Olivera Ševo*

Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci

NAČELO ZAKONITOSTI I SUĐENJE ZA ZLOČIN PROTIV ČOVEČNOSTI U BOSNI I HERCEGOVINI

Apstrakt: Rad se bavi suđenjem za zločin protiv čovečnosti u Bosni i Hercegovini (BiH) posmatranim kroz prizmu načela zakonitosti. Suđenje za zločin protiv čovečnosti u BiH otvorilo je pitanje poštovanja načela zakonitosti u ovim suđenjima i učinilo vidljivim niz antagonizama u pogledu shvatanja ovog načela u različitim granama prava i pravnim sistemima. U tom svetlu, rad nastoji da odgovori na pitanje kako je došlo do suđenja za zločin protiv čovečnosti u okviru pravosudnog sistema BiH, a uvažavajući činjenicu da zločin protiv čovečnosti nije bio propisan u zakonu vremena izvršenja krivičnog dela, te koje su reperkusije takvog suđenja po načelo zakonitosti kako je ono shvaćeno u kontinentalnoj krivičnopravnoj tradiciji. U radu se pojašnjava struktura pravosudnog sistema u BiH u kontekstu nadležnosti za suđenje zločina protiv čovečnosti, kao i položaj načela zakonitosti u zakonodavstvu BiH. Potom se rad bavi razvojnim putem suđenja za zločin protiv čovečnosti u BiH kroz analizu sudske prakse Suda Bosne i Hercegovine, Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i Evropskog suda za ljudska prava, koja je povezana sa pitanjem poštovanja načela zakonitosti u ovim suđenjima. Konačno, u radu se nastoji dati prikaz shvatanja načela zakonitosti u okviru različitih grana prava i utvrditi njihov odnos sa načelom zakonitosti posmatranim iz ugla kontinentalne krivičnopravne tradicije.

Ključne reči: načelo zakonitosti, zločin protiv čovečnosti, Sud Bosne i Hercegovine, Evropski sud za ljudska prava.

UVOD

Oružani sukob u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu: BiH) ostavio je iza sebe veliki broj učinjenih međunarodnih krivičnih dela. Vreme od početka suđenja za međunarodna krivična dela učinjena na prostoru BiH do danas prati niz pravnih problema. Iako su često u fokusu pojedini pravni problemi koji postoje u vezi sa osnivanjem *ad hoc* Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju¹ i pojedinim

* asistent, olivera.sevo@pf.unibl.org.

1 Puni naziv ovog suda je Međunarodni tribunal za krivično gonjenje lica odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na teritoriji bivše Jugoslavije nakon 1991. U ovom radu će se koristiti naziv Haški tribunal ili MKTJ.

segmentima njegovog rada, čini se da ništa manji problemi nisu postojali i kada su u pitanju postupci pred nacionalnim pravosuđem za krivična dela koja su počinjena u ovom periodu. S obzirom na činjenicu da je u toku oružanog sukoba veliki broj krivičnih dela izvršen na prostoru današnje BiH, upravo se pravosuđe ove države i suočilo sa masovnim procesuiranjem međunarodnih krivičnih dela. Jedno od pitanja koje je (možda i ponajviše) podelilo stručnu i naučnu javnost jeste pitanje poštovanja načela zakonitosti u ovim postupcima. Ta podeljenost se odnosi na dva pitanja. Prvo – koji zakon treba da bude primenjen prilikom procesuiranja ratnih zločina u BiH, Krivični zakon SFRJ (u daljem tekstu: KZ SFRJ)² kao zakon vremena izvršenja krivičnih dela ili Krivični zakon BiH (u daljem tekstu: KZ BiH)³ kao zakon vremena suđenja, i drugo – da li je moguće procesuiranje zločina protiv čovečnosti koji nije bio inkriminisan zakonom vremena izvršenja krivičnog dela. U pogledu oba pitanja, svoj stav je dao i Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP), jednom u vidu presude, a drugi put u vidu odluke o (ne)dopustivosti. Upravo će stav ESLJP u pogledu mogućnosti procesuiranja zločina protiv čovečnosti poljuljati uvreženo shvatanje principa *nullum crimen sine lege*, dok će kažnjavanje za ovo krivično delo prema zakonu suđenja (KZ BiH) poljuljati i drugi segment načela zakonitosti – *nulla poena sine lege*.

Ovaj rad za predmet ima procesuiranje zločina protiv čovečnosti u BiH posmatrano iz ugla poštovanja načela zakonitosti. S obzirom na to da je BiH zemlja koja ima veliki broj procesuiranih predmeta zločina protiv čovečnosti, a da to delo nije bilo propisano zakonom vremena izvršenja ovih krivičnih dela, cilj rada je da predstavi razvojni put procesuiranja zločina protiv čovečnosti u BiH ukazujući na različitosti u razumevanju načela zakonitosti u krivičnom pravu i međunarodnom pravu, kao i na reperkusije koje ova suđenja imaju u pogledu doslednosti poštovanja načela zakonitosti onako kako se ono shvata u kontinentalnom krivičnom pravnom sistemu.

1. NADLEŽNOST ZA SUĐENJE ZLOČINA PROTIV ČOVEČNOSTI U BIH

Procesuiranje ratnih zločina u BiH je prošlo kroz različite faze. Prva faza suđenja za ratne zločine (pa i zločin protiv čovečnosti) podrazumevala je podeljenu nadležnosti između entitetskih sudova u BiH i Haškog tribunala, pri čemu je Haški tribunal imao prednost.⁴ U tom periodu se suđenje za zločin protiv čovečnosti odvijalo prevashodno pred Haškim tribunalom. Nakon početka rada Suda Bosne i

2 Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, *Službeni list SFRJ*, br. 44/76, 34/84, 74/87, 57/89, 3/90 i 38/90.

3 *Službeni glasnik BiH*, br. 3/2003, 32/2003 – ispr., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015 i 35/2018.

4 Rešenje prema kojem se Haškom tribunalu daje prednost u procesuiranju ratnih zločina se u literaturi ističe kao loše. Nasuprot njemu, kao bolje i prihvatljivije ističe se rešenje koje nacionalnom pravosuđu daje primat uz ustanovljavanje komplementarne nadležnosti, kao u slučaju Međunarodnog krivičnog suda osnovanog Rimskim statutom. Vid. više: M. Škulić /2020/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd, p. 36–37; Z. Stojanović /2016/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd, p. 153–155.

Hercegovine (u daljem tekstu: Sud BiH) u punom kapacitetu 2005. godine,⁵ nadležnost za procesuiranje međunarodnih krivičnih dela postaje dodatno fragmentirana i podrazumeva nadležnost Haškog tribunala, Suda BiH i entitetskih sudova. Paralelno sa početkom rada Suda BiH, započinje i rad na tzv. Izlaznoj strategiji Haškog tribunala koja ima za cilj okončanje postupaka pred ovim *ad hoc* tribunalom i ustupanje predmeta u skladu sa Pravilom 11*bis*⁶ nacionalnim pravosudnim sistemima.⁷ Cilj i jednog i drugog je bio da se utaba put ka samostalnijem suđenju za ratne zločine u BiH. To je dovelo do usvajanja Državne strategije za rad na predmetima ratnih zločina 2008. godine, prema kojoj je utvrđena nadležnost Suda BiH za procesuiranje zločina protiv čovečnosti.⁸ Nakon više godina i niza poteškoća 2020. godine je usvojena i Revidirana strategija za rad na predmetima ratnih zločina, čiji Aneks A takođe predviđa da će za predmete koji uključuju procesuiranje zločina protiv čovečnosti biti nadležan Sud BiH⁹.

2. POLOŽAJ NAČELA ZAKONITOSTI U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU BIH

Kao fundamentalno načelo materijalnog krivičnog prava, načelo zakonitosti zauzima važno mesto u većini evropskih zakonodavstva, a ono je često i načelo ustavnog ranga.¹⁰ U tom smislu nema razlike ni u pogledu krivičnog zakonodavstva u BiH. Krivični zakon BiH u čl. 3 propisuje da nikom ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za delo koje pre nego što je izvršeno nije bilo zakonom ili *međunarodnim pravom (prim. aut.)* propisano kao krivično delo i za koje zakonom nije bila propisana kazna. Takođe, članom 4. predviđena je obavezna primena zakona vremena izvršenja krivičnog dela, osim u slučaju kada je novi zakon blaži po učinioca. Ono što predstavlja različitost u pogledu važenja načela

5 Sud BiH je osnovan 2000. godine. On je u početnim godinama nakon osnivanja u svom sastavu imao i domaće i međunarodne sudije. Vid.: Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini, <https://www.osce.org/files/f/documents/f/2/108105.pdf>, 4. mart 2021. To je dovelo do označavanja ovog suda kao hibridnog. Vid. npr.: B. Ivanišević /2008/: *The War Crimes Chamber in Bosnia and Herzegovina: From Hybrid to Domestic Court*, International Center for Transitional Justice, New York, p. 39; M. Babić /2021/: *Međunarodno krivično pravo*, Banjaluka, p. 49–50.

6 Pravilnik o postupku i dokazima, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev34_bcs.pdf, 3. mart 2021.

7 To je podrazumevalo da će Haški tribunal preneti predmete koji uključuju hijerarhijski srednje i niže rangirana lica na nacionalni nivo.

8 Državna strategija za rad na predmetima ratnih zločina, http://www.mpr.gov.ba/web_dokumenti/drzavna%20strategije%20za%20rad%20na%20predmetima%20rz.pdf, p. 41–42, 4. mart 2021. Ovde treba imati na umu da se pravi razlika između predmeta zaprimljenih u rad kod sudova i tužilaštava pre 1. marta 2003. godine i nakon tog datuma. Ovaj datum je zapravo datum usvajanja KZ BiH i ZKP BiH. U odnosu na prve, nadležnost pripada entitetskim sudovima uz mogućnost da budu preuzeti od Suda i Tužilaštva BiH. U pogledu drugih, nadležnost pripada Sudu i Tužilaštvu BiH uz mogućnost da ih ustupi entitetskim sudovima.

9 Aneks A, http://www.mpr.gov.ba/web_dokumenti/default.aspx?id=10811&langTag=bs-BA, 4. mart 2021.

10 Schabas navodi da je načelo zakonitosti u praksi Međunarodnog tribunala za Liban određeno kao *ius cogens* norma, što govori o značaju ovog načela. Vid.: W. A. Schabas /2015/: *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Oxford, p. 328.

zakonitosti u KZ BiH u odnosu na zakone u zemljama okruženja (Hrvatske, Srbije, Crne Gore), ali i u odnosu na jedan od entitetskih zakona u BiH – Krivični zakonik Republike Srpske, jeste deo odredbe koji se odnosi na kažnjavanje za delo koje je pre nego što je izvršeno bilo propisano međunarodnim pravom.¹¹ Povezano sa tim, KZ BiH ima još jednu dopunjujuću odredbu. Naime, čl. 4a KZBiH koji nosi naziv „suđenje i kažnjavanje za krivična djela prema opštim načelima međunarodnog prava”, propisuje da čl. 3 i čl. 4 neće sprečavati kažnjavanje za delo koje je predstavljalo krivično delo *u skladu sa opštim načelima međunarodnog prava (prim. aut.)*.¹² Na ovaj način, u KZ BiH unesena je odredba kakvu do sada naše zakonodavstvo nije poznavalo i koja je u dobroj meri suprotstavljena shvatanju ovog načela u kontinentalnoj krivičnopravnoj tradiciji (koje je prihvaćeno i na našem prostoru),¹³ pre svega u segmentima koji se odnose na *lex certa*, *nullum crimen sine lege praevia* i *nulla poena sine lege praevia*.

Načelo zakonitosti obuhvata dva povezana sadržaja. Prvi se odnosi na zakonitost krivičnog dela i izražava se latinskom formulacijom *nullum crimen sine lege*, dok se drugi odnosi na zakonitost kazne i izražava formulacijom *nulla poena sine lege*. Kada je reč o zakonitosti dela, ovo načelo implicira više zahteva od kojih je jedan *nullum crimen sine lege certa (lex certa)* koji, kako je shvaćen u nacionalnom krivičnom pravu, predstavlja zahtev za što jasnijim i preciznije određenim elementima bića krivičnog dela. Takođe, jedan od zahteva koji proizlaze iz načela zakonitosti je i zabrana primene krivičnog zakona retroaktivno – *nullum crimen sine lege praevia*, izuzev u slučaju primene blažeg zakona. Isti zahtev postoji i u pogledu zakonitosti kazne – *nulla poena sine lege (praevia)*.¹⁴

Ovde bi trebalo imati na umu razlikovanje u shvatanju ovog načela u kontinentalnim krivičnopravnim sistemima koje odlikuje strogost (eng. *strict legality*) i u anglosaksonskim krivičnopravnim sistemima (eng. *substantive justice*).¹⁵ Potonje shvatanje nije tako strogo i može se izraziti kroz sintagmu *nullum crimen sine iure*, odnosno *nema krivičnog dela bez prava*.¹⁶ Iz toga proizlazi zaključak da može biti reč o bilo kojem izvoru prava. Pored toga, pojašnjavajući shvatanje načela zakonitosti u međunarodnom krivičnom pravu, Škulić ističe da se ono smatra ispoštovanim

11 Treba naglasiti da ova odredba u velikoj meri odgovara tekstu čl. 7, st. 1 EKLJP. Međutim, ovakvom odredbom se stvara konfuzija u pogledu primene kazne na to krivično delo jer je prilično poznato da, iako se međunarodnim ugovorima određuju krivična dela, istim se ne propisuju krivične sankcije. O tome vid. M. Škulić: *op. cit.*, p. 30. Dodatno, pod pojam „međunarodno pravo“ u smislu izvora prava ne ulaze samo međunarodni ugovori, već i značajno neprecizniji izvori prava, što dodano usložnjava problem ne samo primene krivičnih sankcija, nego i preciznosti inkriminacija na način kako se to zahteva u krivičnom pravu. Više o izvorima međunarodnog prava vid.: LJ. Mijović /2019/: *Osnove međunarodnog javnog prava – I dio*, Banja Luka, p. 21–23.

12 KZ BiH, čl. 4a.

13 Vid. npr.: Z. Stojanović: *op. cit.*, p. 22. M. Babić /2021/: *op. cit.*, p. 37–40.

14 M. Babić, I. Marković /2019/: *Krivično pravo – opšti dio*, Banja Luka, p. 91–92. Ostali zahtevi odnose se na propisanost krivičnog dela i kazne zakonom (*lex scripta*) i zabranu primene analogije (*lex stricta*).

15 Vid. više: B. Petrović, N. Smailagić /2016/: Načelo zakonitosti u savremenom međunarodnom krivičnom pravu: srednji put između kontinentalnog i angloameričkog koncepta zakonitosti?, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LIX, p. 299–302.

16 M. Škulić: *op. cit.*, p. 18.

ako kažnjivost ponašanja proizlazi iz pisanih ili nepisanih normi koje su bile na snazi u vreme izvršenja, kao i da se poštovanje ovog načela nije protezalo na krivične sankcije.¹⁷ Babić iznosi isti stav, naglašavajući da je razlog za ovakvo shvatanje stav da međunarodno krivično pravo neće biti direktno primenjeno i ističe nerazumevanje ovakvog shvatanja načela zakonitosti (naročito u praksi MKTJ) od strane domaće pravničke javnosti.¹⁸ Kontinentalno-evropsko krivično pravo postavlja visok standard u pogledu preciznosti prilikom određivanja krivičnopravno kažnjivog ponašanja, koji neće biti ispunjen kod krivičnih dela koja su zabranjena „u skladu sa opštim načelima međunarodnog prava”, što odredba 4a KZ BiH uvodi, čime je u značajnoj meri poljuljan segment načela zakonitosti *lex certa*. Takođe, u pogledu tako određenih krivičnih dela nema propisane sankcije, stoga je i segment koji se odnosi na *nulla poena sine lege praevia* narušen.

Primetno je da je BH zakonodavac prilikom formulisanja čl. 4a sledio tekst Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP, Evropska konvencija).¹⁹ Ovo je prilično neobična zakonska odredba u zakonodavstvu koje tradicionalno pristupa načelu zakonitosti na rigidniji način, uz dominantno mišljenje u teoriji da je odredba čl. 7, st. 2 prilično nejasna.²⁰ Zapravo, osnovni problem ove formulacije jeste „konflikt” između potrebe krivičnog prava za visokim stepenom preciznosti prilikom određenja krivičnog dela i sankcije – što teško može biti ispoštovano uzimajući u obzir da se pravilima međunarodnog prava ne određuju ovi elementi na tako precizan način, i potrebe za kažnjavanjem teških krivičnih dela koja, bez sumnje postoji.

Određenje načela zakonitosti u zakonodavstvu BiH je za temu ovog rada od izuzetne važnosti jer KZ SFRJ koji je bio na snazi u vreme izvršenja zločina protiv čovečnosti u toku oružanog sukoba u BiH nije propisivao ovo krivično delo, te bi doslednom primenom tradicionalnog shvatanja načela zakonitosti nacionalnom pravosuđu bilo onemogućeno procesuiranje ovog krivičnog dela prema trenutno važećim KZ BiH. Upravo će ove odredbe biti podloga za procesuiranje zločina protiv čovečnosti u BiH, o čemu će biti više reči u tekstu koji sledi.

17 M. Škulić: *Ibid.*, p. 20.

18 M. Babić /2021/: *op. cit.*, p. 39–40.

19 Naime, čl. 7, tač. 2 glasi: „Ovaj član ne utiče na suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe koja je kriva za činjenje ili nečinjenje, ako je to delo u vreme izvršenja predstavljalo krivično delo prema opštim pravnim načelima priznatim od strane civilizovanih naroda.” Analizom ove odredbe i njenim poređenjem sa odredbom čl. 4a KZ BiH može se uočiti njihova velika podudarnost. U literaturi se ističe da su određene zemlje prihvatile ovakvo definisanje načela zakonitosti u svom krivičnom zakonodavstvu sledeći odredbe EKLJP, ali i Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (dalje: MPGPP). U te zemlje spadaju npr. Poljska, Kanada, BiH i sl. Vid. više: W. N. Ferdinandusse /2006/: *Direct application of international criminal law in national courts*, Hague, p. 231. Ipak se na ovom mestu treba osvrnuti i na kritiku postojanja ovako formulisane odredbe. Naime, *Schabas* ističe da je ona suvišna jer su „opšta pravna načela priznata od strane civilizovanih naroda” zapravo nešto što je sadržano u „međunarodnom pravu” iz st. 1, čl. 7 EKLJP. Sa druge strane, on ističe da je svrha ovog stava bila omogućavanje suđenja za krivična dela izvršena nakon Drugog svetskog rata, te bi se sledom toga moglo zaključiti da se njegova svrha time iscrpljuje. W. A. Schabas: *op. cit.*, p. 352–355.

20 M. Babić /2015/: Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Maktouf-Damjanović i njen uticaj na suđenje za međunarodna krivična djela, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, n° 37, p. 280–281.

3. ZLOČIN PROTIV ČOVEČNOSTI U KZ SFRJ I KZ BIH

U vreme oružanog sukoba na teritoriji današnje BiH na snazi je bio Krivični zakon Savezne Federativne Republike Jugoslavije iz 1976. godine. Taj zakon nije propisivao krivično delo zločin protiv čovečnosti, dok je sa druge strane obuhvatao inkriminacije genocida i više inkriminacija ratnog zločina. Važno je naglasiti da je taj zakon obuhvatao donekle proširenu inkriminaciju genocida u odnosu na onu koja je sadržana u Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine i to u delu alternativno određenih radnji izvršenja,²¹ što je prema Škuliću upravo posledica nepostojanja inkriminacije zločina protiv čovečnosti.²² Sa druge strane, jednako je važno da je isti zakon sadržavao inkriminaciju ratnog zločina protiv civilnog stanovništva sa nizom alternativno određenih radnji izvršenja, od kojih neke predstavljaju i oblike zločina protiv čovečnosti²³.

Nakon usvajanja Krivičnog zakona BiH 2003. godine, dolazi do važne promene u pogledu inkriminisanja ovog krivičnog dela. Naime, KZ BiH u čl. 172 inkriminiše zločin protiv čovečnosti na gotovo identičan način kako je on određen u Rimskom statutu. Treba imati na umu da je zločin protiv čovečnosti, iako nije bio propisan KZ SFRJ, predstavljao krivično delo prema međunarodnom pravu, na šta ukazuju pre svega Nirnberški principi,²⁴ ali i niz drugih izvora međunarodnog krivičnog prava, o čemu će biti reči kasnije u ovom radu.²⁵ Ono što u svakom slučaju predstavlja osnovno pitanje jeste da li je i pored toga što zakon vremena izvršenja nije propisivao ovo krivično delo njegovo procesuiranje moguće, i ukoliko jeste, da li to ima reperkusije u pogledu poštovanja načela zakonitosti.

4. MOŽE LI SE SUDITI ZA ZLOČIN PROTIV ČOVEČNOSTI U BIH?

4.1. Odluke Apelacionog vijeća Suda BiH i US BiH

Odgovor na pitanje iz naslova mora se tražiti u sudskoj praksi. Sa druge strane, iako mišljenje zastupljeno u literaturi ne može formalno dovesti do drugačijeg pristupa, ono ne sme biti zanemareno. U tom svetlu, u nastavku će biti izneseni stavovi

21 Pored „osnovnih“ radnji izvršenja, inkriminacija je obuhvatala i „prinudno preseljenje stanovništva“.

22 M. Škulić: *op. cit.*, p. 289, fn. 739.

23 KZ SFRJ, čl. 172.

24 I pored ovog, ne treba izgubiti iz vida da se Nirnberškom procesu upućuju ozbiljne kritike u pogledu načela zakonitosti kada je reč o zločinu protiv čovečnosti. Isticano je da ovo krivično delo nije postojalo pre Povelje Međunarodnog vojnog tribunala u Nirnbergu i da kažnjavanje na osnovu nje predstavlja kršenje pravila o zabrani retroaktivne primene zakona. Kaseze ističe da ovaj sud nije nikada zauzeo generalni stav u tom pravcu, dok u pogledu zločina agresije jeste. On smatra da je razlog za to pasivniji stav odbrane kod zločina protiv čovečnosti u odnosu na zločin agresije, međutim to ne menja činjenicu da je ovo pitanje isticano i tokom suđenja, a i u literaturi. A. Kaseze /2005/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd, p. 170.

25 Ono što dodatno usložnjava problem zločina protiv čovečnosti jeste njegovo izuzetno različito formulisanje u vrlo značajnim izvorima međunarodnog krivičnog prava, pre svega u Statutu Međunarodnog vojnog tribunala u Nirnbergu, Statutu Haškog tribunala i Statutu Međunarodnog suda za Ruandu. Čak je u statutima dva potonja suda, koja predstavljaju „dva brata blizanca“, ovo delo drugačije definisano.

zauzeti u sudskoj praksi, uz iznošenje mišljenja koje je u tom pogledu prisutno u literaturi.

Činjenica da u BiH postoji veliki broj presuđenih predmeta zločina protiv čovečnosti govori u prilog tome da je zauzet stav da je suđenje za ovo krivično delo moguće, iako ono nije bilo propisano KZ SFRJ. Sa druge strane, činjenica je da se za ovo krivično delo ne goni ni u Srbiji, ni u Hrvatskoj,²⁶ uz isticanje prigovora nepostojanja ove inkriminacije u vreme izvršenja krivičnog dela. U literaturi se zapaža kritika u pogledu ove mogućnosti kada je reč o suđenjima u BiH.

Prva suđenja za zločin protiv čovečnosti dovela su do postupaka pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: US BiH) ali i ESLJP. Presuđujući po žalbi u predmetu *Samardžić*, Apelaciono vijeće Suda BiH je istaklo nekoliko argumenata u prilog mogućnosti procesuiranja zločina protiv čovečnosti. Ti argumenti bi se mogli svesti na sledeće: (1) primena čl. 7, st. 2 EKLJP i čl. 15, st. 2 MPGPP omogućava izuzetak od strogog postupanja po načelu zakonitosti, a ovi izvori prava su za BiH obavezujući; (2) čl. 4a KZ BiH omogućava isto odstupanje; (3) zločin protiv čovečnosti je bio deo međunarodnog običajnog prava, što se potvrđuje navođenjem više izvora međunarodnog prava; (4) zločin protiv čovečnosti se može podvesti pod „opšta načela međunarodnog prava”; (5) radnje izvršenja su bile predviđene kroz odredbe drugih krivičnih dela iz KZ SFRJ (dominantno ratnih zločina).²⁷ Iste argumente Apelaciono Vijeće Suda BiH koristilo je i u predmetu *Šimšić*, koji će postati poznatiji s obzirom na to da se našao pred ESLJP. Primetno je da se Apelaciono vijeće Suda BiH u obe drugostepene presude pozvalo na Odluku o dopustivosti ESLJP u predmetu *Naletilić protiv Hrvatske* u kojoj je ESLJP zauzeo stav da se na predmete koji se odnose na kažnjavanje zločina protiv čovečnosti ima primeniti st. 2, čl. 7 EKLJP.²⁸

Primena KZ BiH i suđenje za zločin protiv čovečnosti i u jednom i drugom predmetu bili su predmet ispitivanja i pred US BiH. Tako je odlučujući po apelaciji u predmetu *Samardžić* ustanovio da primena KZ BiH u pogledu zločina protiv čovečnosti ne predstavlja kršenje čl. 7 EKLJP.²⁹ Argumenti koje u ovom pogledu koristi US BiH slični su onima koje je koristio Sud BiH, a oni se pre svega odnose na to da je čl. 4a KZ BiH primenjiv u slučaju zločina protiv čovečnosti, ali i na čl. 7, st. 2 EKLJP koji se na osnovu izričite ustavne odredbe³⁰ može direktno primeniti.³¹

4.2. Odluka ESLJP u predmetu *Šimšić protiv BiH*

U pogledu kršenja čl. 7 protiv BiH postoje dve odluke ESLJP, od kojih je jedna odluka o dopustivosti, dok je u drugom slučaju reč o presudi. Nakon postupka pred US BiH, Boban Šimšić je podneo predstavku ESLJP tvrdeći da je osudom za zločin protiv čovečnosti počinjen 1992. godine prekršen čl. 7 EKLJP jer to krivično delo

26 M. Babić /2015/: *op.cit.*, p. 282.

27 Drugostepena presuda, Sud BiH, *Nedo Samardžić*, br. X-KRŽ 05/49, 13. decembar 2006, p. 22–25.

28 Odluka o dopustivosti, ESLJP, *Naletilić protiv Hrvatske*, br. 51891/99, 4. maj 2000, par. 2.

29 Presuda, US BiH, *Nedo Samardžić*, br. AP 519/07, 30. januar 2010, par. 70.

30 Ustav Bosne i Hercegovine, čl. II/2.

31 *Nedo Samardžić*, par. 69.

nije bilo predviđeno zakonom koji je važio u periodu trajanja oružanog sukoba.³² ESLJP je predstavku Bobana Šimšića ocenio kao očigledno neosnovanu³³ i time je proglasio nedopustivom. ESLJP je u ovom predmetu analizirao veliki broj izvora međunarodnog prava³⁴ u cilju izvođenja zaključka da je zločin protiv čovečnosti krivično delo definisano u međunarodnom pravu.³⁵ Sud je prilikom utvrđivanja postojanja krivičnog dela u međunarodnom pravu analizirao izvore prava poput Povelje Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu, Nirnberške principe, Konvenciju o nezastarevanju ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti, Statut Haškog tribunala, Rimski statut³⁶ i sl. Ovakvom odlukom ESLJP je potvrdio stav Apelacionog vijeća Suda BiH i US BiH i time do kraja otvorio već odškrinuta vrata suđenja za zločine protiv čovečnosti počinjene u vreme oružanog sukoba u BiH.

Pored toga, ovde se još jedno pitanje ukazalo kao važno – da li je podnosilac predstavke mogao da zna da je ovo krivično delo kažnjivo prema međunarodnom pravu. Naime, iako je podnosilac predstavke tvrdio da on to nije mogao da zna, ESLJP je uzeo u obzir položaj koji je podnosilac predstavke imao u vreme izvršenja dela (bio je policijski službenik) i citirajući predmet *Kononov protiv Litvanije* zaključio: „Osobe koje obnašaju profesionalnu dužnost moraju postupati s visokim stupenom opreza kada obavljaju svoje zanimanje i od njih se očekuje da postupaju s posebnom pažnjom prilikom procjene rizika koje takve aktivnost povlače za sobom.”³⁷ Pored toga, Sud je posebno cenio činjenicu da su počinjena krivična dela po svojoj prirodi očigledno nezakonita, što je kod podnosioca predstavke moralo dovesti do svesti da postoji rizik da dela predstavljaju zločin protiv čovečnosti i da bi on mogao biti za njih odgovoran.³⁸ U tom svetlu, Sud je zaključio da je, s obzirom na način definisanje ovog krivičnog dela u međunarodnom pravu, ono u vreme izvršenja predstavljalo krivično delo definisano sa dovoljnim stepenom dostupnosti i predvidivosti u međunarodnom pravu³⁹.

Jedno pitanje je ipak ostalo otvoreno – u okviru kojeg stava čl. 7 je Sud razmatrao predstavku u predmetu *Šimšić*. Iako bi se na prvi pogled moglo reći da je reč o st. 2, Sud se o tome nije eksplicitno izjasnio, što dodatno stvara konfuziju. On u prvom delu obrazloženja svoje odluke pominje st. 1, ali u pogledu predvidljivosti i dostupnosti zakona. U zaključku svog obrazloženja on zaključuje: „...da su djela apli-

32 Odluka o dopustivosti, ESLJP, *Šimšić protiv Bosne i Hercegovine*, br. 51552/10, 10. april 2012, par. 20.

33 Pitanje očigledne neosnovanosti, iako prema slovu EKLJP predstavlja formalni razlog za odbacivanje predstavke, ipak predstavlja svojevrsni ulazak u meritum. Pitanje „neosnovanosti“ je suštinski meritorno pitanje, pa čak i kad je reč o „očiglednoj neosnovanosti“.

34 *Šimšić protiv Bosne i Hercegovine*, par. 8–3.

35 *Ibid.*, par. 25.

36 Postavlja se pitanje da li se Statut Haškog tribunala i Rimski statut koji su usvojeni nakon što su predmetna krivična dela učinjena mogu analizirati u ovom kontekstu u cilju potvrde da je krivično delo bilo predviđeno u međunarodnom pravu. Iako ovi statuti u nekoj meri kodifikuju postojeće međunarodno pravo (u pogledu ovog za Rimski statut postoji saglasnost, dok u slučaju Statuta Haškog tribunala, ne), teško je ne primetiti da su oni usvojeni nakon činjenja krivičnog dela za koje se nastoji dokazati da je u vreme činjenja bilo propisano u međunarodnom pravu.

37 *Šimšić protiv Bosne i Hercegovine*, par. 24.

38 *Ibid.*, par. 24.

39 *Ibid.*, par. 22, 25.

kanta, u vrijeme kada su izvršena, predstavljala krivično djelo definisano s dovoljno dostupnosti i predvidivosti prema međunarodnom pravu.”⁴⁰ Korišćenjem sintagme „u međunarodnom pravu” čini se da Sud podvodi predmetni slučaj pod st. 1 (za razliku od Apelacionog vijeća Suda BiH i US BiH), a ne st. 2, čl. 7. Ukoliko je tako, onda je u tom smislu Sud na neki način odstupio od stava zauzetog u predmetu *Naletilić* u kojem se izjasnio da se pitanje zločina protiv čovečnosti razmatra u okviru st. 2.⁴¹ Ipak, u literaturi se ističe da je Sud u svojoj praksi zauzeo stav da su ova dva stava međusobno povezana i da se imaju tumačiti u međusobnom saglasju.⁴²

Ono što se ne može zanemariti i preskočiti na ovom mestu jeste činjenica da se u pogledu st. 2, čl. 7 ističe i ponavlja njegova nejasnost, kao i da se naglašava stavljanje rezerve od strane pojedinih zemalja na ovaj deo čl. 7 EKLJP. U tom pravcu, više autora ističe stavljanje rezerve od strane Nemačke.⁴³ To dovodi do isticanja da suđenje za zločin protiv čovečnosti na ovakav način u velikoj meri degradira i derogira načelo zakonitosti.

4.3. Presuda ESLJP u predmetu *Maktouf i Damjanović protiv BiH*

Pored Odluke u predmetu *Šimšić*, postoji još jedna presuda protiv BiH koja se odnosi na povredu čl. 7 EKLJP. Reč je o predmetu *Maktouf i Damjanović protiv BiH*⁴⁴ koja pokreće pitanje primene (blažeg) krivičnog zakona u postupcima za međunarodna krivična dela. Naime, Sud BiH je prilikom suđenja za međunarodna krivična dela jednim vidom generalne procene⁴⁵ povoljnosti zakona KZ BiH utvrdio kao blaži i primenjivao ga uz argument da isti ne predviđa smrtnu kaznu za ova krivična dela, dok je KZ SFRJ ovakvu kaznu predviđao. Zapravo, ovo pitanje je bilo adresirano i u US BiH u gorepominjanim apelacijama, što je dovelo i do pomalo konfuznih obrazloženja u ovim odlukama. To naročito iz razloga što je ovo pitanje bilo povezano sa pitanjem mogućnosti suđenja za zločin protiv čovečnosti. Naime, apelanti su isticali da pored toga što krivično delo nije bilo predviđeno zakonom vremena izvršenja dela, nije trebalo primeniti KZ BiH iz razloga što on predviđa strože kažnjavanje (dugotrajni zatvor) od KZ SFRJ (kazna do 20 godina)⁴⁶.

40 *Ibid.*, par. 25.

41 *Naletilić protiv Hrvatske*, par. 1.

42 W. A. Schabas: *op. cit.*, p. 354–355.

43 M. Babić /2015/: *op. cit.*, p. 280–281. D. Derenčinović /2001/: U povodu presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke, *Hrvatski ljetopis za kazno-pravo i praksu*, n° 2, p. 147–170. Ipak, Nemačka je takvu rezervu povukla 2001. godine.

44 Presuda, ESLJP, *Maktouf i Damjanović protiv BiH*, br. 2312/08 i 34179/08, 18. jul 2013. godine

45 Ovo je bilo jedno neobično rešenje, s obzirom na to da se u gotovo svim udžbenicima ukazuje da se ovakva procena mora vršiti *in concreto* u svakom pojedinačnom slučaju, i da nije moguća procena *in abstracto*. Ipak, od predmeta *Kurtović* (gde je kao blaži primenjen KZ SFRJ) praksa Suda BiH se počela menjati. Inače, to nije jedina zamerka Sudu BiH – ističu se i neke druge. Vid. npr: M. Buha /2018/: Standard sumnje u krivičnom postupku pred Sudom BiH – in: *Organizacija pravosuđa i efikasnost zaštite (evropski standardi i stanje u Srbiji) – krivičnopravni aspekt*, Zlatibor, p. 443–455.

46 Kazna od 20 godina je u KZ SFRJ je supsidijarna u odnosu na tim zakonom predviđenu smrtnu kaznu za međunarodna krivična dela. Kako je u godinama nakon oružanog sukoba došlo do uklanjanja smrtne kazne, apelanti pred US BiH, odnosno aplikanti u predmetu *Maktouf i Damjanović*, smatrali su da je KZ SFRJ blaži zakon jer predviđa kaznu do 20 godina zatvora.

Ovaj predmet je važan u kontekstu teme ovog rada jer je ESLJP u ovoj presudi dao vrlo značajan „uvodni komentar”, a čiji sadržaj potvrđuje ono što je ESLJP zaključio u Odluci u predmetu *Šimšić* – da je moguće suditi za zločin protiv čovečnosti počinjen u vreme oružanog sukoba u BiH. Naime, Sud je u ovom uvodnom komentaru naglasio da s obzirom na činjenicu da je zločin protiv čovečnosti predstavljao krivično delo prema međunarodnom pravu, a da isto nije bilo propisano KZ SFRJ, ne postoji druga mogućnost nego da sudovi u BiH primene KZ BiH. Sud je dalje zaključio, da s obzirom da se predmetni slučaj odnosi na ratne zločine i primenu zakona na njih, predmet ove predstavke je potpuno drugačiji od pitanja iz predmeta *Šimšić*.⁴⁷ Time je i ESLJP napravio razliku između pitanja primene KZ BiH u odnosu na zločine protiv čovečnosti, gde je on potvrdio njegovu primenu, i ostalih međunarodnih krivičnih dela u odnosu na koje se mora procenjivati povoljnost zakona po učinioca.

5. OSNOVNI PRIGOVORI SUĐENJU ZA ZLOČIN PROTIV ČOVEČNOSTI U BIH

Suđenju za zločin protiv čovečnosti se prigovaralo u vreme početka ovih suđenja i jednako se prigovara i danas u stručnoj pravničkoj javnosti. Sa druge strane, činjenica je da s obzirom na količinu pravnih problema koji izviru iz ovih suđenja, nije napisan veliki broj radova na ovu temu. Čini se da je u ovoj situaciji došao do izražaja konflikt shvatanja o pojedinim pravnim pitanjima u okviru više grana prava, pre svega shvatanje načela zakonitosti u međunarodnom (krivičnom) pravu i pravu ljudskih prava i u kontinentalnoj krivičnopravnoj tradiciji. Andrew Clapham ističe postojanje antagonizma između potrebe suđenja za međunarodna krivična dela kao težnje međunarodnog krivičnog prava i prava da niko ne bude osuđen za delo koje se u trenutku izvršenja nije smatralo krivičnim delom. On navodi da, kada je reč o delu koje uključuje povredu života i tela, princip zakonitosti može da se interpretira tako da dopušta proširivanje na ona ponašanja koja bi krivični sud smatrao krivičnim delima koja su potpuno predviđiva. Sa druge strane, pravo ljudskih prava, koje predviđa zabranu retroaktivne primene krivičnog zakona, je tu da ograniči preterano širenje krivičnog prava.⁴⁸ Iako je Claphamovo viđenje tačno, diskusija o ovom antagonizmu ne bi mogla tu da se zaustavi. Ona, bar iz ugla ovog rada nužno, uključuje i shvatanje ovog pitanja u kontinentalnoj krivičnopravnoj tradiciji, shvatanje o tome šta je retroaktivna primena krivičnog prava u pravu ljudskih prava (prvenstveno EKLJP) i kakve reperkusije takvo shvatanje ima na obavezu da krivično delo i kazna budu precizno određeni u vreme izvršenja krivičnog dela a što je osnova učenja o načelu zakonitosti u kontinentalnim krivičnopravnim sistemima. U tom smislu, diskusija bi mogla da se raščlani na dva dela – onaj koji se odnosi na zakonitost krivičnog dela i onaj koji se odnosi na zakonitost kazne.

47 *Ibid.*, par. 55.

48 U ovom drugom slučaju, Clapham posebno ističe borbu protiv terorizma, iz čega vidimo da u njegovom fokusu nisu situacije poput ove koja je predmet ovog rada. A. Clapham /2016/: Human Rights and International Criminal Law – in: *International Criminal Law* (W. A. Schabas, ed.), Cambridge, p. 31–32.

5.1. *Nullum crimen sine lege* i suđenje za zločin protiv čovečnosti u BiH

Polazeći od tradicionalno shvaćenog i čistog načela zakonitosti u kontinentalnim pravnim sistemima suđenje za zločin protiv čovečnosti na ovaj način je potpuno nezamislivo. Tako, Škulić navodi da st. 2, čl. 7 EKLJP sadrži ogradu od primarnog pravila iz st. 1 EKLJP i da time ostavlja prostor da krivična dela i kazne budu propisane i drugim izvorima prava, iako je to u kontinentalnoj Evropi gotovo nezamislivo.⁴⁹ Osnovni prigovori se mogu svesti na sledeće:

1. Suđenjem za zločin protiv čovečnosti narušen je segment načela zakonitosti koji se odnosi na *lex certa*. Zločin protiv čovečnosti je tek usvajanjem Rimskog statuta dobio potpunu fizinomiju i preciznu definiciju, što zapravo govori dodatno u prilog tome da on u vreme izvršenja, bez postojanja inkriminacije u KZ SFRJ, nije mogao biti određen sa dovoljnim stepenom preciznosti ni u međunarodnom (krivičnom) pravu. Suđenje prema inkriminaciji koja je nastala usvajanjem Rimskog statuta 1998. godine, a preuzeta u KZ BiH 2003. godine, predstavlja rešenje koje je možda u skladu sa shvatanjima ovog načela u međunarodnom pravu, ali nikako nije u skladu sa njegovim shvatanjem u kontinentalno-evropskim okvirima. U tom smislu, ovaj segment načela zakonitosti bi mogao biti zadovoljen samo ukoliko bi u vreme izvršenja krivičnog dela postojala vrlo precizna inkriminacija zločina protiv čovečnosti u međunarodnom pravu, što kako smo prethodno naveli, nije slučaj. Čak i da jeste, to bi i dalje dovelo do problema u pogledu drugog segmeta načela zakonitosti.
2. Drugi prigovor se odnosi na retroaktivnu primenu zakona – *nullum crimen sine lege praevia*. Iz nacionalnih i međunarodnih izvora prava sledi da je ovakva primena zakona moguća samo ukoliko je on blaži po učinioca krivičnog dela. Čini se da je KZ BiH definitivno stroži zakon u odnosu na KZ SFRJ koji ovo delo nije predviđao. Ipak, KZ BiH je već u velikoj meri narušio klasično shvatanje ovog načela, unošenjem u njegovu definiciju zabranjenost dela prema međunarodnom pravu, kao i unošenjem odredbe 4a. Time je ostavljen prostor za ovakva suđenja, jer je zločin protiv čovečnosti nesumnjivo bio deo međunarodnog (krivičnog) prava, iako nije ispunjavao prethodno navedeni kriterijum *lex certa*. Time je zapravo, već zakonodavac, pre Suda BiH, otvorio ovakvu mogućnost, koja je teško shvatljiva domaćoj pravničkoj javnosti. Tome u prilog govori i činjenica da Krivični zakonik Republike Srpske ne poznaje ovakvu formulaciju načela zakonitosti, kao ni zakoni/ci u zemljama bivše Jugoslavije. Jedini, pored KZ BiH, koji poznaje unošenje zabranjenost dela prema međunarodnom pravu je Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine. Dakle, činjenica je da u smislu retroaktivne primene KZ BiH prema istom postoji takva mogućnost, ali je činjenica da u tom slučaju i dalje ostaje problem koji se odnosi na *lex certa*, jer u međunarodnom pravu nije postojala precizna definicija zločina protiv čovečnosti.

49 M. Škulić /2020a/: Imaju li budućnost međunarodno krivično pravo i Međunarodni krivični sud? – in: *Kaznena reakcija u Srbiji – X deo* (Đ. Ignjatović, ed.), Beograd, p. 44.

3. Treći prigovor je ujedno i najinteresantniji. Njega najsnažnije zastupaju Babić i Marković. On se odnosi na pitanje da li je zločin protiv čovečnosti zaista „novo krivično delo”. U tom smislu, oboje su stava da, iako je činjenica da zločin protiv čovečnosti sadrži zajednički/opšti element (činjenje dela u okviru šireg ili sistematskog napada usmerenog protiv civilnog stanovništva sa znanjem o tome), kriminalni karakter ponašanja inkriminiranih kroz zločin protiv čovečnosti je zapravo bio obuhvaćen inkriminacijom zločina protiv civilnog stanovništva iz KZ SFRJ.⁵⁰ To praktično znači da na ovom mestu nije uopšte trebalo doći do primene čl. 7 EKLJP, niti do primene čl. 4a KZ BiH, iz razloga što je to ponašanje bilo zabranjeno u vreme izvršenja krivičnog dela kroz inkriminaciju ratnog zločina protiv civilnog stanovništva i nije reč o ponašanju koje nije bilo inkriminirano u KZ SFRJ, već o ponašanju koje je bilo podvedeno pod drugu inkriminaciju. Marković iznosi i ogradu da je reč o delu koje je „prema strukturi svog nepravda, odnosno elementima koji ga čine, istovremeno i „novo” i „staro”. Ona navodi da je ono novo jer kao takvo nije postojalo u KZ SFRJ, i zbog postojanja opšteg elementa u njegovoj strukturi. Sa druge strane, ono je „staro” jer su radnje izvršenja bile inkriminirane i KZ SFRJ, ali u vidu dela pod drugačijim nazivima. Stoga, zaključuje da s obzirom na to da je reč o radnjama koje su bile inkriminirane u vreme izvršenja dela, nema mesta primeni čl. 7, st. EKLJP kao ni čl. 4a KZ BiH, jer se one odnose na dela koja nisu bila propisana zakonom vremena izvršenja dela.⁵¹

5.2. *Nulla poena sine lege* i suđenje za zločin protiv čovečnosti u BiH

Shahram Dana ističe da se načelu *nulla poena sine lege*, iako ono predstavlja jedno od fundamentalnih načela, posvećuje iznenađujuće malo pažnje.⁵² To potvrđuje i to da je mnogo manja pažnja u pogledu načela zakonitosti i suđenja za zločin protiv čovečnosti posvećena krivičnim sankcijama. Iz svega što je napisano jasno proizlazi zaključak da sankcija za ovo krivično delo nije bila propisana u vreme izvršenja dela. Ona nije bila propisana u domaćem pravu, jer ni samo delo nije istim bilo predviđeno, kao ni u međunarodnom pravu jer se u njemu sankcije najčešće i ne određuju.⁵³ Onda, na osnovu kog zakona se osuđenom učiniocu zločina protiv čovečnosti izriče kazna? Sledeći stav da je jedini zakon koji se može primeniti zakon suđenja, KZ BiH, došlo je i do primene kazne koja je propisana tim zakonom. Iz tog proizlaze sledeće posledice:

- 50 M. Babić /2015/: *op. cit.*, p. 276–278. M. Babić /2016/: Materijalno krivično zakonodavstvo u Postdejtonskoj Bosni i Hercegovini (pitanje nadležnosti i primjena), *Crimen*, n° 3, Beograd, p. 306–308.
- 51 I. Marković /2015/: Zločin protiv čovečnosti – in: *Krivična djela protiv čovečnosti – normativno i stvarno* (V. Popović, ed.), Banja Luka, p. 161.
- 52 Zbog njegove zanemarenosti, on ovo načelo zove „siromašnim rođakom” načela *nullum crimen sine lege*. Vid. S. Dana /2009/: Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing, *Journal for Criminal Law and Criminology*, n° 4/99, Chicago, p. 858–859.
- 53 Sankcije jesu propisane u statutima međunarodnih krivičnih sudova, ali treba imati na umu da se u tom slučaju njihovo izricanje ograničava na postupke pred tim sudovima.

1. Kazna za zločin protiv čovečnosti nije bila određena zakonom vremena izvršenja, čime dolazi do retroaktivne primene zakona u ovim predmetima i do nepoštovanja načela zakonitosti u smislu zabrane njegovog povratnog dejstva. Već je naglašen liberalniji stav u okviru međunarodnog krivičnog prava prema načelu zakonitosti u vezi sa krivičnom sankcijom, međutim ovakva primena zakona u potpunosti negira shvatanje ovog načela u kontinentalnoj krivičnopravnoj tradiciji.
2. Činjenica je da se zahtev *lex certa* odnosi i na sankcije, što dovodi do zaključka da je i ovaj segment načela zakonitosti povređen jer nije postojala precizno određena sankcija za ovo krivično delo. Dodatno treba naglasiti da su kazne propisane KZ SFRJ i KZ BiH različite. Ta različitost se ne ogleda samo u visini kazne, već i u vrsti kazne. Tako, KZ SFRJ nije predviđao kaznu dugotrajnog zatvora koja se prema KZ BiH može izreći za sva međunarodna krivična dela, pa i za zločin protiv čovečnosti. To dovodi do zaključka da se za zločin protiv čovečnosti izriče ne samo stroža kazna, već i kazna koja nije predviđena zakonom vremena izvršenja.
3. Ovakva primena zakona dovela je do teških posledica po ujednačenu primenu prava. Razlog za to je što u pogledu ostalih međunarodnih krivičnih dela, pre svega genocida i zločina protiv čovečnosti, primenjuje KZ SFRJ (osim ukoliko je KZ BiH blaži), iz čega proizlazi da je najviša zaprećena kazna 20 godina. Sa druge strane, KZ BiH, koji se primenjuje prilikom suđenja za zločin protiv čovečnosti, predviđa za sva ova krivična dela kaznu dugotrajnog zatvora. To praktično znači da je za zločin protiv čovečnosti moguće izreći kaznu do 45 godina, dok će za genocid biti moguće izreći kaznu do 20 godina. Ovaj problem postoji od početka suđenja i ne vidi se mogućnost rešavanja istog.⁵⁴

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Činjenica je da suđenja na goreopisani način nisu na početku, već ulaze u svoju završnu fazu. Iz toga je jasno da se kritikom ovih suđenja u ovom trenutku ne može uticati na njihov drugačiji tok i drugačiju primenu prava ukoliko bismo eventualno to smatrali potrebnim. Međutim, to ne utiče na važnost pouka koje su nastale iz ovih suđenja.

Primetno je da postoji značajno razmimoilaženje u stavovima različitih sudova koji primenjuju različite pravne propise u pogledu shvatanja načela zakonitosti. Širina i manji stepen rigidnosti koji odlikuju međunarodno pravo i pravo ljudskih prava su u velikoj meri neprihvatljivi u „očima” onih koji načelo zakonitosti shvataju kroz prizmu kontinentalne krivičnopravne tradicije. Sa druge strane, možemo uočiti da dolazi do značajnog širenja međunarodnog krivičnog prava i na nacionalne pravne sisteme, ali i uticaja međunarodnog javnog prava i prava ljudskih prava na

⁵⁴ Niz je pitanja/problema povezanih sa kaznenom politikom i neusklađenom primenom krivičnih zakona u BiH u predmetima ratnih zločina. O tom vid. više: Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini, pp. 72–73, 7. april 2021.

njih. To širenje i taj uticaj postojali su pre svega u pogledu krivičnog zakonodavstva u BiH – proširivanjem definicije načela zakonitosti, čime su otvorena vrata za odstupanje od njegovog postojećeg shvatanja u teoriji i u sudskoj praksi u BiH. Čini se da je širenjem međunarodnog krivičnog prava i prava ljudskih prava i prihvatanjem međunarodnih obaveza od strane država, takav uticaj na domaće pravne sisteme neminovan. Sa druge strane, na primeru BiH postaje vrlo jasno da manjak poznavanja međunarodnog prava u trenutku preuzimanja određenih obaveza (pre svega potpisivanja i ratifikacije međunarodnih ugovora) često dovodi do velikih razmišljanja u trenucima kada dođe vreme za primenu tih pravnih propisa.

Danas, sa preciznim definisanjem međunarodnih krivičnih dela u BH zakonodavstvu ne bi ponovo došlo do ovakvih problema u primeni načela zakonitosti. Međutim, činjenica je da se prilikom preuzimanja međunarodnih obaveza ispoljava prilično nonšalantan pristup koji u konačnici dovodi do stavljanja onih koji primenjuju pravnu normu pred svršen čin – do primene prava čiji karakter nije svojstven postojećem pravnom sistemu. U tom smislu, uzimajući u obzir, na primer mogućnost stavljanja rezerve na pojedine delove međunarodnih ugovora (poput st. 2 čl. 7 EKLJP), ostaje i dalje pitanje nije li BiH opet (kao i u slučaju presude *Sejdić i Finci protiv BiH*) pomalo neoprezan stav prilikom preuzimanja međunarodnih obaveza koštao ovih presuda i tumačenja načela zakonitosti na način koji nije viđen u BiH i na prostoru bivše Jugoslavije?

LITERATURA

- Babić M. /2015/: Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Maktouf-Damjanović i njen uticaj na suđenje za međunarodna krivična djela, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, n° 37.
- Babić M. /2016/: Materijalno krivično zakonodavstvo u Postdejtonskoj Bosni i Hercegovini (pitanje nadležnosti i primjena), *Crimen*, n° 3, Beograd.
- Babić M. /2021/: *Međunarodno krivično pravo*, Banjaluka.
- Babić M., Marković I. /2019/: *Krivično pravo – opšti dio*, Banja Luka.
- Buha M. /2018/: Standard sumnje u krivičnom postupku pred Sudom BiH – in: *Organizacija pravosuđa i efikasnost zaštite (evropski standardi i stanje u Srbiji) – krivičnopravni aspekt*, Zlatibor.
- Clapham A. /2016/: Human Rights and International Criminal Law – in: *International Criminal Law* (Schabas W. A., ed.), Cambridge.
- Dana S. /2009/: Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing, *Journal for Criminal Law and Criminology*, n° 4/99, Chicago.
- Derenčinović, D. /2001/: U povodu presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Strelitz, Kessler i Krenz protiv Njemačke, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, n° 2.
- Ferdinandusse W. N. /2006/: *Direct application of international criminal law in national courts*, Hague.
- Ivanišević B. /2008/: *The War Crimes Chamber in Bosnia and Herzegovina: From Hybrid to Domestic Court*, International Center for Transitional Justice, New York.

- Kaseze A. /2005/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd.
- Marković I. /2015/: Zločin protiv čovječnosti – in: *Krivična djela protiv čovječnosti – normativno i stvarno* (Popović V., ed.), Banja Luka.
- Mijović Lj. /2019/: *Osnove međunarodnog javnog prava – I dio*, Banja Luka.
- Petrović B., Smailagić N. /2016/: Načelo zakonitosti u savremenom međunarodnom krivičnom pravu: srednji put između kontinentalnog i angloameričkog koncepta zakonitosti?, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LIX.
- Schabas W. A. /2015/: *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Oxford.
- Stojanović Z. /2016/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd.
- Škulić M. /2020/: Imaju li budućnost međunarodno krivično pravo i Međunarodni krivični sud? – in: *Kaznena reakcija u Srbiji – X deo* (Ignjatović Đ., ed.), Beograd.
- Škulić M. /2020/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd.

PROPISI

- Krivični zakon Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 3/2003, 32/2003 – ispr., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015 i 35/2018.
- Krivični zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, *Službeni list SFRJ*, br. 44/76, 34/84, 74/87, 57/89, 3/90 i 38/90.

INTERNET IZVORI

- Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini, <https://www.osce.org/files/f/documents/f/2/108105.pdf>, 4. mart 2021.
- Pravilnik o postupku i dokazima, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev34_bcs.pdf, 3. mart 2021.
- Državna strategija za rad na predmetima ratnih zločina, http://www.mpr.gov.ba/web_dokumenti/drzavna%20strategije%20za%20rad%20na%20predmetima%20rz.pdf, 4. mart 2021.

Olivera Ševo*

Law Faculty, University of Banja Luka

PRINCIPLE OF LEGALITY AND CRIME AGAINST HUMANITY PROCEEDINGS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

SUMMARY

The paper deals with the principle of legality from the perspective of crime against humanity proceedings in Bosnia and Herzegovina (BiH). During the armed conflict in BiH many war crimes were committed, among all others, a lot of crimes against humanity. In the time when the crimes were committed, a crime against humanity was not prescribed by the in

---

* Assistant, olivera.sevo@pf.unibl.org.

effect criminal code. Despite that fact, criminal courts in BiH convicted numerous offenders for crime against humanity on the basis of its prescription in international law. That led the author to the question: what was the path of crime against humanity proceedings in BiH?

In the first part of the paper, the author gives the overview on the matter of jurisdiction for crime against humanity in BiH and position of principle of legality in the BiH legal system. That part also contains the insight into the main characteristics of the principle of legality's understanding in different legal traditions, but also the insight into this principle understanding in the international (criminal) law.

In the second part, the author analyses Court of BiH's judgements in order to find out what was the source of law used by this court for its crime against humanity convictions. Thereafter, the author analyses Constitutional Court of BiH's decisions related to the alleged breach of BH Constitution and ECHR in relation to the principle of legality regarding crime against humanity proceedings. At the end, the paper gives the overview of ECtHR case law related to the crime against humanity proceedings in BiH – *Šimšić v. BiH* and *Maktouf and Damjanović v. BiH* cases.

In the last part, the author, taking into consideration understanding the principle of legality in BiH legal tradition, presents the main conceptual problems that were raised from the crime against humanity proceedings in BiH.

Key words: principle of legality, crime against humanity, Court of Bosnia and Herzegovina, European Court for Human Rights.