

КРИВИЧНА ДЈЕЛА ПРОТИВ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

(двје различите фазе у примјени)

Апстракт: У раду аутор расправља питање примјене кривичног закона у суђењима за међународна кривична дјела у Босни и Херцеговини. При томе се указује на постојање два различита кривичноправна режима који се примјењују на оптужене: један, који примјењују судови Енџиџеџа и Брчко Дисџриџија и други, који примјењује Суд БиХ. Поред тога, посебно се наглашава да, у примјени правила временског важења у суђењима за кривична дјела против међународног права од стране Суда БиХ, постоје двије различите фазе: прва, која је постојала прије доношења пресуде Европског суда за људска права у предмету Мактоуф-Дамјановић од 18. јули 2013. године којом је утврђена повреда одредбе из члана 7. став 1. Европске конвенције о људским правима, и друга која је успједила након тога.

Посебна важња 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. став 2. ЕКЉП. Аутор сматра да ипаква примјена ове инкриминације није основана, јер из садржаја неправа овог кривичног дјела произлази да се у основи не ради о 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, обавезна примјена новог повољнијег закона, злочин против човјечности, пресуда ЕСЉП у предмету Мактоуф-Дамјановић.

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци и судија Суда Босне и Херцеговине, у пензији, milosbabic2012@gmail.com.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

1. Важење и примјена кривичних закона темељи се на одређеним правилима која су владајућа у данашњем кривичном праву и која су прихваћена, како у националним кривичним законодавствима, тако и у међународном праву. Многа од њих су таквог значаја да су подигнута на ранг уставних начела, као и начела међународног права и као таква сврстана су у каталог основних људских права. Та правила представљају израз захтјева начела законитости и правне сигурности којима се грађанима гарантује да неће моћи бити кажњавани за оне радње које у вријеме њиховог чињења нису била предвиђена као кривична дјела, односно таква рјешења која им гарантују да у вријеме предузимања или непредузимања одређене радње знају са каквим посљедицама могу рачунати. Једно од најзначајнијих правила које је у основи тих начела је свакако правило које се односи на временско важење кривичног закона и састоји се у томе да се примјењује закон времена извршења кривичног дјела (*принцип неретроактивности*), односно према којем је забрањена повратна или ретроактивна примјена кривичног закона (*nullum crimen sine lege previa* - нема кривичног дјела без претходног закона). Принцип забране ретроактивне примјене кривичног закона не смије бити суспендован ни под каквим околностима, јер је ријеч о једном од основних људских права које се мора поштовати и за вријеме ванредног стања. Од њега је могуће одступање само под условом да је нови закон повољнији за учиниоце кривичног дјела (*принцип обавезне примјене новој повољнијеј закона*), што је такође предвиђено као право које је гарантовано не само унутрашњим, већ и међународним правом. Као такво, ово право представља једну од битних компоненти правичног суђења из члана 6. Европске конвенције о људским правима, што значи да оно спада у групу међународних стандарда људских права.

Изузетан значај наведених правила потврђује и њихова међународно-правна верификација у најзначајнијим међународним документима у којима је, поред принципа законитости, предвиђен и принцип неретроактивности као његов најзначајнији сегмент. То је предвиђено већ у Универзалној декларацији о људским правима (чл. 11.ст. 2.), Европској конвенцији о људским правима (чл. 7), Међународном пакту о грађанским и политичким правима (чл. 15), као и у низу других међународних докумената, те најзад и Римском статуту под насловом *забрана ретроактивности ratione personae* (чл. 24).

Наведена правила и принципи представљају универзалне цивилизацијске вриједности и неизоставну одлику свих модерних и демократских правних система и као таква представљају темељ владавине права сваке правне државе. Она су у основи гарантивне функције кривичног права, битна одредница његове демократичности и заштите људских права. Тиме се грађанима гарантује да не могу бити кажњавана без закона, *што сјречава*

самовољно кажњавање без љрећходној закона (*lex previae*) или на основу његове *недољушћене рећроакћивне љримјене*.¹

2. Питање примјене наведених правила посебно је актуелно у данашњем времену када су веома честе измјене кривичног законодавства. То се посебно односи на тзв. транзицјске или пост-транзицјске државе настале на југо-словенским 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 изражаваја управо у Босни и Херцеговина у суђењима за *најћежа кривична дјела љрошћив међународној љрава* која су извршена за вријеме оружаног сукоба у периоду од 1992. до 1995. године. Оно је у средишту интересовања првенствено ради тога што су на сцени *два љосве различћића љрискћућа у љримјени кривичних закона* на такве случајеве, а што зависи од тога на којем се нивоу они процесуирају: ентитетском или од стране Суда БиХ, односно да ли се суди прије пресуде Европског суда за људска права у предмету Мактоуф-Дамјановић или након њеног доношења.

2. ПРИМЈЕНА ПРАВИЛА ВРЕМЕНСКОГ ВАЖЕЊА ДО ПРЕСУДЕ ЕСЉП У ПРЕДМЕТУ МАКТОУФ–ДАМЈАНОВИЋ (ПРВА ФАЗА)

1. Када је у питању примјена кривичног закона на ова кривична дјела од стране Суда Босне и Херцеговине, треба нагласити да је овај суд већ на самом почетку 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 да се на та дјела примјењује КЗ БиХ. Наравно, прихватајући овакав став, суд се није ни упуштао у оцјену конкуришућих закона у погледу њихове строгости,²

1 Детаљније о начелима међународног материјалног кривичног права, вид. М. Шкулић, *Међународно кривично љраво*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020, 13–40.

2 То није чинио ни сам Уставни суд поступајући по апелацијама све до пресуде ЕСЉП у предмету Мактоуф-Дамјановић (иако је мериторно одлучивао о питању основаности ретроактивне примјене кривичног закона), јер ни у једном случају није, на основу општеусвојених правила, вршио *in concreto* оцјену који је од конкуришућих закона повољнији за учиниоца (то се види из одлука у предметима Неђо Самарџић и Гојко Јанковић, АП 519/07 и АП 126/08).

односно оцјену који је од тих кривичних закона (некада и више њих) у односу на конкретни случај најповољнији или 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,³ 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.⁴ 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 у највећем дијелу управо предмет расправе у овом раду). У предметима 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 *одустјајање од њимјене ѡринципа неретироактивности* (а тиме и принципа законитости), Суд БиХ је редовно правдао тежином ових кривичних дјела и потребом њиховог „*адекватној 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 Уставни суд БиХ који је по апелацијама у неким предметима и сам прихватио праксу 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 ѡрема међународном ѡраву*“. 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. 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, при чему је Босна и Херцеговина 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 вршења представљала кривична дјела према „*ојшиим ѡравилима међународној ѡрава*“. Наравно, показало се да се ради о неприхватљивој аргументацији коју Европски суд за људска права (ЕСЉП) није прихватио.

Посебно је значајно да на овај начин Суд БиХ примјењује кривични закон само када су у питању најтежа међународна кривична дјела, док у односу на сва друга поступа другачије и примјењује већ наведена правила у складу са чланом 4. ставом 1. и 2. КЗ БиХ. Јасно је да је у питању неподношљива

3 Одредба из чл. 4а КЗ БиХ је дословно преузета одредба из чл. 7 ст. 2. ЕКЉП.

4 Као нпр. у првостепеној пресуди број X-KR-06/299 против оптуженог *Зијада Куртловића* од 30. 04. 2008 године.

дискриминација учинилаца ових кривичних дјела и истовремено повреда уставног принципа *једнакости ѡрађана ѡред законом*, те принципа *ѡравичној суђења* из члана 6. ЕКЉП.

2. Оваквом праксом примјене кривичног закона, правосуђе на нивоу БиХ (Суд БиХ и Уставни суд БиХ) је инаугурисало *ѡринциј леѡишмишѡеѡа* као основни принцип у примјени кривичног закона у суђењима за најтежа кривична дјела против међународног права. Примјену кривичног закона која подразумева одступање од принципа законитости у тој мјери више не практикују ни међународни судови који углавном не суде на основу кодификованог кривичног законодавства. 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), на овај начин не примјењује кривични закон, већ се досљедно примјењују 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 дјела.⁵ На исти начин поступају и судови Ентитета и Брчко Дистрикта БиХ.

3. У вези са оваквом примјеном кривичног законодавства у суђењима за најтежа кривична дјела против међународног права, забринутост је изразила и *Парламентѡарна скуѡишѡина СЕ* у својој Резолуцији 1626 од 2008. године, при чему је наглашено да “још увијек постоје неконзистентности у примјени кривичног права на различитим судовима на државном и ентитетском нивоу у односу на ратне злочине, што доводи до *неједнакости у ѡреѡману ѡрађана у свјеѡлу Европске конвенције о ѡудским ѡравима*. Слично становише заступа и *Венецијанска комисија* у свом Мишљењу (648/2011, тач. 38 и 65). И ОСЦЕ у свом Прегледу петогодишњег процесуирања ратних злочина у БиХ указује на “*сѡѡуацију очѡледне неједнакости ѡред законом у ѡредмеѡима раѡних злочина* који се процесуирају пред различитим судовима у БиХ. У пракси то значи да особе осуђене за ратне злочине пред различитим судовима могу добити веома различите казне”.⁶

5 Вид. нпр. М. Шкулић, „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали ПФ у Београду*, 1/2010, 66–107; М. Муниврана, Вајда, „Међународни злочини према новом Казненом закону“, *ХЉКПП*, 2/2012, 812–822, као и рад „Новији рад међународних злочина и заповједне одговорности у хрватском казненом праву“, *Међународна кривична дела*, (ур. С. Ного), Intermex, Београд, 2013, 258–275; Ф. Бачић, Ш. Павловић, *Коментѡар Казненој закона*, 2004, 616. Вид. и пресуду Апелационог суда Црне Горе, Кж. бр. 339/10 од 25. 02. 2011. године у којој је истакнута потреба примјене општеприхваћених правила временског важења кривичног закона, укључујући и правило обавезне примјене новог блажег закона.

6 OSCE: Постизање правде у Босни и Херцеговини: Процесуирање предмета ратних злочина од 2005. до 2010, мај 2011, 19.

3. ПРИМЈЕНА КРИВИЧНОГ ЗАКОНА НАКОН ПРЕСУДЕ ЕСЉП У ПРЕДМЕТУ МАКТОУФ-ДАМЈАНОВИЋ (ДРУГА ФАЗА)

1. Након доношења пресуде у предмету Мактоуф-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, у професионалној заједници влада мишљење да су ријешени сви проблеми када је у питању примјена правила која се односе на важење и примјену кривичног закона у суђењима за наведена кривична дјела. При томе се углавном полази од става да је примјена тих правила од стране Суда БиХ сада усклађена са праксом судова у Ентитетима и Брчко Дистрикту, јер и овај суд у суђењима за ова кривична дјела сада примјењује КЗ СФРЈ.

Наведено 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 углавном имао у виду ЕСЉП у предмету Мактоуф-Дамјановић. Међутим и након ове пресуде, нека веома значајна кривичноправна питања остају и даље отворена. То се посебно односи на примјену неких општих установа у суђењима за наведена кривична дјела, као што је нпр. *заједнички или удружени злочиначки њодухвайт, њизв. „ѡроширено саизвршилаштво“, командна одговорност* и др. Неке од њих нису биле уопште предвиђене у ранијем кривичном законодавству, а неке чак ни у важећем КЗ БиХ, као што је заједнички злочиначки подухват. Основ за примјену ове установе суд је нашао у одредби члана 180. КЗ БиХ, иако се овај институт у овој одредби уопште не спомиње, као ни у члану 7. Статута Хашког трибунала, из којег је ова одредба готово дословно преузета.⁷ Као што је познато, ријеч је о кривичноправној институцији која је настала у енглеском праву у виду завјере (*conspiracy*)⁸ према којој се кажњавају сви саучесници повезани заједничким злочиначким планом за сва кривична дјела извршена у остварењу тога плана, чак и за таква дјела која њиме нису била обухваћена, под условом да су била *ѡредвидива*.⁹ Ријеч је о доста

7 Упор. и М. Дамашка, „Бољке заједничког злочиначког подухвата“, *Хрватски љешојис за казно право и ѡраксу*, 1/2005, 5.

8 Конструкцију или саучесничку фигуру завјере познаје и Конвенција о геноциду (чл. III б), али се она у континенталној теорији не сматра неспорном и многи европски правници једва да је познају и разумију, док је у САД веома омиљена кривичноправна конструкција, нарочито код тужилаца, али у теорији и тамо осјетно расте критичко расположење према овој установи. Упор. М. Шкулић, *Међународни кривични суд – Надлежност и ѡстојуѡак*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2005, 207.

9 Парадоксално је да је у нашем ранијем кривичном законодавству изостављено организовање злочиначког удружења као облик саучесништва, за које се у нашој

неодређеном појму који се, како је истакнуто, у овој одредби изричито не спомиње, па се стога поставља питање основаности његовог подвођења под било који од саучесничких облика или радњи из те одредбе.¹⁰ У оптужбама се овај облик саучесништва често поставља веома екстензивно и неодређено, без навођења неопходних чињеница или околности које указују на постојање релевантног доприноса учесника у дјелу који је нужен за постојање било којег облика који се може вредновати као саучесништво. И за допринос који се захтијева код помагања, као облика саучесништва са најмањим степеном доприноса, према владајућем схватању неопходно је предузимање радњи које представљају дјелотворно подупирање, подржавање главног дјела, радњи које морају представљати видљив допринос извршењу датог кривичног дјела.¹¹

Оно што је у вези са овом установом најзначајније јесте њена примјена од стране Суда БиХ која представља грубо кршење принципа законитости

кривичноправној теорији сматрало да управо из наведених разлога представља повреду принципа субјективне одговорности, односно принципа *nullum crimen sine culpa*.

- 10 Занимљиво је да Хашки трибунал ову установу није користио све до 2001. године, дакле у првих седам-осам година постојања Суда и ослањао се у том времену искључиво на командну одговорност. Дамашка напомиње да се у том времену само једна оптужница темељила на заједничком злочиначком подухвату, али се након 2001. године ситуација значајно промијенила и заједнички злочиначки подухват је постао омиљено оружје у арсеналу Тужитељства, упор. М. Дамашка, „*Boljke zajedničkog zločinačkog podhvata*”, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1/2005, 4. Неки аутори указују на то да је ову установу Хашки суд почео интензивније користити када су се појавили проблеми око доказивања кривичне одговорности оптужених у неким предметима, па је увођењем ове установе то знатно олакшано. Опширније, посебно за критику ове установе уп. С. Стојановић, „*Joint Criminal Enterprise-Заједнички злочиначки подухват*“, *Zbornik radova* (ур. Ђ. Лопичић), Београд, 2006, 208–233. Такође и М. Шкулић (2005), *op. cit.*, 206–219. Римски статут такође изричито не регулише овај појам, али се он изводи из одредбе чл. 25. ст. 3д), за коју се држи да га имплицитно садржи у оном дијелу у којем се говори о кривичним дјелима извршеним „од стране групе лица која дјелују са заједничким циљем“. У објашњењу примјене овог института, у пресуди *Рашевић/Тодовић*, бр. Х-КРЖ-06/275 од 6.11. 2008 (Одјел I Апелационог вијећа Суда БиХ) суд истиче (стр. 27) „да доктрина удруженог злочиначког подухвата представља институт међународног обичајног права који је постојао и био у примјени много прије него су конкретни злочини били почињени, из чега произилази закључак да таквим поступањем ни на који начин није нарушено начело законитости“ (Вид. и Извјештај ОСЦЕ-а у Босни и Херцеговини у предмету *Рашевић-Тодовић*, април 2009). На овај начин Суд БиХ заправо копира праксу Хашког трибунала, иако у БиХ постоје писани закони у којима су предвиђена не само наведена кривична дјела, већ и одредбе о саучесништву у којима је одређено који облици учешћа у кривичном дјелу постоје и који су услови нужни да би одређена радња била квалификована као саучесништво у извршењу датог кривичног дјела.
- 11 У том смислу и: Dž. R. V. D. Džouns, S. Pauls, *Међународна кривична ѡпракса*, Фонд за хуманитарно право, Београд, *Међународна кривична пракса*, 2006, 416. Вид. и М. Бабић, И. Марковић, *Кривично ѡправо, ѡишњи гво*, Бања Лука, 2019, 286–290, као и М. Бабић, *Међународно кривично ѡправо*, Правни факултет, Бања Лука, 2021, 112–113.

из члана 3. и правила неретроактивности из члана 4. КЗ БиХ, јер ову установу није познавало раније кривично законодавство, нити је познаје КЗ БиХ.

На основу одредбе из члана 180, суд примјењује и установу саизвршилаштва у којој налази некакав „проширени“ облик овог института, иако је овај вид заједничког извршења кривичног дјела регулисан у општој одредби (члана 29. КЗ БиХ) у којој је постављен рестриктивније него у ранијем кривичном законодавству, јер се за „друге радње“ захтијева да на „одлучујући начин дојриносе извршењу кривичној дјела“. Јасно је, дакле, да је у односу на овај облик саучесништва КЗ БиХ повољнији него ранији кривични закони који наведено ограничење нису предвиђали. И поред тога, суд у суђењима за ова кривична дјела углавном не примјењује ову одредбу, већ одредбу из члана 180, што заправо представља заобилажење обавезне примјене одредбе из члана 29. која је *повољнија за учиниоце ових кривичних дјела*.

2. Да Суд БиХ у суђењима за ова дјела произвољно примјењује кривични закон, потврђује и став да нема никакве сметње да се неки кривичноправни институти (већ наведени удружени злочиначки подухват, проширено саизвршилаштво) примјењују на основу међународног обичајног права и онда када они уопште нису предвиђени у унутрашњем кривичном законодавству или да се примјењују на другачији начин него што су предвиђени.¹² Овакво схватање на најбољи начин показује да у примјени кривичног закона на учиниоце међународних кривичних дјела, Суд БиХ поступа крајње *произвољно и арбитрерно*, кршећи основне принципе на којима се заснива савремено кривично право. Овакав приступ у тумачењу и примјени кривичног законодавства није забиљежен у правосудној пракси ни у једној европској земљи. Ово кривично право уводи у кривичноправну анархију у којој било који суд не мора да примјењује законе, већ једноставно може да се позива на међународне обичаје, за које не мора уопште да наводи њихово поријекло и начин настанка. Законска рјешења из члана 180. и њихова произвољна примјена доводе до већ споменуте неоправдане дискриминације оптужених учинилаца, која посебно долази до изражаја у изреченим казнама.

3. Напријед наведено показује да и даље остаје отворено питање поштовања принципа законитости, односно забране ретроактивне примјене новог кривичног закона, јер је ЕСЉП у наведеној прасуди ово питање ријешило само у односу на минимално прописану казну за ова кривична дјела, што није требало уопште бити спорно, јер је 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 уставне којима се *нейрихвайљиво проширује кажњивост за ова дјела*, остао и

12 На предавању америчке професорице Susan SáCouto на тему *Удружени злочиначки подухваји*, одржаном у мају 2014. године у Суду БиХ, ово је изнесено као званичан став Суда БиХ од стране неких судија Апелационог одјељења.

даље споран. Посебан проблем је, како је већ речено, примјена кривичног дјела злочина против човјечности чију примјену Суд БиХ темељи на одредбама из члана 7. става 2. или члана 4а КЗ БиХ. На основу свега наведеног, може се закључити да не стоји прије наведено схватање да је са пресудом ЕСЉП у предмету Мактоуф-Дамјановић овај проблем ријешен и да је *судска ѡракса у суђењима за ова дјела коначно уједначена*.

4. ПРИМЈЕНА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА ЗЛОЧИН ПРОТИВ ЧОВЈЕЧНОСТИ ИЗ ЧЛ. 172. КЗ БИХ

1. Оно што је након доношења наведене пресуде посебно значајно је став ЕСЉП у вези са *злочиним ѡрошњив човјечности* према којем “Суд БиХ и ентитетски судови *морају ѡримјењивајши* КЗ БиХ“, јер је ријеч о дјелу који није предвиђао закон који је важио у вријеме његовог извршења. Образлажући такав свој став, ЕСЉП 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 126/08 и АП 519/07) закључује да у оспореним пресудама Суда БиХ није дошло до повреде права апеланата из члана 7. ЕКЉП.

Наведена аргументација није основана јер не стоји тврдња да не постоје друге могућности у оваквим предметима, нити да се ради о потпуно новом кривичном дјелу ради чега се његова кажњивост заснива на општим начелима међународног права, те се сходно томе примјењује на основу наведених одредби. Став да се ради о новом кривичном дјелу није основан, с обзиром да се не заснива на озбиљној анализи законског бића овог кривичног дјела, односно његовој кривичноправној природи. Истина, раније кривично законодавство ово кривично дјело није познавало у овом облику, углавном ради његових општих елемената, али када су у питању радње које чине ово дјело, односно алтернативни облици који заправо и чине *сушћину његовој неѡрава*, оно је било инкриминисано у највећој мјери у оквиру кривичног дјела *рајшњи злочин ѡрошњив цивилној сћановнишћива*. 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, како је ово кривично дјело предвиђено тек у КЗ БиХ од 2003 године, оно се редовно сврстава у категорију нових кривичних дјела. Међутим, то није сасвим тачно, јер се ради о таквом кривичном дјелу које је по структури свог неправда, односно елементима који чине његово кривичноправно биће, у основи „старо“ кривично дјело, а „ново“ је само по својим општим елементима који представљају додатни услов његовог постојања.

Ново је, јер *као њако није постојало* и тако је обликовано да, поред радњи које су таксативно наведене у законском опису његовог законског бића, обухвата и одређене *оштрије елементе* који су заједнички за све његове алтернативне облике. Ријеч је о елементима *широки и систематски најад усмјерен против било које дјела цивилног становништва, те свијести на страни учиниоца да њако најад 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 инкриминисано раније*, што значи да се у погледу *кривичној неправда* које чини окосницу законског бића овог злочина, не ради о 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 (нису биле обухваћене само радње присилни нестанак лица (тач. и) и апартхејд (тач.ј) из садашњег чл. 172. КЗ БиХ) Међутим, ако се има у виду садржај радњи ових облика дјела, нпр. присилног нестанка лица који је дат у објашњењу овог појма у тац.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 члана 7. става 2. ЕКЉП, односно члану 4а КЗ БиХ, јер ове одредбе подразумијевају *“чињење и нечињење” које у вријеме њиховој предузимања није било инкриминисано у унутрашњем кривичном законодавству*. Према томе, 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. С обзиром да се нови закон примјењује само онда када је *нововијетски за учиниоца* (чл 4. ст. 2. КЗ БиХ), онда је јасно да се примјеном дјела из члана 172. КЗ БиХ крши принцип законитости, односно принцип неретроактивности из члана 4. става 1. КЗ БиХ, без обзира да ли је нови закон строжи или је исто строг као и ранији.

3. Имајући, дакле, у виду да се ради о радњама које су биле инкриминисане у кривичном законодавству времена извршења наведених кривичних дјела, овдје је заправо ријеч о “премјештању” и/или 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 “*ирејактивања*” старих у нове инкриминације. Ова легислативна техника и пракса није непозната, али примјена новог кривичног дјела у оваквим случајевима није могућа због принципа забране ретроактивне примјене кривичног закона. Квалификовање наведених радњи као злочина против човјечности представља *произвољно и недодушљиво* тумачење кривично-правних норми, а како за овакво дјело у вријеме његовог вршења 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.¹³

Оваква примјена кривичног закона је у нашем случају заправо и *повећана*, јер ове радње не би *остале некажњиве* с обзиром 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.¹⁴ Таквим тумачењем и примјеном кривичног закона избјегле би се и нелогичности које су настале у односу на ратне злочине, а посебно кривично дјело геноцида за које се казна, након пеесуде ЕСЉП, изриче до 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 20 година, онда се може рећи да је у овом дијелу примјене кривичног права код нас на сцени висок степен арбитрерности, па и анархије, што у перспективи може представљати потенцијални негативни узор и доста лош примјер нашој судској пракси у примјени кривичног законодавства.

13 Ова кривичноправна ситуација се може упоредити са бившом пљачком, која је, као што је познато, трансформисана 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 прије тога 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.

14 У том смислу и М. Шкулић (2020), *op. cit.*, 30–32.

Овакво тумачење ове инкриминације производи и неке друге негативне кривичноправне посљедице. Наиме, у овој фази примјене кривичног закона, оптужбе за кривична дјела против међународног права готово редовно се свODE на злочин против човјечности (јасно је против којих оптужених), па се за ово дјело каткада суди иако је јасно да нису испуњени услови за његово кривичноправно постојање. Тиме се жели нагласити да се ради о најтежим кривичним дјелима против међународног права која су планирана и организована од стране највиших политичких и војних структура, иако у многим случајевима ти услови нису испуњени, односно није доказано постојање *широкој и систематској најада која је ойшужени био свјесћан*, што се захтијева у законском опису овог кривичног дјела. Поред тога, то понекада доводи и до доста парадоксалних ситуација, јер се у неким случајевима оптужени одлучују на признавање кривичног дјела геноцида за које више не могу бити осуђени на казну затвора у дужем трајању од 20 година.

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, онда се и таквом примјеном крши начело законитости, нарочито у оном његовом дијелу који се односи на *йройисану казну – nulla poena sine lege*.¹⁵ 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 се придржава *йринципиа законийосћии*, а не *йринципиа леийийносћии*. Принцип легитимности, односно веома еластично поимање начела законитости, везано је за примјену међународног кривичног права у одређеним судским случајевима, првенствено за познато Нирбершко 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.¹⁶

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 законийосћии није йройезало 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 *досљедно йрихваћен у Римском сћайшуйшу* и све земље које су потписнице овог Статута (у које спада и БиХ), морају то начело

15 Дакле, таквом примјеном начело 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 подразумева оба ова захтјева.

16 Упор. М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 66–107.

прихватити и у пракси досљедно примјењивати.¹⁷ 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 ѡреседан*. Оваква пракса у примјени кривичног права води урушавању принципа законитости и успостављању кажњавања без кривичноправног основа и стога се своди на „*ex post кажњаванје*”.

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, збој њене неодређеносћии*. 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 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 законийосћии*.¹⁸

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 *ѡредмету 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, што представља *дискриминацију осуђених лица и кршење усћавној ѡринципиа једнакосћии ѡрађана ѡред 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

17 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 аналогije (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 корисћии окривљеној*“. 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.

18 О томе више вид. С. Roxin, *Strafrecht*, АТ, 3. Auflage, München, 1997, 101.

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 истиче 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 примјенљиви“ 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 друга међународна кривична дјела, не могу ретроактивно примјенљивати.¹⁹

И савремена њемачка теорија сматра да међународно кривично право није директно примјенљиво. 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 иредходно иредвиђено као кривично дјело*.²⁰

Чак и сама Енглеска, која се сматра родоначелником англосаксонског правног система, а нарочито *common law* система као извора кривичног

19 Упор. нпр. у Ф. Бачић, Ш. Павловић, *op. cit.*, 616. Позивајући се поред осталог и на начело законитости из чл. 2. тадашњег КЗХ, наглашава се да се наведени злочин не може ретроактивно примјенљивати, те да ће се „за учињена дјела која су по својој нарави злочин против човјечности судити као да су класична дјела која су обухваћена у опису дјела против човјечности: убојства, силовања и др”. Вид. такође и у М. В. Муниврана (2012), *op. cit.*, 812–822, као и М. В. Муниврана (2013), *op. cit.*, 258–275.

У српским коментарима инкриминације Злочин против човјечности, који је као посебно кривично дјело инкриминисан тек у Кривичном законнику из 2006. године, о овом проблему се посебно не говори. Упор. Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичној законика Републике Србије*, Београд, 2006, 925–926, као и З. Стојановић, *Коментар Кривичној законика*, Београд, 2006, 780–782.

20 Њемачка је 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.

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.²¹

Имајући у виду све напријед изнесено, може се *закључити сљедеће*:

а). Погрешна је примјена кривичног дјела злочин против човјечности из члана 172. КЗ БиХ на основу одредби из члана 7. става 2. ЕКЉП, односно члана 4а КЗ БиХ које подразумевају да се ради о чињењу или нечињењу које није било кажњиво у вријеме њиховог предузимања, јер су готово све радње које чине законско биће овог кривичног дјела биле кажњиве у претходном кривичном законодавству. 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.

б). И под претпоставком да се ово кривично дјело третира као ново и примјењује на основу одредби из члана 7. става 2. ЕКЉП, односно члана 4а КЗ БиХ, (што чини Суд БиХ), опет се крши принцип законитости у дијелу који се односи на *њрописану казну* (чл. 3. КЗ БиХ), а који је у нераскидивој вези са принципом *законитости дјела*. То је јасно ако се има у виду да принцип неретроактивности не подразумева 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 (а тежа је од казне затвора коју је познавао КЗ СФРЈ, а смртна казна из КЗ СФРЈ више не постоји у систему казни), 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 неодређеним 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 *њовреди ѡринципа 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).

в). 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 основних 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 инкриминисане радње квалификују као одговарајући ратни злочини (или евентуално као геноцид или неко класично кривично дјело,

21 Упор. М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 84, фусн. 54.

нпр. убиство, силовање или др.) према кривичном закону времена извршења, 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 (*ишв. нејримјенљива казна*), представља изигравање смисла правила из члана 4. става 2. КЗ БиХ, односно кршење принципа *обавезне примјене повољније или блаже кривичног закона*, а тиме и овог принципа предвиђеног у наведеним међународним документима, као и члану 75. ставу 4(ц) Допунског протокола II 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

- Бабић М., *Међународно кривично право*, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, Бања Лука, 2021.
- Бабић, М., Марковић, И., *Кривично право, оштии дио*, Правни факултет, Универзитет у Бањој Луци, Бања Лука, 2019.
- Бачић, Ф., Павловић, Ш., *Коменџар Казненог закона Хрвајске*, Организатор, Загреб, 2004.
- Даташка, М., „*Boljke zajedničkog zločinačkog podhvata*”, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1/2005.
- Лазаревић Љ., *Коменџар Кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд, 2006.
- Муниврана, Вајда, М., Новији развој међународних злочина и заповједне одговорности у хрватском казненом праву“, *Међународна кривична дела*, (ур. С. Ного) Интермех, Београд, 2013.
- Муниврана, Вајда, М., „*Међународни злочини према новом Казненом закону*“, *Хрвајски љетопис за казнено право и праксу*, бр. 2/2012.
- Стојановић, З., *Коменџар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2006.
- Стојановић, С., *Joint Criminal Enterprise – Заједнички злочиначки подухват*, *Зборник радова* (ур. Ђ. Лопичић) Београд, 2006.
- Шкулић М., *Међународни кривични суд – Надлежности и постојање*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 2005.
- Шкулић М., „*Начело законитости у кривичном праву*“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2010.
- Шкулић М., *Међународно кривично право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020.

*Miloš Babić, PhD**

CRIMINAL OFFENSES AGAINST INTERNATIONAL LAW IN CRIMINAL LEGISLATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

(two different phases in application)

Summary

In the paper, the author discusses the issue of the application of the criminal law in trials for international crimes in Bosnia and Herzegovina. In doing so, it is pointed out the existence of two different criminal law regimes that are applied to the accused: one, which is applied by the courts of the Entity and Brčko District, and the other, which is applied by the Court of Bosnia and Herzegovina. In addition, it is particularly emphasized that, in the application of the rule of temporal validity in trials for criminal offenses against international law by the Court of Bosnia and Herzegovina, there are two different phases: the first, which existed before the ruling of the European Court of Human Rights in the Maktouf-Damjanović case of on July 18, 2013, which found a violation of the provision from Article 7, paragraph 1 of the European Convention on Human Rights, and another that followed after that.

Special attention in the paper is devoted to the incrimination of crimes against humanity from Article 172 of the CC of BiH, which the Court of Bosnia and Herzegovina applies as a new criminal offense based on Article 7, paragraph 2 of the ECHR. The author believes that such an application of this incrimination is not founded, because it follows from the wrong content of this criminal offense that it is basically not a new criminal offense, and therefore its punishment cannot be derived or based on this provision, that is, on the general principles of international law.

Keywords: principle of legality, rules of temporal validity, principle of non-retroactivity, mandatory application of a new more favorable law, crime against humanity, ECtHR judgment in the Maktouf-Damjanović case.

* Full professor (retired) of the Faculty of Law, University of Banja Luka, milosbabic2012@gmail.com.