodnie z prawem NRD, a ponadto w NRD nigdy nie wszczęto przeciwko nim żadnego postępowania z tego tytułu.

57. Jako że pojęcie „prawo” użyte w art. 7 ust. 1 Konwencji obejmuje zarówno prawo pisane, jak i niepisane, Trybunał musi najpierw przeanalizować odpowiednie przepisy prawa pisanego NRD, zanim przejdzie do zbadania, czy wykładnia tych przepisów przez sądy niemieckie była zgodna z art. 7 ust. 1. Trybunał musi przy tym również przeanalizować – w odniesieniu do powyższych przepisów - charakter praktyki państwa NRD, która została niejako nałożona na normy prawa stanowionego obowiązujące w czasie istotnym dla sprawy.

58. Ponieważ zdarzenia będące przedmiotem niniejszej sprawy miały miejsce w latach 1971–1989, normy prawa pisanego obowiązujące w tym czasie ujęte były w Kodeksie karnym w wersjach z 1968 i z 1971 r., w ustawie o Policji Ludowej z 1968 r. zastąpionej następnie ustawą o granicach państwowych z 1982 r. oraz w Konstytucji NRD w wersjach z lat 1968 i 1974.

59. Prawdą jest, że przepisy art. 17 ust. 2 ustawy o Policji Ludowej oraz art. 27 ust. 2 ustawy o granicach państwowych uzasadniały użycie broni palnej „w celu bezpośredniego zapobieżenia popełnieniu lub kontynuacji przestępstwa, które w danych okolicznościach stanowi poważne przestępstwo” lub „w celu zatrzymania osoby, wobec której zachodzi uzasadnione podejrzenie, że popełniła poważne przestępstwo”. Pojęcie „poważne przestępstwo” zostało zdefiniowane w art. 213 ust. 3 StGB-DDR, w którym wyszczególniono przypadki, w których nielegalne przekroczenie granicy należało uznać za poważne przestępstwo, m.in. te, w których istniało „zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego”, przestępstwa, które były „popełnione z użyciem broni palnej, niebezpiecznych środków lub metod”,

w których „sprawca przestępstwa działał ze szczególną intensywnością” lub które były „popelnione wspólnie z innymi osobami”;

60. Art. 17 ustawy o Policji Ludowej i art. 27 ustawy o granicach państwowych zawierały enumeratywne wyliczenie okoliczności, w których użycie broni palnej było uprawnione, a ponadto odpowiednio w ust. 4 i 5 stanowiły, że „W przypadku użycia broni palnej należy w miarę możliwości chronić życie ludzkie. Osobom rannym należy udzielić pierwszej pomocy.” Art. 27 ust. 1 brzmiał: „1. Użycie broni palnej jest ostatecznym środkiem przymusu przeciwko osobie”. Art. 27 ust. 4 brzmiał: „W miarę możliwości nie należy używać broni palnej przeciwko młodocianym [*Jugendliche*]”. Ponadto art. 119 Kodeksu karnego uznawał nieudzielenie pomocy osobie znajdującej się w niebezpieczeństwie za przestępstwo (zob. par. 33 powyżej).

61. Przepisy te, wyrażające wprost zasadę proporcjonalności oraz zasadę ochrony ludzkiego życia, należy także interpretować w świetle zasad wyrażonych w Konstytucji NRD. Art. 89 ust. 2 Konstytucji stanowił: „Normy prawne nie mogą być sprzeczne z Konstytucją”. Art. 19 ust. 2 przewidywał, że „Organy państwa, służby w społeczeństwie, jak również każdy obywatel obowiązani są do poszanowania oraz ochrony godności i wolności jednostki.”. Wreszcie art. 30 ust. 1 i 2 stanowił: „Prawa osobiste i wolność każdego obywatela Niemieckiej Republiki Demokratycznej są nienaruszalne” i „prawa obywateli mogą ulec ograniczeniu wyłącznie, jeżeli tak stanowi ustawa, a ograniczenia nie da się uniknąć w inny sposób [*unumgänglich*]” (zob. par. 28 powyżej).

62. Ponadto rozdział pierwszy części szczególnej Kodeksu karnego NRD stanowił: „Bezłitosne karanie za przestępstwa przeciwko [...] pokojowi, ludzkości i prawom człowieka [...] stanowi warunek konieczny do utrzymania pokoju na świecie, przywrócenia wiary w podstawowe prawa człowieka [*Wiederherstellung des Glaubens an grundlegende Menschenrechte*], godność i wartość ludzkiego życia oraz poszanowanie praw każdego człowieka” (zob. par. 29 powyżej).

63. W niniejszej sprawie sądy niemieckie uznały skarżących za odpowiedzialnych za śmierć wielu osób, które próbowały przekroczyć granicę między dwoma niemieckimi państwami, często przy użyciu bardzo prymitywnych narzędzi takich jak drabiny. Większość z nich była w bardzo młodym wieku (najmłodsza miała 18 lat, a cztery inne zaledwie 20 lat), byli nieuzbrojeni i nie stanowili zagrożenia dla nikogo. Ich jedynym celem było opuszczenie NRD, czego poza emerytami oraz garstką uprzywilejowanych osób przeciętny obywatel w owym czasie praktycznie nie mógł dokonać w legalny sposób (zob. przepisy dotyczące wydawania paszportów i wiz w NRD – par. 39 powyżej). Ich próby przekroczenia granicy, mimo że zakazane przez prawo NRD, nie mogły być zatem kwalifikowane jako poważne przestępstwa, ponieważ żaden z tych przypadków nie mieścił się w kategorii poważnych przestępstw zdefiniowanych w art. 213 ust. 3 Kodeksu karnego NRD.

64. W świetle powyższych zasad, wyrażonych w Konstytucji i innych aktach prawnych NRD, Trybunał jest zdania, że skazanie skarżących przez niemieckie sądy, które dokonały wykładni wyżej wymienionych przepisów i zastosowały je w przedmiotowych sprawach, nie wydaje się być na pierwszy rzut oka rozstrzygnięciem arbitralnym ani sprzecznym z art. 7 ust. 1 Konwencji.

65. Prawdą jest, że sądy niemieckie przyjęły odmienne podejście do wykładni okoliczności wyłączających bezprawność, na które powoływali się skarżący, w szczególności na podstawie art. 27 ust. 2 ustawy o granicach państwowych NRD.

Sąd Okręgowy w Berlinie stwierdził, że nie można się powoływać na owe okoliczności, gdyż w sposób rażący i nie do przyjęcia naruszały one „elementarne zasady sprawiedliwości i prawa człowieka chronione prawem międzynarodowym” (zob. par. 19 i par. 23 powyżej).

Federalny Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że nawet w czasie istotnym dla sprawy prawidłowa wykładnia art. 27 ust. 2 ustawy o granicach państwowych NRD wskazywała, że nie można powoływać się na te okoliczności z uwagi na ograniczenia przewidziane w samej ustawie, jak również w świetle Konstytucji NRD oraz jej zobowiązań na podstawie publicznego prawa międzynarodowego (zob. par. 20 i 25 powyżej).

Wreszcie Federalny Trybunał Konstytucyjny stwierdził: „W tej zupełnie wyjątkowej sytuacji wymóg sprawiedliwości obiektywnej, który obejmuje także konieczność poszanowania praw człowieka uznawanych przez społeczność międzynarodową, wyklucza możliwość zaakceptowania przez Trybunał takiej obrony. Pierwszeństwo musi przysługiwać bezwzględnej ochronie zaufania pokładanego w gwarancji zawartej w art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej, w przeciwnym wypadku wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych w Republice Federalnej stałby w sprzeczności z zasadami rządów prawa (zob. par. 22 i par. 26 powyżej).

66. Jednakże ponieważ wykładnia i stosowanie prawa krajowego są przede wszystkim przedmiotem oceny sądów krajowych, nie jest rolą Trybunału wyrażanie opinii na temat tych odmiennych podejść, które ilustrują prawną złożoność sprawy. Dla Trybunału wystarczające jest upewnienie się, że wynik osiągnięty przez niemieckie sądy był zgodny z Konwencją, a w szczególności z art. 7 ust. 1.

iii) Okoliczności wyłączające bezprawność wywodzone z praktyki państwowej NRD

67. Ponieważ pojęcie „prawo” w art. 7 ust. 1 Konwencji obejmuje prawo niepisane Trybunał musi, przed zbadaniem przedmiotu skargi, przeanalizować także charakter praktyki aparatu państwa NRD, która została niejako nałożona na normy prawa pisanego w rozważanym okresie.

68. W tym kontekście należy zauważyć, że w czasie popełnienia przedmiotowych przestępstw żaden ze skarżących nie był ścigany w NRD.

Było to spowodowane istnieniem sprzeczności między zasadami zawartymi w Konstytucji NRD i prawie stanowionym z jednej strony (które były bardzo podobne do zasad istniejących w państwie, w którym funkcjonują rządy prawa), a represyjną praktyką reżimu granicznego w NRD i rozkazami wydawanymi w celu ochrony granic z drugiej strony

69. Aby zahamować niekończącą się falę uciekinierów NRD wzniosła w dniu 13 sierpnia 1961 r. Mur Berliński oraz wzmocniła wszystkie środki bezpieczeństwa wzdłuż granicy pomiędzy oboma niemieckimi państwami, zaminowując teren minami przeciwpiechotnymi oraz instalując system urządzeń samostrzelnych. Oprócz tych środków funkcjonariuszom straży granicznej rozkazano „uniemożliwiać przekraczanie granicy, zatrzymywać osoby naruszające granicę [*Grenzverletzer*] lub unicestwiać je [*vernichten*] oraz chronić granice państwa za wszelką cenę”. W przypadku skutecznego przekroczenia granicy funkcjonariusze pełniący w tym czasie służbę wiedzieli, że prokurator wojskowy będzie prowadził śledztwo; w przeciwnym wypadku mogli oczekiwać pochwały (zob. par. 19 i par. 23 powyżej).

70. Jak ustaliły sądy niemieckie decyzje w sprawie wyżej wymienionych środków i rozkazów zapadały bezsprzecznie na szczeblu organów rządowych NRD wymienionych w art. 73 Konstytucji (zob. par. 28 powyżej), a mianowicie w Radzie Państwa oraz Narodowej Radzie Obrony, których skarżący byli członkami: pierwszy skarżący (p. Streletz) był członkiem Narodowej Rady Obrony od 1971 r.; drugi skarżący (p. Kessler) był członkiem Narodowej Rady Obrony od 1967 r.; trzeci skarżący (p. Krenz) był członkiem Komitetu Centralnego Socjalistycznej Partii Jedności Niemiec od 1973 r., członkiem Rady Państwa od 1981 r. oraz członkiem Narodowej Rady Obrony od 1983 r.

71. Celem zatem powyższej praktyki państwa, realizowanej przez skarżących, była ochrona granic pomiędzy dwoma niemieckimi państwami „za wszelką cenę”, tak by chronić istnienie NRD, zagrożone masowym odpływem jego własnych obywateli.

72. Jednakże Trybunał zwraca uwagę, że argumenty przywołane na uzasadnienie tej praktyki państwa muszą podlegać ograniczeniu przez zasady wyrażone w Konstytucji oraz ustawodawstwie samej NRD; pierwszeństwo musi mieć zasada poszanowania życia ludzkiego zapisana w Konstytucji NRD, w ustawie o Policji Ludowej oraz w ustawie o granicach państwowych, uwzględniając fakt, że nawet w czasie istotnym dla sprawy prawo do życia było już na arenie międzynarodowej uznawane za najwyższą wartość w hierarchii praw człowieka.

73. Trybunał uważa, że uciekanie się do użycia min przeciwpiechotnych oraz systemu urządzeń samostrzelnych (z uwagi na ich automatyczne i masowe działanie), a także kategorię charakteru rozkazów wydawanych funkcjonariuszom straży granicznej, nakazujących im „unicestwiać osoby naruszające granicę [*Grenzverletzer*] i chronić granice za wszelką cenę”

rażąco naruszały fundamentalne prawa wyrażone w art. 19 i 30 Konstytucji NRD, które zostały zasadniczo potwierdzone w Kodeksie karnym NRD (art. 213) oraz w kolejnych ustawach dotyczących granic NRD (art. 17 ust. 2 ustawy o Policji Ludowej z 1968 r. i art. 27 ust. 2 ustawy o granicach państwowych z 1982 r.). Taka praktyka państwa stanowiła również pogwałcenie obowiązku poszanowania praw człowieka oraz innych zobowiązań międzynarodowych NRD, która w dniu 8 listopada 1974 r. ratyfikowała Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, wyraźnie uznający prawo do życia oraz swobody przemieszczania się (zob. par. 40 powyżej), mając na względzie fakt, że dla zwykłych obywateli legalne opuszczenie terytorium NRD było praktycznie niemożliwe. Chociaż około 1984 r. zaprzestano używania min przeciwpiechotnych i systemu urządzeń samostrzelnych, to rozkazy wydawane funkcjonariuszom straży granicznej pozostały niezmienione aż do upadku Muru Berlińskiego w listopadzie 1989 r.

74. Trybunał zauważa ponadto, że w uzasadnieniu skarżący powołali się na rozkaz strzelania, który sami wydali funkcjonariuszom straży granicznej oraz na wynikającą z niego praktykę, które stanowiły podstawę ich skazania. Tymczasem, zgodnie z ogólnymi zasadami prawa, oskarżeni nie mogą usprawiedliwiać zachowania, które doprowadziło do ich skazania wykazując po prostu, że takie zachowanie faktycznie miało miejsce, a zatem stworzyło pewną praktykę.

75. Ponadto, niezależnie od odpowiedzialności NRD jako państwa, czyny skarżących jako jednostek zostały uznane za czyny karalne zgodnie z art. 95 StGB-DDR, który już w brzmieniu z 1968 r., powtórzonym w wersji z 1979 r., stanowił: „Kto swoim postępowaniem narusza prawa człowieka lub prawa podstawowe [...] nie może powoływać się na ustawę, rozkaz czy pisemną instrukcję w celu wyłączenia bezprawności. W takim przypadku ponosi on odpowiedzialność karną” (zob. par. 30 powyżej).

76. Nie ma zatem wątpliwości, że skarżący ponosili odpowiedzialność indywidualną za przedmiotowe czyny.

iv) Przewidywalność skazania

77. Skarżący podnosili, że w obliczu istniejącej w NRD sytuacji ich skazanie przez sądy niemieckie nie było przewidywalne i że absolutnie niemożliwe dla nich było przewidzenie, że pewnego dnia zostaną pociągnięci do odpowiedzialności karnej z powodu zmiany okoliczności.

78. Taka argumentacja nie przekonuje Trybunału. Znaczny rozdźwięk między ustawodawstwem a praktyką NRD był w dużej mierze wynikiem działań samych skarżących. Ponieważ piastowali oni bardzo wysokie stanowiska w aparacie państwa, w sposób oczywisty musieli być świadomi zapisów Konstytucji i ustawodawstwa NRD, a także zobowiązań międzynarodowych państwa i międzynarodowej krytyki reżimu granicznego NRD (zob. par. 41-42 powyżej). Ponadto to właśnie oni wprowadzili lub

utrzymywali ów reżim „nakładając” na przepisy ustawowe, publikowane w Dzienniku Urzędowym NRD, tajne rozkazy i polecenia służbowe dotyczące wzmocnienia i ulepszenia systemów bezpieczeństwa na granicy oraz użycia broni palnej. W rozkazie strzelania wydanym funkcjonariuszom straży granicznej podkreślali konieczność ochrony granic NRD „za wszelką cenę” i zatrzymywania „osób naruszających granice” lub ich „unicestwiania” (zob. par. 15 powyżej). Skarżący byli zatem bezpośrednio odpowiedzialni za sytuację, która miała miejsce na granicy pomiędzy dwoma państwami niemieckimi od początku lat sześćdziesiątych XX w. aż do upadku Muru Berlińskiego w 1989 r.

79. Ponadto okoliczność, że skarżący nie byli ścigani w NRD ani że nie byli ścigani i nie zostali skazani przez sądy niemieckie aż do zjednoczenia Niemiec na podstawie przepisów prawa obowiązujących w NRD w przedmiotowym czasie, w żadnej mierze nie oznacza, że ich czyny nie stanowiły przestępstw w rozumieniu prawa NRD.

80. W związku z tym Trybunał zwraca uwagę na fakt, że problem, w obliczu którego stanęły Niemcy po zjednoczeniu, dotyczący podejścia, jakie należało przyjąć w stosunku do osób, które popełniły przestępstwa w okresie minionego reżimu pojawił się również w wielu innych państwach, które przeszły transformację do ustroju demokratycznego.

81. Zdaniem Trybunału zasadne jest, by państwo, w którym funkcjonują sądy prawa, wszczynało postępowania karne przeciwko osobom, które popełniły przestępstwa w okresie minionego reżimu; podobnie sądy w takim państwie, które zajęły miejsce sądów istniejących poprzednio, nie mogą być krytykowane za stosowanie i wykładnię przepisów prawa obowiązujących w czasie istotnym dla sprawy w świetle zasad rządzących państwem prawa.

82. Istotnie, Trybunał przypomina, że w świetle art. 7 ust. 1 niezależnie od tego, jak jasno sformułowany jest przepis prawa karnego, w każdym systemie prawnym istnieje nieodzowny element wykładni sądowej. Zawsze będzie bowiem istnieć potrzeba wyjaśnienia kwestii budzących wątpliwości oraz dostosowania przepisów do zmieniających się okoliczności (zob. *S.W. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* i *C.R. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, oba cyt. pow. w par. 50). Wprawdzie koncepcja ta zasadniczo dotyczy stopniowego rozwoju orzecznictwa w danym państwie o ustroju demokratycznym podlegającym rządowi prawa, które to czynniki stanowią fundament Konwencji, zgodnie z brzmieniem jej preambuły (zob. par. 83 poniżej), to pozostaje ona w całości aktualna tam, gdzie – jak w niniejszej sprawie – jedno państwo zastąpiło drugie.

83. Przeciwnie rozumowanie byłoby niezgodne z zasadami, na jakich zbudowany został cały system ochrony wprowadzony Konwencją. Twórcy Konwencji odnieśli się to tych zasad w preambule Konwencji, potwierdzając „swoją głęboką wiarę w te podstawowe wolności, które są fundamentem sprawiedliwości i pokoju na świecie i których zachowanie opiera się z jednej strony na rzeczywiście demokratycznym ustroju politycznym, z drugiej na

jednolitym pojmowaniu i wspólnym poszanowaniu praw człowieka, do których się one odwołują” oraz deklarując, że działają „w tym samym duchu” i posiadają „wspólne dziedzictwo ideałów i tradycji politycznych, poszanowania wolności i rządów prawa”.

84. Należy także podkreślić, że wybrany w demokratycznych wyborach w 1990 r. parlament NRD zwrócił się wprost do niemieckiego ustawodawcy o zapewnienie pociągnięcia do odpowiedzialności osób winnych aktów bezprawia popełnionych przez Socjalistyczną Partię Jedności Niemiec (zob. par. 18 powyżej). Należy zatem przypuszczać, że nawet gdyby nie doszło do zjednoczenia Niemiec, to ustrój demokratyczny, który zastąpiłby reżim Socjalistycznej Partii Jedności Niemiec zastosowałby prawo NRD i pociągnąłby skarżących do odpowiedzialności, jak uczyniły to sądy niemieckie po zjednoczeniu.

85. Ponadto, mając na względzie prymat prawa do życia we wszystkich międzynarodowych instrumentach ochrony praw człowieka (zob. par. 92–94 poniżej), w tym w samej Konwencji, w której prawo do życia zostało zagwarantowane art. 2, Trybunał uważa, że ścisła wykładnia prawa NRD dokonana przez sądy niemieckie w niniejszej sprawie była zgodna z art. 7 ust.1 Konwencji.

86. Trybunał w związku z tym zauważa, że pierwsze zdanie art. 2 ust. 1 Konwencji zobowiązuje państwa do podjęcia odpowiednich kroków w celu ochrony życia osób objętych ich jurysdykcją. Oznacza to podstawowy obowiązek zapewnienia ochrony prawa do życia poprzez wprowadzenie skutecznych przepisów prawa karnego, które zniechęcałyby do popełniania przestępstw zagrażających życiu ludzkiemu oraz wsparcie ich instrumentami egzekwowania prawa, służące zapobieganiu, zwalczaniu i karaniu naruszeń tych przepisów (zob. m.in. *Osman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok z 28 października 1998 r., *Zbiór* 1998-VIII, s. 3159, § 115 oraz *Akkoç przeciwko Turcji*, skargi nr 22947/93 i 22948/93, § 77, ETPC 2000-X).

87. Trybunał uważa, że praktyka państwa taka jak polityka ochrony granic NRD, która rażąco narusza prawa człowieka, a przede wszystkim prawo do życia, stanowiące najwyższą wartość w międzynarodowej hierarchii praw człowieka, nie może podlegać ochronie przewidzianej w art. 7 ust. 1 Konwencji. Taka praktyka, która pozbawiła treści ustawodawstwo, na którym powinna się opierać i która została narzucona wszystkim organom NRD, w tym organom sądowym, nie może być uznana za „prawo” w rozumieniu art. 7 Konwencji.

88. W związku z tym Trybunał staje na stanowisku, że skarżący, którzy będąc członkami kierownictwa NRD, najpierw wykreowali wrażenie praworządności systemu prawnego NRD, a następnie wprowadzili lub kontynuowali praktykę rażąco pomijającą podstawowe zasady tego systemu, nie mogą domagać się ochrony przewidzianej w art. 7 ust. 1 Konwencji. Odmienne rozumowanie byłoby sprzeczne z przedmiotem i celem tego

przepisu, którym jest zapewnienie, by nikt nie został poddany arbitralnemu ściganiu, skazaniu czy karaniu.

89. Mając na uwadze wszystkie powyższe rozważania Trybunał stwierdza, że czyny skarżących w czasie ich popełnienia stanowiły przestępstwa określone w sposób wystarczająco przystępny i przewidywalny w prawie NRD.

b) Prawo międzynarodowe

i) Obowiązujące normy

90. Trybunał uważa, że jego zadaniem jest zbadanie niniejszej sprawy również z punktu widzenia zasad prawa międzynarodowego, w szczególności zasad, które odnoszą się do międzynarodowej ochrony praw człowieka, ponieważ to właśnie na tych zasadach sądy niemieckie oparły swoją argumentację (zob. par. 19 *in fine* oraz par. 20 powyżej).

91. W związku z powyższym konieczne jest rozważenie, czy czyny skarżących w czasie ich popełnienia stanowiły przestępstwa określone w sposób wystarczająco przystępny i przewidywalny w prawie międzynarodowym, w szczególności w normach prawa międzynarodowego dotyczących ochrony praw człowieka.

ii) Międzynarodowa ochrona prawa do życia

92. Trybunał zauważa przede wszystkim, że w toku rozwoju tej ochrony odpowiednie konwencje i inne instrumenty cały czas potwierdzały nadrzędny charakter prawa do życia.

93. Na przykład art. 3 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z dnia 10 grudnia 1948 r. stanowi: „Każdy człowiek ma prawo do życia [...]”. Prawo to zostało potwierdzone w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 16 grudnia 1966 r., ratyfikowanym przez NRD w dniu 8 listopada 1974 r. Art. 6 Paktu stanowi: „Każda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia” oraz „Nikt nie może być samowolnie pozbawiony życia.” (zob. par. 40 powyżej). Zasada ta zawarta została także w art. 2 ust. 1 Konwencji, który stanowi:

„Prawo każdego człowieka do życia jest chronione przez ustawę. Nikt nie może być umyślnie pozbawiony życia, wyjąwszy przypadki wykonania wyroku sądowego skazującego za przestępstwo, za które ustawa przewiduje taką karę.”

94. Zbieżność wyżej wymienionych instrumentów jest znamienna: wskazuje bowiem, że prawo do życia stanowi niezbywalny atrybut istoty ludzkiej oraz że stanowi najwyższą wartość w hierarchii praw człowieka.

95. Niemniej jednak skarżący twierdzili, że ich czyny znajdowały usprawiedliwienie w wyjątkach od tej zasady przewidzianych w art. 2 ust. 2 Konwencji, który stanowi:

„Pozbawienie życia nie będzie uznane za sprzeczne z tym artykułem, jeżeli nastąpi w wyniku bezwzględnego koniecznego użycia siły:

- a) w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą;
- b) w celu wykonania zgodnego z prawem zatrzymania lub uniemożliwienia ucieczki osobie pozbawionej wolności zgodnie z prawem;
- c) w działaniach podjętych zgodnie z prawem w celu stłumienia zamieszek lub powstania”.

96. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty Trybunał uważa, że śmierć uciekinierów w żadnym razie nie nastąpiła wskutek użycia siły, które było „bezwzględnie konieczne”; praktyka państwa wprowadzona w NRD przez skarżących nie chroniła nikogo przed bezprawną przemocą, nie była stosowana w celu zatrzymania, które mogłoby zostać uznane za „zgodne z prawem” w rozumieniu prawa NRD, ani nie miała nic wspólnego z tłumieniem zamieszek czy powstania, bowiem jedynym celem uciekinierów było opuszczenie kraju.

97. Wynika z tego, że działania skarżących nie znajdowały uzasadnienia na gruncie art. 2 ust. 2 Konwencji.

iii) Międzynarodowa ochrona prawa do swobodnego przemieszczania się

98. Podobnie jak art. 2 ust. 2 Protokołu nr 4 do Konwencji, art. 12 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych stanowi: „Każdy człowiek ma prawo opuścić jakikolwiek kraj, włączając w to swój własny.” Ograniczenia tego prawa są dopuszczalne jedynie wówczas, gdy są przewidziane przez ustawę, są konieczne do ochrony bezpieczeństwa państwowego, porządku publicznego, zdrowia lub moralności publicznej albo praw i wolności innych oraz są zgodne z pozostałymi prawami uznanymi Paktem (zob. par. 40 powyżej).

99. Skarżący powoływali się na te ograniczenia, aby uzasadnić wprowadzenie i kontynuowanie działań w ramach polityki granicznej NRD.

100. Trybunał jest jednak zdania, że w niniejszej sprawie nie zachodzi żaden z wyżej wymienionych wyjątków. Po pierwsze, przedmiotowe czyny to rozkazy, wydane i wykonane, które były sprzeczne z Konstytucją lub przepisami ustawy. Po drugie, nie można twierdzić, że środek o charakterze ogólnym uniemożliwiający niemal całej ludności państwa jego opuszczenie był środkiem koniecznym do ochrony bezpieczeństwa państwowego lub innych wspomnianych interesów. Sposób, w jaki NRD wprowadziła w życie zakaz uniemożliwiający jej obywatelom opuszczenie kraju i karała za jego złamanie, był sprzeczny z innym prawem chronionym Paktem, a mianowicie prawem do życia gwarantowanym w art. 6 osobom, które były ofiarami.

101. Ponadto w związku z prawem do swobodnego przemieszczania się Trybunał zauważa, że w chwili gdy Węgry otworzyły swoją granicę z Austrią w dniu 11 września 1989 r. zerwały dwustronną umowę zawartą z NRD,

powołując się wprost na art. 6 i 12 Paktu oraz na art. 62 (zasadnicza zmiana okoliczności) Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (zob. par. 17 powyżej).

iv) Odpowiedzialność państwowa NRD i odpowiedzialność indywidualna skarżących

102. Rozmieszczając wzdłuż granicy miny przeciwpiechotne i system urządzeń samostrzelnych oraz rozkazując funkcjonariuszom straży granicznej „unicestwiać osoby naruszające granice oraz chronić granice za wszelką cenę” NRD ustanowiła reżim graniczny, który ewidentnie lekceważył potrzebę ochrony życia ludzkiego zapisaną w Konstytucji i ustawach NRD oraz prawo do życia chronione przez wyżej wymienione instrumenty międzynarodowe; reżim ten naruszał również prawo do swobodnego przemieszczania się z art. 12 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.

103. Przedmiotowa praktyka państwa była w dużej mierze dziełem samych skarżących, którzy – będąc członkami kierownictwa politycznego – wiedzieli lub powinni byli wiedzieć, że naruszała ona zarówno prawa podstawowe, jak i prawa człowieka, bowiem niemożliwe jest, by nie znali oni przepisów prawa własnego państwa. Już odpowiednio art. 8 i art. 19 ust. 2 Konstytucji z 1969 r. przewidywały, że: „Powszechnie uznawane normy prawa międzynarodowego służące krzewieniu pokoju i pokojowej współpracy między ludźmi są wiążące dla państwa i każdego obywatela” oraz „Organy państwa, służby w społeczeństwie, jak również każdy obywatel obowiązani są do poszanowania oraz ochrony godności i wolności jednostki” (zob. par. 28 powyżej). Ponadto już w 1968 r. pierwszy rozdział części szczególnej Kodeksu karnego zawierał wprowadzenie w brzmieniu: “Bezłitosne karanie za przestępstwa przeciwko [...] ludzkości i prawom człowieka [...] stanowi warunek konieczny do utrzymania pokoju na świecie, przywrócenia wiary w podstawowe prawa człowieka, godność i wartość ludzkiego życia oraz do poszanowania praw każdego człowieka” (zob. par. 29 powyżej). Podobnie, jak już wyżej wspomniano (par. 78), skarżący nie mogli nie znać treści zobowiązań międzynarodowych NRD oraz nie wiedzieć o powtarzanej na forum międzynarodowym krytyce polityki granicznej NRD.

104. Gdyby NRD wciąż istniała, to byłaby odpowiedzialna za te działania z punktu widzenia prawa międzynarodowego. Pozostaje ustalić, czy oprócz odpowiedzialności państwa skarżącym można przypisać indywidualnie odpowiedzialność karną w czasie istotnym dla sprawy. Nawet zakładając, że takiej odpowiedzialności nie można wywieść z treści wyżej wymienionych instrumentów międzynarodowych dotyczących ochrony praw człowieka, można ją wywnioskować z treści tych instrumentów, gdy są one czytane łącznie z art. 95 Kodeksu karnego NRD, który wyraźnie stanowił, i to już od 1968 r., że indywidualną odpowiedzialność karną ponosi ten, kto narusza

międzynarodowe zobowiązania NRD albo prawa człowieka i podstawowe wolności.

105. Mając na uwadze wszystkie powyższe rozważania Trybunał uznaje, że czyny skarżących w czasie ich popełnienia stanowiły także przestępstwa określone w sposób wystarczająco przystępny i przewidywalny przez normy prawa międzynarodowego, dotyczące ochrony praw człowieka.

106. Ponadto działania skarżących mogą być rozważane, podobnie jak w przypadku art. 7 ust. 1 Konwencji, również z punktu widzenia innych norm prawa międzynarodowego, w szczególności dotyczących zbrodni przeciw ludzkości. Jednak wniosek, do jakiego doszedł Trybunał (zob. par. 105 powyżej), czyni rozważania w tym względzie zbędnymi.

c) Wnioski

107. W związku z powyższym skazanie skarżących przez sądy niemieckie po zjednoczeniu nie naruszało art. 7 ust. 1.

108. W świetle powyższego Trybunał nie musi badać, czy ich skazanie było uzasadnione na gruncie art. 7 ust. 2 Konwencji.

II. ZARZUCANE NARUSZENIE ART. 1 KONWENCJI

109. Skarżący podnieśli, że orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego było niezgodne z art. 1 Konwencji, który stanowi:

„Wysokie Układające się Strony zapewniają każdemu człowiekowi, podlegającemu ich jurysdykcji, prawa i wolności określone w Rozdziale I niniejszej Konwencji.”

110. Zdaniem skarżących orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego stworzyło dyskryminacyjny model sprawiedliwości oparty na „formule Radbrucha” (zob. par. 22 powyżej), odmawiając byłym obywatelom NRD, obecnie będącym obywatelami RFN, możliwości powoływania się na zasadę niedziałania wstecz ustawy karnej, wyrażoną w art. 7 ust. 1 Konwencji.

111. Trybunał zwraca uwagę, że jest uprawniony do oceny okoliczności objętych przedmiotem skargi w świetle całokształtu wymagań zawartych w Konwencji. Wykonując owo zadanie Trybunał może w szczególności dokonać subsumpcji stanu faktycznego sprawy, jaki ustalono na podstawie przedstawionego mu materiału dowodowego, w sposób zgoła odmienny niż przedstawiony przez skarżącego, a w razie konieczności przeprowadzić odmienną ocenę okoliczności faktycznych (zob. m.in. *Foti i Inni przeciwko Włochom*, wyrok z dnia 10 grudnia 1982 r., seria A nr 56, s. 15-16, § 44 oraz *Rehbock przeciwko Słowenii*, skarga nr 29462/95, § 63, ETPC 2000-XII).

112. Stąd też w niniejszej sprawie skarżący nie mogą podnieść zarzutu na podstawie art. 1 Konwencji, bowiem jest to przepis ramowy i jego samego nie da się naruszyć (zob. *Irlandia przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok z dnia 18 stycznia 1978 r., seria A nr 25, s. 90, § 238). Zarzut może

jednak zostać zbadany w świetle art. 14 Konwencji w związku z art. 7, ponieważ skarżący zasadniczo zarzucali dyskryminację, której mieli doznać jako byli obywatele NRD. Art. 14 Konwencji stanowi:

„Korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej Konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn”.

113. Trybunał jest jednak zdania, że zasady zastosowane przez Federalny Trybunał Konstytucyjny miały charakter generalny, a tym samym były wiążące również dla osób niebędących byłymi obywatelami NRD.

114. W związku z powyższym nie doszło do dyskryminacji sprzecznej z art. 14 Konwencji w związku z art 7.

Z TYCH WZGLĘDÓW TRYBUNAŁ JEDNOGŁOŚNIE

1. *uznaje*, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Konwencji;
2. *uznaje*, że nie doszło do dyskryminacji sprzecznej z art. 14 w związku z art. 7 Konwencji;

Sporządzono w języku angielskim i francuskim i podano do wiadomości na rozprawie publicznej w Budynku Praw Człowieka w Strasburgu w dniu 22 marca 2001 r.

Luzius WILDHABER
Przewodniczący

Michele DE SALVIA
Kancierz

Zgodnie z art. 45 ust. 2 Konwencji i Regulą 74 § 2 Regulaminu Trybunału do wyroku dołączono następujące opinie odrębne:

- a) zgodną opinię sędziego Loucaidesa;
- b) zgodną opinię sędziego Zupančica;
- c) zgodną opinię sędziego Levitsa.

L.W.
M. de S.

ZGODNA OPINIA SĘDZIEGO LOUCAIDESA

Zgadzam się z wnioskami przedstawionymi w wyroku, jednakże chciałbym wyjaśnić moje własne stanowisko w kwestii tego, czy działanie skarżących stanowiło przestępstwo w rozumieniu prawa międzynarodowego w czasie istotnym dla sprawy, w rozumieniu art. 7 ust.1 Konwencji.

Większość sędziów uznała, że skarżący zostali skazani za czyny, które w chwili ich popełnienia stanowiły przestępstwa określone w sposób wystarczająco dostępny i przewidywalny przez normy międzynarodowe dotyczące ochrony praw człowieka. W tym względzie większość powołała się na normy prawa międzynarodowego dotyczące ochrony prawa do życia i swobody przemieszczania się. Co się zaś tyczy indywidualnej odpowiedzialności karnej skarżących za naruszenie tych norm, większość oparła się na art. 95 Kodeksu karnego NRD, który stanowił, że indywidualną odpowiedzialność karną ponosi ten, kto narusza zobowiązania międzynarodowe NRD w zakresie praw człowieka i podstawowych wolności. Innymi słowy, rozstrzygając o tym, czy działanie skarżących stanowiło „przestępstwo w rozumieniu prawa międzynarodowego”, większość powołała się na zobowiązania wynikające z prawa międzynarodowego wiążące NRD jako państwo, a odnośnie do indywidualnej odpowiedzialności karnej skarżących większość oparła się na prawie krajowym NRD. Nie podzielam takiego stanowiska. Uważam, że ilekroć art. 7 mówi o „przestępstwie karnym w rozumieniu prawa międzynarodowego”, to wyraźnie oznacza to czyn określony jako przestępny bezpośrednio przez normę prawa międzynarodowego zarówno w odniesieniu do zabronionego zachowania, jak i indywidualnej odpowiedzialności karnej za to zachowanie.

Dlatego należy rozważyć, czy zachowanie skarżących stanowiło przestępstwo na gruncie norm prawa międzynarodowego, a nie tylko prawa krajowego.

Uważam, że odpowiedź powinna być twierdząca. Co więcej sądzę, że czyny, za które skarżący zostali skazani (określone w treści wyroku), stanowiły przestępstwo w prawie międzynarodowym określane mianem „zbrodni przeciw ludzkości”, które w przedmiotowym czasie było uznane już jako część generalnych zasad zwyczajowego prawa międzynarodowego.

W związku z tym nie uważam za konieczne zagłębianie się w całą historię rozwoju prawa międzynarodowego dotyczącego statusu oraz pojęcia zbrodni przeciw ludzkości. Sądzę, że wystarczy przytoczyć następujące uregulowania prawne.

Pierwszym instrumentem definiującym pojęcie „zbrodni przeciw ludzkości” w pozytywnym prawie międzynarodowym był Statut Międzynarodowego Trybunału Wojskowego ds. ścigania głównych zbrodniarzy wojennych Osi Europejskiej (MTW).

Statut zawierał następującą definicję „zbrodni przeciw ludzkości”: „morderstwo [...] popełnione na ludności cywilnej przed lub w trakcie działań

wojennych [...]”. Przepisy określone w Statucie stosowano w procesach norymberskich, w których jednostki pociągano do odpowiedzialności karnej za „zbrodnie przeciw ludzkości”. Jednak zbrodnia zdefiniowana w ten sposób związana była z prowadzeniem wojny. Ponadto w owym czasie nie ustalono jeszcze definitywnie, że tego typu przestępstwa stanowią zbrodnie w świetle zwyczajowego prawa międzynarodowego, w szczególności w przypadku, gdy nie były związane z działaniami wojennymi. Później kwestia ta została rozstrzygnięta pozytywnie.

Rezolucja 95 (I) Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z dnia 11 grudnia 1946 r. wyraźnie potwierdziła „zasady prawa międzynarodowego uznane przez Statut Trybunału Norymberskiego i wyrok Trybunału”, a sformułowanie owych zasad powierzono Komisji Prawa Międzynarodowego „w kontekście ogólnej kodyfikacji przestępstw przeciw pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości lub międzynarodowego kodeksu karnego”. Rezolucja ta była dowodem powszechnego stanowiska państw oraz ich praktyki w odniesieniu do owych zasad i dawała solidne podstawy prawne do twierdzenia, że zasady te były częścią zwyczajowego prawa międzynarodowego [zob. m.in. Daillier i Pellet, *Droit international public*, wyd. 6, s. 677].

Powiązanie zbrodni przeciw ludzkości z działaniami wojennymi nie było uznawane za warunek ustalenia takiej zbrodni [zob. „Problematyka karania zbrodniarzy wojennych i osób, które popełniły zbrodnie przeciw ludzkości: Komentarz Sekretarza Generalnego”, UN GAOR, 22. sesja, Załącznik poz. 60 porządku dziennego, s. 6-7, UN DOC A/6813 (1967). Zob. także Międzynarodowy Trybunał Karny ds. byłej Jugosławii, sprawa Tadicia IT-94-1, par. 623]. Jak słusznie zauważył Lord Millett w wyroku Izby Lordów w sprawie Pinocheta (3) [[1999] 2 Weekly Law Reports 909 i nast.]

„Trybunał Norymberski orzekł, że zbrodnie przeciw ludzkości podlegają jego jurysdykcji wyłącznie wówczas, gdy zostały popełnione podczas lub w związku ze zbrodniami wojennymi lub zbrodniami przeciwko pokojowi. Wydaje się jednak, że to ograniczenie prawne oparte było o sformułowania użyte w Statucie. Nie ma powodu, by sądzić, że wymóg ten uznawano za istotny w prawie międzynarodowym. Potrzeba ustalenia takiego powiązania była naturalna tuż po zakończeniu II wojny światowej. Wraz z zacieraniem się pamięci o wojnie od wymogu tego odstąpiono.”

Stanowisko, że zasady norymberskie stanowiły część zwyczajowego prawa międzynarodowego stało się bezsporne po przyjęciu Rezolucji 3074 (XXVIII) Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z dnia 3 grudnia 1973 r., która proklamowała potrzebę współpracy międzynarodowej w wykrywaniu, zatrzymywaniu, ekstradycji i karaniu osób winnych zbrodni wojennych i zbrodni przeciw ludzkości. Warto dodać, że takie stanowisko znajdowało odzwierciedlenie w wyrokach międzynarodowych trybunałów karnych tworzonych *ad hoc*, które stwierdziły, że „od czasu utworzenia Statutu Norymberskiego zwyczajowy zakaz zbrodni przeciwko ludzkości

oraz przypisanie indywidualnej odpowiedzialności karnej za ich popełnienie nie było poważnie kwestionowane” [sprawa Tadić, *op. cit.*]. W każdym razie w niniejszej sprawie istotne jest to, że w czasie popełnienia przestępstw przypisanych skarżącym „zbrodnie przeciw ludzkości” były już w sposób niepodważalny kwalifikowane jako przestępstwa w ramach zwyczajowego prawa międzynarodowego.

Jeśli chodzi o znamiona zbrodni przeciw ludzkości, można sięgnąć do ostatniej wersji Statutu Rzymskiego Międzynarodowego Trybunału Karnego, który formułuje definicję tej zbrodni w rozumieniu prawa międzynarodowego oraz zawiera wskazówki dla jej zastosowania w niniejszej sprawie: W art. 7 Statutu stwierdzono, że:

„1. [...] „zbrodnie przeciwko ludzkości” oznacza którykolwiek z następujących czynów, popełniony w ramach rozległego lub systematycznego, świadomego ataku skierowanego przeciwko ludności cywilnej:

a) zabójstwo;

[...]

2. W rozumieniu ustępu 1:

a) „atak skierowany przeciwko ludności cywilnej” oznacza sposób działania, polegający na wielokrotnym dopuszczaniu się czynów opisanych w ustępie 1 skierowanych przeciwko ludności cywilnej, dokonany na podstawie lub w ramach polityki państwa lub organizacji, zakładającej dokonanie takiego ataku;

[...]”.

Nawet gdyby kierować się tylko pojęciem „zbrodni przeciwko ludzkości” zaczerpniętym ze Statutu Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze – którego zasady zostały potwierdzone w treści wyżej wspomnianych rezolucji ONZ – oraz rozpatrywać niniejszą sprawę wyłącznie przez pryzmat minimalnych wymogów tego pojęcia, w zakresie odnoszącym się do okoliczności niniejszej sprawy, można bez trudu dojść do wniosku, że czyny, za które skarżący zostali skazani, niewątpliwie można było zakwalifikować jako „zbrodnie przeciwko ludzkości” w najcięższej postaci. Wydaje się, że na to przestępstwo składają się, jako minimum:

a) zabójstwo;

b) popełnienie przestępstwa przeciwko ludności cywilnej; oraz

c) systematyczne lub zorganizowane działanie w ramach określonej polityki.

Ostatni element został wywiedziony z połączenia elementów a) i b).

Z powyższych względów uważam, że czyny, za które skarżący zostali skazani, stanowiły w czasie ich popełnienia przestępstwa nie tylko w rozumieniu niemieckiego prawa krajowego, ale również w rozumieniu prawa międzynarodowego.

ZGODNA OPINIA SĘDZIEGO ZUPANČICA

Głosowałem za uznaniem, że nie doszło do naruszenia, ponieważ uważam, że zastosowanie prawa karnego NRD przez sądy RFN było zgodne z prawem (zob. par. 19-39 wyroku). Na potrzeby art. 7 ust. 1 jest to wystarczające.

Podobnie zgadzam się, że art. 2 ust. 2 nie ma zastosowania w niniejszej sprawie (zob. par. 95-97 wyroku), chociaż może on mieć zastosowanie w innych sprawach, w których ważąc na jednej szali integralność osobistą, a na drugiej uzasadnione i zgodne z prawem zatrzymanie – otrzymujemy odmienny rezultat (zob. m.in. moją rozbieżną opinię odrębną w sprawie *Rehbock przeciwko Słowenii*, skarga nr 29462/95, ETPC 2000-XII).

Trzeba zrozumieć, że wyrok ten nie opiera się na art. 7 ust. 2 ani na pojęciu „przestępstwa międzynarodowego” z art. 7 ust. 1.

Art. 7 ust. 2 stanowi wyjątek od zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, sformułowanej przez słynnego niemieckiego teoretyka prawa karnego Anselma von Feuerbacha. W późniejszym okresie Franz von Liszt twierdził, że materialne gwarancje zawarte w zasadzie legalizmu stanowią *Magna Carta Libertatum* oskarżonych w sprawach karnych. Ta tradycja materialnoprawnej ochrony prawa karnego sięga co najmniej roku 1764 i klasycznego dzieła *Dei delitti e delle pene* Cezarego Beccarii, które wywarło decydujący wpływ na całą kontynentalną tradycję legalizmu w prawie karnym. Jest to tym ważniejsze, że w odróżnieniu od anglosaskiego modelu prawnego (jakkolwiek *Magna Carta* zawierała podobny zapis w pkt 39 (*lex terrae*)), gwarancje te w przeważającej mierze zawarte są w prawie materialnym, a nie procesowym. Stąd też zasada legalizmu (*Legalitätsprinzip, principe de legalité*) jest zazwyczaj interpretowana jako obejmująca jedynie restrykcyjną interpretację uprawnienia państwa do nakładania kar.

W niniejszej sprawie, jak zobaczymy, zasada legalizmu ma odmienny skutek. Uniemożliwia ona bowiem skarżącym możliwość powoływania się na własną interpretację prawa.

Trudno mi zgodzić się ze stwierdzeniem zawartym w par. 105, dotyczącym „przestępstw zdefiniowanych w sposób wystarczająco przystępny i przewidywalny przez normy prawa międzynarodowego dotyczące ochrony praw człowieka” [wyróżnienie własne]. Silne gwarancje *obiektywne* materialnego prawa karnego zawarte w zasadzie legalizmu nie mogą być sprowadzane do *subiektywnego* prawa do uprzedniego zawiadomienia o tym, co podlega karze na mocy prawa pozytywnego.

Znaczenia zasady legalizmu należy upatrywać w obiektywnych i rygorystycznych ograniczeniach prawnych o charakterze semantycznym i logicznym (*lex certa*) w stosunku do uprawnienia państwa do wymierzania kar. W przypadku, gdy ustawa daje sprawcy *formalną* możliwość przewidzenia kryminalnego i karalnego charakteru jego działań lub zaniechań, niezależnie od tego, że w swoim codziennym postępowaniu opiera się o powszechną i utrwaloną „państwową praktykę” bezkarności, rządy

prawa usankcjonują późniejszą odpowiedzialność karną. Twierdzenie przeciwnie czyniłoby ze sprawcy przestępstwa ustawodawcę *in casu proprio*. W tym właśnie tkwi istota niniejszej sprawy.

Odwrotnie, zbytnie poleganie na subiektywnych kryteriach *dostępności i przewidywalności* ułatwiłoby skarżącym obronę opartą na zasadzie legalizmu. Skarżący mogliby wówczas twierdzić, że w rzeczywistości opierali się na oficjalnej, dostępnej i przewidywalnej wykładni prawa w danym czasie, a także na „praktyce państwa NRD, która została niejako nałożona na normy prawa stanowionego w czasie istotnym dla sprawy” (zob. par. 67 wyroku). Mogliby także twierdzić, że ich oparcie się na praktyce państwa, która dopiero później została uznana za błędną w świetle ścisłej wykładni pozytywnego prawa karnego, w czasie istotnym dla sprawy było zgodne z oficjalną, stałą i przewidywalną praktyką państwa. Taki argument wprowadzałby obronę opartą na usprawiedliwionym błędzie co do prawa (*error juris*).

Przykładowo art. 2.04(3)(b)(iv) modelowego Kodeksu karnego Stanów Zjednoczonych stanowi:

„przekonanie, że dany czyn nie stanowi przestępstwa w świetle prawa stanowi obronę przeciwko ściganiu za to przestępstwo oparte na takim postępowaniu [sprawcy], który w swoim działaniu w sposób uzasadniony polega na [...] oficjalnej interpretacji funkcjonariusza publicznego lub organu odpowiedzialnego zgodnie z prawem za interpretację, wykonanie lub egzekwowanie prawa określającego czyn zagrożony karą.” (wyróżnienie własne).

W zależności od zawartych w materialnym prawie karnym NRD lub RFN przepisów dotyczących błędu co do prawa, działania skarżących mogłyby być usprawiedliwione (ale nie uzasadnione!).

W takim kontekście błąd co do prawa mógłby stanowić pomost pomiędzy obiektywnym znaczeniem prawa konstytuującego dane przestępstwo, a subiektywnym rozumieniem tego prawa. Jeśli jednak owo rozumienie nie jest całkowicie subiektywne i arbitralne, ponieważ opiera się na takich elementach obiektywnych jak właściwa „praktyka państwa”, „oficjalna interpretacja funkcjonariusza publicznego” itp., błąd co do prawa może stanowić usprawiedliwienie, czyli w prawie niemieckim „okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną” (*Schuldausschliessungsgrund*).

Subiektywne opieranie się przez skarżących na „praktyce państwa NRD, która w czasie istotnym dla sprawy została nałożona na normy prawa stanowionego” w konsekwencji oznaczałoby, że ich (oraz NRD-dowska) schizofreniczna wykładnia, tj. odejście od prawa pozytywnego zawartego w ustawie, niezależnie od tego, że była realistyczna w świetle „praktyki państwa NRD”, przeważałaby nad obiektywnym znaczeniem odpowiednich definicji przestępstw zawartych w prawie karnym NRD.

Jednakże w niniejszej sprawie posuwamy się co najmniej o jeden krok dalej. Skarżący nie tylko „opierali się” na „praktyce państwa NRD”. Pomogli bowiem stworzyć tę bardzo realną państwową praktykę bezkarności. Owa

praktyka bezkarności nie została jednak sformalizowana przy użyciu środków legislacyjnych: bez wątpienia było to spowodowane faktem, że w oczach świata zewnętrznego NRD chciała utrzymać wizerunek *Rechtsstaat*. Gdyby praktyka bezkarności została zalegalizowana prawem pozytywnym, niniejsza sprawa przedstawiałaby się zupełnie inaczej, ponieważ wtedy prawdopodobnie wchodziłaby w zakres art. 7 ust. 2 Konwencji.

Jeśli chodzi o własne prawo karne, skarżący byli współuczestnikami szeroko zakrojonej i stałej konspiracji, której celem było umniejszenie obiektywnego znaczenia prawa stanowionego, co oznacza, że wspólnie spiskowali oni w celu stworzenia i utrzymywania schizofrenicznej sytuacji, którą cechował całkowity rozdzwiek między tak zwaną „praktyką bezkarności państwa”, a nawet nagradzaniem zachowań przestępczych innych współspiskowców, a formalnym językiem odpowiednich ustaw karnych. Cechą charakterystyczną tej sprawy jest okoliczność, że to sami skarżący byli „funkcjonariuszami publicznymi lub [członkami] organu odpowiedzialnego zgodnie z prawem za wykładnię, stosowanie lub egzekwowanie prawa definiującego czyn zagrożony karą”.

Jest to bowiem przypadek, w którym te same osoby, którym powierzono odpowiedzialność za wykładnię, stosowanie lub egzekwowanie prawa definiującego przestępstwo, jednocześnie propagowały „praktykę państwa”, którą teraz uważają za źródło ich własnego rozumienia prawa, a tym samym ich usprawiedliwienie w świetle prawa. Co więcej, skarżący utrzymują, że praktyka państwa NRD stanowiła nieodłączny element ówczesnej obiektywnej bezkarności oraz że niedopuszczalne jest *ex post* pociąganie ich do odpowiedzialności karnej za popełnione przez nich czyny.

Bez wątpienia zahaczamy tu o kwestię rządów prawa, a ściślej kwestię rządów prawa karnego materialnego. Dla Europejskiego Trybunału Praw Człowieka zaakceptowanie takiej „praktyki państwa” jako integralnej części „ustawy określającej czyn zagrożony karą” w rozumieniu art. 7 ust. 1 czy też zaakceptowanie linii obrony opartej na błędzie co do prawa oznaczałoby przypieczętowanie tej określonej formy samousprawiedliwienia pozostającej w sprzeczności z rządami prawa.

Łatwo jest wyobrazić sobie analogiczną sprawę, w której skarżący byliby wysoko postawionymi funkcjonariuszami wymiaru sprawiedliwości NRD, którzy sami uczestniczyli w tworzeniu sądowej „praktyki” bezkarności (orzecznictwo, doktryna). Czy moglibyśmy wtedy powiedzieć, że ten „element wykładni sądowej” (zob. par. 82 wyroku) stanowił „prawo określające czyn zagrożony karą”?

Jak słusznie podkreślał niemiecki teoretyk prawa von Ihering, rządy prawa opierają się na *formalnym* znaczeniu sformułowań prawnych. Jeśli rządy prawa mają być utrzymane, to obiektywne znaczenie musi pozostać niezależne i w ostatecznej analizie musi być całkowicie oddzielone od jakiegokolwiek subiektywnej i arbitralnej interpretacji, bez względu na to, jak bardzo rozpowszechniona jest „praktyka państwa” – tym bardziej, gdy taka

powszechna arbitralna wykładnia „prawa w (nie)działaniu”, sprzeczna z prawem stanowionym, jest rezultatem zмовы między władzą wykonawczą, ustawodawczą i sądowniczą państwa.

Utrzymanie rozdziału pomiędzy obiektywnością a subiektywnością w prawie to jedyny sposób zapewnienia, że nikt nie będzie stał ponad prawem.

ZGODNA OPINIA SĘDZIEGO LEVITSA

1. Zgadzam się z wnioskami przedstawionymi w wyroku.

Niemniej jednak chciałbym wyjaśnić własne stanowisko w dwóch kwestiach: po pierwsze – w kwestii wykładni prawa w ustroju demokratycznym i niedemokratycznym (socjalistycznym) oraz podejścia do tego problemu po transformacji do ustroju demokratycznego, a po drugie – w kwestii użycia pojęcia „zbrodni przeciwko ludzkości” w prawie międzynarodowym.

I.

2. Wyrok oparty jest na wykładni prawa międzynarodowego (np. postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 16 grudnia 1966 r.) oraz prawa krajowego NRD (np. Konstytucji NRD, ustawy o Policji Ludowej oraz innych ustaw). Trybunał doszedł do wniosku, że postępowanie skarżących w przedmiotowym czasie było sprzeczne zarówno z prawem międzynarodowym, jak i prawem krajowym NRD (zob. par. 64, 72, 75, 102 i 104 oraz inne fragmenty wyroku).

3. Skarżący kwestionowali takie podejście (które zostało przyjęte również przez niemieckie sądy krajowe), twierdząc, że w istocie w NRD prawo międzynarodowe i prawo krajowe były interpretowane i stosowane odmiennie (zob. par. 47 wyroku) oraz że w świetle tej wykładni i zastosowania prawa ich postępowanie było zgodne z prawem.

4. Wydaje mi się, że zarzut ten porusza jedną z najpoważniejszych kwestii w niniejszym wyroku – która jest szczególnie istotna w sytuacjach, gdy poprzedni, niedemokratyczny (np. socjalistyczny) ustrój został obalony i ustanowiono nowy ustrój demokratyczny. Wyraźnie wskazuje on, że wykładnia i stosowanie prawa zależy od ogólnego porządku politycznego, w którym prawo funkcjonuje w charakterze podsystemu.

5. W rzeczywistości sądy NRD, stosując te same przepisy Konstytucji NRD (art. 19 i 30) i innych ustaw, a także przepisy Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (art. 12), nigdy nie doszłyby do takich samych rezultatów, jak sądy niemieckie po zjednoczeniu oraz do jakich doszedł Trybunał w niniejszym wyroku, gdyż przyjmowały zupełnie inne podejście do wykładni i stosowania prawa.

6. Różnica w wykładni i stosowaniu prawa między systemem demokratycznym a systemem socjalistycznym dotyczy wszystkich istotnych elementów prawa w szerokim znaczeniu – w szczególności źródeł prawa, autonomii argumentacji prawnej oraz wykładni norm prawnych (w szczególności przez niezawisłych sędziów), metod wykładni norm prawnych, hierarchii norm prawnych oraz wiążącego charakteru prawa dla organów władzy państwowej. Dlatego te same teksty prawne (Konstytucja NRD lub Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych) stosowane przy użyciu odmiennych metodologii stosowania prawa

właściwych dla danego porządku politycznego, doprowadzą do odmiennych rezultatów.

7. Powstaje zatem pytanie, czy po zmianie ustroju politycznego z socjalistycznego na demokratyczny, prawnie uzasadnione jest stosowanie „starego” prawa, ustanowionego w poprzednim niedemokratycznym ustroju, zgodnie z metodą wykładni i stosowania prawa właściwą dla nowego, demokratycznego porządku prawnego.

8. Chciałbym podkreślić, że moim zdaniem nie ma miejsca na inne rozwiązania. Państwa demokratyczne mogą pozwolić swoim instytucjom na stosowanie prawa – nawet prawa uprzednio obowiązującego, wywodzącego się z ustroju przeddemokratycznego – wyłącznie w sposób właściwy dla demokratycznego porządku politycznego (w znaczeniu, w jakim pojęcie to rozumiane jest w tradycyjnych demokracjach). Posłużenie się jakąkolwiek inną metodą stosowania prawa (co pociąga za sobą uzyskanie odmiennych rezultatów tych samych tekstów prawnych) godziłoby w istotę *ordre public* demokratycznego państwa.

9. Te same zasady odnoszą się również do wykładni i stosowania norm prawa międzynarodowego, takich jak Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych. Pakt został podpisany i ratyfikowany przez większość państw na świecie – demokratycznych i niedemokratycznych (w tym przez NRD). Państwo demokratyczne może dokonywać interpretacji i stosować ten Pakt (a także inne normy prawa międzynarodowego) wyłącznie zgodnie z metodologią stosowania prawa właściwą dla demokratycznego porządku politycznego. W niniejszej sprawie tak postąpiły niemieckie sądy krajowe (zob. wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego cytowany w par. 22 wyroku).

10. W związku z tym wykładnia i stosowanie krajowych i międzynarodowych norm prawnych zgodnie z metodologią właściwą dla ustroju socjalistycznego lub innego ustroju niedemokratycznego (której rezultaty są nie do przyjęcia dla ustroju demokratycznego) powinny z punktu widzenia ustroju demokratycznego zostać uznane za błędne. Dotyczy to zarówno oceny praktyki prawnej minionych reżimów niedemokratycznych *ex post facto* (jak w niniejszej sprawie, choć taka sama sytuacja może oczywiście pojawić się w innych, nowych demokracjach), jak i oceny aktualnej praktyki prawnej (np. dotyczącej Paktu) w dzisiejszych niedemokratycznych ustrojach. Taką praktykę należałoby uznać za nadużycie prawa. Po zmianie systemu politycznego na demokratyczny osoby odpowiedzialne nie mogą usprawiedliwiać swojego postępowania, opierając się na „specyficznym” sposobie, w jaki prawo było interpretowane w reżimach niedemokratycznych.

11. Moim zdaniem jest to istotny wniosek, który wynika bezpośrednio z uniwersalnego charakteru praw człowieka i wartości demokratycznych, którymi związane są wszystkie instytucje demokratyczne. Przynajmniej od czasów Trybunału Norymberskiego taka koncepcja porządku

demokratycznego jest prawidłowo rozumiana na świecie, a tym samym jest przewidywalna dla każdego.

12. Powyższe, moim zdaniem, potwierdzają także wnioski niniejszego wyroku.

II.

13. Paragraf 107 wyroku potwierdza, że postępowanie skarżących mogło być również rozpatrywane na podstawie art. 7 ust. 1 Konwencji z punktu widzenia innych norm prawa międzynarodowego, a mianowicie norm dotyczących zbrodni przeciwko ludzkości, ale w świetle ustaleń Trybunału, po zastosowaniu norm międzynarodowych dotyczących praw człowieka w połączeniu z normami prawa krajowego NRD, nie jest konieczne badanie tej kwestii.

14. Zasadniczo podzielam to stanowisko. Jednakże wnioski niniejszego wyroku można było wysnuć głównie dzięki temu, że Konstytucja i inne akty prawne NRD zostały poprawnie zredagowane w języku podobnym do języka przepisów konstytucyjnych i innych przepisów prawa państw demokratycznych, w których funkcjonują rządy prawa (na przykład przepisy konstytucyjne dotyczące praw człowieka). Nie było to jednak rzeczywistą intencją niedemokratycznego reżimu NRD. Zawarte w przepisach konstytucyjnych byłych państw socjalistycznych normy dotyczące praw człowieka miały raczej charakter propagandowy. Niemniej jednak krajowe sądy niemieckie oraz Trybunał - do czego, w mojej opinii, jak wyjaśniono wyżej, miały uzasadnione powody - „potraktowały te prawa poważnie” (Ronald Dworkin), nadając im znaczenie wywiedzione z brzmienia różnych norm prawnych, interpretowanych zgodnie z metodologią stosowania prawa właściwą dla ustroju demokratycznego.

15. Uważam, że zdolność sądów w nowo powstałych demokracjach do poradzenia sobie się ze „spuścizną” minionych reżimów niedemokratycznych nie powinna zależeć wyłącznie od brzmienia norm prawnych systemów niedemokratycznych, sformułowanych do celów nie tyle prawnych, ile przede wszystkim propagandowych.

16. Wyrok ten otworzył drzwi także do badania przypadków takiego postępowania, jak postępowanie skarżących, jako przestępstwa na gruncie przepisów prawa międzynarodowego (zob. par. 106 wyroku).

17. W związku z tym pragnę zwrócić uwagę na ostatnie zmiany w prawie międzynarodowym odnośnie do wzmocnienia ochrony praw człowieka, w tym norm dotyczących zbrodni przeciwko ludzkości. Pomimo że wielu problemów prawnych w tej dziedzinie wciąż nie udało się rozwiązać, kierunek tych zmian jest oczywisty.

18. Zgadzam się zatem z przekonującą analizą sędziego Loucaidesa wyrażoną w jego opinii odrębnej, że czyny skarżących w przedmiotowym czasie stanowiły przestępstwa nie tylko w rozumieniu niemieckiego prawa krajowego, ale także w rozumieniu prawa międzynarodowego.