

ПРИНЦИП ЗАКОНИТОСТИ У КОНТЕКСТУ РЕТРОАКТИВНЕ ПРИМЈЕНЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА

Др Витомир Поповић*
Слађана Марић*

Увод

Сваки закон, као општи акт којим се регулишу одређени друштвени односи, ограничен је просторно и временски. То значи да се закон због правне сигурности грађана и принципа владавине права примјењује на одређеној територији, и да има своје временски ограничено трајање. У даљем тексту у смислу одабране теме, ставиће се акценат само на временско важење закона.

У правном систему било које државе у савременом добу, а с обзиром на све веће промјене у друштву, постоји стална потреба за измјенама и допунама постојећих закона, те потреба за доношењем сасвим нових закона, који на различит начин дефинишу односе у односу на ранији закон. Ово је посебно карактеристично за земље у транзицији, као што је Босна и Херцеговина. Да би један закон ступио на снагу, нужно је да се објави, а ово због тога да би јавност, односно они на које се закон односи били упознати са истим како би се испоштовао принцип *Ignorantia legis neminem excusat*. Престанак важења „стarih закона“ могуће је регулисати на разне начине: тако што ће се новим законом рећи да даном ступања на снагу новог закона, престаје да важи стари закон; могуће је да нови закон у прелазним и завршним одредбама предвиди рок до када ће се примјењивати стари,

* Редовни професор и декан Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

* Начелник сектора за почетну обуку у Центру за едукацију судија и тужилаца Републике Српске

или да ће се у одређеним ситуацијама примјењивати одредбе старог закона; или да закон престане истеком рока за који је донесен.

У сваком случају, „сваки правни систем рачуна са оним законима који важе у одређеном времену, али да би их разграничио од претходних и на тај начин подредио домене њихове примјене, постављено је једно опште правило према коме се нови закон примјењује за будуће вријеме“.¹ Ово наравно, као што је већ и речено, из разлога правне сигурности, јер се субјектима не може ставити на терет то што се нису понашали у прошлости на начин како је то утврђено новим законом, јер су они били дужни да поштују важећи закон у времену.

Настанак и развој принципа неретроактивности

Овај принцип вуче своје коријене још из римског права, почев од доба Цицерона², који је у једном од његових забиљежених говора енергично осудио ретроактивност закона, затим преко Паулуса и Улпиануса, два велика правника римског доба који такође стоје на становишту да се закон не примјењује на „угашене послове“, а онда и Теодозија I (393. г.н.е.) према чијој конституцији закони треба да буду окренути будућности, а не прошлости. У Општем земаљском праву Пруске (пруски Ландрехт из 1794. године) постављен је принцип по коме се нови закон не може примијенити на ранија факта и акта. У вези института неретроактивности у 18. вијеку посебно треба напоменути Декларацију о правима човјека и грађанина из 1793. године, која чини саставни дио тзв. Монтањарског устава од 24. јуна 1793. године, а према којој, закон који би кажњавао за кривична дјела почињена прије његовог постојања, био би насиље; ретроактивно дејство дато неком закону био би злочин.³ Француски *Code civile* у члану 2 наводи правило према коме закон нема ретроактивно дејство већ се он односи на будућност.

Ретроактивност у кривичном праву треба нужно посматрати са становишта принципа законитости. Овај принцип прокламован је још за вријеме Француске револуције, а основни циљ принципа закони-

¹ Слободан Перовић, *Ретроактивност закона и других опитих аката*, Теорија сукоба закона у времену, Научна књига Београд 1987. године, цитат.

² Од 106. до 43. године прије нове ере

³ Члан 14 Декларације

тости тумачи се тада као заштита слободе појединаца од могуће арбитрности јавне власти.

Међутим, кривично право у односу на неретроактивност, током историје, а што се одржало и данас, како у међународним документима, тако и у националним законодавствима, издваја се по својој специфичности и принципу примјене блажег закона (ретроактивност *in mitius*). То значи да се уколико се један закон измијенио једном или више пута од када је кривично дјело почињено, на учиниоца кривичног дјела примијениће се закон који је блажи за њега. Наравно, уколико то није случај, обавезна је примјена закона који је важио у вријеме извршења дјела.

Принцип законитости у кривичном законодавству

Принцип законитости је једно од најважнијих начела кривичног законодавства, како са аспекта заштите људских права и слобода, тако и са аспекта правне сигурности и владавине права. Оно је, сасвим се поуздано може рећи, неприкосновено начело у кривичном законодавству.

Забрана ретроактивне примјене кривичног закона као једно од основних начела кривичног права, присутно је у скоро свим домаћим законодавствима као и у међународном кривичном праву. Начело кроз које се овај принцип изражава је садржано у латинској изреци *Nullum crimen sine lege*, и скоро увијек се појављује заједно са забраном ретроактивне примјене кривичне санкције *nulla poena sine lege*.⁴

Антонио Касезе истиче да је начело законитости, засновано или на начелу материјалне правде или на начелу стриктне законитости.⁵

⁴ William A. Schabas, "Perverse Effects of the Nulla Poena Principle: National Practice and the Ad Hoc Tribunals", *European Journal of International Law*, 11 (issue 3), pp. 521 - 539, September 2000 .

⁵ A. Cassese, *Међународно кривично право*, (Београдски центар за људска права, Београд 2005), стр.160.

3.1. Начело материјалне правде⁶

Правни систем, према овом начелу, штити јавни поредак и казни свако антисоцијално понашање без обзира да ли је оно било инкриминисано или не, односно ставља интересе друштва изнад интереса појединаца.⁷

Примјена овог начела у савременом законодавству, заснива се на чувеној "Радбруховој формули" која наглашава да је начело правне сигурности од толике важности да се ваља привремено придржавати и прописа претходног недемократског режима, осим ако су ти прописи изразито злочиначког карактера али и да од позитивног права треба одступити у корист правде у "оном случају кад је несклад између права које се заснива на закону и ...правде неподношљив".⁸

3.2. Начело стриктног легалитета⁹

Принцип стриктне законитости полази од тога да се особа може сматрати кривично одговорном само онда ако је у тренутку када је извршила неко дјело важећи правни систем то дјело прогласио као кривично дјело. Дакле, принцип стриктног легалитета, који је опште прихваћени принцип у земљама континенталног права, те према томе и у праву БиХ, налаже да се кривично дјело и казна могу примијенити само ако су били као такви и предвиђени у кривичном праву, а само у изузетним случајевима је оправдана примјена начела материјалне правде засноване на Радбруховој формули.¹⁰

Принцип стриктне законитости је дубоко укоријењен у највећем броју земаља континенталног правног система.¹¹ У овим земљама, начело законитости је дефинисано као врхунско начело уставом уређене државе којим се осигурава принцип правне сигурности, другим ријечима, начело законитости има такав значај који се огледа у

⁶ Проф. др Витомир Поповић, мр Борис Топић и Слађана Марић, *Nullum crimen, nulla poena sine lege, War crimes on trial*, Бања Лука 2008. године, Правни факултет Бања Лука

⁷ А. Cassese, *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд 2005, стр. стр. 160.

⁸ *Ibid.*, 162.

⁹ Проф. др Витомир Поповић, мр Борис Топић и Слађана Марић, *Nullum crimen, nulla poena sine lege, War crimes on trial*, Правни факултет Бања Лука, Бања Лука 2008.

¹⁰ А. Cassese, *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд 2005, стр. 161.

¹¹ *Ibid.*, 163.

ограничавању арбитрарне употребе принуде од стране законодавне и судске власти. У континенталноправној теорији, уобичајено се сматра да начело законитости обухвата четири захтјева.

Ту је прије свега максима *nullum crimen, sine lege scripta* која проповиједа да обиљежја кривичног дјела и казне могу бити одређени само законом, дакле писаним актом донесеним од стране законодавне власти по прописаној процедури а не подзаконским актима или правилима обичајног права или пак путем судске праксе. Други захтјев се односи на начело одређености кривичног дјела (*nullum crimen sine lege certa*), који налаже да се инкриминације неког људског понашања дају што јасније и одређеније, у правилу без прибјегавања уопштеним формулацијама и клаузулама или вишесмисленим појмовима. С овим у вези, стоји и захтјев који се односи на законску одређеност казне (*nulla poena sine lege scripta*) која мора бити одређена бар релативно, односно по врсти и у одређеним оквирима. Коначно начело стриктне законитости артикулише и идеју којом се забрањује примјена аналогije у кривичном праву.¹²

Укратко, начело стриктне законитости настоји да одбрани појединце од самовоље власти и утемељено је на доктрини *favor rei* (у корист оптуженог) те је дијаметрално супротно темељном захтјеву начела материјалне правде, захтјеву *favor societatis* (у корист друштва).

Иако разлике између *common law* система и континенталног система на први поглед дјелују непремостиве, ипак се може закључити да се и у једном и у другом систему прихвата начело стриктне законитости, које захтијева да је одређено понашање било инкриминисано у вријеме почињења, путем закона у материјалном смислу, под условом да је закон адекватно доступан и формулисан довољно прецизно да омогући грађанима да регулишу своје понашање.¹³

3.3. Принцип законитости у међународним инструментима

Начело легалитета је признато и као људско право у многим међународним инструментима о људским правима.

¹² Види, Casesse, стр. 163, М. Бабић, Коментар КЗ БИХ.

¹³ ЕЦХР, апликација 8710-79Х. Лтд и У против Уједињеног Краљевства, Одлука од 7. маја 1982.

Универзална декларација о људским правима¹⁴ у свом члану 11 став 2 предвиђа:

"Нико се не смије осудити за дјела или пропуштања која нису представљала кривично дјело по унутрашњем или међународном праву у вријеме када су извршена. Исто тако не смије се изрицати тежа казна од оне која се могла примијенити у вријеме када је кривично дјело извршено."

Међународни пакт о грађанским и политичким правима (ППП)¹⁵ у свом члану 15 прописује:

1. Нико се неће сматрати кривим за дјела или пропуштања која нису представљала кривично дјело према домаћем или међународном праву у вријеме када су била почињена. Исто тако, неће се изрећи тежа казна од оне која се може примијенити у тренутку када је кривично дело било извршено. Ако касније, послије извршења дела, законском одредбом буде предвиђена примјена лакше казне, преступник ће се тиме користити.

2. Ништа се у овом члану не противи суђењу и осуди лица због радњи или пропуштања која су се у вријеме када су почињена сматрала за кривична дела према општим правним начелима која признаје међународна заједница.

На сличан начин Европска конвенција о људским правима и основним слободама¹⁶ у члану 7 гарантује:

1. Нико се не може сматрати кривим за кривично дјело настало чињењем или нечињењем које није представљало кривично дјело у вријеме извршења, према националном или међународном праву. Исто тако, изречена казна неће бити тежа од оне која се примјењивала у вријеме извршења кривичног дјела.

2. Овај члан не утиче на суђење или кажњавање било које особе која је крива за чињење или нечињење, ако је то дјело у вријеме извршења представљало кривично дјело према општим правним начелима признатим код цивилизованих народа.

¹⁴ Universal Declaration of Human Rights, G.A. res 217 A (III), U.N.Doc. A 810 at 71 (1948).

¹⁵ Усвојен Резолуцијом 2200А (XXI) Генералне скупштине 16. децембра 1966. године. Ступио на снагу 23. марта 1976. године, у сагласности са чланом 49.

¹⁶ Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода ЦЕТС Но. 005, отворена за потписивање 4/11/1950 ступила на снагу 3/9/1953, измијењена Протоколом 11 који је ступио на снагу 1. новембра 1998. године.

4. Начело законитости у праву БиХ и ретроактивна примјена кривичног закона

Унутрашње право Босне и Херцеговине чврсто прихвата начело законитости у кривичном праву. Оно је садржано у свим кривичним законима који се примјењују у Босни и Херцеговини, који предвиђају да се "кривична дјела и кривичноправне санкције прописују само законом", те да "никоме не може бити изречена казна или друга кривичноправна санкција за дјело које, прије него што је учињено, није било законом или међународним правом прописано као кривично дјело и за које није била законом прописана казна". Домаће право БиХ, слиједећи континентално правну теорију, прије свега њемачку правну доктрину, прихвата ригидни, стриктни принцип легалитета који обухвата *nullum crimen, sine lege scripta, nullum crimen sine lege certa u nulla poena sine lege scripta*.

Поред овог, основног начела, домаће право такође установљава обавезу примјене блажег закона, прописујући да се на учиниоца кривичног дјела примјењује закон који је био на снази у вријеме учињења кривичног дјела али исто тако наглашавајући да "ако се послје учињења кривичног дјела једном или више пута измијени закон, примијениће се закон који је блажи за учиниоца". Дакле, према праву БиХ, учиниоцима кривичних дјела има се судити по закону који је важио у вријеме извршења кривичног дјела, али сходно принципу *favor rei* судови су обавезани на примјену и тзв. међузакон ако су они блажи по учиниоца кривичног дјела. Ово начело утемељено је како у кривичном законодавству бивше СФРЈ, тако и у свим кривичним законима у Босни и Херцеговини.

Примјена блажег закона, у смислу изузетка неретроактивности кривичног закона, активирала је правну јавност, укључујући посебно судове у БиХ, да приликом утврђивања који је то закон блажи за учиниоца, узме у обзир и то да је након потписивања Дејтонског мировног споразума, који је у директну примјену увео Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода и њених Протокола, укључујући и Протокол 6 који се односи на смртну казну, којим је уклоњена смртна казна из система Босне и Херцеговине, а која је законима бивше СФРЈ била прописана за одређена дјела, између осталог и за дјела „ратних злочина“.

Из изложеног може се закључити да су два основна елемента принципа законитости, како у кривичном законодавству БиХ, тако и у

међународном кривичном праву: законитост у кажњавању (кривична дјела и кривичноправна санкција могу се прописати само законом, и никоме не може бити изречена казна или друга кривичноправна санкција за дјело које, прије него што је учињено, није било законом или међународним правом прописано као кривично дјело и за које законом није била прописана казна) и забрана ретроактивности закона (на учиниоца кривичног дјела примјењује се закон који је био на снази у вријеме извршења кривичног дјела).

Једино одступање од забране ретроактивности закона је уколико се после извршења дјела једном или више пута измијени закон, на учиниоца ће се примијенити закон који је блажи. Јасно је да ће се начело забране неретроактивности прекршити само у случају да је измијењени закон блажи за учиниоца. Међутим, уколико тај услов није испуњен, забрана ретроактивности остаје, и на учиниоца се примјењује закон који је био на снази у вријеме извршења дјела примјеном начела законитости. Од тог правила нема одступања, јер би у супротном забрана ретроактивности, и начело законитости као темељно начело кривичног законодавства изгубило свој смисао.

5. Суђења за ратне злочине у Босни и Херцеговини и принцип временског важења кривичног закона

Ентитетски Врховни судови у Босни и Херцеговини у предметима који се тичу суђења за ратне злочине досљедно примјењују принцип временског важења кривичног закона, те на дјела почињена за вријеме оружаног сукоба у Босни и Херцеговини примјењују кривични закон који је важио у вријеме извршења дјела (КЗ СФРЈ), а у погледу изрицања казни за дјела "ратних злочина" изричу највишу казну, казну затвора од 20 година, која је била предвиђена КЗ СФРЈ, као законом који је важио у вријеме извршења кривичног дјела, која казна се могла изрећи само у два случаја: умјесто смртне казне и за тешке облике кривичних дјела за које је законом прописана.

Ови судови полазе стриктно од одредаба материјалног права које налажу суду да ако се после учињења кривичног дјела једном или више пута измијени закон, примијениће се закон који је блажи за учиниоца (принцип *favor rei*)¹⁷, те посматрају Протокол 6 уз Европску

¹⁷ Ово начело било је прописано КЗ СФРЈ, а као такво се задржало и у сада важећем кривичном законодавству на подручју БиХ.

конвенције као "међузакон", односно најблажи закон којим је уклоњена смртна казна из правног система БиХ.

С друге стране Суд БиХ сматрао је да је примјена начела законитости искључена у случајевима процесуирања особа за које се сматра да су починила тешка кршења међународног права у току оружаног сукоба у БиХ. Протокол 6 Европске конвенције, Суд није посматрао као "међузакон", због чега је заузео став да је КЗ БиХ из 2003. године блажи по починиоце, јер за разлику од КЗ СФРЈ које је важио у вријеме извршења тих кривичних дјела, не предвиђа смртну казну.¹⁸

Исто мишљење изразио је и Уставни суд БиХ у својој одлуци број АП-1785/06 по апелацији Абдуладхима Мактоуфа поднесеној против Пресуде Суда БиХ број КПЖ – 32/05. Подносилац апелације сматрао је да је Суд БиХ повриједио његова права због тога што је у поступку који је вођен против њега за кривична дјела „ратног злочина“ применио КЗ БиХ, а не, према апелантовом мишљењу, за њега повољнији КЗ СФРЈ који је важио у вријеме извршења кривичних дјела, те указао на неједнака законска рјешења и практичну примјену материјалног права на ентитетском нивоу.

У вези са овим апелантовим наводима, изненађујуће је то да је Уставни суд сматрао да није неопходно детаљно образлагати концепт „блажег закона“ а у прилог томе позвао се на члан 24 Статута међународног кривичног суда за бившу Југославију.

Уставни суд такође у својој одлуци наводи да неће детаљно образлагати и анализирати прописе везане за апелацију, него ће посебну пажњу обратити на изузетке од члана 7 став 1 Европске конвенције, а који су, према општеприхваћеном мишљењу, регулисани ставом 2 истог члана.

Анализирајући овај изузетак, Уставни суд констатује да су „ратни злочини „злочини по међународном праву“ у универзалном смислу надлежности за процесуирање, тако да и осуда за таква дјела, према закону који је накнадно прописао и утврдио одређена дјела као кривична и прописао посебну кривичну санкцију, а који то нису били по законодавству које је било на снази у вријеме када су дјела почињена, не би било супротно члану 7 став 1 Европске конвенције“, те одлучио да у том смислу нема повреде права апеланта.

Уставни суд дакле, констатује да се на учиниоце „ратних злочина“ може ретроактивно примјенити закон важећи у вријеме

¹⁸ Овај став имао је Суд све до одлуке број Х-КЖР-06/299 од 25. 03. 2009. године, када заузима сасвим супротан став.

суђења, који није био на снази у вријеме извршења, уколико се ради о дјелима која како се у члану 4 а) наводи, у вријеме када су учињена представљају кривична дјела у складу са општим начелима међународног права.

Свакако да ова констатација стоји, и да није спорна примјена члана 4а), односно члана 7 став 1 и 2 Европске конвенције, коју Босна и Херцеговина примјењује и која има приоритет у односу на домаће законе, али се Уставни суд у својој одлуци не бави чињеницом да су кривична дјела „ратних злочина“ управо била прописана као кривична дјела законом који је био на снази (КЗ СФРЈ) у вријеме извршења кривичних дјела „ратних злочина“, и за исте је била прописана најтежа казна с обзиром на заштићену вриједност, доводећи на тај начин своје наводе и ставове у контрадикцију. Да се Устави суд упустио у расправљање о наведеном, онда би свакако примјеном начела законитости и принципа примјене блажег закона, а на чију примјену је обавезан не само домаћим законодавством, већ и важећим међународним инструментима, онда би морао да се упусти у оцјену блажег закона за учиниоца *in concreto*. Међутим, из поменуте одлуке Уставног суда, јасно произилази да је Уставни суд избјегао да одговори на питање апеланта о примјени блажег закона, позивајући се на Статут међународног кривичног суда за бившу Југославију, што свакако нема правну логику, јер се Статут не односи на домаће судове.

Овакво мишљење аутора текста, које су исти изразили и раније¹⁹ добија на својој снази чињеницом да судије Уставног суда БиХ приликом доношења одлуке у предмету Мактоуф нису имале јединствен став у погледу примјене блажег закона, а што у свом издвојеном мишљењу судија Тадић и конкретно истиче: „пред домаћим судовима треба примијенити блажи закон, тј. закон који је вриједио у вријеме извршења кривичног дјела. Који је закон блажи није тако једноставно одговорити, и ово правно питање је пуно сложеније него што то на први поглед изгледа. Пролазећи кроз неких десетак критерија које је теорија и пракса до сада разрадила, долази се до тога да је у овом случају кључни моменат заузимања становишта блажег закона прописана санкција (казна). Како је у ранијем кривичном законодавству екс Југославије, које је Босна и Херцеговина преузела својом Уредбом 1992. године, постојало истовјетно кривично дјело (члан 142. преузетог КЗ СФРЈ, са запријеђеном казном затвора од пет година или смртном

¹⁹ Проф. др Витомир Поповић, мр Борис Топић и Слађана Марић, *Nullum crimen, nulla poena sine lege, War crimes on trial*, Правни факултет Бања Лука, Бања Лука 2008.

казном), а у новом кривичном законодавству које је примијењено у конкретном случају (члан 173. КЗ БиХ, казна затвора од десет година или дуготрајни затвор), основно питање је који је закон блажи. На први поглед блажи је закон из 2003. године јер не предвиђа смртну казну. Међутим, пошто је већ од ступања на снагу Вашингтонског споразума тј. Устава у Федерацији БиХ 1994. године укинута смртна казна, што је само потврђено и у Уставу БиХ из 1995. године, а имајући у виду заузета становишта редовних судова у Босни и Херцеговини, у ентитетима и Брчко Дистрикту (Врховни суд Федерације БиХ, Врховни суд Републике Српске и Апелациони суд Брчко Дистрикта) да се не може изрећи смртна казна (овакав став је заузео и Дом за људска права у случају Дамјановић и Херак против Федерације Босне и Херцеговине), произлази да је блажи закон из 1992. године. Према овим становиштима и закону, максимална казна затвора која се може изрећи за ово кривично дјело била би 20 година затвора.”

У вези са позивањем на члан 7 став 2 Европске конвенције, судија Тадић каже: “ Позивања на члан 7. став 2. Европске конвенције овдје није релевантно. Став 2. члана 7. Европске конвенције има функцију да, прије свега, покрије кривични прогон за кршење Женевских конвенција пред међународним тијелима установљеним за овакве случајеве, као што је нпр. Међународни кривични суд за бившу Југославију и Руанду и да покрије правно случајеве пред домаћим судовима када домаће законодавство није прописало ове инкриминације као кривична дјела, односно није обухватило све елементе обиљежја ових дјела по Женевским конвенцијама. У овом предмету то није случај. Истоврсно кривично дјело је постојало у домаћем законодавству и у вријеме извршења и у вријеме суђења, и стога досљедно треба примијенити све институте кривичног права и гарантирана уставна права, као и права гарантирана Европском конвенцијом.”

У смислу позивања Уставног суда на Статут међународног суда за ратне злочине за бившу Југославију, судија Тадић такође дијели мишљење аутора, па каже: „Случај Налетелић овдје није релевантан јер је у том случају особу оптужио међународни тужитељ пред међународним судом, који је посебно заснован и има своја овлаштења утврђена резолуцијом Уједињених народа и Статутом, те не примјењује национално законодавство, него властите процедуре и санкције/казне.“²⁰

²⁰ Види одлуку Уставног суда БиХ

Судија Тадић се осврће и на становиште уваженог професора Државног универзитета у Фиренци господина Antonia Cassesa...“који је сам био једно вријеме предсједник Међународног кривичног суда у Хагу. У својој стручној експертизи коју је радио 2003. године на тему *Мишљење о могућности ретроактивне примјене неких одредби новог кривичног закона Босне и Херцеговине*, професор Cassese констатује: "На крају да се посветимо питању да ли Суд БиХ, у случају злочина за које нови кривични закон прописује тежу казну од оне која је била предвиђена ранијим законом, треба примијенити блажу казну. Одговор на ово питање може само бити потврдан. Овај закључак почива на двије правне основе: прво у међународном праву постоји опћи принцип по којем када је један злочин предвиђен у два сукцесивна прописа, а један од њих намеће мање строгу казну, ова казна је та која треба бити одмјерена по принципу *favor libertatis*; друго, овај принцип се експлиците спомиње у члану 7.1. Европске конвенције о људским правима и основним слободама у којем се каже да се не смије одредити тежа казна од оне која је била примјењивана у вријеме када је кривично дјело извршено. Према томе, ‘Суд БиХ треба увијек примјењивати лакшу казну кад год постоји разлика у дужини казне између старе и нове кривичне одредбе. Јасно је да се ретроактивна примјена кривичног закона односи само на казну а не и на остале елементе овог члана”

Оно на шта посебно указује је да је Уставни суд у ствари избјегао одговорити на постављено правно питање апеланта о блажем закону. У својој одлуци Уставни суд полази од тога да је заиста блажи ранији закон не образлажући зашто, али да у овом случају треба примијенити члан 7 став 2 Европске конвенције, који чини изузетак од примјене блажег закона, те истиче да је његово мишљење ”да је требало прво одговорити је ли блажи закон из 1992. године или из 2003. године, па овисно о одговору на ово питање дати одговор на друго отворено питање. Наиме, ако није блажи закон из 1992. године, онда остаје само отворено питање дискриминације. Ако је, пак, блажи закон из 1992. године, онда се мора одговорити зашто у овом случају неће бити примијењен. Уставни суд је ишао овим другим путем, тврдећи да не треба примијенити блажи закон, с чим се нажалост не слажем, а да претходно није утврдио који је блажи.”

Одлука Уставног суда са у сваком случају тачним и опште-прихваћеним наводима, подлијеже озбиљној критици правне јавности, а поготово редовних судова у БиХ. Наиме, Уставни суд је пропустио да на детаљнији начин објасни због чега сматра да примјена КЗ БиХ из

2003. на кривична дјела почињена у оружаном сукобу 1992-1995. године потпада под изузетке предвиђене ставом 2 члана 7 Европске конвенције и исто тако није се дотакао питања ефекта Протокола 6 Европске конвенције о људским правима на кривично законодавство БиХ, а који се, према схватању ентитетских врховних судова, посматра као међузакон.

О примјени начела *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, Омбудсман за људска права БиХ заузео је битно другачије становиште. У својој препоруци број П-01/07 од 24. јануара 2007. године Омбудсман износи сљедеће:

„Основна начела кривичног права присутна у кривичном праву СФРЈ као и у кривичном праву БиХ су заједничка и међународном кривичном праву. Једно од тих основних начела је и право *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* које подразумијева примјену кривичног закона и казне која је важила у вријеме извршења кривичног дјела.

Дакле, начело *nullum crimen* (начело законитости), обавезује на примјену права које је било у вријеме извршења кривичног дјела те намеће закључак да на кривична дјела која су почињена током рата има да се примјени КЗ СФРЈ осим ако се каснији закон не показује блажим по учиниоца.“

Преокрет у резонавању Суда БиХ је недавно донесена одлука број Х-КРЖ-06/299 25.03.2009. године Одјела за ратне злочине, вијећа Апелационог одјељења Суда БиХ, у кривичном предмету против оптуженог Куртовић Зијада, због кривичног дјела ратног злочина којом је Вијеће Апелационог одјељења одлучујући по жалбама Тужилаштва БиХ и браниоца оптуженог, изјављеним против пресуде овог суда број Х-КР-06/299 од 30.04.2008. године, дјелимично уважило жалбу браниоца оптуженог на начин да је преиначило првостепену пресуду Суда БиХ у правној оцјени и правној квалификацији дјела, тако да се радње које су под одређеним тачкама оптужнице за кривична дјела ратног злочина, а које су у првостепеној пресуди квалификоване по Кривичном закону БиХ, за које је оптужени оглашен кривим, правно квалификују као кривична дјела по Кривичном закону СФРЈ. У образложењу другостепене одлуке, Вијеће наводи да је повријеђен материјални закон на штету оптуженог будући да првостепено вијеће није примијенило Кривични закон СФРЈ (Преузети КЗ) као закон који је важио у вријеме извршења кривичног дјела, чиме је повријеђен принцип законитости, као и принцип обавезне примјене блажег закона,

обзиром на висине запријеђених казни у Преузетом КЗ за дјела за која је оптуженог и осудило.

Надаље Суд у обласложењу наводи да из одредаба КЗ БиХ произилази да је правило да се на учиниоца кривичног дјела првенствено примјењује закон који је био на снази у вријеме извршења дјела, и да је од овог принципа могуће одступити једино у интересу оптуженог, односно једино уколико се након извршења дјела закон измијени на начин да је измијењени закон блажи за учиниоца. Од принципа примјене блажег закона могуће је одступити, како то Суд наводи једино у случајевима прописаним чланом 4а), односно када би примјена блажег закона спријечила суђење или кажњавање за радње које представљају кривична дјела према општим начелима међународног права.

Према томе, закључује Суд, одредба из члана 4а) КЗ БиХ омогућава изузетно одступање од принципа из чланова 3 и 4 КЗ БиХ, да би се обезбиједило суђење и кажњавање за оне поступке који представљају кривична дјела према међународном праву, односно која представљају кршење норми и правила која имају општу подршку од свих народа, која су општег значаја, односно која се сматрају или представљају универзалне цивилизацијске тековине савременог кривичног права, у ситуацији када таква поступања нису била предвиђена као кривична дјела у националном, односно унутрашњем кривичном законодавству у вријеме када су учињена.

У конкретном случају и закон који је био на снази у вријеме извршења дјела, једнако као и закон који је тренутно на снази, прописују кривичноправне радње за које је оптужени оглашен кривим као кривична дјела, те постоје законски услови за суђење и кажњавање учиниоца за предузете радње по оба закона, па је процјеном блажег закона *in concreto*, а примјеном члана 4 КЗ БиХ, Апелационо вијеће сматрало је да је Преузети КЗ, као закон времена извршења кривичних дјела, истовремено и закон који је у конкретном случају блажи за учиниоца, те је у том смислу побијану пресуду преиначило у погледу правне оцјене и квалификације дјела.²¹

²¹ Види одлуку Суда БиХ.

Закључак

Начело законитости које је дубоко укоријењено у кривичном праву бивше Југославије је исто тако дубоко укоријењено у свијести правника у Босни и Херцеговини. Проучавањем одлука ентитетских врховних судова, као и мишљења бројних домаћих правних стручњака, може се закључити да начело законитости исти дају *sacro sancti* карактер, а то значи да се ово начело не може никако нарушити, те да је ретроактивна примјена кривичног закона дозвољена само у случају примјене блажег закона. Исти такав карактер овог начела утврђен је и Међународним пактом о грађанским и политичким правима и Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода, чиме је признато као основно људско право чланом 7 Европске конвенције и чланом 15 ПГП-а. Оба ова међународна уговора о људским правима се директно примјењују у Босни и Херцеговини. Треба посебно нагласити да је овим уговорима забрањена дерогација од овог права чак и у ванредним ситуацијама.²²

Изузетак од правила неретроактивне примјене кривичног закона предвиђен је другим ставом како члана 15 ПГП-а, тако и члана 7 Европске конвенције. То значи да начело законитости не отклања кажњавање за радње које су биле законите према унутрашњем праву, али инкриминисане према тада важећем међународном праву. Конкретно, то значи да државе могу доносити ретроактивне унутрашње прописе да би омогућиле да се казне лица која су извршила злочине по међународном праву.

²² Члан 15 став 2 Европске конвенције:

"У доба рата или друге јавне опасности која пријети опстанку нације, свака висока страна уговорница може предузети мјере које одступају од њених обавеза по овој конвенцији, и то у најнужнијој мјери коју захтијева хитност ситуације, с тим да такве мјере не буду у нескладу с њеним другим обавезама према међународном праву.

Претходна одредба не допушта одступање од члана 2. осим у погледу смрти проузроковане законитим ратним поступцима, или члана 3. и 4, став 1. и члана 7".

Члан 4 ПГП-а:

"У доба када опстанак нације угрози изванредна јавна опасност, која је проглашена званичним путем, државе уговорнице овог Пакта могу предузети, у обиму строго одређеном захтевима ситуације, мере којима се укидају обавезе предвиђене у овом Пакту, с тим да те мере не буду неспојиве с другим обавезама које им намеће међународно право и да собом не повлаче дискриминацију засновану искључиво на раси, боји, полу, језику, вероисповести или друштвеном пореклу. 2. Претходна одредба не даје овлашћење ни на какво одступање од чланова 6, 7, 8 (став 1. и 2), 11, 15, 16. и 18."

Овај изузетак предвиђен ставом 2 члана 7, је примјењив је само у оном случају, уколико принципи међународног права нису, на било који начин инкорпорирани у домаћи закон и само кад се кршење тих принципа може окарактерисати као "чињење или нечињење" које представља злочин против човјечности²³, а што је у својој пракси утврдио и Европски суд у многим одлукама.

Анализирајући одредбе домаћег кривичног законодавства, те споменутих међународних уговора који се директно примјењују у БиХ, долазимо до одговора да у случају Босне и Херцеговине не може доћи до примјене става 2 члана 7 Европске конвенције јер је иста инкорпорисала опште принципе међународног права којима се предвиђа кажњавање за дјела ратних злочина још у Кривичном закону СФРЈ.

Ово коначно потврђује и Суд БиХ у својој одлуци број Х-КРЖ-06/299 25.03.2009. године истичући да је примјена члана 4 а), који је идентичан члану 7 став 2 Европске конвенције, једино могућа у ситуацији када поступци који представљају кривична дјела према међународном праву нису били предвиђени као кривична дјела у националном законодавству у вријеме када су учињена.

Оно што, условно речено, може бити спорно у поступцима суђења за ратне злочине у БиХ је примјена блажег закона, с обзиром да је један закон био на снази у вријеме извршења дјела ратних злочина, а други за вријеме суђења за та дјела.

Упоређивањем ова два закона, може се констатовати да КЗ БиХ предвиђа оштрије санкције за она дјела која су на исти начин била предвиђена КЗ СФРЈ, на тај начин што повисује законски минимум казне и утврђује казну дуготрајног затвора, док је КЗ СФРЈ утврдио општи минимум казне од 15 дана и општи максимум од 15 година, те предвидио да за кривична дјела за која је прописана смртна казна, суд може изрећи и затвор од двадесет година, дакле алтернативно законску казну. На први поглед, без дубље анализе могло би се тврдити да је КЗ БиХ блажи због тога што не предвиђа смртну казну, садржану у КЗ СФРЈ. Међутим, даљом анализом прописа, односно узимајући у обзир чињеницу да је смртна казна као кривична санкција забрањена протоколом 6 уз Европску конвенцију која има приоритет над свим законима у Босни и Херцеговини, примјена смртне казне не долази у обзир. Како постоји обавеза анализе и међузакона, а како је Европска конвенција дио законодавства БиХ, чијим Протоколом 6 је измијењен

²³ P. van Dijk et al., *Теорија и пракса Европске конвенције о људским правима*, (Сарајево, 2001), 459.

КЗ СРФЈ, у погледу неких од дјела из области ратних злочина исти је блажи по учиниоца од КЗ БиХ.

То коначно закључује и Суд БиХ задњом одлуком, наводећи да Апелационо вијеће сматра да је КЗ СФРЈ, као закон који је био на снази у вријеме извршења кривичних дјела ратних злочина, једнако као и закон који је тренутно на снази, прописује кривичноправне радње за које је оптужени оглашен кривим, закон који је блажи за учиниоца.

Имајући у виду овакав став Суда БиХ, поред чињенице да су и ентитетски судови у предметима ратних злочина, већ раније у својим пресудама резоновали на исти начин, чини се да правосуђе у БиХ коначно успоставља јединствену праксу у суђењима за ратне злочине, што представља велики корак у правној сигурности грађана у БиХ за суђење у предметима ратних злочина, а што свакако указује да је правосуђе БиХ на добром путу поштовања принципа владавине права.

Коначно се може без икакве задршке закључити да у погледу суђења за ратне злочине пред судовима у Босни и Херцеговини у циљу поштовања начела легалитета те поштовања општег принципа међународног права *favor rei*, судови у Босни и Херцеговини, тако и Суд БиХ, увијек требају примијенити блажи закон за учиниоца, односно закон који прописује блажу казну, уколико су дјела која је учинилац починио прописана као кажњива по оба закона.

