

Dr. sc. Davor Derenčinović*

U POVODU PRESUDE EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U PREDMETU *STRELETZ*, *KESSLER I KRENZ PROTIV NJEMAČKE*

Pravna obnova kao proces ispravljanja nepravdi socijalističkih režima provodi se na dvije razine. Prva kroz rehabilitaciju, tj. moralnu i materijalnu reparaciju žrtvama tih režima, a druga kroz sankcioniranje vodećih ljudi tih režima za postupke koji predstavljaju kaznena djela "po sebi", a koji u doba socijalizma, zbog instrumentalnog karaktera prava i pravosuđa, nisu bili sankcionirani. Primjer druge razine pravne obnove su kazneni postupci vođeni pred njemačkim sudovima nakon ujedinjenja Njemačke protiv visokih dužnosnika bivše Demokratske Republike Njemačke Fritza Streletza, Heinza Kesslera i Egona Krenza. Oni su pred njemačkim sudovima proglašeni krivima za posredno počinjenje ubojstva (u stjecaju) jer su, kao visoki dužnosnici bivše Demokratske Republike Njemačke i politički utjecajne osobe Jedinstvene socijalističke radničke partije, sudjelovali u donošenju odluka o "očuvanju graničnog režima pod svaku cijenu", pa ako to podrazumijeva i fizičku likvidaciju prekršitelja toga režima. U ovom su članku razmotrene osnove postupaka vođenih protiv navedene trojice pred njemačkim sudovima te postupak koji su Streletz, Kessler i Krenz pokrenuli pred Europskim sudom za ljudska prava zbog kršenja članka 7. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe od strane njemačkih sudova. Ti su postupci nov poticaj znanstvenom promišljanju o stvarnom značenju načela zakonitosti u unutarnjem i međunarodnom pravu, a neke od implikacija strasbourgškoga tumačenja toga načela razmotrene su i u ovom radu.

1. UVODNE NAPOMENE

Demokratska Republika Njemačka (*Deutsche Demokratische Republik* - DDR) stvorena je iz bivše sovjetske okupacijske zone u Njemačkoj 7. listopada 1949. Taj je događaj bio rezultanta glavnog pravca konfrontacije pobjedničkih snaga u II. svjetskom ratu i nastavak hladnoratovske blokovske podjele Istoka i Zapada. DDR je, zajedno sa svojim zapadnim susjedom Saveznom Republikom Njemačkom, postala glavni instrument u realizaciji hladnoratovskih podjela i održavanja trajne napetosti u međunarodnim odnosima. Od stvaranja

* Dr. sc. Davor Derenčinović, asistent na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

DDR 1949. godine pa do 1961. godine približno je dva i pol milijuna Nijemaca prebjeglo iz te države u Saveznu Republiku Njemačku. U cilju zaustavljanja masovnog egzodusa, vlasti DDR odlučile su podići zid u Berlinu koji je dovršen 13. kolovoza 1961.¹ Uz zid su postavljene i sigurnosne mjere uz granicu između dviju država, i to protupješačke mine i sustav automatske paljbe. Prema podacima kojima raspolažu vlasti Savezne Republike Njemačke, u razdoblju od 1961. godine pa do pada Berlinskoga zida potkraj osamdesetih godina ukupno je usmrćeno preko 250 ljudi koji su pokušali prijeći granicu između dvije Njemačke. Nakon pada Berlinskog zida 9. studenog 1989. prvi slobodni izbori održani su u ožujku 1990. godine, a u kolovozu iste godine potpisan je Ugovor o ujedinjenju Istočne i Zapadne Njemačke.

Novi je demokratski poredak ujedinjene Njemačke bio suočen s potrebom ispravljanja nepravdi koje su pravom totalitarne države, kao jednim od njezinih podsustava i njezinim najučinkovitijim instrumentom, nanesene njezinim građanima. Vjetrovi promjena pozivali su na pravnu obnovu kao način ispravljanja nepravdi režima socijalističke države, i to u dva pravca: poništenje odluka donesenih za "starog" režima koje nisu u skladu s temeljnim načelima "novog" demokratskog poretka, i kazneni progon i kažnjavanje postupaka koji nesumnjivo tvore kazneno nepravo, no koji, zbog instrumentalnog karaktera prava i pravosuđa, u "starom" režimu nisu bili sankcionirani.² Dok se prva varijanta kaznenopravne obnove provodila primjenom instituta rehabilitacije kao moralne i materijalne reparacije žrtvama nepravdi socijalističkog sustava, druga je izvedena kroz pojedinačne sudske postupke pokretnute protiv osoba za koje je postojala osnovana sumnja da su temeljem visokih funkcija koje su u starom režimu obnašale povrijedile temeljna ljudska prava, od kojih posebno pravo na život, pravo na slobodu kretanja, pravo na slobodu izražavanja i sl. Kao nositelji vlasti i utjelovljenje svih negativnih pojava države neprava³, te su osobe

¹ "Ne možemo više dozvoliti da naši najbolji ljudi, liječnici, inženjeri i ostali stručnjaci, kojima se obećava financijski probitak, prelaze u Zapadni Berlin i ostavljaju sigurnu egzistenciju koju imaju u DDR. To državu košta više od tri i pol milijarde DEM godišnje. No osim toga, podizanjem zida mi osiguravamo još nešto – Zapadni je Berlin postao potencijalnim žarištem oružanih sukoba svjetskih razmjera. U tome je gradu koncentrirana ogromna količina bojevih glava. Stoga je podizanje zida važna mjera kontrole naoružanja i narodne zaštite od zapadnih imperijalista." Propagandni materijal iz 1962. godine o nužnosti podizanja Berlinskoga zida, What You Should Know About the Wall, izv. <http://www.calvin.edu/academic/cas/gpa/wall.htm>

² ĐURĐEVIĆ, Z., Ispravljanje nepravda socijalističkih država rehabilitacijom žrtava političkog kaznenog progona, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 3, broj 1/1996, str. 223.

³ "Nepravo koje bivše socijalističke zemlje nastoje ispraviti jest nepravo sustava (Systemrecht). Radi se o kršenjima temeljnih ljudskih prava i sloboda koji su primarno uvjetovani državnim sustavom i deriviraju iz njega. Država koja je protupravno koncipirana, država čija vlast legalno krši temeljna ljudska prava, čiji zakoni sadrže nepravo, a sudski i upravni akti primjenjuju nepravo bez mogućnosti da se ono ispravi u postupku predviđenim tim sustavom

bile suočene s kaznenim progonom i sankcioniranjem postupaka koji su u starom režimu bili ne samo tolerirani već i afirmirani. U realizaciji toga segmenta kaznenopravne obnove novi su demokratski poretki bili suočeni s opasnošću ispravljanja starih nepravdi nanošenjem novih. Postojala je realna opasnost da bez stvarnog historijskog odmaka i bez kritičnosti toliko nužne kad se preispituje (nedavna) prošlost pozivanje na individualnu odgovornost pojedinih nositelja vlasti bivšega režima ne postane ekskluzivno sredstvo obračuna s tim režimom u cjelini. Bojazan od instrumentalizacije individualne odgovornosti nositelja vlasti socijalističke države pozitivno je utjecala na selektivnost i relativnu malobrojnost takvih postupaka. Među njima jedan od najznačajnijih svakako je kazneni postupak pokrenut od njemačkog tužiteljstva protiv visokih dužnosnika u državnom aparatu bivše DDR - Fritza Streletza, Heinza Kesslera i Egona Krenza. Streletz je bio član Vijeća za nacionalnu obranu od 1971, Centralnog komiteta od 1981. i zamjenik ministra obrane od 1979. do 1989. godine. Kessler je bio član Centralnog komiteta od 1946, šef osoblja Nacionalne narodne armije i član Vijeća za nacionalnu obranu od 1967. te ministar obrane od 1985. do 1989. godine. Krenz je bio član Centralnog komiteta od 1973. godine, Državnog vijeća od 1981, Politbira i Vijeća za nacionalnu obranu od 1983, potom glavni tajnik Centralnog komiteta (nakon Honeckera) te predsjednik Državnog vijeća i Vijeća za nacionalnu obranu od listopada do prosinca 1989. godine.⁴

Kao visoki dužnosnici bivše DDR i istaknuti politički djelatnici Jedinствene socijalističke partije Njemačke (*Sozialistische Einheitspartei Deutschland - SED*), oni su optuženi za poticanje na ubojstvo (u stjecađu) osoba koje su pokušale prijeći državnu granicu između dvije Njemačke. Tužiteljstvo ih je teretilo za sudjelovanje u donošenju odluka i naloga temeljem kojih je više osoba smrtno stradalo prigodom pokušaja prelaska Berlinskoga zida.⁵ Nakon što su osuđeni

pervertirala je u državni sustav nepravda. Njezina izopačenost temelji se ili na državnoj filozofiji (ideologiji) suprotstavljenoj ideji prava ili na državnoj organizaciji suprotstavljenoj načelima pravne države.”, LAMPE, E. J., Systemunrecht and Unrechtssysteme, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 106(1994), Heft 4, 683-745, 683, cit po: supra, note 1, str. 225.

⁴ O njihovoj važnosti svjedoči i organizacija vlasti u bivšoj DDR. Državno vijeće (*Staatsrat*) određivalo je načela koja treba slijediti u pitanjima nacionalne obrane i sigurnosti i organiziralo je obranu uz pomoć Vijeća za nacionalnu obranu. Predsjednici tih vijeća i predsjednik parlamenta bili su članovi Socijalističke jedinstvene partije. Najmoćnija instancija u državi bio je Politbiro Centralnog komiteta te partije. Politbiro je donosio sve najvažnije političke odluke u zemlji i imenovao visoke političke i državne dužnosnike. Vijećem za nacionalnu obranu predsjedavao je glavni tajnik Centralnog komiteta partije. Svi članovi toga vijeća bili su partijski službenici. Oni su se sastajali dvaput godišnje i donosili su odluke o ustroju graničnog režima. Granični stražari bili su članovi Nacionalne narodne armije i bili su direktno odgovorni ministarstvu obrane. Godišnje naredbe ministra obrane bile su temeljene na odlukama Vijeća za nacionalnu obranu.

⁵ Radi se o sedam osoba u dobi od 18 do 28 godina koje su pokušale prijeći granicu između dvije Njemačke i koji su tom prilikom usmrćeni djelovanjem protupješačkih mina ili ustrijeljeni od istočnonjemačkih graničnih stražara.

pred njemačkim sudovima za poticanje na ubojstvo u stjecaju (prvostupanjski regionalni sud) odnosno za posredno počiniljstvo ubojstava u stjecaju (drugostupanjski savezni sud), Streletz i Kessler podnijeli su ustavnu tužbu Saveznom ustavnom sudu (*Bundesverfassungsgericht*) navodeći da su postupci za koje su optuženi bili u skladu s unutarnjim pravom DDR te da je Savezni sud pravde *ex post facto* tumačenjem povrijedio načelo zabrane povratnog djelovanja zakona (*Rückwirkungsverbot*) ustanovljeno člankom 103. § 2. Ustava DDR. Nakon što je Savezni ustavni sud odbio ustavnu tužbu, Streletz, Kessler i Krenz podnijeli su tužbu Europskom sudu za ljudska prava zbog povrede članka 7. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe⁶ navodeći da njihovi postupci nisu predstavljali kaznena djela u predmetno vrijeme te da su njemački sudovi nakon ujedinjenja *ex post facto* tumačili propise DDR i primijenili zakon koji nije bio na snazi kada su se ponašanja koja su im bila stavljena na teret dogodila.

Predmet *Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke* koji je Sud za ljudska prava okončao donošenjem presude u ožujku 2001. godine⁷ značajan je doprinos ne samo dopuni judikature strasbourškoga suda već i znanstvenom verificiranju načela zakonitosti ne samo iz motrišta Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda već i međunarodnog prava uopće. Taj predmet može biti značajan pri ocjeni podudarnosti sadržaja i dosega načela zakonitosti u unutarnjem i međunarodnom pravu te indiciranju i pravnom obrazlaganju eventualnih razlika. Središnje pravno pitanje na kojem se temelji ovaj predmet jest (ne)usklađenost postupaka Streletza, Kesslera i Krenza s unutarnjim i međunarodnim pravom koje je bilo na snazi *tempore criminis*. Stoga u pokušaju pronalaženja odgovora na pitanje je li u predmetnim postupcima pred nacionalnim sudovima povrijeđeno ne samo kaznenopravno već i ustavnopravno načelo zabrane *lex previa*, nakon kratkih izlaganja sudskih postupaka protiv navedene trojice pred nacionalnim sudovima i postupka pred Europskim sudom za ljudska prava, potrebno je detaljno analizirati unutarnje i međunarodno pravo *tempore criminis* te ocijeniti mogu li postupci tužitelja biti obuhvaćeni represivnim djelovanjem tih normi. O tome će nalazu ovisiti i zaključci o suvremenom značaju i značenju načela zakonitosti u unutarnjem i međunarodnom pravu kao i odgovori na neka specifična pitanja koja se s tim u vezi pojavljuju.

⁶ Za hrvatski prijevod v. Kratak vodič kroz Europsku konvenciju o ljudskim pravima, Zagreb, 1996.

⁷ Case of Streletz, Kessler and Krenz v. Germany, Applications nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98) od 22.3.2001.

2. SUDSKI POSTUPCI PROTIV STRELETZA, KESSLERA I KRENZA PRED NJEMAČKIM SUDOVIMA

Navodeći u obrazloženju, između ostalog, da su optuženi svjesno prekršili propise o zakonitoj uporabi sredstava prisile (uporaba vatrenog oružja od strane graničnih stražara) i u naredbama graničnim stražarima posebno istaknuli “zabranu prelazaka državne granice, uhićenje i likvidaciju onih koji granicu pokušaju prijeći te zaštitu državne granice pod svaku cijenu (*unter allen Bedingungen*)”, berlinski je okružni sud u presudi od 16. rujna 1993. osudio prvo i drugooptuženog na pet godina i šest mjeseci te na sedam godina i šest mjeseci zatvora za poticanje na počinjenje namjernog ubojstva. Sud je utvrdio da su optuženi bili suodgovorni za smrt sedmorice mladih ljudi između 18 i 28 godina koji su pokušali prijeći državnu granicu sa Saveznom Republikom Njemačkom između 1971. i 1989. godine. Oni su usmrćeni prilikom pokušaja prelaska granice aktiviranjem protupješačkih mina ili su bili ustrijeljeni od istočno-njemačkih graničnih stražara. Sud je utvrdio da su sve zapovijedi ministra obrane bile temeljene na odlukama Vijeća za nacionalnu obranu čiji su optuženi bili članovi. Graničnim je stražarima bilo naređeno da čuvaju granicu DDR “pod svaku cijenu”, pa i ako je to podrazumijevalo usmrćivanje kršitelja graničnog režima. Prema nalazu toga suda “...za granične stražare nisu bila bitna pisana pravila o zakonitoj uporabi vatrenog oružja, već ono što je bilo u njih usađeno tijekom treninga kroz političke instrukcije i svakodnevnu službu.” U slučaju da je netko prešao granicu, stražari su bili podvrgavani postupku pred vojnim sudom, a u slučaju sprječavanja prelaska bili su pohvaljivani i nagrađivani.⁸ Prvostupanjski je sud optužene proglasio krivima za poticanje na ubojstvo

⁸ Indoktrinacija istočnonjemačkih vojnika bila je sastavni dio koncepta koji je smjerao njihovoj “slijepoj poslušnosti” i “bespogovornosti” u izvršavanju zapovijedi koje su uključivale i likvidaciju kršitelja graničnog režima: “Svaki vojnik naše socijalističke vojske mora znati tko mu je neprijatelj i prema kome mora usmjeriti svoje oružje. Neprijatelj socijalizma je imperijalizam, mračna sila koja je dvaput u nedavnoj prošlosti izazvala svjetske ratove. Neprijatelj je agresivan i opasan. Njegova se priroda nije izmijenila i on ne može egzistirati bez eksploatacije čovjeka po čovjeku i brutalne vojne ekspanzije. Od 1945. godine SAD su, kao centar svjetskog imperijalizma, inicirale i isprovocirale desetak oružanih sukoba širom svijeta...Uvijek imajte na umu da isti neprijatelj stoji na granici između naše zemlje i Savezne Republike Njemačke, liniji razdvajanja socijalizma i imperijalizma. Glavne snage agresivnog saveza NATO-a koncentrirane su na području Zapadne Njemačke. Vojnici Bundeswehra, obučavani za rat protiv socijalizma, stoje uz rame američkim vojnicima s vijetnamskim iskustvom...Ne zaboravite, sve dok postoji imperijalizam, on se neće sustezati uporabiti oružje ukoliko smatra da je to jedini način ostvarenja njegove agresivne politike. Stoga će vojnici koji s druge strane granice na vas upiru svoje oružje slijepo izvršavati brutalne i okrutne zapovijedi kao što su to činili američki vojnici u Indokini. Ubijati će žene i djecu kao što to čine imperijalističke vojske širom svijeta. Unatoč tome knjige će i filmovi imperijalističkoga svijeta takve vojnike prikazivati herojima. Stoga naši neprijatelji nisu samo monopolisti i bankari koji žele uvećati svoje profite već i generali NATO-a koji namjeravaju srušiti socijalizam. Što znače prazne fraze koje dolaze s imperijalističkog Zapada: ‘domovina svih Nijemaca’,

(u stjecaju) ne uvažavajući njihovu obranu člankom 27(2) Zakona o državnoj granici. Ustanovljeno je da su optuženi, osmišljavanjem i provedbom državne prakse nasilja prema prekršiteljima graničnog režima, "...flagrantno i netolerantno kršili elementarne pretpostavke pravednosti i ljudskih prava zaštićenih međunarodnim pravom". Potom je sud primijenio relevantne odredbe (u pogledu kvalifikacije djela i kazne) Kaznenog zakona Savezne Republike Njemačke kao blaže za počinitelja (*lex mitius*). U presudi od 25. kolovoza 1997. isti je sud osudio trećooptuženoga na šest godina i šest mjeseci zatvora za posredno počiniteljstvo namjernoga ubojstva (u stjecaju) (*Totschlag in mittelbarer Täterschaft*). Osnova presude bilo je utvrđenje suda da je Krenz sudjelovao u donošenju dviju odluka Politbiroa (od 7. lipnja 1985. i 11. ožujka 1986) i dviju odluka Vijeća za nacionalnu obranu (od 2. veljače 1984. i 25. siječnja 1985.) kojima su regulirana pitanja zaštite državne granice i graničnim stražarima određena zapovijed o zaštiti državne granice pod svaku cijenu. Njegova je krivnja, prema stajalištu suda, u tome što je suodgovoran za smrt četvorice mladih ljudi koji su pokušali prijeći državnu granicu sa Saveznom Republikom Njemačkom između 1984. i 1989. godine i pri pokušaju bili ustrijeljeni od istočnonjemačkih graničnih stražara. U izboru vrste i mjere kazne sud je primijenio kazneni zakon Savezne Republike Njemačke kao blaži za počinitelja.

Prvo i drugooptuženi uložili su žalbu protiv presude prvostupanjskoga suda Saveznom sudu pravde (*Bundesgerichtshof*). Taj je sud potvrdio nalaze okružnog suda, klasificirao kaznena djela po istočnonjemačkom pravu i potom primijenio pravo Savezne Republike Njemačke, dijelom zbog toga što je to bilo mjesto počinjenja djela (nastupanja posljedice) (jer je jedan od bjegunaca umro na teritoriju te države), a dijelom zbog toga što je pravo Savezne Republike Njemačke bilo blaže za počinitelja. Sud je, međutim, izmijenio kvalifikaciju, pa je umjesto poticanja na ubojstvo (u stjecaju) utvrdio da se radi o odgovornosti optuženih za posredno počinjenje namjernog ubojstva. Kazna je ostala neizmijenjena u odnosu na prvi stupanj. Za kvalifikaciju posrednog počiniteljstva sud se odlučio zbog toga što su optuženici bili članovi Vijeća za nacionalnu obranu, tijela čije su odluke bile nužan preduvjet (*zwingende Voraussetzung*) za dono-

'svenjemački interesi', 'ujedinjenje svih Nijemaca'? To nije ništa drugo do još jedan pokušaj klasnog neprijatelja, prikrivenog nacionalističkom retorikom, da ostvari svoje imperijalističke ciljeve i uspori naše napredovanje prema komunizmu. Povijest nas uči da se klasni neprijatelj uvijek koristi takvim frazama da bi ostvario svoje ciljeve. Naša je domovina Njemačka Demokratska Republika. Njoj služimo vjerno i poslušno - mrzimo njezine neprijatelje jer oni su i - naši neprijatelji!" Govor zapovjednika Nacionalne narodne armije generala Heinza Hoffmana jednom novačkom naraštaju graničnih stražara iz 1970. godine. Izv. <http://www.calvin.edu/academic/cas/gpa/soldat.htm>

šenje naredbi u vezi s graničnim režimom. Oni su znali da će te naredbe biti poštovane i da će potencijalni bjegunci biti usmrćeni pri pokušaju prelaska granice. Sud je odbio ponovljeno pozivanje optuženika na čl. 27(2) Zakona o državnoj granici i njegovu interpretaciju od bivšeg istočnonjemačkog režima jer je taj režim opisanom državnom praksom "flagrantno kršio temeljna ljudska prava, osobito pravo na život i pravo na slobodu kretanja." I trećeoptuženi Krenz podnio je u travnju 1998. žalbu protiv odluke prvostupanjskog suda s istim žalbenim osnovama kao i prva dvojica optuženika. Drugostupanjski je sud gotovo u cijelosti ponovio stajališta izražena u presudi u povodu žalbe prve dvojice optuženika te dodao da se krivnja optuženog temelji na njegovu sudjelovanju u donošenju odluka o graničnom režimu Vijeća za nacionalnu obranu kao dijelu "vojnog lanca zapovijedanja" (*militärische Befehlskette*) nesumnjivo primarno odgovornog za predmetna usmrćenja.

Prvo i drugoosuđeni (Streletz i Kessler) iscrpili su redovni pravni put zaštite pred njemačkim sudovima podnošenjem ustavne tužbe 9. rujna 1994. Saveznom ustavnom sudu. U tužbi su, između ostalog, naveli da postupci zbog kojih su osuđeni nisu predstavljali kaznena djela prema tadašnjem pravu Istočne Njemačke i da je drugostupanjski sud divergentnom *ex post facto* interpretacijom propisa prekršio načelo zabrane povratnog djelovanja zakona sadržano u članku 103. § 2. Ustava. Osim toga, naveli su kako su i ostale države, pa i Savezna Republika Njemačka, imale u svojim zakonodavstvima odredbe kojima se ograničava pravo na život kada se radi o sprječavanju počinjenja kaznenih djela, a slična je odredba propisana i u članku 2. stavku 2. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁹ U presudi od 24. listopada 1996. Savezni je ustavni sud odlučio da nema povrede članka 103. § 2. njemačkoga Ustava i načela zabrane povratnog djelovanja zakona kao jednog od temeljnih imperativa suvremenog značenja načela zakonitosti. U iznimno opsežnom i zanimljivom obrazloženju te odluke, Savezni je ustavni sud otvorio brojna zanimljiva pitanja vezana uz načelo zakonitosti, koja je poslije Europski sud za ljudska prava temeljito raščlanio ne samo iz motrišta unutarnjeg kaznenog već i ustavnog i međunarodnog (javnog i kaznenog) prava.

Prema pravnom shvaćanju sudaca Saveznog ustavnog suda, članak 103. § 2. njemačkog Ustava izražaj je načela vladavine prava. To načelo predstavlja

⁹ (1) Pravo svakoga na život zaštićeno je zakonom. Nitko ne smije biti namjerno lišen života osim u izvršenju sudske presude na smrtu kaznu za kaznena djela za koje je ta kazna predviđena zakonom.

(2) Nije u suprotnosti s odredbama ovog članka lišenje života proizašlo iz upotrebe sile koja je bila nužno potrebna:

- a) pri obrani koje osobe od protupravnog nasilja;
- b) pri zakonitom uhićenju ili pri sprečavanju bijega osobe zakonito lišene slobode;
- c) radi suzbijanja pobune ili ustanka u skladu sa zakonom. Izv. supra, bilješka 6, str. 16.

temelj poštovanja prava i sloboda čovjeka, osiguravajući pravnu sigurnost i podvrgavajući državnu vlast pisanom zakonu koji donosi parlament. Osim načela zakonitosti, predmetni ustavni članak izveden je iz zahtjeva za objektivnom pravednošću koja je na području kaznenog prava izražena u načelu da nema kazne bez krivnje (*nulla poena sine culpa*). Članak 103. § 2. Ustava afirmira načelo zakonitosti pridržavajući pravotvornu djelatnost samo za zakonodavca. To se odnosi na apsolutnu zabranu povratnog djelovanja zakona u smislu kažnjavanja za postupke koji u vrijeme kada su se dogodili nisu bili inkriminirani, ili primjenom kazne strože od one koja je bila propisana *tempore criminis*. Značajno je, međutim, da parlament gubi isključivu pravotvornu djelatnost kada se radi o razlozima isključenja protupravnosti. Osim iz pisanih zakona, ti razlozi kao osnove opravdanja određenih postupaka koji su generalno bili inkriminirani *tempore criminis* mogu proizlaziti iz običajnog prava ili iz sudske prakse. U predmetnom je slučaju sud našao da je konkretni razlog isključenja protupravnosti (zakonita uporaba sredstava prisile) izveden dijelom iz pisanih izvora (Zakon o državnoj granici, Zakon o narodnoj policiji, Kazneni zakon), a dijelom iz administrativne državne prakse. S obzirom na to da je potonja bila pretpostavljena pisanim propisima, to daje osnovu za ograničenje apsolutne zabrane povratnog djelovanja zakona po članku 103. § 2. njemačkoga Ustava. Prema shvaćanju Saveznog ustavnog suda apsolutna zabrana povratnog djelovanja zakona proizlazi iz načela vladavine prava i njegova normativnog emanata - načela zakonitosti. Kao što je već navedeno, to načelo predstavlja temelj poštovanja prava i sloboda čovjeka te garantira povjerenje u isključivu pravotvornu djelatnost parlamenta samo u demokratskim poretcima koji svoj legitimitet izvode iz koncepta zaštite temeljnih ljudskih prava. To povjerenje na ozbiljnoj je kušnji u državi neprava koja određena ponašanja adresata pravne norme određuje teškim kaznenim djelima, a istodobno isključuje mogućnost kažnjavanja za najteže povrede temeljnih prava čovjeka propisivanjem razloga isključenja protupravnosti takvih postupaka. Stoga je u "krajnje izuzetnim situacijama", u kojima zahtjev za objektivnom pravednošću onemogućava obranu pozivom na razloge isključenja protupravnosti osnovano pisanom pravu pretpostaviti tu objektivnu pravednost kao bitnicu načela vladavine prava.¹⁰ Savezni

¹⁰ Slične su pravne probleme rješavali njemački sudovi nakon II. svjetskog rata u povodu suđenja za ponašanja koja su nesumnjivo predstavljala kršenja temeljnih ljudskih prava i time objektivne pravednosti, a koja u doba nacionalsocijalizma nisu bila inkriminirana. Tako su Vrhovni sud pravde za britansku okupacijsku zonu i poslije Savezni sud pravde utvrdili da određene zakonske odredbe kojima se povređuju pravna načela izvedena iz viših pravnih izvora, zbog toga što krše temeljna ljudska prava, mogu predstavljati "negaciju prava" i da su ponašanja koja su bila sukladna tim "propisima" svejedno kažnjiva. U nekim ranijim presudama Savezni se ustavni sud bavio problemom "zakonskog neprava" (*gesetzliches Unrecht*) u nekim drugim pravnim granama, ali nikad u kaznenom pravu. Koristeći se tzv. Radbruchovom formulom, Sud

ustavni sud ne izvodi, za razliku od nekih ranijih odluka, zahtjev za objektivnom pravednošću iz nadpozitivnih pravnih načela (*überpositive Rechtsgrundsätze*), već iz konvencijskih obveza Istočne Njemačke¹¹ i tadašnjeg kaznenog zakonodavstva koje je inkriminiranjem namjernog usmrćivanja druge osobe i propisivanjem stroge kazne za to kazneno djelo razloge isključenja protupravnosti ubojstva ograničilo načelom razmjernosti koje u konkretnom slučaju nije poštovano.

3. POSTUPAK PRED EUROPSKIM SUDOM ZA LJUDSKA PRAVA VIJEĆA EUROPE

U tužbi Europskom sudu za ljudska prava Streletz, Kessler i Krenz (dalje: tužitelji) istaknuli su da njihove presude nakon ujedinjenja Njemačke nisu bile predvidive (*forseeable*) te da nikad nisu bili procesuirani u DDR. Naveli su da su čak njemački sudovi isticali kako nisu bili procesuirani u bivšoj DDR jer njihova ponašanja nisu bila inkriminirana u tadašnjem kaznenom pravu te države. *Ex post facto* tumačenje istočnonjemačkog kaznenog prava od sudova ujedinjene Njemačke nije bilo utemeljeno na sudskoj praksi i tumačenju istočnonjemačkih sudova i stoga je tužiteljima u vrijeme kada su postupali bilo nemoguće predvidjeti da će za te postupke biti optuženi. Njemački sudovi nisu čak niti postupno tumačili pravo bivše Istočne Njemačke, već su u potpunosti odbili prihvatiti opravdanja tužitelja s obrazloženjem da su ona suprotna Ustavu Savezne Republike Njemačke. Tužitelji su naveli da su njemački sudovi na njihovu štetu povrijedili članak 7. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i u njemu sadržanu zabranu povratnog djelovanja zakona.¹² *Ratio legis* članka 7. Konvencije jest zaštita od samovoljnog odnosno arbitrarnog suđenja i kažnjavanja odnosno suđenja i kažnjavanja za postupke koji u času počinjenja nisu predstavljali kazneno djelo. Premda je u nazivu članka posebno

je utvrdio da je u "krajnje izuzetnim situacijama u kojima je pozitivno pravo u neskladu sa zahtjevom objektivne pravednosti, načelu pravne sigurnosti pretpostavljen zahtjev za objektivnom pravednošću. Radbruchova formula glasi: "...pozitivno pravo ne treba biti primijenjeno samo u apsolutno izuzetnim slučajevima kada ono predstavlja prepreku ostvarivanju zahtjeva objektivne pravednosti i... razdoblje nacionalsocijalističke vladavine svjedoči da je zakonodavstvo sposobno proizvesti 'zakonske nepravde' koje zbog nesuglasja s načelom objektivne pravednosti ne smiju biti primijenjene."

¹¹ Njemačka Demokratska Republika ratificirala je Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima 8. studenog 1974.

¹² (1) Nitko ne može biti proglašen krivim za kazneno djelo počinjeno činom ili propustom koji, u času počinjenja, po unutrašnjem ili po međunarodnom pravu nije predviđen kao kazneno djelo. Isto se tako ne može odrediti teža kazna od one koja je bila primjenjiva u času kad je kazneno djelo počinjeno.

(2) Ovaj članak ne priječi suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe za neki čin ili propust koji je u času počinjenja predstavljao kazneno djelo prema općim načelima prava priznatim od civiliziranih naroda. Izv. supra, bilješka 6, str. 58.

istaknuta sloboda od retroaktivnog zakonodavstva, ovaj članak sadrži i garancije i protekcije od zakona koji je neodređen ili je nedovoljno određen (*lex certa*), zabranu analogije (*lex stricta*) i zahtjev da kazna mora biti utemeljena na zakonu (*nulla poena sine lege*).¹³ Zabranjeno je i izricanje kazne koja bi za počinitelja bila stroža od kazne koja je bila predviđena u trenutku počinjenja kaznenoga djela. U osnovi stavka 2. sadržan je zahtjev da bez obzira na to predstavlja li neko ponašanje kazneno djelo po unutarnjem pravu, ono podliježe kažnjivosti ako je u času počinjenja predstavljalo kazneno djelo prema “općim načelima prava priznatim od civiliziranih naroda”. Tom se odredbom, uz koju su mnoge države potpisnice Konvencije stavile rezervu (među inima i Savezna Republika Njemačka), nastojalo spriječiti da postupci koji su po unutarnjem pravu u trenutku počinjenja bili nekažnjivi (najčešće iz političkih razloga u nekim totalitarnim režimima) ipak ne izbjegniju inkriminiranost po međunarodnom običajnom pravu koje je supstrat opće volje civiliziranih naroda odnosno međunarodne zajednice. Ova je odredba, gotovo doslovno izvedena iz članka 38. Statuta Međunarodnog suda pravde, bila naznačena i u tokijskim odnosno numberškim načelima kada se sudilo pripadnicima poraženih vojski u Drugom svjetskom ratu, i to za postupke koji u trenutku počinjenja nisu predstavljali kvalificirana kaznena djela (npr. ratni zločini ili zločini protiv mira).¹⁴

Europski je sud još u predmetima *S.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva i C.R. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 1995. godine¹⁵ utvrdio da je garancija sadržana u članku 7. značajan element vladavine prava i ima prominentno mjesto u sustavu konvencijske zaštite, što proizlazi iz činjenice da nije dopuštena derogacija ovoga članka, prema čl. 15, niti u doba rata ili druge izvanredne situacije.¹⁶ Ta je odredba osigurač od arbitrarnog postupka, osude i kazne. Sud

¹³ Od ostalih imperativa načela zakonitosti u usporednim kaznenim zakonodavstvima dvoznačan je odnos prema pisanom zakonu (*lex scripta*) s obzirom na to da je Sud u većini predmeta naznačio da se pojam “zakon” ne odnosi samo na pisano već i na nepisano pravo, tj. na tumačenje pisanoga prava.

¹⁴ SAUTENET, V., Crimes Against Humanity And The Principles Of Legality: What Could the Potential Offender Expect? http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v7n1/sautenet-71_text.html

¹⁵ *S.W. v. United Kingdom*, 00020166/92 od 22.11.1995, i *C. R. v. United Kingdom*, 00020190/92

¹⁶ (1) U vrijeme rata ili drugog izvanrednog stanja koje ugrožava opstanak naroda svaka visoka ugovorna stranka može, u opsegu koji je strogo određen potrebama tih izvanradnih prilika, poduzeti mjere koje derogiraju njezine obveze iz ove Konvencije, uz uvjet da te mjere nisu nespojive s njezinim ostalim obvezama po međunarodnom pravu.

(2) Na temelju ove odredbe ne može se derogirati članak 2., osim za slučajeve smrti prouzročene zakonitim ratnim činima, niti članci 3., 4. (stavak 1.) i 7.

(3) Svaka visoka ugovorna stranka koja se posluži tim pravom ukidanja svojih obveza mora glavnog tajnika Vijeća Europe obavijestiti o svim mjerama koje je poduzela i o razlozima zbog kojih je to učinila. Ona će također obavijestiti glavnog tajnika Vijeća Europe o prestanku djelovanja tih mjera i o ponovnoj primjeni svih odredaba konvencije. *Supra*, bilješka 6, str. 132.

se poziva i na mišljenje iz predmeta *Kokkinakis protiv Grčke* iz 1993. godine¹⁷ prema kojem članak 7. predstavlja utjelovljenje načela zakonitosti (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Iz tih načela proizlazi da su kriteriji čl. 7. zadovoljeni ako pojedinac iz izričaja određene odredbe i, ukoliko je potrebno, uz pomoć sudskog tumačenja, može zaključiti koje ga radnje odnosno propusti čine kazneno odgovornim. Riječ “zakon” u čl. 7, kao i u cijeloj Konvenciji, predstavlja pisano i nepisano pravo i implicira subjektivne kriterije procjene, osobito one dostupnosti i predvidivosti procesuiranja i kažnjavanja.¹⁸ U ocjeni tužbene osnove Sud se ograničio na utvrđivanje je li postupcima njemačkih sudova povrijeđen članak 7. Konvencije i u njemu sadržana zabrana povratnog djelovanja zakona. Za to je utvrđenje Sud proveo detaljnu analizu unutarnjeg istočnonjemačkog prava i međunarodnog prava radi ocjene jesu li postupci tužitelja *tempore criminis* bili suprotni sadržaju i dosegu toga prava ili, drugim riječima, jesu li ti postupci bili kažnjivi prema odredbama bilo unutarnjeg bilo međunarodnog kaznenog prava. U analizi predmeta Sud je pristupio utvrđivanju sadržaja i dosega relevantnog unutarnjeg i međunarodnog prava *tempore criminis*.

Tužitelji se pozivaju na to da su s obzirom na razloge isključenja protupravnosti iz čl. 17(2) Zakona o narodnoj policiji i čl. 27 (2) Zakona o državnoj granici te čl. 213. njemačkog KZ postupali u skladu sa zakonima te države, što potvrđuje i činjenica da nikad u toj državi nisu kazneno gonjeni. Imajući u vidu da riječ “zakon” u čl. 7. predstavlja i pisano i nepisano pravo, Sud je najprije pristupio analizi relevantnih odredaba istočnonjemačkog pisanog prava prije interpretacije tih pravila od njemačkih sudova. Također je pristupio i analizi državne prakse koja je u to vrijeme (vrijeme počinjenja djela) bila pretpostavljena pisanim pravnim pravilima. Analizirajući unutarnje pravo DDR *tempore criminis*, osobito odredbe Zakona o državnoj granici, Zakona o narodnoj policiji i Kaznenog zakona, sud je utvrdio da je u relevantne odredbe tih zakona ugrađeno načelo razmjernosti koje proizlazi i iz više odredaba tadašnjeg ustava DDR. Povrh toga načelo razmjernosti i potreba poštovanja temeljenih vrijednosti kao što su ljudski život i sloboda proizlazi i iz prvog poglavlja posebnog dijela Kaznenog zakona DDR koji je propisivao: “Nemilosrdno kažnjavanje zločina protiv... mira, čovječnosti i ljudskih prava nužan je preduvjet stabilnog mira u svijetu, vraćanja povjerenja u temeljna ljudska prava i dostojanstvo ljudskih bića, kao i osiguranja prava za sve”. Činjenični opisi upućuju na to da u konkretnim predmetima u kojima su tužitelji proglašeni krivima nisu bile ispunjene pretpostavke ugrađene u relevantne pravne norme. Žrtve su se prilikom prelaska granice često koristile rudimentarnim sredstvima (npr. ljestvama), nisu bile naoružane, uglavnom se

¹⁷ Kokkinakis v. Greece, 00014307/88 od 25. 5. 1993.

¹⁸ Miloslavsky v. United Kingdom, 00018139/91 od 13. 7. 1995.

radilo o mladim ljudima koji nisu nikoga ugrožavali, i njihovi pokušaji prelaska granice, premda kažnjivi po općim pravilima DDR, nisu predstavljali “teška kaznena djela” niti po jednom od kriterija sadržanih u čl. 213. st. 3. KZ.

Za predmetnu analizu utvrđenje tadašnje državne prakse od osobite je važnosti jer je ona u to vrijeme bila pretpostavljena pisanom pravu. Tužitelji ističu da nisu bili procesuirani u bivšoj DDR. To je zbog raskoraka između pisanoga prava koje je, prema tumačenju Suda, i u tadašnjoj DDR bilo na razini zapadnih država (u smislu poštovanja vladavine prava) i represivne državne prakse kojoj je cilj bio spriječiti masovni egzodus stanovništva na Zapad i očuvanje postojećeg režima. Na to upućuje i sama činjenica podizanja Berlinskoga zida i sve “sigurnosne mjere”, od protupješačkih mina i sustava automatske paljbe (napuštenih 1984. godine), pa do naoružanih graničnih stražara. Sve te mjere i zapovijedi za njihovu primjenu dolazile su od tijela vlasti u kojima su tužitelji značajno sudjelovali. Državna praksa toga vremena bila je usmjerena na očuvanje granice između dviju njemačkih država pod svaku cijenu i sprječavanje masovnog iseljavanja u Zapadni Berlin. Sud smatra da je uporaba rečenih mjera i zapovijedi stražarima da “zaštite granicu pod svaku cijenu” flagrantno kršenje temeljnih prava sadržanih u čl. 19. i 30. tadašnjeg Ustava DDR potvrđenog i u čl. 213. KZ i odredbama Zakona o državnoj granici i Zakona o narodnoj policiji. Ona je također bila suprotna i preuzetim međunarodnopravnim obvezama, osobito Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima koji je DDR ratificirala 8. studenog 1974. Osim toga, neovisno o odgovornosti Istočne Njemačke kao države, postupci tužitelja imaju sva obilježja bića kaznenog djela propisanog člankom 95. Kaznenog zakona DDR prema kojem se “Osoba čije ponašanje predstavlja kršenje ljudskih ili temeljnih prava ne može pozivati na pisani zakon, naredbu ili pisanu uputu kao na opravdanje i smatra se kazneno odgovornom.” Sud je smatrao da državna praksa tadašnje DDR, kada je u pitanju represivna politika očuvanja državne granice pod svaku cijenu, i bez obzira na kršenje prava na život kao temeljnog prava u hijerarhiji zaštićenih prava (međunarodno pravo), ne može biti pokrivena zaštitom članka 7. st. 1. Konvencije niti može biti smatrana “zakonom” u smislu izričaja te odredbe. Osim toga, tužitelji su, kao dio političkog vodstva bivše DDR, stvorili privid zakonitosti te prakse izvodeći ju iz tadašnjeg pravnog sustava, a zapravo flagrantno kršeći temeljna načela i odredbe toga sustava. Osim toga, povrijeđena su i načela zaštite temeljnih ljudskih prava ustanovljena brojnim međunarodnopravnim dokumentima, osobito Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima koji je bivša DDR ratificirala, ali čije je odredbe u državnoj praksi obilato kršila. Takvo postupanje ne može uživati zaštitu čl. 7. Konvencije kojem je cilj zaštita od arbitrarnog suđenja, osude ili kažnjavanja. Prema svemu navedenom, Sud je smatrao da presude tužiteljima izrečene od njemačkih sudova ne predstavljaju kršenje čl. 7. Konvencije.

4. ANALIZA KAŽNJIVOSTI POSTUPAKA TUŽITELJA PO UNUTARNJEM PRAVU *TEMPORE CRIMINIS*

Prva premisa zaključku o tome je li u postupcima njemačkih sudova prekršeno načelo zabrane povratnog djelovanja zakona sastoji se u analizi sukladnosti postupaka tužitelja s tadašnjim pozitivnim pravom DDR. Za tu je ocjenu potrebno analizirati cjelokupni pravni poredak bivše DDR, a ne, kao što su postupili tužitelji, samo neke od tadašnjih propisa. Od izvora unutrašnjega prava svakako je najvažniji Ustav. Relevantno je nekoliko članaka:

- članak 8: “Općeprihvaćena pravila međunarodnog prava usmjerena osiguranju mira i miroljubive suradnje među ljudima obvezujuća su za državu i sve njezine građane.”
- članak 19. stavak 2: “Poštovanje i zaštita digniteta i slobode ličnosti zadatak je svih državnih tijela, svih društvenih struktura i svih građana.”
- članak 30. stavak 1. i 2: “Sloboda i osobnost svakog građanina DDR ne smije biti povrijeđena. Ograničenja su dopuštena samo ako se radi o ponašanjima kažnjivim po kaznenom pravu...Međutim, prava građana mogu biti ograničena samo ako je to zakonom predviđeno i ako se takva ograničenja čine neizbježnim.”

Drugi značajan izvor je kazneno pravo. Tu su značajne sljedeće odredbe: članak 95. KZ: “Svaka osoba čije ponašanje krši ljudska ili temeljna prava, međunarodne obveze ili nacionalni suverenitet DDR ne može se pozivati na pisano pravo, naredbu ili pisanu instrukciju radi obrane; takva je osoba kazneno odgovorna.” Inkriminacija nezakonitog prelaska državne granice bila je propisana u članku 213. KZ: “Tko nezakonito prijeđe granicu DDR ili prekrši odredbe o privremenom ovlaštenju nastanjivanja u DDR i prelaska kroz DDR, bit će kažnjen zatvorom do dvije godine, uvjetnom osudom, zatvorom ili novčanom kaznom.”¹⁹ Kod teških kaznenih djela počinitelj će biti kažnjen od jedne do osam godina zatvora. Tako je konkretno kod nezakonitog prelaska državne granice kvalificirani (teži) oblik kaznenog djela: “...ako se kaznenim djelom ugrožava ljudski život ili zdravlje, ako je djelo počinjeno uporabom vatrenog oružja ili drugim opasnim sredstvima ili metodama, ako je djelo počinjeno s posebnim intenzitetom, ako je počinjeno krivotvorenjem, falsificiranjem dokumenta ili fraudulentno uporabljenih dokumenata, ili uporabom skrovitih mjesta, ako je djelo počinjeno zajedno s drugima te ako je počinitelj već osuđivan za nezakonito prelaženje državne granice.”

¹⁹ Nezakoniti prelazak državne granice iz članka 213. KZ bilo je političko kazneno djelo koje je u ukupnosti svih počinjenih (odnosno evidentiranih) kaznenih djela sudjelovalo sa oko 10%.

Uz to posebno je važno spomenuti i Zakon o narodnoj policiji koji daje ovlaštenje za uporabu vatrenog oružja službenim osobama. Članak 17. toga zakona dopušta uporabu vatrenog oružja radi sprječavanja neposrednog počinjenja ili nastavljanja kaznenog djela koje, prema okolnostima slučaja, čini: “teško kazneno djelo protiv suvereniteta DDR, mira, čovječnosti ili ljudskih prava, teško kazneno djelo protiv DDR, teško kazneno djelo protiv javne sigurnosti ili državnog poretka.” Čak i u tim slučajevima vatreno oružje može biti uporabljeno tek kao *ultima ratio*, tj. tek kao krajnja mjera, i mora mu prethoditi tzv. hitac upozorenja (*Warnschuss*)²⁰, a kada se oružje i koristi, potrebno je, gdje god je to moguće, štititi ljudski život. Ranjenoj osobi treba pružiti prvu pomoć. Opća je ocjena da su uvjeti pod kojima ovlaštene osobe mogu uporabiti vatreno oružje iznimno široko određeni i da ostavljaju dosta prostora zloporabama. Međutim, unatoč takvom određenju ovoga zakona, uporaba oružja podvrgnuta je važenju načela razmjernosti i određuje se kao krajnja, a ne kao prva mjera sprječavanja počinjenja odnosno nastavka započetog kaznenog djela.

Iz općih ustavnih određenja o dužnosti poštovanja ljudskog života i temeljne inkriminacije ubojstva druge osobe iz KZ proizlazi da je ljudski život najveća vrijednost i toga sustava. U opisanom se slučaju radilo o zapovijedima usmjerenim na lišavanje života drugih osoba i time ostvarivanju inkriminacije namjernog ubojstva KZ, ali i povredi ustavnog načela o nepovredivosti ljudskog života. Davanjem zapovijedi odnosno instrukcije za usmrćenje drugoga ostvareno je biće kaznenog djela ubojstva. To biće kaznenog djela prvi je element jedinstvenog pojma kaznenog djela. Ostvarenjem bića kaznenoga djela (kao ukupnosti obilježja ponašanja zabranjenog kaznenim pravom) u prvoj je fazi utvrđivanja egzistencije kaznenog djela konstatiran prvi element kaznenoga djela. To, međutim, još uvijek ne znači da je kazneno djelo uistinu i počinjeno i da su za njega odgovorni upravo tužitelji. U teoriji kaznenoga prava običava se tvrditi da biće kaznenog djela indicira protupravnost. Protupravnost je drugi element kaznenog djela, u procesu utvrđivanja odnosno dokazivanja sukcesivan utvrđivanju ostvarenja bića kaznenog djela. To znači da je, u pravilu, kod ostvarenja bića kaznenog djela zadovoljen i drugi element kaznenog djela - protupravnost. Obilježja koja utvrđuju protupravnost izražavaju načelni stav zakona o tome što je zabranjeno. Kad zakon utvrđuje obilježja ubojstva, on

²⁰ Dužnost ispaljivanja tzv. “metka upozorenja” razmatrana je u postupku protiv K.W.H., bivšeg istočnonjemačkog graničnog stražara koji je pred njemačkim sudovima osuđen za ubojstvo osobe koja je pokušala nezakonito prijeći državnu granicu između dvije Njemačke. K.W.H. je svoju obranu temeljio na “zapovijedi pretpostavljenog” i na zakonitosti svoga postupanja koje je tek *ex post facto* tumačenjem njemačkih sudova nakon ujedinjenja postalo inkriminirano. Kao i tužitelji, K.W.H. je pred Europskim sudom za ljudska prava Vijeća Europe pokrenuo postupak ocjene usklađenosti odluka njemačkih sudova u postupku protiv njega s člankom 7. Konvencije.

generalno stavlja na znanje da će se kazniti onaj tko usmrti drugoga. To je apstraktna ocjena koja nema u vidu osobitost pojedinačnog slučaja. Suprotno tome, obilježja koja isključuju protupravnost vrijede samo iznimno, i to u onim pojedinačnim slučajevima kad neko ponašanje nije društveno štetno jer služi zaštitu viših vrijednosti od onih koje se štite propisivanjem kaznenih djela.²¹ Sve navedeno vodi nas sljedećem, za ovaj slučaj ključnom pitanju. Je li postupke tužitelja moguće supsumirati pod razlog isključenja protupravnosti (po unutarnjem pravu) i time negirati postojanje opće inkriminacije ubojstva? U konkretnom slučaju eventualni razlog isključenja protupravnosti može biti zakonita uporaba sredstava prisile. Iz leksike Zakona o narodnoj policiji proizlazi vrlo širok krug kaznenih djela na koje je moguće reagirati, u cilju njihova sprječavanja ili prekidanja, vatrenim oružjem kao sredstvom prisile. Premda taj krug nije taksativan, on se krije iza neodređenog pojma: “teško kazneno djelo protiv suvereniteta DDR, protiv DDR, protiv javne sigurnosti i državnog poretka...” Samo s obzirom na taj propis, koji ne specificira da se vatreno oružje (od strane službenih osoba) može uporabiti samo ako je počinitelj naoružan, ako se radi o organiziranom prelasku itd., bilo bi moguće tumačiti da je uporaba vatrene oružja gotovo beziznimno dopuštena i da predstavlja općeniti razlog isključenja protupravnosti kod kvalificiranog oblika kaznenog djela nezakonitog prelaska državne granice. S obzirom na to da Zakon o narodnoj policiji ne sadrži definiciju teškog kaznenog djela, za tu je definiciju potrebno konzultirati i relevantne odredbe KZ. U općoj odredbi o kaznenim djelima proizlazi (čl. 1. stavak 3. KZ) da se radi o društveno opasnim djelima protiv državnog suvereniteta određena je i vrlo široko generalna klauzula da se kaznenim djelima imaju smatrati ostala društveno opasna djela svjesno počinjena protiv prava i interesa građana, socijalističkog vlasništva i ostalih prava i interesa društva koja predstavljaju teške povrede socijalističkog legaliteta i koja su kažnjiva kaznom zatvora od najmanje dvije godine. Upitna je interpretativna vrijednost ovoga članka za utvrđenje pojma teškog kaznenog djela. U socijalističkim kaznenim zakonima (a takav je bio i bivši SFRJ) pojam kaznenog djela kao društveno opasnog ponašanja građana predstavljao je osnovu za izgradnju kataloga inkriminacija posebnoga dijela. Kazneno djelo kao društveno opasno djelo je ono koje po ocjeni određenog društva narušava ili ugrožava vrijednosti ili dobra čija korisnost nije u razmjeru sa štetom odnosno s mogućnošću nastupanja štete. Društvena opasnost kaznenog djela, kao kategorija podložna stupnjevanju, omogućava i stupnjevanje težine kaznenih djela po kriteriju jačine povrede ili ugrožavanja društvenog dobra, vremena i okolnosti po kojima je ono počinjeno i sl. Stoga odredbu članka 1. KZ DDR o kaznenom djelu kao društveno opasnom djelu treba procjenjivati iz motrišta imperativa socijalističke države za ostvarenje

²¹ HORVATIĆ-NOVOSELEC, Kazneno pravo, Opći dio, Zagreb, 1999, str. 200.

zaštitne funkcije KZ i izgradnje kataloga inkriminacija. Ona još uvijek ne daje odgovor na pitanje koja se kaznena djela, odnosno koji se oblici pojedinih kaznenih djela, imaju smatrati teškima i na koje se mogu primijeniti određeni razlozi isključenja protupravnosti. Ta je odredba, po sadržaju i doseg u vrlo široka, *lex generalis*, samo temelj za propisivanje kaznenih djela i stupnjevanje (po propisanoj kazni) tih djela prema njihovoj apstraktnoj težini. Stoga ta odredba nije od značenja pri utvrđivanju je li pojedini oblik kaznenoga djela "težak" prema okolnostima i uvjetima određenima u zakonskim bićima tih djela, najčešće u njihovim kvalificiranim oblicima. Tek su zakonska bića kvalificiranih kaznenih djela smjerokaz može li se određeno kazneno djelo (u konkretnom slučaju nezakoniti prelazak državne granice) smatrati teškim u smislu primjene Zakona o narodnoj policiji te daje li dovoljno osnove za legitimizaciju uporabe sredstava prisile po tom zakonu. Stavak 2. članka 213. KZ koji opisuje "težak" oblik (kvalificirani) kaznenog djela nezakonitog prijelaza državne granice²² nije podudaran s činjeničnim opisima pokušaja prelaska državne granice oštećenika koji su tom prilikom usmrćeni.²³ S obzirom na *in concreto* analizu svih pojedinačnih slučajeva za koje su tužitelji pred njemačkim sudovima osuđeni, proizlazi da su oni uistinu počinili kaznena djela koja su im stavljena na teret i da je njihovo pozivanje na zakonitu uporabu sredstava prisile kao razlog isključenja protupravnosti logički neuvjerljivo i pravno neosnovano.

5. ANALIZA KAŽNJIVOSTI POSTUPAKA TUŽITELJA PO MEĐUNARODNOM PRAVU *TEMPORE CRIMINIS*

Svojim su postupcima tužitelji povrijedili dva temeljna ljudska prava normirana u izvorima međunarodnoga prava - pravo na život i pravo na slobodu kretanja. Međunarodna zaštita prava na život sadržana je u članku 3. Opće deklaracije o ljudskim pravima od 10. prosinca 1948.²⁴ To je potvrđeno u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima od 16. prosinca 1966.

²² O teškom obliku kaznenog djela nezakonitog prelaska države granice radi se kad je:

- a) počinjenjem djela ugrožen ljudski život ili zdravlje,
- b) djelo počinjeno uporabom oružja ili opasnog oruđa ili drugih sredstava,
- c) djelo počinjeno krivotvorenjem dokumenata ili fraudulozno korištenih dokumenata ili korištenjem skrovitih mjesta,
- d) djelo počinjeno u grupi ili
- e) počinitelj već ranije osuđivan za nezakoniti prelazak državne granice. Supra, bilješka 7.

²³ Niti u jednom od slučajeva za koje su tužitelji osuđeni nije bilo uporabe oružja od oštećenika, opasnog oružja ili metoda (uglavnom su korištene ljestve za prelazak preko zida), oni svojim postupcima nisu ugrožavali nikoga i jedini im je cilj bio prijeći državnu granicu koju ni na koji drugi način (zakonito) nisu mogli prijeći.

²⁴ Opća deklaracija o pravima čovjeka, usvojena rezolucijom Opće skupštine UN br. 217A(III) od 10.12.1948, izv. na <http://www.un.org/rights/50/decla.htm>

(ratificiranom od DDR) gdje u čl. 6. stoji: "Nitko ne smije biti samovoljno lišen života."²⁵ U tom je smislu značajna i odredba članka 2. stavka 1. Konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Konvergencija navedenih instrumenata je znakovita i pokazuje da je pravo na život neotuđivi atribut čovjeka i vrhunska vrijednost u hijerarhiji ljudskih prava.²⁶ U tom je smislu zanimljivo pozivanje tužitelja na opravdanost njihova postupanja s obzirom na čl. 2. st. 2. Konvencije (ograničenje prava na život). Sud je smatrao da u opisanim slučajevima nije ispunjen kriterij "apsolutne nužnosti"²⁷ uporabe sile koja je rezultirala smrću žrtava. Osim toga, državna praksa DDR, prema mišljenju Suda, nije zaštitila nikoga od nezakonitoga nasilja i nije poduzeta s ciljem zakonitog uhićenja. S obzirom na to, Sud je našao da nije opravdano pozivanje tužitelja na postupanje u skladu s člankom 2. stavkom 2. Konvencije o ljudskim pravima.

Kada je riječ o međunarodnoj zaštiti slobode kretanja, značajni su članak 12. stavak 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i članak 2. Protokola 4. uz Konvenciju o ljudskim pravima.²⁸ Tužitelji su se pozvali na ta ograničenja kako bi opravdali svoje postupke. Sud je to odbio s obrazloženjem da su naredbe i rečene mjere bile su suprotnosti s tadašnjim pozitivnim pravom DDR. Nadalje, ne može se smatrati da generalne mjere (kao protupješačke mine npr.) kojima je cilj spriječiti gotovo cijelo stanovništvo države na egzodus predstavljaju nužne mjere zaštite sigurnosti ili ostalih interesa o kojima govori restriktivna klauzula uz predmetni članak Konvencije.²⁹

²⁵ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima stupio je na snagu 23.3.1976, engleski tekst dostupan na stranici <http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/a~ccpr.htm>

²⁶ ŠEPAROVIĆ, Z., Pravo na život, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 4, br. 1/1997, Zagreb, 1997, str. 3.

²⁷ O standardu "nužno u demokratskom društvu" koji u restriktivnim klauzulama Konvencije definira doseg ograničenja temeljnih prava v. supra, bilješka 6, str. 63.

²⁸ (1) Svatko tko se zakonito nalazi na području neke države ima pravo na slobodu kretanja i slobodni izbor svoga boravišta na tom području.

(2) Svatko je slobodan napustiti bilo koju zemlju, uključujući i svoju vlastitu.

(3) Ne mogu se postavljati nikakva ograničenja ostvarivanju tih prava, osim onih koja su u skladu sa zakonom i koja su u demokratskom društvu nužna radi interesa državne sigurnosti ili javnog reda i mira, za održavanje javnog poretka, radi sprečavanja zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.

(4) Prava utvrđena u stavku 1. mogu također biti podvrgnuta u određenim dijelovima područja ograničenjima utvrđenima u skladu sa zakonom i koja su opravdana zaštitom javnog interesa u demokratskom društvu. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zagreb, 1996, str. 27.

²⁹ Većina članova sudskog vijeća individualnu je kaznenu odgovornost tužitelja zasnivala na članku 95. istočnonjemačkog KZ. Prema toj odredbi individualna kaznena odgovornost postoji kad netko krši preuzete međunarodne obveze poštovanja ljudskih prava i temeljnih sloboda. Iz takvog utvrđenja proizlazi da je osnova kažnjivosti tužitelja preuzeta međunarodnopravna obveza bivše DDR koja se sastoji u procesuiranju i kažnjavanju kršitelja međunarodnopravnih normi o

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Načelo zakonitosti, kao jedno od temeljnih načela suvremenog kaznenog prava, predstavlja utjelovljenje brojnih imperativa bez kojih bi bilo nezamislivo funkcioniranje pravnih sustava u demokratskim državama. To su, u prvom redu, načelo vladavine prava i pravne države. Načelo vladavine prava javlja se u liberalnoj građanskoj doktrini s kraja XVIII. stoljeća kao opreka apsolutnoj vlasti pojedinca ili nekolicine.³⁰ Snažno prožeta idejom slobode kao mogućnošću da se živi u skladu sa zakonima, liberalna je misao toga vremena, prepoznatljiva u djelima Montesquieua, Rousseaua, enciklopedista, Beccarije i ostalih,³¹ načelo zakonitosti s gotovo svim premisama na kojima se ono i danas temelji odredila kao garanciju protiv arbitrarnosti i nejednakosti kaznenog prava prošlih vremena.³² Premise na kojima se i u suvremenom kaznenom pravu temelji načelo zakonitosti jesu: zabrana povratnog djelovanja zakona (*nullum crimen sine lege praevia*), zabrana analogije (*nullum crimen sine lege stricta*), zahtjev da zakon mora biti pisan (*nullum crimen sine lege scripta*), zahtjev za određenošću zakonskih opisa (*nullum crimen sine lege certa*) i načelo da nema kazne bez zakona (*nulla poena sine lege*). U razmatranom predmetu relevantan je zahtjev

pravu na život i pravu na slobodu kretanja. Moguća su, međutim, i drugačija tumačenja. Jedno je od takvih i da izričaj "kazneno djelo po međunarodnom pravu" zapravo predstavlja inkriminaciju izravno u međunarodnom pravu, tj. da su svi formalni elementi pojma kaznenog djela, u prvom redu zakonsko biće kaznenog djela, definirani normom međunarodnoga prava. U izdvojenom mišljenju uz presudu sudac Loucaides istaknuo je da postupci tužitelja *tempore criminis* ispunjavaju sva obilježja zločina protiv čovječnosti koji je, u vrijeme počinjenja djela, predstavljao opće načelo međunarodnog običajnog prava.

³⁰ Još je u antičkoj Grčkoj nastao pojam *isonomia* kao opreka arbitrarnoj vlasti tirana. Izvorno pojam opisuje uvjete koje je Solon uspostavio u Ateni kada je "narodu dao ne toliko kontrolu nad javnim poslovima koliko sigurnost da će vladati na osnovi zakona usklađenih s poznatim propisima". U tom je smislu pojam *isonomia*, preuzet u engleskom pravu potkraj XVIII. stoljeća kao sinonim "jedakosti zakona za sve građane". Načelo zakonitosti, kao utjelovljenje pravih načela vladavine prava, u razdoblju rimske republike bilo je ograničeno na zabranu povratnog djelovanja zakona. Međutim, niti ta zabrana nije bila apsolutna. O tome svjedoči Ciceronova apologija povratnog djelovanja kaznenog zakona na ponašanja koja *tempore criminis* nisu bila određena kao kažnjiva, a predstavljala su ponašanja "kažnjiva po sebi" ili *mala in se*.

³¹ Načelo zakonitosti prvi je put normativno određeno u članku 8. Deklaracije o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine, a ponovljeno je u francuskom Ustavu iz 1791. godine te u Code Penal koji je stupio na snagu iste godine. Nakon toga, načelo zakonitosti postalo je dijelom Bavorskog kaznenog zakonika iz 1813. godine, a smatra se da je Feuerbach, inače tvorac toga zakona i njemački profesor kaznenoga prava, autor latinske maksime *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* koja se i danas koristi kao sinonim za načelo zakonitosti.

³² O tome Beccarija, između ostalog, piše: "Žalosno je, ali istinito, da i dandanas Carpozvljevo mišljenje, neki stari običaj na koji ukazuje Clarus i mučenje koje je sa zajedljivom nasladom preporučio Farinacius, predstavljaju pravo što ih bez oklijevanja primjenjuju oni koji ne bi bez strepnje smjeli upravljati životima ljudi i njihovim dobrima." BECCARIA, C., O zločinima i kaznama, Split, 1978.

za zabranom povratnog djelovanja zakona odnosno zahtjev za zabranom retroaktivnosti. Na pravnu složenost predmeta upućuju i različita pravna shvaćanja izražena u presudama njemačkih sudova odnosno Europskog suda za ljudska prava Vijeća Europe. Pozivajući se na tzv. Radbruchovu formulu, Savezni je ustavni sud Njemačke konstatirao neusklađenost relevantnih dijelova pozitivnog istočnonjemačkog prava *tempore criminis* sa zahtjevima objektivne pravednosti pretpostavljene formalnim izvorima prava. Time je otvoreno pitanje povezanosti morala i prava te koliko je moralnih zasada ugrađeno u pravna načela i koje su posljedice toga prožimanja. Pojam objektivne pravednosti u filozofiji prava moguće je detektirati zapravo kao materijalnu pravednost odnosno zahtjev da pravo bude utjelovljenje "ideala dobra". Korijen zahtjeva za materijalnom pravednošću nalazi se u psihološkoj strukturi čovjeka, u njegovoj subjektivnoj sposobnosti za empatiju, no isto je tako oblikovan i pod utjecajem čimbenika povijesnog razvitka i obrazovanja te uvjetovan osobnim i kolektivnim iskustvom.³³ Primjenjivo na razmatrani predmet, značaj je materijalne pravednosti kao poziva na sankcioniranje postupaka koji su ne samo *tempore criminis* već i temporalno-prostorno univerzalno inkriminirani "po sebi", supervizijski odnosno korektivni u odnosu na formalne zakonodavne (ne i isključivo pravotvorne) ovlasti i njihovu tzv. procesnu pravednost. Drugim riječima, koncept materijalne pravednosti predstavlja instrument kojim pravna država nastoji ograničiti i kontrolirati diskreciju onih segmenata u društvu koji su ovlašteni donositi opća pravila u formi zakona. Što je manja izravna kontrola nositelja suvereniteta u nekoj zajednici nad formalnim donositeljima općih propisa, to je izraženiji zahtjev za afirmacijom materijalne pravednosti kao korektiva pravnih normi donesenih od strane tih formalnih donositelja. Temeljno pitanje koje se ovdje nameće nije, dakle, samo je li ponašanje tužitelja *tempore criminis* bilo usklađeno s tadašnjim pravom (unutarnjim i međunarodnim), već i je li to pravo bilo u suglasju sa zahtjevom materijalne pravednosti. Negativan odgovor na prvo pitanje čini bespredmetnim postavljanje drugoga, jer ako je ponašanje tužitelja bilo inkriminirajuće *tempore criminis* prema općim propisima pozitivnoga prava, tada nije potrebno analizirati i usklađenost toga prava sa zahtjevom za materijalnom pravednošću i njegove eventualne korekcije.

Odgovor na prvo pitanje ovisi o načinu interpretacije sadržaja tadašnjeg pozitivnog prava. Osnovna postavka obrane tužitelja temeljila se na tome da je u tadašnjoj DDR nacionalno (ali i međunarodno) pravo interpretirano i primjenjivano različito no što je ono to bilo nakon ujedinjenja i da je iz motrišta interpretacije i primjene tadašnjeg pozitivnog prava od strane relevantnih insti-

³³ TURKOVIĆ, K., *The Principle of Legality and the Organization of the Authority, a Comparative Approach to the Principle of Legality*, J. S. D. Dissertation, Yale Law School, 1995, neobjavljeno, str. 63.

tucija DDR njihovo ponašanje bilo u skladu s tim pravom. Upravo je drugačiji način interpretacije i drugačija primjena toga prava sudova ujedinjene Njemačke, prema navodima tužitelja, onemogućila ispunjenje subjektivnih zahtjeva uz načelo zakonitosti koje priznaje i strasbourški sud - dostupnosti i predvidivosti.³⁴ S obzirom na dijametralno suprotne načine interpretacije i aplikacije tadašnjeg prava, tužitelji su tijekom postupka i pred nacionalnim sudovima i pred Sudom za ljudska prava isticali kako u vrijeme kada su se ponašanja koja su im stavljena na teret dogodila nisu znali, niti su mogli znati, da bi zbog drugačije interpretacije i aplikacije tog istog prava njihova ponašanja mogla biti sankcionirana. Istina je, kao što tužitelji tvrde, da bi primjenjujući odredbe tadašnjeg pozitivnog i međunarodnog prava (potonje je u bivšoj DDR imalo tek propagandistički karakter i nije uistinu bilo primjenjivano), sudovi bivše DDR došli do sasvim drugih zaključaka od njemačkih sudova nakon unifikacije. To upućuje na posve različite pristupe tumačenju i primjeni prava. Te razlike u interpretaciji

³⁴ U izdvojenom mišljenju uz presudu sudac Zupančić navodi kako "...u ovom predmetu načelo zakonitosti ima suprotan učinak jer prekludira tužitelje da se pozivaju na vlastitu interpretaciju zakona." Snažne objektivne garancije materijalnog kaznenog prava utjelovljene u načelu zakonitosti ne mogu biti reducirane na subjektivno pravo tumačenja o tome što je kažnjivo prema pozitivnom pravu. Načelo zakonitosti u svojoj objektivnosti nameće semantičke i logičke pravne restrikcije na *ius puniendi* (*lex certa*). Tamo gdje pravo daje počinitelju formalnu mogućnost procjenjivanja (prognoze) kriminalnosti i kažnjivosti njegovih radnji ili propuštanja, tamo vladavina prava sankcionira naknadnu kaznenu odgovornost. Insistiranje na subjektivnim kriterijima dostupnosti i predvidivosti (*accessibility, foreseeability*) olakšava počiniteljevu obranu temeljenu na načelu zakonitosti – oni su zapravo postupali u skladu sa službenom, dostupnom i procjenjivom interpretacijom prava u to vrijeme i u skladu s "državnom praksom DDR koja je bila pretpostavljena pisanim pravnim pravilima toga vremena". Tužitelji se, nadalje, prema Zupančiću, mogu braniti da je njihovo oslanjanje na državnu praksu, za koju se poslije dokaže da je bila pogrešna u svjetlu stroge interpretacije pozitivnog kaznenog prava, ipak u vrijeme počinjenja bila konzistentna sa službenom, stalnom i procjenjivom državnom praksom. To otvara mogućnost obrane ispričivom zabludom o protupravnosti. Čini se da je subjektivno shvaćanje državne prakse koja je bila "pretpostavljena pisanom pravu toga vremena" prevladalo nad objektivnim značenjem relevantnih definicija kaznenih djela u pravu DDR. Ono, međutim, što je bitno jest to da se, prema Zupančiću, tužitelji nisu jednostavno "oslanjali na državnu praksu", već su sami stvorili stvarnu državnu praksu nekažnjivosti takvih ponašanja. Ta praksa nekažnjivosti, međutim, nije formalizirana zakonodavnim sredstvima jer je vanjski svijet htio da DDR zadrži privid pravne države. U slučaju da je do te formalizacije došlo, bilo bi mjesta primjeni stavka 2. članka 7. Konvencije. Na određeni su način tužitelji postali konspiratori u nepoštovanju objektivnog značenja državnoga prava. Za Europski sud za ljudska prava prihvaćanje državne prakse kao prava u smislu članka 7. stavka 1. Konvencije i posljedično prihvaćanje mogućnosti obrane pozivom žalitelja na zabludu o protupravnosti stvara mogućnost neopravdane obrane i kontradikciju s načelom vladavine prava i time načelom zakonitosti. Zupančić se poziva na Iheringa koji je tvrdio da je načelo vladavine prava utemeljeno na formalnom značenju pravnog izričaja. Da bi to načelo ostalo očuvano, njegovo objektivno značenje mora ostati neovisno i strogo odvojeno od bilo koje subjektivne i arbitrarne interpretacije. Zadržavanje odvojenosti objektivnog i subjektivnog u pravu jedini je način za osiguranje načela da nitko nije iznad prava.

i primjeni prava između demokratskog i nedemokratskog sustava pokrivaju sve bitne elemente prava u širem smislu (izvore prava, autonomiju pravnog shvaćanja i tumačenja pravnih normi, metodologiju te interpretacije, hijerarhiju pravnih normi i obvezujući karakter prava za državnu vlast). Stoga isti pravni tekstovi, uz različite metodologije interpretacije i primjene, dovode do potpuno različitih rezultata. To otvara pitanje je li u uvjetima tranzicije zakonito primijeniti “staro” pravo, koje je vrijedilo u doba prošlog režima, i interpretirati ga i primijeniti prema kriterijima novog demokratskog političkog poretka. Čini se da je to jedini način jer korištenje bilo koje druge metode tumačenja i primjene starog prava šteti temeljima demokratske pravne države. Stoga ranija “državna praksa” koja je uvjetovala nedemokratsku interpretaciju i primjenu prava može biti smatrana zloporabom prava. Nakon promjena u demokratski politički poredak odgovorne osobe ne mogu opravdavati svoje postupke na “specifičan način” na koji je pravo bilo tumačeno i primjenjivano u nedemokratskim režimima. To je u cilju afirmacije koncepta demokratskog poretka. Ova analiza upućuje na zaključak da ponašanje tužitelja *tempore criminis* nije bilo u suglasju s pozitivnim pravom i da je njihovo “skrivanje” iza zahtjeva za zabranom povratnog djelovanja zakona, kao jednim od izražaja načela zakonitosti, logički neuvjerljivo i pravno neutemeljeno. Takvim utvrđenjem, traženje odgovora na drugo pitanje postaje sasvim bespredmetnim. Ono upućuje i na pogrešan pristup Saveznog ustavnog suda Njemačke koji je u svojoj analizi zanemario pravi sadržaj tadašnjeg pozitivnog prava. Zadržavajući se samo na pojedinim odredbama, i ne dovodeći u vezu sve relevantne odredbe toga prava, Savezni je ustavni sud nepotrebno čisto interpretativnu dimenziju predmeta zamijenio pravnofilozofskom i otvorio neka pitanja koja *in concreto* nisu bila relevantna. To, međutim, ne znači da razmatranje tih pitanja i odgovori na njih, premda u konkretnom predmetu promašeno, ne bi bilo od koristi u onim slučajevima u kojima bi pozitivno unutarnje pravo bilo u izravnom nesuglasju s načelom materijalne pravednosti i time predstavljalo zloporabu prava.³⁵

³⁵ U konkretnom je predmetu ustanovljeno da nisu formalni pravni propisi, koji su u bitnome bili na razini istovjetnih propisa u pravnim državama, već je državna praksa (koja je podrazumijevala i instrumentaliziranu sudsku praksu u službi totalitarnoga sustava jedinstva vlasti) ono što predstavlja zloporabu prava i kao takva ne može predstavljati “pravo” u smislu članka 7. Konvencije. No pretpostavimo da su određeni postupci *tempore criminis* uistinu bili usuglašeni s unutarnjim pozitivnim pravom (npr. odredbom tzv. rasnoga zakona o nekažnjivosti usmrćivanja pripadnika određene rasne skupine iz razloga tzv. “rasne čistoće”) i da se iza tako formuliranog supstrata “načela zakonitosti” ti postupci pokušavaju opravdati i zaštititi. Da li bi zahtjev za materijalnom pravednošću rezultirao “negacijom” takvih odredaba i time relativizirao pokušaj skrivanja iza fraudulozne interpretacije načela zakonitosti? Samo pozitivan odgovor na to pitanje nudi mogućnost pravne obnove za nepravde onih sustava koji su i formalno prekršili zahtjev za materijalnom pravednošću.

Kao antinom pravnoj državi, bivša je DDR bila država nepravda. Jedan od ciljeva demokratskih režima koji uvažavaju načelo vladavine prava i pravnu državu u izvjesnoj je mjeri ispravljanje nepravdi nanesenih djelovanjem države nepravda i njezinih institucionalnih i izvaninstitucionalnih mehanizama. Iz toga je motrišta ne samo dopušteno već i poželjno, kao što je utvrđeno, normativnu osnovu države nepravda tumačiti metodologijom i instrumentarijem pravne države. Tužitelji su se pred strasbourškim sudom pozvali na kršenje članka 7. Konvencije od strane nacionalnih sudova i na neki se način "sakrili" iza načela zakonitosti. Kakva je, međutim, pozicija i stvarni značaj toga načela u totalitarnoj državi čiji su tužitelji bili gospodari i sluge? Vladavina prava kao supstrat načela zakonitosti u socijalizmu je bivala zanemarenom jer je taj režim umjesto formalne jednakosti građana proklamirane građanskim liberalizmom zahtijevao stvarnu odnosno materijalnu jednakost. Licemjerje proglašavanja nejednakih ljudi jednakima po formalnom kriteriju oštro su kritizirali mnogi socijalistički filozofi.³⁶ Načelo vladavine prava oslabilo je i bilo relativizirano u socijalističkim sustavima zbog sumnje u njegovu učinkovitost u ostvarivanju temeljnih ciljeva te države.³⁷ Vladavina prava kao, po nekima, puka opsjena, prikladna buržoaskom pogledu na svijet, trebala je u uvjetima socijalističkoga sustava prepustiti prvenstvo administrativno-tehničkom usmjeravanju pomoću podređenosti općem ekonomskom planu. U singularnoj državi, kakva je bivša DDR nesumnjivo bila, nije bilo mjesta za autonomne privatne odnose koje bi načelo vladavine prava i jedna njegova izvedenica pravna država štatile, već samo za propise u interesu zajednice. Sporedna važnost pisanih pravnih pravila u takvom

³⁶ "Postupajući posve jednako sa svim građanima, bez obzira na njihova osnovna svojstva i ekonomski položaj, te dopuštajući među njima neograničeno nadmetanje, postiglo se bezgranično povećanje proizvodnje robe, ali i malen udio siromašnih i slabih u tom povećanom proizvodu. Novo ekonomsko i socijalno zakonodavstvo pokušava stoga zaštititi slabog od jakog i osigurati mu umjeren udio u životnim dobrima, i to stoga što se danas shvaća kako je najveća nepravda postupati jednako s nečim što je doista nejednako." Menger, A., *Das bürgerliche Recht und die Besitzlosen Klassen*, 1904, cit. po: Hayek, F. von, *Politički ideal vladavine prava*, Zagreb, 1994, str. 64.

³⁷ Relativizirajući značaj načela zakonitosti u socijalističkim državama, S. Frank je, između ostalog, naveo sljedeće: "...Ne može se zamisliti društveni poredak kao vrelo trajne opasnosti za ličnost građana i smanjenje te opasnosti davanjem garancija. Ono što su u kapitalističkom društvu garancije i privilegiji, to su u socijalističkom prava građana. Vlast je u rukama naroda i nema smisla, da narod sam sebi što god garantira. S druge strane, ako sloboda ličnosti nije ukorijenjena u društvenom poretku, ne mogu je spasiti nikakve garancije. Garancije se mogu izigrati, jer se i zakoni mogu mijenjati. Osim toga, nema garancija protiv širokog formiranja opisa djela u zakonu, protiv generalnih klauzula, protiv neodređenih pojmova, protiv sudske ocjene itd. Kada bi garancije lične slobode bile osnovane samo na načelu nullum crimine sine lege, na načelu zakonitosti, a ne na općem društvenom i pravnom uređenju, imale bi uglavnom značenje zakonskog ukrasa, kako to i dokazuju fašistički kazneni zakoni.", Frank, S., *Kazneno pravo*, Zagreb, 1950, str. 16.

sustavu rezultat je postupne, ponegdje i pogubno hitre, supstitucije prava u administraciju i svih fiksnih pravila u diskreciju i utilitarizam. Time je u potpunosti otvorena mogućnost diskrecijskoga odlučivanja ne samo u području legislative već i u domeni egzekutive koja je, što potvrđuje i strasbourško pravo, kao državna praksa bilo pretpostavljeno pisanim pravnim pravilima. DDR je, kao i sve države iza željezne zavjese, predstavljala tip tzv. aktivističke države koja teži realizaciji sveobuhvatne ideje o dobrom životu svojih građana, koje, po potrebi, treba i (silom) voditi prema njihovoj sreći. Stoga sve, pa na prvi pogled i neznatne, sfere društvenog života želi podvrći svojoj regulaciji. Ona favorizira kolektivističku ideologiju i osjeća pripadnosti zajednici, pretpostavljajući da ambicije i želje pojedinaca mogu biti samo one koje ona želi da ih imaju. Njezino pravo ima ograničeni, privremeni karakter: kad god se ta politika mijenja ili kad se ocijeni da joj ono više ne služi, treba ga mijenjati. U takvoj državi teško je govoriti o subjektivnim pravima, a prava građana nisu apsolutna i nezavisna od šireg konteksta podsistema u kojem se pojavljuju jer bi to dovelo u pitanje državnu supremaciju.³⁸ Tužiteljima niti državna praksa niti svi drugi instrumenti države nepravda nisu bili nametnuti izvana. Njihovo pozivanje na "višu silu" ne može biti opravdano jer su upravo oni, kao vodeće osobe državnog aparata i političke klike tadašnje države, stvarali i provodili takvu državnu praksu. Kršeći načelo razmjernosti etiketiranjem bezazlenih postupaka i njihovim strogim sankcioniranjem, oni su osobno odgovorni za sve posljedice koje su kršenjem toga načela proizvedene. Ne radi se o konceptu indirektno odgovornosti srednjovjekovnog kaznenog prava, već o postupanju s ciljem očuvanja totalitarnoga režima države nepravda i s istodobnom sviješću, gotovo sigurnim znanjem da će iz toga cilja proizaći i najteža kršenja prava čovjeka koja su formalnim isticanjem (u zakonu, ratificiranjem međunarodnih konvencija) prijetvorno postavljena na pijedestal nepovredivosti. Stoga tužitelji nisu obični sudionici u realizaciji ciljeva i nužnih sporednih posljedica države nepravda, već "mozgovi" čitave operacije, osobe odgovorne za uspostavu i održavanje sustava države nepravda čije su neprihvatanje životima platili oni koji su ne uistinu, ali iz shizofrene perspektive države nepravda predstavljali prijetnju tom režimu. Stoga su tužitelji postupali kao posredni počinitelji, koristeći se ljudskim faktorom u počinjenju vlastitih (a ne tuđih) nedjela kao kotačićem u mehanizmu kojega se, ako je dotrajao ili neispravan, može zamijeniti kako bi taj mehanizam i dalje funkcionirao. S obzirom na sve navedeno postavlja se pitanje u kojoj mjeri tužitelji, kao tvorci i sudionici aktivističke države kakva je bivša DDR nesumnjivo bila, mogu ostati sakriveni iza paravana načela

³⁸ KRAPAC, D., Političko i organizacijsko lice pravosuđa: nova teorija o strukturalnim elementima sudskih postupaka, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 6/1988, str. 873.

vladavine prava i njegova emanata načela zakonitosti kada su sami tom načelu pretpostavili državnu praksu koju su sami stvarali. Njihova negacija prava i pretpostavljanje političkog pragmatizma sadržaju i dosegu pravne norme čini nevjerodostojnim i pravno neutemeljenim pokušaj “skrivanja” iza toga načela.

Summary

THE JUDGEMENT OF THE EUROPEAN COURT FOR HUMAN RIGHTS IN THE MATTER OF STRELETZ, KESSLER, KREUZ AGAINST GERMANY

Legal renewal, as a process in the correction of injustices produced by the former socialist regimes, appears on two levels. First, through rehabilitation as moral and material reparation for victims, and second through sanctioning the leaders of those regimes for behaviour which undoubtedly constitutes natural criminal offences (*mala in se*), but which, during the socialist era, considering the instrumental character of law and the criminal justice system, has not been sanctioned. An example of the second level are the criminal proceedings initiated before German courts after reunification against high public officials in the state apparatus of the former GDR - Fritz Streletz, Heinz Kessler and Egon Krenz. The German courts found them guilty (as indirect principals) for intended homicides committed against persons who attempted to climb over the Berlin Wall and cross the border between East and West Germany. Their responsibility has been grounded on the formal authority they held over the border guards and on their participation in bringing decisions on the border regime which included explicit commands to “protect the border between DDR and FRG at all costs”. In this article the author considers some aspects of the proceedings before German courts, and also the case of Streletz, Kessler and Kreuz initiated before the European Court of Human Rights on account of the breaching of Article 7 of the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms (Non-retroactivity of statutes) by the German courts.