

Damjan Kaurinović
Predsjednik Apelacionog suda
Brčko distrikta BiH.
Doc. dr Milan Blagojević
Docent na Pravnom fakultetu
Univerziteta Sinergija u Bijeljini

udk: 343.21 (497.6)
Primljeno 28.03.2008.

POVRATNO DEJSTVO KRIVIČNOG ZAKONA – AKTUELNO PITANJE SUDSKE PRAKSE U BOSNI I HERCEGOVINI

U članku se analizira veoma složeno, i sa teorijskog i sa praktičnog gledišta, pitanje retroaktivnosti u krivičnom pravu. U tom smislu, autori, daju komparativni pregled načina određivanja načela zakonitosti na međunarodnom planu, a posebno govore o Deklaraciji o pravima čovjeka i građanina (1789); Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima (1948); Ženevskoj konvenciji (IV) o zaštiti građanskih lica za vrijeme rata (1949), Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP, Konvencija, 1950). Daje se i poseban hronološki pregled zakonskog određivanja principa legaliteta i retroaktivne primjene krivičnog zakona uopšte, a posebno se analizira Krivični zakonik Republike Srpske.

Ključne reči: retroaktivnost; ljudska prava; međunarodni dokumenti, sudska praksa; Republika Srpska; BiH

I Uvodni dio

Princip legaliteta (princip zakonitosti) je višeznačan, zbog čega je u uvodu neophodno najprije pojasniti u kom značenju ćemo ga upotrebljavati u ovom radu. Da bismo to učinili neophodno je podsjetiti se na to da se pravni poredak sastoji iz dva elementa: *normativnog i faktičkog*. Normativni element tog poretka se, opet, sastoji iz tri elementa: *pravnih normi*, koje se donose u formi *pravnih akata i pravnih odnosa* koji su

regulisani tim normama. Faktički element pravnog poretka čine subjekti prava, te ljudsko ponašanje (*materijalne ljudske radnje*).¹ S obzirom na to da se normativni element pravnog poretka sastoji iz mnoštva pravnih akata, nužno se nameće pitanje načina njihovog stvaranja. Pravni akti mogli bi se stvarati bez ikakve međusobne veze, ali bi to vodilo u nered koji je antipod redu kao pravnoj i opštedruštvenoj vrijednosti. Ovaj način bi, u krajnjem, značio negaciju i same riječi „pravo“, naročito ako prihvatimo učenje o porijeklu riječi „pravo“ prema kojem ona, između ostalog, označava nešto što je uređeno.² Drugi način stvaranja pravnih akata podrazumijeva uređenost (red, sklad), koja se postiže pomoću hijerarhije pravnih akata. Ova hijerarhija znači „...da su akti manje pravne snage određeni aktima veće pravne snage, od kojih zavise...“, na osnovu čega se određuje i pojam zakonitosti u pravno-teorijskom smislu kao „...saglasnost nižeg pravnog akta s višim pravnim aktima...“.³ Zakonitost, dakle, pretpostavlja hijerarhiju i usklađenost pravnih normi (opštih i pojedinačnih pravnih akata), ali i usklađenost materijalnih akata s pravom (naprijed pomenutog ljudskog ponašanja kao dijela faktičkog elementa pravnog poretka). Iako u ovom radu pojam zakonitosti ne upotrebljavamo u tom značenju, podsjećanje na ovo njegovo značenje je neophodno jer je, tako shvaćeno, ono ishodište za zakonitost u krivičnopravnom smislu, u kom smislu taj pojam upotrebljavamo u radu.

Zakonitost kao princip (načelo) u krivičnom pravu izražava se „...latinskom formulacijom *nullum crimen, nulla poena sine lege* (koja

1 Dr Radomir D. Lukić: *Teorija države i prava, II. Teorija prava*, Beograd, 1995, str. 83.

2 Đorđe Tasić u vezi sa porijeklom riječi „pravo“ kaže: „Reč „pravo“ bi, po izvesnim piscima, trebalo da vuče svoje poreklo od latinske reči *dirigere* koja je sastavljena od reči *de* i *regere* (vladati), odakle *directum*, *drictu*, *droict*, *droit*. Po drugim piscima dolazila bi od popularne lokalne reči *drectum* (na mesto književne *directum*), jedan adjektiv upotrebljen kao supstantiv. Ovaj adjekt je po ovim piscima zamenuo najpre latinsku klasičnu reč *rectum* zatim *ius*, a vuče svoje daleko poreklo od sanskriptske reči *driva*. Reč „pravo“ prema prvima znači ono što upravlja, vodi jednom određenom cilju; prema poslednjima ono što odgovara pravnoj liniji, što je uređeno, simetrično. Uveravaju nas da je sigurno utvrđeno da sanskriptska reč *rigtus* znači „pravo“, „iskreno“ i da su od nje došle latinska reč *rectus* koja znači „pravo, poštenje“, gotska reč *raiths* koja je značila „dobro“, nemačka reč *Recht*, engleska *right* i francuska *droit*...“ Đorđe Tasić: *Problem opravdanja države, Uvod u pravne nauke (enciklopedija prava)*, Beograd, 1995, str. 196. i 197.

3 Dr Radomir D. Lukić: *Ibidem*, str. 158. i 159.

se pripisuje nemačkom teoretičaru krivičnog prava A. Fojerbahu)⁴, ali engleski filozof Džon Lok (1632-1704) „...postavlja u krivičnopravnoj oblasti princip zakonitosti, prema kome samo zakon može da bude osnov kažnjavanja.“⁵ Kako vidimo, zakonitost shvaćena u krivičnopravnom smislu ima drugi sadržaj, mada, u krajnjem, taj sadržaj svoje ishodište ima u zakonitosti koja pretpostavlja hijerarhiju i usklađenost, naročito u onom dijelu u kom je rečeno da zakonitost pretpostavlja usklađenost i materijalnih radnji s pravom (a krivično djelo je po svojoj suštini takva radnja). Prilikom odlučivanja o usklađenosti tih radnji s pravom, sudovi imaju nezamjenjivu ulogu. Od njih se očekuje da rasprave sva pitanja, pa i ono koje se odnosi na primjenu materijalnog krivičnog zakona, poštujući pri tom hijerarhiju pravnih akata.

S tim u vezi predmet ovog rada su odluke Suda Bosne i Hercegovine i Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, koje su omogućile primjenu Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (donesenog 2003. godine) na krivičnopravni događaj koji se zbilo 1993. godine, za koji je inkriminacija već postojala u KZ SFRJ. Riječ je o situaciji u kojoj nije moglo doći do primjene Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, imajući u vidu sadržinu principa zakonitosti u krivičnom pravu o kojoj ćemo, između ostalog, šire govoriti u nastavku rada. No, prije nego što pređemo na izlaganje po odgovarajućim cjelinama, smatramo korisnim dati još jedno pojašnjenje. Ono se odnosi na retroaktivnu primjenu krivičnog zakona, s čim u vezi ističemo kako takvu primjenu zakona ne treba poistovjećivati sa povratnim dejstvom zakona. Razlika između ovih pojmova može se uočiti najprije upoređivanjem njihovog sadržaja, jer se u prvom slučaju radi o povratnoj *primjeni* zakona, a u drugom o povratnom *dejstvu* zakona. Ta razlika je veoma jasna, jer *dejstvo* zakona ne mora u svakom slučaju značiti i njegovu *primjenu* na konkretnu pravnu situaciju. No, još važnija razlika može se zapaziti nakon što se prethodno analiziraju ustavne odredbe o povratnom dejstvu zakona. Istina, Ustav Bosne i Hercegovine ne sadrži takvu odredbu pa ćemo se poslužiti odgovarajućom odredbom iz Ustava Republike Srpske. U članu 110. tog ustava propisano je da „Zakoni, drugi propisi i opšti akti ne mogu imati povratno dejstvo.“, kao i da se samo zakonom „... može odrediti da *pojedine* njegove odredbe, ako to zahtijeva opšti interes

4 Zoran Stojanović: Krivično pravo, opšti deo, XIII izdanje, Beograd, 2006, str. 39.

5 Prof. dr Ljubiša Lazarević, Nikola Srzentić, prof. dr Aleksandar Stajić: Krivično pravo Jugoslavije, opšti deo, dvadesetprvo izmenjeno izdanje, Beograd, 2000, str. 36.

utvrđen u postupku donošenja zakona, imaju povratno dejstvo.“ Povratno dejstvo zakona, kako vidimo, mogu imati samo *pojedine* njegove odredbe, što znači da se u tom slučaju ne može primjenjivati cijeli zakon već samo jedan njegov dio koji je odredio *zakonodavac*, nakon što je prethodno u postupku donošenja zakona utvrdio da to zahtijeva opšti interes. Za razliku od ovog dejstva zakona, kod njegove retroaktivne primjene riječ je o primjeni zakona u cijelosti, što proizlazi i iz stava 3. člana 110. Ustava Republike Srpske. Tom odredbom Ustava propisano je „Kažnjiva djela utvrđuju se i kazne za njih izriču prema zakonu, odnosno prema drugom propisu, koji je važio u vrijeme izvršenja djela, osim ako je novi zakon, odnosno propis, blaži za učinioca.“ Novi zakon se, dakle, primjenjuje u cijelosti što jasno proizlazi iz onog dijela citirane odredbe u kom je rečeno „...osim ako je novi zakon...“. Dakle, u Ustavu nije propisano, „...osim ako su pojedine odredbe novog zakona, odnosno propisa blaže za učinioca“ ili „...osim ako su odredbe novog zakona, odnosno propisa, koje se odnose na kažnjivo djelo i kaznu blaži za učinioca“, što je inače moglo biti učinjeno, u kom slučaju bi se radilo o povratnom dejstvu zakona onako kako je to dejstvo određeno Ustavom Republike Srpske. Kako vidimo, isključivu nadležnost za ocjenu da li postoji poseban društveni interes da se da povratna snaga pojedinim odredbama zakona može imati jedino *zakonodavac*, što je i razumljivo budući da se radi o političkoj ocjeni. Profesor dr Slobodan Perović u vezi sa ovim društvenim interesom ističe „...da on mora biti utvrđen i kvalifikovan u postupku donošenja zakona i to od strane donosioca zakona.“, kao i da „...ustanovljenje društvenog interesa, kao kriterijuma za primenu retroaktivnosti, *podleže određenim ograničenjima* (naš kurziv). Pre svega, *ovaj interes može utvrđivati samo ono telo koje donosi zakon* (naš kurziv).“⁶

Ovo razlikovanje je od važnosti zbog toga što se analizom presude Suda Bosne i Hercegovine, broj Kpž 32/05 od 4.4.2006. godine, kao i odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 1785/06 od 30.3.2007. godine, može uočiti da se u tim predmetima, u stvari, nije radilo o retroaktivnoj primjeni zakona već o davanju povratne snage zakonu. Takvo dejstvo pojedinim odredbama Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine nije dato od strane Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine u postupku

6 Prof. dr Slobodan Perović: Povratno dejstvo zakona prema Ustavu Republike Srpske, rad objavljen u časopisu Pravna riječ, broj 4/2005, u izdanju Udruženja pravnikar Republike Srpske, Banja Luka, 2005, str. 32.

donošenja Krivičnog zakona 2003. godine, već je to na neustavan način učinjeno od strane ovih sudova.

II Princip zakonitosti i retroaktivna primjena krivičnog zakona

II.1 Uvodne napomene

Problematika vremenskog važenja krivičnog zakona i njegove moguće povratne primjene, nakon nedavne zakonodavne reforme na entitetskom i državnom nivou u BiH, otvorila je nekoliko složenih i važnih pitanja koja su predmet razmatranja nauke krivičnog prava i aktuelne sudske prakse. Prije svega, ovo se odnosi na krivična djela iz glave XVII KZ BiH – Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom. Odgovori na sva pitanja nalaze se u okviru zahtjeva načela zakonitosti (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), kao i odgovor na neizbježno pitanje uslova retroaktivne primjene blažeg zakona (*lex mitior*) – zakonom dozvoljenog odstupanja od principa legaliteta. Ovaj rad, pored naprijed navedene želje da ukaže da odluke Suda Bosne i Hercegovine i Ustavnog suda Bosne i Hercegovine nemaju ustavnopravni osnov, pokušava dati i mali doprinos u stvaranju zakonite i jedinstvene sudske prakse, a sve u cilju jačanja efikasnosti sudskog sistema, na jednoj strani, i zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda, na drugoj strani. Na ovaj način se osiguravaju temelji pravne države, vladavine prava i demokratije, uređenog društva bezbjednosti, zakonitosti, slobode i pravde.

Predmet retroaktivne ili povratne primjene krivičnog zakona je zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela i jedan ili više zakona koji su stupili na snagu nakon izvršenja krivičnog djela odnosno zakon koji je na pravnoj snazi u vrijeme suđenja. U takvim pravnim situacijama traži se odgovor na pitanje koji će krivični zakon biti primijenjen, a da se istovremeno ispoštuju svi zahtjevi principa zakonitosti.

Princip zakonitosti ili legaliteta je osnovno, vodeće i najvažnije načelo krivičnog zakonodavstva sa aspekta zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda, pravde i pravičnosti.

Pored toga, načelo zakonitosti zločina i kazne je zvijezda vodilja

krivičnog prava, a to znači da se lice može izvesti pred sud ili kazniti samo u skladu sa pravom koje prethodi odnosnom djelu, određuje krivično djelo i propisuje odgovarajuću kaznu.⁷

II.2 Komparativni pregled načina određivanja načela zakonitosti na međunarodnom planu

Deklaracija o pravima čovjeka i građanina (1789)

Član 8.

Niko ne može biti kažnjen, osim na osnovu zakona donijetog i proglašenog **prije** delikta i zakonito primjenjenog.

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948)

Član 3.

Svako ima pravo na život, slobodu i bezbjednost ličnosti.

Član 11. stav 2.

Niko se ne smije osuditi za djela ili propuštanja koja nisu predstavljala krivično djelo po unutrašnjem ili međunarodnom pravu **u vrijeme** kada su izvršena. Isto tako ne smije se izricati teža kazna od one koja se mogla primijeniti u vrijeme kada je krivično djelo izvršeno.

Ženevska konvencija (IV) o zaštiti građanskih lica za vrijeme rata (1949)

Član 67.

Sudovi mogu da primjenjuju samo zakonske propise donijete **prije** izvršenja krivičnog djela i koji su u skladu s opštim načelima prava, naročito u pogledu načela srazmjernosti kazne.

7 Džon R.V.D. Džouns i Stiven Pauls, Međunarodna krivična praksa, str. 401, Fond za humanitarno pravo, Beograd 2006. godine

Bečka konvencija o ugovornom pravu (1969)

Nepovratna snaga ugovora

Član 28.

Ako drukčija namjera ne proizlazi iz ugovora ili ako nije na drugi način izražena, odredbe ugovora ne vežu stranku u pogledu bilo kojeg akta ili činjenice koji su prethodili datumu stupanja tog ugovora na snagu za tu stranku, niti u pogledu bilo koje situacije koja je prestala postojati prije tog datuma.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP, Konvencija, 1950)

Nema kazne bez zakona

Član 7.

1. Niko se ne može smatrati krivim za krivično djelo izvršeno činjenjem ili nečinjenjem koje, u vrijeme kad je djelo izvršeno, nije predstavljalo **krivično djelo po unutrašnjem ili međunarodnom pravu**. Isto tako, ne može se izreći strožija kazna od one koja je bila propisana u vrijeme kad je krivično djelo izvršeno.
2. Ovaj član ne sprečava **suđenje** ili **kažnjavanje** bilo kog lica za činjenje ili nečinjenje koje je u času izvršenja predstavljalo krivično djelo u skladu sa opštim načelima prava priznatim od civilizovanih naroda.

Rezerve

Član 57.

1. Prilikom potpisivanja ove Konvencije, ili prilikom deponovanja instrumenata ratifikacije, svaka država može staviti rezervu na svaku pojedinu odredbu Konvencije u obimu u kome neki zakon koji je tada na snazi na njenoj teritoriji nije saglasan sa tom odredbom. Rezerve opšteg karaktera nisu dozvoljene na osnovu ovog člana.
2. Svaka rezerva stavljena na osnovu ovog člana sadrži kratku izjavu o zakonu na koji se odnosi.

Protokol 6. uz EKLJP o ukidanju smrtne kazne (1983)

Član 1.

Ukidanje smrtne kazne

Smrtna kazna se **ukida**. Niko se ne može osuditi na smrtnu kaznu ili pogubiti.

Član 2.

Smrtna kazna za vrijeme rata

Država može u svom zakonodavstvu da predvidi smrtnu kaznu za djela izvršena u vrijeme rata ili neposredne ratne opasnosti; takva kazna primjenice se samo u slučajevima predviđenim zakonom i u skladu s njegovim odredbama. Država **obavještava** Generalnog sekretara Savjeta Evrope o odgovarajućim odredbama tog zakona.

Protokol 13. uz EKLJP o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima (2002)

Član 1.

Ukidanje smrtne kazne

Smrtna kazna se ukida. Niko neće biti osuđen na ovakvu kaznu niti pogubljen.

Član 2.

Zabrana derogacije

Ne može se derogirati niti jedna odredba iz ovog Protokola po članu 15. Konvencije.

Član 3.

Zabrana zadržavanja

Nema zadržavanja po članu 57. Konvencije s obzirom na odredbe ovog Protokola.⁸

Povelja o osnovnim pravima u Evropskoj uniji (2000)

Član 2.

Pravo na život

1. Svako ima pravo na život.
2. Niko ne smije biti osuđen na smrt ili pogubljen.

Principi zakonitosti i proporcionalnosti krivičnih djela i kazne

Član 49.

1. Niko se ne smije smatrati krivim za krivično djelo zbog činjenja ili nečinjenja koje, u vrijeme kada je učinjeno, **po nacionalnom ili međunarodnom pravu nije predstavljalo krivično djelo**. Ne smije se primjeniti teža kazna od one koja je bila predviđena u vrijeme kada je krivično djelo učinjeno. **Ukoliko, nakon izvršenja krivičnog djela, zakon za njega predvidi manju kaznu, primjeniće se ta kazna.**
2. Ovaj član neće isključiti **sudjenja i kaznu** za svako lice zbog činjenja li nečinjenja koje je, u vrijeme kada je učinjeno, predstavljalo krivično djelo po opštim principima koje priznaje zajednica naroda.

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (MPGPP, 1966)

Član 15.

1. Niko se ne smije osuditi za činjenje ili nečinjenje **koje nije ni po domaćem ni po međunarodnom pravu bilo krivično djelo u doba izvršenja**. Isto tako se ne može odrediti teža kazna od one koja je bila primjenjiva u vrijeme kada je krivično djelo izvršeno. **Ako poslije izvršenja djela zakon odredi blažu kaznu, izvršilac će se koristiti tom blagodati.**
2. Ništa u ovom članu ne sprečava da se **sudi ili kazni** bilo koje lice za činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme izvršenja bilo krivično djelo prema opštim načelima prava priznatim od zajednice naroda.

Drugi fakultativni Protokol uz MPGPP, čiji je cilj ukidanje smrtne kazne (1989)

Član 1.

1. Nijednom licu koje potpada pod jurisdikciju države članice ovog Protokola ne može se izreći smrtna kazna.
2. Svaka država članica preuzima sve potrebne mjere za ukidanje smrtne kazne u okviru njene jurisdikcije.

Član 2.

1. **Nikakva rezerva nije dopuštena na ovaj Protokol izuzev one koja je izjavljena u vrijeme ratifikacije ili pristupanja kojom se predviđa primjena smrtne kazne u vrijeme rata u slučaju presude za najteži zločin vojne prirode izvršene u vrijeme rata.**
2. Država članica koja izjavi takvu rezervu u vrijeme ratifikacije ili pristupanja **dostavlja** Generalnom sekretaru Ujedinjenih nacija odgovarajuće propise svog unutrašnjeg zakonodavstva koji se primjenjuje u vrijeme rata.
3. Država članica koja je izjavila takvu rezervu **obavještava** Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija o svakom početku ili završetku ratnog stanja na njenoj teritoriji.

Dopunski protokol uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol I, 1977)

Član 75. stav 4. tačka (c)

Osnovne garancije

Niko ne može biti optužen ili osuđen za krivično djelo za bilo koju radnju ili propust koji ne predstavljaju **krivično djelo prema nacionalnom ili međunarodnom zakonu pod koje je on potpadao u momentu učinjenog djela; ne može se izreći teža kazna od kazne koja je bila primjenjiva u vrijeme kada je krivično djelo bilo izvršeno; ako, poslije izvršene povrede, zakon predvidi lakšu kaznu, prekršilac će se time koristiti.**

**Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda
(Rimski statut, 1998)
Opšta načela krivičnog prava**

Član 22.

Nullum crimen sine lege

1. Lice neće biti krivično odgovorno na osnovu ovog statuta osim ako ponašanje o kojem je riječ ne predstavlja, **u vrijeme kad je preduzeto**, zločin koji je u nadležnosti Suda.
2. Definicija zločina tumačiće se usko i neće biti proširena analogijom. U slučaju dvosmislenosti definicija će se tumačiti **u korist** lica protiv koga se vodi istraga, koje se krivično goni ili koje je osuđeno.

Član 23.

Nulla poena sine lege

Lice osuđeno od strane Suda može biti kažnjeno samo u skladu sa ovim statutom.

Član 24.

Zabrana retroaktivnosti *ratione personae*

1. Nijedno lice neće biti krivično odgovorno na osnovu ovog Statuta zbog ponašanja koje je **prethodilo** stupanju Statuta na snagu.
2. **U slučaju promjene zakona primjenjivog na određeni slučaj koji nastupi prije donošenja pravnosnažne presude, primjeniće se zakon koji je povoljniji za lice protiv koga se vodi istraga, koje se krivično goni ili koje je osuđeno.**

Ovdje svakako treba podsjetiti i na obaveze Bosne i Hercegovine kao potpisnice i države članice međunarodnih konvencija navedenih u Aneksu I Ustava BiH – Dodatni sporazumi o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u BiH.

Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948)

Član V

Strane ugovornice se **obavezuju** da će preduzeti potrebne

zakonske mjere, shodno svojim ustavima, kako bi obezbijedile primjenu odredaba ove konvencije i naročito da će predvidjeti efikasne krivične kazne za lica kriva za genocid ili bilo koje drugo djelo pobrojano u članu III.

Ženevska konvencija (IV) o zaštiti građanskih lica za vrijeme rata (1949)

Član 146. stav 1.

Visoke strane ugovornice **obavezuju** se da će preduzeti svaku zakonodavnu mjeru potrebnu radi propisivanja odgovarajućih krivičnih sankcija protiv lica koja su izvršila, ili koja su izdala naređenje da se izvrši koja od teških povreda ove Konvencije određenih u sledećem članu.

Dakle, ovdje se istovremeno radi o međunarodnopravnim i ustavnopravnim obavezama koje je prihvatila Bosna i Hercegovina stupanjem na snagu Ustava BiH 14.12.1995. godine.

Pošto je krivično pravo zakonsko pravo nacionalni pravni izvori najčešće su vezani za zakone. Međutim, princip legaliteta je zbog njegove izuzetne važnosti u domaćem pravnom sistemu podignut na nivo ustavne kategorije. U **Ustavu BiH** i **Ustavu FBiH**, na posredan način, putem direktne primjene Aneksa I Ustava BiH i Aneksa Ustava FBiH (Instrumenti za zaštitu ljudskih prava koji imaju pravnu snagu ustavnih odredaba), a u RS i Brčko Distriktu BiH i posebnim propisivanjem načela zakonitosti. Tako je u članu 20. stav 1. **Ustava RS** određeno: "Niko ne može biti kažnjen za djelo koje, **prije** nego što je učinjeno, nije bilo zakonom predviđeno kao kažnjivo djelo, niti mu se može izreći kazna koja za to djelo nije zakonom bila predviđena," a u članu 39. stav 1. **Statuta Brčko Distrikta BiH**: "Krivični zakoni **nemaju** retroaktivno dejstvo. Ovo znači da će krivična i druga kažnjiva djela biti utvrđena i presude donijete u skladu sa zakonom ili propisom koji je na snazi u vrijeme kada je djelo počinjeno. *U izuzetnim slučajevima, krivičnim zakonima se može propisati da imaju retroaktivno dejstvo, ali samo ukoliko je novi zakon ili propis povoljniji za počinioca.*"

II.3 Hronološki pregled zakonskog određivanja principa legaliteta i retroaktivne primjene krivičnog zakona

Krivični zakon SFRJ ("Službeni list SFRJ", broj 44/76, 3/90)

Zakonitost u određivanju krivičnih djela i propisivanja krivičnih sankcija

Član 3.

Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivična sankcija za djelo koje, **prije nego što je učinjeno**, nije zakonom bilo određeno kao krivično djelo i za koje nije bila zakonom propisana kazna.

Obavezno primjenjivanje blažeg krivičnog zakona

Član 4.

1. Na učinioca krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je važio u **vrijeme** izvršenja krivičnog djela.
2. **Ako je poslije izvršenja krivičnog djela izmijenjen zakon, jednom ili više puta, primjeniće se zakon koji je blaži za učinioca**".

U članu 34. KZ SFRJ predviđene su tri vrste kazne: smrtna kazna, zatvor i novčana kazna.

Zatvor

Član 38.

1. Zatvor ne može biti kraći od 15 dana ni duži od 15 godina.
2. Za krivična djela za koja je **propisana** smrtna kazna sud **može izreći** i zatvor od 20 godina.
3. Ako je za krivično djelo učinjeno sa umišljajem **propisan** zatvor u trajanju od 15 godina, može se za teške oblike tog djela **propisati** i zatvor od 20 godina.

Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine ("Sl. list FBiH", broj 43/98)

Načelo zakonitosti

Član 3.

1. Krivična djela i krivične sankcije propisuju se samo zakonom.

2. Nikome ne može biti izrečena sankcija za djelo koje, **prije nego što je učinjeno**, nije zakonom bilo propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana krivična sankcija.

Obavezna primjena blažeg zakona

Član 4.

1. Na učinioca krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je važio **u vrijeme izvršenja** krivičnog djela.
2. **Ako se poslije izvršenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primjeniće se zakon koji je blaži za učinioca**".

Prema članu 34. KZ FBiH predviđene su sledeće vrste kazni: zatvor, dugotrajni zatvor i novčana kazna, a izuzetno i smrtna kazna za teške oblike krivičnih djela učinjenih za vrijeme ratnog stanja ili neposredne ratne opasnosti.

Član 37. stav 1. KZ FBiH određuje vremenski okvir za zatvorsku kaznu koji ne može biti kraći od 15 dana ni duži od 15 godina, dok je vremenski okvir za dugotrajni zatvor u članu 38. stav 3. KZ FBiH propisan od 20 do 40 godina.

**Krivični zakonik Republike Srpske
(“Službeni glasnik RS”, broj 22/00)**

Nema krivičnog djela i kazne bez zakona

Član 3.

Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivična sankcija za djelo koje, **prije nego što je učinjeno**, nije zakonom bilo određeno kao krivično djelo i opisana njegova obilježja i za koja nije bila zakonom propisana kazna.

Vremensko važenje krivičnog zakona

Član 4.

1. Na učinioca krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je važio **u**

vrijeme izvršenja krivičnog djela.

- 2. Ako je poslije izvršenja krivičnog djela izmijenjen zakon, jednom ili više puta, primjeniće se zakon koji je najblaži za učinioca”.**

U članu 32. KZ RS predviđa tri vrste kazni: doživotni zatvor, zatvor i novčanu kaznu.

Prema članu 36. KZ RS zatvor ne može biti kraći od 30 dana ni duži od 20 godina.

Krivični zakon Bosne i Hercegovine (“Službeni glasnik BiH”, broj 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04 i 30/05)

Načelo zakonitosti

Član 3.

1. Krivična djela i krivičnopravne sankcije propisuju se samo zakonom.
2. Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za djelo koje, **prije nego što je učinjeno**, nije bilo **zakonom ili međunarodnim pravom** propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana kazna.

Vremensko važenje krivičnog zakona

Član 4.

1. Na učinioca krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je bio na snazi **u vrijeme** učinjenja krivičnog djela.
2. **Ako se poslije učinjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primjeniće se zakon koji je blaži za učinioca.**

Suđenje ili kažnjavanje za krivična djela prema opštim načelima međunarodnog prava

Član 4. a)

Članovi 3. i 4. ovog zakona ne sprečavaju **sudjenje ili kažnjavanje** bilo kojeg lica za bilo koje činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je počinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu sa opštim načelima međunarodnog prava.

Član 40. i 42. KZ BiH predviđa kaznu zatvora, dugotrajni zatvor i novčanu kaznu, kao vrste kazni.

Prema članu 42. stav 1. KZ BiH kazna zatvora ne može biti kraća od 30 dana ni duža od 20 godina, dok je kazna dugotrajnog zatvora određena u trajanju od 20 do 45 godina.

KZ SFRJ u članu 36. stav 1., KZ FBiH u članu 36. stav 1. i KZ RS u članu 34. stav 1. predviđaju posebnu odredbu pod nazivom "zakonitost u izricanju kazne" sa identičnim sadržajem: "Učiniocu krivičnog djela izriče se kazna **propisana** za učinjeno krivično djelo, a blaža ili stroža kazna od propisane može se izreći samo pod uslovima predviđenim ovim zakonom." KZ RS u navedenoj odredbi ne predviđa mogućnost strožijeg kažnjavanja.

KZ BiH ne predviđa poseban član koji se odnosi na zakonitost u izricanju kazne, ali takva obaveza za sud proizilazi iz odredbi člana 48. KZ BiH koje govore o opštim pravilima za odmjeravanje kazne i obavezi suda da učiniocu krivičnog djela odmjeri kaznu u granicama koje su zakonom propisane za to krivično djelo.

Krivčni zakon Brčko Distrikta BiH (Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, broj 10/03 i 45/04) na identičan način, kao i entiteti, određuje načelo zakonitosti i vremensko važenje krivičnog zakona.

II.4 Princip zakonitosti ili legaliteta

Načelo zakonitosti, kao najznačajnije pravno načelo u domaćem krivičnom zakonodavstvu, formulisano je tako da ispunjava najviše međunarodnopravne standarde. U svom punom značenju ono ispunjava pet zahtjeva:

- samo je zakon izvor krivičnog prava (*nullum crimen sine lege scripta*)
- zabranjena je analogija u krivičnom pravu (*nullum crimen sine lege stricta*)
- zabranjena je retroaktivnost krivičnog zakona (*nullum crimen sine lege praevia*)
- zahtjeva se određenost zakonskih opisa bitnih elemenata krivičnih djela (*nullum crimen sine lege certa*)
- zahtjeva se zakonitost u kažnjavanju (*nulla poena sine lege*)⁹

Za ovu priliku pažnju ćemo usmjeriti prema dva odlučujuća elementa principa legaliteta, zabrani retroaktivnosti krivičnog zakona i zakonitosti u kažnjavanju. Prije toga, treba naglasiti da je načelo zakonitosti i zabrana retroaktivne primjene krivičnog zakona, a istovremeno i zakonitost u izricanju krivičnopravnih sankcija, propisana u članu 3. KZ BiH. Na ovaj način obezbjeđuje se pravna sigurnost i vladavina prava tako što se društvo i njegove vrijednosti štite zakonom, a građani, njihova ljudska prava i osnovne slobode istovremeno se štite od proizvoljne primjene zakona. **Zato Aleksis de Tokvil (1805-1859) princip legaliteta označava kao središnji princip moderne evropske države napominjući da evropski narodi strahuju od autoritarne vlasti, ali da se arbitrarne vlasti boje još više.**¹⁰ U pravnom životu evropskih naroda od staroga doba do danas, važi pravilo da zakon nema povratne sile i da ne može dirati u pravne odnose koji su prije njega postali.¹¹ Ako zakon važi za beskonačan broj budućih pojedinačnih slučajeva, retroaktivni zakon ne može biti zakon zato što su ove već realizovane činjenice proračunljive i otuda se zakon suočava sa određenim brojem slučajeva. Svi zakoni treba da budu sačinjeni tako da njihovo važenje otpočne u budućnosti, a ne da se primjenjuju na prošle slučajeve.¹² Dakle, osnovno je pravilo da se prema izvršiocima krivičnih djela primjenjuje krivični zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela i izriču krivičnopravne sankcije koje su u to vrijeme bile

9 Franjo Bačić, Kazneno pravo – Opći dio, str. 72., Informator, Zagreb 1998. godine

10 V. Poredak slobode, <http://www.ekonomist.co.yu>

11 Danilo N. Basta, „Preobražaji ideje prava”, Pravni fakultet Brograd 1991.godina, str. 71.

12 Franc Nojman, „Vladavina prava”, Filip Višnjić Beograd, 2002.godina, str. 259.

propisane zakonom. Činjenica da djelo i krivičnopravna sankcija mogu, osim zakonom, biti propisani i međunarodnim pravom ništa ne oduzima od vrijednosti principa zakonitosti kad se zna da su ranije i sadašnje nacionalno zakonodavstvo ratifikovali sve najznačajnije međunarodne konvencije koje predstavljaju izvor međunarodnog krivičnog prava i čine temelj međunarodnog običajnog krivičnog prava. Pod izvorima međunarodnog krivičnog prava podrazumijevaju se prije svega primarni izvori u pisanoj formi (ugovori, npr. tradicionalno „haško” i „ženevsko pravo” sadržano u istoimenim konvencijama) i običajno pravo. **Međunarodno običajno pravo se ne primjenjuje da bi se inkriminisala neka radnja ako ona već ne spada u neku od vrsta zločina, već da bi se utvrdila sadržina i domašaj nekog međunarodnog pravila, kojim je neki zločin proglašen kažnjivim, a da zabranjena radnja nije podrobnije definisana.**¹³ Dakle, ne može se isključivo na osnovu slobodne odnosno proizvoljne interpretacije uspostaviti nova ili otežati postojeća krivična odgovornost. Pored toga, opšte je prihvaćeno da je za postojanje pravila običajnog prava potrebno prisustvo dva elementa, naime praksa države (*usus*) i vjerovanje da je takva praksa neophodna, zabranjena ili dozvoljena u zavisnosti od prirode pravila, kao pravni element (*opinio iuris sive necessitatis*).¹⁴ Sve ovo se može reći i za član 4.a) KZ BiH odnosno da zahtjevi načela zakonitosti ne sprečavaju suđenje ili kažnjavanje bilo kojeg lica za bilo koje činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je učinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu sa opštim načelima međunarodnog prava. **Dakle, sadržaj člana 4.a) KZ BiH je jednostavno preuzet iz člana 7. stav 2. EKLJP, člana 15. stav 2. MPGPP odnosno člana 49. stav 2. Povelje o osnovnim pravima u Evropskoj uniji koji suštinski, na identičan način pravno normiraju istu materiju.** Opšta načela međunarodnog prava i opšta načela međunarodnog krivičnog prava su sekundarni izvor međunarodnog krivičnog prava. **Opšta načela međunarodnog prava** sastoje se od onih načela koja su inherentna, svojstvena međunarodnom pravnom sistemu. Preuzeta su iz nacionalnih pravnih sistema i primjenjuju se na međunarodnom nivou (npr., načelo zakonitosti, pretpostavka nevinosti, jednakost strana, načelo poštovanja ljudskog života, dostojanstva, imovine

13 Antonio Kaseze: Međunarodno krivično pravo, str. 33., Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2005. godina

14 Jean – Marie Henckaerts i Louise Doswald – Beck: Običajno međunarodno humanitarno pravo, Tom I: Pravila, str. 27. uvoda, Cambridge 2005. godina

i dr.).¹⁵ Zbog toga se npr., ubistvo, silovanje ili krađa smatra krivičnim djelom po opštim načelima međunarodnog prava i kada nisu u nacionalnom zakonodavstvu predviđeni kao krivična djela. Poznato je da je najveći nedostatak međunarodnog krivičnog prava (sve do Rimskog statuta) nepropisivanje krivičnopravnih sankcija (kazni) i drugih pravnih posledica za međunarodna krivična djela. Međutim, poštovanje principa legaliteta se ne može izbjeći u odnosu na izricanje kazni, jer se u protivnom izlazi iz okvira zakonitosti i prelazi u opasno polje pravne nesigurnosti. **U takvim pravnim situacijama zabrana izricanja teže kazne nikako ne znači i zabranu blažeg kažnjavanja, jer se blaže kažnjavanje podrazumijeva (*in dubio pro libertate*).**¹⁶ Uostalom, to eksplicitno propisuju član 15. stav 1. MPGPP, član 75. stav 4. tačka c) Dopunskog Protokola I, član 24. stav 2. Rimskog statuta, član 49. stav 1. Povelje o osnovnim pravima u Evropskoj uniji i svi krivični zakoni, KZ SFRJ, entitetski krivični zakoni i KZ BiH.

II.5 Retroaktivna primjena krivičnog zakona i zakonitost u izricanju krivičnopravnih sankcija

Od osnovnog pravila da se prema izvršiocima krivičnih djela primjenjuje krivični zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela postoji izuzetak predviđen u članu 4. KZ BiH. Dakle, u pitanju je zakonom predviđena mogućnost odstupanja od principa legaliteta samo u jednom slučaju: ako je poslije izvršenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijenjen zakon, primjenice se zakon koji je blaži za učinioca. Praktično, u pitanju je obavezna primjena blažeg zakona, a u tom pogledu KZ RS u potpunijem obimu štiti interese izvršilaca krivičnih djela obavezujući sud da primjeni krivični zakon koji je **najblaži** za učinioca. Ovo je posebno važno ako je krivični zakon izmijenjen više od dva puta. **Preduslov za primjenu instituta blažeg zakona je da svi kasniji zakoni u odgovarajućim odredbama propisuju isto krivično djelo kao i krivični zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, a koji je strožiji zakon od kasnije izmijenjenih krivičnih zakona.** Smisao odstupanja od načela zakonitosti i stvaranje pretpostavki za primjenu kasnijeg, blažeg zakona leži

15 Antonio Kaseze, *ibid.*, str. 35-36.

16 Opširnije: Prof. dr Vlado Kambovski „Osnovni problemi primene međunarodnog kaznenog prava od strane međunarodnih i nacionalnih sudova” i Dr Milan Škulić „Pojam međunarodnog krivičnog prava”, Međunarodni naučni skup „Primena međunarodnog krivičnog prava od strane međunarodnih i domaćih sudova” Tara, 2006. godina

u zaštiti prava optuženih lica odnosno ograničavanju zakonom propisane represije, a ne u proizvoljnom proširenju represije. Kazne ne smiju biti same sebi cilj, jer zahtjevi principa legitimiteta nalažu neophodnost i srazmjernost u propisivanju i izricanju krivičnopravnih sankcija.

Ovdje je u pitanju problem vremenskog važenja krivičnog zakona, a posebno kada je nakon izvršenja krivičnog djela pa do njegovog presuđenja došlo do izmjene zakona jednom ili više puta (tzv. sukcesija krivičnih zakona), što dovodi do vremenskog sukoba zakona u pogledu njihovog važenja odnosno primjene.¹⁷ Prema ovom izuzetku može se primjeniti i zakon koji nije važio u vrijeme izvršenja, niti u vrijeme suđenja učiniocu krivičnog djela, sve pod uslovom da se radi o najblažem krivičnom zakonu za učinioca.

Potpisivanjem Opšteg okvirnog sporazuma o miru u BiH (Dejtonski sporazum) i stupanjem na snagu Ustava BiH (14.12.1995. godine) smrtna kazna je, kao najteža vrsta kazne koju je propisivalo ranije zakonodavstvo, ukinuta. Pravni osnov za ukidanje smrtne kazne nalazi se u članu II stav 2. Ustava BiH odnosno Protokolu 6. o ukidanju smrtne kazne (1983), zbog direktne primjene EKLJP, i Drugom fakultativnom protokolu uz MPGPP (1989), koji se na osnovu Aneksa 1. tačka 7. Ustava BiH primjenjuje u BiH. **Bosna i Hercegovina** nije stavila rezerve na EKLJP u smislu člana 57. Konvencije, niti je obavijestila Generalnog sekretara Savjeta/Vijeća Evrope o odredbama zakona koje predviđaju smrtnu kaznu u smislu člana 2. Protokola broj 6. Ni **Republika BiH** nije stavila nikakve rezerve prilikom ratifikacije EKLJP uključujući Protokol broj 6. o ukidanju smrtne kazne i Drugi fakultativni protokol uz MPGPP (1989).¹⁸ Na kraju, **Bosna i Hercegovina** nije stavila rezerve na Drugi fakultativni protokol uz MPGPP (1989) prilikom njegove ratifikacije (2000), a u smislu člana 2. ovog protokola.¹⁹ Zaključno, Protokolom 13. uz EKLJP (2002) smrtna kazna je bezuslovno ukinuta, a to znači da prilikom ratifikacije nisu dozvoljene nikakve rezerve i zadržavanja.²⁰

17 Prof. dr Miloš Babić, et al.: *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini*, Knjiga I, str. 64., Savjet Evrope i Evropska komisija, Sarajevo 2005. godina. Opširnije o primjeni blažeg zakona dr sc. Miloš Babić: "Aktuelna pitanja primjene blažeg zakona", *Pravo i pravda*, Sarajevo 2004. godine

18 Službeni list RBiH- posebno izdanje, međunarodni ugovori br. 5/06 od 31.10.1996.godine

19 Službeni glasnik BiH br.31/00 od 18.12.2000. godine

20 Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori br. 8/03 od 30.06.2003. godine

U vezi sa dejstvom EKLJP u nacionalnom pravnom poretku smatramo korisnim podsjetiti na teorijska shvatanja o odnosu međunarodnog i unutrašnjeg prava. Jedno od njih je *dualističko* i ono polazi od shvatanja da međunarodno pravo po svojoj prirodi nije dio unutrašnjeg prava (prema ovom shvatanju radi se o dva odvojena pravna poretka). Zbog toga je međunarodno pravo, da bi djelovalo u unutrašnjem pravnom poretku, potrebno odgovarajućim aktom (ratifikacionim aktom) prethodno uvesti u taj poredak, što se čini od strane najvišeg predstavničkog tijela države. Ovo shvatanje prihvaćeno je Velikoj Britaniji, Irskoj, Danskoj, Italiji, Njemačkoj. Drugo shvatanje, tzv. *monističko*, polazi od jedinstva međunarodnog i unutrašnjeg prava i smatra da međunarodna pravila obavezuju po svojoj prirodi, zbog čega im nije potreban bilo kakav akt najvišeg predstavničkog tijela kojim bi bila uvedena u unutrašnji pravni poredak. Ovo shvatanje prihvaćeno je u Holandiji, Belgiji, Francuskoj, Luksemburgu, Grčkoj, Španiji i Portugalu. U slučaju Bosne i Hercegovine je, u vezi sa dejstvom EKLJP, na pravno zanimljiv i jedinstven način normama Konvencije koje se odnose na *pojedina ljudska prava i slobode* data ustavna snaga. Prof. dr Radomir V. Lukić, govoreći o normi iz člana II.2. Ustava Bosne i Hercegovine koja uređuje neposrednu primjenu EKLJP u Bosni i Hercegovini, s pravom ukazuje na to da je „...pravi pravni značaj ove norme (je) određivanje pravne snage onih normi Evropske konvencije i njenih protokola koji određuju pojam, uslove i granice korišćenja pojedinih ljudskih prava i osnovnih sloboda, tako da materijalne pravne norme ovog međunarodnog ugovora imaju *nadzakonsku pravnu snagu, zapravo pravnu snagu ustava, baš kao da su same te norme inkorporisane u tekst samog Ustava* (naš kurziv)“.²¹ Ovakav stav o odnosu EKLJP prema domaćim zakonima pojačava i činjenica da je Aneksom II na Ustav Bosne i Hercegovine (Odredbe o prelaznom periodu), u tački 2. tog aneksa, veoma jasno određeno da „*Svi zakoni, pravila i pravilnici koji budu na snazi na teritoriji Bosne i Hercegovine u trenutku kad Ustav stupi na snagu ostaće na snazi u onoj mjeri u kojoj budu u skladu sa ovim Ustavom, dok nadležno tijelo Bosne i Hercegovine ne odluči drugačije.*“ Citirana odredba Aneksa II je od važnosti iz dva razloga. Prvo, ona može dovesti do situacije da se ne primjenjuju sve odredbe nekog zakona, ukoliko nisu u skladu sa Ustavom

21 Prof. dr Radomir V. Lukić: Pravni status Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda u ustavnom pravu Bosne i Hercegovine, rad objavljen u časopisu Pravni život, broj 12/2006, tom IV, u izdanju Udruženja pravnika Srbije, Beograd, 2006, str. 903.

Bosne i Hercegovine, zbog čega se ne može prihvatiti stav Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, izražen u tački 26. odluke u predmetu broj AP 222/06 od 19.4.2007. godine (objavljenoj u „Službenom glasniku BiH“, broj 6/08). Naime, u toj odluci Ustavni sud, odlučujući o tome koji zakon je blaži za apelanta (da li KZ R BiH ili KZ F BiH), odbijajući navode iz apelacije prema kojima je za apelanta u konkretnom slučaju bio blaži KZ R BiH, navodi „Kako ovaj zakon zbog predviđene smrtne kazne nije primjenljiv i *kako zakon ne može da se primjenjuje djelimično*²² (kurziv naš)“. Pri tome se Ustavni sud u odluci uopšte ne osvrće na naprijed pomenutu tačku 2. Aneksa II na Ustav Bosne i Hercegovine koja, kako smo vidjeli, zabranjuje primjenu pojedinih odredbi zakona ako nisu u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine, što je samo dio sadržaja ove pravne norme dok se o njenom preostalom dijelu²³, kojim je dozvoljena djelimična primjena zakona, mora zaključivati logičkim putem.

Dakle, nakon stupanja na snagu Ustava BiH pa do stupanja na snagu KZ F BiH (28.11.1998.), Krivičnog zakonika RS (01.10.2000.) i KZ BiH (01.03.2003.) ni za jedno krivično djelo izvršeno do datuma stupanja na snagu navedenih zakona ne može se izreći smrtna kazna, već samo kazna zatvora, i to retroaktivnom primjenom blažeg zakona. U svim sličnim procesnim situacijama optuženom se mogu izreći samo one krivičnopravne sankcije koje su bile propisane u vrijeme izvršenja krivičnog djela u KZ SFRJ, a ukidanjem smrtne kazne praktično su ostale zakonom propisane samo kazne zatvora. Naime, kazna zatvora uvijek je alternativno propisana sa smrtnom kaznom koja se nije mogla propisati kao jedina glavna kazna za određeno krivično djelo. **Prema tome, poslije ukidanja smrtne kazne u zakonu ostaje propisan posebni zakonski minimum kazne zatvora koji je alternativno propisan uz smrtnu kaznu (10 godina) i opšti maksimum kazne zatvora koji se može izreći učiniocima krivičnih djela (15 godina), te sporna mogućnost izricanja kazne zatvora od 20 godina. Zato je preuzeti KZ SFRJ najblaži zakon u odnosu na sve krivične zakone usvojene poslije 14.12.1995. godine koji**

22 Istina, ostavljamo mogućnost da se u citiranom dijelu odluke Ustavnog suda mislilo na kombinaciju (spajanje) blažih odredbi jednog zakona sa blažim odredbama drugog zakona, o čemu odmah niže govorimo, što nije dozvoljeno. No, ako se radi o toj mogućnosti onda ta misao nije iskazana na razumljiv način.

23 Pravne odredbe su način na koji se iskazuju pravne norme, pri čemu treba imati u vidu da se dosta često odredbom daje samo jedan dio sadržaja pravne norme, dok se preostali dio njenog sadržaja, kao u slučaju o kojem govorimo, dobija logičkim putem.

predviđaju teže, strožije kažnjavanje: **KZ FBiH**-dugotrajni zatvor od 20 do 40 godina, **KZ RS**-doživotni zatvor i **KZ BiH**-dogotrajni zatvor od 20 do 45 godina). Važeći KZ FBiH (Službene novine FBiH, broj 36/03, 37/03, 21/04 i 69/04) je nepovoljniji krivični zakon od istog zakona iz 1998. godine, jer u članu 43. stav 2. određuje dugotrajni zatvor u trajanju od 20 do 45 godina. Nasuprot tome, važeći KZ RS (Službeni glasnik RS, broj 49/03 i 108/04) je blaži krivični zakon od istog zakona iz 2000. godine, jer u članu 32. stav 2. umjesto doživotnog zatvora sada propisuje dugotrajni zatvor u trajanju od 20 do 45 godina.

Prilikom ocjene koji je zakon blaži za učinioca, osnovna pravila za donošenje odluke o blažem zakonu postavljena su još početkom prošlog vijeka: „Od dva kaznena zakona blaži se mora primijeniti u cjelini, tj. isključivo. U tom cilju sud treba da podvede krivično djelo u pitanju i pod stari i pod novi zakon, i da prema tome utvrdi, koji je blaži, a to će biti onaj, čija se primjena na konkretan slučaj pokaže kao najpovoljnija za krivca. On ne smije, dakle, da spoji blaže odredbe jednog zakona sa blažim odredbama drugog, jer bi se onda primjenio jedan treći zakon, stvoren ovom kombinacijom, koji ne postoji, i koji je možda monstruozan.”²⁴ Blaži je onaj zakon koji pruža najpovoljniju krivičnopravnu situaciju za učinioca u cjelini, npr.: određenost i težina krivičnog djela, sistem krivičnopravnih sankcija, mogućnost ublažavanja i oslobođenja od kazne, rokovi zastare, mogućnost ponavljanja krivičnog postupka, pravne posledice osude, režim izvršenja kazne i dr.

Sve do sada navedeno ukazuje da princip legaliteta ne dozvoljava jednostran, površan pristup prilikom rješavanja bilo kog pitanja od koga zavisi ostvarenje zahtjeva zakonitosti, posebno u pogledu zakonitosti u izricanju krivičnopravnih sankcija.

III Sudska praksa i povratno dejstvo zakona

III.1 Presuda Suda BiH i Ustavnog suda BiH u predmetu *Maktouf*

U nastavku rada centralno mjesto imaju odluke Suda Bosne i Hercegovine i Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, koje su omogućile primjenu Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (donesenog 2003. godine).

24 Dr. Toma Živanović: Osnovi krivičnog prava – Opšti deo, str. 156., Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1922. godine

Analiza pojedinih dijelova tih odluka (onih koji se odnose na pitanje kojim se bavimo u radu) pokazaće kako se, u stvari, nije radilo o retroaktivnoj primjeni krivičnog zakona već o davanju povratnog dejstva pojedinim odredbama Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (onim odredbama tog zakona koje se odnose na krivična djela prema međunarodnom pravu a ta djela su u tom zakonu svrstana u grupu koja ima naziv „Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom“ – Glava XVII zakona).

Presuda **Apelacionog odjeljenja Suda BiH** broj Kpž 32/05 od 04.04.2006. godine je prva pravnosnažna presuda za krivična djela iz Glave XVII KZ BiH. Navedenom presudom optuženi Abduladhim Maktouf oglašen je krivim za krivično djelo - ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka e. u vezi sa čl. 31. KZ BiH i primjenom odredaba o ublažavanju kazne osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 5 (pet) godina. U ovoj presudi sud je zauzeo pravno shvatanje da je članom 4.a) KZ BiH

„...u cjelosti (je) u krivično pravni sistem BiH preuzeta odredba člana 7. stav 2. Evropske konvencije i njime je omogućeno izuzetno odstupanje od principa iz člana 4. Krivičnog zakona BiH, kao i odstupanje od obavezne primjene blažeg zakona u postupcima koji predstavljaju krivična djela prema međunarodnom pravu.... Ovaj izuzetak od obavezne primjene blažeg zakona ima svoje puno opravdanje i kada se ima u vidu opća svrha kažnjavanja iz člana 6. Krivičnog zakona BiH, jer je očigledno da se sa maksimalnom kaznom zatvora od 20 godina koju predviđa preuzeti KZ²⁵ (nakon ukidanja smrtne kazne) ne bi mogla ostvariti opća svrha kažnjavanja imajući u vidu težinu ovih krivičnih djela i nastupile posljedice pogotovo kada se imaju u vidu predmeti koji se prosljedjuju iz MKSJ na Sud Bosne i Hercegovine... Princip obavezne primjene blažeg zakona, prema mišljenju vijeća, isključen je u procesuiranju onih krivičnih djela za koja je u vrijeme njihovog izvršenja bilo potpuno predvidivo i opštepoznato da su protivna opštim pravilima međunarodnog prava.“

Prva primjedba koju u vezi sa citiranim stavovima moramo istaći je to da zakonodavac a ne sud, kako smo istakli u uvodnom dijelu rada, ima obavezu da, kad pojedinim odredbama zakona daje povratno dejstvo, utvrdi da takvo dejstvo pojedinih zakonskih odredbi zahtijeva opšti interes (što zakonodavac treba da učini posebnom odlukom). Na takav zaključak naprosto upućuje onaj dio iz citiranog teksta u kojem Sud kaže kako „Ovaj

izuzetak od obavezne primjene blažeg zakona ima svoje puno opravdanje i kada se ima u vidu opća svrha kažnjavanja iz člana 6. Krivičnog zakona BiH, jer je očigledno da se sa maksimalnom kaznom zatvora od 20 godina“ koju predviđa preuzeti KZ SFRJ, „ne bi mogla ostvariti opća svrha kažnjavanja imajući u vidu težinu ovih krivičnih djela i nastupile posljedice“.²⁶ Ovakve razloge, kojima, kao kriminalno-političkim, ima mjesta samo u postupku donošenja i izmjene zakona od strane zakonodavca ili utvrđivanju opšteg interesa za povratno dejstvo pojedinih odredbi zakona, ne treba da navodi redovni sud u obrazloženju svoje presude, jer, upuštajući se u vođenje kriminalne politike koja je u isključivoj nadležnosti zakonodavca, izlazi izvan okvira poslova koji su u savremenim demokratski uređenim državama povjereni sudovima²⁷.

Sljedeća primjedba na pomenute pravne stavove odnosi se na okolnost da sud potpuno zanemaruje činjenicu da je krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva već bilo propisano kao krivično djelo u nacionalnom (domaćem, unutrašnjem) zakonodavstvu u vrijeme izvršenja krivičnog djela iz pomenute presude. **Pravila međunarodnog prava koje je povrijedio optuženi u vrijeme izvršenja bila su predviđena u primarnim pravnim izvorima u pisanoj formi, istovremeno u međunarodnom pravu i domaćem zakonodavstvu. Konkretno, pravilo međunarodnog prava o zabrani uzimanja talaca za vrijeme oružanog sukoba eksplicitno je propisano u članu 3. stav 1. tačka 1.b) Ženevske konvencije (IV) o zaštiti građanskih lica za vrijeme rata od 12.08.1949. godine** koju je bivša Jugoslavija ratifikovala 1950. godine. Navedeno pravilo međunarodnog prava direktno je ugrađeno u domaći pravni sistem i predviđeno kao radnja izvršenja krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142. stav 1. KZ SFRJ. **Očigledno, djelo je bilo određeno u domaćem i međunarodnom pravu u vrijeme njegovog izvršenja, krivičnim zakonom je bila propisana krivičnopravna sankcija, pa je u konkretnom slučaju apsolutno isključena primjena člana 4.a) KZ BiH i člana 7. stav 2. Evropske konvencije.** Postojali su svi zakonski uslovi, sa aspekta principa legaliteta, za „**suđenje**” i „**kažnjavanje**” učinioca po članu 3. KZ BiH, jer su krivično djelo(u

26 Teško da bi ovome i zakonodavac mogao šta da doda u obrazloženju svoje odluke kojom utvrđuje postojanje opšteg interesa za davanje povratnog dejstva pojedinim odredbama zakona.

27 Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine nesumnjivo se, između ostalog, temelji i na principu podjele državne vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku.

domaćem i međunarodnom pravu) i krivičnopravna sankcija (u nacionalnom zakonu) bili propisani zakonom prije nego što je djelo učinjeno. Alternativu u pogledu određenosti krivičnog djela u nacionalnom ili međunarodnom pravu, na isti način kao KZ BiH, propisuju član 11. stav 2. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, član 7. stav 1. Konvencije, član 49. stav 1. Povelje o osnovnim ljudskim pravima u Evropskoj uniji, član 15. stav 1. MPGPP i član 75. stav 4. (c) Protokola I.

Dakle, član 4. a) KZ BiH je primjenjiv samo u pravnim situacijama kad određena činjenja ili nečinjenja nisu bila uopšte propisana kao krivična djela, ni u nacionalnom (krivični zakon), niti u međunarodnom pravu (međunarodne konvencije), niti su za njih bile propisane krivičnopravne sankcije. U takvim pravnim situacijama ne postoje uslovi ni za **suđenje** (nema zakonom propisanog krivičnog djela), niti **kažnjavanje** (nema zakonom propisane krivičnopravne sankcije) prema važećem unutrašnjem pravnom sistemu. To su neke buduće situacije u kojima određeno činjenje ili nečinjenje može da ugrozi ili povrijedi osnovne ljudske vrijednosti priznate od civilizovanih naroda koje se smatraju univerzalnim (npr. mir, život, sloboda, zdrava životna sredina, međunarodna bezbjednost i dr.).

Pozivanje na svrhu kažnjavanja kao osnov za retroaktivnu primjenu krivičnog zakona predstavlja afirmaciju zahtjeva kaznene politike na štetu principa legaliteta. Tačnije, pozivanje na svrhu kažnjavanja i pravdu je reafirmacija poznate formule njemačkog profesora filozofije prava Gustava Radbruch-a iz 1946. godine i stvaranje sistema suprotnom pravu, principu legaliteta i zabrani retroaktivnosti. Zastupnici ove teorije pravdu stavljaju iznad zakona i takva pravda stvara tzv. „**nadzakonsko pravo**”, za razliku od zakona koji po njima stvara „**zakonsko nepravo**”.²⁸ „Pravedno” je za njih apsolutna vrijednost, pa objektivna pravda ima prednost u odnosu na zakon. Međutim, potpuno se zaboravlja da je pravda subjektivna kategorija²⁹ koja direktno vodi u samo „moje pravo” koje širom otvara vrata za pravnu nesigurnost koja je suprotna pojmu pravne države i sistemu vladavine prava, što je Bosna i Hercegovina kao članica Savjeta/Vijeća Evrope dužna izgrađivati. **Održati objektivno dalje od subjektivnog u pravu je jedini način da se osigura da niko ne bude iznad zakona** (v.saglasno mišljenje sudije Zupančiča u predmetu Strelec

28 Opširnije: Vojislav Stanovčić „O dva shvatanja legaliteta”; <http://www.ius.bg.ac.yu>

29 Antonio Kaseze, *ibid.*, str. 162.

i dr. protiv Njemačke-presuda Evropskog suda za ljudska prava od 22.03.2001.)³⁰ **Inače, princip legaliteta u međunarodnom krivičnom pravu razlikuje se od istog principa u nacionalnim pravnim sistemima. U međunarodnom krivičnom pravu postoji očigledna težnja za održanjem ravnoteže između sprovođenja pravde i pravičnosti prema optuženom, pri čemu se uzima u obzir i očuvanje svjetskog poretka.**³¹ Treba li dodati da u takvim situacijama pravda i interesi svjetskog poretka imaju primat u odnosu na princip legaliteta i zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Zato se načelo zakonitosti u međunarodnom krivičnom pravu ne tumači na klasičan način svojstven evropskim kontinentalnim pravnim sistemima. Njegovi zahtjevi su uglavnom ispunjeni u odnosu na određena činjenja ili nečinjenja (djelo) čije zabrane proizlaze iz pisanih ili nepisanih normi u vrijeme izvršenja djela (ugovori, konvencije, odluke pojedinih organa međunarodne zajednice, međunarodni običaji ...). Međutim, princip legaliteta nije se protezao na krivičnopravne sankcije što je najveći nedostatak međunarodnog krivičnog prava. Tek nakon stupanja na snagu Rimskog statuta o osnivanju Međunarodnog krivičnog suda, može se govoriti o međunarodnim krivičnim djelima, koja su kompletna, tako da određena inkriminacija podrazumijeva kako utvrđivanje bitnih obilježja određenog djela, tako i unaprijed propisane sankcije za takva krivična djela.³²

Na princip obavezne primjene blažeg zakona bezrezervno obavezuju odredbe člana 15. stav 1. MPGPP koje su dio ustavnopravnog sistema BiH i direktno se primjenjuju sa svim međunarodnim konvencijama navedenim u Aneksu 1. Ustava BiH – Dodatni sporazumi o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u BiH. Dakle, MPGPP, Ženevska konvencija (IV) i Dopunski protokol I imaju istu pravnu snagu kao i Konvencija. Ako je to tako onda se međunarodno pravo u BiH mora primijeniti u punom obimu, a ne parcijalno. Princip legaliteta i obavezna primjena blažeg zakona potpuno su jasno propisani u članu 15. stav 1. MPGPP, članu 67. Ženevske konvencije (IV) i članu 75. stav 4. tačka c) Dopunskog protokola I. Ako se ovim međunarodnopravnim izvorima dodaju članovi 22., 23., i 24. Rimskog statuta i član 49. stav 1. Povelje o osnovnim pravima u Evropskoj

30 <http://www.bgcentar.org.yu/documents/Strelec>

31 Džon R.V.D. Džouns i Stiven Pauls, *ibid.*, str. 402.

32 Dr Milan Škulić, Pojam međunarodnog krivičnog prava str. 104, Međunarodni naučni skup „Primjena međunarodnog krivičnog prava od strane međunarodnih i domaćih sudova”, Tara 2006. godina

uniji koji su nerazdvojni dio sistema međunarodnog krivičnog prava, onda je vidljivo da su princip legaliteta i vremensko važenje zakona određeni na najpotpuniji način sa aspekta zaštite ljudskih prava, pravne sigurnosti i vladavine prava. Navedeni međunarodnopravni akti su dio međunarodnog prava odnosno međunarodnog krivičnog prava, međunarodnog običajnog prava i sadrže opšta načela međunarodnog prava. Ovdje treba posebno naglasiti značaj Rimskog statuta koji predstavlja prvu kodifikaciju međunarodnog krivičnog prava sa materijalnopravnog i procesnopravnog aspekta i, kojim se osniva stalni, trajni Međunarodni krivični sud sa sjedištem u Hagu, Holandiji kao Državi domaćinu. Postupak osnivanja Međunarodnog krivičnog suda vodila je Komisija za međunarodno pravo i *ad hoc* komitet u okviru Generalne skupštine UN od 1948. godine do 17.07. 1998. godine, kada je usvojen Rimski statut. Odluku o njegovoj ratifikaciji Bosna i Hercegovina je donijela 05.03. 2002. godine,³³ da bi 01.07.2002. godine Rimski statut stupio na snagu. Da se ovo imalo u vidu onda u presudi Suda BiH međunarodno pravo ne bi bilo djelimično primjenjeno i to samo u onom dijelu koji optuženog dovodi u teži procesni položaj i tako stvara procesnu situaciju za strožije kažnjavanje. Jednostavnim upoređivanjem posebnih zakonskih minimuma krivičnih djela ratnog zločina protiv civilnog stanovništva, očigledno je da je KZ SFRJ najblaži krivični zakon, jer je njegov propisani zakonski minimum kazna zatvora najmanje 5 (pet) godina, a opšti zakonski maksimum kazna zatvora od 15 godina sa mogućnošću izricanja kazne zatvora od 20 godina (sporno); dok je zakonski minimum kod istog krivičnog djela u KZ BiH propisana kazna zatvora od najmanje 10 (deset) godina, a propisani zakonski maksimum kazna dugotrajnog zatvora (od 20 do 45 godina). Da je primjenjen KZ SFRJ i odredbe o ublažavanju kazne koje su primjenjene u presudi Apelacionog odjeljenja, izrečena kazna zatvora bila bi sigurno manja od 5 (pet) godina. **Primjenu blažeg zakona ne isključuje Konvencija, jer zabrana izricanja teže kazne iz člana 7. stav 1. EKLJP nikako ne znači i zabranu blažeg kažnjavanja.** Dakle, član 7. stav 1. EKLJP izričito zabranjuje izricanje strožije kazne od one koja je bila propisana u vrijeme izvršenja krivičnog djela i ništa više. Konkretno, u vrijeme izvršenja djela bila je propisana smrtna kazna koja je stupanjem na snagu Ustava BiH i ukidanjem smrtno kazne ograničena na maksimalnu kaznu zatvora od 15 odnosno 20 godina. U slučaju izricanja kazne dugotrajnog zatvora (od 20 do 45 godina) izriče

se teža kazna i dolazi do očigledne povrede prava koje garantuje član 7. stav 1. EKLJP i nedozvoljene, retroaktivne primjene krivičnog zakona. **Na drugoj strani, član 7. stav 2. EKLJP samo omogućava suđenje i kažnjavanje za radnje koje nisu bile predviđene u času izvršenja kao krivično djelo, a nikako i zabranu blažeg kažnjavanja.** Posebno, ako se zna da međunarodno pravo nije propisivalo krivičnopravne sankcije za kršenje pravila međunarodnog prava sve do usvajanja Rimskog statuta. **Garancije sadržane u članu 7. EKLJP treba tumačiti i primjenjivati, kako slijedi iz njihove namjene i svrhe, na takav način da pružaju djelotvornu zaštitu protiv samovoljnog krivičnog gonjenja, suđenja i kažnjavanja** (v. presuda Evropskog suda za ljudska prava od 22.03.2001. godine, Strelec i dr. protiv Njemačke). Prema tome, ni u ovom slučaju nije se mogla izbjeći primjena blažeg zakona odnosno blaže kazne u postupku izricanja krivičnopravne sankcije, jer to nalažu opšta načela unutrašnjeg i međunarodnog krivičnog prava koja pružaju pravnu zaštitu od proizvoljnog kažnjavanja.

Pravna situacija nepostojanja zabrana odnosno nepropisivanje krivičnih djela i krivičnopravnih sankcija za teške povrede osnovnih ljudskih vrijednosti (primarno zločini agresije), u međunarodnom i nacionalnom zakonodavstvu, karakteristična je za završetak drugog svjetskog rata. Tada je međunarodna zajednica bila primorana odstupiti od principa legaliteta zbog nevjerojatno teških posljedica II svjetskog rata u kome je učestvovalo 58 država sa preko dvije milijarde stanovnika, a koji je završen sa više desetina miliona žrtava,³⁴ pretežno na strani civilnog stanovništva. Ovu pravnu situaciju najdirektnije potvrđuje presuda **Međunarodnog vojnog suda u Nirbergu** od 01.10.1946. godine: „Planiranje ili vođenje agresorskog rata ili rata kojim su kršeni međunarodni ugovori je zločin. Pravedno je kažnjavanje *ex post facto* onih koji, uprkos ugovorima i garancijama, napadnu susjedne države bez opomene. Optuženi su, s obzirom na svoje položaje u njemačkoj vladi, morali znati za ugovore koje je Njemačka potpisala i koji su isključili zakonitost pribjegavanja ratu u cilju rješavanja međunarodnih sporova te se zbog toga u ovom slučaju ne primjenjuje načelo *nullum crimen sine lege*.”³⁵

Navedeno shvatanje potvrđuje da je načelo zakonitosti u

34 Vladimir Todorović, Ratno pravo i bezbjednost str. 10, Službeni glasnik Beograd 1999. godine

35 Opširnije: Zvonimir Tomić, Nirberška presuda, Editio Memoria Juris, Sarajevo 2001. godine

međunarodnom krivičnom pravu preširoko i elastično tumačeno i da je zasnovano na praksi Nirnberškog tribunala. Tako je član 7. stav 2. EKLJP preuzeo tzv. **nirnberšku klauzulu** odnosno načelo zakonitosti prema dotadašnjem, fleksibilnom shvatanju principa legaliteta u međunarodnom krivičnom pravu zbog čega neke zemlje nisu ratifikovale ovaj član (npr. Njemačka). Rimski statut je prihvatio strogu koncepciju načela zakonitosti i tako se distancirao od dosadašnjeg međunarodnog prava, ali i od anglosaksonskog common law, i približio tradiconalnom shvatanju u evropskim kontinentalnim zemljama.³⁶ Razlog za novu koncepciju načela zakonitosti u međunarodnom krivičnom pravu treba tražiti i u činjenici da su usvajanjem Rimskog statuta stvoreni formalnopravni uslovi za suđenje najvećem broju lica, imajući u vidu broj država koje su pristupile statutu (više od 100 država). **Očekuje se da će se ubuduće suditi svima, ili najvećem broju izvršilaca krivičnih djela u nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda, a ne samo onima koji su mali, siromašni ili poraženi.**

Mora se reći da je Sud BiH pored nedozvoljenog davanja povratnog dejstva pojedinim odredbama KZ BiH („na osnovu“ člana 4.a tog zakona), retroaktivno primijenio EKLJP (član 7. stav 2.). U pitanju je tzv. materijalna retroaktivnost koja se odnosi na krivična djela i krivičnopravne sankcije, za razliku od procesne retroaktivnosti koja se uglavnom odnosi na valjanost procesnih radnji preduzetih za vrijeme važenja ranijeg zakona, procesne rokove i vrijeme osnivanja nadležnih sudova. To je na svojevrsan način pokazala dosadašnja analiza domaćih i međunarodnih pravnih izvora (Ustavi BiH i Entiteta, Statut Brčko Distrikta BiH, KZ SFRJ, KZ RS, KZ FBiH, MPGPP, Ženevska konvencija (IV), Dopunski protokol I, Rimski statut i dr.). Da je u konkretnom slučaju došlo do nedozvoljene, retroaktivne primjene člana 7. stav 2. EKLJP potvrđuje i presuda Velikog vijeća **Evropskog suda za ljudska prava** od 08.03.2006. godine: „**Prema opštem pravilu međunarodnog prava izraženom u članu 28. Bečke konvencije, odredbe međunarodnih ugovora ne primjenjuju se retroaktivno osim ako se stranke nisu izričito drugačije sporazumjele.** To je, istina, posebno za međunarodne ugovore kao što je Konvencija, koja predstavlja više od pukih uzajamnih obavezujućih dogovora između država ugovornica. Ona direktno stvara prava za privatne pojedince unutar njihovih nadležnosti (vidi presudu u predmetu Ireland v. the United Kingdom od 18.01.1978.). Stoga ovo gornje **pravilo o neretroaktivnosti**

36 Ivo Josipović, Davor Krapac, Petar Novoselec “Stalni međunarodni kazneni sud” str. 97, Narodne novine, Zagreb 2001. godine

međunarodnih ugovora nije mjerodavno samo za Sud, nego, prije svega, za domaće sudove kad su pozvani primjeniti Konvenciju. Sud, na račun svoje supsidijarne uloge u čuvanju ljudskih prava, mora biti oprezan da ne postigne rezultat koji bi bio jednak prisiljavanju domaćih vlasti da retroaktivno primjene Konvenciju.” (v. Blečić protiv Hrvatske, tačka 90 obrazloženja).³⁷ **Bosna i Hercegovina nije stavila rezerve na EKLJP, niti se izričito obavezala da će Konvenciju kao međunarodni ugovor retroaktivno primjenjivati.** Identične stavove u pogledu zabrane retroaktivne primjene međunarodnih ugovora do sada su zauzeli Stalni međunarodni sud pravde (v. Phosphates in Morocco, presuda od 14.06.1938.), i Međunarodni sud pravde (v. Lihtenštajn protiv Njemačke, presuda od 10.02.2005.). U istom smislu Nacrt Komisije za međunarodno pravo o odgovornosti država za međunarodne protivpravne akte (2001) koji je usvojila Komisija za međunarodno pravo 09.08.2001. godine. Naime, član 13. navedenog nacrta govori o važećim međunarodnim obavezama za državu samo ako je država vezana obavezom o kojoj se radi u trenutku nastanka akta (opširnije: obrazloženje presude Blečić protiv Hrvatske).

Predmet **Naletilić protiv Hrvatske** i odluka o prihvatljivosti od 04.05.2000. godine **Evropskog suda za ljudska prava** ne predstavlja odgovarajuću sudsku praksu, jer je u pitanju optužba za ratni zločin protiv čovječnosti koji KZ SFRJ nije predviđao kao posebno krivično djelo. Osim toga, i mnogo važnije, u pitanju je predmet iz nadležnosti Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju u Hagu (MKTJ) koji je formiran u maju 1993. godine kada je u pravnom sistemu BiH još uvijek egzistirala smrtna kazna, pa je rasprava o primjeni blažeg zakona besmislena. **MKTJ, kao međunarodni tribunal, nema mandat da primjenjuje nacionalno pravo bilo kojeg pravnog sistema, već ima zadatak da primjeni već postojeće humanitarno pravo (međunarodne konvencije, običajno pravo i opšta pravna načela).**³⁸ Inače, svi dosadašnji međunarodni krivični sudovi su *ad hoc* sudovi (Nirnberg, Tokio, Ruanda i Jugoslavija), dok je Međunarodni krivični sud u Hagu, osnovan Rimskim statutom, prvi međunarodni krivični sud koji je uspostavljen kao trajna institucija (član 1. Rimskog statuta). Sud BiH nije međunarodni krivični sud (*ad hoc* ili stalni), već domaći sud osnovan da bi osigurao efikasno ostvarivanje nadležnosti Bosne i Hercegovine i poštovanje ljudskih prava i vladavine zakona na njenoj teritoriji (član 1. Zakona o sudu BiH).

37 <http://www.pravosudje.hr>

38 Džon R.V.D. Džouns i Stiven Pauls, *ibid.*, str. 403.

Specijalni izvještaj Ombudsmana za ljudska prava BiH sa preporukom od 23.01.2007. godine ne rješava pravne probleme vezane za primjenu člana 4.a) KZ BiH, jer se brisanjem ovog člana ništa suštinski ne bi promijenilo imajući u vidu direktnu primjenu člana 7. stav 2. EKLJP u pravnom sistemu BiH.

U vezi sa odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu *Maktouf*,³⁹ o kojoj govorimo u narednim redovima, neophodno je najprije istaći da je jedno od suštinskih pitanja postavljenih od strane apelanta u tom predmetu bilo veoma jednostavno. Ono se, u najkraćem, može izraziti na sljedeći način: da li je za apelanta blaži KZ BiH, koji je važio u vrijeme vođenja krivičnog postupka protiv njega, ili je blaži KZ SFRJ koji je bio na snazi u vrijeme kada je apelant učinio krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva za koje je oglašen krivim? Ovo pitanje smo istakli iz dva razloga. Najprije zbog toga da bi se u nastavku lakše moglo pratiti ono što Ustavni sud, u vezi sa tim pitanjem, iznosi kao argumentaciju zbog koje ne prihvata stav apelanta da je za njega u konkretnom slučaju bio blaži KZ SFRJ. Drugi razlog je u tome što se samo nakon prethodnog formulisanja pitanja može lakše uočiti kako ono što Ustavni sud, s tim u vezi, iznosi kao svoje argumente u stvari nema veze sa suštinom postavljenog pitanja. Tako Ustavni sud navodi:

60. Jedan od apelantovih suštinskih navoda odnosi se na odnos predmetnog krivičnog postupka i člana 7. Evropske konvencije, odnosno, kako apelant navodi, osuđen je prema KZ BiH, a ne prema, u vremenu izvršenja, važećem KZ SFRJ, koji predviđa blažu sankciju.“

Zatim sud citira član 7. Evropske konvencije, nakon čega govori o njegovom obimu i vezi sa članom 6. Konvencije, a onda ističe:

„62.... Član 7. Evropske konvencije mora da se tumači i primjenjuje na način kojim se obezbjeđuje uspješna zaštita protiv arbitrarnog gonjenja, osude i kazne.

63. U predmetu *Kokkinakis protiv Grčke* (serija A, br. 260-A, str. 22, stav 52) Evropski sud je tumačio član 7. Evropske konvencije tako da taj član nije ograničen na zabranu retroaktivne primjene krivičnog zakona na štetu aplikanta već taj član, mnogo šire, sadrži princip da samo zakon može da ustanovi da postoji krivično djelo i da samo zakon može da propiše kaznu (nullum crimen, nulla poena sine lege) kao i princip da krivični

39 Ova odluka objavljena je u „Službenom glasniku BiH“, broj 71/07.

zakon ne smije da se široko tumači na štetu optuženog. U navedenom predmetu Evropski sud je posebno istakao da je ovaj zahtjev člana 7. Evropske konvencije zadovoljen kada pojedinac iz sadržaja relevantne odredbe, ukoliko je potrebno, uz pomoć tumačenja Suda, može da shvati koje krivične radnje i propusti mogu da ga učine krivično odgovornim.“

I pored naprijed jasno formulisanog pitanja (što je i ovaj sud učinio u citiranom dijelu stava 60. njegove odluke) Ustavni sud, ovakvim obrazloženjem, naprosto odvlači pažnju od suštine pitanja. A kad treba da odgovori na suštinsko pitanje Ustavni sud to čini na sljedeći način:

65. U konkretnom slučaju apelant izričito navodi da je djelo za koje je osuđen i u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo i po tada važećim propisima, ali posebno ukazuje na primjenu materijalnog prava u njegovom slučaju i problematizuje prevashodno koncept „blaže kazne“ odnosno „blažeg zakona“. On smatra da je KZ SFRJ, koji je važio u vrijeme kad je izvršeno krivično djelo za koje je apelant osuđen, a za koje je, između ostalog, za najteže oblike bila predviđena i smrtna kazna, blaži zakon od KZ BiH koji propisuje kaznu dugotrajnog zatvora za najteže oblike krivičnog djela za koje je apelant osuđen.

66. U vezi sa ovim apelantovim navodima, *Ustavni sud smatra da nije neophodno da detaljno obrazlaže koncept „blažeg zakona“* (naš kurziv) iako je činjenica da Statut međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju u članu 24. predviđa...“,

Dakle, Ustavni sud uporno izbjegava da govori o onome što predstavlja suštinski problem. I sudija tog suda Mato Tadić u svom izdvojenom mišljenju koje je suprotno odluci Ustavnog suda⁴⁰, s tim u vezi, navodi sljedeće:

40 Sudija Mato Tadić, govoreći u obrazloženju svog izdvojenog mišljenja o tome koji je zakon u konkretnom predmetu bio blaži za apelanta, navodi da je “8... Na prvi pogled blaži (je) zakon iz 2003. godine jer ne predviđa smrtnu kaznu. Međutim, pošto je već od stupanja na snagu Vašingtonskog sporazuma tj. Ustava u Federaciji BiH 1994. godine ukinuta smrtna kazna, što je samo potvrđeno i u Ustavu BiH iz 1995. godine, a imajući u vidu stanovišta koja su zauzeli redovni sudovi u Bosni i Hercegovini, u entitetima i Brčko distriktu (Vrhovni sud Federacije BiH, Vrhovni sud Republike Srpske i Apelacioni sud Brčko distrikta) da ne može da se izrekne smrtna kazna (ovakav stav je zauzeo i Dom za ljudska prava u slučaju Damjanović i Herak protiv Federacije Bosne i Hercegovine), proizlazi da je blaži zakon iz 1992. godine.”

„13. Ono što je interesantno je da je Ustavni sud ustvari izbjegao da odgovori na apelantovo pravno pitanje postavljeno o blažem zakonu. U svojoj odluci Ustavni sud polazi od toga da je zaista blaži raniji zakon ne obrazlažući zašto, ali da u ovom slučaju treba da se primijeni član 7. stav 2. Evropske konvencije, koji čini izuzetak od primjene blažeg zakona.“

Umjesto da se bavi suštinskim pitanjem, Ustavni sud će, kako ističe,

„69.... posebnu pažnju da obrati na izuzetke od člana 7. stav 1. Evropske konvencije⁴¹, a koji su, shodno opšteprihvaćenom mišljenju, regulisani stavom 2. istog člana.“

Govoreći o tim izuzecima Ustavni sud, između ostalog, ističe:

„73... da se član 7. stav 1. Evropske konvencije tiče krivičnih djela „prema nacionalnom ili međunarodnom pravu“. Isto tako, Ustavni sud posebno ukazuje na *tumačenja člana 7. u nizu tekstova* (naš kurziv) koji razmatraju ovu problematiku, a koji se zasnivaju na stavovima Evropskog suda shodno kojima osuda, koja je rezultat retroaktivne primjene nacionalnog prava, neće predstavljati kršenje člana 7. Evropske konvencije ukoliko je osuda zasnovana na zločinu prema „međunarodnom pravu“ u vrijeme kada je djelo počinjeno.“

Međutim, kada treba reći koja su to i čija tumačenja, u kojim i čijim tekstovima su iznesena te, što je najvažnije, kakva im je sadržina, o tome nema ni jedne jedine riječi u odluci suda. Izosatala je, dakle, bilo kakva sadržajna analiza iz koje bi se moglo zaključivati o tačnosti i vrijednosti tumačenja na koja je „ukazano“ od strane suda. Na ovakav način sud, u bitnom, obrazlaže i preostali dio ove odluke, a zatim u stavu 76. zaključuje:

41 Sudija Tadić u vezi sa ovim ekskursima Ustavnog suda u međunarodno pravo na zanimljiv način zapaža sljedeće: „11. Odluka se značajnim dijelom bavi historijom (Nirnberg, Tokio) te generalno međunarodnim aspektom, što je u ovom slučaju potpuno nepotrebno, jer je naše zakonodavstvo, kako je istaknuto, poznavalo ovo krivično djelo i, u vrijeme izvršenja djela, bila je propisana sankcija, za razliku od slučaja u Nirnbegu. Sem toga, apelant to i ne spori. Upravo apelant ističe da je domaće zakonodavstvo imalo inkriminirane radnje kodifikovane kao krivično djelo i sankciju, i samo traži da se to primijeni, tj. da je zbog neprimjene člana 142. preuzetog iz KZ SFRJ kao KZ BiH, došlo do povrede Ustava i Evropske konvencije u odnosu na član 7. stav 1.“

„76. Sve navedeno, shodno mišljenju Ustavnog suda, jasno utvrđuje da su ratni zločini „zločini po međunarodnom pravu“ u univerzalnom smislu nadležnosti za procesuiranje tako da i osuda za takva djela, shodno zakonu koji je naknadno propisao i utvrdio određena djela kao krivična i propisao posebnu krivičnu sankciju, *a koji to nisu bili po zakonodavstvu koje je bilo na snazi u vrijeme kada su djela počinjena*, ne bi bilo suprotno članu 7. stav 1. Evropske konvencije.“

U citiranom tekstu kurzivom smo označili njegov suštinski dio jer on ne odgovara činjenicama iz konkretnog predmeta. Naime, u vrijeme kada je apelant učinio djelo za koje je oglašen krivim to djelo je zakonom (KZ SFRJ) bilo određeno kao krivično djelo (ratni zločin protiv civilnog stanovništva) za koje je bila propisana posebna krivična sankcija. Zbog toga je više nego jasno da ovakav stav Ustavnog suda ne može izdržati kritiku.

Osim iz navedenih razloga, odluka Ustavnog suda BiH ne može izdržati kritiku i zbog još jednog razloga koji je, po našem mišljenju, kvintesenca cijelog slučaja koja objašnjava zašto je donesena ovakva odluka. Taj razlog vezan je za stav 69. odluke, kojim je i Ustavni sud ušao u vođenje kaznene politike, kao što je prije njega u predmetu protiv optuženog Maktoufa već učinio Sud Bosne i Hercegovine. Evo kako to čini Ustavni sud:

„69. U vezi sa tim, Ustavni sud smatra da nije moguće da se jednostavno „odstrane“ jedne sankcije i primijene druge, blaže sankcije i *da se time praktično ostave neadekvatno sankcionisana najteža krivična djela.*“

Ako se imaju u vidu i ostali naprijed navedeni dijelovi ove odluke i ono što smo u vezi sa njima rekli, a posebno onaj dio iz stava 73. odluke u kojem je navedeno da osuda koja je rezultat retroaktivne primjene nacionalnog prava neće predstavljati kršenje člana 7. Evropske konvencije ukoliko je zasnovana na zločinu prema „međunarodnom pravu“, nije teško zaključiti kako Ustavni sud u stavu 69. odluke iz kriminalnopolitičkih razloga u stvari daje povratno dejstvo pojedinim odredbama KZ BiH (onim koje se odnose na krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom). Na taj način ovaj sud se pretvorio u zakonodavca, čime je izašao iz okvira svojih ustavnih ovlaštenja.

III.2 Sudska praksa vrhovnih sudova Republike Srpske i Federacije BiH

Za pitanje zakonitosti u izricanju kazni značajan stav je zauzet u presudi **Vrhovnog suda Republike Srpske** broj Kž.146/03 od 25.03.2004. godine: "Kada je direktnom primjenom člana 1. Protokola 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava isključena mogućnost izricanja smrtna kazne, počiniocu krivičnog djela za koje je smrtna kazna alternativno propisana uz kaznu zatvora sa opštim maksimumom od 15 godina, sud je na osnovu odredbe člana 38. stav 2. Krivičnog zakona Republike Srpske – Opšti dio ovlašten da počiniocu takvog krivičnog djela izrekne kaznu zatvora od 20 godina, pa kada je optuženom za krivično djelo ubistva iz člana 36. stav 2. tačka 6. KZ RS – Posebni dio izrečena kazna zatvora od 20 godina, takvom odlukom o kazni nije počinjena povreda zakona na štetu optuženog iz člana 365. tačka 5. Zakona o krivičnom postupku."⁴² Prema obrazloženju navedene presude za predmetno krivično djelo, poslije 14.12.1995. godine kada je Konvencija postala sastavni dio pravnog sistema BiH, bile su alternativno propisane kazna zatvora najmanje 10 godina sa opštim maksimumom od 15 godina, zatvor od 20 godina i smrtna kazna, pa kako je direktnom primjenom člana 1. Protokola 6. uz Evropsku konvenciju **isključena** mogućnost izricanja smrtna kazne, to su kao alternativne kazne za krivično djelo ostale kazna zatvora od 10 do 15 godina i zatvor od 20 godina. Vrhovni sud RS zaključuje da kazna zatvora od 20 godina predstavlja alternativu za smrtnu kaznu, a ne zamjenu za tu kaznu, pa kada je isključena mogućnost izricanja smrtna kazne samim tim nije isključena i mogućnost izricanja kazne zatvora od 20 godina.

Protiv navedene presude Vrhovnog suda RS apelant je podnio apelaciju **Ustavnom sudu BiH**, između ostalog i zbog povrede člana 1. Protokola 6. o ukidanju smrtna kazne uz EKLJP. Suština apelacije se svodi na tvrdnju da je ukidanjem smrtna kazne praktično prestala da postoji i kazna zatvora od 20 godina, te da je sud mogao izreći samo kaznu zatvora od 10 do 15 godina. U odgovoru na apelaciju Vrhovni sud RS je dodao da je kazna zatvora od 20 godina bila propisana kao posebna kazna, a ne supstitut za smrtnu kaznu. Odbijajući kao neosnovanu podnesenu apelaciju Ustavni sud je u svojoj odluci broj AP-656/04 od 13.09.2005. godine, tačka 31. obrazloženja, zauzeo slijedeće stanovište: "Ukidanjem smrtna kazne,

⁴² Bilten sudske prakse I, str. 15, Vrhovni sud Republike Srpske, Banja Luka 2004. godine

a do donošenja Krivičnog zakonika Republike Srpske iz 2000. godine, nastala je pravna praznina, što je vidljivo u konkretnom slučaju, u vezi sa mogućnošću izricanja teže kazne od kazne zatvora od 15 godina, što je bio opšti maksimum kazne zatvora shodno članu 38. stav 1. Krivičnog zakonika Republike Srpske (Opšti dio) koji je primjenjen u konkretnom slučaju. Ukoliko bi se prihvatilo tumačenje koje zagovara apelant da je u takvoj pravnoj situaciji jedino moguće bilo da se izrekne kazna zatvora od 15 godina za teška krivična djela kao što je slučaj u konkretnom predmetu, postavlja se pitanje da li bi takvom primjenom zakona mogla da se postigne opšta svrha kažnjavanja iz člana 6. Krivičnog zakona Republike Srpske (Opšti dio).⁴³ **Očigledno, Ustavni sud je osnov za svoju odluku našao u razlozima kaznene politike, a ne u pravnim razlozima koji proizlaze iz principa legaliteta i obavezne primjene blažeg zakona.** U navedenim odlukama dvostruko je povrijeđen princip zakonitosti: primijenjena je kazna zatvora koja zakonom nije bila propisana u vrijeme izvršenja krivičnog djela (20 godina) i izrečena kazna je bila propisana, ali u zakonu koji je stupio na snagu poslije izvršenja krivičnog djela a taj zakon je teži, nepovoljniji za učinioca (Krivični zakonik RS).

Navedena pravna shvatanja teško mogu izdržati kritiku sa aspekta poštovanja principa legaliteta, a prije svega zakonitosti u izricanju kazne. Naime, učiniocima krivičnih djela može se izreći samo ona krivičnopravna sankcija koja je bila zakonom propisana. Oba suda se uporno pozivaju na odredbe člana 38. stav 2. KZ RS – Opšti dio, a prostim jezičkim tumačenjem iz navedene odredbe proizilazi da ona dozvoljava mogućnost izricanja zatvora od 20 godina za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna. Dakle, **mogućnost izricanja** je jedan pojam, a **zakonom propisana kazna** sasvim drugi pojam. Prema tome, kazna zatvora od 20 godina je supstitut, zamjena za smrtnu kaznu i po svom karakteru je nesamostalna kazna akcesorne prirode. Zbog toga, kazna zatvora od 20 godina u potpunosti dijeli sudbinu smrtne kazne kao glavne kazne. Uostalom, u sistemu kazni KZ RS – Opšti dio ne propisuje kaznu zatvora od 20 godina kao posebnu vrstu kazne. Naprijed navedene presude takođe pogrešno interpretiraju član 1. Protokola 6. uz Evropsku konvenciju navodeći da je njegovom direktnom primjenom isključena mogućnost izricanja smrtne kazne za krivična djela za koja je propisana. Međutim, Protokol 6. o ukidanju smrtne kazne u članu 1. prva rečenica

glasi: „Smrtna kazna se ukida.” Ako je to tako onda za krivično djelo iz člana 36. stav 6. KZ RS – Posebni dio ostaje zakonom propisana kazna: “zatvor od najmanje 10 godina,” (smrtna kazna se ukida, briše, nestaje iz zakona). Prema tome, kazna zatvora od najmanje 10 godina, kao posebni minimum, zakonom je propisana alternativna kazna sa smrtnom kaznom. Takođe, treba podsjetiti i na odredbe člana 38. stav 3. KZ RS – Opšti dio koje dozvoljavaju mogućnost propisivanja i zatvora od 20 godina za teške oblike krivičnih djela učinjenih sa umišljajem kod kojih je propisan zatvor u trajanju do 15 godina.

Navedene odredbe samo potvrđuju da kazna zatvora od 20 godina nije posebna vrsta vremenske kazne lišenja slobode i da se može izreći samo u dva slučaja: umjesto smrtne kazne (član 38. stav 2. KZ RS – Opšti dio) i za teške oblike krivičnih djela za koje je zakonom propisana (član 38. stav 3. KZ RS – Opšti dio). U svim slučajevima gdje postoji zabrana izricanja smrtne kazne, a ukidanjem smrtne kazne Protokolom 6. i Drugim fakultativnim protokolom uz MPGPP(1989) takva zabrana je nastala 14.12.1995. godine, apsolutno je isključena i mogućnost izricanja kazne zatvora od 20 godina.⁴⁴ Da zaključimo, za krivično djelo ubistva iz čl. 36. stav 2. tačka 6. KZ RS zakon propisuje kažnjavanje zatvorom od najmanje 10 godina ili smrtnom kaznom. Poslije stupanja na snagu Ustava BiH i ukidanja smrtne kazne, poštujući princip zakonitosti u pogledu određivanja i izricanja krivičnihopravnih sankcija, u konkretnom slučaju moguće je izreći kaznu zatvora u kaznenom okviru zakonom određenog posebnog minimuma (10 godina) i zakonom određenog opšteg maksimuma (15 godina). Svi krivični zakoni, počev od KZ SFRJ do KZ BiH, predviđaju i propisuju obaveznu primjenu blažeg zakona. Stoga je pogrešno pozivanje na član 7. stav 1. EKLJP u pokušaju zadržavanja smrtne kazne u našem krivičnompravnom sistemu do donošenja novih krivičnih zakona na entitetskom i državnom nivou. Naime, Konvencija propisuje minimalne pravne standarde koje mora poštovati svaka članica Savjeta Evrope. Međutim, **nacionalno krivično zakonodavstvo propisuje više standarde, pa umjesto zabrane određivanja teže kazne predviđa**

44 Dr Franjo Bačić: Krivično pravo – Opći dio, str. 456., Pravni fakultet Zagreb, 1986. godina: “Kad je zakon za tačno određeni krug osoba isključio svaku mogućnost izricanja smrtne kazne, onda ona i nije propisana za djelo koje su oni učinili, a za koje je inače ta kazna određena alternativno s kaznom zatvora. Za ove osobe onda postoji automatski apsolutna zabrana izricanja ove kazne. To onda isključuje i kaznu zatvora od 20 godina.”

obavezu primjenu blažeg zakona što je za svaku pohvalu sa aspekta zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda i pravne sigurnosti uopšte.⁴⁵

U tom pravcu i članovi 17. i 18. EKLJP koji govore o zabrani zloupotrebe prava i granicama primjene ograničenja prava. Dakle, zabranjeno je ukidanje prava ili sloboda priznatih Konvencijom, ali i ograničenje u većoj mjeri od one koja je predviđena Konvencijom.

Uostalom, u međunarodnom pravu postoji opšti princip po kome će se, u slučaju postojanja dva sukcesivna zakona koja se odnose na zakonitost izricanja kazne, kazna izricati po principu *favor libertatis*.

Navedena pravna shvatanja u pogledu vremenskog važenja krivičnog zakona prihvata i **Vrhovni sud FBiH**. Suština sudskih odluka svodi se na zaključak, da je poslije ukidanja smrtne kazne (Protokol 6. uz EKLJP, ali i Drugi fakultativni protokol uz MPGPP na osnovu Aneksa Ustava FBiH), u pravnom sistemu RBiH ostala mogućnost izricanja kazne zatvora od 15 godina odnosno 20 godina za najteže oblike krivičnih djela za koja bila propisana smrtna kazna. Zato se u slučaju sukcesije krivičnih zakona ima primijeniti blaži zakon, a to je KZ RBiH s obzirom da KZ FBiH za najteže oblike krivičnih djela predviđa i kaznu dugotrajnog zatvora od 20 do 45 godina (npr. presude VSFBiH br. Kž-252/04 od 26.08.2004. godine i Kž-294/04 od 18.11.2004. godine).

Princip legaliteta je i predmet ustavnopravnih sporova. Nisu rijetke odluke u kojima se utvrđuje da je protivustavno kažnjavanje pojedinaca za izvršenje krivičnog djela, kada takvo djelo u vrijeme izvršenja nije bilo propisano kao krivično djelo. Tako **Ustavni sud Republike Hrvatske** u odluci br. U-III/2270/2001 od 26.03.2002. godine zauzima sledeće stajalište: "Posebno Sud naglašava da je podnositelju utvrđena kaznena odgovornost i izrečena kazna u smislu odredbe Kaznenog zakona, a koji zakon se nije (jer nije bio niti donešen) primjenjivao u vrijeme počinjenja samog djela. Polazeći od takvih utvrđenja i očite pogrešne primjene mjerodavnog materijalnog prava u slučaju podnositelja, ocjena je ovog Suda da je isto rezultiralo povredom ustavnog prava podnositelja jer nitko ne može biti kažnjen za djelo koje prije nego je počinjeno nije bilo utvrđeno zakonom ili međunarodnim pravom kao kazneno djelo, niti mu se može izreći kazna koja nije bila određena zakonom, što je propisano odredbom

45 Damjan Kaurinović, Retroaktivna primjena krivičnog zakona, str. 541., Pravna riječ, Banja Luka 2006. godine

članka 31. st. 1. Ustava Republike Hrvatske.”⁴⁶

Sudovi u entitetima i Brčko Distriktu BiH u suđenjima za krivična djela ratnih zločina, kao i sudovi u Srbiji i Hrvatskoj koji su stvarno nadležni za predmete ratnih zločina, primjenjuju preuzeti KZ SFRJ kao krivični zakon koji je važio u vrijeme izvršenja djela. Primjena KZ BiH je moguća pred sudovima entiteta i Brčko Distrikta BiH samo u slučaju prenošenja vođenja postupka na sudove na čijem je području krivično djelo izvršeno ili pokušano, rješenjem Suda BiH na osnovu člana 27. ZKP BiH. Međutim, u takvoj pravnoj situaciji ponovo se mora dati odgovor na pitanje koji će se krivični zakon primijeniti, zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela ili jedan od zakona koji su stupili na snagu poslije izvršenja krivičnog djela.

IV Zaključak

Potpuno je izvjesno da se ova pravna situacija mogla riješiti mnogo ranije i na vrlo jednostavan način. **Bosna i Hercegovina je morala staviti rezerve prilikom potpisivanja Dejtonskog sporazuma na Konvenciju i Drugi fakultativni protokol uz MPGPP (1989) i tako stvoriti zakonske pretpostavke za propisivanje adekvatnih krivičnopравnih sankcija za teške povrede međunarodnog prava. Pored toga, Bosna i Hercegovina je propustila da uredi svoj zakonski sistem tako da omogući efikasno kažnjavanje i time ispuni svoje međunarodne obaveze iz člana V Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948) i člana 146. Ženevske konvencije (IV).** Ovo propuštanje je dodatno ugrozilo interese žrtava, posebno na strani civilnog stanovništva, a sudije neizbježno dovelo u nepotrebna profesionalna iskušanja. Tamo gdje nastaje sukob između pravne sigurnosti i pravde, između zakona koji se sadržinski može pobijati, ali je pozitivan, i između pravednog prava koje, međutim, nije pretočeno u formu zakona, uistinu postoji sukob pravde sa samom sobom, sukob između prividne i stvarne pravde.⁴⁷

Zato sudija Vold s pravom zaključuje: „Vladavina prava...zahtijeva od sudova da priznaju statute i pravila koji ih obavezuju u vršenju njihovih ovlašćenja čak i ako ta ograničenja smetaju razumljivoj težnji da se norme

46 <http://www.sljeme.usud.hr>

47 Gustav Radbruch, „Filozofija prava” Pravni fakultet Beograd, 1998, str.227.

ljudskih prava dovedu do maksimuma. Ako pravo treba da vlada, onda sudovi moraju da prednjače u poštovanju prava.”⁴⁸

Ovom zaključivanju, kojem se teško šta može dodati, nažalost ne odgovara sudska praksa na koju smo naprijed ukazali. Naročito se to odnosi na presudu Suda Bosne i Hercegovine i odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu *Maktouf* u kojima su se ovi sudovi, umjesto da priznaju zakon i pravila koja se odnose na primjenu blažeg zakona na učinioca krivičnog djela, upustili u vođenje kaznene politike i davanja povratnog dejstva pojedinim odredbama zakona, čime su izašli izvan okvira svojih nadležnosti imanentnih svakoj od ove dvije vrste sudova u savremenim demokratskim državama.

Nikome ne može biti izrečena sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije zakonom bilo propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana krivična sankcija. Vrhovni princip krivičnog zakonodavstva, princip legaliteta, ne smije biti doveden u pitanje u bilo kom njegovom elementu. Odstupanja od načela zakonitosti su isključena u odnosu na određivanje krivičnog djela i krivičnopravne sankcije. Zbog toga je retroaktivnost ili povratna primjena krivičnog zakona zabranjena, osim u slučaju retroaktivne primjene blažeg zakona (što ne znači i mogućnost za sud da daje povratno dejstvo pojedinim odredbama zakona, jer je to u isključivoj nadležnosti zakonodavca).

Smisao odredbe člana 4.a) KZ BiH je da omogući suđenje i kažnjavanje za neka buduća činjenja ili nečinjenja koja nisu uopšte predviđena kao krivično djelo u unutrašnjem (krivični zakon), niti u međunarodnom pravu (međunarodne konvencije), niti su za ta djela propisane krivičnopravne sankcije, a mogla bi dovesti u opasnost osnovne civilizacijske vrijednosti (npr. mir, život, zdrava životna sredina, međunarodna bezbjednost ...). Zbog toga je isključena retroaktivna primjena pomenute odredbe na krivična djela koja su u vrijeme izvršenja bila propisana u unutrašnjem i međunarodnom pravu i za koja su domaćim zakonom bile propisane krivičnopravne sankcije.

Prema opštem pravilu međunarodnog prava odredbe međunarodnih ugovora ne primjenjuju se retroaktivno osim ako se stranke nisu izričito drugačije sporazumjele. Pravilo o neretroaktivnosti međunarodnih ugovora mjerodavno je prije svega za domaće sudove kad primjenjuju Konvenciju. U takvim slučajevima ne može se izbjeći primjena blažeg

zakona u postupku izricanja krivičnopravne sankcije, jer to nalažu opšta načela unutrašnjeg i međunarodnog krivičnog prava.

Princip obavezne primjene blažeg zakona sadržan je u ustavno-pravnom sistemu BiH. Iz međunarodnih konvencija koje se direktno primjenjuju u pravnom sistemu BiH, Rimskog statuta i Povelje o osnovnim pravima u Evropskoj uniji, proizlazi opšti princip međunarodnog prava po kome se, u slučaju postojanja dva sukcesivna zakona koja se odnose na zakonitost izricanja kazne, kazna izriče po principu *favor libertatis*.

Pozivanje na svrhu kažnjavanja i pravdu radi retroaktivne primjene strožijeg zakona predstavlja afirmaciju ciljeva kaznene politike na štetu principa legaliteta i stvaranje sistema suprotnog pravu, načelu zakonitosti i zabrani retroaktivnosti.

Nastala pravna situacija je posledica propuštanja Bosne i Hercegovine da stavi rezerve prilikom potpisivanja Protokola 6. uz EKLJP (1983) i Drugog fakultativnog protokola uz MPGPP (1989) i tako stvori zakonske pretpostavke za propisivanje adekvatnih krivičnopravnih sankcija za teške povrede međunarodnog prava. Istovremeno, Bosna i Hercegovina nije ispunila svoje međunarodne obaveze preuzete iz Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948) i Ženevske konvencije (IV), jer je propustila da blagovremeno uredi svoj zakonski sistem koji omogućava efikasno kažnjavanje.

Sudijama ostaje da primijene zakon, jer ako se gradi sistem vladavine prava onda sudovi moraju da prednjače u poštovanju prava.

Damjan Kaurinovic
Milan Blagojevic, PhD

Retroactive Application of Criminal Code – Key Issue of Judicial Practice in Bosnia and Herzegovina

The paper analyses very complex, both from theoretical and practical point of view, issue of retroactiveness in criminal law. In this sense, the authors provide comparative overview of ways of determining the principle of legality in international law, especially referring to the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (1789), Universal Declaration of

Human Rights (1948), Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1949), European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (EKLJP, Convention, 1950). The paper provides special chronological overview of legal determination of the principle of legality and retroactive application of laws in general and analyses in depth the Criminal Code of the Republic of Serbia.

Key words: retroactiveness, human rights, international documents,
judicial practice: Republika Srpska, BiH