

Др Милош Бабић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Бањој Луци и
судија Суда Босне и Херцеговине

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.4(497.6):341.645(4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

ПРЕСУДА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ПРЕДМЕТУ МАКТОУФ –ДАМЈАНОВИЋ И ЊЕН УТИЦАЈ НА СУЂЕЊЕ ЗА МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЈЕЛА

Апстракт: У раду се расправља питање примјене правила временског важења кривичних закона у суђењима за међународна кривична дјела од стране судова у Босни и Херцеговини. При томе се указује на постојање два различита кривичноправна режима који се примјењују на осуђене: један који примјењују судови Ентитета и Брчко Дистрика, који ова правила досљедно примјењују и изричу казне затвора у оквирума оних казни које су биле примјенљиве према ранијим кривичним законима, укључујући и тзв. међузаконе, и други који примјењује Суд БиХ који на ова дјела примјењује КЗ БиХ из 2003. године и за њих изриче и казну дуготрајног затвора у трајању до 45 година, иако ова казна није постојала у кривичним законима када су та дјела вршена.

У раду се посебно расправља кривичноправна ситуација настала након пресуде ЕКЉП у предмету *Мактоуф – Дамјановић* (18. јули 2013), којом је утврђена повреда одредбе из члана 7. става 1. ЕКЉП. Аутор посебно расправља схватање према којем су овом пресудом отклоњени сви неспоразуми у вези са примјеном наведених правила, те заузима став да такво схватање није основано, при чему указује на низ других отворених проблема у примјени наведених правила и након наведене пресуде.

Посебна пажња у раду је посвећена инкриминацији Злочин против човјечности из члана 172. КЗ БиХ коју Суд БиХ примјењује као ново кривично дјело на основу члана 7. става 2. ЕКЉП. Аутор сматра да таква примјена ове инкриминације није основана и анализом кривично-правне природе законског бића овог кривичног дјела закључује да се у

* m.babic@pravobl.org

основи не ради о сасвим новом кривичном дјелу, те да се стога његова кажњивост не може изводити или заснивати на овој одредби, односно општим начелима међународног права.

Кључне ријечи: *принцип законитости, правила временског важења, принцип неретроактивности, обавезне примјене новог повољнијег закона, злочин против човјечности.*

1. Уводне напомене

1. Питање примјене правила која се односе на временско важење кривичних закона, као најважнији сегмент принципа законитости, посебно је актуелно у данашњем времену када су веома честе измјене кривичног законодавства. То се посебно односи на тзв. транзицијске или пост-транзицијске државе настале на југословенским просторима, које су након државноправног осамостаљивања успоставиле своје сопствено кривично законодавство, са низом нових установа и рјешења. Како се ради о новим државама у којима је посебно изражена потреба мијењања многих дотадашњих рјешења, односно њиховог саображавања са стандардима прихваћеним у савременом кривичном праву, промјене у овој материји су доста честе, што редовно има посебан значај за питање примјене правила која се односе на временско важење кривичних закона.

Након ступања на снагу Кривичног закона Босне и Херцеговине 2003. године, ово питање је у најснажнијој мјери дошло до изражаја управо у Босни и Херцеговина у суђењима за *најтежа кривична дјела против међународног права* која су извршена за вријеме оружаног сукоба у периоду од 1992. до 1995. године. Оно је у средишту интересовања не само правничке јавности, првенствено ради тога што су на сцени два посве различита режима или приступа у примјени кривичних закона на такве случајеве, а што зависи од тога на којем се нивоу она процесуирају: ентитетском или од стране Суда БиХ.

2. Када је у питању примјена кривичног закона на ова кривична дјела од стране Суда Босне и Херцеговине, нужно је нагласити да је овај суд већ на самом старту у суђењима за ова кривична дјела, у знатној мјери под утицајем или уз асистенцију неких међународних тијела али и судија (а нешто касније и уз „подршку“ Уставног суда БиХ), заузео став (*sic!*) да се на та дјела примјењује КЗ БиХ. Наравно, прихватајући овакав став, суд се није ни пуштао у оцјену конкуришућих закона у погледу њихове строгости,¹ односно оцјену који је од тих кривичних закона (некада и

1 Треба рећи да то није чинио ни сам Уставни суд поступајућим по апелацијама све до пресуде ЕКЉП у предмету *Maktouf – Дамјановић* (иако је мериторно одлучивао о

више њих) у односу на конкретни случај, најблажи за учиниоце таквих кривичних дјела, односно који му од њих обезбјеђује најповољнији исход. И онда када се, након евентуалних приговора одбране, упуштао у такву оцјену, суд је при томе имао погрешан приступ, јер се углавном позивао на одредбу из члана 4а КЗ БиХ, односно члана 7. става 2. ЕКЉП, чија примјена подразумијева само дјела која у вријеме њиховог извршења нису била предвиђена као кривична дјела, али се њихова кажњивост може извести или засновати на општим правним начелима међународног права признатим од свих цивилизованих народа.² У таква дјела наша стручна правничка јавност углавном сврстава кривично дјело злочин против човјечности из члана 172. КЗ БиХ (што је такође спорно и што је управо предмет ауторове расправе у овом раду). У претметима у којима је изрицао казну дуготрајног затвора, суд је примјену КЗ БиХ темељио на томе да је КЗ СФРЈ, као закон времена извршења, строжи јер је предвиђао смртну казну.

Овакву примјену кривичног закона, односно *одустајање од примјене принципа неретроактивности*, Суд БиХ је редовно правдао тежином ових кривичних дјела и потребом њиховог „адекватног кажњавања“, јер се полазило од става да се сврха кажњавања не би могла остваривати уколико би се трајање изречених казни затвора свело у казнене оквире предвиђене у КЗ СФРЈ. Ову аргументацију својим одлукама је подржао и сам Уставни суд БиХ, који је по апелацијама у неким предметима прихватио праксу овог суда одступања од принципа законитости из члана 3, као и правила временског важења из члана 4. КЗ БиХ јер се, како тај суд у својим одлукама наводи, ради о „злочинима према међународном праву“. При томе се и овај суд позивао на одредбу члана 4а КЗ БиХ, односно одредбу члана 7. става 2. ЕКЉП, иако су углавном били у питању ратни злочини који су били предвиђени као кривична дјела и у претходном кривичном законодавству, што ове одредбе, како је већ наведено, не подразумијевају. Дакле и Уставни суд је, баш као и Суд БиХ, примјену ових кривичних дјела погрешно заснивао на овим одредбама.

Иста аргументација је коришћена и пред Европским судом за људска права (у наставаку ЕКЉП), при чему је БиХ као тужена страна истицала да се наведени принципи и правила, посебно правило неретроактивности, не примјењују ако су у питању кривична дјела која су у вријеме њиховог

питању основаности ретроактивне примјене кривичног закона), јер ни у једном случају није, на основу општеусвојених правила која се односе на то, вршио *in concreto* оцјену који је од конкуришућих закона повољнији за учиниоца (тако нпр. у својим одлукама у предметима Неђо Самарџић и Гојко Јанковић, АП 519/07 и АП 126/08).

2 Као нпр. у првостепеној пресуди број Х-КР-06/299 против оптуженог Зијада Куртовића од 30.04.2008. године. Одредба из члана 4а је дословно преузета из чл. 7. ст. 2. ЕКЉП.

вршења представљала кривична дјела према „општим правилима међународног права“. Наравно, показало се да се ради о неприхватљивој аргументацији коју ЕКЉП није прихватио.

3. Оваквом праксом примјене кривичног закона, правосуђе на нивоу БиХ (Суд БиХ и Уставни суд БиХ) је инаугурисало *принцип легитимитета* као основни принцип у примјени кривичног закона у суђењима за ова кривична дјела, што није прихваћено као пракса ни у једној европској земљи. Примјену кривичног закона која подразумева одступање од принципа законитости у тој мјери више не практикују ни међународни судови који не суде на основу кодификованог кривичног законодавства које примјењују, јер их Римски статут обавезује на примјену принципа законитости који је детаљно регулисан у члановима 22. до 24, чија потписница је и Босна и Херцеговина. Дакле, ријеч је о опасном преседану у европској судској пракси, поготово ако се има у виду да је Суд БиХ национални суд у земљи у којој постоји кодификовано кривично законодавство, уз додатну обавезу која произилази из наведених одредаба Римског статута чија је потписница и Босна и Херцеговина.

Најзад, ваља нагласити да ни једна држава у окружењу која суди за наведена кривична дјела (Србија, Хрватска, Црна Гора, али ни једна Њемачка) на овај начин не примјењује кривични закон, већ се досљено примјењују основни принципи и правила која се односе на временско важење, посебно правило неретроактивности према којем је искључена примјена новог кривичног закона, осим ако је он повољнији за учиниоце кривичних дјела³. На исти начин поступају и судови Ентитета и Брчко Дистрикта БиХ.

2. Примјена кривичног закона након пресуде ЕКЉП у предмету Maktouf – Дамјановић

1. Након доношења пресуде у предмету Maktouf – Дамјановић, започиње једна нова фаза у суђењима за међународна кривична дјела. Након што је овај суд нашао да је Суд БиХ примјеном КЗ БиХ повриједио одредбу из члана 7. ЕКЉП, многи сматрају да су ријешени проблеми када је у питању примјена правила која се односе на важење и примјену кривичног закона у суђењима за ова кривична дјела. При томе се углавном полази од става да је примјена тих правила од стране Суда БиХ сада усклађена са праксом

3 Вид. нпр. Шкулић, 2010: 66–107; Муниврана Вајда, 2012: 812–822; Муниврана Вајда, 2013: 258–275; Бачић-Павловић, 2004: 616. Вид. и пресуду Апелационог суда Црне Горе, Кж бр. 339/10, од 25. 02. 2011. године у којој је истакнута потреба примјене опште-прихваћених правила временског важења кривичног закона, укључујући и правило обавезне примјене новог блажег закона.

судова у Ентитетима и Брчко Дистрикту, јер и овај суд у суђењима за ова кривична дјела сада примјењује КЗ СФРЈ као блажи кривични закон.

Овакво схватање није основано, јер превиђа или занемарује нека друга питања која су повезана са примјеном правила која се односе на временско важење кривичног закона. Оно углавном има у виду ова кривична дјела и за њих прописане казне у једном и/или другом кривичном закону (КЗ СФРЈ и КЗ БиХ) и то углавном минимално прописане казне које је имао у виду ЕКЉП у предмету *Мактоуф – Дамјановић*. Дакле и након ове пресуде многа питања остају и даље отворена, као што је питање примјене неких општих установа везаних за суђење за ова кривична дјела (нпр. заједничког или удруженог злочиначког подухвата, тзв. „проширеног саизвршилаштва“ из члана 180, командне одговорности и др.) које нису биле предвиђене у ранијем кривичном законодавству, а неке од њих чак ни у важећем КЗ БиХ (нпр. удружени злочиначки подухват).

Проблематичан је и став овог суда према којем је блажи КЗ БиХ у односу на максимално предвиђену казну, али исто тако и када је у питању примјена кривичног дјела злочина против човјечности које као такво није познавало претходно кривично законодавство, али је ЕКЉП става да се у односу на ово дјело мора примјењивати КЗ БиХ, јер „*не постоји друга могућност*“.

Све ово јасно потврђује да и даље остаје отворено питање поштовања принципа законитости, односно забране ретроактивне примјене новог кривичног закона, јер је овај суд ово питање ријешо само у односу на минимално прописану казну за ова кривична дјела, што није требало уопште бити спорно јер је свакоме и ко није правник посве јасно да је блажи закон који прописује минималну казну од пет, од закона који ту границу поставља на десет година затвора. Тиме је ријешен само један, мањи дио ове сложене проблематике у примјени кривичног закона, док је озбиљнији, који се односи на максималне казне, односно казну дуготрајног затвора и наведене установе којима се *неприхватљиво проширује кажњивост и кривична одговорност за ова дјела*, остао и даље споран, јер то није ни био предмет наведених апелација пред ЕСЉП. Посебан проблем је, како је већ речено, примјена злочина против човјечности чију примјену Суд БиХ темељи на одредама из члана 7. става 2, односно члану 4а КЗ БиХ.

Наведено потврђује да не стоји прије наведено схватање да је са овом пресудом овај проблем ријешен и да је судска пракса у суђењима за ова дјела коначно уједначена. Ово истовремено показује да ово питање није наишло на одговарајући третман наше професионалне заједнице која није нашла за сходно да расправи питање какве све кривичноправне консеквенце ова пресуда има, односно питање њеног дејства на праксу

наших судова, не само у односу на будућа суђења за ова кривична дјела, већ и на већ пресуђене случајеве. Пресуда којом је утврђена повреда члана 7. ЕКЉП, односно којом је утврђено кршење људских права и у којој се истовремено наводи да она остаје на снази иако се заснива на кршењу принципа законитости, захтијева веома озбиљну и широку расправу, имајући у виду да ентитетско правосуђе и правосуђе у окружењу, поступа сасвим другачије у оваквим случајевима.

3. Примјена кривичног дјела злочин против човјечности из чл. 172. КЗ БиХ

1. Оно што је након доношења наведене пресуде ЕКЉП посебно значајно је став овог суда у вези са *злочином против човјечности* према којем „Суд БиХ и ентитетски судови *морају примјењивати* КЗ БиХ“, јер је ријеч о дјелу које није предвиђао закон који је важио у вријеме његовог извршења. Образлажући такав свој став, суд наводи да је у питању кривично дјело које није познавало раније кривично законодавство и да стога ови судови „немају никакве друге могућности него да примјењују Кривични закон из 2003. године у таквим предметима“ (пар. 55. Пресуде).

Овај став је и код нас владајући и углавном се заснива на томе да је ријеч о *новом кривичном дјелу* чија примјена се заснива, како је речено, на одредби члана 7. става 2. ЕКЉП, односно члану 4а КЗ БиХ. Овакав став у суђењима за ово кривично дјело има и Суд БиХ, али и Уставни суд који у неким својим одлукама (нпр. по апелацијама у предметима Јанковић и Самарџић, АП 126/8 и АП 519/07) закључује да у оспореним пресудама Суда БиХ није дошло до повреде права апеланата из члана 7. ЕКЉП.

Оваква аргументација није основана, јер не стоји тврдња да не постоје друге могућности у оваквим предметима, нити да се ради о посве новом кривичном дјелу, ради чега се његова кажњивост заснива на општим начелима међународног права прихваћеним од цивилизованих народа, те се сходно томе примјењује на основу наведених одредаба.

2. Полазећи, дакле, од става да наведено становиште ЕКЉП у вези са примјеном ове инкриминације *није кривичноправно основано*, те да Суд БиХ погрешно ретроактивно примјењује одредбе које се односе на правила временског важења кривичног закона из члана 4. и члана 4а КЗ БиХ у предметима у којима се суди за кривично дјело злочин против човјечности, одлучио сам свој *другачији став* изнијети и понудити нашој стручној јавности.

Као што је већ речено, домаћа стручна јавност углавном заступа становиште да је у питању ново кривично дјело, па се сходно томе његова кажњивост и примјена заснива на одредбама члана 7. става 2. ЕКЉП, односно на општим начелима међународног кривичног права. Већ је наглашено да је овакав став неоснован и не произилази из озбиљне анализе законског бића овог кривичног дјела и његове кривичнопрвне природе. Наиме, раније кривично законодавство ово кривично дјело није познавало у овом облику, углавном ради његових општих елемената, али када су у питању радње које обухвата његово законско биће, односно алтернативни облици који заправо и чине *суштину његовог неправа*, оно је било инкриминисано у највећој мјери у оквиру кривичног дјела ратни злочин против цивилног становништва. Ово дјело се, заправо и појављује као *модификовано кривично дјело* ратни злочин против цивилног становништва које своју кривичноправну егзистенцију наставља и у другом облику, као злочин против човјечности, али за чије постојање се захтијевају и неки додатни услови који га и разликују од тог дјела.

Дакле, ради се о кривичном дјелу веома комплексне кривичноправне природе, што је од посебног кривичноправног значаја управо у вези са питањем примјене правила временског важења. Наиме, као што је већ истакнуто ово кривично дјело *као такво* наше раније кривично законодавство није познавало, па се стога оно редовно сврстава у катеогорију *нових кривичних дјела*. Међутим, то до краја није посве тачно, јер се ради о таквом кривичном дјелу које је по структури свог неправа, односно елементима који га чине, истовремено и „ново” и „старо” кривично дјело.

Ново је, јер *као такво није постојало* и тако је обликовано да, поред *инкриминисаних радњи* које су таксативно наведене у законском опису, његово законско биће обухвата и одређене *опште елементе* који су заједнички за све његове алтернативне облике. Ријеч је о елементима *широки и систематски напад усмјерен против било којег дијела цивилног становништва, те свијест на страни учиниоца да такав напад постоји*, у оквиру (или уз постојање) којих инкриминисане радње из члана 172. морају бити предузете да би се радило о овом кривичном дјелу. Ово кривично дјело се и по неким другим особинама разликује од ратних злочина, па су стога одређена нечовјечна дјела и поступци из других, углавном ратних злочина, издвојени и добили своју кривичноправну самосталност у оквиру посебног (и тежег, иако не и по прописаној казни) кривичног дјела – злочин против човјечности.

С друге стране, ако се упореди ово дјело са ратним злочинима, конкретно ратним злочином против цивилног становништва из ранијег кривичног законодавства, онда није тешко закључити да је највећи број ових радњи био обухваћен том инкриминацијом. Из тога јасно произилази да се овдје *не ради о радњама*, односно чињењу и нечињењу, које *није било инкримисано* раније, што значи да се у погледу *кривичног неправа* које чини окосницу законског бића овог злочина, *не ради о посве новом*, већ о кривичном дјелу које је у основи *било инкриминисано* и прије овог злочина, али на другачији начин и у виду кривичног или кривичних дјела под другим називима. Тако, већ наведени ратни злочин против цивилног становништва једино није обухватао присилни нестанак лица (тач. и) и апартхејд (тач. ј) из садашњег чл. 172. Међутим, ако се има у виду садржај радњи ових облика дјела, нпр. присилног нестанка особа који је дат у објашњењу овог појма у тач. х), онда није спорно да се све ове радње могу подвести под неки од облика ранијег ратног злочина против цивилног становништва, као што је расељавање, мучење, убиство, нечовјечно поступање, наношење великих патњи или неко друго класично кривично дјело, као што је убиство, силовање, противправно затварање и др. Чак и неке радње које представљају апартхејд могу бити подведене под неки од облика овог дјела или неког другог класичног кривичног дјела.

Дакле, имајући у виду ту чињеницу, није тешко закључити да се примјена ове инкриминације не може заснивати на одредбама из става 2. члана 7. ЕКЉП, односно члану 4а КЗ БиХ, јер ове одредбе подразумевају „чињење и нечињење” које у вријеме њиховог предузимања није било инкриминисано у унутрашњем кривичном законодавству. Дакле, без обзира што су овом дјелу додати и неки општи елементи у чије оквире су постављене већ раније инкриминисане радње, оно се у погледу примјене кривичног закона, не може третирати као „ново”, већ као „старо” кривично дјело за које вриједи принцип неретроактивности, осим ако је нови закон повољнији, када се обавезно примјењује тај закон. С обзиром на то да се нови закон примјењује само онда када је *повољнији за учиниоца* (став 2. члан 4. КЗ БиХ), онда је јасно да се примјеном дјела из члана 172. КЗ БиХ крши принцип законитости, односно принцип неретроактивности из става 1. члана 4. КЗ БиХ, без обзира да ли је нови закон строжи или је исто строг као и раније.

3. Имајући, дакле, у виду да се ради о радњама које су биле инкриминисане, овдје је заправо ријеч о „премјештању” и превођењу наведених радњи из постојећих у кривично дјело злочин против човјечности које није било предвиђено као кривично дјело у вријеме њиховог предузимања, што је својеврсни легислативни облик „препакивања” старих у нове

инкриминације. Ова легислативна пракса није непозната, али примјена новог кривичног дјела у оваквим случајевима није могућа због принципа забране ретроактивне примјене кривичног закона. Квалификавање ових радњи као злочина против човјечности представља *произвољно* тумачење кривично-правних норми, а како за овакво дјело у вријеме његовог чињења није била предвиђена ни казна, може се закључити да у овом случају није испоштовано *начело законитости ни у односу на дјело, ни у односу на казну*, као нераскидиве интегралне дијелове овог начела.⁴

Оваква примјена кривичног закона је у нашем случају заправо и *посве непотребна*, јер ове радње не би *остале некажњиве* с обзиром на то да су, како је речено, готово све биле инкриминисане у оквиру ратног злочина против цивилног становништва (са истом прописаном казном) или су представљале неко друго класично кривично дјело, као што је нпр. силовање, убиство и др. Таквим тумачењем и примјеном кривичног закона избјегле би се и евентуалне нелогичности које могу настати у односу на ратне злочине, а посебно кривично дјело геноцида, за које ће се казна изрицати до 15 или 20 година, а за ово казна дуготрајног затвора до 45 година. Ако се има у виду и то да ентитетско правосуђе за ова дјела изриче казне затвора до 15, односно 20 година, онда се може рећи да је у овом дијелу примјене кривичног права код нас на сцени висок степен арбитрерности, па и кривично-правни хаос, што у перспективи може представљати потенцијални негативни узор и доста лош примјер нашој судској пракси у примјени кривичног законодавства уопште.

4. Најзад, ако би се и пошло од претпоставке да се ради о новом кривичном дјелу чија се кажњивост заснива на општим правним начелима међународног права, тј. ставу 2. члана 7. ЕКЉП, односно члану 4а КЗ БиХ, онда се и таквом примјеном крши начело законитости, нарочито у оном његовом дијелу који се односи на *прописану казну – nulla poena sine lege*.⁵ Наиме, у нашем случају је нужно имати у виду да је ријеч о националном суду који, за разлику од међународних судова, има своје кодификовано, односно писано кривично законодавство и да у његовој примјени мора да

4 Сликовито, ова ситуација се може упоредити са бившом пљачком, која је као што је познато ретрансформисана у дјела која су је чинила (нпр. злоупотреба службеног положаја, тешка крађа и др.). Ако би се ово дјело поново увело као посебно кривично дјело, посве је јасно да се извршена посебна кривична дјела која чине пљачку не би могла квалификовати као кривично дјело пљачке, јер су она прије тога била инкриминисана у оквиру другог, односно као друга кривична дјела, чак и под условом да је за та дјела била предвиђена иста казна као и за пљачку као ново кривично дјело.

5 Дакле, таквом примјеном начела законитости се не протеже и на прописану санкцију, већ се своди само на законитост дјела, што је супротно принципу законитости из члана 3. КЗ БиХ који подразумемијева оба ова захтјева.

се придржава *принципа законитости* а не *принципа легитимности*. Принцип легитимности, односно веома еластично поимање начела законитости, везано је за примјену међународног кривичног права у одређеним судским случајевима, првенствено за познато Нирнберншко суђење (које се одвијало у једном другом међународно-правном амбијенту), које је риједак примјер да је у неким аспектима начело легитимности превагнуло у односу на начело законитости у кривичном праву. То, међутим, није послужило као преседан за будућа суђења ни у једној земљи континенталног правног система (упор. Шкулић, 2010: 66–107).

5. За разлику од тих земаља, примјена кривичног права од стране Суда БиХ када је у питању овај злочин (као и друга најтежа међународна кривична дјела), представља највеће одступање од праксе европских земаља и враћа га чак на традиционално међународно кривично право које *начело законитости није протезало на кривичне санкције*. Таква примјена није ни на линији савременог међународног кривичног права у којем се важење принципа законитости више не може оспоравати, јер је овај принцип у свим својим сегментима *доследно прихваћен у Римском статуту* и све земље које су потписнице овог Статута (у које спада и БиХ), морају то начело прихватити и у пракси досљедно примјењивати.⁶ Ако се, поред тога, има у виду и то да се овдје ради о националном суду и законодавству које експлицитно, већ у основним одредбама, регулише општеприхваћена правила временског важења кривичног законодавства (чл. 4. ст. 1. и 2. КЗ БиХ), онда се може рећи да такво одступање од владајуће праксе континенталних земаља представља *озбиљан преседан*. Оваква пракса у примјени кривичног права води урушавању принципа законитости и успостављању кажњавања без кривичноправног основа у односу на вријеме извршења кривичног дјела и стога се своди на „*ex post кажњавање*”.

6 Одредба члана 22. Статута садржи овај принцип под насловом „Nullum crimen sine lege“ у којем се истиче да лице неће бити кривично одговорно по Статуту ако његови поступци не представљају кривично дјело из надлежности Суда (ст. 1), односно да се при тумачењу одређених кривичних дјела, она неће моћи проширивати путем аналогије (ст. 2). У чл. 23. је инаугурисан принцип законитости казне према којем лице осуђено од стране МКС може бити кажњено само у складу са Статутом, док је у члану 24. предвиђена забрана ретроактивности *ratione personae*, тј. забрана ретроактивна примјене Статута, а у ст. 2. истог члана је предвиђена обавезна примјена блажег закона, односно закона „*који иде у корист окривљеног*”. Према томе, у овим одредбама принцип законитости је превиђен у свим својим аспектима, што је својствено континенталним европским кривичним законодавствима. Овакво схватање и регулација овог принципа резултат је увјерења да међународно обичајно право у довољној мјери не обезбјеђује гарантивну функцију кривичног права.

У вези са заснивањем кажњавања за ово дјело на одредбама члана 7. става 2. ЕКЉП, потребно је нагласити да се у литератури, посебно Њемачкој, веома често наглашава да је одредба из члана 7. става 2. ЕКЉП веома нејасна. При томе се посебно указује на опасност да се оваква одредба узме као *основ за кажњавање, због њене неодређености*. То је основни разлог што ова одредба није наишла на општи консензус земаља чланица Савјета Европе и стога су неке од њих ставиле резерве у погледу ове одредбе, тј. нису је ратификовале. То није учинила управо једна Њемачка, која је није ратификовала (иако је самој Европској конвенцији дат висок статус у унутрашњем праву, тј. има статус савезног закона), с образложењем да она представља *кршење начела законитости* (о томе више вид. Roxin, 1997: 101).

Значајно је напоменути да ни пракса ентитетског судовања није на линији праксе Суда БиХ, већ се у том погледу досљедно примјењује начело законитости, односно правила временског важења кривичних закона која су владајућа у континенталном и модерном кривичном праву. То најбоље потврђује већ помало заборављена одлука Врховног суда Федерације БиХ у *предмету Ерак-Дамјановић* (Одлука ВСФБиХ, Кж-58/99, од 16. марта 1999). Овако, имамо два потпуно различита кривичноправна режима у кажњавању за ове злочине у БиХ, у зависности од тога на којем се кривичноправном нивоу таква дјела процесуирају, што води у *неподношљиву дискриминацију осуђених лица и кршење уставног принципа једнакости грађана пред законом*.

6. И већина других земаља које признају међународно право као дио унутрашњег правног поретка, строго поштују начело законитости које спрјечава непосредну примјену међународног кривичног права и непосредно кажњавање међународних злочина. Тако је нпр. у Хрватској владајући, или како се у тамошњој литератури наглашава „увријежен” став, како није могуће судити за она дјела која су почињена прије њихове законске имплементације у хрватски правни систем. При томе се наглашава да међународни обичаји, а поготово општа правна начела, не могу изравно прописивати казнена дјела, у ком смислу се наводе и уставне одредбе према којима казне и друге казненоправне санкције морају бити одређене законом. Из тога, произилази да чак ни (изравно примјењиви) међународни уговори не могу у хрватском правном поретку самостално стварати нова казнена дјела, тј. утемељивати кажњивост, већ је потребно да хрватски закон пропише казненоправну санкцију. Стога се у Хрватској правној знаности често истиче да се путем *начела законитости казне* допуњује и тумачи *начело законитости дјела*, што су јединствени дијелови начела законитости. С обзиром на такво схватање начела законитости (које, дакле, подразумева како законску предвиђеност дјела, тако и казне) и на истакнуту забрану ретроактивне примјене кривичног закона,

у Хрватској нема осуда за злочин против човјечности, иако је ово дјело у хрватски казнени закон унесено готово кад и у наш (још 2004. године), јер је „увријежен“ став да се ово, као ни други међународни злочини, не могу ретроактивно примјењивати.⁷

И савремена њемачка теорија сматра да међународно кривично право није директно примјењиво. Наиме, према члану 25. Устава Њемачке општа правила међународног права представљају „дио федералног права и директно креирају права и дужности за становнике федералне територије“, што значи да су међународни уговори и обичаји дио њемачког правног поретка. Међутим, када се ради о процесуирању међународних злочина, наведена одредба се тумачи и примјењује у тијесној вези са одредбом из члана 103. става 2. Устава према којој дјело може бити кажњено само ако је законом претходно предвиђено као кривично дјело.⁸

Чак и сама Енглеска, која се сматра родоначелником англосаксонског правног система, а нарочито *common law* система као извора кривичног права, данас примјењује право које познаје начело *nullum crimen, nulla poena sine lege* у смислу да се ниједна казна не може изрећи ако прије извршења кривичног дјела није била прописана одговарајућа забрана понашања које представља кривично дјело, као и казна за такво дјело (упор. Шкулић, 2010: 84, фусн. 54).

Имајући у виду све изнесено, може се закључити сљедеће:

1. Како су готово све радње које чине законско биће кривичног дјела злочин против човјечности из члана 172. КЗ БиХ биле кажњиве у претходном кривичном законодавству, погрешна је примјена ове инкриминације на основу одредби из члана 7. ст. 2. ЕКЉП, односно члана 4а КЗ БиХ, које подразумијевају да се ради о чињењу или нечињењу које није било кажњиво у вријеме њиховог предузимања. Таквом примјеном крши се принцип законитости у дијелу који се односи на забрану ретроактивне примјене кривичног закона који се у кривичноправној литератури редовно истиче као најважнији сегмент принципа законитости.

7 Упор. нпр. у Бачић–Павловић, 2004: 616. Позивајући се поред осталог и на начело законитости из чл. 2. тадашњег КЗХ, наглашава се да се наведени злочин не може ретроактивно примјењивати, те да ће се „за учињена дјела која су по својој нарави злочин против човјечности судити као да су класична дјела која су обухваћена о опису дјела против човјечности: убојства, силовања и др“. Вид. такође и у Муниврана Вајда, 2012: 812–822, као и рад Муниврана Вајда, 2013: 258–275.

8 Ваља имати у виду да су проблеми везани за ретроактивну примјену кривичног закона на ратне злочине, као и злочин против човјечности, такође актуелни и у Њемачкој, јер је и једна Њемачка ово кривично дјело у своје законодавство увела тек доношењем посебног Кривичног закона за међународна кривична дјела (*Völkerstrafgesetzbuch*) од 2002. године. До тада је познавала само кривично дјело геноцида.

2. Ако се ово кривично дјело примјењује као ново на основу одредби из члана 7. ст. 2. ЕКЉП, односно члана 4а КЗ БиХ, тј. у складу са општим начелима међународног права јер није било кажњиво у старом или претходном кривичном законодавству (што чини Суд БиХ, што је по мом мишљењу погрешно), опет се крши принцип законитости у дијелу који се односи на *прописану казну* (чл. 3. КЗ БиХ), а који је у нераскидивој вези са принципом *законитости дјела*. Наиме, принцип неретроактивности не подразумијева само забрану изрицања строже казне од оне која је била предвиђена у претходним законима (укључујући и тзв. међузаконе), већ и оне или оних казни које нису постојале у тим законима. Како казна дуготрајног затвора није постојала у тим кривичним законима, јасно је да се ради о *непримјенљивој казни*, па је њеном примјеном повријеђен принцип законитости у односу на захтјев да је предвиђеност казне за то дјело у вријеме његовог извршења обавезна (*nulla poena sine lege*). Поред тога, ако се има у виду да се ради о веома недређеним одредбама (већ наведена упозорења у кривичноправној литератури, посебно њемачких аутора, да она никако не смије бити основ за кажњавање), онда се може рећи да се ради о *повреди принципа законитости и у односу на дјело* (*lex certa* – захтјев да закон мора бити јасан и прецизан у опису законског бића кривичног дјела, а овдје то није).

3. Дакле, како год предметну инкриминацију третирали (као „нову” или „стару”), ријеч је о произвољној ретроактивној примјени кривичног закона, односно *ex post кажњавању*, што представља кршење темељних принципа како унутрашњег, тако и међународног кривичног права (чл. 3. и 4. ст. 1. КЗ БиХ, те чл. 7. ст. 1. ЕКЉП; чл. 11. Унив. декларације од 1948; чл. 15. МПГПП; чл. 22–24 Римског статута и др.). Остаје, дакле, једина могућност да се те инкриминсане радње квалификују као одговарајући ратни злочини (или евентуално као геноцид или неко класично кривично дјело, нпр. убиство) према кривичном закону времена извршња, односно претходним кривичним законима (*међузаконима*) који су били најповољнији за оптужене, јер нису садржавали ни смртну ни казну дуготрајног затвора. Примјена било којег другог кривичног закона на основу којег би се изрицала казна која се по тим законима није могла примијенити (тзв. *непримјенљива казна*), представља изигравање смисла правила из члана 4. става 2. КЗ БиХ, односно кршење принципа *обавезне примјене повољнијег или блажег кривичног закона*, а тиме и овог принципа предвиђеног у наведеним међународним документима, као и члану 75. ставу 4(ц) Допунског протокола I уз Женевске конвенције; члану 6. ставу 2(ц) Допунског протокола II уз Женевске конвенције и др., те члану 24. ставу 2. Римског статута, чија је потписница и Босна и Херцеговина.

Литература

Бачић, Ф., Павловић, Ш. (2004). *Коментар Казненог закона Хрватске*. Загреб: Организатор

Maktouf – Damjanović v. Bosnia and Herzegovina, ECR, 18. 06.2013.

Муниврана Вајда, М. (2012). Међународни злочини према новом Казненом закону. *ХЉКПП*. 19 (2). 812–822

Муниврана Вајда, М. (2013). Новији развој међународних злочина и заповједне одговорности у хрватском казненом праву. У С. Ного (ур.), *Међународна кривична дела*, (стр. 258–275). Тара – Београд: Intermex

Одлука у предмету *Неђо Самарџић*, АП 519/07

Одлука у предмету *Гојко Јанковић*, АП 126/08

Одлука Врховног суда Федерације БиХ у предмету *Ерак-Дамјановић*, Кж-58/99, од 16. марта 1999. године

Пресуда Апелационог суда Црне Горе, Кж бр. 339/10, од 25. 02. 2011. године
Првостепена пресуда у предмету *Зијад Куртовић*, број Х-КР-06/299, од 30.04.2008. године

Roxin, C. (1997). *Straffrecht, AT, 3. Auflage*. München

Статут МКС

Шкулић, М. (2010). Начело законитости у кривичном праву. *Анали ПФ у Београду*. LVIII (1). 66–107

Miloš Babić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law in Banja Luka,

University of Banja Luka,

Judge of the Court of Bosnia and Herzegovina

The Judgment of the European Court of Human Rights in Maktouf and Damjanovic, and its Impact on Adjudication of International Crimes

Summary

This paper discusses the legal rules governing the time limits of application of criminal legislation in adjudicating international crimes before the courts in Bosnia and Herzegovina. The author points out to the existence of two different criminal law regimes which are used against the criminal offenders: the first one is used by the courts of the B&H Entities and the Brčko District, where these rules are applied consistently and the criminal offenders are awarded prison

sentences within the penal framework envisaged in earlier criminal codes, including the so-called interim laws; the second one is applied by the Court of Bosnia and Herzegovina which, in compliance with the B&H Criminal Code of 2003, may award long-term imprisonment of up to 45 years for the commission of these criminal offences even though this penalty did not exist in the B&H criminal law at the time when the acts were committed.

In particular, the paper focuses on the legal issue arising from the European Court of Human Rights (ECtHR) judgment in *Maktouf and Damjanovic vs. Bosnia and Herzegovina* (18 July 2013), where the Court established a violation of Article 7, paragraph 1 of the European Convention on Human Rights (ECHR). The author discusses the common standpoint that the judgment removed all misunderstandings concerning the application of these rules; considering that such conception is unjustified, the author identifies a number of other outstanding problems which occurred in the application of these rules after rendering the above judgment.

The author specifically considered the criminal provision on Crimes against Humanity as envisaged in Article 172 of the B&H Criminal Code, which the B&H Court regards as a new criminal offence which is envisaged in Article 7, paragraph 2 of the ECHR. The author believes that such application of this criminal offence is unjustified. Upon providing an analysis of the elements of crime constituting the legal nature of this criminal offence, the author concludes that it is not a completely new criminal offence; for this reason, it may not be subject to this provision, i.e. the punishment shall not be imposed by relying on the basis of general principles of international law.

Key words: legality principle, time limit rules, principle of retroactivity, obligation to apply a more favourable law, crimes against humanity.

