

РАЗВОЈ ИНКРИМИНАЦИЈЕ ЗЛОЧИНИ ПРОТИВ ЧОВЈЕЧНОСТИ

Стручни чланак

doi: 10.7251/GPF1537309B

Апстракт: У пракси Суда БиХ везаној за ретроактивну примјену инкриминације злочини против човјечности уочено је изношење става од стране тог суда према којем је ова инкриминација представљала кривично дјело и у периоду од 1992. до 1995. године, како са становишта међународног обичајног права тако и са становишта принципа међународног права. Да су ове тврдње правно неосноване најбоље се може запазити излагањем развоја инкриминације злочини против човјечности, што представља предмет овог рада, као и повезивањем историје ове инкриминације са чињеницом да она није била прописана законом који је био на снази у вријеме грађанског рата у БиХ, већ је уведена Кривичним законом БиХ из 2003. године. Овај потоњи закон донесен је након што је БиХ претходно ратификовала Римски статут међународног кривичног суда. У том статуту су, по први пут у људској историји, прописане конструкције широког или систематичног напада против цивилног становништва, односно знање о постојању таквог напада, као суштински елементи из бића злочина против човјечности. Како је приказани развој ове инкриминације уско повезан са њеном неуставном ретроактивном примјеном од стране Суда БиХ, чиме се тангира и питање законитости, у раду је изложена и суштина тог начела у кривичном праву.

* Др Милан Благојевић, судија Окружног суда у Бањој Луци.

Кључне ријечи: *злочини против човјечности, широки напад, распрострањен напад, систематичан напад, цивилно становништво, начело законитости, ретроактивна примјена права.*

1. Уводни дио

Још у септембру 2009. године, у одлуци број 10249/03 у предмету *Scoppola*, Европски суд за људска права је закључио да *кривично дјело мора бити јасно одређено у закону*, а овај захтјев је задовољен када појединац из текста релевантне одредбе може знати које радње чињења или нечињења га могу учинити кривично одговорним.

Предмет *Scoppola* је од важности не само због управо реченог, већ и због још нечег. Наиме, у параграфу 109. исте одлуке Суд је заузео и став да се чланом 7. став 1. Европске конвенције гарантује не само право на забрану ретроактивне примјене строжијег кривичног закона него и *право да се ретроактивно примјени кривични закон ако је он у конкретном случају блажи за оптуженог*. У овоме, као и у малочас поменутом ставу да кривично дјело мора бити јасно одређено у закону, нема ничега што у кривичноправној науци није већ познато и прихваћено, али је завршни дио параграфа 109. одлуке у предмету *Scoppola* важан јер се у њему каже како начело о обавезној примјени блажег кривичног закона произлази из правила према којем, у случају када постоје разлике између кривичног закона који је био на снази у вријеме извршења дјела и каснијих кривичних закона који су ступили на снагу прије доношења коначне пресуде у кривичном предмету, *суд мора примјенити одредбе оног закона који је најповољнији за оптуженог*. Из овог правила, које такође не представља посебну новину коју би требало приписати инвентивности Суда, не произлази само закључак о обавезној ретроактивној примјени каснијег закона уколико је он блажи по оптуженог него и закључак од посебне важности за предмет овог рада. Наиме, када Суд у наведеном дијелу своје одлуке у предмету *Scoppola* каже како у

случају сукоба кривичних закона суд мора примијенити онај од закона чије *одредбе су најповољније* за оптуженог онда то, ако се жели бити досљедан, значи и да се требају примијенити одредбе закона који је био на снази у вријеме извршења дјела уколико он не познаје инкриминацију из каснијег закона (закона донесеног након што је дјело учињено), а коју тужилац жели исходити својом оптужницом, јер таквог кривичног дјела, напосто, није било у вријеме када је оптужени учинио дјело које му се оптужницом ставља на терет.

Ови ставови Европског суда за људска права су нарочито важни с обзиром на праксу Тужилаштва Босне и Херцеговине и Суда Босне и Херцеговине. Наиме, Тужилаштво БиХ је у до сада већ приличном броју случајева (који се мјере десетинама правноснажних предмета) оптуживало лица за дјела учињена током оружаног сукоба у БиХ од 1992. до 1995. године, стављајући им на терет кривично дјело злочини против човјечности из члана 172. Кривичног закона БиХ, иако то кривично дјело није постојало (није било прописано) у кривичном законодавству бивше СФРЈ, као ни у законодавствима у БиХ све до 2003. године (нису га прописивали ни Кривични закон Федерације БиХ из 1998, као ни Кривични законик Републике Српске из 2000, односно Кривични закон Брчко дистрикта из 2000. године). Ово кривично дјело није било прописано ни у релевантном периоду од 1992. до 1995. године, усљед чега није било услова за оптуживање и осуђивање оптужених за наведену инкриминацију, јер је то противно начелу законитости. Проблем се усложњава чињеницом да се оптужнице за инкриминацију злочини против човјечности, и конструкције о систематском, односно распрострањеном нападу против цивилног становништва, не односе на лица бошњачке националности нити на власти тадашње Републике Босне и Херцеговине, већ су усмјерене према лицима српске националности, односно припадницима јединица полиције и Војске Републике Српске, а тиме и на Републику Српску. Овакве оптужнице су у погледу наведене правне квалификације прихватане од стране Суда БиХ (како приликом

њиховог потврђивања, тако и приликом пресуђивања), иако није било правног основа за то. У тим пресудама Суд БиХ врло често је посезао (и посеже) за тврдњама чија суштина се своди на то да: „... без обзира да ли проматрано са становишта међународног обичајног права или становишта „принципа међународног права“, недвојбено је да је злочин против човјечности представљао кривично дјело у инкриминисаном периоду, односно да је задовољен принцип легалитета...”¹.

Међутим, ове тврдње су у пресудама Суда БиХ остале само на том нивоу, иако стварност у вези са овим питањем говори нешто сасвим друго. Стога овај рад има за предмет управо настанак и развој инкриминације злочини против човјечности у међународном кривичном праву, у вези с чим ће бити изложена и суштина начела законитости у кривичном праву. Завршни дио рада чине закључна разматрања.

2. Настанак и развој инкриминације злочини против човјечности

2.1 Уводне напомене

Писање о настанку и развоју овог кривичног дјела не треба бити сведено само на хронолошки поредано излагање о догађањима у којима је настао и развио се овај кривичноправни институт. Упоредо са тим, излагање о овом питању треба обухватити и указивање на разлике које су евидентне код одређивања бића овог кривичног дјела у појединим временским етапама, прије него што је оно (*то биће*) одређено на начин на који је то учињено Римским Статутом Међународног кривичног суда. Стога се овај развој може (и треба) посматрати и анализирати кроз двије цјелине. Прва од њих обухвата вријеме од настанка овог појма па до усвајања

¹ Цитирано према пресуди Суда БиХ, број Х-КРЖ-05/04 од 07.08.2007. године.

Римског статута Међународног кривичног суда. Друга обухвата вријеме од усвајања тог статута до данас, за који период се једино и може везати настанак ове инкриминације у Кривичном закону БиХ, што је од посебне важности. Наиме, биће кривичног дјела злочини против човјечности из члана 172. Кривичног закона БиХ није постојало (*у садржини датај наведеним чланом*) све до усвајања и ступања на снагу Римског статута Међународног кривичног суда. Посебно се то односи на онај дио бића ове инкриминације који се тиче *постојања широког или систематичног напада усмјереног против било којег цивилног становништва*, као и *знања учиниоца за такав напад*. Како ћемо одмах ниже видјети, тих елемената (веома важних) није било у бићу ове инкриминације одређеном у ранијим општим правним актима од важности у међународном кривичном праву. И управо због тих разлога настанак и развој злочина против човјечности пратићемо кроз двије етапе.

Прва од њих, како смо рекли, обухвата период од настанка овог појма до Римског статута Међународног кривичног суда, а друга обухвата период од усвајања и ступања на снагу тог статута па до данас. Овом другом периоду припада и законодавство БиХ, јер је инкриминација из члана 172. Кривичног закона БиХ настала као посљедица међународноправне обавезе коју је БиХ преузела потписивањем и ратификацијом Статута Међународног кривичног суда. Одлуку о ратификацији (број 1-02-01-52/02) Предсједништво БиХ је донијело на сједници одржаној *5. фебруара 2002. године*. Одлука је објављена у “Службеном гласнику БиХ” – Међународни уговори, број 2 од *6. марта 2002. године*. Чланом 3. Одлуке о ратификацији је прописано да *Одлука ступа на снагу даном њеног објављивања у “Службеном гласнику БиХ”*. У домаћој литератури истиче се да (курзив је наш) “*Злочини против човјечности представљају новину у нашем кривичном законодавству*”, као и да “*Основ инкриминације из овог члана је Римски статут Међународног кривичног суда*, па је ово кривично дјело, уз мање термилошке разлике, *одређено на готово истовјетан начин како*

је злочин против човјечности прописан и одредбом чл. 7. Римског статута”.²

2.2 Период до Римског статута Међународног кривичног суда

Сама појава овог појма у литератури се обично везује за Први свјетски рат и масовна страдања Јермена у Отоманском царству 1915. године.³ Подстакнуте овим страдањима, владе Француске, Велике Британије и Русије су 28. маја 1915. године издале декларацију којом су објавили да ће за *злочине Турске против човјечанства и цивилизације* сматрати одговорним чланове Отоманске владе и њихове агенте који су учествовали у масакру Јермена. Након завршетка Првог свјетског рата међународна комисија за ратне злочине препоручила је стварање трибунала који би судио за кршења права човјечности, али тај приједлог није наишао на подршку представника САД који су изнијели приговор да је *овај појам непрецизан и недовољно развијен до тог тренутка*. Овакво стање ће потрајати до завршетка Другог свјетског рата, када је Лондонским споразумом образован Нирнбершки трибунал.

У члану 6. став 1. Статута Међународног војног трибунала (Статут Нирнбершког трибунала) је наведено да је тај трибунал установљен Споразумом од 8. августа 1945. године потписаним између владе САД, привремене Владе Француске Републике, Владе Велике Британије и владе Совјетског Савеза, ради суђења и кажњавања главних ратних злочинаца земаља Европске осовине који су, дјелујући у интересу земаља Европске осовине, било као појединци или као чланови организација, учинили неко од кривичих

² Звонимир Томић. *Кривично право II Посебни дио*, друго измијењено и допуњено издање, (Сарајево, 2007), 418.

³ Међутим, термин „злочин против човјечности“ коришћен је и прије овога, јер је Национална републиканска конвенција 1860. године у своју изборну платформу, на основу које је Абрахам Линколн учествовао у изборној трци за председника САД, укључила и изјаву којом је означила као *злочин против човјечности* поновно отварање трговине афричким робовима.

дјела одређених Статутом. Према члану 6. став 2. Статута сљедећа кривична дјела су одређена као кривична дјела из надлежности Трибунала: злочини против мира, ратни злочини и злочини против човјечности. Биће овог потоњег кривичног дјела је чланом 6. став 2. тачка ц) Статута одређено на сљедећи начин:

“... (ц) Злочини против човјечности: наиме, убиство, истребљење, ропство, депортација и друга нечовјечна дјела почињена против било којег цивилног становништва, прије или за вријеме рата, или прогона на политичкој, расној или вјерској основи у извршењу или у вези с било којим злочином који спада у надлежност суда, без обзира да ли то представља повреду закона оне земље у којој су злочини почињени.”

Ово кривично дјело било је прописано и Статутом Међународног војног суда за Далеки Исток, са сједиштем у Токију. Тај суд није основан уговором између Савезничких сила, већ прокламацијом од 19. јануара 1946. врховног команданта савезничких снага за Далеки Исток, америчког генерала Дагласа МекАртура. И у овом статуту биле су прописане три групе кривичних дјела: против мира, ратни злочини и злочини против човјечности. Код злочина против човјечности прописаних овим статутом није био предвиђен прогон на вјерској основи, што представља разлику у односу на Статут Нирнбершког трибунала.

По завршетку суђења у Нирнбергу приступљено је формулисању принципа међународног кривичног права. Ову обавезу преузеле су Уједињене нације. Резолуцијом број 177 (II) од 21. новембра 1947. године Генерална скупштина Уједињених нација задужила је Комисију УН за међународно право да формулише наведене принципе. Након дужег рада поменута комисија је објавила принципе у извјештају о раду од 5. јуна до 29. јула 1950. године, а потом их је 12. децембра 1950. године прихватила Генерална скупштина Уједињених нација. Ови принципи потврђени су Конвенцијом о незастаријевању ратних

злочина и злочина против човјечности, коју је усвојила Генерална скупштина Уједињених нација у новембру 1968. године. Да се ради о потврди тих принципа јасно произлази из члана 1. Конвенције, у којем је одређено:

“Не постоји временско застаријевање у погледу сљедећих злочина без обзира на датум када су почињени: (б) злочини против човјечности било да су почињени у доба рата или у доба мира према дефиницији у Статуту Међународног војног суда, Нирнберг, од 8. августа 1945, као што је потврђено резолуцијама 3 (1) од 13. фебруара 1946. и 95 (1) од 11. децембра 1946, које је усвојила Генерална скупштина Уједињених нација, чак и када таква дјела не представљају повреду домаћег закона земље у којој су извршена.”⁴

Ово је, дакле, стање које је у нормативном погледу постојало до доношења Статута Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију. Њега, између осталог, одликују недовољно јасне формулације радњи извршења сваког од кривичних дјела за која се хтјело да буду утврђена као злочини кажњиви према међународном праву. Међутим, и поред тога једна чињеница је сасвим извјесна, а огледа се у томе што у конструкцији кривичног дјела злочини против човјечности ни у једном од претходно наведених аката *не егзистирају систематичан или широки напад нити знање о постојању таквог напада као услови за постојање тог кривичног дјела.*

У том погледу ствари се нису промијениле ни након усвајања Статута Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, јер је и у њему изостала таква инкриминација. У новембру 1994. године (8. новембра те године) Савјет безбједности Уједињених нација је Резолуцијом број 955 основао Међународни кривични трибунал за Руанду. Тек се у Статуту Трибунала за Руанду (члан 3. Статута) код злочина против човјечности појављује појам широког,

⁴ Резолуције Генералне скупштине УН на које се упућује у цитираном члану јесу резолуције којима се афирмишу принципи међународног права признати у Статуту Нирнбершког трибунала.

односно систематског напада, као елеменат (врло важан) у бићу тог кривичног дјела. Међутим, било би погрешно закључити на основу тога како је оваква инкриминација тиме постала међународно кривично дјело (са наведеним садржајем). Такав закључак био би погрешан због чињенице да је Статут Трибунала за Руанду донесен са важномшћу за одређени простор и злочине учињене у одређеном временском периоду. У члану 1. Статута овог трибунала је одређено да је он надлежан за озбиљна кршења међународног хуманитарног права *на територији Руанде*, као и *за држављане Руанде* одговорне за таква кршења учињена *на територијама сусједних држава у периоду између 1. јануара и 31. децембра 1994. године*. Стога и биће кривичног дјела злочини против човјечности, како је одређено у Статуту Трибунала за Руанду, има своје просторно, временско па и персонално ограничење, јер му се важност може простирати само на наведени простор и вријеме у којем су се одвијали трагични руандски догађаји, као и на лица која су починила злочине у том сукобу. Другим ријечима, лишен је ваљаног правног основа сваки покушај проширивања правног важења бића кривичних дјела одређених Статутом Трибунала за Руанду изван наведеног простора и времена. Стога и *судска пракса настала у појединачним предметима овог трибунала*, а везана је за тумачење појмова широког и систематског напада, *не би требала постати судским обичајем* чија би обавезност прелазила оквира тих предмета. Међутим, у пракси се дешавало управо супротно, што се не може одбранити ниједним ваљаним правним аргументом. Једини “аргумент” јесте позиција и сила (*Quod licet Iovi non licet bovi*) оних који, како ћемо видјети, поступају супротно оном на шта смо управо указали, чиме се флагрантно нарушава принцип легалитета, а посебно онај његов елеменат који се кратко може означити изразом *lex certa*.

На ово указујемо због чињенице да Статут Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, како је речено, у бићу кривичног дјела злочини против човјечности не прописује широки или систематски напад као елеменат тог бића. Међутим, то није

била сметња за Трибунал да не само исконструише такав елемент већ и да га, у чему и јесте једна од трагика у раду тог трибунала, уздигне на ниво неизоставног саставног елемента у чијем одсуству нема овог кривичног дјела. Илустрације ради, у наставку слиједи подужи цитат из пресуде претресног вијећа у предмету *Тужилац против Тихомира Блашкића* (пресуда од 3. марта 2000. године у предмету број ИТ-95-14-Т). Претресно вијеће у наведеној пресуди у параграфу 202. најприје констатује да се *распрострањени или систематски напад не помињу у одредбама члана 5. Статута овог трибунала*, али онда износи тврдњу да ријечи (курзив у цитату је наш):

“202. ...усмјерени против било којег цивилног становништва, као и неке потквалификације набројане у тексту Статута подразумевају елемент масовности или организације, који се може односити на дјела или на жртве. Истребљење, поробљавање и прогон заправо не означавају појединачна дјела.”

Изnoseћи овакву тврдњу претресно вијеће неће да каже (а требало је) како је у члану 5. Статута Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију прописано да ова инкриминација постоји и у случају извршеног *убиства*. Дакле, за постојање ове инкриминације, онако како је њено биће одређено поменути статутотом, довољно је да буде извршено и убиство само једног цивилног лица, а не и више убистава таквих лица, под условом да је то учињено у оружаном сукобу и да је цивилно становништво (а то значи и било који појединац као припадник тог становништва) објекат против којег је усмјерена радња извршења. Ово стога што релевантни дио бића поменуте инкриминације у верзији на енглеском језику гласи (курзив у тексту је наш):

“Article 5

Crimes against humanity

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following *crimes when committed in armed conflict*, whether international or internal in character, and directed

against any civilian population:

(a) *murder*;

И у верзији Статута на француском језику, који је такође службени језик поменутог трибунала, на наведеном мјесту у бићу ове инкриминације употријебљена је ријеч “*assassinat*”, односно *убиство* (дакле, једнина). То је случај и код радње “*силовање*”, то јест “*rape*” у енглеској, односно “*viol*” у француској верзији Статута Трибунала, чијим предузимањем су такође остварена обиљежја овог кривичног дјела уколико је нападни објекат припадник цивилног становништва (према *слову* члана 5. Статута Трибунала у Хагу). Претресно вијеће ово не узима у обзир, већ се у наставку поменуте пресуде, као “доказ” за свој став, позива и на пресуде у предметима Трибунала за Руанду. Ево како је то учињено у релевантном дијелу те пресуде:

“202. Осим тога, потврда да је “распрострањени или систематски карактер” саставни елемент злочина против човјечности садржана је у члану 3. Статута Међународног кривичног суда за Руанду (*али није у Статуту Трибунала у Хагу – наша опаска*) и члану 7. Статута сталног Међународног кривичног суда. Жалбено вијеће у својој пресуди у предмету *Тадих*, рјешавајући по жалби на пресуду Претресног вијећа II МКСЈ-а од 7. маја 1997, као и Претресна вијећа I и II МКСР-а у пресудама од 2. септембра 1998. и 21. маја 1999. у предметима *Тужилац против Jeana Paula Akayesua* и *Тужилац против Clementa Kayisheme* и *Obenda Ruzindane*, утврдили су да је распрострањени или систематски карактер суштински елемент инкриминације. Стога нема никакве сумње да се нечовјечна дјела која творе злочин против човјечности морају уклапати у оквир систематског или распрострањеног напада усмјереног против цивила.”

Претресно вијеће се не задовољава претходно цитираним, већ у наредним параграфима пресуде предузима подухват чија суштина се своди на то да се (у виду посебне инкриминације о којој нема ни ријечи у бићу злочина против човјечности садржаном у члану 5.

Статута Трибунала у Хагу) одреде појмови систематског и распрострањеног напада. За правилно разумијевање онога што слиједи у наставку неопходно је имати у виду да нормативни дио Статута Трибунала у Хагу не садржи ни једну ријеч о томе. Дакле, према претресном вијећу систематски карактер напада има четири елемента, а то су:

“203.

- постојање политичког циља, односно плана у складу с којим се изводи напад или идеологије у ширем смислу те ријечи, који иде за тим да се уништи, прогони или ослаби нека заједница;

- извршење кривичног дјела широких размјера против неке групе цивила или поновљено и стално чињење међусобно повезаних нечовјечних дјела;

- припрема и кориштење знатних јавних или приватних ресурса, било војних или других;

- умијешаност високих политичких и/или војних власти у дефинисање и формулисање осмишљеног плана.

204. Тај план, међутим, не мора нужно бити изричито декларисан нити јасно и прецизно изнесен. Он се може извести из постојања скупа чињеница....”

Ставовe претресног вијећа из цитираног дијела пресуде прихватило је и жалбено вијеће у овом предмету, у пресуди број IT-95-14-A од 29. јула 2004. године, што је један у низу примјера о томе како неправо постаје право на које се, како ћемо видјети, касније позива и Суд БиХ у својим пресудама. Жалбено вијеће у пресуди од 29. јула 2004. године каже:

“101. У погледу распрострањеног или систематског карактера напада, Жалбено вијеће подсјећа на јуриспруденцију Међународног суда у складу с којом се ријеч “распрострањен” односи на широке размјере напада и број особа које су његова мета, док се ријеч “систематски” односи на организовани карактер насилних дјела и слабу вјероватност да су почињена насумце. Обрасци злочина - то јест редовно понављање, које није случајно, сличног криминалног понашања - уобичајени су израз таквог систематског

догађања. Распрострањен или систематски мора бити само напад, а не и појединачна дјела оптуженог. Жалбено вијеће истиче да је довољно да дјела оптуженог буду дио тог напада да би се - ако су сви остали услови испуњени - једно дјело или релативно ограничен број дјела оптуженог могли оквалификовати као злочин против човјечности, осим ако та дјела нису изолована или насумична.

102. Све у свему, Жалбено вијеће закључује да је Претресно вијеће исправно оцијенило да дјела која чине злочине против човјечности морају бити дио распрострањеног или систематског напада на цивиле.”

Из цитираног текста може се закључити да претресно и жалбено вијеће у наведеним пресудама у предмету *Тужилац против Тихомира Блашкића* не раде оно што је задаћа судова, то јест да тумаче и примјењују одговарајућу правну одредбу. Умјесто тога вијећа раде нешто што није примјена, већ стварање права (*judge made law*) и то тамо гдје се то никако не би смјело чинити, будући да се ради о кривичном праву⁵. Посао који су обавили претресно и жалбено вијеће поменути пресудама је својеврсна *трибуналска реинкриминација*, односно *трибуналска доинкриминација* предметног злочина и *то ex post facto* у односу на предмет конкретне кривичне ствари, то јест у односу на предмет оптужбе у конкретном случају. При томе, када наново инкриминише (*реинкриминација* од стране трибунала) злочине против човјечности, тиме што у његово биће уноси нови елемент којег нема у бићу тог злочина онако како је то биће одређено Статутом Трибунала у Хагу (*доинкриминација* од стране трибунала која је суштинског карактера), а који још одређује као *conditio sine qua non* тог злочина, претресно вијеће се неспретно позива на Римски Статут Међународног кривичног суда. Наиме, наводећи да је “....распрострањени или систематски карактер саставни елемент злочина против човјечности садржан....” и у члану 7. Статута сталног Међународног кривичног суда, претресно вијеће потпуно занемарује чињеницу да у вријеме

⁵ Ово нису једини случајеви судског стварања кривичноправних института, јер је Трибунал *contra legem* створио и конструкцију удруженог злочиначког подухвата.

доношења његове пресуде Римски статут Међународног кривичног суда није био на снази, јер је ступио на снагу тек 01.07.2002. године. Затим је занемарена и чињеница да је чланом 11. тог статута прописано да Суд има надлежност само за оне злочине који су почињени након ступања на снагу Римског статута. Чланом 11. став 2. Римског статута такође је прописано да ако држава постане чланица тог статута након његовог ступања на снагу, у том случају Суд има надлежност само за оне злочине који су учињени након што је Статут ступио на снагу у односу на ту државу, осим ако држава да изјаву у смислу члана 12. став 3. Римског статута, којом и поред свега претходно наведеног прихвата надлежност Суда за кривично дјело у питању.

Претресно вијеће Трибунала у Хагу се неспретно позива и на пресуде Трибунала за Руанду у предметима *Тужилац против Jeana Paula Akayesua* и *Тужилац против Clementa Kayisheme и Obenda Ruzindane*, наводећи како су тамошња претресна вијећа утврдила “... да је распрострањени или систематски карактер суштински елемент инкриминације”. Када каже ово, претресно вијеће занемарује суштинску ствар, а то је да су распрострањеност и систематичност елементи инкриминације злочини против човјечности садржани у Статуту Трибунала за Руанду. Другим ријечима, нису распрострањеност и систематичност један од суштинских елемената зато што је тако рекао Трибунал за Руанду у предметима *Akayesu*, односно *Kayishema и Ruzindane*, већ напросто због тога што је то тако јасно (*expressis verbis*) прописано у бићу злочина против човјечности из члана 3. Статута Трибунала за Руанду, чега нема у бићу тог злочина из члана 5. Статута Трибунала у Хагу.

Најзад, износећи наведене ставове, вијећа Трибунала испуштају из вида да ни одговарајућом Женевском конвенцијом, односно протоколима уз женевске конвенције, распрострањеност и систематичност нису одређени као услови за постојање кршења женевских конвенција и протокола. При разматрању овог питања од важности су Четврта женевска конвенција (Конвенција о заштити грађанских лица за вријеме рата) и Допунски протоколи (Про-

токоли I и II) уз женевске конвенције. Чланом 147. Четврте женевске конвенције је одређено да се тешким повредама⁶ сматра неко од дјела, *под условом да су извршена против лица или добара које штити та конвенција*.

Протоколима I и II није дошло до промјене ове конвенцијске одредбе. Само је Протоколом I (чланом 85. тог протокола) извршена допуна наведене одредбе, али не у смислу уношења распрострањености и систематичности као квалификатива неопходних да би постојало кршење женевских конвенција, уз напомену да се та кршења *сматрају ратним злочинима* (дакле, не злочинима против човјечности).

2.3 Период од ступања на снагу Римског статута Међународног кривичног суда

Овај статут усвојен је на дипломатској конференцији опуномоћеника влада о оснивању Међународног кривичног суда, одржаној у Риму од 15. јуна до 17. јула 1998. године. Усвајање Римског статута треба разликовати од његовог ступања на снагу, с обзиром на то да је Статут ступио на снагу тек 01. јула 2002. године. На ово указујемо између осталог и због тога што се у одговарајућој литератури указује на праксу развијену од стране француских судова који су “...стајали начелно на становишту да објављивањем (*у домаћем правном поретку - наша опаска*) уговор може да има примену само *ex tunc*, али је веома брзо прихваћено да се уговор може ретроактивно примењивати, на догађаје настале пре објављивања, уколико таква могућност проистиче из одредби уговора...”.⁷ Оваква могућност не постоји када је ријеч о Римском статуту Међународног кривичног суда, јер, напосто, тако нешто није предвиђено тим статутом.

⁶ Ради се о тешким повредама које се имају у виду у члану 146. Четврте женевске конвенције.

⁷ Владимир Ђурић. *Устав и међународни уговори*, Институт за упоредно право, (Београд, 2007), 301.

Имајући у виду предмет овог рада, потребно је истаћи како се у литератури у вези с проблемом *ex post facto* суђења с правом указује на то да би “.... усвајање и ступање на снагу тзв. Римског статута Међународног кривичног суда могло (би) да представља пут ка превазилажењу овог проблема”⁸. Зашто или боље рећи како то овај статут доприноси рјешавању наведеног проблема? Одговор на то питање има велику важност не само за даљи рад Међународног кривичног суда, већ је од посебне важности за проблем којим се бавимо у овом раду. Наиме, све оно што у наставку буде речено о надлежности Међународног кривичног суда *ratione temporis* не односи се само на ту надлежност овог суда, већ се закључци с тим у вези дословно могу примијенити и на надлежност Суда БиХ *ratione temporis* у погледу кривичног дјела злочини против човјечности из члана 172. Кривичног закона БиХ.

С тим у вези најприје поново треба подсјетити на члан 11. Римског статута. Тим чланом (став 1) је прописано да *Суд има надлежност само за оне злочине који су почињени након ступања на снагу Римског статута*, а ставом 2. тог члана је прописано да ако држава постане чланица тог статута након његовог ступања на снагу, у том случају Суд има надлежност само за оне злочине који су учињени *након што је Статут ступио на снагу у односу на ту државу*. Стога одредбе из члана 22. Римског статута (посвећене начелу законитости) морају бити тумачене у вези са чланом 11. тог статута. Према томе, када се у члану 22. став 1. Статута каже да особа неће кривично одговарати према том статуту осим за дјела која су, у *вријеме када су учињена*, представљала дјела из надлежности Међународног кривичног суда, онда то значи да се начело законитости простире само на будуће вријеме и догађаје (дјела) у том времену, то јест на оно што се деси (наравно, у кривичноправном смислу) након што је ступио на снагу Римски статут. Дакле, не садржи Римски статут одредбу, попут оне из члана 4а) Кривичног закона БиХ, према којој “чланови 3. и 4. тог закона не спречавају суђење или кажњавање било које лица за било које чињење

⁸ Зоран Вучинић. *Међународно ратно и хуманитарно право*, (Београд, 2006), 445.

или нечињење које је у вријеме када је почињено представљало кривично дјело у складу с општим начелима међународног права”. Ово и није могло бити учињено Римским статутом, јер је надлежност Међународног кривичног суда *ratione temporis* ограничена на дјела учињена након ступања на снагу Римског статута, а то је једино у складу са начелом законитости, и то оним елементом тог начела који гласи *nullum crimen sine lege praevia*. Из овог елемента начела законитости произлази још један важан закључак. Наиме, не могу начела права, па ни међународног права, представљати инкриминацију јер правна начела, према њиховој правној природи, не садрже обиљежја кривичног дјела у смислу који захтијева елемент начела законитости који гласи *nullum crimen sine lege certa*. Имајући, дакле, у виду ове разлоге сасвим је разумљиво што Римски статут не садржи нити је могао садржати одредбу попут цитиране одредбе из члана 4а) Кривичног закона БиХ, јер би се то противило вриједностима које су и својеврсни аксиоми кривично-правне науке.

Претходно наведено представља основу од које треба полазити и имати је у виду код разматрања бића кривичног дјела злочини против човјечности, одређеног у члану 7. Римског статута. Дакле, први пут је на том мјесту, са важношћу у свјетским размјерама,⁹ биће овог кривичног дјела одређено тако да је за његово постојање неопходно да је било која од наведених радњи извршења предузета у склопу широког или систематског напада усмјереног против неког цивилног становништва и уз знање о том нападу. Тек овдје широки или систематски напад усмјерен против цивилног становништва, као и знање за такав напад, постају елементи *sine qua non* у смислу правила *nullum crimen sine lege praevia*, а посебно у смислу правила *nullum crimen sine lege certa*. Овоме треба додати и то да је тек овим статутом (његовим елементима злочина усвојеним на основу члана 9. Римског статута, који су ступили на снагу 09.09.2002. године) одређено значење (у смислу *lex certa*) појма напад усмјерен против цивилног становништва.

⁹ А то значи и *прихватањем* од стране држава чланица Статута, што указује да су тек тада ови елементи постали *општепризнати* као елементи бића овог кривичног дјела.

Тако се под појмом “*напад усмјерен против цивилног становништва*” сматра понашање које укључује вишеструко извршење дјела из члана 7. став 1. Статута, усмјерених против неког цивилног становништва на основу или у циљу државне политике или политике неке организације да се такав напад изврши. Према Елементима злочина, појам “политика да се изврши такав напад” захтијева да држава или организација *активно промовише или охрабрује* напад против цивилног становништва. Политика која за циљ напада има цивилно становништво треба бити примијењена (радњама) од стране државе или организације, при чему се, у *изузетним околностима*, таква политика може примјењивати и намјерним пропуштањем предузимања радњи с циљем да се тиме (тим пропуштањем) подстакне, односно охрабри напад. Међутим, закључак о постојању политике државе или организације не може се изводити само из одсуства радњи од стране државе или организације у вези с нападом.

3. Начело законитости у кривичном праву

Начело законитости у кривичном праву има другачији садржај у односу на садржај који се даје појму законитости у филозофији права и у општој теорији права. У филозофији права се при одређивању садржине појма права користи главним правним бићима, умјесто подјеле правног система на правне гране. Међу тим бићима издвајају се устав и закон, и то тако што се устав одређује као највиши општи правни акт, док се за закон каже да је други по правној снази правни акт, последице устава. Ако су то највиши општи акти, а јесу, онда се најприје између њих мора успоставити хијерархија према којој закон мора бити сагласан са уставом, након чега остали општи акти мање правне снаге од закона морају бити сагласни са законом. Ова хијерархија, из које извире потреба за сагласношћу нижих правних аката са оним вишим, представља суштину законитости, а сврха свега тога је да се обезбиједи једин-

ство и непротиврјечност у правном поретку.¹⁰

И у општој теорији права законитост се, у битном, одређује на начин на који се то чини у филозофији права. Тако се каже да је “Законитост (је) сагласност нижег правног акта с вишим правним актима...”, односно “Реч законитост, односно незаконитост се узима у ширем смислу, тј. не само као сагласност, односно несагласност са законом него са сваким вишим актом”.¹¹

У кривичном праву законитост има другачији садржај. Иако и у овој грани права законитост садржи захтјев да нижи правни акт буде у сагласности са вишим правним актом, она садржајно обухвата и још неке елементе. Наиме, несумњиво је да, кад се пропише уставом да се кажњива дјела прописују и казне за њих изричу према закону, односно према другом пропису који је важио у вријеме извршења дјела, осим ако је нови закон, односно пропис блажи за учиниоца, такво уставно рјешење захтијева од законодавца да приликом доношења закона не повриједи овакву уставну одредбу.

Међутим, законитост у кривичном праву, осим овога, садржи и још неке елементе који се могу изразити сљедећим латинским изразима: *lex scripta*, *lex praevia*, *lex certa* и *lex stricta*.

Lex scripta је елемент од посебне важности за предмет овог рада. Он садржи захтјев да се кривична дјела не могу одређивати неписаним правом (обичајем), већ писаним општим правним актима у виду *закона*. Овако ствари стоје на терену националног права, али то не значи да овај захтјев не важи и у међународном кривичном праву. Напротив, и тамо се поставља исти захтјев, који је ублажен само утолико што се за међународни општи правни акт не може тражити да буде закон, јер нема свјетског законодавца. Умјесто тога, указује се да “Не треба и буквално инсистирати на закону, већ на адекватном међународном правном акту (*nullum crimen sine actu*)”.¹² Зато се с правом истиче да, када је ријеч о оби-

¹⁰ Радомир Д. Лукић. *Систем филозофије права*, (Београд, 1992), 417. и 426.

¹¹ Радомир Д. Лукић. *Теорија државе и права II. Теорија права*, трећи том, (Београд, 1995), 159.

¹² Зоран Стојановић. *Међународно кривично право*, скрипта, треће издање, (Београд, 2003), 8.

чају као извору међународног кривичног права, (курзив у цитату је наш): "...Ова врста извора има само ограничен значај и домет у међународном кривичном праву. Само у оним областима где није реч о томе да се установљавају кривична дела и кривичне санкције, обичајно право и општи правни принципи могу имати значај допунског извора међународног кривичног права.....Међутим, у области међународног кривичног права установљавање института општег дела и појединих међународних кривичних дела не би било дозвољено. То не да се само коси са начелом законитости, већ је тешко и замислити такве примере где постоји општа сагласност свих држава која је потврђена кроз устаљену праксу, тј. обичај".¹³ На ово указујемо због чињенице што се у пресудама Суда БиХ поступа супротно управо овом захтјеву начела законитости у кривичном праву, јер се и у предметима везаним за злочине против човјечности обилато позива на то да је ова инкриминација обичајем установљена као кривично дјело у међународном кривичном праву. Ове тврдње, међутим, нису након тога поткријепљене ваљаном правном аргументацијом, што не треба да чуди када се има у виду претходно изложени садржај појма *lex scripta*.

Lex praevia је такође од важности за предмет овог рада, а суштина овог елемента своди се на захтјев да дјело буде одређено као кривично дјело те да за њега буде прописана кривична санкција законом који је ступио на снагу прије него што је дјело учињено. Овај елеменат је неизоставан у појму владавине права (правне државе), јер нам пружа заштиту од кривичног права без које нема правне сигурности. Наиме, несумњиво је да се помоћу кривичног права пружа правна заштита најважнијим друштвеним вриједностима, али нас држава помоћу овог елемента штити од самог кривичног права.

Lex certa је захтјев да биће кривичног дјела и казна буду *прецизно одређени*. Стога приликом прописивања кривичних дјела треба избјежавати неодређене формулације.

Lex stricta најприје поставља захтјев да се одредбе како општег, тако и посебног дијела кривичног закона, тумаче и

¹³ *Ibidem*, стр. 18.

примјењују тако да обухватају само оно на шта се односе. Није тешко закључити како остварење овог захтјева у пракси у великој мјери зависи од тога колико је остварен захтјев који пред нормотворца поставља елеменат *lex certa*. Доследно овако постављеном захтјеву *lex stricta* произлази и захтјев (боље рећи забрана) аналогије у кривичном праву.

Према Римском статуту Међународног кривичног суда нико није крив за дјело које у вријеме извршења није било кривично дјело из надлежности тог суда (члан 22. став 1). Овим је установљено начело законитости на начин који је усклађен с класичним схватањем дејства овог начела. Дакле, и у раду Међународног кривичног суда (ИСС) важи, како се истиче у литератури:

“...начело законитости на начин који је усклађен с класичним схватањем дејства овог начела, што значи да важи (1) *lex scripta*, јер да би неко био у смислу Римског статута кривично одговоран, битан је услов да је његово дјело у вријеме извршења било прописано као кривично дјело из надлежности ИСС и (2) *lex certa*, с обзиром на то да су сва кривична дјела која спадају у стварну надлежност ИСС прецизно описана. Само под условом да је тачно и одређено прописано у чему се конкретна радња кривичног дјела састоји, може се за такву радњу кривично одговарати пред ИСС, а при том се и прописи којима се одређује биће кривичног дјела морају тумачити рестриктивно члан 22 став 2 Римског статута). Поред ова два аспекта која директно произлазе из правила *nullum crimen sine lege*, у Римском статуту (члан 22 став 2) је садржана и изричита забрана примјене аналогије, повезана и с обавезом рестриктивног, односно уског тумачења свих прописа којима се одређује биће кривичног дјела, чиме је успостављен и захтјев *lex stricta*.¹⁴

Након што смо изложили елементе од којих је изграђено начело законитости у кривичном праву, подсјетићемо на одговарајућа рјешења која су с тим у вези садржана у Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода. Чланом 7. став 1. те конвенције је одређено да се нико не може сматрати кривим

¹⁴ Миодраг Н. Симовић, Милан Благојевић, Владимир М. Симовић. *Међународно кривично право*, друго издање, (Источно Сарајево, 2013), 114.

за кривично дјело које није представљало такво дјело у вријеме извршења, према националном или међународном праву, а да изречена казна неће бити тежа од оне која се примјењивала у вријеме извршења кривичног дјела. Из ове одредбе Конвенције произлази да дјело мора бити прописано законом као кривично дјело (с обзиром да наслов овог члана гласи “Нема кажњавања без закона” - “No punishment without law”), или међународноправним актом, који је ступио на снагу прије извршења дјела. Извјесну забуну уноси одредба става 2. члана 7. којом је одређено да тај члан не утиче на суђење или кажњавање било којег лица које је криво за чињење или нечињење, ако је то дјело представљало кривично дјело *према општим правним начелима признатим од стране цивилизованих народа*. На овај дио поменути одредбе обилато се позива у пракси Суда БиХ у пресудама у којима се неуставно ретроактивно примјењује инкриминација злочини против човјечности на догађаје из протеклог рата у БиХ.

У вези с том одредбом у релевантној литератури се указује да *travaux preparatoires* указују да се њоме хтјело истаћи како овај члан Конвенције не утиче на законе који су, под изузетним околностима с краја Другог свјетског рата, били донесени да би се казнили извршиоци кривичних дјела учињених током тог рата, као и да члан 7. Конвенције нема за циљ било какву правну или моралну осуду тих закона.¹⁵ То је, дакле, смисао и циљ ове одредбе којој се, и поред тога, мора приговорити сљедеће. Она, наиме, стоји у контрадикцији са насловом члана 7. који, како смо рекли, гласи: “Нема кажњавања без закона” - “No punishment without law”. Када се каже закон, а очито је да се то каже у рубруму члана 7, то подразумијева да биће сваког кривичног дјела мора бити одређено одговарајућим законом који члан 7. Конвенције има у виду, без обзира да ли се ради о националном закону или одговарајућем међународном уговору (конвенцији, статуту).

¹⁵ Harris, D. J, O’ Boyle M, Warbrick C: *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1995, reprinted 1999 and 2000, str. 282.

4. Закључна разматрања

Почињући овај рад указали смо, између осталог, и на то да се у пресудама Суда БиХ врло често наилази на тврдње према којима је инкриминација злочини против човјечности била прописана као кривично дјело у периду од 1992. до 1995. године. Износећи ове ставове Суд БиХ се правно неосновано позива на принципе међународног права и међународно обичајно право, из чега у конкретним кривичноправним предметима закључује да је тиме задовољен принцип легалитета. Међутим, овакви ставови су правно неутемељени, што се може поуздано закључити из развоја инкриминације злочини против човјечности који смо приказали у овом раду.

Тако је претходно излагање показало да инкриминације злочини против човјечности није било у правном поретку бивше СФРЈ. Међутим, било би погрешно из овога закључивати како у том поретку није била пружана кривичноправна заштита цивилном становништву током рата и унутрашњег оружаног сукоба. Ово стога јер је Кривични закон СФРЈ у члану 142. прописивао инкриминацију ратни злочини против цивилног становништва. Упорјеђивањем садржине бића кривичног дјела ратни злочини против цивилног становништва из члана 142. Кривичног закона СФРЈ са бићем инкриминације злочини против човјечности може се закључити да се радње извршења из ове потоње инкриминације могу, у битном, подвести под неку од алтернативно прописаних радњи извршења кривичног дјела ратни злочини против цивилног становништва.

Претходно излагања даље је, надамо се, показало и то како не може било које правно начело, па ни оно признато од стране цивилизованих народа, представљати инкриминацију било ког дјела. Ово стога јер се такво поимање противи природи правних начела. Њима се, како је већ истакнуто, не одређује садржај бића кривичног дјела у смислу који захтијева елеменат из појма законитости који се назива *lex certa*. Зато, дакле, ни одредба члана

7. став 2. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода не може бити правни основ за примјену инкриминације злочини против човјечности на догађаје из протеклог рата у БиХ, јер у то вријеме није било прописано кривично дјело злочини против човјечности. Потврду овога пружа чињеница да *ни једно правно начело до данас не садржи конструкције* типа “*напад усмјерен против цивилног становништва*”, “*широк или систематичан напад*”, “*распрострањен напад*”, односно “*знање о постојању таквог напада*”, јер су то елементи који нису нити могу бити својствени било ком правном начелу, баш зато што оно својим садржајем остаје само у равни начелног и не улази у овакве детаље.

Ни изношење става да је међународно обичајно право основ овој инкриминацији нема правно ваљано упориште. Разлог за то је у чињеници што је управо начелу законитости супротно да се било које кривично дјело креира путем обичаја. Немогућност креирања кривичног дјела овим путем је последица тога што није могуће утврдити *устаљену праксу* нити *opinio iuris* око тога да ли је неко дјело кривично дјело. Услјед тога је немогуће пронаћи и *општу сагласност* (у свјетским размјерама) око тога шта су све елементи у бићу било ког кривичног дјела, па тако и инкриминације злочини против човјечности.

Наведене конструкције су, како је показано, створене одлукама Хашког трибунала и Трибунала за Руанду, донијетим након окончања рата у БиХ, будући да нису биле прописане у Статуту Међународног војног трибунала (Статут Нирнбершког трибунала), као ни у Статуту Међународног војног суда за Далеки Исток нити су ове конструкције биле одређене принципима међународног кривичног права онако како су формулисани од стране Комисије УН за међународно право, а потом усвојени 12. децембра 1950 године од стране Генералне скупштине Уједињених нација.

Створене одлукама Хашког трибунала и Трибунала за Руанду, наведене конструкције (*широк или систематичан напад против цивилног становништва*, односно *знање о постојању таквог*

напада) након тога су преузете у Статут Међународног кривичног суда. При томе се не смије заборавити да се, када је ријеч о надлежности Међународног кривичног суда (ИСС), све одредбе тог статута, а тиме и наведене конструкције, могу примјењивати само на оне догађаје који су се десили послије ступања на снагу Римског статута.

Босна и Херцеговина је ратификовала тај статут и тиме преузела међународноправну обавезу његове инкорпорације у свој правни поредак. Тиме се, дакле, може објаснити чињеница да се тек у Кривичном закону БиХ из 2003. године затиче биће инкриминације злочини против човјечности које, у битном, одговара бићу ове инкриминације одређеном у Римском статуту. Услјед тога инсистирање на примјени инкриминације злочини против човјечности из члана 172. Кривичног закона БиХ на кривичноправне догађаје из протеклог рата у БиХ представља неуставну ретроактивну примјену кривичног закона, јер се у таквим случајевима ради о неуставној ретроактивној примјени ове инкриминације.

Milan Blagojevic, PhD¹⁶

DEVELOPMENT OF INCRIMINATION OF CRIMES AGAINST HUMANITY

Summary

In the practice of the Court of Bosnia and Herzegovina related to retroactive implementation of crimes against humanity it has been perceived that the Court has an attitude that this incrimination was also a crime in the period from 1992 to 1995, both from the international customary law and from principles of international law. These assertions are legally unfounded and it can be seen in the best way by exposing development of this incrimination and connecting this devel-

¹⁶ * Judge of District Court in Banja Luka.

opment with the fact that the crimes against humanity had not been prescribed as a crime during the war in Bosnia and Herzegovina, but it has been prescribed by the Criminal law of Bosnia and Herzegovina from 2003. This law is brought after ratification of the Roman Statute by Bosnia and Herzegovina. The constructions of wide or systematic attack against civilian population, and awareness of such attack, which are crucial elements of this crime, has been prescribed as such for the first time in human history by the Roman Statute. Since the development of this incrimination is closely related with its unconstitutional retroactive implementation by the Court of Bosnia and Herzegovina, and so it is related with principle of legality, the essence of this principle in criminal law is also exposed in the paper.

Key words: *crimes against humanity, wide attack, wide-spread attack, systematic attack, civilian population, principle of legality, retroactive implementation of the law.*

5. ЛИТЕРАТУРА¹⁷

- Томић, Звонимир: *Кривично право II Посебни дио*, друго измијењено и допуњено издање, Сарајево, 2007. година.
- Ђурић, Владимир: *Устав и међународни уговори*, Институт за упоредно право, Београд, 2007. година.
- Вучинић, Зоран: *Међународно ратно и хуманитарно право*, Београд, 2006. година.
- Лукић, Д. Радомир: *Систем филозофије права*, Београд, 1992. година.
- Лукић Д. Радомир: *Теорија државе и права II. Теорија права*, трећи том, Београд, 1995. година.
- Стојановић, Зоран: *Међународно кривично право*, скрипта, треће издање, Београд, 2003. година.
- Симовић Н. Миодраг, Благојевић, Милан, Симовић М. Владимир: *Међународно кривично право*, друго издање, Источно Сарајево, 2013. година.

¹⁷ Попис литературе дат је према редослиједу њеног кориштења у раду.

Милан Благојевић

РАЗВОЈ ИНКРИМИНАЦИЈЕ - ЗЛОЧИНИ ПРОТИВ ЧОВЈЕЧНОСТИ

Harris, D. J, O' Boyle M, Warbrick C: *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1995.

