

СУЂЕЊЕ ЗА МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЈЕЛА НАКОН ПРЕСУДЕ ЕСЉП У ПРЕДМЕТУ МАКТОУФ-ДАМЈАНОВИЋ

Стручни чланак

doi: 10.7251/GPF1537269B

***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 након пресуде ЕСЉП у предмету Мактоуф-Дамјановић (18. јули 2013) којом је утврђена повреда одредбе из члана 7. става 1. ЕКЉП. При томе 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 кривичноправне природе законског бића овог кривичног дјела закључује 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*

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци и судија Суда Босне и Херцеговине.

повољнијег закона; злочин против човјечности; пресуда ЕСЉП у предмету Мактоуф-Дамјановић.

1. Примјена кривичног закона након пресуде ЕСЉП у предмету Мактоуф-Дамјановић

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, 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 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 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 подухват, тзв. „проширено саизвршилаштво“, командна одговорности и др. Неке од њих нису биле 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.

Као што је познато, ријеч је о кривичноправној институцији која је настала у енглеском праву у виду завјере (*conspiracy*) 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 *предвидива*. Ову саучесничку фигуру 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.¹ Ријеч је о доста 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.

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 нужан 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.² Парадоксално је да је у нашем ранијем кривичном законодавству изостављено организовање злочиначког удружења као облик саучесништва, за које се у нашој кривичноправној теорији сматрало да управо из наведених разлога представља повреду принципа субјективне одговорности, односно принципа *nullum crimen sine culpa*.

¹ Упор. Милан Шкулић, *Међународни кривични суд*, (Београд 2005), 207.

² У том смислу и Џон Р.В.Д. Џоунс, Стивен Паулс, *Међународна кривична пракса*, (Београд 2006), 416; Милош Бабић и Иванка Марковић, *Кривично право*, оп. дио, (Б. Лука, 2013), 299-300, као и Милош Бабић, *Међународно кривично право*, (Б. Лука 2011), 112-113.

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. Из тог времена само се једна оптужница заснивала на заједничком злочиначком подухвату, али се након 2001. године ситуација значајно промијенила и заједнички злочиначки подухват је постао омиљено оружје у арсеналу Тужилаштва.³ 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.⁴ 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. године (страна 27. пресуде Апелационог вијећа Суда БиХ), суд истиче „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“.⁵ 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.

³ Упор. и Мирјан Дамашка. „Бољке заједничког злочиначког подухвата“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* (ХЛЈКПП), (Загреб, 1/2005), 4.

⁴ Упор. Слободан Стојановић, *Joint Criminal Enterprise-Заједнички злочиначки подухват*, Зборник радова (приредио Ђ. Лопичић), (Београд 2006), 208-233. Вид. такође и Милан Шкулић, *Међународни кривични суд*, (Београд 2005), 206-219.

⁵ Упор. и *Извјештај ОСЦЕ-а* у Босни и Херцеговини у предмету Рашевић-Тодовић, Сарајево, април 2009.

Оно што је у вези са овом установом најзначајније, јесте њена примјена од стране Суда БиХ која представља грубо кршење принципа законитости 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 исте одредбе, 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 доприносе извршењу кривичног 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 *најповољнија за учиниоце ових кривичних дјела.*

У којој мјери у суђењима за ова дјела суд произвољно примјењује кривични закон, потврђује и став да нема никакве сметње да се неки кривичноправни институти (већ наведени удружени злочиначки подухват, проширено саизвршилаштво, кривична одговорност и слично, дакле најзначајнија питања кривичног права) 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. Овај став је на извјестан начин изнесен као званични став суда од неких судија Апелационог одјељења на предавању америчке професорице *Сусан СаЦоуто* на тему *„Удружени злочиначки подухват“*, одржаном у мају 2014. године на Суду БиХ.

И ово 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 забележен у правосудној пракси ни у једној европској земљи након Другог свјетског рата. 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, у зависности од тога на којем нивоу им се суди, да ли ентитетском или државном.

Напријед изнесено потврђује да је, осим у односу на минимално прописану казну, Суд БиХ и након наведене пресуде ЕСЈП, наставио са ранијом погрешном праксом примјене кривичног закона. Када је у питању максимална казна у односу на коју је ЕСЈП имао исти став као и Суд БиХ, суд је свој став измијенио тек након одлука Уставног суда БиХ по неким апелацијама (Трифуновић, Митровић, Ивановић и др.).

Наведено јасно показује да и даље остаје отворено питање поштовања принципа законитости, односно забране ретроактивне примјене новог кривичног закона, јер је овај суд ово питање ријешио 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. 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. Дакле, може се закључити да не стоји прије наведено схватање

да је са пресудом ЕСЈП у предмету Мактоуф-Дамјановић 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.

2. Да ли се примјена злочина против човјечности из члана 172. КЗ БиХ може заснивати на одредби члана 7. става 2. ЕКЈП

Након доношења наведене пресуде ЕСЈП посебно је значајно мишљење овог суда у вези са злочином против човјечности према којем “Суд БиХ и ентитетски судови *морају примјењивати* КЗ БиХ“, јер је ријеч о дјелу који 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. ЕКЈП, 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 Самарцић: АП 126/08 и АП 519/07) закључује да у оспореним пресудама Суда БиХ није дошло до повреде права апеланата из члана 7. ЕКЈП.

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.

Полазећи, дакле, од става да наведено становиште ЕСЈП у вези са примјеном ове инкриминације *није кривичноправно осно-*

вано, 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, одлучили смо свој *другачији став* изнијети и понудити нашој стручној правничкој јавности.

Већ је наглашено да став, да је ријеч о новом кривичном дјелу није основан јер се не темељи 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 обухвата његово законско биће, односно алтернативни облици који заправо и чине *суштину његовог неправa*, 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, како је ово кривично дјело предвиђено тек у КЗ БиХ од 2003 године, оно се редовно сврстава у категорију нових кривичних дјела. Међутим, то до краја није посве тачно, јер се ради о таквом кривичном дјелу које је по структури свог неправa, 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 *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 злочиним 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 *кривичног неправa* 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 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 из става 2. члана 7. ЕКЈП, односно члану 4а КЗ БиХ, јер ове одред-

бе подразумијевају “чињење и нечињење” које у вријеме њиховог предузимања није било инкриминисано у унутрашњем кривичном законодавству. Према томе, без обзира што су овом дјелу додани 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 *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 ранији.

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. Квалификовање наведених радњи као злочина против човјечности представља *произвољно и недопуштено* 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. Сликвито, ова 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.

Оваква примјена кривичног закона је у нашем случају заправо и *посве непотребна*, 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. 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 изриче 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.

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. ЕКЈП, 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*. Дакле, таквом примјеном начело законитости се своди само на законитост дјела, а не протеже и на санкцију, што је супротно принципу законитости из члана 3. КЗ БиХ који подразумијева оба ова захтјева. 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 *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 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.⁶

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* (чл. 22-24). 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*”.

У вези са заснивањем кажњавања за ово дјело на одредбама члана 7. става 2. ЕКЈП, потребно је нагласити да се у литератури, посебно Њемачкој, веома често наглашава да је одредба из члана 7. става 2. ЕКЈП 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.

⁶ Упор. Милан Шкулић. „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали ПФ у Београду*, година LVIII, број 1/2010, 66-107.

нису је ратификовале. То није учинила управо ни једна Њемачка, која је није ратификована (иако је самој Европској конвенцији дат висок статус у унутрашњем праву, тј. има статус савезног закона) с образложењем да она представља *кршење начела законитости*.⁷

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*.

И већина других земаља које признају међународно право као дио унутрашњег правног поретка строго поштују начело законитости које спречава 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

⁷ Вид. Carl Roxin, *Strafrecht, AT, 3. Auflage*, (München, 1997), 101.

дијелови начела законитости. С обзиром на такво схватање начела законитости (које, дакле, подразумејева 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 примјењивати. Позивајући се на начело законитости из члана 2. тадашњег КЗ Хрватске, аутори Коментара тога закона наглашавају 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”.⁸

И савремена њемачка теорија, у којој су проблеми везани за ретроактивну примјену кривичног закона на ратне злочине, као и злочин против човјечности, такође актуелни, 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.⁹

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

⁸ Вид. Фрањо Бачић и Шиме Павловић, *Коментар Казненог закона Хрватске*, (Загреб 2004), 616.

⁹ Занимљиво је да је Њемачка злочин против човјечности као посебно 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.

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.¹⁰

Имајући у виду све изнесено, може се закључити да је погрешна примјена кривичног дјела злочин против човјечности из члана 172. КЗ БиХ на основу одредби из члана 7. става 2. ЕКЈП, 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. И под претпоставком да се ово кривично дјело третира као ново и примјењује на основу одредби из члана 7. става 2. ЕКЈП, односно члана 4а КЗ БиХ, (што чини Суд БиХ), 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*. 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, јасно је да се ради о *непримјењивој 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 смију 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).

¹⁰ Упор. Милан Шкулић. „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали ПФ у Београду*, година LVIII, број 1/2010, 84, фусн. 54.

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 друго, те члану 24. ставу 2. Римског статута, чија је потписница и Босна и Херцеговина.

Miloš Babić*

PROCESSING INTERNATIONAL CRIMES AFTER ECHR JUDGEMENT IN MAKTOUF&DAMJANOVIC

Summary

This paper is based on a critical analysis of the question of retroactive application of criminal legislation in international crimes trials by courts of Bosnia and Herzegovina, wherein special attention is

* Full professor, Faculty of Law Banja Luka University

paid to criminal law situation that was created after the European Court for Human Rights had passed its decision in the case of Maktouf/Damjanovic which established a breach of provision under article 7, section 1. of the European Convention on Human Rights.

Special attention is given to the incrimination of Crime against humanity under article 172. CC BiH which is applied by the Court of BiH as a new crime based on article 7, section 2. of the ECHR. The author believes that the application of such incrimination is unfounded and after considering the criminal nature of this offence concludes that, essentially, this is not a new crime, hence its penalty cannot be derived from or based on this provision, i.e. on general international law principles.

3. ЛИТЕРАТУРА

1. Бабић, Милош. Међународно кривично право, Бања Лука 2011.
2. Бабић, Милош и Марковић, Иванка. Кривично право, оп. дио, Бања Лука, 2013
3. Бачић, Фрањо и Павловић, Шиме. Коментар Казненог закона Хрватске, Загреб 2004.
4. Дамашка, Мирјан. „Бољке заједничког злочиначког подухвата“, Хрватски летопис за казнено право и праксу (ХЛКПП), Загреб, 1/2005.
5. Цоунс, Џон Р.В.Д. и Палус, Стивен. Међународна кривична пракса, Београд 2006.
6. Стојановић, Слободан. *Joint Criminal Enterprise* – Заједнички злочиначки подухват, Зборник радова (приредио Ћ. Лопчић), Београд 2006.
7. Roxin, Carl. *Strafrecht*, AT, 3. Auflage, Minhen 1997.
8. Шкулић, Милан. Међународни кривични суд, Београд 2005.
9. Шкулић, Милан. „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали ПФ у Београду*, година LVIII, број 1/2010.