

Summary

When it comes to Bosnia and Herzegovina, the applicability of the Criminal Code may be characterized as a first-class legal issue, particularly as regards war crimes and other cases of gravest breaches of international humanitarian law currently being prosecuted. It has been in the focus of interest of not only the legal community, primarily because two quite different regimes or approaches to the application of criminal codes in such cases have been on the scene, depending on whether a criminal case is prosecuted by the Entities' judiciary or the Court of BiH.

As to the comparison between codes, sometimes several codes, two principles on which it is based should be taken into account: the principle of concreteness and the principle of alternativity. Both principles are sometimes differently perceived in theory. In addition, different approaches and even inconsistencies in their application exist in the case-law. In this respect, one should particularly bear in mind that the aforementioned comparison seeks, in fact, to identify a code more lenient to the perpetrator, that is, to the case at issue, and sometimes it can be the code prescribing a more stringent punishment for the relevant criminal offense.

At the time when the Dayton Peace Agreement was signed, BiH was not a signatory state to the Second Optional Protocol to the International Covenant on the Civil and Political Rights at the international level as prescribed by the Optional Protocol II, and was not obliged to make reservations to the Protocol. Therefore, Article 2 of the Optional Protocol II constituted no obstacle to the existence of death penalty in the BiH legislation during the period from the signing of the Dayton Peace Agreement until the adoption of new criminal legislation.

In general, Article 2 of the Second Optional Protocol prescribes that each member state shall be obliged to take necessary measures to abolish the death penalty within its jurisdiction. This was done by the adoption of the Criminal Code of the Federation of BiH (1998), the Criminal Code of Republika Srpska (2000) and the Criminal Code of Brčko District (2001), when the death penalty was abolished, or more precisely, removed from the criminal legislation in Bosnia and Herzegovina.

Article 4a) of the CC BiH, which is identical to Article 7(2) of the ECHR, provides for an exceptional deviation from the principle set forth in Articles 3 and 4 of the same Code. It also provides for trial and punishment for acts constituting criminal offenses pursuant to international law, or violations of the prohibition-type norms and rules that are generally supported by all nations, that are of general importance, or considered to be or to represent universal civilization achievements of the contemporary criminal law, where such acts are not prescribed as criminal under national legislation.

Article 4a) of the CC of BiH addresses not only trial for these criminal offenses, but their punishment, too, because if an offense has not been prescribed, then the sanction thereof has not been prescribed either. Furthermore, it is impossible to apply one code to the qualification of the offense, and another one to the criminal sanction, that is, a combination of codes. Therefore, punishment of war crimes perpetrators in application of the referenced provision has not been conditioned with the application of Articles 3 and 4 of the Criminal Code of BiH.

This provision also applies in trials of cases qualified as Crimes against Humanity, as stipulated under Article 172 of the CC of BiH. The application of the referenced Article, however, also

ensures to the full extent trials based on joint criminal enterprise and command responsibility. The CC of SFRY did not explicitly stipulate these forms of participation and responsibility. They however, do fall under customary international law and treaty law as now stipulated in Article 180 of the CC of BiH.

Azra Miletić*

Institut vremenskog važenja zakona u predmetima ratnih zločina pred Sudom BiH

Sadržaj

1. Uvod
2. Relevantni propisi-tumačenje i primjena
 - 2.1. Opšte pretpostavke i pravila utvrđivanja povoljnijeg zakona
3. Krivičnopravni okvir nastao nakon potpisivanja tzv. Dejtonskog sporazuma
4. Suđenje ili kažnjavanje za krivična djela prema općim načelima međunarodnog prava
 - 4.1. Zločini protiv čovječnosti u KZ BiH
 - 4.2. Primjena doktrine udruženog (zajedničkog) zločinačkog poduhvata i odgovornost po osnovu komandne odgovornosti pred Sudom BiH
5. Rezime

1. Uvod

Važenje krivičnog zakona temelji se na određenim pravilima. Ona vladaju u modernom krivičnom pravu i prihvaćena su, kako u nacionalnim krivičnim zakonodavstvima, tako i međunarodnom pravu. Mnoga od njih su takvog značaja da su podignuta na rang ustavnih načela, kao i načela međunarodnog prava i kao takva svrstana su u katalog osnovnih ljudskih prava. Ta pravila predstavljaju izraz zahtjeva načela pravne sigurnosti i načela zakonitosti kojima se građanima garantuje da neće moći biti kažnjavani za one radnje ili propuštanja koja u vrijeme njihovog činjenja nisu bila predviđena kao krivična djela, odnosno takva rješenja koja im garantuju da u vrijeme preduzimanja ili nepreduzimanja određene radnje znaju sa kakvim

* Autorica je sudija Apelacionog odjeljenja Suda Bosne i Hercegovine.

posljedicama mogu računati. Jedan od najznačajnijih segmenata tog principa je njegovo vremensko važenje, koji se temelji na pravilu da se primjenjuje zakon vremena izvršenja krivičnog djela (princip *neretroaktivnosti*), odnosno prema kojem je zabranjena povratna ili retroaktivna primjena krivičnog zakona (*nullum crimen sine lege praevia* – nema krivičnog djela bez prethodnog zakona).

Drugi dio pravila se odnosi na prostorno važenje krivičnog zakonodavstva i u tom pogledu su od posebnog značaja ona pravila kojima se uređuje pitanje važenja krivičnog zakona u situacijama izvršenja krivičnog djela izvan granica date države, tj. kada su u pitanju djela sa *elementom inostranosti*. U takvim slučajevima za suđenje može biti zainteresovano više zemalja, pa se u tom pogledu govori o konkurenciji više vlasti kažnjavanja (tzv. *sudar jurisdikcija*), što nameće potrebu postavljanja određenih principa i pravila koja se odnose na takve slučajeve. U tom smislu je od posebnog značaja pitanje *zabrane dvostruke ugroženosti*, odnosno dvostrukog kažnjavanja za jedno te isto ponašanje (načelo *ne bis in idem*), pogotovo ako se ima u vidu da ni međunarodno pravo u odnosu na ovo pitanje nema posve jasan stav (u tom smislu uporedite čl. 14 tač. 7 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, UN 1966, sa čl. 4 st. 2 Protokola 7 uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda).¹

Navedena pravila predstavljaju univerzalnu civilizacijsku vrijednost, neizostavnu odliku svih modernih i demokratskih pravnih sistema, vrhovno pravnodržavno načelo koje je u osnovi vladavine prava i temeljni princip svake pravne države. Ona su u osnovi garantivne funkcije krivičnog prava, bitna odrednica njegove demokratičnosti i zaštite ljudskih prava. Time se građanima garantuje da ne može biti kažnjavanja bez zakona, što sprečava *samovoljno kažnjavanje bez zakona* ili na osnovu njegove *nedopuštene retroaktivne* primjene. To je garancija od samovolje političke vlasti, sudova i drugih organa koji primjenjuju krivičnopravnu represiju.

Kada je u pitanju BiH, važenje i primjena krivičnog zakona se može označiti kao prvorazredno krivičnopravno pitanje, posebno u pogledu ratnih zločina i drugih najtežih krivična djela protiv međunarodnog humanitarnog prava za koja se trenutno sudi. Ono je u središtu interesovanja, ne samo pravničke javnosti, prvenstveno radi toga što su na sceni dva posve različita režima ili pristupa u primjeni krivičnih zakona na takve slučajeve. Takva primjena zavisi od toga da li ova krivična djela procesuiraju entitetsko pravosuđe ili Sud BiH.

2. Relevantni propisi-tumačenje i primjena

Krivični zakon Bosne i Hercegovine (KZ BiH) donesen je Odlukom visokog predstavnika 24. januara 2003. godine, a stupio je na snagu 01. marta 2003.² Ovim zakonom, u glavi XVII, propisana su krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, a članom 13 Zakona o sudu BiH propisana je krivična nadležnost Suda, te je tako nadležnost za suđenje u krivičnim djelima iz ove glave isključiva nadležnost Suda BiH. Izuzetak je predviđen u čl. 449 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (ZKP BiH)³, kojim je u stavu 1, propisano da će predmete iz nadležnosti Suda primljene u rad kod drugih sudova do stupanja na snagu ovog zakona dovršiti ti sudovi ukoliko je optužnica stala na pravnu snagu, međutim u

¹ O tome detaljnije v. autori I. Bele/V. Jakulin, *Pravni život*, Tom I, br. 9, Beograd 2007, s. 181.

² Krivični zakon Bosne i Hercegovine, *Sl. gl. BiH* 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10.

³ Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, *Sl. gl. BiH* 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09.

stavu 2, za takve predmete, u kojima optužnica nije stala na pravnu snagu, ostavlja se mogućnost da Sud, po službenoj dužnosti, ili na prijedlog stranaka preuzme takav predmet.

U cilju pravilne primjene zakona i polazeći od čl. 3 i 4 KZ BiH, Odjel za ratne zločine pri Sudu Bosne i Hercegovine, vodi kontinuiranu raspravu u pogledu primjenjivosti Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, kao zakona vremena suđenja kada su u pitanju predmeti ratnog zločina, u konkurenciji sa Zakonom o primjeni Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine i Krivičnog zakona SFRJ (Preuzeti KZ SFRJ), kao zakona vremena izvršenja krivičnih djela.⁴

Naime, jasno je da se procesuiranjem ratnih zločina pred domaćim sudovima nametnulo pitanje vremenskog važenja zakona, koje je očito u situacijama kada je, nakon učinjenja određenog krivičnog djela, došlo do izmjena i dopuna zakona jedan ili više puta, čime se stvara situacija tzv. vremenske sukobljenosti zakona, tj. sukobljenosti zakona u vrijeme njihove primjene.

Ovo pitanje se dodatno usložnjava Izmjenama i dopunama Krivičnog zakona BiH od 29. decembra 2004. godine⁵ koji u članu 4a propisuje da princip zakonitosti (član 3 KZ BiH) i princip da se primjenjuje krivični zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, osim ako kasniji zakon nije blaži za počinioca (član 4 KZ BiH), ne utječe na suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe, za bilo koje činjenje ili nečinjenje, ako je to djelo u vrijeme izvršenja, predstavljalo krivično djelo prema općim principima međunarodnog prava. Sasvim je jasno da je cilj uvođenja ove odredbe da omogući primjenu novog Krivičnog zakona BiH, koji propisuje nove oblike krivičnih djela ratnog zločina, kao i novi oblik krivične odgovornosti, koji do sada nisu bili predviđeni zakonom, a priznati su u međunarodnom pravu.

Međutim, prije razmatranja ove novine u našem krivičnom zakonodavstvu podsjetićemo se na relevantan zakonski propis koji sadrže svi krivični zakoni u Bosni i Hercegovini.

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, primijenit će se zakon koji je blaži za učinioca.*⁶

Kako je već pomenuto, pitanje vremenskog važenja krivičnog zakona se javlja u onim situacijama u kojima je nakon izvršenja datog krivičnog djela pa do njegovog (pravosnažnog) presuđenja došlo do izmjene krivičnog zakona, jednom ili više puta, tzv. sukcesija krivičnih zakona. To stvara situaciju tzv. *vremenskog sukoba zakona*, sukoba zakona u vremenu njihova važenja. Ovo je aktuelno u onim zemljama koje često mijenjaju svoje krivično zakonodavstvo, naročito u početku primjene novog krivičnog zakonodavstva, u tzv. prelaznim periodima. Tada se postavlja pitanje, na osnovu kojeg zakona će se učiniocu suditi, da li na osnovu zakona koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela ili na osnovu zakona koji važi u vrijeme suđenja, ili ako je zakon mijenjan više puta na osnovu zakona koji nije važio ni u vrijeme izvršenja krivičnog

⁴ Predmet razmatranja neće biti entitetski zakoni i zakon Brčko Distrikta iz 1998. i 2000.

⁵ Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, *Sl. gl. BiH* 61/04.

⁶ Čl. 4, Krivični zakon Bosne i Hercegovine, (bilj. 2).

djela, niti važi u vrijeme suđenja. To pitanje je riješeno odredbama čl. 4 st. 1 i 2 (osnovno pravilo i izuzetak).

U odredbi iz st. 1 sadržano je osnovno načelo vremenskog važenja krivičnog zakona prema kojem se na učinioca krivičnog djela primjenjuje onaj zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela – načelo neretroaktivnosti ili zabrane povratnog djelovanja krivičnog zakona – *nullum crimen, nulla poena sine praevie lege poenali*.

U odredbi st. 2 predviđena je izuzetna mogućnost retroaktivne primjene novog blažeg krivičnog zakona (izuzetna dozvola retroaktivnosti kada je novi zakon blaži - retroaktivnost *in mitius*). Pitanje blažeg zakona (*lex mitior*) javlja se u onim situacijama kada je krivično djelo izvršeno za vrijeme važenja jednog zakona, a do donošenja pravosnažne presude zakon je izmijenjen jednom ili više puta.

Radi se o (obaveznoj) retroaktivnoj primjeni novog zakona ukoliko se utvrdi da je on povoljniji za učinioca datog krivičnog djela.

2.1. Opšte pretpostavke i pravila utvrđivanja povoljnijeg zakona

Kada je u pitanju upoređivanje zakona, nekada i više njih, treba imati u vidu dva principa na kojima se ono temelji: *princip konkretnosti* i *princip alternativnosti*. I jedan i drugi princip u teoriji se ponekad različito shvataju, a i u sudskoj praksi postoje različiti pristupi, pa i nedosljednosti u njihovoj primjeni. S tim u vezi treba posebno imati u vidu da se navedenim upoređivanjem zapravo traži onaj zakon koji je *povoljniji za učinioca, tj. za dati slučaj*, a to nekada može biti i onaj zakon koji za dato djelo propisuje strožu kaznu.

Iz *principa konkretnosti* proizilazi da se pitanje povoljnijeg zakona ne rješava njihovim upoređivanjem *in abstracto* već *in concreto*, tj. neuopštenim upoređivanjem starog i novog ili novih zakona, već upoređivanjem samo onih odredaba koje su relevantne, odnosno koje se imaju primijeniti na konkretni slučaj. Pri tome je potrebno, polazeći od činjeničnog stanja predmetnog slučaja, procijeniti prema kojem zakonu koji su u konkurenciji u tom slučaju, učinilac ima veće mogućnosti za povoljniji ishod, povoljniju odluku. To praktično znači da zakon koji je sud obavezan primijeniti, može biti prema nekim opštevažećim mjerilima upoređivanja objektivno posmatrano i stroži (npr. prema zapriječenoj kazni), ali taj zakon za učinioca na kraju može biti povoljniji jer mu on, iz nekih drugih razloga, obezbjeđuje povoljniji ishod (npr. na njega se može primijeniti neki novi osnov za isključenje odgovornosti, kažnjivosti), pa i pored strože kazne, on je za učinioca blaži.

Prema *principu alternativnosti* na konkretni slučaj u cijelosti se može primijeniti samo *jedan zakon*, stari ili novi. Dakle, prema ovom principu isključena je mogućnost *kombinacije zakona*, za što se zalagao i zalaže jedan dio teorije. Ovo pitanje su kod nas u najvećoj mjeri aktuelizirali oni slučajevi kada novi zakon za određeno djelo poveća posebni maksimum, ali istovremeno snizi minimum. Ovakvo shvatanje primjene krivičnih zakona je krivičnopravno neosnovano, jer ono zanemaruje osnovno pravilo da se na konkretnu činjeničnu situaciju, na pojedinačan krivičnopravni slučaj može primijeniti samo jedan krivični zakon. U suprotnom, primjenjivao bi se neki treći zakon koji kao takav *ne postoji*, s obzirom da se kombinacijom dvaju ili više zakona ne može uspostaviti *pravno važeći zakon*. Ako se ima u vidu *ratio legis* odredbe iz st. 2, ovaj problem se može prevazići i bez formalne kombinacije zakona na taj način što će sud,

procjenjujući pravac odmjerenja kazne zatvora, izabrati u svakom slučaju (jedan) povoljniji zakon, na taj način što će ukoliko se bude sa kaznom kretao prema minimumu, izabrati zakon koji ima povoljniji minimum, a u protivnom zakon koji ima povoljniji maksimum.⁷ To je dosljednije, ali i pravno ispravnije rješenje prema kojem se primjenom racionalnog tumačenja odredbe iz čl. 4 st. 2 izbjegava kombinacija zakona, pa bi drugačije postupanje predstavljalo izigravanje njenog smisla, odnosno učiniočevog prava na primjenu povoljnijeg zakona.

Na osnovu ovako izgrađenih stavova u teoriji krivičnog prava, Sud BiH, u procesu stvaranja najbolje prakse u okviru instituta primjene zakona, u pojedinim presudama, zauzima pravne stavove koji svoju argumentaciju zasnivaju upravo na gore navedenim teorijsko pravnim stajalištima, a koji pokazuju kako u različitim predmetima ima mjesta primjeni različitih zakona, kako zakona vremena izvršenja, tako i zakona vremena suđenja, u potrazi za zakonom koji je najpovoljniji za optuženog.

Tako Sud u svojoj presudi u predmetu X- KRŽ-07/330 zaključuje:

„U konkretnom slučaju i zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja djela, jednako kao i zakon koji je trenutno na snazi, propisuju krivičnopravne radnje za koje je optuženi oglašen krivim kao krivično djelo. S obzirom na navedeno, jasno je da postoje zakonski uvjeti za vođenje krivičnog postupka protiv počinioca za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva i njegovo kažnjavanje imajući u vidu da radnje koje je optuženi poduzeo predstavljaju krivično djelo kako prema zakonu koji je ranije bio na snazi, odnosno zakonu vremena izvršenja krivičnog djela, tako i prema zakonu koji je trenutno na snazi. Dalja procjena koji je zakon blaži za učinitelja vrši se upoređivanjem zapriječenih kazni iz zakona koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, sa zakonom koji je sada na snazi. Za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173 KZ BiH, propisana je kazna zatvora od najmanje deset godina ili dugotrajni zatvor. S druge strane, za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142 stav (1) Krivičnog zakona SFRJ propisana je kazna zatvora najmanje pet (5) godina ili smrtna kazna. Procjena blažeg zakona se uvijek vrši in concreto, odnosno, procjenjujući sve

⁷ Iako se, dakle, u našoj sudskoj praksi i teoriji izuzetno odstupalo od principa alternativnosti, ipak je ovo shvatanje kod nas bilo vladajuće. I naši stariji autori Avakumović, Živanović i Čubinski su se svojevremeno zalagali za primjenu principa alternativnosti u ovakvim slučajevima, ukazujući na nejednakost okrivljenih pred zakonom u slučaju kombinovanja primjene konkurentnih zakona, čime bi se u stvari primjenjivao neki treći, nepostojeći zakon. Isticano je da bi to značilo da kombinacijom primjene starog i novog krivičnog zakona izvršilac krivičnog djela u takvog slučaju bude blaže kažnjen od učinilaca koji su u isto vrijeme izvršili isto krivično djelo, ali kažnjeni bilo po starom, bilo po novom krivičnom zakonu. Živanović naglašava da se „ne smeju spojiti blažije odredbe jednog zakona sa blažijim odredbama drugog, jer bi se onda primenio jedan treći zakon stvoren ovom kombinacijom koji ne postoji i koji je možda monstruozan“. Up. T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava*, op. deo, Beograd 1922, s. 156. Nešto kasnije, protiv kombinacije zakona zalagao se i prof. N. Srzentić. On je smatrao da nije dozvoljeno da se iz oba zakona – starog i novog uzimaju odredbe koje su najpovoljnije za učinioca. „Presuda se ne sme zasnivati na jednom takozvanom mešovitom zakonu. Primjenjuje se samo jedan zakon, i to u celini.“ Up. N. Srzentić i dr. *Krivično pravo FNRJ*, opšti deo, Beograd 1953, s. 137. Ovo je vladajući stav i u pravosudnoj praksi na jugoslovenskim prostorima. U tom smislu i u presudi Vrhovnog suda Srbije, Kzz.8/2006, up. D. Nikolić, *Blaži zakon*, Niš 2008, ss. 51-52. Izuzetak je donekle sudska praksa Hrvatske, koja je pod uticajem Zlatarićevog shvatanja, u nekim slučajevima prihvatala kombinaciju zakona, ali je zauzimano i suprotno stanovište. U tom smislu postoje dva različita stava VS Hrvatske, jedan sa proširene sjednice iz 1970. godine kojim se odobrava kombinacija zakona, a drugi iz 1977. kojim se takva primjena ne odobrava. Međutim, u tamošnjoj teoriji se kombinacija zakona u zadnje vrijeme podvrgava kritici. Up. u HLJKPP, 1/1999, s. 325.

okolnosti konkretnog predmeta. U konkretnom slučaju, tužilaštvo je predložilo raspon kazne zatvora u trajanju od 5 do 6 godina. Prilikom razmatranja koji je zakon primjenjiv na počinioca, Sud mora izvršiti usporedbu zapriječenih zakonskih minimuma kazne zatvora za isto krivično djelo i utvrditi koji od njih je blaži za počinioca. Kada se navedeno uzme u obzir prilikom upoređivanja zapriječenih kazni prema Krivičnom zakonu SFRJ i Krivičnom zakonu BiH, u pogledu zakonom propisanog minimuma kazne, lako je utvrditi da Krivični zakon BiH nije blaži za učinioca, jer za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva propisuje kao zakonski minimum kaznu u trajanju od deset (10) godina. Iz gore navedenih razloga, a na osnovu člana 4 Krivičnog zakona BiH, Apelaciono vijeće nalazi da je u konkretnom slučaju nužno primijeniti Krivični zakon SFRJ, kao zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela.”⁸

„Vijeće podsjeća da se i u Odluci Ustavnog suda BiH, AP 1785/06 u paragrafu broj 84. navodi: ‘Ipak, različita primjena zakona u sličnim predmetima dozvoljava se ako iza nje stoji razuman i opravdan razlog.’”⁹

To znači da se jedan te isti zakon može pokazati, u zavisnosti od konkretnih okolnosti, u jednoj situaciji kao blaži, a u drugoj kao teži, pa je stoga, u situaciji kada je više zakona u konkurenciji, potrebno procijeniti prema kojem zakonu učinilac ima veću mogućnost za povoljniji ishod.

Nasuprot tome u predmetu Suda X-KRŽ-05/42 se navodi:

„Sud također smatra da je i u vezi sa propisanom kaznom KZ BiH blaži za počinitelja u odnosu na Krivični zakon SFRJ, koji je, također, propisivao krivično djelo Ratni zločin protiv civilnog stanovništva, u odredbama člana 142 i koji je važio u vrijeme počinjenja krivičnog djela. Naime, prema odredbama člana 142 KZ SFRJ za navedeno krivično djelo bila je zapriječena kazna zatvora u trajanju od najmanje pet godina ili smrtna kazna, dok je za isto krivično djelo, prema važećem Zakonu, zapriječena kazna zatvora u trajanju od najmanje deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora. Nakon izvršene komparacije spomenutih kazni, sud je došao do zaključka da je zapriječena kazna, po važećem Zakonu, blaža od ranije propisane, bez obzira što je ranijim zakonom donja granica visine kazne bila pet godina, a iz razloga što je prema međunarodnom običajnom pravu uspostavljeno da je smrtna kazna u svakom slučaju strožija kazna od dugotrajnog zatvora, a isto tako prema običajnom pravu apsolutno pravo osumnjičenog je da ne bude pogubljen, a država je dužna osigurati to pravo, što je i učinjeno donošenjem novog zakona.”¹⁰

Dakle, kada sud ocijeni da u konkretnom slučaju, cijeneći sve okolnosti koje su od značaja za izricanje kazne, svrha kažnjavanja neće biti postignuta kaznom u rasponu od 5 do 15 godina, nego da se radi o djelu koje bi po zakonu vremena izvršenja zavrijedilo izricanje najteže kazne (smrtne kazne), sud će primijeniti zakon vremena suđenja, koji je u tom slučaju, kako je gore obrazloženo, povoljniji za optuženog.

Jedan od kriterija za ocjenu povoljnijeg zakona za optuženog koji se treba imati u vidu može biti i oblik učešća optuženog u izvršenju krivičnog djela. Ocjenjujući u ovom smislu zakon vremena izvršenja i zakon vremena suđenja, odredba člana 29 KZ BiH, ovaj institut definiše restriktivnije.

⁸ Sud Bosne i Hercegovine, X-KRŽ-07/330 Zdravko Mihaljević, Drugostepena presuda od 16. 06. 2011, par. 43-47.

⁹ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, AP 1785/06, Abduladhim Maktouf, Odluka od 30. 03. 2007, par. 84.

¹⁰ Sud Bosne i Hercegovine, X-KRŽ-05/42 Nikola Andrun, Drugostepena presuda od 19. 08. 2008, st. 41.

Naime, u članu 29 KZ BiH je propisano:

„Ako više osoba, učestvovanjem u učinjenju krivičnog djela ili preduzimajući što drugo čime se na odlučujući način doprinosi učinjenju krivičnog djela, zajednički učine krivično djelo, svaka od njih kaznit će se kaznom propisanom za to krivično djelo.”¹¹ Međutim, Krivičnim zakonom SFRJ, koji je važio u vrijeme izvršenja ovog krivičnog djela, se propisuje da: Ako više lica učestvovanjem u radnji izvršenja ili na drugi način, zajednički učine krivično djelo, svako od njih kazniće se kaznom propisanom za to djelo. Iz ove zakonske definicije proizilazi da se kažnjavaju sve osobe koje su sudjelovanjem u radnji izvršenja ili na drugi način zajednički počinile krivično djelo i da će se svaki od saizvršilaca kazniti kaznom koja je propisana za krivično djelo koje je počinjeno.“

Slijedom navedenog uočava se bitna razlika između ove dvije zakonske definicije pojma „saizvršilaštvo“, a ista se odnosi na činjenicu da je pojam saizvršilaštva, po važećem novom zakonu dat uže, jer je učešće koje ne predstavlja radnju izvršenja sada ograničeno na one doprinose koji na *odlučujući način* doprinose ostvarenju krivičnog djela, što zahtijeva utvrđivanje mnogo većeg (odlučujućeg) doprinosa optuženog u izvršenju djela, a što je mnogo teže dokazati, dok se u ranijem zakonu zahtijeva samo utvrđivanje opšteg doprinosa zajedničkoj posljedici djela. Tako je moguće da neke radnje učešća u izvršenju krivičnog djela, koje su po zakonu vremena izvršenja bile saizvršilačke, primjenom važećeg zakona, budu ocijenjene kao radnje pomaganja, za koje se optuženi može blaže kazniti (zakonsko ublažavanje), pa će važeći zakon, u konkretnom biti povoljniji za optuženog, jer više nije (sa)izvršilac u (svom)djelu, nego pomagač izvršiocu u djelu izvršioca.

3. Krivičnopravni okvir nastao nakon potpisivanja tzv. Dejtonskog sporazuma

Iz zakonskog teksta odredbe iz st. 2 jasno proizilazi da se primjenjuju i tzv. *međuzakoni ili interimni zakoni*, tj. zakoni koji nisu važili ni u vrijeme izvršenja krivičnog djela, ni u vrijeme suđenja, s obzirom da zakon obavezuje na primjenu blažeg zakona i onda kada je zakon izmijenjen i više puta.

U tom pogledu je dosta zanimljiva situacija koja je kod nas nastala nakon decembra 1995. godine potpisivanjem tzv. *Dejtonskog sporazuma*. Njime su Evropska konvencija o ljudskim pravima (EKLJP) i njezini protokoli, među kojima i *Protokol 6* koji se odnosi na smrtnu kaznu, postali sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine. Preuzeti Krivični zakon SFRJ, koji se na području Federacije BiH primjenjivao do 1998. godine, na području Republike Srpske do 2000. godine, a Brčko Distrikta do 2001. godine, u sistemu sankcija predviđao je i smrtnu kaznu u članu 37Č.

Član 37 Preuzetog KZ SFRJ glasi:

Smrtna kazna ne može se propisati kao jedina glavna kazna za određeno krivično djelo.

Smrtna kazna može se izreći samo za najteže slučajeve teških krivičnih djela za koje je zakonom propisano.

¹¹ Čl. 29, Krivični zakon Bosne i Hercegovine, (bilj. 2).

Smrtna kazna ne može se izreći licu koje u vrijeme izvršenja krivičnog djela nije navršilo 18 godina niti trudnoj ženi.

Punoljetnom licu koje u vrijeme izvršenja krivičnog djela nije navršilo 21 godinu smrtna kazna može se izreći pod uslovom iz st. 2 ovog člana samo za krivična djela protiv osnova socijalističkog samoupravnog društvenog uređenja i bezbjednosti SFRJ (R BiH) za krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava i za krivična djela protiv oružanih snaga SFRJ (R BiH).

Smrtna kazna izvršava se strijeljanjem bez prisustva javnosti.

Član 38

1)...

2) Za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna sud može izreći i zatvor od 20 godina.¹²

Preuzeti KZ SFRJ predviđao je mogućnost izricanja smrtne kazne za sljedeća krivična djela:

- Član 141 (genocid);
- Član 142 (ratni zločin protiv civilnog stanovništva);
- Član 143 (ratni zločin protiv ranjenika i bolesnika);
- Član 144 (ratni zločin protiv ratnih zarobljenika);
- Član 146 st. 2 i 3 (protupravno ubijanje i ranjavanje neprijatelja);
- Član 148 st. 2 (povrede zakona i običaja rata).

Stupanjem na pravnu snagu Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine¹³, Krivičnog zakona Republike Srpske, Krivičnog zakona Brčko Distrikta, u krivičnom zakonodavstvu BiH nije postojala mogućnost izricanja smrtne kazne, jer u ovim zakonima ne postoji smrtna kazna, a kao najteža kazna za navedena krivična djela u Krivičnom zakonu Federacije BiH i Brčko Distrikta BiH, je bila kazna dugotrajnog zatvora u trajanju do 40 godina, a u Krivičnom zakonu Republike Srpske je to bila kazna doživotnog zatvora.

U vezi s tim postavlja se pitanje kada je zapravo prestala pravna mogućnost izricanja smrtne kazne u krivičnom zakonodavstvu BiH, da li je to na području Federacije bila 1998. godina, kada je donesen Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, odnosno 2000. godina na području Republike Srpske kada je donesen Krivični zakon Republike Srpske¹⁴, 2001. godina kada je donesen isti zakon u Brčko Distriktu¹⁵, ili je pak mogućnost izricanja smrtne kazne prestala zaključenjem, odnosno parafiranjem Dejtonskog sporazuma (14. decembar 1995. godine) ili ni

¹² Zakon o primjeni Krivičnog zakona Republike Bosne i Hercegovine i Krivičnog zakona SFRJ, *Sl. gl. RBiH* 2/92, 8/92, 10/92, 16/92, 21/92, 28/92.

¹³ Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. gl. FBiH* 43/98.

¹⁴ Krivični zakon Republike Srpske, *Sl. gl. RS* 22/00, 37/01.

¹⁵ Krivični zakon Brčko Distrikta, *Sl. gl. BD* 1/01, 3/03.

tada. Pravilno rješavanje ovog pitanja riješilo bi mnoge dileme i različita tumačenja u primjeni blažeg zakona.

U vezi s tim ukazujemo na bitne međunarodne dokumente koji regulišu pitanje ukidanja smrtne kazne:

a) Drugi alternativni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima čiji je cilj ukidanje smrtne kazne (prihvaćen i proglašen Rezolucijom Generalne skupštine 44/128 od 15. decembra 1989. godine).

Član 1

1. *Ni jednom licu koje potpada pod jurisdikciju države članice ovog Protokola ne može se izreći smrtna kazna.*
2. *Svaka država članica poduzet će 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 izvršen za vrijeme rata.*

Država članica koja izjavi takvu rezervu u vrijeme ratifikacije ili pristupanja dostavlja Generalnom sekretaru Ujedinjenih naroda odgovarajuće propise svog unutrašnjeg zakonodavstva koji se primjenjuju u vrijeme rata.

2. *Država članica koja je izjavila takvu rezervu obavještava Generalnog sekretara Ujedinjenih naroda o svakom početku ili završetku ratnog stanja na njenoj teritoriji.*

b) Protokol br. 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (Strazbur 28. april 1983. g.)

Član 1

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

Član 2

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

c) Protokol br. 13 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama potpuno je ukinuo smrtnu kaznu. Bosna i Hercegovina je 7. jula 2003. godine ratifikovala ovaj Protokol.

Aneks 1 Dejtonskog sporazuma sadrži dodatni sporazum o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u Bosni i Hercegovini, među kojima se nalazi i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine i njegovi alternativni protokoli iz 1996. i 1989. godine.

Ustav Bosne i Hercegovine, koji čini sastavni dio Dejtonskog sporazuma (Aneks 4) u stavu 2 člana 2 propisao je da prava i slobode izloženi u Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i njeni protokoli primjenjivaće se direktno u Bosni i Hercegovini. Ovi dokumenti imaće prednost nad svim ostalim zakonima.

Imajući u vidu odredbe Ustava Bosne i Hercegovine, Vrhovni sud FBiH kao i Vrhovni sud Republike Srpske ranije su zauzeli stav da je potpisivanjem Dejtonskog sporazuma u BiH prestala mogućnost izricanja smrtno kazne. U skladu s tim počev od 15. decembra 1995. godine po njihovoj argumentaciji proizilazi da je najveća kazna koja se na području Federacije mogla izreći do donošenja Krivičnog zakona Federacije BiH (novembar 1998. godine), kazna zatvora od 15 odnosno 20 godina (ne postoji jedinstveni stav). Također, i na području Republike Srpske do donošenja Krivičnog zakona Republike Srpske (oktobar 2000. godine) najveća kazna je bila kazna zatvora od 15 odnosno 20 godina (ne postoji jedinstven stav), odnosno da je preuzeti Krivični zakon SFRJ bez smrtno kazne, kao *međuzakon*, najblaži zakon.

Međutim, polazeći od gore citiranih međunarodnih dokumenata, opravdano je razmotriti da li je smrtna kazna, kao krivičnopravna sankcija, egzistirala u našem krivičnom zakonodavstvu i nakon zaključenja Dejtonskog sporazuma do donošenja novih krivičnih zakona entiteta koji nisu propisivali mogućnost izricanja smrtno kazne.

U cilju pravilnog rješavanja ovog pitanja ukazujemo na stav Doma za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu izražen u odlukama o meritumu u predmetu br. CH/96/30 – Sretko Damjanović protiv Federacije BiH i u predmetu br. CH/97/69 – Borislav Herak protiv Federacije BiH. Dom za ljudska prava BiH u ovim predmetima analizira odredbe Drugog dodatnog protokola na međunarodni ugovor o građanskim i političkim pravima sa aspekta mogućnosti *izvršenja* smrtno kazne, koja smrtna kazna je bila izrečena Sretku Damjanoviću i Borislavu Heraku. U ovim predmetima Dom za ljudska prava zaključuje da izvršenje smrtno kazne ne bi bilo u skladu sa Drugim dodatnim protokolom. Međutim, Dom za ljudska prava BiH ne problematizira postojanje smrtno kazne kao krivične sankcije u posmatranom periodu, nego samo mogućnost izvršenja sa drugih aspekata.

U tom smislu se navodi da treba imati u vidu činjenicu da je Drugi dodatni protokol sastavni dio Dejtonskog sporazuma koji je potpisan od strane predstavnika Republike BiH, predstavnika Federacije BiH i predstavnika Republike Srpske, krajem 1995. godine i kojim je uspostavljen mir na području Bosne i Hercegovine. Dakle, *BiH nije potpisnica ovog Dodatnog protokola na međunarodnom nivou kako to propisuju odredbe Drugog dodatnog protokola*. S obzirom na činjenicu da je u periodu 1992. – 1995. godine na području BiH u primjeni bio preuzeti KZ SFRJ sa odredbama čl. 37 i 38 koji su propisivali mogućnost izricanja smrtno kazne, to je *de facto*, ispunjen uslov iz člana 2 Drugog dodatnog protokola. Ovo iz razloga što u trenutku potpisivanja Dejtonskog sporazuma u zakonodavstvu BiH postoji smrtna kazna za najteže zločine izvršene za vrijeme rata, *pa se može prihvatiti da u tom trenutku i postoji rezerva na ovaj protokol shodno čl. 2 Dodatnog protokola*. Kako BiH u tom trenutku nije bila potpisnica Drugog dodatnog protokola

na međunarodnom nivou, to dodatni proceduralni zahtjev koji propisuje slanje rezerve Generalnom sekretaru Ujedinjenih nacija, nije ni primjenjiv.

Prihvatanjem ovakve argumentacije da se zaključiti da čl. 2 Drugog dodatnog protokola nije smetnja za postojanje smrtne kazne u zakonodavstvu BiH u ovom periodu nakon potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma. Uostalom, st. 2 člana 1 Drugog dodatnog protokola nalaže obavezu svakoj državi članici za poduzimanjem potrebnih mjera za ukidanje smrtne kazne u okviru njene jurisdikcije, što je i učinjeno donošenjem Krivičnog zakona Federacije BiH (1998.) i donošenjem Krivičnog zakona Republike Srpske (2000.) i Krivičnog zakona Brčko Distrikta (2001.), kada je i ukinuta smrtna kazna, tačnije uklonjena iz krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini.

U pogledu na Protokola br. 6 potrebno je istaći da je Dom za ljudska prava za BiH u predmetima Damjanović i Herak analizirao postojanje smrtne kazne na području BiH u ovom periodu i zaključio da je Federacija BiH prekršila svoje obaveze prema čl. 1 i čl. 2 Protokola br. 6 na Evropsku konvenciju. Pri tome Dom za ljudska prava za BiH nalazi da čl. 2 Protokola br. 6 sadrži brojne zahtjeve koji se moraju ispuniti prije nego se izrekne smrtna kazna. Na prvom mjestu država koje se to tiče mora imati „odredbu u svom Zakonu za smrtnu kaznu“. Drugo, takva zakonska odredba mora biti „u pogledu djela počinjenih u vrijeme rata ili neposredne ratne opasnosti“. Treće, smrtna kazna se mora „primijeniti samo u instancama utvrđenim zakonom i u skladu sa njegovim odredbama“. Pošto BiH nije potpisnica Konvencije na međunarodnom nivou, Dom za ljudska prava smatra da dodatni proceduralni zahtjev koji propisuje slanje relevantnog zakona Generalnom sekretaru Savjeta Evrope nije primjenjiv. *U daljoj argumentaciji Dom za ljudska prava nalazi da prva dva kriterija su primjenjiva na djela počinjena u vrijeme „rata, oružanih sukoba ili okupacije“. Prima facie, Dom za ljudska prava smatra da ovakvo određenje može pokriti situacije o kojima se govori u čl. 2 Protokola. Međutim, Dom za ljudska prava nalazi da nije ispunjen treći uvjet iz čl. 2 u pogledu preciziranja uvjeta u kojima se smrtna kazna primjenjuje smatrajući da odredbe preuzetog Krivičnog zakona SFRJ u dovoljnoj mjeri ne preciziraju neophodne uvjete u kojima se smrtna kazna primjenjuje.*

Mislimo da ovakva argumentacija Doma za ljudska prava u pogledu neispunjavanja ovog kriterija nije prihvatljiva i reklo bi se da je rezultat nastojanja Doma za ljudska prava da se u konkretnom slučaju spriječi izvršenje smrtne kazne nad Sretkom Damjanovićem i Borislavom Herakom sa aspekta zaštite ljudskih prava i da ova argumentacija ne bi mogla biti prihvaćena u kontekstu razmatranja primjene blažeg zakona.

Pažljivom analizom zakonskih odredbi preuzetog KZ SFRJ koje regulišu pitanje smrtne kazne, da se zaključiti da ovaj zakon propisuje smrtnu kaznu za najozbiljnije slučajeve teških zločina koji su počinjeni u doba rata, oružanih sukoba ili okupacije, pa imajući u vidu odredbu čl. 41 preuzetog KZ SFRJ, koja reguliše opšta pravila odmjeravanja kazne, proizilazi da sudu stoji na raspolaganju mogućnost izricanja smrtne kazne samo za najdrastičnije slučajeve, za one radnje izvršenja koje su navedene u onim krivičnim djelima za koje zakonodavac propisuje mogućnost izricanja smrtne kazne. Prema tome, *odredbe preuzetog KZ SFRJ sadrže dovoljno preciznosti u definiranju uvjeta u kojima se smrtna kazna primjenjuje i ove odredbe u dovoljnoj mjeri onemogućavaju sud da u svakom slučaju, za bilo koju od ovih radnji, može izreći smrtnu kaznu. Ovim bi bio ispunjen uslov iz člana 2 o mogućnosti postojanja smrtne kazne u krivičnom zakonodavstvu BiH u periodu od 1995. godine do 1998. godine na području Federacije BiH,*

odnosno do 2000. godine na području Republike Srpske i 2001. godine na području Brčko Distrikta.

U prilog ovakvog zaključka je odredba člana 393 KZ FBiH iz 1998. godine koja glasi: „Pravosnažno izrečena smrtna kazna do dana stupanja na snagu ovog zakona postaje kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od četrdeset godina“. Analognu odredbu sadrži i član 451 Krivičnog zakona Republike Srpske iz 2000. godine, s tim što pravosnažno izrečena smrtna kazna postaje kazna doživotnog zatvora. Dakle, zakonodavac pravosnažno izrečene smrtne kazne ne zamjenjuje kaznom zatvora od 20 godina, odnosno 15 godina, što bi bilo logičnije ako bi se prihvatio stav vrhovnih sudova entiteta, da je smrtna kazna ukinuta potpisivanjem Dejtonskog sporazuma. Samo Krivični zakon Brčko Distrikta u čl. 403 ranije izrečene smrtne kazne zamjenjuje kaznom dugotrajnog zatvora (koja je inače od 20 do 40 godina) u trajanju od 20 godina.

Stav po istom pitanju zauzeo i Ustavni Sud BiH u odluci AP 1785-06 u predmetu Maktouf:

„U praksi, ni u jednoj državi bivše Jugoslavije u zakonodavstvu nije postojala mogućnost izricanja doživotnog zatvora niti dugotrajnih zatvorskih kazni, a što je Međunarodni krivični sud za zločine na području bivše Jugoslavije često činio (slučaj Krstić, Galić itd). Istovremeno, koncept KZ SFRJ je bio takav da nije predviđao postojanje dugotrajnog niti doživotnog zatvora nego je za najteža krivična djela propisivao smrtnu kaznu, a za lakše oblike maksimalne zatvorske kazne do 15 godina zatvora. Dakle, jasno je da se ne može odvojiti jedna sankcija od cjelokupnosti cilja koji se želio postići kaznenom politikom u vrijeme važenja tog zakona.

U vezi s tim, Ustavni sud smatra da nije moguće jednostavno «odstraniti» jednu sankciju i primijeniti druge, blaže sankcije i time praktično ostaviti neadekvatno sankcionirana najteža krivična djela.»¹⁶

4. Suđenje ili kažnjavanje za krivična djela prema općim načelima međunarodnog prava

Član 4a)

Članovi 3 i 4 ovog zakona 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 s općim načelima međunarodnog prava.¹⁷

Odredba ovog člana uvedena je Zakonom o izmjenama i dopunama KZ BiH od 29. decembra 2004. godine (Sl. gl. BiH, 61/04).

Treba podsjetiti da pozivanje na “opšte prihvaćena pravila” međunarodnog prava, odnosno prihvatanje univerzalističke koncepcije, u našem krivičnom zakonodavstvu na određeni način datira još od KZ SFRJ od 1977. godine, kada je u vezi sa univerzalnim principom ugrađena norma (čl. 108 st. 4) prema kojoj se krivično gonjenje stranca moglo preduzeti (tada po odobrenju saveznog javnog tužioca) bez obzira na zakon zemlje u kojoj je djelo učinjeno, ako je u pitanju djelo koje je u vrijeme kada je izvršeno smatrano krivičnim djelom prema opštim

¹⁶ Maktouf, (bilj. 9).

¹⁷ Čl. 3 i 4, Krivični zakon Bosne i Hercegovine, (bilj. 2).

pravnim načelima priznatim od strane međunarodne zajednice. Isto rješenje su zadržale i sve nekadašnje jugoslovenske republike, što predstavlja potvrdu supremacije međunarodnog nad nacionalnim krivičnim zakonodavstvom, dakle, ne samo međunarodnih konvencija već i “opštih pravnih načela”. Pored toga, gotovo sve tzv. tranzicijske zemlje su prihvatile rješenje prema kojem je predviđena neposredna primjena, pa čak i primat međunarodnog prava. Takvu odredbu sadrži i Ustav BiH u čl. 2/II.

Već je naglašeno da ovo nije ni potpuna novina u našem krivičnom zakonodavstvu, jer ga je predviđao kako raniji, tako i sadašnji zakon. Stoga neki autori u ovoj odredbi vide i osnovu za tumačenje prema kome domaći sud može da odlučuje na osnovu takvih pravila i u odnosu na djela izvršena na domaćoj teritoriji i kad one nisu sadržane u ratifikovanoj međunarodnoj konvenciji, prema opštem pravnom principu da ne može nešto da važi u jednom (ako je djelo izvršeno u inostranstvu), a da ne važi u drugom slučaju (ako je djelo izvršeno na domaćoj teritoriji).

Prema tome, odredba iz čl. 4a) omogućava izuzetno odstupanje od principa iz čl. 3 i 4 i omogućava kažnjavanje za one postupke koji predstavljaju krivična djela prema međunarodnom pravu, odnosno koja predstavljaju kršenje normi i pravila tipa zabrana, a koje imaju opštu podršku od svih naroda, koje su opšteg značaja, odnosno koje se smatraju ili koje predstavljaju univerzalne civilizacijske tekovine savremenog krivičnog prava.

To znači da se države u oblikovanju svog nacionalnog krivičnog zakonodavstva moraju pridržavati normi i pravnih standarda koji predstavljaju opšteprihvaćena pravila savremenog krivičnog prava, pravila koja predstavljaju civilizacijske vrijednosti, dio opšteg pravnog nasljedstva civilizovanih naroda. Na taj način se ograničava [arbitrarnost](#) nacionalnih zakonodavaca u kreiranju unutrašnjih krivičnopravnih rješenja, kako onih koja se odnose na opšte institucije krivičnog prava, tako i u odnosu na pojedine inkriminacije ili skupine inkriminacija.

Iz iznesenog proizilazi da jedno lice može krivično odgovarati, odnosno biti kažnjeno za djela koja predstavljaju kršenje navedenih zabrana, kao što su genocid, ratni zločini i sl., čak i onda kada oni izuzetno nisu bili predviđeni kao takva krivična djela u nacionalnom odnosno unutrašnjem krivičnom zakonodavstvu u vrijeme kada su bila učinjena.

Na ovom postulatu se i bazira odredba iz čl. 4a), a što je zapravo norma koja je statuirana, kako je naglašeno, u najznačajnijim međunarodnim dokumentima (čl. 11 st. 2 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, čl. 7 st. 2 EKLJP, te čl. 14 st. 1 MPGPP).

Međunarodno humanitarno pravo predstavlja veoma obimnu i složenu pravnu materiju. Sudska praksa međunarodnog humanitarnog prava razvijena je na sudovima pojedinih država, na međunarodnim sudovima, kao što je Međunarodni vojni sud u Nirnergu i odnedavno Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju u Den Haagu, na koju će se svakako oslanjati i sudovi u BiH.

Odredba člana 4a) KZ BiH ne tretira samo suđenje za ova krivična djela, nego i kažnjavanje, jer ako nije bilo propisano djelo, nije ni sankcija, niti je moguće u pogledu obilježja djela primijeniti jedan, a na krivičnu sankciju drugi zakon, tj. kombinacija zakona, *pa se tako i kažnjavanje učinilaca krivičnih djela „ratnog zločina“ ne uslovljava primjenom odredbe člana 3 i 4 Krivičnog zakona BiH.*

Odjel za ratne zločine Suda BiH, a vezano za kažnjavanje za krivična djela ratnog zločina, svoj stav je izrazio u pravosnažnim presudama na način da je u predmetima procesuiranim pozivanjem na navedenu odredbu, u punoj mjeri primijenio Krivični zakon Bosne i Hercegovine. Argumentacija za ovakav stav je dobrim dijelom već iznijeta, ali naglašavamo i sljedeće:

Država Bosna i Hercegovina je kao nasljednica bivše Jugoslavije ratificirala EKLJP i MPGPP, pa su ovi sporazumi za nju obavezujući i vlasti Bosne i Hercegovine, uključujući i sudove, moraju ih primjenjivati. Stoga je član 4a) KZ BiH samo domaći pravni podsjetnik, jer on nije neophodan da bi se primjenjivali ovi sporazumi. Iz istog tog razloga, ovi sporazumi su obavezujući za sve bosansko-hercegovačke sudove, pa odredba kao što je član 4a) KZ BiH nije neophodna za njihovu primjenu.

I praksa Evropskog suda za ljudska prava (predmet *Naletilić protiv Hrvatske*, br. 51891/99), naglašava primjenjivost odredbe stava 2 prije nego stava 1 člana 7 Evropske konvencije, što također opravdava primjenu člana 4a) KZ BiH. Evropski sud ukazuje na dva elementa retroaktivne primjene krivičnih zakona: *predvidivost i dostupnost krivičnog zakona*. Van svake sumnje je da su počinitelji u vrijeme rata, u razdoblju od 1992. do 1995. znali da su zločini koje su počinili bili kriminalizirani barem prema međunarodnom pravu, pa je i njihovo kasnije gonjenje predvidivo, a tako su, zasigurno, i znali da najteži zločini moraju biti kažnjeni i najtežim sankcijama. Evropski sud je pretpostavio da „*ako je bilo poznato djelo, poznata je bila i maksimalna kazna*“.

Sud BiH je imao u vidu i praksu Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) kao i obaveze koje je država Bosna i Hercegovina, a time i Sud BiH preuzeo u procesuiranju predmeta ratnog zločina koje MKSJ prenosi na Sud BiH po pravilu 11 *bis*.

4.1. Zločini protiv čovječnosti u KZ BiH

Primjena ove odredbe se najčešće ogleda u suđenju u predmetima krivičnih djela koja su kvalifikovana kao *zločini protiv čovječnosti*, krivičnog djela koje je navedeno u KZ BiH u čl. 172. Međutim, primjena navedene odredbe omogućava u punoj mjeri i suđenje po osnovu zajedničkog zločinačkog poduhvata i komandne odgovornosti, koji oblici učešća i odgovornosti nisu eksplicitno sadržani u KZ SFRJ, ali predstavljaju dio međunarodnog običajnog i međunarodnog ugovornog prava, sada u KZ BiH pozicionirani u čl. 180.

U vrijeme počinjenja djelo zločin protiv čovječnosti nije eksplicitno bilo predviđeno krivičnim zakonima u Bosni i Hercegovini. Međutim, običajni status kažnjivosti zločina protiv čovječnosti i pripisivanje individualne krivične odgovornosti za njegovo počinjenje u periodu 1992. godine, potvrđen je, od strane Generalnog sekretara UN¹⁸, Komisije za međunarodno pravo, kao i jurisprudencijom MKSJ i Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu (MKSJ). Ove institucije ocijenile su da kažnjivost zločina protiv čovječnosti predstavlja imperativnu normu međunarodnog prava ili *jus cogens*, zbog čega je nesporno da je u 1992. godini zločin protiv čovječnosti bio dio običajnog međunarodnog prava. Ovaj zaključak je potvrdila i Studija o međunarodnom humanitarnom pravu koju je izradio Međunarodni komitet crvenog križa/krsta.

¹⁸ Izvještaj GS UN-a u vezi sa stavom 2 Rezolucije Vijeća sigurnosti br. 808, od 03. 05. 1993. godine, paragraf 34-35 i 47-48.

Član 4a) KZ BiH govori o „općim načelima međunarodnog prava”. Član 7 stav 2 EKLJP govori o „općim načelima prava priznatim od civiliziranih naroda“, a član 15 stav 2 MPGPP o „općim pravnim načelima koja priznaje međunarodna zajednica“. Kako međunarodno pravo, kao ni EKLJP, ne poznaju identičan pojam onom koji se koristi u članu 4a) KZ-a BiH, to ovaj termin predstavlja ustvari kombinaciju, s jedne strane „principa međunarodnog prava“ kakav poznaje Generalna skupština UN i Komisija za međunarodno pravo i „općih principa prava priznatih od strane zajednice naroda“ kakve poznaje Statut Međunarodnog suda pravde i član 7 stav 2 EKLJP, kao i član 15 stav 2 MPGPP-a.

Praksom Evropskog suda za ljudska prava naglašena je primjena odredbe stava 2 člana 7 u odnosu na primjenu stava 1 člana 7 EKLJP u nekoliko sličnih predmeta u kojima je predmet rasprave upravo bilo postojanje i kažnjivost zločina protiv čovječnosti kao krivičnog djela. U predmetu *Kolk i Kislyiy* protiv Estonije, Evropski sud „*se prisjeća da tumačenje i primjena domaćeg zakona u načelu spada u nadležnost domaćih sudova..., a što je primjenjivo i kada se domaći zakon odnosi na pravila općeg međunarodnog prava ili međunarodnih sporazuma.*”

Prema tome, krivično djelo zločina protiv čovječnosti može se u svakom slučaju podvesti pod „opća načela međunarodnog prava“ iz člana 4a) KZ BiH. Dakle, bez obzira da li posmatrano sa stanovišta međunarodnog običajnog prava ili stanovišta „principa međunarodnog prava“, nedvojbeno je da je zločin protiv čovječnosti predstavljao krivično djelo u inkriminisanom periodu, odnosno da je zadovoljen princip legaliteta. Pri tome ne treba zanemariti ni činjenicu da se krivičnopravne radnje nabrojane u članu 172 KZ BiH mogu pronaći i u zakonu koji je bio na snazi u relevantnom vremenskom periodu (u vrijeme izvršenja djela), i to u članovima 134, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 154, 155 i 186 KZ SFRJ, odnosno da su radnje optuženja bile kažnjive i po tada važećem krivičnom zakonu. Konačno, u vezi sa članom 7 stav 1 EKLJP, Sud zapaža da primjenu člana 4a) dodatno opravdava činjenica da je izrečena kazna u svakom slučaju blaža od smrtne kazne koja je bila u primjeni u vrijeme izvršenja djela, čime je zadovoljena i primjena principa vremenskog važenja krivičnog zakona, odnosno primjena „zakona koji je blaži za počinitelja“.

4.2. *Primjena doktrine udruženog (zajedničkog) zločinačkog poduhvata i odgovornost po osnovu komandne odgovornosti pred Sudom BiH*

Istaknućemo još jednu specifičnost suđenja za ratne zločine pred Sudom BiH, a to je primjena doktrine udruženog (zajedničkog) zločinačkog poduhvata i odgovornost po osnovu komandne odgovornosti, sadržane u odredbi člana 180 stav 1 i 2 KZ BiH, koje su prihvaćene u presudama Suda¹⁹, a ovom prilikom neće se iznositi šira argumentacija opravdanosti njihove primjene, nego samo navođenja relevantnog propisa i pozivanja na međunarodne dokumente na kojima se temelji.

¹⁹ Vidi: X-KRŽ-05/24-3 Miloš Stupar, Drugostepena presuda, 28. 04. 2010; X-KRŽ-07/419 Ratko Bundalo i dr, Drugostepena presuda od 28. 01. 2011; X-KRŽ-06/200 Željko Mejakić i dr, Drugostepena presuda od 16. 02. 2009.

*Individualna i komandna odgovornost**Član 180*

1. *Osoba koja planira, naredi, učini ili podstrekava ili pomaže u planiranju, pripremanju ili učinjenju krivičnih djela iz člana 171 (Genocid), 172 (Zločini protiv čovječnosti), 173 (Ratni zločin protiv civilnog stanovništva), 174 (Ratni zločin protiv ranjenika i bolesnika), 175 (Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika), 177 (Protupravno ubijanje i ranjavanje neprijatelja), 178. (Protupravno oduzimanje stvari od ubijenih i ranjenih na ratištu) i 179 (Povrede zakona ili običaja rata) ovog zakona, kriva je za to krivično djelo. Službeni položaj bilo kojeg lica, bilo da se radi o šefu države ili vlade, ili o odgovornoj službenoj osobi vlade, ne oslobađa takvu osobu krivice niti utječe na ublažavanje kazne.*
2. *Činjenica da je neko od krivičnih djela iz člana 171 do 175 i člana 177 do 179 ovog zakona učinjeno od strane podređenog, ne oslobađa njemu nadređenu osobu od krivične odgovornosti ukoliko je ta nadređena osoba znala ili je mogla znati da se njen podređeni sprema učiniti takvo djelo, odnosno da je već učinio takvo djelo, a nadređena osoba je propustila da preduzme nužne i razumne mjere da spriječi učinjenje krivičnog djela, odnosno da učinitelj tog djela bude kažnjen. (...)*

Odredba st. 1 gotovo je istovjetna kao odredba člana 7 stav 1 Statuta Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) i sadrži nekoliko oblika radnji saizvršilaštva odnosno saučesništva koje su određene s obzirom na specifičnu prirodu i težinu ovih krivičnih djela koja po pravilu sadrže veliki broj radnji izvršenja, počinjenim veoma često od strane većeg broja osoba, djelima koja imaju planski, sistemski karakter, tako da je individualni doprinos pojedinca često teško odrediti.

Navedeni oblici radnji izvršenja suštinski odgovaraju odredbama Zakona koje regulišu saizvršilaštvo i saučesništvo u izvršenju krivičnih djela, ali znatno proširuje radnje izvršenja, kao radnje učešća u izvršenju krivičnih djela. Svim naznačenim radnjama učinjenja dat je, u načelu, isti značaj, bez obzira na modalitete počinjenih radnji.

Zbog toga, u praksi, primjena ove odredbe donosi niz nedoumica, prije svega je sporno pitanje pravne prirode ove odredbe, koja se nalazi u posebnom dijelu krivičnog zakona, a ne predstavlja posebno krivično djelo, nego oblike učešća u izvršenju taksativno nabrojenih djela, te izjednačava krivnju/odgovornost bez obzira sa kojim se oblikom učešća postupa.

Postoji dilema da li je primjena opštih odredaba o saizvršilaštvu i saučesništvu ovim članom derogirana i da li je član 180 KZ BiH, *lex specialis* ili je to inkorporirano međunarodno krivično pravo za samo jedan poseban oblik učinjenja prihvaćen kao udruženi zločinački poduhvat ili zajednički zločinački poduhvat, o čemu sudska praksa još nije dala konačnu riječ.

Odredba iz st. 2 je gotovo identična odredbi iz čl. 7 st. 2 Statuta MKSJ. Ona sadrži drugi osnovni oblik komandne ili zapovjedne odgovornosti koji predstavlja *odgovornost na osnovu nečinjenja*, odnosno propuštanja obaveznog nadzora ili komandnu odgovornost *stricto sensu* ili *indirektnu komandnu odgovornost*.

Iz njenog opisa proizilazi da je naš zakon prihvatio kako umišljajnu tako i nehatnu komandnu odgovornost, što podrazumijeva i nesvjesni nehat, jer će odgovarati i kada nije bio svjestan, ali je mogao biti svjestan da se njegov podređeni sprema učiniti krivično djelo, odnosno da ga je već

učinio. Ovaj koncept odgovornosti, kako je već navedeno, poznat je od ranije u međunarodnom krivičnom pravu, jer ga poznaje još Dopunski protokol I uz Ženevske konvencije o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba od 12. avgusta 1949. godine, u svojoj odredbi iz st. 2 čl. 86, a predviđa ga i čl. 7 st. 3 Statuta MKSJ, te i čl. 28 Statuta MKS, kao i samo jedan broj zemalja koje su ovaj oblik odgovornosti prihvatile.

5. Rezime

Kada je u pitanju Bosna i Hercegovina, važenje i primjena krivičnog zakona se može označiti kao prvorazredno krivičnopravno pitanje, posebno kada su u pitanju ratni zločini i druga najteža krivična djela protiv međunarodnog humanitarnog prava za koja se trenutno sudi. Ono je u središtu interesovanja ne samo pravničke javnosti, prvenstveno zbog toga što su na sceni dva posve različita režima ili pristupa u primjeni krivičnih zakona na takve slučajeve, a što zavisi od toga da li ova krivična djela procesuiru entitetsko pravosuđe ili Sud BiH.

Polazeći od odredaba čl. 3 i 4 KZ BiH, Odjel za ratne zločine Suda Bosne i Hercegovine, kontinuirano vodi raspravu u pogledu primjenjivosti Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, kao zakona vremena suđenja, kada su u pitanju predmeti ratnog zločina, u konkurenciji sa Zakonom o primjeni Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine i Krivičnog zakona *SFRJ* (Preuzeti KZ SFRJ), kao zakona vremena izvršenja krivičnih djela.

Kada je u pitanju upoređivanje zakona, nekada i više njih, treba imati u vidu dva principa na kojima se ono temelji: *princip konkretnosti* i *princip alternativiteta*. I jedan i drugi princip u teoriji se ponekada različito shvataju, a i u sudskoj praksi postoje različiti pristupi, pa i nedosljednosti u njihovoj primjeni. S tim u vezi treba posebno imati u vidu da se navedenim upoređivanjem zapravo traži onaj zakon koji je *povoljniji za učinioca, tj. za dati slučaj*, a to nekada može biti i onaj zakon koji za dato djelo propisuje strožu kaznu.

U vrijeme zaključenja Dejtonskog sporazuma BiH nije bila potpisnica Drugog alternativnog protokola uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima na međunarodnom nivou kako to propisuju odredbe Drugog dodatnog protokola, te nije imala obavezu izjavljivanja rezerve na protokol, pa čl. 2 Drugog dodatnog protokola nije smetnja za postojanje smrtne kazne u zakonodavstvu BiH u periodu nakon potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma, do donošenja novog krivičnog zakonodavstva.

Uostalom, st. 2 člana 1 Drugog dodatnog protokola nalaže obavezu svakoj državi članici za poduzimanjem potrebnih mjera za ukidanje smrtne kazne u okviru njene jurisdikcije, što je i učinjeno donošenjem Krivičnog zakona Federacije BiH (1998), Krivičnog zakona Republike Srpske (2000) i Krivičnog zakona Brčko Distrikta (2001), kada je i ukinuta smrtna kazna, tačnije uklonjena iz krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini.

U pogledu Protokola br. 6 EKLJP potrebno je istaći da je Dom za ljudska prava za BiH u predmetima Damjanović i Herak, analizirajući postojanje smrtne kazne, na području BiH u periodu 1995.-1998./2000. zaključio da su dva kriterija primjenjiva na djela počinjena u vrijeme „rata, oružanih sukoba ili okupacije“. *Prima facie*, Dom za ljudska prava smatra da ovakvo određenje može pokriti situacije o kojima se govori u čl. 2 Protokola. Međutim, Dom za ljudska prava nalazi da nije ispunjen treći uvjet iz čl. 2 u pogledu preciziranja uvjeta u kojima se smrtna kazna primjenjuje smatrajući da odredbe preuzetog Krivičnog zakona SFRJ u dovoljnoj mjeri ne

preciziraju neophodne uvjete u kojima se smrtna kazna primjenjuje, što se može podvrgnuti ozbiljnoj kritici.

Čl. 4a) KZ BiH koji je identičan odredbi čl. 7 stav 2 EKLJP omogućava izuzetno odstupanje od principa iz čl. 3 i 4 istog zakona i omogućava suđenje i kažnjavanje za one postupke koji predstavljaju krivična djela prema međunarodnom pravu, odnosno koja predstavljaju kršenje normi i pravila tipa zabrana, a koje imaju opštu podršku od svih naroda, koje su opšteg značaja, odnosno koje se smatraju ili koje predstavljaju univerzalne civilizacijske tekovine savremenog krivičnog prava, kada te radnje nisu bile propisane kao krivično djelo u unutrašnjem zakonodavstvu.

Odredba člana 4a) KZ BiH ne tretira samo suđenje za ova krivična djela, nego i kažnjavanje, jer ako nije bilo propisano djelo, nije ni sankcija, niti je moguće u pogledu obilježja djela primijeniti jedan, a na krivičnu sankciju drugi zakon, tj. kombinacija zakona, pa se tako i kažnjavanje učinilaca krivičnih djela ratnog zločina, primjenom navedene odredbe, ne uslovljava primjenom odredbe člana 3 i 4 Krivičnog zakona BiH.

Primjena ove odredbe se ogleda i u suđenju u predmetima krivičnih djela koja su kvalifikovana kao *zločini protiv čovječnosti*, krivičnog djela koje je navedeno u KZ BiH u čl. 172. Međutim, primjena navedene odredbe omogućava u punoj mjeri i suđenje po osnovu zajedničkog zločinačkog poduhvata i komandne odgovornosti, koji oblici učešća i odgovornosti nisu eksplicitno sadržani u KZ SFRJ, ali predstavljaju dio međunarodnog običajnog i međunarodnog ugovornog prava, sada u KZ BiH pozicionirani u čl. 180.