



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

© Рада Європи/Європейський суд з прав людини, 2012 рік. Цей переклад було здійснено за підтримки Фондації з прав людини Ради Європи (www.coe.int/humanrightstrustfund). Він не є обов'язковим для Суду. Для подальшої інформації дивіться повні примітки щодо авторських прав у кінці цього документа.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court. For further information see the full copyright indication at the end of this document.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2012. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour. Pour plus de renseignements veuillez lire l'indication de copyright/droits d'auteur à la fin du présent document.

П'ЯТА СЕКЦІЯ

СПРАВА JORGIC ПРОТИ НІМЕЧЧИНИ

(Заява № 74613/01)

РІШЕННЯ

СТРАСБУРГ

12 липня 2007 року

ОСТАТОЧНЕ

12/10/2007

У справі Jorgic проти Німеччини,

Європейський суд з прав людини (П'ята Секція) на засіданні Палати у складі:

Пер Лоренцен (Peer Lorenzen), *Голова*,
Снежана Ботучарова (Snejana Botoucharova),
Володимир Буткевич,
Маргарита Цаца-Ніколовска (Margarita Tsatsa-Nikolovska),
Райт Марусте (Rait Maruste),
Хав'єр Боррего Боррего (Javier Borrego Borrego),
Ренате Єгер (Renate Jaeger), *судді*,

і Клаудія Вестердік (Claudia Westerdiek), *Секретар Секції*,

Розглянувши справу на закритому засіданні 19 червня 2007 року,

Проголошує наступне рішення, ухвалене у вказаний день:

ПРОЦЕДУРА

1. Справа була відкрита за заявою (№ 74613/01), поданою до Суду проти Федеративної Республіки Німеччина на підставі статті 34 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі - Конвенція) громадянином Боснії і Герцеговини, сербом за походженням, паном Ніколою Йоргічем/Nicola Jorgic (далі - заявник) 23 травня 2001 року.

2. Заявник був представлений паном Г. Грюнбауером (H. Grünbauer), адвокатом, який практикує у Лейпцизі. Німецький уряд (далі - Уряд) був представлений уповноваженою особою, пані А. Вітлінг-Фогель (Wittling-Vogel), виконавчим секретарем (*Ministerialdirigentin*) Федерального міністерства юстиції, котрій допомагав пан Г. Верле (G. Werle), професор права Гумбольдтівського університету в Берліні.

3. Заявник, спираючись на статтю 5 § 1 (а) і статтю 6 § 1 Конвенції, стверджував, що німецькі суди не мали юрисдикції визнавати його винним у геноциді. Він також стверджував, що, зокрема, через відмову національних судів викликати свідків його захисту, які мали бути допитані за кордоном, він не отримав справедливого судового розгляду у розумінні статті 6 §§ 1 і 3 (d) Конвенції. Окрім того, він скаржився, що засудження його за геноцид суперечило статті 7 § 1 Конвенції, зокрема, через те, що широке тлумачення національними судами цього злочину не мало основи ні у німецькому, ні у міжнародному публічному праві.

4. 7 липня 2005 року Суд вирішив комунікувати цю заяву Уряду. 2 жовтня 2006 року він вирішив розглянути заяву за суттю, водночас із її

прийнятністю за положеннями статті 29 § 3 Конвенції в сукупності з правилом 54А § 3 Регламенту Суду.

5. Уряд Боснії і Герцеговини, поінформований про право вступити в розгляд справи (стаття 36 § 1 Конвенції і Правило 44), не скористався цим правом.

ФАКТИ

I. ОБСТАВИНИ СПРАВИ

6. Заявник народився 1946 року. На час подання заяви він перебував в ув'язненні у Бохумі, Німеччина.

1. Передісторія справи

7. У 1969 році заявник, громадянин Боснії і Герцеговини сербського походження, в'їхав до Німеччини, де законно проживав до початку 1992 року. Потім він повернувся до Костайніци, котра є частиною міста Добой у Боснії, де він народився.

8. 16 грудня 1995 року заявника арештували під час в'їзду до Німеччини і взяли у попереднє ув'язнення на підставі вагомих підозр у скоєнні актів геноциду.

2. Розгляд у Дюссельдорфському апеляційному суді

9. 28 лютого 1997 року у Дюссельдорфському апеляційному суді (*Oberlandesgericht*), котрий діяв як суд першої інстанції, розпочався суд над заявником за звинуваченням у скоєнні актів геноциду у місцевості Добой між травнем і вереснем 1992 року.

10. Під час розгляду апеляційний суд заслухав показання шістьох викликаних обвинуваченням свідків, яких було допитано за кордоном.

11. 18 червня 1997 року заявник просив апеляційний суд викликати і заслухати свідчення восьми свідків із Костайніци, аби довести, що він перебував у попередньому ув'язненні в Добої між 14 травня і 15 серпня 1992 року і, отже, не міг скоїти злочини, в яких його було обвинувачено. 10 липня 1997 року він подав клопотання про допит ще сімнадцяти свідків із Костайніци, які підтвердили б його доводи.

12. 18 серпня 1997 року апеляційний суд відхилив клопотання заявника про допит цих свідків. Спираючись на статтю 244 § 5, друге речення, Кримінально-процесуального кодексу (див. нижче параграф 39), суд вирішив, що покази цих свідків матимуть малу доказову цінність. Семеро з цих свідків дали письмові свідчення, які вже були зачитані в суді. Лише один із них стверджував, що відвідував заявника

у тюрмі. З огляду на отримані свідчення, суд зміг виключити можливість того, що покази свідків, названих заявником, якщо їх буде заслухано особисто, зможуть вплинути на оцінку доказів судом. Суд зазначив, що під час засідань було вже заслухано більше двадцяти свідків, котрі не були жертвами злочинів, у яких звинувачено заявника, і котрі бачили заявника у різних місцях поза тюрмою під час періоду, коли він, як сам стверджував, перебував під вартою. Документи, подані заявником стосовно початку і кінця його затримання у Добої, не виключали протилежного висновку, оскільки вочевидь були підписані особою, яку він добре знав.

13. 8 вересня 1997 року заявник просив апеляційний суд викликати трьох свідків із Добоя, аби довести, що він перебував у попередньому ув'язненні в Добої між 14 травня і 15 серпня 1992 року. Він також клопотав про огляд місця скоєння злочину (*Augenscheinseinnahme*) у селі Грабска або скласти топографічну карту, аби довести, що покази свідків стосовно його можливих дій у Грабска були неправдоподібними.

14. 12 вересня 1997 року апеляційний суд відхилив клопотання заявника. Щодо відмови допитати свідків, суд, знову спираючись на статтю 244 § 5 Кримінально-процесуального кодексу, вирішив, що покази цих свідків матимуть малу доказову цінність. Заслухавши покази інших свідків, суд переконався, що заявник не перебував під вартою у вказаний час. Суд також вирішив, що огляд місця скоєння злочину або складання топографічної карти буде недоступним доказом (*unerreichbare Beweismittel*) у розумінні статті 244 § 3 Кримінально-процесуального кодексу (див. нижче параграф 38), який він не зобов'язаний приймати.

15. У вироку від 26 вересня 1997 року Дюссельдорфський апеляційний суд визнав заявника винним у одинадцяти епізодах геноциду (стаття 220а №№ 1 і 3 Кримінального кодексу, див. нижче параграф 34) і у вбивстві двадцяти двох людей в одному епізоді, семи людей в іншому епізоді і однієї людини у третьому епізоді. У решті випадків він був засуджений за сім епізодів небезпечних нападів і позбавлення свободи. Заявника було засуджено до довічного ув'язнення і вказано, що його вина є особливо тяжкою (див. нижче параграф 37).

16. Суд встановив, що заявник організував воєнізоване угруповання, з яким брав участь у етнічних чистках у місцевості Добой з наказу політичних керівників боснійських сербів і сербських військових. Зокрема, він брав участь у арештах, затриманні, нападах і жорстокому поводженні щодо чоловіків-мусульман трьох боснійських сіл у травні-червні 1992 року. Він вбив кількох мешканців цих сіл. Зокрема, він розстріляв двадцять два мешканці села Грабска – жінок, німечних і старих людей – у червні 1992 року. Потім заявник, разом із

парамілітарним загоном під його керівництвом, вигнали з села приблизно сорок чоловіків, яких з його наказу катували, а шістьох застрелили. Сьома поранена особа була заживо спалена разом із трупами шести розстріляних. У вересні 1992 року заявник вбив полоненого, котрого мордували солдати у тюрмі Добоя, дерев'яною палицею, аби продемонструвати новий спосіб знущання і вбивства.

17. Суд постановив, що має у даній справі юрисдикцію відповідно до статті 6 № 1 Кримінального кодексу (див. параграф 34). Існувала законна підстава для кримінального переслідування заявника у Німеччині, оскільки це відповідало німецькій військовій і гуманітарній місії у Боснії і Герцеговині, а заявник проживав у Німеччині протягом більш ніж двадцяти років і був там заарештований. Окрім того, відповідно до висновків експертів з міжнародного публічного права, суд встановив, що німецькі суди, згідно з міжнародним публічним правом, не мали перешкод для розгляду цієї справи. Зокрема, ні стаття VI Конвенції 1948 року Про запобігання злочину геноциду та покарання за нього (Про запобігання геноциду), ні стаття 9 Статуту Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії, 1993 року (Статут МКТЮ) (див. нижче параграфи 48-49) не виключали юрисдикцію Німеччини над діями геноциду, скоєними поза Німеччиною іноземцями проти іноземців. Суд вирішив, що такий висновок підтверджується тим фактом, що МКТЮ вказав, що не бажає перебирати на себе переслідування заявника.

18. Окрім того, суд встановив, що заявник діяв із наміром скоїти геноцид у розумінні статті 220а Кримінального кодексу. Посилаючись на думку кількох фахівців із права, суд зазначив, що «знищення групи», у розумінні статті 220а Кримінального кодексу, означає знищення групи як соціальної спільноти у її відмінності і особливості і у її відчутті об'єднаності (*“Zerstörung der Gruppe als sozialer Einheit in ihrer Besonderheit und Eigenart und ihrem Zusammengehörigkeitsgefühl”*); біологічно-фізичне знищення для цього не обов'язкове. Суд дійшов висновку, що заявник діяв з умислом знищити спільноту мусульман на півночі Боснії чи принаймні у місцевості Добой.

3. Розгляд справи у Федеральному суді

19. 30 квітня 1999 року Федеральний суд, на основі апеляції заявника з питань права і за результатами слухань, визнав заявника винним у одному епізоді геноциду і тридцяти епізодах вбивства. Він засудив заявника до довічного ув'язнення і вказав, що його вина є особливо тяжкою.

20. Підтримуючи мотивування апеляційного суду, він вирішив, що німецьке кримінальне право застосовується до даної справи і, відповідно, німецькі суди мають над нею юрисдикцію, відповідно до статті 6 № 1 Кримінального кодексу. Суд, зокрема, встановив, що

жодне положення міжнародного публічного права не забороняє німецьким судам судити заявника відповідно до принципу універсальної юрисдикції (*Universalitäts-/Weltrechtsprinzip*), встановленої цією статтею. Суд зазначив, що згаданий принцип не був однозначно закріплений у статті VI Конвенції про запобігання геноциду, попри давніші проекти цієї конвенції, у яких пропонувалось його закріпити. Проте, згадана стаття не забороняє, аби особу, обвинувачену в геноциді, судили суди іншої країни ніж та, на території якої було скоєне це діяння. Будь-яке інше тлумачення суперечило б зобов'язанню *erga omnes* країни-учасниці за статтею I цієї Конвенції, а саме, запобігання і покаранню геноциду (див. нижче параграф 48). Наведене тлумачення Конвенції про запобігання геноциду було також підтвержене статтею 9 § 1 Статут МКТЮ, котрий встановлює співпадаючу юрисдикцію МКТЮ та всіх інших національних судів.

21. Окрім того, Федеральний суд встановив, що німецькі суди також мають юрисдикцію відповідно до статті 7 § 2 № 2 Кримінального кодексу (див. нижче параграф 34).

22. Федеральний суд не зосереджувався на розгляді скарги заявника проти постанови апеляційного суду від 18 серпня 1997 року, якою, на підставі статті 244 § 5 Кримінально-процесуального кодексу, було відмовлено у допиті вказаних ним свідків. Проте, він загалом посилався на подання Федерального прокурора (*Generalbundesanwalt*), який стверджував, що апеляція заявника щодо цього є неприйнятною, оскільки він належно не обґрунтував відповідні факти. Стосовно скарги заявника на постанову апеляційного суду від 12 вересня 1997 року, якою було відмовлено у допиті трьох інших свідків за кордоном, Федеральний суд визнав цю скаргу неприйнятною, оскільки він належно не обґрунтував відповідні факти і не навів достатніх причин у своїй апеляції. Далі суд посилався на подання Федерального прокурора стосовно скарги заявника щодо відмови апеляційного суду зробити топографічну карту. Федеральний прокурор стверджував, що ця скарга є необґрунтованою, особливо з огляду на те, що апеляційний суд вже мав у розпорядженні відеозйомку відповідної місцевості.

23. Федеральний суд залишив без змін висновок апеляційного суду щодо наміру заявника на скоєння геноциду у розумінні статті 220a Кримінального кодексу, але встановив, що його діяння в цілому мають кваліфікуватись як один епізод геноциду. Він посилався на формулювання статті 220a § 1 №. 4 (запровадження заходів, які мають на меті запобігти народжуваності у групі) і № 5 (примусове переміщення дітей групи до іншої групи) на підтримку своєї думки, що геноцид не обов'язково передбачає намір фізичного знищення групи, а що достатньо наміру знищити соціальну спільноту.

4. Розгляд справи у Федеральному Конституційному суді

24. 12 грудня 2000 року Федеральний Конституційний суд відмовився розглядати конституційну скаргу заявника.

25. Відповідно до Конституційного суду, кримінальні суди не порушили жодного положення Основного Закону, встановивши свою юрисдикцію відповідно до статті 6 № 1 Кримінального кодексу у поєднанні зі статтею VI Конвенції про запобігання геноциду. Принцип універсальної юрисдикції надавав розумні підстави розглядати цю проблему, яка виникла поза територією Німеччини, за умови дотримання обов'язку невтручання (*Interventionsverbot*) за міжнародним публічним правом. Компетентні висновки судів, зокрема, що стаття 6 № 1 Кримінального кодексу у поєднанні зі статтею VI Конвенції про запобігання геноциду надавала їм право розглядати справу заявника, не були протиправними. Можна зробити належний висновок, що Конвенція про запобігання геноциду, не запроваджуючи однозначно принцип універсальної юрисдикції, встановлює, що Держави-учасниці не зобов'язані, але мають юрисдикцію переслідувати осіб, які скоїли геноцид. Дійсно, геноцид є класичним прикладом застосування принципу універсальної юрисдикції. Мотивування кримінальних судів не втручається у персональний або територіальний суверенітет Боснії і Герцеговини, оскільки ця держава однозначно утрималась від запиту про екстрадицію заявника.

26. Вказуючи, що у випадку прийнятної конституційної скарги він мав би право перевірити оскаржуваний акт з усіх конституційних позицій, Федеральний Конституційний суд встановив, що право заявника на справедливий судовий розгляд, гарантоване Основним Законом, не було порушене. Безсумнівно, стаття 244 §§ 3 і 5 Кримінально-процесуального кодексу є конституційною. Законодавець не зобов'язаний запроваджувати особливі процесуальні правила для певних злочинів. Право на справедливий судовий розгляд не надає заявнику право на розгляд певних доказів, наприклад, виклик свідків, які мають бути допитані за кордоном.

27. Стосовно тлумачення статті 220а Кримінального кодексу, Федеральний Конституційний суд встановив, що не було порушено принцип, відповідно до якого кримінальний закон не має зворотного застосування, як гарантує стаття 103 § 2 Основного Закону. Він зазначив, що спосіб, у який апеляційний суд і Федеральний суд витлумачили поняття «умисел на знищення» у зазначеній статті, був передбачуваним. Окрім того, таке тлумачення відповідає тлумаченню заборони геноциду у міжнародному публічному праві (в контексті якого і має тлумачитись стаття 220а Кримінального кодексу), здійсненому компетентними трибуналами, кількома вченими, і яке

було відображене у практиці ООН, втілений, *inter alia*, у резолюції 47/121 Генеральної Асамблеї (див. нижче параграф 41).

5. *Відновлення розгляду справи*

28. 3 липня 2002 року Дюссельдорфський апеляційний суд визнав неприйнятним клопотання заявника про відновлення розгляду справи. Той факт, що один із заслуханих у апеляційному суді свідків, котрий був єдиним, хто стверджував, що на власні очі бачив, як заявник убив двадцять дві людини у Грабска, був запідозрений у лжесвідченні, не гарантував відновлення розгляду справи. Навіть припускаючи, що цей свідок придумав звинувачення проти заявника, його однак слід засудити до довічного ув'язнення за геноцид і вісім епізодів вбивств.

29. 20 грудня 2002 року (рішення надане заявнику 28 січня 2003 року) Федеральний суд оголосив прийнятним клопотання заявника про відновлення розгляду стосовно вбивства двадцяти двох людей у Грабска. Він зауважив, що, навіть якщо вирок заявника щодо вбивства двадцяти двох людей буде скасовано, визнання його винним у геноциді і восьми епізодах вбивств, а отже і довічне ув'язнення, включаючи встановлення особливої тяжкості вини, залишаться незмінними.

30. У конституційній скарзі від 28 лютого 2003 року заявник скаржився, що ухвали Дюссельдорфського апеляційного суду і Федерального суду, стосовно відновлення розгляду справи, порушували його право на свободу, гарантоване Основним Законом. Він стверджував, що суди помилялись у висновку, що, під час відновлення розгляду, питання про особливу тяжкість вини не повинне заново розглядатись.

31. 22 квітня 2003 року Федеральний Конституційний суд відмовився розглядати конституційну скаргу заявника.

32. 21 червня 2004 року Дюссельдорфський апеляційний суд вирішив відновити розгляд справи стосовно визнання заявника винним у вбивстві двадцяти двох людей у Грабска. Він встановив, що єдина особа, яка стверджувала, що на власні очі бачила, як заявник убив двадцять дві людини, був визнаний винним у лжесвідченні, принаймні стосовно інших свідчень. Отже, не можна виключати можливість, що судді, які тоді розглядали справу, виправдали б заявника за цим обвинуваченням, якби знали, що покази цього свідка неправдиві.

33. Задовольнивши клопотання заявника про відновлення розгляду справи, Дюссельдорфський апеляційний суд закрити провадження. Він стверджував, що вирок, який мав би бути винесений заявнику, якби його знову визнали винним у вбивстві двадцяти двох людей у Грабска, не був би значно суворішим, ніж вирок, який вже винесений йому і набув законної сили щодо геноциду. Відповідно, вирок Дюссельдорфського апеляційного суду від 26 вересня 1997 року

залишився остаточною щодо визнання заявника винним у геноциді і восьми епізодах вбивств, включаючи встановлення особливої тяжкості вини.

II. ВІДПОВІДНЕ НАЦІОНАЛЬНЕ І МІЖНАРОДНЕ ПУБЛІЧНЕ ПРАВО І ПРАКТИКА

1. Кримінальний кодекс

34. Відповідні положення Кримінального кодексу, у чинній на час подій редакції, стосовно юрисдикції німецьких судів, злочин геноциду і тяжкості вини звучали так:

Стаття 6

Діяння, скоєні за кордоном проти законних інтересів, захищених міжнародним правом

“Німецький кримінальний закон також застосовується, незважаючи на закон, який застосовується у місці їх скоєння, до наступних діянь, скоєних за кордоном:

1. геноцид (стаття 220a);

...”

Стаття 7

Інші випадки застосування до діянь, скоєних за кордоном

“1. ...

2. Німецький кримінальний закон також застосовується до інших злочинів, скоєних за кордоном, якщо діяння карається у місці його скоєння, або якщо на місці його скоєння не поширюється дія кримінального закону і якщо правопорушник

...

(2) на час скоєння діяння був іноземцем, перебував у Німеччині і, хоча закон про екстрадицію дозволяв екстрадицію за таке діяння, він не був екстрадований, оскільки запит про екстрадицію не був зроблений, був відхилений або екстрадиція не може бути реалізована.”

Стаття 220a

Геноцид

“1. Будь-хто, діючи з наміром знищити, цілком чи частково, яку-небудь національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку,

- (1) вбиває членів такої групи,
 - (2) заподіює серйозних тілесних ушкоджень чи розумового розладу ... членам такої групи,
 - (3) створює для якої-небудь групи такі життєві умови, що розраховані на повне чи часткове фізичне знищення її,
 - (4) запроваджує міри, розраховані на запобігання народжуваності у даній групі
 - (5) насильно передає дітей із однієї групи до іншої,
- Карається довічним ув'язненням.

...”

35. Стаття 220а була додана до Кримінального кодексу законом від 9 серпня 1954 року, після приєднання Німеччини до Конвенції про запобігання геноциду, і набула чинності у 1955 році. Статті 6 № 1 і 220а втратили чинність 30 червня 2002 року, коли набув чинності Кодекс законів про злочини проти міжнародного права (*Völkerstrafgesetzbuch*). Відповідно до статті 1 нового кодексу, він застосовується до злочинів проти міжнародного права, таких, як геноцид (див. статтю 6 нового кодексу), навіть якщо злочин було скоєно закордоном і без стосунку до Німеччини.

36. Заявник є першою особою, засудженою за геноцид німецькими судами за статтею 220а, відколи її було додано до Кримінального кодексу. На час, коли заявник скоїв діяння у 1992 році, більшість дослідників дотримувались думки, що «намір геноциду знищити групу», відповідно до статті 220а Кримінального кодексу, має бути спрямований на біологічно-фізичне знищення захищеної групи (див., наприклад, A. Eser in Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 24 видання, Munich 1991, стаття 220а, §§ 4-5 з наступними посиланнями). Проте, значна кількість дослідників дотримувались думки, що поняття знищення групи як таке, у буквальному значенні, є ширшим, ніж біологічно-фізичне знищення, і включає також знищення групи як соціальної спільноти (див., наприклад, H.-H. Jescheck, *Die internationale Genocidium-Konvention vom 9. Dezember 1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht*, ZStW 66 (1954), стор. 213, і B. Jähnke у *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 10 видання, Berlin, New York 1989, стаття 220а, §§ 4, 8 і 13).

37. Відповідно до статті 57а § 1 Кримінального кодексу, засудження до довічного ув'язнення може бути замінене на умовне, якщо, зокрема, відбуто п'ятнадцять років ув'язнення, і особлива тяжкість вини засудженої особи (*besondere Schwere der Schuld*) не гарантує продовження відбуття вироку.

2. Кримінально-процесуальний кодекс

38. Відповідно до статті 244 § 3 Кримінально-процесуального кодексу, клопотання про залучення доказів може бути відхилене лише за умов, наведених у цій статті. Його може бути відхилено, *inter alia*, якщо доказ недоступний (*unerreichbar*).

39. Стаття 244 § 5, друге речення, Кримінально-процесуального кодексу наводить спеціальні умови для відхилення клопотання про заслухання свідків, які мають давати показання за кордоном. Ці умови менш суворі, ніж стосовно відхилення клопотання про заслухання свідків, які можуть давати показання у Німеччині. Достатньо, аби суд на власний розсуд вирішив, що заслухання свідка не є необхідним для становлення істини.

3. Порівняльне і публічне міжнародне право і практика

(а) Визначення і обсяги злочину геноциду

(i) *Конвенція 1948 року Про запобігання злочину геноциду та покарання за нього (Про запобігання геноциду)*

40. Відповідні положення Конвенції про запобігання геноциду, яка набула чинності для Німеччини 22 лютого 1955 року, говорять:

Стаття II

“У даній Конвенції під геноцидом розуміються наступні дії, вчинені з наміром знищити, цілком чи частково, яку-небудь національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку:

- (а) убивство членів такої групи;
- (b) заподіяння серйозних тілесних ушкоджень чи розумового розладу членам такої групи;
- (c) навмисне створення для якої-небудь групи таких життєвих умов, що розраховані на повне чи часткове фізичне знищення її;
- (d) міри, розраховані на запобігання народжуваності у даній групі);
- (e) насильницька передача дітей з однієї людської групи до іншої.”

(ii) *Резолюція Генеральної Асамблеї ООН*

41. У резолюції 47/121 (№ A/RES/47/121) від 18 грудня 1992 року стосовно ситуації у Боснії і Герцеговині у 1992 році, Генеральна Асамблея ООН зазначила:

“Глибоко стурбовані погіршенням ситуації у Республіці Боснія і Герцеговина, спричиненій зростанням агресії сербських і чорногорських військ, з метою силового загарбання території, характерних постійною практикою грубих та систематичних порушень прав людини, збільшенням кількості біженців, спричиненої масовим вигнанням беззахисного цивільного населення з їхніх помешкань, і існуванням у Сербії і Чорногорії контрольованих районів концентраційних таборів і центрів затримання, котрі переслідують політику «етнічних чисток», яка є формою геноциду, ...”

(iii) *Юриспруденція Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії*

42. У справі *Прокурор проти Крстича (Prosecutor v. Krstić)*, IT-98-33-T, вирок від 2 серпня 2001 року, §§ 577-80, Судова Палата Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії (МКТЮ), завідомо відходячи від широкої інтерпретації поняття «з наміром знищити», використаного Генеральною Асамблеєю і Федеральним Конституційним судом у рішенні від 12 грудня 2000 року, у даній справі, встановила наступне стосовно Конвенції про запобігання геноциду:

“577. Кілька останніх декларацій і рішень інтерпретували намір знищити ... так, щоб охопити докази, які стосуються діянь, пов’язаних із культурними і нефізичними формами знищення груп.

578. У 1992 році Генеральна Асамблея ООН засудила етнічні чистки як форму геноциду. ...

579. Федеральний Конституційний суд Німеччини у грудні 2000 року постановив, що

законодавче визначення геноциду захищає надіндивідуальний об’єкт правової охорони, а саме, *соціальне* існування групи ... намір знищити групу ... є ширшим, ніж біологічно-фізичне знищення ... Отже, текст закону не вимагає тлумачення, відповідно до якого наміром злочинця має бути фізичне знищення, принаймні, значної кількості членів групи. ...

580. Судова Палата усвідомлює, що має інтерпретувати Конвенцію з належним урахуванням принципу *nullum crimen sine lege*. Отже, вона визнає, що незважаючи на останні зміни, звичаєве міжнародне право обмежує визначення геноциду діяннями, спрямованими на біологічне або фізичне знищення усієї групи або її частини. Отже, заходи, спрямовані на знищення лише культурних або соціальних ознак людської групи, з метою стерти ці елементи, котрі надають цій групі власну ідентичність, відмінну від решти спільноти, не підпадатиме під визначення геноциду. Проте, Судова Палата відмічає, що разом із біологічним або фізичним знищенням часто відбуваються одночасні напади на культурну і релігійну власність і символи відповідної групи, і ці напади можна законно вважати доказами наміру фізичного знищення групи.”

43. Вирок Судової Палати був залишений щодо цього без змін Апеляційною Палатою МКТЮ рішенням від 19 квітня 2004 року, IT-98-33-A, у котрому йшлося:

“25. Конвенція про запобігання геноциду і звичаєве міжнародне право загалом забороняють лише біологічне або фізичне знищення людської групи. ... Судова Палата однозначно застосувала це обмеження і відхилила будь-які ширші визначення. ...”

33. ... Те, що примусове переміщення не є саме актом геноциду, не заважає Судовій Палаті спиратись на нього як на докази намірів керівного складу Армії Сербської Республіки. Намір геноциду можна дослідити, поміж інших фактів, за допомогою доказів «інших злочинних діянь, систематично спрямованих проти однієї групи».”

44. Так само, у справі *Прокурор проти Курпешкіча та Інших (Prosecutor v. Kupreškić and Others)*, IT-95-16-T, вирок від 14 січня 2000 року (§ 751), котра стосувалась вбивства близько 116 мусульман з метою вигнання мусульманського населення із села, МКТЮ встановив:

“Від переслідування до геноциду, найстрашнішого злочину проти людства, один крок, оскільки у геноциді намір переслідування просувається до крайньої межі – досягнення фізичного знищення групи або її членів. У злочині геноциду злочинний умисел полягає у знищенні групи або її членів; у злочині переслідування злочинний умисел полягає у силовій дискримінації групи або її членів, тяжких і систематичних порушеннях основних прав людини. У даній справі, згідно з Обвинуваченням, і Судова Палата з цим згодна, вбивство цивільного мусульманського населення було перш за все спрямоване на вигнання цієї групи із села, а не на знищення мусульманської групи як такої. Отже, маємо справу із переслідуванням, а не геноцидом.”

(iv) *Юриспруденція Міжнародного Суду ООН*

45. У рішенні від 26 лютого 2007 року у справі *Боснія і Герцеговина проти Сербії і Чорногорії* («Справа щодо застосування Конвенції про запобігання геноциду») Міжнародний Суду ООН (Суд ООН) встановив у розділі про «намір і «етнічні чистки» (у § 190):

“Термін «етнічні чистки» часто вживається для означення подій у Боснії і Герцеговині, котрі є предметом даної справи ... Резолюція Генеральної Асамблеї 47/121 каже у преамбулі про «мерзенну політику «етнічних чисток», котрі є формою геноциду», яка провадилась у Боснії і Герцеговині. ... Вони [етнічні чистки] можуть бути формою геноциду у розумінні Конвенції, лише якщо відповідають або стосуються одного з видів діянь, заборонених статтею II Конвенції. Ні намір, як частина політики, зробити регіон «етнічно однорідним», ні операції, котрі можуть здійснюватись на втілення такої політики, не можуть як такі бути визначені як геноцид; намір, який характеризує геноцид, полягає у «знищенні цілої або частини» особливої групи, а депортація або переміщення членів групи, навіть здійснені примусово, не обов'язково тотожні знищенню такої групи, і знищення не є прямим наслідком переміщення. Не можна сказати, що діяння, позначені як «етнічні чистки», ніколи не можуть становити

геноциду, якщо вони характеризуються, наприклад, «навмисним створенням для групи таких життєвих умов, що розраховані на повне чи часткове фізичне знищення її», всупереч статті II, параграф (с), Конвенції, за умови, що таке діяння здійснюється з неодмінно особливим наміром (*dolus specialis*), тобто, з метою знищення групи, на відміну від виселення її з регіону. Як зауважив МКТЮ, «хоча є очевидні подібності між політикою геноциду і політикою, загально відомою як «етнічні чистки» (*Krstić*, IT-98-33-T, вирок Судової Палати, 2 серпня 2001 р., параграф 562), необхідно розрізняти фізичне знищення і просто розпорошення групи. Саме виселення групи чи частини групи ще не достатні для геноциду»....”

(v) *Інтерпретація іншими Державами-учасницями Конвенції*

46. Відповідно до наявних у Суду матеріалів, були лише поодинокі випадки кримінального переслідування на національному рівні у інших Державах-учасницях Конвенції. Немає повідомлень про справи, у яких національні суди встановили б умисне знищення групи і, відповідно, вину у геноциді, тобто, коли б «намір знищити» стосувався лише фізичного або біологічного знищення, або коли б він передбачав також знищення групи як соціальної спільноти.

(vi) *Інтерпретація науковців*

47. Більшість науковців схиляються до думки, що етнічні чистки, здійснені сербськими військами у Боснії і Герцеговині з наміром вигнати мусульман і хорватів із їхніх помешкань, не є геноцидом (див., поміж багатьма іншими, William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge 2000, стор. 199 і далі.). Проте, є також значна кількість науковців, котрі вважають, що такі діяння тотожні геноциду (див., *inter alia*, M. Lippman, *Genocide: The Crime of the Century*, HOUJIL 23 (2001), стор. 526, і J. Hübner, *Das Verbrechen des Völkermordes im internationalen und nationalen Recht*, Frankfurt am Main 2004, стор. 208-17; G. Werle, у *Völkerstrafrecht*, 1 видання, Tübingen 2003, стор. 205, 218 і далі, зазначав, що це залежить від обставин справи, зокрема, обсягу скоєних злочинів і доведення наміру у знищенні групи як соціальної спільноти, а не просто наміру вигнати групу).

(b) Універсальна юрисдикція стосовно злочину геноциду

(i) *Конвенція 1948 року Про запобігання злочину геноциду та покарання за нього (Про запобігання геноциду)*

48. Відповідні положення Конвенції про запобігання геноциду такі:

Стаття I

Договірні сторони підтверджують, що геноцид, незалежно від того, чи відбувається він у мирний, чи військовий час, є злочином, що порушує норми міжнародного права і проти якого вони зобов'язуються вживати заходів попередження і карати за його здійснення.

Стаття VI

Особи, звинувачені в здійсненні геноциду чи інших перерахованих у статті III діянь, повинні бути суджені компетентним судом тієї держави, на території якої було зроблено це діяння, чи таким міжнародним карним судом, що може мати юрисдикцію у відношенні сторін даної Конвенції, що визнали юрисдикцію такого суду.

(ii) *Статут 1993 року Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії (Статут МКТЮ)*

49. Відповідні положення Статуту МКТЮ встановлюють:

Стаття 9**Співпадаюча юрисдикція**

“1. Міжнародний трибунал і національні суди мають співпадаючу юрисдикцію щодо кримінального переслідування осіб за тяжкі порушення міжнародного гуманітарного права, скоєні на території колишньої Югославії починаючи з 1 січня 1991 року.

2. Міжнародний трибунал має примат над національними судами. На будь-якій стадії процесу Міжнародний трибунал може офіційно просити національні суди передати справу до компетенції Міжнародного трибуналу відповідно до цього Статуту і Регламенту процедури і доказів Міжнародного трибуналу.”

(iii) *Юриспруденція Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії*

50. Апеляційна Палата МКТЮ у рішенні від 2 жовтня 1995 року за клопотанням захисту стосовно проміжної апеляції з питань юрисдикції у справі *Прокурор проти Тадіча (Prosecutor v. Tadić)*, № IT-94-1, зазначила, що «у справах щодо міжнародних злочинів зараз допускається «універсальна юрисдикція»» (§ 62).

51. Так само Судова Палата МКТЮ у рішенні від 10 грудня 1998 року у справі *Прокурор проти Фурунджія (Prosecutor v. Furundžija)*, № IT-95-17/1-T, встановила, що міжнародні злочини зустрічають загальний осуд, де б вони не вчинялись, і кожна держава має право переслідувати і карати осіб, які їх скоїли. Як зазначив загалом Верховний суд Ізраїлю у справі *Eichmann*, і підтримав його суд США у справі *Demjanjuk*, «йдеться про універсальний характер таких злочинів

... що надає владі кожної держави повноваження судити і карати осіб, які їх скоїли» (§ 156).

(iv) *Національне право і практика інших Держав-учасниць Конвенції*

52. Відповідно до наявних у Суду інформації і матеріалів, включно з матеріалами, наданими Урядом, і проти яких заявник не заперечував, законодавчі положення багатьох інших Держав-учасниць Конвенції дозволяють кримінальне переслідування геноциду за умов, подібних до даної справи.

53. У багатьох Державах-учасницях Конвенції кримінальне переслідування геноциду спирається на принцип універсальної юрисдикції, тобто юрисдикції щодо злочинів, скоєних поза територією держави іноземцями проти іноземців, і які не були спрямовані проти національних інтересів цієї держави, принаймні якщо підсудний був на її території (наприклад, Іспанія, Франція, Бельгія (принаймні до 2003 року), Фінляндія, Італія, Латвія, Люксембург, Нідерланди (з 2003 року), Росія, Словаччина, Чехія і Угорщина). На час суду над заявником, численні держави дозволяли кримінальне переслідування геноциду, скоєного поза територією держави іноземцями проти іноземців, відповідно до положень, подібних до принципу репрезентативності (*stellvertretende Strafrechtspflege* – для порівняння стаття 7 § 2 № 2 німецького Кримінального кодексу, параграф 34 вище), наприклад Австрія, Данія, Естонія, Польща, Португалія, Румунія, Швеція і Швейцарія (з 2000 року). До Держав-учасниць Конвенції, котрі не передбачають універсальної юрисдикції щодо геноциду, належить, зокрема, Сполучене Королівство.

54. Окрім австрійських, бельгійських і французьких судів, іспанські суди також виносили рішення за звинуваченням у геноциді, спираючись на принцип універсальної юрисдикції. Іспанська *Audiencia Nacional* у рішенні від 5 листопада 1998 року у справі *Augusto Pinochet* встановила, що іспанські суди мають юрисдикцію у цій справі. Щодо обсягу Конвенції про запобігання геноциду вона зазначила:

“Стаття 6 Конвенції не виключає існування судових органів із юрисдикцією над злочинами, скоєними поза її територією, або міжнародних трибуналів. ... суперечило б духу Конвенції ..., аби уникнути безкарності за скоєння таких тяжких злочинів, вважати, що ця стаття Конвенції обмежує здійснення юрисдикції, виключаючи будь-яку іншу юрисдикцію, ніж та, яка встановлена даним положенням. Той факт, що Держави-учасниці не запровадили у своїх національних юрисдикціях універсальної юрисдикції щодо цього злочину, не перешкоджає Державі-учасниці Конвенції встановити таку юрисдикцію щодо цього злочину, котрий стосується всього світу і безпосередньо торкається міжнародної спільноти, а отже і людства, як сказано в самій Конвенції. ... Положення статті 6 Конвенції 1948 року також не містять дозволу на виключення юрисдикції для покарання за геноцид у Державі-учасниці, наприклад, Іспанії, чії закони встановлюють екстратериторіальність щодо

кримінального переслідування за такі злочини ...” (International Law Reports, том 119, стор. 331 і далі, на стор. 335-36)

ПРАВО

I. СТВЕРДЖУВАНЕ ПОРУШЕННЯ СТАТТІ 5 § 1 (a) І СТАТТІ 6 § 1 КОНВЕНЦІЇ

55. Заявник скаржився, що визнання його винним у геноциді Дюссельдорфським апеляційним судом, зі схваленням Федеральним судом і Федеральним конституційним судом, котрі, як він стверджував, не мали юрисдикції у справі, а також його наступне ув'язнення становлять порушення статті 5 § 1 (a) і статті 6 § 1 Конвенції, відповідні частини якої кажуть:

Стаття 5

“1. . Кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом:

(a) законне ув'язнення особи після засудження її компетентним судом;”

Стаття 6

“1. Кожен має право на справедливий ... розгляд його справи ... судом, встановленим законом, який ... встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. ...

56. Уряд не погодився з цим.

A. Прийнятність

57. Суд зазначає, що ця скарга не є явно необґрунтованою в розумінні статті 35 § 3 Конвенції. Жодні інші підстави для неприйнятності не порушувались, отже, її слід визнати прийнятною.

B. Щодо суті

1. Подання сторін

(a) Заявник

58. Заявник висловив думку, що загальне правило міжнародного публічного права – принцип невторчання – загалом забороняє німецьким судам кримінальне переслідування іноземця, який проживає за кордоном, за геноцид, ймовірно скоєний ним у іншій країні проти іноземних жертв. Він стверджував, що німецькі суди не мали права винятково перебирати на себе юрисдикцію, відповідно до принципу міжнародного кримінального права про універсальну юрисдикцію, закріплену у статті 6 № 1 Кримінального кодексу, оскільки у випадку геноциду юрисдикція, відповідно до цього принципу, не була міжнародно визнаною.

59. Заявник зокрема стверджував, що відповідно до статті VI Конвенції про запобігання геноциду, лише трибунал держави, на території якої було скоєне таке діяння, або міжнародний трибунал мали юрисдикцію судити особу, обвинувачену у геноциді. Отже, ця стаття віддзеркалювала обов'язок невторчання, котрий впливає із принципом суверенності і рівності всіх держав, і заборони зловживання правом, котрі є загальними правилами міжнародного публічного права. Він доводив, що принцип універсальної юрисдикції, як визнаний звичаєвим міжнародним публічним правом, теоретично міг передати юрисдикцію іншому національному суду, ніж вказаному у статті VI Конвенції про запобігання геноциду. Проте, він стверджував, що юрисдикція відповідно до цього принципу, як виняток із правила про обов'язок невторчання, не була визнана ані міжнародним договірним правом, ані звичаєвим міжнародним правом стосовно суду над особою, обвинуваченою у геноциді. Отже, німецькі суди протиправно перебрали на себе юрисдикцію.

(b) Уряд

60. Відповідно до подання Уряду, німецькі суди були «компетентними судами», у розумінні статті 5 § 1 (a) Конвенції, для визнання заявника винним, а також «судами, встановленими законом»,

у розумінні статті 6 § 1 Конвенції. Німецьке кримінальне право мало застосовуватись до фактів даної справи, тобто, відповідно до німецького права, німецькі суди мали юрисдикцію щодо злочинів, у яких було обвинувачено заявника. Вони були компетентними відповідно до статті 6 № 1 Кримінального кодексу (у чинній на той час редакції). Існував також правомірний зв'язок між кримінальним переслідуванням за злочини, у яких було обвинувачено заявника, і самою Німеччиною, який вважали необхідним німецькі суди поза формулюванням статті 6 № 1 Кримінального кодексу, аби встановити юрисдикцію і, отже, дотриматись принципу невторчання. Заявник проживав у Німеччині протягом багатьох років, досі лишався на відповідному обліку як постійний мешканець і був заарештований на німецькій території. Окрім того, Німеччина брала участь у військовій і гуманітарній місії у Боснії і Герцеговині. До того ж, вимоги статті 7 § 2 №2 Кримінального кодексу, котрі увібрали принцип репрезентативності, не були дотримані зокрема тому, що ні МКТЮ, ні кримінальні суди за місцем скоєння злочину у Боснії і Герцеговині не подали запиту про екстрадицію заявника.

61. Уряд також висловив думку, що положення німецького права щодо юрисдикції відповідають принципам міжнародного публічного права. Зокрема, як було переконливо доведено німецькими судами, стаття VI Конвенції про запобігання геноциду, котра запроваджує мінімальні вимоги щодо обов'язку кримінального переслідування геноциду, не забороняє судам держави, іншої ніж та, на території якої було скоєне це діяння, здійснювати кримінальне переслідування геноциду.

62. Окрім того, принцип універсальної юрисдикції у звичайному міжнародному публічному праві дозволяє всім державам встановлювати юрисдикцію щодо злочинів проти міжнародного права, таких, як акти геноциду, котрі спрямовані проти інтересів міжнародної спільноти в цілому, незважаючи на те, де і ким ці злочини були скоєні. Так само, юрисдикція, відповідно до принципу репрезентативності, закріпленому у статті 7 § 2 № 2 Кримінального кодексу, не суперечить міжнародному публічному праву. Отже, німецькі суди мали право виносити рішення у справі заявника.

63. Уряд стверджував, що законодавство і юриспруденція багатьох інших Держав-учасниць Конвенції і юриспруденція МКТЮ однозначно дозволяють кримінальне переслідування геноциду відповідно до принципу універсальної юрисдикції.

2. Оцінка Суду

(а) Відповідні принципи

64. Суд вважає, що справу перш за все слід розглянути за статтею 6 § 1 Конвенції щодо того, чи був заявник засуджений «судом, встановленим законом». Він зазначає, що цей вислів віддзеркалює принцип верховенства права, котрий є невід'ємною частиною системи захисту, запровадженої Конвенцією і її Протоколами. «Закон», у розумінні статті 6 § 1, включає, зокрема, законодавство щодо встановлення і компетенції судових органів (див., *inter alia*, *Lavents проти Латвії*, № 58442/00, § 114, 28 листопада 2002 р.). Отже, якщо суд не має юрисдикції судити підсудного відповідно до чинних положень національного права, він не є «встановленим законом» у розумінні статті 6 § 1 (для порівняння, *Соєте та Інші проти Бельгії*, №№ 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 і 33210/96, §§ 99 і 107-08, ECHR 2000-VII).

65. Суд далі зазначає, що, в принципі, порушення судом згаданих внутрішньо-правових положень про встановлення і компетенції судових органів становить порушення статті 6 § 1. Отже, Суд має компетенцію перевіряти, чи у цьому випадку було дотримано національного закону. Проте, з огляду на загальний принцип, відповідно до якого національні суди самі мають першими інтерпретувати положення національного права, Суд вважає, що не має ставити під сумнів їхню інтерпретацію, якщо тільки не було очевидного порушення національного права (див., *mutatis mutandis*, *Соєте та Інші*, цитоване вище, § 98 *in fine*, і *Lavents*, цитоване вище, § 114). Стосовно цього Суд також зазначає, що стаття 6 не надає підсудному право обирати юрисдикцію суду. Отже, завдання Суду обмежується перевіркою існування розумних підстав, на яких було встановлено юрисдикцію (див., *inter alia*, *G. проти Швейцарії*, № 16875/90, рішення Комісії від 10 жовтня 1990 року, і *Kübli проти Швейцарії*, № 17495/90, рішення Комісії від 2 грудня 1992 року).

(б) Застосування згаданих принципів до даної справи

66. Суд зазначає, що німецькі суди обґрунтовували свою юрисдикцію статтею 6 № 1 Кримінального кодексу у сукупності зі статтею 220а цього ж кодексу (у чинних на той час версіях). Ці положення встановлювали, що німецьке кримінальне право мало застосовуватись, і, відповідно, німецькі суди мали юрисдикцію судити особу за звинуваченням у геноциді, скоєному за кордоном, незважаючи на громадянство підсудного і потерпілих. Отже, національні суди встановили юрисдикцію відповідно до чіткого формулювання чинних положень Кримінального кодексу.

67. Вирішуючи, чи мали німецькі суди юрисдикцію відповідно до положень національного матеріального права, Суд має переконатись, чи відповідає чинним для Німеччини положенням міжнародного публічного права рішення національних судів про те, що вони мають юрисдикцію у справі заявника. Суд зазначає, що національні суди вирішили, що принцип міжнародного публічного права про універсальну юрисдикцію, кодифікований статтею 6 № 1 Кримінального кодексу, встановлював їх юрисдикцію, узгоджену з принципом міжнародного публічного права про невторчання. На їхню думку, їхня компетенція, відповідно до принципу універсальної юрисдикції, не виключалась формулюванням статті VI Конвенції про запобігання геноциду, оскільки ця стаття встановлювала обов'язок перелічених у ній судів судити осіб, підозрюваних у геноциді, не забороняючи кримінальне переслідування геноциду іншими національними судами.

68. Визначаючи, чи було обґрунтованим тлумачення національними судами відповідних правил і положень міжнародного публічного права стосовно юрисдикції, Суд, в принципі, має перевірити їхню інтерпретацію статті VI Конвенції про запобігання геноциду. Він зазначає, що було відмічено також і національними судами (див., зокрема, параграф 20), що Держави-учасниці Конвенції про запобігання геноциду, незважаючи на пропозиції раніших редакцій, не погодились кодифікувати у цій статті принцип універсальної юрисдикції щодо геноциду стосовно національних судів усіх Держав-учасниць (порівняйте параграфи 20 і 54). Проте, відповідно до статті I Конвенції про запобігання геноциду, Держави-учасниці мали зобов'язання *erga omnes* запобігати геноциду і карати його, а його заборона становить частину *jus cogens*. З цієї точки зору, мотивування національних судів стосовно того, що мета Конвенції про запобігання геноциду, як однозначно вказано у цій статті, не виключає юрисдикцію щодо покарання геноциду державами, чії закони встановлюють у цьому випадку екстратериторіальність, є обґрунтованим (і дійсно переконливим). Отримавши обґрунтоване і однозначне тлумачення статті VI Конвенції про запобігання геноциду відповідно до мети цієї Конвенції, вже не було потреби, інтерпретуючи згадану Конвенцію, звертатись до підготовчих документів, котрі відіграють лише субсидіарну роль в інтерпретації міжнародного публічного права (див. статті 31 § 1 і 32 Віденської конвенції про договірне право від 23 травня 1969 року).

69. У зв'язку з цим Суд зазначає, що тлумачення німецькими судами статті VI Конвенції про запобігання геноциду у світлі статті I цієї ж Конвенції і встановлення юрисдикції судити заявника за обвинуваченням у геноциді має широке підтвердження у законодавчих положеннях і юриспруденції численних Держав-учасниць Конвенції (із

захисту прав людини і основоположних свобод), а також у статуті і юриспруденції МКТЮ. Зокрема, Суд зазначає, що іспанська *Audiencia Nacional* витлумачила статтю VI Конвенції про запобігання геноциду точно так, як і німецькі суди (див. вище параграф 54). Окрім того, стаття 9 § 1 статуту МКТЮ схвалює висновок німецьких судів щодо співпадаючої юрисдикції МКТЮ і національних судів, не наводячи жодних обмежень для національних судів конкретних країн. Дійсно, принцип універсальної юрисдикції щодо геноциду був однозначно схвалений МКТЮ (див. вище параграфи 50-51), і численні Держави-учасниці Конвенції дозволяють, відповідно до цього принципу, кримінальне переслідування геноциду, принаймні, як у справі заявника, після дотримання додаткових умов, наприклад, тих, яких вимагає принцип репрезентативності (див. вище параграфи 52-53).

70. Суд робить висновок, що тлумачення німецькими судами відповідних положень і правил міжнародного публічного права, у світлі якого мають тлумачитись положення Кримінального кодексу, не було неправомірним. Отже, вони мали розумні підстави встановлювати свою юрисдикцію судити заявника за звинуваченнями у геноциді.

71. Отже, справа заявника розглядалась судом, встановленим відповідно до закону у розумінні статті 6 § 1 Конвенції. Тобто, не було порушення цього положення.

72. З огляду на наведений висновок за статтею 6 § 1, а саме, що німецькі суди правильно встановили юрисдикцію судити заявника за звинуваченнями у геноциді, Суд вирішує, що заявник також був законно ув'язнений після постановлення вироку «компетентним судом» у розумінні статті 5 § 1 (а) Конвенції. Тобто, не було також порушення і цієї статті.

II. СТВЕРДЖУВАНЕ ПОРУШЕННЯ СТАТТІ 6 §§ 1 І 3 (d) КОНВЕНЦІЇ

73. Заявник стверджував, що через відмову Дюссельдорфського апеляційного суду, на підставі статті 244 § 5 Кримінально-процесуального кодексу, викликати будь-яких свідків, які мали б свідчити за кордоном, він не мав справедливого судового розгляду у розумінні статті 6 §§ 1 і 3 (d) Конвенції. Він також скаржився, що відмова апеляційного суду оглянути місце скоєння злочину у Грабска або скласти топографічну карту також становили порушення статті 6 §§ 1 і 3 (d) Конвенції, котра у відповідних місцях звучить так:

“1. Кожен має право на справедливий ... розгляд його справи ... судом, встановленим законом, який ... встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. ...

3. Кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права:

...

(d) допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали, а також вимагати виклику й допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення;”

74. Уряд не погодився з цим.

A. Подання сторін

1. Уряд

75. З точки зору Уряду, заявник не вичерпав національні засоби, оскільки під час розгляду у Федеральному суді неналежно обґрунтував свої скарги стосовно відмови апеляційного суду викликати двадцять вісім свідків. Він також стверджував, що заявник під час розгляду у Федеральному суді у жоден спосіб не порушував скарг щодо відмови апеляційного суду обстежити місце скоєння злочину у Грабска, і отже, не вичерпав національні засоби.

76. Уряд далі наголошував, що заявник більше не міг стверджувати, що є потерпілим від порушення гарантованих Конвенцією прав, і що заява є несумісною *ratione personae* з Конвенцією стосовно скарг, пов'язаних із клопотанням долучити докази щодо обвинувачення у вбивстві двадцяти двох осіб у Грабска. Він доводив, що кримінальне провадження проти заявника стосовно цього злочину було відновлене і закрито.

77. Уряд стверджував, що, у кожному випадку, право заявника на справедливий судовий розгляд, у розумінні статті 6 Конвенції, не було порушене. Апеляційний суд залучав докази відповідно до вимог цього положення. Відповідно до статті 244 Кримінально-процесуального кодексу, для обвинувачення і захисту застосовується однакова процедура залучення доказів. Відповідно до німецького Кримінально-процесуального кодексу, кримінальні суди самі мали розслідувати істинність своїх припущень. Навіть якщо розслідування скоєних за кордоном злочинів становило процесуальні проблеми, підсудні були захищені правилами кримінального процесу і презумпцією невинності.

78. З точки зору Уряду, відхилення апеляційним судом клопотання заявника про залучення доказів не було неправомірним. Цей суд належно перевіряв клопотання заявника і навів об'єктивно виправдані підстави для відхилення їх. Висновок апеляційного суду за статтею 244 § 5 Кримінально-процесуального кодексу про те, що допит свідків, названих заявником, не був необхідним за обставин даної справи для

встановлення істини, не містив жодних помилок щодо права, оскільки цей суд надав повне мотивування своїх рішень.

2. Заявник

79. Заявник спростовував точку зору Уряду. Він наголошував, що Федеральний конституційний суд не відхилив його скаргу через невичерпання національних засобів, і стверджував, що не втратив статусу потерпілого від порушення статті 6 Конвенції.

80. Заявник скаржився, що стаття 6 §§ 1 і 3 (d) Конвенції була порушена у тому, що, відповідно до статті 244 § 5, другого речення, Кримінально-процесуального кодексу, апеляційний суд відмовився викликати двадцять вісім названих ним свідків захисту, котрі мали бути допитані за кордоном, а натомість викликав і заслухав шістьох названих обвинуваченням свідків, котрі також мали бути допитані за кордоном. Він стверджував, що за обставин його справи апеляційний суд, якби правильно застосував свої дискреційні повноваження, відмовився б від застосування статті 244 § 5 Кримінально-процесуального кодексу. Це положення містило умови для відмови у виклику свідків, котрі мали бути допитані за кордоном, менш суворі, ніж норми, що мали застосовуватись до відмови у виклику свідків, котрі мешкають у Німеччині. Воно засноване на припущенні, що для кримінального процесу в Німеччині докази можна отримати переважно в Німеччині. Проте, у його справі, котра стосувалась діянь, ймовірно скоєних у Боснії і Герцеговині, усі свідки знаходились переважно за кордоном. Отже, застосування статті 244 § 5 Кримінально-процесуального кодексу було неправомірним. Якби апеляційний суд викликав названих ним свідків, то одразу б встановив, що свідки обвинувачення казали неправду щодо стверджуваних злочинів у Грабска.

В. Оцінка Суду

81. Суд у даній справі не вважає за потрібне розглядати заперечення Уряду щодо вичерпання національних засобів і статусу заявника як потерпілого, оскільки, навіть якщо припустити, що заявник вичерпав національні засоби і міг стверджувати, що є потерпілим від порушення статті 6 Конвенції, Суд вважає, що ця частина заяви у будь-якому випадку є неприйнятною з наведених нижче причин.

1. Загальні принципи

82. Суд зазначає, що, за загальним правилом, саме національні суди повинні оцінювати надані їм докази, а також належність доказів, які

підсудний бажає долучити. Точніше, стаття 6 § 3 (d), котра визначає конкретні аспекти загальної концепції справедливого суду, закріплені у статті 6 § 1, в принципі залишає судам рішення, зокрема, щодо необхідності виклику певних свідків. Ця стаття не вимагає виклик і допит усіх свідків, вказаних обвинуваченим. Проте, завданням Суду є перевірити, чи отримання і оцінка доказів порушували принцип повної «рівності сторін», роблячи весь розгляд справи несправедливим (див., *inter alia*, *Vidal проти Бельгії*, 22 квітня 1992 р., § 33, Series A № 235-B, і *Heidegger проти Австрії* (dec.), № 27077/95, 5 жовтня 1999 р.).

83. У справах, котрі засновані на індивідуальних заявах, абстрактна перевірка національного законодавства не є завданням Суду, натомість, він має перевірити спосіб, у який це законодавство за конкретних обставин було застосоване до заявника (див., поміж іншими, *Sahin проти Німеччини* [ВП], № 30943/96, § 87, ECHR 2003-VIII, і *Sommerfeld проти Німеччини* [ВП], № 31871/96, § 86, ECHR 2003-VIII).

2. Застосування цих принципів до даної справи

84. Отже, Суд має вирішити, чи застосування національними судами статті 244 Кримінально-процесуального кодексу і їхня відмова викликати певних свідків, оглянути місце скоєння злочину або скласти топографічну карту зробили весь розгляд справи несправедливим.

85. На початку Суд зазначає, що сторони не оспорювали застосування статті 244 Кримінально-процесуального кодексу до всіх клопотань про виклик свідків або отримання інших доказів, незалежно від того, хто їх подає – обвинувачення чи захист. У справах, як ця, у яких злочин було скоєно поза Німеччиною, і у яких, як правило, буває необхідно отримати свідчення з-за кордону, її застосування не завжди буде сприятливим для клопотань обвинувачення про отримання доказів. Окрім того, стаття 244 § 5, друге речення, Кримінально-процесуального кодексу запроваджує спеціальні умови для відхилення клопотання про допит свідка, як від обвинувачення, так і від захисту, котрого треба буде допитати за кордоном. Дійсно, ці умови менш суворі, ніж умови для відхилення клопотання про допит свідка, якого можна допитати у Німеччині. Проте, такі свідчення не вважаються автоматично доказами, які неможливо отримати. Суди, роблячи попередню оцінку наданих їм доказів, можуть вирішити, що допит такого свідка є необхідним для встановлення істини (див. вище параграф 39).

86. Суд далі зазначає, що апеляційний суд, діючи як суд першої інстанції, відмовився викликати двадцять вісім названих заявником свідків, котрі мешкали у Боснії, а натомість заслухав шістьох свідків обвинувачення, котрі були допитані за кордоном. Проте, сам цей факт не дозволяє зробити висновок про порушення принципу рівності

сторін або права заявника на виклик свідків, і відповідно, що розгляд справи в цілому був несправедливим. Щодо цього Суд зазначає, зокрема, що апеляційний суд, надаючи детальне мотивування відмови долучити нові докази, переконався, що письмові свідчення принаймні семи із згаданих двадцяти восьми свідків доводять той самий факт (зокрема, перебування заявника під вартою на момент скоєння злочину), перш ніж вирішити, що свідчення усіх двадцяти восьми свідків матимуть малу доказову цінність і не матимуть значення для ухвалення рішення у справі. Суд зазначає, що апеляційний суд, відхиляючи клопотання заявника про виклик цих свідків, вже заслухав свідчення більш ніж двадцяти свідків, включаючи двох журналістів, котрі не постраждали від злочинів, у яких обвинувачувався заявник (і, отже, могли за загальним правилом вважатись особливо достовірними). Ці свідки, яких заявник міг перехресно допитати, усі стверджували, що бачили заявника поза тюрмою в той час, коли він, за власним твердженням, перебував під вартою. За таких обставин, Суд не може вважати, що національні суди діяли неправомірно, вирішуючи, що свідчення, названих заявником свідків не є належними на доказ того, що він перебував під вартою на час скоєння злочину. Отже, Суд не вбачає жодних ознак того, що розгляд справи проти заявника був в цілому несправедливим.

87. Стосовно скарги заявника щодо відмови апеляційного суду оглянути можливе місце скоєння злочину у Грабска або скласти топографічну карту з метою доведення неправдивості свідчень про ймовірні діяння, Суд вважає, що апеляційний суд належно обґрунтував своє рішення, у якому назвав ці докази такими, що не можуть бути отримані. З огляду на той факт, що апеляційний суд мав відеозапис відповідної місцевості, і що заявник міг перевірити переконливість доказів стосовно згаданих діянь, Суд не вбачає жодних ознак того, що відмова долучити додаткові докази була несумісною зі статтею 6 §§ 1 і 3.

88. Відповідно, скарга заявника за статтею 6 §§ 1 і 3 (d) Конвенції має бути відхилена як явно необґрунтована в розумінні статті 35 §§ 3 і 4 Конвенції.

III. СТВЕРДЖУВАНЕ ПОРУШЕННЯ СТАТТІ 7 КОНВЕНЦІЇ

89. Заявник далі скаржився, що широке тлумачення німецькими судами злочину геноциду не мало підстав у визначенні цього злочину, закріпленому у німецькому і міжнародному публічному праві, і що німецькі суди неправомірно встановили, що його вина була особливо тяжкою. Отже, він стверджував, що визнання його винним становило порушення статті 7 § 1 Конвенції, котра каже:

“Нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом. Також не може бути призначене суворіше покарання ніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення.”

90. Уряд не погодився з цим.

A. Прийнятність

91. Суд зазначає, що ця скарга не є явно необґрунтованою в розумінні статті 35 § 3 Конвенції. Жодні інші підстави для неприйнятності не порушувались, отже, її слід визнати прийнятною.

B. Щодо суті

1. Подання сторін

(а) Заявник

92. Заявник зазначав, що визнання його винним у геноциді за статтею 220а Кримінального кодексу вимагало доказів того, що злочинець діяв з наміром знищити, повністю чи частково, національну, расову, етнічну або релігійну групу як таку. Він стверджував, що, з огляду на буквальне значення поняття «знищити», саме зазіхання на життєві умови або основу існування групи, як у даній справі, не означає знищення самої групи. «Етнічні чистки», здійснені боснійськими сербами у місцевості Добой, були спрямовані лише на примусове виселення мусульман із регіону, тобто, на вигнання групи, а не знищення самого її існування. Отже, його не можна вважати геноцидом у розумінні статті 220а Кримінального кодексу.

93. Окрім того, як стверджував заявник, тлумачення німецькими судами «наміру знищити» у статті 220а, котра була додана до Кримінального кодексу з метою інкорпорації Конвенції про запобігання геноциду до національного права, суперечило схваленому міжнародною спільнотою тлумаченню того ж поняття у статті II Конвенції про запобігання геноциду. Дійсно, відповідно до міжнародно визнаної доктрини, геноцид застосовується лише до випадків, у яких вбивство, винищення і депортація були здійснені з наміром знищити точно встановлену групу, тобто, знищити її у біологічно-фізичному значенні, а не лише як соціальну спільноту. Етнічні чистки в колишній Югославії не можна порівнювати зі знищенням євреїв нацистським режимом, котре і стало причиною для створення Конвенції про запобігання геноциду.

94. Заявник стверджував, що він, отже, не міг передбачати на момент скоєння діянь, що німецькі суди кваліфікуватимуть їх як геноцид за німецьким і міжнародним публічним правом.

95. Так само, стверджував заявник, висновок німецьких судів щодо особливої тяжкості його вини становить порушення статті 7 § 1 Конвенції, оскільки ці суди не взяли до уваги, що він відігравав лише незначну роль у стверджуваному геноциді у Боснії.

(b) Уряд

96. На думку Уряду, тлумачення німецькими судами поняття «геноцид» не становило порушення статті 7 § 1 Конвенції. Визначення поняття «геноцид» у статті 220а німецького Кримінального кодексу дозволяло тлумачення поняття геноциду як такого, що включає діяння, скоєні з наміром знищити групу як соціальну спільноту. Зокрема, намір знищити мав бути спрямований проти «групи як такої», що передбачало захист не лише фізичного, але й соціального існування групи. Окрім того, визначення геноциду у статті 220а § 1 № 4 (запровадження заходів, спрямованих на запобігання народжуваності у групі) і № 5 (примусова передача дітей групи до іншої групи) також не передбачало фізичного знищення живих членів даної групи.

97. З тих же причин, формулювання статті II Конвенції про запобігання геноциду, котре відповідало статті 220а Кримінального кодексу, не обмежувало злочин геноциду біологічно-фізичним знищенням даної групи. Це підтверджують численні дослідники і Генеральна Асамблея ООН, котрі тлумачать Конвенцію про запобігання геноциду таким чином, аби включити захист групи як соціальної спільноти (див. вище параграф 41).

98. Оскільки тлумачення німецькими судами злочину геноциду є сумісним з формулюванням статті 220а Кримінального кодексу, тлумачення національних судів було передбачуваним на момент, коли заявник скоював злочини у 1992 році. Окрім того, німецькі науковці погодились із думкою, що кримінальна відповідальність за геноцид спрямована також на захист соціального існування групи (див. вище параграф 36).

99. Уряд зауважив, що у вироку від 2 серпня 2001 року, залишеному після апеляції без змін, у справі *Прокурор проти Крстіча*, Судова Палата МКТЮ однозначно відхилила тлумачення Федеральним Конституційним судом поняття «намір знищити» у рішенні за даною справою. Спираючись на принцип *nullum crimen sine lege*, МКТЮ вперше стверджував, що міжнародне публічне право обмежує злочин геноциду діяннями, спрямованими на біологічне або фізичне знищення групи. Проте, таке вузьке тлумачення МКТЮ у 2001 році обсягу злочину геноциду (котре, на думку Уряду, є непереконливим) не ставить під сумнів той факт, що заявник міг

передбачати, скоюючи злочини у 1992 році, що їх кваліфікуватимуть як геноцид. У кожному випадку, німецькі суди не кваліфікували етнічні чистки загалом як геноцид, а встановили, що заявник, за обставин даної справи, був винним у геноциді, оскільки мав намір знищити групу як соціальну спільноту, а не лише вигнати її.

2. Оцінка Суду

(а) Загальні принципи

100. Суд зазначає, що гарантія, закріплена у статті 7 Конвенції, є істотним елементом верховенства права. Вона не обмежується заборонаю ретроспективного застосування кримінального закону на шкоду обвинуваченому. Вона також втілює загалом принцип, що лише закон може визначити злочин і встановити покарання (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), а також принцип, що кримінальний закон не повинен надто широко тлумачитись на шкоду обвинуваченому, наприклад, за аналогією. Відповідно до цієї вимоги, особа повинна сама, а за потреби – за допомогою судової інтерпретації, розуміти зі слів відповідного положення, які дії або бездіяльність викликають кримінальну відповідальність. Кажучи про «закон», стаття 7 має на увазі те ж поняття, до якого Конвенція звертається в інших положеннях, де вжито цей термін, поняття, яке включає писане і неписане право, і яке відповідає якісним вимогам, зокрема доступності і передбачуваності (див., *inter alia, S.W. проти Сполученого Королівства*, 22 листопада 1995 р., §§ 34-35, Series A № 335-B; *C.R. проти Сполученого Королівства*, 22 листопада 1995 р., §§ 32-33, Series A № 335-C; і *Streletz, Kessler i Krenz проти Німеччини* [ВП], №№ 34044/96, 35532/97 і 44801/98, § 50, ECHR 2001-II).

101. Хоч як би чітко не була написана правова норма будь-якої системи, включаючи кримінальне право, завжди неминуче з'явиться елемент судового тлумачення. Будь-коли може виникнути потреба у роз'ясненні сумнівних моментів і пристосуванні до зміни обставин. Дійсно, у деяких Державах-учасницях Конвенції прогресивний розвиток кримінального права в судовій правотворчості є глибоко вкоріненою і невід'ємною частиною правової традиції. Статтю 7 Конвенції не можна вважати заборонаю поступового роз'яснення правил кримінальної відповідальності шляхом судового тлумачення від справи до справи за умови, що такий розвиток відповідає суті правопорушення і є розумно передбачуваним (див., *inter alia, S.W. проти Сполученого Королівства*, цитоване вище, § 36; *C.R. проти Сполученого Королівства*, цитоване вище, § 34; *Streletz, Kessler i Krenz*, цитоване вище, § 50; і *K.-H.W. проти Німеччини* [ВП], № 37201/97, § 45, ECHR 2001-II).

102. Стосовно інтерпретації і застосування національного права, суд зазначає, що перш за все національні органи, зокрема суди, мають тлумачити і застосовувати національне право (див., *mutatis mutandis*, *Kopp проти Швейцарії*, 25 травня 1998 р., § 59, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II, і *Streletz, Kessler i Krenz*, цитоване вище, § 49). Хоча обов'язком Суду, відповідно до статті 19 Конвенції, є забезпечення дотримання зобов'язань Державами-учасницями Конвенції, до його повноважень не входить розгляд помилок щодо фактів і права, допущених національними судами, якщо тільки, і оскільки, вони порушують права і свободи, захищені цією Конвенцією (див., *mutatis mutandis*, *Schenk проти Швейцарії*, 12 липня 1988 р., § 45, *Series A* № 140, і *Streletz, Kessler i Krenz*, цитоване вище, § 49).

(b) Застосування цих принципів до даної справи

103. У світлі наведених принципів, Суд має вирішити, чи тлумачення національними судами злочину геноциду за німецьким правом, зокрема «наміру знищити», у такому обсязі, який включав діяння, скоєні заявником під час етнічних чисток у Боснії і Герцеговині, відповідає суті цього злочину і могло бути розумно передбачуваним для заявника на той час.

104. Визначаючи, по-перше, чи відповідає тлумачення німецьких судів суті злочину геноциду, Суд зазначає, що національні суди не тлумачили вузько обсяг цього злочину. Вони вирішили, що «намір знищити» групу у розумінні статті 220а Кримінального кодексу, інтерпретованої у контексті статті II Конвенції про запобігання геноциду, не обов'язково передбачає намір знищити групу у фізичному чи біологічному розумінні. Достатньо, аби злочинець мав на меті знищити групу як соціальну спільноту.

105. Суд зазначає, що національні суди систематично тлумачили намір знищити групу як таку у контексті статті 220а § 1 Кримінального кодексу в цілому, з огляду, зокрема, на варіанти № 4 (запровадження заходів, які мають на меті запобігти народжуваності) і № 5 (примусове передання дітей групи до іншої групи) цього положення, котрі не передбачають обов'язкове фізичне знищення живих членів даної групи. Суд вважає, що тлумачення національними судами «наміру знищити групу» не обов'язково як фізичне знищення групи, до чого схиляються також ряд науковців (див. вище параграфи 36 і 47), охоплюється формулюванням, взятим в контексті, злочину геноциду у Кримінальному кодексі і не є необґрунтованим.

106. Окрім того, Суд, як і національні суди, вважає за необхідне, з метою визначення суті злочину геноциду, взяти також до уваги кодифікацію заборони геноциду у статті II Конвенції про запобігання геноциду, для дотримання якої до Кримінального кодексу було додано статтю 220а, і в контексті якої слід тлумачити названу статтю.

Оскільки формулювання статті 220а Кримінального кодексу щодо визначення геноциду співпадає з формулюванням статті II Конвенції про запобігання геноциду, то має також застосовуватись і наведене пояснення обсягу заборони геноциду.

107. Окрім того, тлумачення німецьких судів не лише знаходило підтримку поміж багатьма вченими на час скоєння злочину (див. вище параграф 36), а і Генеральна Асамблея ООН у своїй резолюції 47/121 від 18 грудня 1992 року також погодилась із ширшою інтерпретацією, застосованою німецькими судами у даній справі (див. вище параграф 41).

108. Відповідно, діяння заявника, котрі він скоїв під час етнічних чисток у місцевості Добой з наміром знищити групу мусульман як соціальну спільноту, можна обґрунтовано вважати такими, що підпадають під злочин геноциду.

109. По-друге, вирішуючи, чи міг заявник у згаданий час розумно передбачати тлумачення національними судами злочину геноциду, Суд зазначає, що заявник є першою особою, засудженою німецькими судами за геноцид відповідно до статті 220а від моменту її інкорпорації до Кримінального кодексу у 1955 році. За цих обставин Суд вважає, що, на противагу справам, котрі стосуються зміни вже встановленої юриспруденції, тлумачення обсягу злочину, котре, як у даній справі, відповідало суті такого злочину, має, як правило, вважатись передбачуваним. Попри це, Суд не виключає, що, як виняток, заявник міг спиратись на особливу інтерпретацію правової норми, застосовану національними судами за особливих обставин справи.

110. У даній справі, котра стосується тлумачення національними судами положення, що впливає з міжнародного публічного права, Суд вважає за необхідне, аби забезпечити ефективність захисту, гарантованого статтею 7 § 1 Конвенції, перевірити, чи існували особливі обставини, котрі потребують висновку, що заявник, за потреби отримавши юридичну консультацію, міг спиратись на вужче тлумачення національними судами обсягу злочину геноциду, з огляду, зокрема, на тлумачення злочину геноциду іншими джерелами.

111. У зв'язку з цим Суд зазначає, що на час згаданих подій обсяг статті II Конвенції про запобігання геноциду, на якій ґрунтується стаття 220а Кримінального кодексу, був предметом суперечок науковців стосовно визначення «наміру знищити групу». Хоча більшість правників схилиються до думки, що етнічні чистки, здійснені сербськими військами у Боснії і Герцеговині з метою вигнання мусульман і хорватів з їхніх помешкань, не становлять геноциду, значна кількість дослідників вважає, що ці діяння дійсно становлять геноцид (див. вище параграф 47).

112. Суд далі зазначає, що, навіть після того, як заявник скоїв оспорювані діяння, обсяг злочину геноциду тлумачився міжнародними органами по-різному. Дійсно, МКТЮ у вироках за справами *Прокурор проти Крстіча* і *Прокурор проти Купрешикіча та Інших*, однозначно не погодився з широким тлумаченням «наміру знищити», застосованим Генеральною Асамблеєю ООН і німецькими судами. Спираючись на принцип *nullum crimen sine lege*, МКТЮ стверджував, що міжнародне публічне право обмежує злочин геноциду діяннями, спрямованими на біологічне або фізичне знищення захищеної групи. Проте, оскільки рішення МКТЮ, як і наступні рішення, ухвалені національними і міжнародними судами щодо цієї проблеми, зокрема, Міжнародним судом ООН (див. вище параграф 45), стосовно внутрішньо правової або міжнародної кодифікації злочину геноциду, були ухвалені після скоєння згаданих діянь, заявник не міг спиратись на ці тлумачення, застосовані німецькими судами стосовно тогочасного німецького права, тобто, на момент скоєння злочинів.

113. З огляду на наведене, Суд робить висновок, що, хоча багато авторитетних тверджень схилились до вузької інтерпретації злочину геноциду, на той час кілька джерел вже тлумачили злочин геноциду так само, як і німецькі суди. За таких обставин, Суд вважає, що заявник, за потреби – за допомогою юристів, міг розумно передбачати ризик того, що за діяння, скоєні у 1992 році, його звинуватять і засудять за геноцид. У зв'язку з цим Суд також бере до уваги той факт, що заявника було визнано винним у діяннях значної тяжкості і тривалості: вбивство кількох людей, позбавлення волі і жорстоке поводження з багатьма людьми протягом кількох місяців, скоєних у якості командира воєнізованого формування і для проведення політики етнічних чисток.

114. Отже, тлумачення національними судами злочину геноциду можна розумно вважати таким, що відповідає суті цього злочину, і котре могло бути розумно передбачене заявником на час подій. Дотримавшись цих вимог, німецькі суди могли вирішувати, яке тлумачення злочину геноциду за національним правом їм слід застосовувати. Відповідно, визнання заявника винним у геноциді не становило порушення статті 7 § 1 Конвенції.

115. Стосовно іншої скарги заявника за статтю 7 § 1, що суди помилково встановили його вину як особливо тяжку, Суд зазначає, що відповідні подання заявника обмежуються твердженнями про помилки щодо фактів і права. Вони не містять ані ознак порушення названого положення, ані порушення статті 6 § 1 Конвенції.

116. Відповідно, Суд робить висновок про відсутність порушення статті 7 § 1 Конвенції.

З ЦИХ ПРИЧИН СУД ОДНОГОЛОСНО

1. *Проголошує* скаргу за статтею 6 §§ 1 і 3 (d) Конвенції стосовно рішень національних судів щодо доказів неприйнятною, а решту заяви прийнятною;
2. *Постановляє*, що не було порушення статті 6 § 1 або статті 5 § 1 Конвенції стосовно скарг заявника про відсутність у німецьких судів юрисдикції судити його за звинуваченням у геноциді;
3. *Постановляє*, що не було порушення статті 7 Конвенції.

Складено англійською мовою і письмово повідомлено 12 липня 2007 року, відповідно до правила 77 §§ 2 і 3 Регламенту Суду.

Клаудія Вестердік
Секретар

Пер Лоренцен
Голова

© Рада Європи/Європейський суд з прав людини, 2012 рік.

Офіційними мовами Європейського суду з прав людини є англійська і французька. Цей переклад було здійснено за підтримки Фондації з прав людини Ради Європи (www.coe.int/humanrightstrustfund). Він не є обов'язковим для Суду, і Суд не несе жодної відповідальності за його якість. Його можна завантажити із бази даних юриспруденції Європейського суду з прав людини HUDOC (<http://hudoc.echr.coe.int>) або з будь-якої іншої бази даних, котрим Суд передав його. Його можна відтворювати з некомерційною метою, за умови цитування повної назви справи, наведеної примітки щодо авторських прав і посилання на Фондацію з прав людини. Якщо є намір використати будь-яку частину перекладу з комерційною метою, звертайтеся, будь-ласка, за адресою publishing@echr.coe.int.

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

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

intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact publishing@echr.coe.int.

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

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