

Sanja Šehović Pavić<sup>\*1</sup>

## MATERIJALNI KRIVIČNOPRAVNI POJAM NAČELA ZAKONITOSTI U KRIVIČNOM ZAKONU BIH

### SAŽETAK

Načelo zakonitosti je temeljni postulat savremenog krivičnog prava. U najširem smislu načelo zakonitosti predstavlja zahtjev da pravni akti i sve radnje pravnih subjekata budu usklađene sa zakonom. Postalo je uobičajeno da se načelo zakonitosti izražava latinskom formulacijom *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, što u prevodu znači da nema ni krivičnog djela ni kazne bez zakona. Dakle, radi se o jedinstvenom pojmu koji obuhvata dva međusobno povezana sadržaja, tj. određenost djela u zakonu i određenost kazne u zakonu. Pored navedenog, načelo zakonitosti treba da ispunjava i zahtjev za postojanje pisanog zakona, zabranu analogije i zabranu retroaktivnosti zakona. Na osnovu navedenog nameće se zaključak da je zakonitost složen pravni pojam, čijom se primjenom obezbjedi pravna sigurnosti i vladavina prava, te se na taj način ispunjava garantivna funkcija krivičnog prava. Cilj ovog rada bio je istražiti normativni i institucionalni okvir načela zakonitosti u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: BiH), odnosno ponuditi prikaz i vrednovanje pozitivnih zakonskih normi u tom pogledu. Na osnovu tako provedene analize konstatovano je da je u domaćem krivičnom zakonodavstvu uspostavljen dobar legislativni okvir u pogledu određenja načela zakonitosti, međutim, određeni nedostaci su uočeni u pogledu neujednačenog postupanja redovnih sudova.

311

**Ključne riječi:** krivično pravo, zakon, zakonitost, analogija, zabrana retroaktivnosti, garantivna funkcija.

---

<sup>1</sup> Mr.sc., stručni savjetnik za provođenje propisa u Upravi za indirektno oporezivanje BiH

## UVOD

Načelo zakonitosti je jedno od osnovnih i najznačajnijih načela krivičnog prava, formulisano tako da ispunjava najviše međunarodnopravne standarde, a koji se, prije svega, odnose na to da je samo zakon izvor krivičnog prava, da je zabranjena analogija i retroaktivna primjena zakona, kao i to da mora postojati zakonski opis bitnih elemenata pojedinih krivičnih djela, te da se posebno mora osigurati zakonitost u kažnjavanju.

Dakle, bit tog načela sastoji se u tome da ono u svom punom značenju ispunjava pet strogih zahtjeva, i to<sup>2</sup>:

- Samo je (pisani) zakon izvor krivičnog prava (*nullum crimen sine lege scripta*);
- Zabranjena je analogija u krivičnom pravu (*nullum crimen sine lege stricta*);
- Zabranjena je retroaktivnost krivičnog zakona (*nullum crimen sine lege praevia*);
- Zahtjeva se određenost zakonskih opisa bitnih elemenata krivičnog djela (*nullum crimen sine lege certa*);
- Zahtjeva se zakonitost u kažnjavanju (*nulla poena sine lege*).

312

Iz navedenog je jasno vidljivo da se primjenom ovog načela obezbjeđuje pravna sigurnost i vladavina prava, tako što se društvo i njegove vrijednosti štite zakonom, dok se istovremeno građani i njihova ljudska prava i slobode štite od samovoljne primjene zakona. Ispunjavanjem gore navedenih zahtjeva načela zakonitosti ostvaruje se njegova garantivna funkcija, koja nalaže da krivično pravo mora pružiti zaštitu ljudskih prava i sloboda, onemogućavanjem da se krivično pravo pretvori u instrument za kršenje tog načela kroz neodređene opise zakonskih bića krivičnih dijela, uvođenjem specijalnih mjera, zloupotrebotom krivičnog prava od strane političkih i državnih struktura i sl. Pojam načela zakonitosti obuhvata dva međusobno povezana sadržaja, a to su zakonitost krivičnog djela i zakonitost kazne. Ovim su izražene dvije osnovne garancije koje su općeprihvачene u današnjem krivičnom zakonodavstvu: prvo da građani mogu biti suđeni samo za djelo koje je prije nego što je učinjeno bilo predviđeno u zakonu, i drugo da mogu biti kažnjeni samo kaznom koja je bila predviđena zakonom za to djelo.

Na osnovu svega, nameće se zaključak da je princip zakonitosti

---

<sup>2</sup> Miodrag N. Simović/ Vladimir M. Simović, *Pojam iznačenje načela legaliteta u krivičnom pravu*, <http://eprints.ibu.edu.ba/3054/2/8%20Zbornik%2003.pdf>, (10.02.2019).

jedan od glavnih stubova pravne i demokratske države, u kojoj se poštuju ljudska prava i slobode svakog čovjeka, zbog čega se ovaj princip smatra najznačajnijim principom savremenog krivičnog prava.

## 1. Načelo zakonitosti u Krivičnom zakonu BiH

Načelo zakonitosti u našem krivičnom pravu<sup>3</sup> sastoji se u određenosti krivičnog djela i krivičnopravne sankcije u zakonu, što ujedno označava i jedan od opštih elemenata u poimanju krivičnog djela. Iz navedenog proizilazi da su dva posebna elementa načela zakonitosti: zabrana retroaktivnosti krivičnog zakona i zakonitost u kažnjavanju. Načelo zakonitosti, odnosno zabrana retroaktivne primjene krivičnog zakona i zakonitost u izricanju krivičnopravnih sankcija, propisana je u članu 3. Krivičnog zakona BiH (u daljem tekstu KZ BiH), gdje se navodi: (1) *Krivična djela i krivičnopravne sankcije propisuju se samo zakonom.* (2) *Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao krivično djelo i za koje nije bila zakonom propisana kazna.*<sup>4</sup>

Odredba stava 1. člana 3. KZ BiH sadrži princip prema kojem je krivično pravo - zakonsko pravo (*lex scripta*). To znači da je zakon neposredan izvor prava o krivičnim djelima i krivičnim sankcijama. Krivično djelo je samo ona radnja, tj. ono ponašanje koje odgovara određenom zakonskom opisu bića krivičnog djela.<sup>5</sup> To je opravdano ako se ima u vidu karakter krivičnih sankcija, kojima se u značajnoj mjeri zahvata u najznačajnije ljudske vrijednosti.<sup>6</sup> Materijalno krivično zakonodavstvo je u najvećem broju zemalja regulisano krivičnim zakonikom. Načelo da se krivična djela i krivične sankcije mogu statuirati samo zakonom ušlo je u katalog osnovnih ljudskih prava i predstavlja garanciju od samovolje nosilaca političke vlasti, sudova i drugih pravosudnih organa.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Kao i u većini država u kojima je zastupljeno evropsko kontinentalno pravo.

<sup>4</sup> Krivični zakon BiH („Službeni glasnik BiH“, broj 3/03, 32/03, 37/03, 54/03, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 47/14, 22/15, 40/15, 35/18).

<sup>5</sup> B. Petrović/ D. Jovašević, *Krivično pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2005, 153.

<sup>6</sup> Značaj ovog načela nije umanjen time što kao posredni ili dopunski izvori krivičnog prava mogu da budu i neki drugi akti, kao što su ustavi, međunarodni ugovori.

<sup>7</sup> F. Bačić, Krivično pravosuđe i ustavnosti i zakonitost, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd 1987, 11.

Odredba stava 2. člana 3. KZ BiH sadrži poseban aspekt načela zakonitosti, koje se obično izražava u latinskoj formulaciji *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Ovo načelo predstavlja neizostavnu odrednicu savremenog krivičnog prava, ono je garant njegove progresivnosti i demokratičnosti. Za razliku od drugih grana prava, u kojima se ponekad toleriše odstupanje od ovog načela, u krivičnom pravu se zahtjeva da se ono bezuslovno uvažava i primjenjuje.<sup>8</sup>

### **1.1. Određenost krivičnog djela i krivičnopravne sankcije u zakonu**

Jedinstven pojam načela zakonitosti obuhvata dva međusobno povezana sadržaja koji važe kao osnovni principi u uređivanju krivičnih djela i krivičnih sankcija i koji su suštinski elementi vladavine prava:

- a) zakonitost krivičnog djela - odnosno princip da osuda može biti zasnovana samo na normi koja je postojala u vrijeme kada se inkriminisano djelo dogodilo i
- b) zakonitost kazne - odnosno princip da se ne može izreći teža kazna od one koja se mogla primijeniti u vrijeme kada je krivično djelo učinjeno.<sup>9</sup>

314

Ovim su izražene dvije osnovne garancije, koje su općeprihvачene u današnjem krivičnom zakonodavstvu:

- prvo da građani mogu biti suđeni samo za djelo koje je prije nego što je bilo učinjeno bilo predviđeno u zakonu i
- drugo da mogu biti kažnjeni samo kaznom, koja je bila zakonom predviđena za to djelo.

Na ovaj način obezbjeđuje se pravna sigurnost i vladavina prava, tako što se društvo i njegove vrijednosti štite zakonom, dok se istovremeno građani i njihova ljudska prava i slobode štite od samovoljne primjene zakona, čime je izražena garantivna funkcija krivičnog prava. To je izuzetno značajna funkcija odredbe člana 3. KZ BiH, kojom se obezbjeđuju slobode i prava čovjeka, zaštita od samovoljnog gonjenja, presuđivanja i kažnjavanja.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> F. Bačić, 10.

<sup>9</sup> P. Van Dijk/ G.J.H van Hoof, *Teorija i praksa EKLJP*, 451., preuzeto sa <http://bs.scribd.com/doc/148864268/KZ-BiH-Sa-Komentarom#scribd> (22.01.2019.)

<sup>10</sup> N. Srzentić, Principi krivičnog zakonodavstva, *Analji Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo 1988, 278.

## 1.2. Zabrana povratnog dejstva krivičnog zakona i odstupanje od ovog pravila (primjena blažeg zakona)

Načelo zakonitosti u njegovom vremenskom aspektu izražava se kao zabrana povratnog djelovanja krivičnog zakona. Da bi se osigurala pravna sigurnost građana, svako mora u trenutku poduzimanja određene radnje znati s kakvim posljedicama može računati. Imajući u vidu navedeno, prozilazi da i krivična djela i krivičnopravne sankcije moraju biti propisani kao takvi, prije počinjenja samog djela.<sup>11</sup> Problematika vremenskog važenja krivičnog zakona i njegove moguće povratne primjene, nakon zakonodavne reforme na entitetском i državnom nivou u BiH, otvorila je nekoliko složenih i važnih pitanja koja su predmet razmatranja nauke krivičnog prava i aktuelne sudske prakse. Odgovori na sva pitanja nalaze se u okviru zahtjeva načela zakonitosti, kao i odgovor na neizbjježno pitanje uslova retroaktivne primjene blažeg zakona *lex mitior*. Ako se podje od dosljedne primjene načela zakonitosti, retroaktivna primjena blažeg zakona bila bi apsolutno isključena. Međutim, ovaj izuzetak je danas prihvaćen u mnogim krivičnim zakonodavstvima, kao i u našem krivičnom zakonodavstvu.<sup>12</sup>

Zabrana retroaktivne primjene krivičnog zakona podrazumijeva obavezu da zakon mora stupiti na snagu prije nego što je krivično djelo učinjeno, da bi takav zakon uopšte mogao biti primjenjen na počinioca (*nullum crimen sine lege praevia*).<sup>13</sup> Na počinioca se, dakle, primjenjuje zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Izuzetna retroaktivna primjena novog blažeg krivičnog zakona nije u kontradikciji sa smislom načela zakonitosti. Retroaktivna primjena krivičnog zakona je zabranjena, osim ukoliko je novi zakon blaži za okriviljenog (*lex mitior*). Obzirom da je ovo načelo zvijezda vodilja krivičnog prava, ono podrazumijeva da se lice može izvesti pred sud ili kazniti samo u skladu sa zakonom, koji je prethodio krivičnom djelu, koji je propisao krivično djelo kao takvo i za koje je propisana odgovarajuća sankcija. Ako je poslije izvršenja krivičnog djela, jednom ili više puta izmijenjen zakon primjeniti će se onaj koji je najblaži za počinioca. Strožiji zakon se ni u kojem slučaju ne može primjeniti retroaktivno, a ako je novi zakon u pogledu konkretnog slučaja

315

---

<sup>11</sup> P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb 2007, 76-79.

<sup>12</sup> Član 4. stav 2. KZ BiH (Službeni glasnik BiH“ broj 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 47/14, 22/15 i 40/15), član 5. stav 2. KZ FBIH („Službene novine FBiH“ broj 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14), član 4. stav 2. KZ RS (“Službeni glasnik RS” broj 49/03, 70/06, 73/10), član 5. stav 2. KZ BDBIH („Službeni glasnik BD BiH“ broj 33/13).

<sup>13</sup> Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, IP Justinian, Beograd 2005, 45.

potpuno jednak u smislu strogosti odnosno blagosti u odnosu na stari zakon, onda će se prema opštem pravilu sadržanom u *lex praevia* elementu načela zakonitosti svakako primjeniti stari zakon, tj. onaj koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela.<sup>14</sup>

Teoretičari se uglavnom slažu da je osnovne pravne države zabrana retroaktivnosti krivičnog zakona, koja se sastoji u očuvanju pravne sigurnosti, uz pravilo da zakoni važe za budućnost. Iako je taj princip zasnovan na ideji prava, isti kao što se može zaključiti, nije absolutnog karaktera. Zakon nekada treba da djeluje i retroaktivno, ako za to postoji naročito iskazan društveni interes, što je ujedno i jedno od najosjetljivijih pitanja zakonodavstva i njegove primjene.<sup>15</sup> Retroaktivna primjena krivičnog zakona u određenim slučajevima može biti jedini način da se ostvari ideja zakonitosti.

Princip obavezne primjene *lex mitior* propisan je i normama međunarodnog krivičnog prava.<sup>16</sup> Praksom država ovaj princip je podržan i na ustavnom i na nivou zakona. Kada je u pitanju Evropska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama (u daljem tekstu: Evropska konvencija), koja je od izuzetnog značaja za našu državu, bitno je istaći da uprkos tome što član 7. Konvencije ne govori o tome, Evropski sud je priznao ovaj princip kao jednu od garancija principa zakonitosti u evropskom pravu u pogledu ljudskih prava. Sud je zauzeo stav da je *lex mitior* onaj koji je blaži za optuženog, uzimajući u obzir njegove karakteristike, prirodu krivičnog djela i okolnosti u kojima je krivično djelo počinjeno.<sup>17</sup>

Naše krivično zakonodavstvo, također, samo izuzetno dozvoljava retroaktivnu primjenu krivičnog zakona i to isključivo u onim slučajevima ako je kasniji ili novi zakon blaži za počinioca. Ta izuzetno dozvoljena retroaktivna primjena krivičnog zakona nije fakultativna već obligatorna, što znači da se kasniji zakon ili onaj koji je donesen nakon učinjenja krivičnog djela uvijek mora primjeniti ako je blaži za počinioca.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Analji pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 2011, 78.

<sup>15</sup> Marković, Odluka ESLJP u predmetu Maktouf, Damjanović i vremensko važenje krivičnog zakona, str. 82, preuzeto sa [http://tuzilastvobih.gov.ba/files/docs/STRUCNI\\_RADOVI/\\_Odluka\\_ESLJP\\_u\\_predmetu\\_Maktouf\\_Damjanovic\\_i\\_vremensko\\_vazenje\\_kaznenog\\_zakona.pdf](http://tuzilastvobih.gov.ba/files/docs/STRUCNI_RADOVI/_Odluka_ESLJP_u_predmetu_Maktouf_Damjanovic_i_vremensko_vazenje_kaznenog_zakona.pdf) (novembar 2015.)

<sup>16</sup> Ovaj princip regulisan je između ostalog članom 5. stav 1. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, članom 29. Američke konvencije o ljudskim pravima, članom 24. stav 2. Rimskog statuta, članom 49. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije, članom 75. (4) (c) Dopunskog protokola I uz Ženevske konvencije i članom 6. (2) (c) Dopunskog protokola II uz Ženevske konvencije.

<sup>17</sup> Odluka ESLJP, u predmetu *Scoppola protiv Italije*, 2 (GC) 10249/03, paragraf 109 od 17.09.2009. godine, <http://hudoc.echr.coe.int/eng%7B%22ap-pno%22%7D%2210249/03%22%7D>, (decembar 2015.).

<sup>18</sup> Z. Tomić, *Krivično pravo I*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2008,

### 1.2.1. Primjena važećeg krivičnog zakona

U krivičnom zakonodavstvu BiH, u članu 4. stav 1. KZ BiH, propisano je da se na počinioca krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela. To pravilo istovremeno obuhvata zabranu povratnog važenja krivičnog zakona. U stavu 2. pomenutog člana propisano je odstupanje od ovog pravila, time što je određeno da ako se poslije učinjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmjeni zakon, primjenit će se zakon koji je blaži za počinioca. Da bi se ovo načelo ostvarilo u skladu s dosljednim provođenjem načela zakonitosti krivičnog djela i kazne, mora se uvijek uzeti u obzir vrijeme kada je krivično djelo učinjeno, da bi se na taj način utvrdilo i koji je zakon u to vrijeme bio na snazi.<sup>19</sup>

Važenje krivičnog zakona znači da je određeni zakon na snazi i da ga sudovi primjenjuju u krivičnim stvarima. Krivični zakon važi do stupanja na snagu novog zakona, koji ga izričito ili prečutno ukida.<sup>20</sup> Pitanje vremenskog važenja krivičnog zakona javlja se u onim situacijama kada je nakon izvršenja datog krivičnog djela, pa do njegovog pravosnažnog presuđenja došlo do izmjene krivičnog zakona, jednom ili više puta, tzv. sukcesija krivičnih zakona. U odredbi stava 1. člana 4. KZ BiH sadržano je osnovno načelo vremenskog važenja krivičnog zakona, prema kojem se na počinioca krivičnog djela primjenjuje onaj zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela- načelo neretroaktivnosti ili zabrane povratnog djelovanja krivičnog zakona (*nullum crimen sine lege praevia*). To znači da je izbor krivičnog zakona koji će se primjenjivati mjerodavno vrijeme izvršenja krivičnog djela. Niko, dakle, ne može biti kažnen za krivično djelo, niti mu može biti izrečena krivična sankcija, ako takvo ponašanje u krivičnom zakonu nije bilo predviđeno kao krivično djelo u vrijeme njegovog izvršenja. Otuda pravilo da će se novi zakon primjenjivati samo na krivična djela učinjena poslije njegovog stupanja na snagu. Ovakvo rješenje je direktna posljedica načela zakonitosti i garantivne funkcije krivičnog zakona, kao i načela pravednosti jer je jedino ispravno da krivični zakon prvo opomene pa tek onda nekoga pogodi. Mnogi teoretičari su mišljenja da dopuštanje retroaktivnosti razara povjerenje u pravni poredak i organe pravosuđa jer se građani više u njih ne mogu pouzdati.<sup>21</sup>

154.

<sup>19</sup> Z. Tomić, 152.

<sup>20</sup> M. Hadžiomeragić/ M. Jurčević/ D. Kaurinović/ H. Sijerčić-Čolić, M. Simović, *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u BiH*, Sarajevo 2005, 63-64.

<sup>21</sup> F. Bačić, Krivično pravosuđe i ustavnost i zakonitost, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd 1987, 72.

U odredbi stava 2. člana 4. KZ BiH predviđena je izuzetna mogućnost retroaktivne primjene blažeg zakona. Pitanje blažeg zakona 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 počinioca krivičnog djela.<sup>22</sup>

Dakle, osnovno je pravilo da se prema izvršiocima krivičnih dijela primjenjuje krivični zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela i izriču krivičnopravne sankcije koje su u to vrijeme bile propisane zakonom.<sup>23</sup>

### 1.2.2. Primjena blažeg zakona

Smatra se da, iako je u okvirima tradicionalnog krivičnopravnog koncepta princip zakonitosti postavljen kao pravilo od koga ne smije da bude odstupanja, vremenom su izričito ili prečutno od njegovog striktnog poštovanja predviđeni određeni izuzeci. Jedno od karakterističnih modifikovanja striktnog poštovanja principa zakonitosti predviđeno je kod primjene kasnijeg zakona, ukoliko je ovaj blaži za počinioca. U ovom slučaju prevagu je odnio interes za beneficiranjem okriviljenog, u situaciji u kojoj je došlo do promjene shvatanja o značaju njegovog ranijeg postupka.<sup>24</sup>

Princip retroaktivne primjenjivosti *lex mitior*, odnosno primjenjivosti blažeg zakona u krivičnom zakonodavstvu BiH predviđen je u već pomenutoj odredbi člana 4. stav 2. KZ BiH, koji glasi: *Ako se poslije učinjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primijenit će se zakon koji je blaži za počinioca.* Dakle, u pitanju je zakonom predviđena mogućnost odstupanja od principa zakonitosti, samo ako je poslije izvršenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijenjen zakon. Praktično, u pitanju je obavezna primjena blažeg zakona pod uslovom da svi kasniji zakoni u odgovarajućim odredbama propisuju isto krivično djelo, kao i krivični zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, a koji je strožiji zakon od kasnije izmijenjenih krivičnih zakona. Ovdje se radi o tome da je učinjeno djelo predviđeno kako u krivičnom zakonu koji je važio u vrijeme učinjenja tog krivičnog djela, tako i u novom zakonu, tj. onom koji važi u vrijeme suđenja. Od presudnog je značaja da i jedan i drugi zakon predviđaju različito kažnjavanje učinjenog krivičnog djela. Problem se sastoji u ocjeni koji je od ta dva zakona blaži za počinioca.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> N. Franc, *Vladavina prava*, Filip Višnjić, Beograd 2002, 259.

<sup>23</sup> D. Kaurinović, *Princip legaliteta i retroaktivna primjena krivičnog zakona*, Apelacioni sud Brčko Distrikta, Brčko Distrikt BiH 2013, 13.

<sup>24</sup> B. Čejović, *Principi krivičnog prava*, Dosije, Beograd 2008, 84.

<sup>25</sup> Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, IP Justinian, Beograd 2005, 94-96.

Smisao odstupanja od načela zakonitosti i stvaranje pretpostavki za primjenu kasnijeg, blažeg zakona, leži u zaštiti prava optuženih lica, odnosno ograničavanju zakonom propisane represije, a ne u proizvoljnem proširenju represije.<sup>26</sup> Ovdje je u pitanju problem vremenskog važenja krivičnog zakona, a posebno kada je nakon izvršenja krivičnog djela, pa do njegovog presuđenja došlo do izmjene zakona jednom ili više puta. Prema ovom izuzetku može se primjeniti i zakon koji nije važio u vrijeme izvršenja, niti u vrijeme suđenja počiniocu krivičnog djela, sve pod uslovom da se radi o najblažem zakonu za počinjoca.<sup>27</sup> Da bi sud mogao primjeniti blaži zakon, on prvo bitno mora utvrditi koji je od dvaju ili više zakona, koji dolaze u obzir, zaista blaži. To je kompleksan posao u kojem od pomoći može biti primjena sljedećih načela: načelo da uspoređivanje bude konkretno i načelo alternativiteta. Prema prvom načelu tekstovi starog i novog zakona ne smiju se upoređivati apstraktno, nego konkretno, o čemu će detaljnije biti govora u nastavku. Načelo alternativiteta zakona zahtjeva da se primjeni ili stari ili novi zakon. Dakle, od dva krivična zakona blaži se mora primjeniti u cijelini tj. isključivo.<sup>28</sup> U tom smislu sud treba da podvede krivično djelo u pitanju i pod stari i pod novi zakon i da prema tome utvrdi koji je blaži, a to će biti onaj čija se primjena na konkretni slučaj pokaže kao povoljnija za krivca. Sud ne smije spojiti blaže odredbe jednog zakona, sa blažim odredbama drugog zakona, jer bi se onda primjenio jedan treći zakon, stvoreni ovom kombinacijom, koji uopće ne postoji.<sup>29</sup> Sve do sada navedeno ukazuje da princip zakonitosti ne dozvoljava jednostran, površan pristup prilikom rješavanja bilo kojeg pitanja od koga zavisi ostvarenje zahtjeva zakonitosti, posebno u pogledu zakonitosti krivičnopravnih sankcija.

Ukoliko nakon počinjenja krivičnog djela, zakon propiše blažu kaznu, počinilac ima pravo da se njome koristi. Kontinuirana primjena strožijeg zakona nakon što ga zamijeni blaži zakon bi naštetila principu razdvajanja vlasti, zbog toga što bi sudovi nastavili suditi po strožijem krivičnom zakonu, nakon što je zakonodavni organ već zamijenio svoju ocjenu

<sup>26</sup> M. Babić, et al., *Komentari krivičnih zakona u BiH*, Knjiga I, Vijeće Europe i Evropska komisija, Sarajevo 2005, 64.

<sup>27</sup> Prilikom ocjene koji je zakon blaži za učinitelja, osnovna pravila za donošenje odluke o tome postavljena su još početkom prošlog vijeka. Blaži je onaj zakon koji pruža povoljniju krivičnopravnu situaciju za učinitelja u cijelini, npr. određenost i težina krivičnog djela, zatim sistem krivičnopravnih sankcija, mogućnost ublažavanja i oslobođenja od kazne, kraći rokovi zastare, mogućnost ponavljanja krivičnog postupka, pravne posljedice osude, režim izvršavanja kazne i dr.

<sup>28</sup> T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava- opšti deo*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1922, 156.

<sup>29</sup> P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb 2007, 76-83., 84.

mjere krivičnog ponašanja i odgovarajuće mjere strogosti primjenjivih kazni. Nadalje, kada bi sam zakonodavni organ nametnuo kontinuiranu primjenjivost strožijeg zakona, nakon što je taj zakon zamijenjen blažim zakonom, to bi dovelo do kontradiktornog i dvostrukog standarda ocjene mjere u kojoj je zabranjeno ponašanje pogrešno.<sup>30</sup>

Na osnovu naprijed navedenog može se zaključiti da odredba člana 4. stav 2. KZ BiH predstavlja izuzetak od pravila da se prema izvršiocima krivičnih djela primjenjuje krivični zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Preduslov za primjenu instituta blažeg zakona je da svi kasniji zakoni u odgovarajućim odredbama propisuju isto krivično djelo kao i krivični zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela, a koji je strožiji zakon od kasnije izmijenjenih krivičnih zakona.<sup>31</sup>

Da bi se riješilo pitanje koji će zakon biti primjenjen potrebno je prvo raščistiti dva pitanja: vrijeme izvršenja krivičnog djela i koji je zakon u to vrijeme bio na snazi. I jedno i drugo pitanje Krivični zakon BiH je riješio u svojim odredbama.<sup>32</sup> Mnogo više teškoća ima kod odgovora na pitanje koji je zakon blaži, odnosno povoljniji za počinioca u slučaju sukcesije zakona. Osnovno polazište je da se pitanje izbora povoljnijeg zakona ne rješava *in abstracto* nego *in concreto*, tj. ne uopštenim upoređivanjem teksta starog i novog zakona, već njihovih upoređivanjem u odnosu na dati konkretni slučaj. Pri tome je potrebno utvrditi sve okolnosti koje mogu biti relevantne za navedenu ocjenu, pa shodno tome izvršiti procjenu koji zakon daje povoljniji ishod za počinioca u konkretnom slučaju.<sup>33</sup> Jednostavno upoređivanje tekstova zakona na konkretni slučaj može dati siguran odgovor samo u slučaju ako je novi zakon dekriminisao nešto što je po starom bilo krivično djelo jer je tada novi zakon očigledno blaži. U svim drugim slučajevima, kada je krivično djelo kažnjivo po oba zakona, rješenje nije ni malo jednostavno, pa je stoga potrebno utvrditi sve okolnosti koje mogu biti relevantne u izboru blažeg zakona, tj. onog koji je povoljniji za počinioca. Tek upoređivanjem zakona na taj način moguće je sagledati sve mogućnosti koje pruža primjena jednog ili drugog zakona, pa će sud morati odlučiti za onaj zakon koji je blaži za konkretni slučaj. Pri tome treba imati u vidu da ovdje nije bitno koji od ova dva zakona daje veće mogućnosti za povoljniju presudu, već koji od njih uistinu daje povoljniji ishod u datom slučaju za datog počinioca. To jasno proizilazi ako se odredba stava

<sup>30</sup> Odluka ESLJPupredmetu *Scoppola protiv Italije*, 2(GC) 10249/03, par. 109 od 17.09.2009. godine, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:\[%2210249/03%22\]%7D](http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:[%2210249/03%22]%7D), (decembar 2015.)

<sup>31</sup> P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb 2007, 84-87.

<sup>32</sup> Član 22. i član 253. Krivičnog zakona BiH.

<sup>33</sup> Z. Tomić, *Krivično pravo I*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2008, 155.

2. tumači primjenom samo jezičkog tumačenja, jer zakon nije propisao „*primjenit će se blaži zakon*“ već „*primjenit će se zakon koji je najblaži za počinioca*“. Ako oba zakona vode istom rješenju, tada se primjenjuje zakon koji je važio u vrijeme izvršenja djela jer je to osnovno pravilo.<sup>34</sup>

Postoji niz momenata koji mogu uticati na odluku kod izbora blažeg zakona. Prije svega, potrebno je da se na počinioca i njegovo krivično djelo prvo primjene propisi koji su bili na snazi u vrijeme počinjenja djela, a zatim propisi koji su na snazi u vrijeme suđenja i da se na taj način sagleda pravni položaj okriviljenog.<sup>35</sup> Stoga, sud pri tome treba imati u vidu sve odredbe koje se odnose na kažnjavanje: odredbe o kaznama, njihovom odmjeravanju, odnosno ublažavanju, mjere upozorenja, eventualne sporedne kazne, nove mjere koje predstavljaju supstitute kazni, mjere bezbjednosti, pravne posljedice osude, odredbe koje se odnose na krivično gonjenje, da li je ono uslovljeno odobrenjem privatnom tužbom ili prijedlogom, itd. Isto tako, potrebno je imati u vidu to da li novi zakon neku od okolnosti predviđa kao osnov koji u konkretnom slučaju isključuje protivpravnost, krivičnu odgovornost ili kažnjivost ili s druge strane, proširuju kažnjivost.<sup>36</sup> Nije isključena mogućnost da zakon sa težom kaznom bude za počinioca na kraju povoljniji, jer primjena nekih od njegovih drugih odredbi dovodi do povoljnijeg rješenja.

U teoriji je sporno pitanje da li se pravilo o zabrani retroaktivnosti krivičnih zakona odnosno retroaktivnosti primjene blažeg zakona odnosi i na druge krivične sankcije, odnosno na mjere bezbjednosti i vaspitne mjere. Kao što je poznato da zakon u ovim odredbama zabranu retroaktivne primjene ne ograničava samo na kaznu zatvora, treba reći da je krivični zakon ovo pitanje na identičan način riješio u odnosu na sve krivične sankcije. Prema tome, kako iz odredbe člana 3, tako i iz odredbe člana 4., proizilazi da se pravilo zabrane retroaktivne primjene zakona, odnosno obavezne retroaktivnosti primjene blažeg zakona jednako primjenjuje i na druge krivične sankcije.<sup>37</sup>

321

U BiH dileme i teškoće su se javile sukcesijom zakona, odnosno tumačenja koji je zakon blaži za počinioca. Važno je napomenuti da je u Federaciji BiH do 1998. godine važio preuzeti Krivični zakon Savezne Federativne Republike Jugoslavije (u daljem tekstu: KZ SFRJ), a na području Republike Srpske isti je važio do 2000. godine. Pomenuti Krivični zakon predviđao je između ostalog i smrtnu kaznu. Međutim, nakon stupanja na snagu Dejtonskog mirovnog sporazuma, 14.12.1995. godine, smrtna kazna se više nije mogla primjenjivati, s obzirom da je tada u pravni poredak BiH

<sup>34</sup> M. Babić, et al, *Komentari krivičnih zakona u BiH*, Knjiga I, 2005, 65-66.

<sup>35</sup> Z. Tomić, *Krivično pravo I*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2008, 155-156.

<sup>36</sup> B. Čeđović, *Principi krivičnog prava*, Dosije, Beograd 2008, 91-92.

<sup>37</sup> M. Babić, *Komentari krivičnih zakona u BiH*, Knjiga I, 2005, 68-71.

inkorporirana je Evropska konvencija sa svojim protokolima, među kojima je i Protokol 6., koji se odnosi na smrtnu kaznu. Konkretnije u skladu sa Aneksom IV. i VI. Dejtonskog sporazuma, BiH i njeni entiteti moraju osigurati svim osobama u svojoj nadležnosti prava i slobode garantirane Evropskom konvencijom i njenim protokolima i drugim sporazumima o ljudskim pravima.<sup>38</sup> Stoga je smrtna kazna uklonjena za sva krivična djela za koja je bila predviđena, a koja nisu pravosnažno presuđena. Posebno je karakteristična situacija nastala u pogledu primjene KZ SFRJ 1976. godine,<sup>39</sup> koji je važio u vrijeme počinjenja ratnih zločina, što još uvijek predstavlja neriješeno pitanje u BiH, a o čemu će više biti govora u nastavku.

Kod utvrđivanja i primjene blažeg zakona može se postaviti i pitanje da li u toj konkurenциji treba da se nađu samo dva zakona, tačnije onaj koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela i onaj koji je na snazi u vrijeme presuđenja ili tu treba uvrstiti i međuzakone. Pod pojmom međuzakona u krivičnom pravu podrazumijevaju se oni krivični zakoni koji su bili na snazi od momenta prestanka važenja zakona koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja krivičnog djela do stupanja na snagu zakona koji važi u vrijeme presuđenja. U našem krivičnom zakonodavstvu prihvaćeno je stanovište da se prilikom odlučivanja koji je zakon najblaži za počinioca u obzir uzimaju i svi međuzakoni.<sup>40</sup>

## 2. Odstupanje od primjene načela zakonitosti prema KZ BiH

322

Kada je u pitanju KZ BiH, predviđen je još jedan izuzetak od stroge primjene načela zakonitosti u njegovom punom obliku. Ovaj izuzetak je predviđen u odredbi člana 4 a) KZ BiH, koja propisuje da zahtjevi načela zakonitosti ne sprječavaju suđenje ili kažnjavanje bilo kojeg lica za bilo koje činjenje ili nečinjenje, koje je u vrijeme kada je učinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu sa *opštim načelima međunarodnog prava*. Smisao ove odredbe je da omogući suđenje i kažnjavanje za neka buduća činjenja ili nečinjenja, koja nisu uopšte predviđena kao krivično djelo u unutrašnjem niti u međunarodnom pravu, niti su za ta djela propisane krivičnopravne sankcije, a mogla bi dovesti u opasnost osnovne civilizacijske vrijednosti. Ova se zabrana ne odnosi na krivična djela koja su u vrijeme izvršenja krivičnog djela bila propisana i za koju su domaćim zakonom bile propisane krivičnopravne sankcije.<sup>41</sup>

Kod analize članka 4a) KZ BiH, potrebno je promatranje razlučiti na dva djela. Prije svega, pomenuti članak možemo gledati kao pragmatični

<sup>38</sup> [http://www.tuzilastvorz.org.rs/html\\_trz/\(CASOPIS\)/SRP/SRP05/1222.pdf](http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/(CASOPIS)/SRP/SRP05/1222.pdf), (decembar 2015.)

<sup>39</sup> Krivični zakon SFRJ iz 1976. je u članu 34. stav 1. propisao smrtnu kaznu.

<sup>40</sup> Član 4. stav 2. KZ BiH.

<sup>41</sup> D. Kaurinović, *Princip legaliteta i retroaktivna primjena krivičnog zakona*, Apelacioni sud Brčko Distrikta, Brčko Distrikt BiH 2013, 30.

pokušaj olakšavanja procesuiranja počinilaca teških krivičnih djela, počinjenih u sukobu u BiH. Nasuprot tome, isti može biti analiziran s čisto teoretsko - praktične strane. Promatrajući ga s pragmatične strane dolazi se do zaključka da je novi KZ BiH u sebi apsorbirao dostignuća savremene teorije i prakse krivičnog prava, posebno u dijelu koji se odnosi na razvoj međunarodnog krivičnog prava i da je mnogo jednostavniji način definirao krivična djela koja se tiču ratnih zločina, kao i mnoge druge odredbe pojmove povezanih s tim krivičnim djelima. Osim toga, ovaj zakon je usvojio i dostignuća koja se tiču zaštite ljudskih prava u krivičnom postupanju. S toga čisto pragmatično, sve bi upućivalo na njegovu primjenu u procesuiranju predmeta ratnih zločina pred sudovima u BiH. Međutim, posmatrajući ga iz svjetla dostignuća krivičnog prava, situacija nije niti približno jasna. Prije svega, odredba člana 4 a) predstavlja odstupanje od odredbi člana 3. (*načelo zakonitosti*) i 4. (*vremensko važenje krivičnog zakona*) KZ BiH.<sup>42</sup> Dakle, nedvosmisleno se može zaključiti da se u konkretnom slučaju radi o odstupanju od primjene načela zakonitosti, koje se opravdava općom podrškom međunarodne zajednice, izraženom kroz opća načela međunarodnog prava. Supsidijarno neko bi mogao krivično odgovarati i za djela koja nisu propisana u domaćem zakonodavstvu, ukoliko bi ta djela bila dio tih općeprihvaćenih načela, oslanjajući takav stav na odredbe međunarodnih dokumenata kao što su Univerzalna deklaracija o ljudskim pravim, Evropska konvencija, Međunarodni pakt. Osim ovih dokumenata implicitalo bi to i primjenu sudske prakse, kao npr. Nirnberške presude, te presude Haškog tribunala, jer su upravo ti sudovi kroz svoju praksu zauzimali određene stavove i formirali tumačenja odredbi međunarodnog prava. No je li ona zbog toga općeprihvaćena ili ne, Sud BiH do 2009. godine u tom pogledu nije imao nikakvih dvojbi da je tako, kada je u jednoj od svojih presuda zauzeo drugačije stajalište. Naime, Sud BiH je sve do 2009. godine, sudeći u predmetima ratnih zločina primjenjivao Krivični zakon BiH iz 2003. godine. Međutim, u presudi donesenoj u slučaju optuženog Zijada Kurtovića,<sup>43</sup> Apelaciono vijeće Suda BiH primjeno je Krivični zakon SFRJ iz 1976. godine, koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja krivičnog djela.<sup>44</sup> Ova presuda u potpunosti otvara

323

---

<sup>42</sup> G.Šimić/H. Pleh, *Retroaktivna primjena krivičnog zakona BiH u predmetima ratnih zločina-argumenti,,za“i „protiv“,* [http://www.tuzilastvobih.gov.ba/files/docs/Retroaktivna\\_primjena\\_Kz\\_BiH\\_u\\_predmetima\\_ratnih\\_zlocina\\_4\\_zbornik\\_radova\\_fpn\\_2013.pdf](http://www.tuzilastvobih.gov.ba/files/docs/Retroaktivna_primjena_Kz_BiH_u_predmetima_ratnih_zlocina_4_zbornik_radova_fpn_2013.pdf) (15.01.2019.)

<sup>43</sup> Odluka Suda BiH: broj X-KRŽ-06/229 u predmetu Zijada Kurtovića, [http://www.sud-bih.gov.ba/files/docs/presude/2009/Drugostepena\\_presuda\\_Kurtovic\\_Zijad.pdf](http://www.sud-bih.gov.ba/files/docs/presude/2009/Drugostepena_presuda_Kurtovic_Zijad.pdf), (decembar 2015.)

<sup>44</sup> Apelaciono vijeće Suda BiH je radnje pod tačkama od 1. do 10. izreke prvostepene presude kvalifikovao kao krivično djelo ratnog zločina protiv civilnog stanovništva iz člana

pitanje primjenjivog zakona, kada su u pitanju predmeti ratnih zločina jer se suci i tužiocu inače zalažu za primjenu zakona iz 2003. godine.

Ako se pogleda dosadašnja praksa Suda BiH uviđa se da ovaj sud obilato koristi upravo ovaj institut, propisan članom 4a) KZ BiH, čija je primjena omogućena odredbom koja nije sadržana u početnom tekstu zakona, nego je ona u zakon gotovo dvije godine nakon njegova stupanja na snagu.<sup>45</sup> Ovakva odredba predstavlja izraz opštег procesa univerzalizacije i harmonizacije nacionalnih krivičnih zakonodavstava sa opštim standardima i opštim pravnim pravilima međunarodnog prava.

Sadržaj člana 4 a) KZ BiH je jednostavno preuzet iz člana 7. stav 2. Evropske konvencije, člana 15. stav 2. MPGPP, odnosno člana 49. stav 2. Povelje o osnovnim pravima u EU, koji suštinski na identičan način pravno normiraju istu materiju.<sup>46</sup> Bitno je naglasiti da primjena pomenutog člana KZ BiH nikako ne predstavlja nepoštivanje načela zakonitosti, ali samo pod uslovom da određeno ponašanje nije bilo propisano kao krivično djelo u krivičnom zakonu koji je važio u vrijeme počinjenja tog djela i nikako u drugim slučajevima. Takav stav se opravdava činjenicom da su i principi koje priznaje međunarodno pravo preuzeti iz nacionalnih pravnih sistema, te da se krivična djela, kao npr. ubistvo, silovanje ili krađa smatraju krivičnim djelima po opštim načelima međunarodnog krivičnog prava i kada nisu u nacionalnom zakonodavstvu predviđeni kao takva.<sup>47</sup> Drugačije postupanje od navedenog predstavljalо bi grubо kršenje zahtjeva *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, koji je integralni segment načela zakonitosti. Prema tome, odredba člana 4 a) KZ BiH omogućava samo izuzetno odstupanje od principa zakonitosti<sup>48</sup> i omogućava kažnjavanje za one postupke koji predstavljaju krivična djela prema međunarodnom pravu, odnosno koja predstavljaju kršenje normi i pravila, a koje imaju opštu podršku od strane svih naroda, koje su opštег značaja, odnosno koje se smatraju ili koje predstavljaju univerzalne civilizacijske tekovine savremenog krivičnog prava. To znači da se države u oblikovanju svog

<sup>45</sup> 142. stav 1. Zakona o primjeni Krivičnog zakona R BiH i Krivičnog zakona SFRJ i za to djelo mu utvrdio kaznu zatvora u trajanju od devet godina, a radnje pod tačkom 11. izreke prvostepene presude pravno kvalifikovao kao krivično djelo - uništavanje kulturnih i historijskih spomenika iz člana 151. stav 1. istog zakona, za koje se utvrđuje kazna zatvora u trajanju od tri godine, pa je primjenom člana 48. stav (1) i (2) tačka 3. navedenog zakona, optuženog Kurtović Zijada osudio na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 11 godina.

<sup>46</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona BiH („Sl. glasnik BiH“ broj 61/04).

<sup>47</sup> Prema: Cassese, A., *Međunarodno krivično pravo*, Beograd 2005, 35-36.

<sup>48</sup> V. Kambovski, *Osnovni problemi primjene međunarodnog kaznenog prava od strane međunarodnih i nacionalnih sudova*, Udruženje za međunarodno krivično pravo, Tara, 2006.

<sup>49</sup> Član 3. i 4. KZ BiH

nacionalnog krivičnog zakonodavstva moraju pridržavati normi i pravnih standarda, koji predstavljaju općeprihvaćena pravila savremenog krivičnog prava. Na taj način se ograničava arbiternost nacionalnih zakonodavaca u kreiranju unutrašnjih krivičnopravnih rješenja.<sup>49</sup> 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 ta djela nisu bila predviđena kao krivična djela u nacionalnom odnosno unutrašnjem krivičnom zakonodavstvu u vrijeme kada su bili učinjena. Na ovom postulatu bazira se i odredba iz člana 4a) KZ BiH, a što je zapravo norma koja je statuirana, kako je naglašeno u najznačajnijim međunarodnim dokumentima.<sup>50</sup>

Važno je naglasiti da se poštovanje principa zakonitosti ne može i ne smije izbjegći u odnosu na izricanje kazni, jer se u protivnom izlazi iz okvira zakonitosti i prelazi u opasno polje pravne nesigurnosti.

### **3. Retroaktivna primjena Krivičnog zakona BiH u predmetima ratnih zločina<sup>51</sup>**

Specifična situacija u pogledu adekvatne i dosljedne primjene načela zakonitosti u krivičnom zakonodavstvu BiH nastala je u pogledu procesuiranja počinilaca ratnih zločina, što je ocjenjeno kao jedno od vitalnih pitanja koje ova država treba riješiti. Naime, kako bi se procesuirali svi počinioци ratnih zločina u BiH i kako bi se odredbe krivičnih zakona, koje reguliraju ovu oblast, uskladile sa međunarodnim standardima, BiH je nakon uspostave mira 1995. godine donijela čitav niz krivičnih zakona. S obzirom na unutrašnju organizaciju, kao i razdužene nadležnosti za procesuiranje ovih krivičnih djela, ovim mjerama nisu postignuti očekivani rezultati. Sve do 2003. godine i usvajanja Krivičnog zakona BiH, ova krivična djela su procesuirana u skladu sa različitim zakonima, koji su vrijedili na teritoriju BiH. Namjera krivičnog zakona iz 2003. godine bila je ukloniti fragmentiranost i usvojiti dostignute standarde razvoja krivičnog prava u svijetu. Oslanjajući se na opće principe međunarodnog prava, zakonodavac u BiH je dopustio retroaktivnu primjenu ovog zakona na događaje iz razdoblja od 1992. do 1995. godine.<sup>52</sup> Broj predmeta iz tog razdoblja, kao i

325

---

<sup>49</sup> M. Babić, *Komentari krivičnih zakona u BiH*, Knjiga I, 2004., 33-34.

<sup>50</sup> M. Babić, 71-73.

<sup>51</sup> Pojam „ratni zločin“ korišten u ovom radu, odnosi se na krivična djela počinjena u toku rata u BiH (period od 1992. do 1995. godine), a koja su propisana u Glavi XVII Krivičnog zakona BiH pod nazivom „Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom“.

<sup>52</sup> G.Šimić/ H. Pleh, *Retroaktivna primjena krivičnog zakona BiH u predmetima ratnih zločina-argumenti,,za“i „protiv“,* <http://www.tuzilastvobih.gov.ba/files/docs/>

ograničeni kapaciteti Ureda glavnog Tužitelja BiH i Suda BiH onemogućili su procesuiranje svih predmeta, zbog čega su neki proslijedjeni drugim sudovima, koji primjenjuju stare zakone. Jedan od razloga zbog kojeg još uvijek nisu procesuirani svi slučajevi počinjenja ratnih zločina je svakako i nedovoljno dobra organiziranost organa krivičnog gonjenja i suđenja, koju karakterizira i nedostatak odgovarajućih kapaciteta, pa i stručnosti, ali vrlo često i nedostatak opće društvene podrške za njihov rad. Situacija je dodatno zakomplikovana činjenicom da neki sudovi u BiH primjenjuju zakon iz 2003. godine, dok drugi primjenjuju neke druge zakone, među kojima najčešće Krivični zakon SFRJ iz 1976. godine.<sup>53</sup>

Evropski sud za ljudska prava (ESLJP), odlučujući o dvije apelacije, utvrdio da je Sud BiH pogrešno primjenio Krivični zakon iz 2003. godine, umjesto zakona iz bivše Jugoslavije, kao blažeg za počinioca. Nakon toga je Ustavni sud BiH do polovine 2015. godine ukinuo još 23 presude.<sup>54</sup> Jedna od gore pomenutih apelacija je i ona koju je podnio Abduladhim Maktouf, o čemu će više riječi biti u nastavku rada.

Važno je napomenuti da je u vrijeme izvršenja krivičnih djela ratnih zločina u BiH važio preuzeti Krivični zakon iz SFRJ, koji je propisivao smrtnu kaznu. Polazeći od pravila vremenskog važenja krivičnog zakona, a uzimajući u obzir da je krivično pravo zakonsko pravo, u svim konkretnim slučajevima ratnih zločina postojala je mogućnost da se utvrdi smrtna kazna. Nesumnjivo je da je svaki zakon, koji ne propisuje smrtnu kaznu blaži od onog koji je propisuje. Takav je slučaj i sa KZ BiH iz 2003. godine, koji ne propisuje smrtnu kaznu za krivična djela ratnih zločina. Međutim, posljednjom reformom krivičnog zakonodavstva smrtna kazna nije ukinuta, nego je iz krivičnog zakona uklonjena kao krivična sankcija, što igra značajnu ulogu u odlučivanju o tome koji je krivični zakon blaži u konkretnom slučaju za počinioca ratnih zločina.<sup>55</sup> Situacija u pogledu pravilne primjene krivičnog zakona nije ni približno jednostavna, o čemu će u nastavku biti više govora.

Da bi se jasnije sagledala situacija u pogledu procesuiranja ratnih zločina u BiH važno je napomenuti da su do uspostavljanja Suda BiH,

---

[Retroaktivna primjena Kz BiH u predmetima ratnih zlocina 4 zbornik radova fpn 2013.pdf](#) (15.01.2019.)

<sup>53</sup> Prema:[http://www.tuzilastvobih.gov.ba/files/docs/Retroaktivna\\_primjena\\_Kz\\_BiH\\_u\\_predmetima\\_ratnih\\_zlocina\\_4\\_zbornik\\_radova\\_fpn\\_2013.pdf](http://www.tuzilastvobih.gov.ba/files/docs/Retroaktivna_primjena_Kz_BiH_u_predmetima_ratnih_zlocina_4_zbornik_radova_fpn_2013.pdf), (decembar 2015.)

<sup>54</sup> Prema:[www.justice-report.com/bh/sadržaj-članci/pogrešna-primjena-zakona](http://www.justice-report.com/bh/sadržaj-članci/pogrešna-primjena-zakona), (oktobar 2015.)

<sup>55</sup> N. Srzentić/ A. Stajić/ Lj. Lazarević, *Krivično pravo SFRJ, Opšti deo*, Beograd 1998, 182.

predmeti ratnih zločina, za koje se i veže problematika povratnog dejstva pravnih normi bili procesuirani pred kantonalnim, okružnim i osnovnim sudovima u BiH, dok su vrhovni sudovi entiteta, te Apelacioni sud Brčko Distrikta BiH zauzimali stanovišta u pogledu određenih pravnih pitanja i izgrađivali sudsku praksu u pogledu primjene zakona i ujednačenog kažnjavanja za djela ratnih zločina, koji su počinjeni u BiH u periodu od 1992-1995. Stupanjem na snagu KZ BiH prenesena je nadležnost procesuiranja predmeta ratnih zločina na Sud BiH. Izmjenama i dopunama KZ BiH omogućeno je suđenje i kažnjavanje onih lica čija su činjenja ili nečinjenja predstavljala krivično djelo u skladu s opštim načelima međunarodnog prava. Uvođenjem pravne norme iz člana 4a) KZ BiH, kojom se omogućava procesuiranje i kažnjavanje u skladu s opštim načelima međunarodnog prava, krivično zakonodavstvo BiH ne samo da je omogućilo krivično gonjenje, procesuiranje i kažnjavanje za krivična djela zločina protiv čovječnosti, nego je svoje krivično zakonodavstvo uskladilo za međunarodnim dokumentima i multilateralnim sporazumima, te ponudilo rješenje na pitanje povratnog dejstva pravnih normi u skladu s međunarodnim pravom, a koje rješenje su prihvativi svi civilizirani narodi i potvrdila generalna skupština UN, kroz prihvaćanje nternberških principa.

Međutim, iako je Krivični zakon iz 2003. godine predvidio da se isti može primjenjivati i na događaje koji su se dogodili u razdoblju od 1992-1995. godine, komplikaciju je predstavljala činjenica da Tužilaštvo i Sud BiH nisu preuzeли sve predmete ratnih zločina od tužilaštava i sudova nižih razina, već je odlučeno da će ti sudovi procesuirati one slučajevi u kojima je optužnica stupila na snagu i to prema propisima koji su u to vrijeme bili na snazi. Osim toga, zbog količine predmeta i vlastitih ograničenih kapaciteta, tužilaštvo i sud nisu bili u mogućnosti da procesuiraju sve predmete, već je odlučeno da će neki od njih biti ustupljeni nižim razinama.<sup>56</sup>

327

Krivični zakoni koji su doneseni u entitetima BiH i Brčko Distriktu BiH nastali su kao plod napora da se postigne razvoj krivičnog prava u svijetu. Konačnu stepenicu u razvoju materijalno pravnih odredbi za krivični progon osoba koje su počinile ova teška krivična djela u BiH predstavlja pomenuti Krivični zakon BiH iz 2003. godine.<sup>57</sup> Nakon usklađivanja krivičnog zakonodavstva u BiH izgledalo je kako će zbog općeprihvaćenog načela zakonitosti u krivičnom pravu odredbe pomenutog zakona biti neprimjenjive na krivična djela počinjena u ratnom periodu, te da će jedini izuzetak biti moguće napraviti ako se zakon promijenio jednom ili više

---

<sup>56</sup> Zakon o sudu BiH, Sl glasnik, 29/00, 16/02, 24/02, 03/03, 37/03, 42/03, 04/04, 35/04, 61/04, 32/07, 97/09, 74/09.

<sup>57</sup> KZ BiH, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15, 35/18.

puta nakon počinjenog krivičnog djela, na način da će se u tom slučaju na počinioca primjeniti zakon koji je za njega blaži, što je propisano odredbom člana 4. stav 2. KZ BiH. Ova odredba onemogućava retroaktivnu primjenu novog zakona na djela koja su se dogodila u prošlosti, pa makar ona bila na manjkav način definirana u krivičnom zakonu koji se primjenjivao u vrijeme počinjenja krivičnog djela ili ih čak nije ni bilo u inkriminacijama zakona. Cilj ove odredbe je uspostavljanje pravne sigurnosti građana na način da svako mora u trenutku preduzimanja određene radnje znati s kakvim posljedicama može računati.<sup>58</sup> Kako bi otklonila ova ograničenja, BiH je ovo pitanja odlučila riješiti na drugačiji način. Da bi se stekao potpuni uvid u problem primjene krivičnog zakona BiH iz 2003. godine u predmetima ratnih zločina, u dijelu koji omogućava retroaktivnu primjenu, potrebno je problem sagledati iz perspektive osoba koje se procesuiraju sukladno njegovim odredbama.

### **3.1. Važnija pravna stajališta Suda BiH o primjeni načela zakonitosti u predmetima ratnih zločina**

Korisno je osvrnuti se na sudske praksu da bismo mogli izvršiti analizu u kojoj su mjeri od strane Suda BiH poštovani zahtjevi načela zakonitosti, odnosno da li je došlo do povrede principa zakonitosti sa aspekta retroaktivnosti zakona i zakonitosti u kažnjavanju. Ovo je potrebno zbog toga što su entitetski sudovi i Sud BiH opće principe u pogledu kažnjavanja ratnih zločina tumačili različito, uz nekoliko izuzetaka.

U decembru 2008. godine organi vlasti su usvojili Državnu strategiju za rad na predmetima ratnih zločina, s ciljem da se sistematski pristupi problematici velikog broja neriješenih predmeta ratnih zločina, a u kojoj su između ostalog definirali niz novih kriterija. Kako je navedeno u pomenutoj Strategiji, jasna opredjeljenosti države BiH je da se najsloženiji predmeti ratnih zločina procesuiraju pred Sudom BiH, a da se predmeti koji se ocjene kao manje složeni procesuiraju pred kantonalnim odnosno okružnim sudovima i entiteta i Osnovnom sudu Brčko Distrikta BiH.<sup>59</sup>

Presuda *Apelacionog odjeljenja Suda BiH* broj Kpž. 32/05 od 04.04.2006. godine je prva pravosnažna presuda za krivična djela iz Glave XVII KZ BiH.<sup>60</sup> Navedenom presudom optuženi Abduladhim Maktouf<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Z. Horvatić/ P. Novoselec, *Kazneno pravo, opći dio*, Zagreb 1999, 112.

<sup>59</sup> Prema: [http://www.mpr.gov.ba/web\\_dokumenti/Drzavna%20strategije%20za%20rad%20na%20predmetima%20RZ.pdf](http://www.mpr.gov.ba/web_dokumenti/Drzavna%20strategije%20za%20rad%20na%20predmetima%20RZ.pdf), (juli 2015.)

<sup>60</sup> Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom.

<sup>61</sup> Činjenice u vezi gospodina Abduladhma Maktoufa. Rođen je 1959. godine u Maleziji gdje i živi. dana 11. oktobra 1993 godine je sa namjerom pomogao trećoj osobi da otme

oglašen je krivim za krivično djelo - ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 173. stav 1. tačka e. u vezi sa čl. 31. KZ BiH i primjenom odredaba o ublažavanju kazne osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 5 (pet) godina. U ovoj presudi sud je zauzeo pravno shvatanje da je članom 4a) KZ BiH u cijelosti preuzeta odredba člana 7. stav 2. Evropske konvencije i tako omogućeno izuzetno odstupanje od principa iz člana 4. KZ BiH, kao i odstupanje od obavezne primjene blažeg zakona, u postupcima koji predstavljaju krivična djela prema međunarodnom pravu. Kako je navedeno u presudi, ovaj izuzetak od obavezne primjene blažeg zakona ima svoje puno opravdanje i kada se ima u vidu opšta svrha kažnjavanja iz člana 6. KZ BiH, jer je očigledno da se sa maksimalnom kaznom zatvora od 20 (dvadeset) godina koju predviđa KZ SFRJ, nakon ukidanja smrtne kazne, ne bi mogla ostvariti opšta svrha kažnjavanja imajući u vidu težinu ovih krivičnih djela i nastale posljedice. Princip obavezne primjene blažeg zakona, prema mišljenju vijeća, isključen je u procesuiranju onih krivičnih djela, za koja je u vrijeme njihovog izvršenja bilo potpuno predvidivo i opštepoznato da su protivna opštim pravilima međunarodnog prava.

Abduladhim Maktouf je podnio dana 19. juna 2006. godine apelaciju Ustavnom суду BiH protiv presude Apelacionog vijeća Suda BiH broj KPŽ-32/05 od 04.04.2006. godine, koju je Ustavni sud BiH odbio kao neosnovanu.<sup>62</sup> Naime, Apelaciono vijeće Suda BiH donijelo je presudu kojom je apelanta proglašilo krivim za kršenje člana 3. stav 1. (b) Četvrte Ženevske konvencije o zaštiti civilnog stanovništva za vrijeme rata<sup>63</sup>, kao i člana 173. stav 1. tačka e) u vezi sa članom 31. Krivičnog zakona BiH - ratni zločin protiv civilnog stanovništva i osudio ga na kaznu zatvora u trajanju od pet godina.<sup>64</sup> U svojoj apelaciji Ustavnom суду BiH apelant, između ostalog, navodi da je postupanjem Suda BiH u osporenoj presudi došlo do kršenja

329

---

dva civila s ciljem njihove razmjene za pripadnike snaga ARBiH koje su zarobili pripadnici HVO-a. Civili su oslobođeni nekoliko dana kasnije. Dana 11.06.2004. aplikant je uhapšen, a 01.07.2005. godine pretresno vijeće suda BiH mu izreklo presudu kojom ga oglašava krivim za podstrekavanje i pomaganje u ratnom zločinu uzimanja talaca i osidilo ga je na pet godina zatvora.

<sup>62</sup> AP 1785/06, [www.ccbih.ba](http://www.ccbih.ba)

<sup>63</sup> Pomenuta odredba propisuje da će se se prema licima koja ne učestvuju neposredno u neprijateljstvima, podrazumijevajući tu i pripadnike oružanih snaga koji su uložili oružje i lica onesposobljena za borbu uslijed bolesti, rane, lišenja slobode ili iz kojeg bilo drugog uzroka, postupati u svakoj prilici čovječno, bez ikakve nepovoljne diskriminacije, zasnovane na rasi, boji kože, vjeri ili ubjedjenju, polu, rođenju ili imovnom stanju, ili kome bilo drugom sličnom mjerilu. U tom cilju zabranjeno je i u buduće se zabranjuje, između ostalog, i uzimanje talaca.

<sup>64</sup> AP 1785/06, [www.ccbih.ba](http://www.ccbih.ba), str. 2. i 3.

člana 7. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>65</sup>, što je obrazloženo činjenicom da je primjenjen Krivični zakon BiH iz 2003. godine, a ne prema njegovom mišljenju za njega povoljniji Krivični zakon SFRJ iz 1976. godine, koji je važio u vrijeme počinjenja krivičnog djela, te ukazuje na nejednaka zakonska rješenja i praktičnu primjenu materijalnog krivičnog prava na teritorji BiH. Osim ovoga, Maktouf ističe i navode koji se tiču načina na koji je Sud BiH u konkretnom slučaju utvrdio činjenice i primjenio materijalno pravo. Apelant izričito navodi da je djelo, za koje je osuđen i u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo po tada važećim propisima, ali posebno ukazuje na primjenu materijalnog prava u njegovom slučaju i problematizira prvenstveno koncept blaže kazne odnosno blažeg zakona. On smatra da je KZ SFRJ, koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela za koje je apelant osuđen, a za koje između ostalog za najteže oblike predviđena smrtna kazna, blaži zakon od KZ BiH, koji propisuje kaznu dugotrajnog zatvora za najteže oblike krivičnog djela za koje je isti osuđen. Imajući u vidu da je za predmetno krivično djelo KZ SFRJ između ostalog propisivao i smrtnu kaznu, Ustavni sud je zauzeo stanovište da nije moguće jednostavno odstraniti jednu sankciju i primjeniti druge, blaže sankcije i time praktično ostaviti neadekvatno sankcionirana najteža krivična djela.<sup>66</sup> Ustavni sud je utvrdio da su ratni zločini „*zločini po međunarodnom pravu*“ u univerzalnom smislu nadležnosti za procesuiranje, tako da i osuda za takva djela prema zakonu koji je naknadno propisao i utvrdio određena djela kao krivična i propisao posebnu krivičnu sankciju, a koji to nisu bili po zakonodavstvu koje je bilo na snazi u vrijeme kada su djela počinjena, ne bi bilo suprotno članu 7. stav 1. Evropske konvencije. Zbog svega navedenog, a imajući u vidu i primjenu člana 4a) KZ BiH u vezi sa članom 7. stav 1. Evropske konvencije, Ustavni sud je zaključio da u konkretnom slučaju pitanje primjene KZ BiH u postupku pred Sudom BiH ne predstavlja kršenje člana 7. stav 1. Evropske konvencije.<sup>67</sup>

Prva primjedba na pomenute pravne stavove odnosi se na okolnost da Ustavni sud BiH potpuno zanemaruje činjenicu da je krivično djelo „*ratni zločin protiv civilnog stanovništva*“ već bilo propisano kao krivično djelo u nacionalnom zakonodavstvu u vrijeme izvršenja krivičnog djela

<sup>65</sup> Član 7. *Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda* (1950.) propisuje „1. Niko se ne može smatrati krivim za krivično djelo nastalo činjenjem ili nečinjenjem koje nije predstavljalo krivično djelo u vrijeme izvršenja, prema nacionalnom ili međunarodnom pravu. Isto tako, izrečena kazna neće biti teža od one koja se primjenjivala u vrijeme izvršenja krivičnog djela.“

2. Ovaj član ne utječe na suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe koja je kriva za činjenje ili nečinjenje, ako je to djelo u vrijeme izvršenja predstavljalo krivično djelo prema općim pravnim načelima priznatim kod civiliziranih naroda“.

<sup>66</sup> AP 1785/06, [www.ccbih.ba](http://www.ccbih.ba), str., 21.,22.,23.

<sup>67</sup> Prema: <https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/AP-1785-06.pdf>, (juli 2015.)

iz pomenute presude i to u članu 142. stav 1. KZ SFRJ.<sup>68</sup> Dakle, pravila međunarodnog prava koje je povrijedio optuženi u vrijeme izvršenja bila su predviđena u primarnim pravnim izvorima u pisanoj formi, istovremeno u međunarodnom pravu i domaćem zakonodavstvu.<sup>69</sup> U konkretnom slučaju u potpunosti su bili ispunjeni svi segmenti načela zakonitosti i to prije svega zahtjev za određenost krivičnog djela i sankcije za isto u zakonu, zbog čega je apsolutno bila isključena mogućnost primjene člana 4a) KZ BiH i člana 7. stav 2. Evropske konvencije. Nedvosmisleno se može zaključiti da su postojali svi zakonski uslovi sa aspekta principa zakonitosti za „suđenje“ i „kažnjavanje“ počinioca primjenom odredaba Krivičnog zakona koji je važio u vrijeme počinjenja krivičnog djela, obzirom da su krivično djelo i krivičnopravna sankcija bili propisani zakonom prije nego što je djelo učinjeno.

Abduladhim Maktouf je nakon Odluke Ustavnog suda podnio aplikaciju Evropskom sudu za ljudska prava<sup>70</sup> između ostalog zbog toga što je Sud BiH odbio da primjeni krivični zakon bivše SFRJ iz 1976. godine, koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja ratnih zločina, čime je povrijedeno pravilo zabrane retroaktivnog kažnjavanja, sadržano u članu 7. Evropske konvencije. U ovoj presudi ELJSP je u pogledu primjenjivog materijalnog prava u predmetima ratnih zločina zauzeo sljedeće stanovište: Domaći sudovi su u predmetima ratnih zločina primjenjivali ili Krivični zakon SFRJ iz 1976. godine ili Krivični zakon BiH iz 2003. godine, ukoliko se isti smatrao blažim za počinioca. Nakon stupanja na snagu Dejtonskog mirovnog sporazuma 14.12.1995. godine smrtna kazna (predviđena zakonom iz 1976.) više se nije mogla primjenjivati. Kada je u pitanju navodna povreda člana 7. Evropske konvencije aplikant se žalio da je na njega primjenjen strožiji krivični zakon od onoga koji je bio primjenjiv u vrijeme počinjenja krivičnog djela. Ocjenjujući osnovanost apelacije, ELJSP je naglasio da njegova zadaća nije da razmotri *in abstracto* da li je retroaktivna primjena zakona iz 2003. godine na predmete ratnih zločina sama po sebi nekompatibilna sa članom 7. Konvencije. Ovo se pitanje mora ocjenjivati za svaki predmet pojedinačno, uzimajući u obzir konkretne okolnosti svakog predmeta i posebno da li su domaći sudovi primjenili zakone čije su odredbe najpovoljnije za optuženog. ESLJP je primjetio da je definicija ratnih zločina identična u članu 142. Krivičnog zakona iz 1976.

331

---

<sup>68</sup> Član 142. KZ SFRJ iz 1976.

<sup>69</sup> Konkretno pravilo međunarodnog prava o zabrani uzimanja talaca za vrijeme oružanog sukoba eksplicitno je propisano u članu 3. stav 1. tačka 1.b Ženevske konvencije (IV) o zaštiti građanskih lica za vrijeme rata od 12.08.1949. godine, koju je bivša Jugoslavija ratifikovala 1950. godine.

<sup>70</sup> U daljem tekstu: ELJSP

godine, koji se primjenjivao u vrijeme rata kada su počinjena krivična djela i u članu 173. Krivičnog zakona iz 2003. godine, koji je u konkretnom predmetu primjenjen retroaktivno. Međutim, sud je konstatovao da pomenuta dva zakona predviđaju različit raspon kazni za ratne zločine. Prema Krivičnom zakonu iz 1976. godine za ratne zločine zaprijećena je bila kazna u trajanju od 5-15 godina zatvora ili u najtežim slučajevima smrtna kazna. Također se mogla izreći kazna zatvora u trajanju od 20 godine umjesto smrтne kazne. Pomagači u izvršenju ratnih zločina, poput Abduladhma Maktoufa, su trebali biti kažnjeni isto kao da su sami počinili ratne zločine, ali se njihova kazna mogla umanjiti na kaznu do jedne godine zatvora. Sud BiH je gospodina Maktoufa osudio na kaznu zatvora od pet godina, najnižu moguću kaznu prema zakonu iz 2003. Suprotno tome, prema zakonu iz 1976. godine on je mogao biti osuđen na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine. ELJSP je našao, da kako apelant nije oglašen krivim za gubitak života, zločin koji je on počinio nije spadao u kategoriju najtežih zločina za koje se prema zakonu iz 1976. godine izricala smrtna kazna. ELJSP je ocjenio da je u konkretnom slučaju od izuzetne važnosti bilo ustanoviti koji je zakon bio blaži u pogledu minimalne kazne, te da je to bez ikakve sumnje zakon iz 1976. godine. ELJSP se nije složio sa tvrdnjama da ukoliko je neko djelo predstavljalo krivično djelo prema „*općim pravnim načelima koja priznaju civilizirani narodi*“ u sklopu značenja člana 7. stav 2. Konvencije u vrijeme njegovog počinjenja, da tada pravilo koje zabranjuje retroaktivnost krivičnih djela i kazni nije primjenjivo. Slijedom svega navedenog, ELJSP je došao do zaključka da je došlo do povrede člana 7. Konvencije u konkretnim okolnostima ovog predmeta. Ovaj zaključak se ne treba tumačiti tako da su trebale biti izrečene niže kazne, već samo da su se u predmetima ovih apelanata trebale primjeniti odredbe Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. godine.<sup>71</sup>

Da se ovo imalo u vidu, onda u presudi Suda BiH, međunarodno pravo ne bi bilo djelimično primjenjeno i to samo u onom dijelu koji optuženog dovodi u teži procesni položaj i tako stvara procesnu situaciju za strožije kažnjavanje.

Može se zaključiti da pred domaćim sudovima treba primjeniti blaži zakon, odnosno u konkretnom slučaju, onaj koji je vrijedio u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Koji je zakon blaži nije tako jednostavno odgovoriti i ovo pravno pitanje je puno složenije nego što na prvi pogled izgleda. Prolazeći kroz desetak kriterija koje je teorija i praksa do sada razradila, a o čemu je već ranije bilo govora, dolazi se do toga da je u ovom slučaju ključni momenat zauzimanja stanovišta blažeg zakona, propisana

<sup>71</sup> PresudaESLJP;2312/08,[http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/Europski\\_sud\\_za\\_ljudska\\_prava\\_presuda\\_Maktouf\\_i\\_Damjanovic\\_18\\_juli\\_2013.pdf](http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/Europski_sud_za_ljudska_prava_presuda_Maktouf_i_Damjanovic_18_juli_2013.pdf) (juli 2015).

sankcija. Kako je u ranijem krivičnom zakonodavstvu postojalo istovjetno krivično djelo osnovno je pitanje koji je zakon blaži. Na prvi pogled blaži je zakon iz 2003. godine jer ne predviđa smrtnu kaznu. Međutim, pošto je već i u Ustavu BiH iz 1995. godine predviđeno ukidanje smrtnе kazne, a imajući u vidu stanovišta zauzeta od strane redovnih sudova u BiH, u entitetima i Brčko Distriktu BiH da se ne može izreći smrtna kazna, proizilazi da je blaži zakon SFRJ iz 1976. godine. Prema ovim stanovištima i zakonu, maksimalna kazna koja se mogla izreći za ovo krivično djelo bila je zatvor u trajanju do 20 godina.

Pozivanje na član 7. stav 2. Evropske konvencije, kao što je to bio slučaj u predmetu Maktouf, nije relevantno, obzirom da ova odredba prije svega ima funkciju da pokrije krivični progon za kršenje Ženevskih konvencija pred međunarodnim tijelima ustanovljenim za ovakve slučajeve i da pravno pokrije slučajeve pred domaćim sudovima, kada domaće zakonodavstvo nije propisalo ove inkriminacije kao krivična djela, odnosno nije obuhvatilo sve elemente obilježja ovih djela po Ženevskim konvencijama. U predmetu Maktouf se nije moglo pozivati na pomenutu odredbu Evropske konvencije, obzirom da je isto djelo za koje je optuženi oglašen krivim, postojalo u domaćem zakonodavstvu i u vrijeme izvršenja i u vrijeme suđenja i stoga dosljedno treba primjeniti sve institute krivičnog prava, prije svega, njegov temeljni institut odnosno načelo zakonitosti u njegovom punom obliku, kao i garantirana ustavna prava, te prava garantirana Evropskom konvencijom.

Kako je već i ranije navedeno, član 4 a) KZ BiH primjenjiv je samo u pravnim situacijama kada određena činjenja ili nečinjenja nisu bila uopšte propisana kao krivična djela, ni u nacionalnom ni u međunarodnom pravu, niti su za njih bile propisane krivičnopravne sankcije. U takvim pravnim situacijama ne postoji uslovi ni za suđenje (nema zakonom propisanog krivičnog djela) niti za kažnjavanje (nema propisane krivičnopravne sankcije) prema važećem unutrašnjem pravnom sistemu. To su neke buduće situacije u kojima određeno činjenje ili nečinjenje može da ugrozi ili povrijedi osnovne ljudske vrijednosti priznate od civilizovanih naroda, koje se smatraju univerzalnim, ali što u konkretnom predmetu nije bio slučaj.<sup>72</sup>

Provedenom analizom još nekih sudske odluka u postupcima procesuiranja ratnih zločina pred Sudom BiH, posebno u pogledu poštovanja principa zabrane retroaktivne primjene krivičnog zakona i principa obavezne primjene zakona koji je blaži za počinioca, uočeno je da su entetski sudovi i Sud BiH princip zakonitosti, kada je u pitanju kažnjavanje ratnih zločina, tumačili različito. Uočeno je da, uz nekoliko izuzetaka, entetski sudovi općenito primjenjuju Krivični zakon SFRJ iz

---

<sup>72</sup> D. Kaurinović, *Princip legaliteta i retroaktivna primjena krivičnog zakona*, Apelacioni sud Brčko Distrikta, Brčko Distrikat BiH 2013, 19.

1976. godine, dok je Sud BiH je u početku zaključio da je Krivični zakon iz 2003. godine uvijek blaži i primjenio ga je u svim predmetima.

U martu 2009. godine Sud BiH je počeo primjenjivati novi pristup kojim se trebalo u svakom predmetu pojedinačno ustanoviti koji je od zakona blaži za počinioca.<sup>73</sup> Nakon toga, Sud BiH je Krivični zakon iz 1976. godine primjenjivao na manje teške slučajeve ratnih zločina,<sup>74</sup> dok je u isto vrijeme nastavio primjenjivati Krivični zakon iz 2003. godine na teže slučajeve ratnih zločina, za koje je zaprijećena smrtna kazna prema Krivičnom zakonu SFRJ iz 1976. godine.<sup>75</sup> Osim toga kad god bi zaključio da je KZ iz 2003. godine blaži za počinioca iz bilo kojeg razloga Sud BiH ga je primjenjivao.

Potrebno je navesti da se novi pristup odnosi samo na predmete o kojima je odlučivalo Apelaciono vijeće Suda BiH, dok su pretresna vijeća nastavljala sa primjenom zakona iz 2003. godine u svim predmetima ratnih zločina.<sup>76</sup>

#### **4. Kritički osvrt na primjenu načela zakonitosti u krivičnom zakonodavstvu BiH**

Analizirajući materijalni pojam načela zakonitosti i njegovu primjenu u domaćem krivičnom zakonodavstvu došlo se do konstatacije da je ovaj princip adekvatno postavljen u normama relevantnih zakonskih odredbi, te da su te norme u tom pogledu usklađene sa međunarodnim standardima. Međutim, proučavajući sudske praksu u vezi sa primjenom načela zakonitosti uočen je nedostatak, koji se odnosi na neusklađenost postupanja redovnih krivičnih sudova u pogledu ocjene koji krivični zakon je blaži za počinioca prilikom procesuiranja ratnih zločina. Neujednačena praksa u postupanju i odabiru materijalnog krivičnog zakona u velikom broju slučajeva je dovela do toga da se počinioci kažnjavaju po različitim

---

<sup>73</sup> Sud BiH, Odluka X-KRŽ-06/299 od 25.03.2009. godine u predmetu Kurtović, <http://www.sudbih.gov.ba/stranica/29/pregleđ> (20.02.2019.)

<sup>74</sup> Sud BiH, Odluke X-KRŽ-09/847 od 14.06.2011. godine u predmetu Novalić; X-KRŽ-07/330 od 16.06.2011. godine u predmetu Mihaljević; S1 1 K 002590 11 Krž4 od 01.02.2012. godine u predmetu S. L; S1 1 K 005159 11 KžK od 18.04.2012. godine u predmetu Aškraba i S1 1 K 003429 12 Kžk od 27.06.2012. godine u predmetu Osmić, <http://www.sudbih.gov.ba/stranica/29/pregleđ> (20.02.2019.)

<sup>75</sup> Sud BiH, Odluke X-KRŽ-06/431 od 11.11.2009. godine u predmetu Kapić, i X-KRŽ-07/394 od 06.04.2010. godine u predmetu Đukić, <http://www.sudbih.gov.ba/stranica/29/pregleđ> (20.02.2019.)

<sup>76</sup> Apelaciona vijeća su donijela 21. odluku u predmetima ratnih zločina između marta 2009. godine, kada je po prvi put primjenjen novi pristup i novembra 2012. godine. U pet predmeta primjenjen je zakon iz 1976., a u 16. predmeta zakon iz 2003. godine.

zakonima i da izbor sankcije zavisi od pojedinog suda.

S tim u vezi, smatramo da je najispravnije rješenje u svim slučajevima procesuiranja počinioca djela ratnih zločina, koji su se na prostoru BiH desili u periodu od 1991. do 1995. godine, primjeniti zakon koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja istih, a to je Krivični zakon iz 1976. godine, osim u situacijama kada se procjeni da je novi zakon, tačnije Krivični zakon BiH iz 2003. godine, blaži za počionioca. Odredbe krivičnog zakonodavstva BiH su dozvolile samo izuzetnu retroaktivnu primjenu krivičnog zakona i to u isključivo u onim slučajevima kada je novi zakon blaži za počionica, što je potrebno cijeniti za svaki predmet pojedinačno.

Posebno je potrebno istaći da, imajući u vidu prirodu i kompleksnost pomenutih predmeta, smatramo najispravnijim rješenje da se svi predmeti, gdje su za to bile stvorene procesne pretpostavke, ustupe na rješavanje Tužilaštvo i Sudu BiH. Preduslov za ovakvo postupanje je ispunjenje materijalno-tehničkih pretpostavki, u vidu jačanja kapaciteta ovih pravosudnih institucija, kako zapošljavanjem novih kadrova, tako i njihovih stručnim usavršavanjem.

## **ZAKLJUČAK**

Princip zakonitosti je temeljni postulat krivičnog prava. Krivično pravo mora biti zasnovano na zakonu koji predstavlja akt legitimiranja i samoograničavanja državnog prava kažnjavanja. Istovremeno, zakon je garant za ljudske slobode i prava i zaštitnik od samovolje i zloupotrebe vlasti. Krivično pravo mora da bude zakonsko pravo jer sadrži najteže zabrane i ograničavanja slobode, što omogućava najdublje prodiranje državne prinude u neprikosnovenu sferu individualnih sloboda i prava.

Kada je u pitanju primjena načela zakonitosti u krivičnom pravu u BiH, važno je ponovno istaći da je jedan od najznačajnijih pomaka u pravcu zaštite ljudskih prava i sloboda učinjen reformom cijelokupnog krivičnog zakonodavstva u BiH, koju su pratile i značajne promjene krivičnog postupka, koje su obuhvatale i davanje novih sadržaja pojedinim krivičnoprocesnim načelima, pa i načelu zakonitosti. Cilj tih promjena je, s jedne strane, usmjeren ka efikasnosti i ubrzajući krivičnog postupka, a istovremeno, s druge strane ka zaštiti ljudskih prava i sloboda čovjeka.

Imajući u vidu dosadašnja izlaganja, možemo zaključiti da je krivično zakonodavstvo uspostavilo dobar legislativni okvir u pogledu određenja načela zakonitosti, ali da Bosna i Hercegovina mora uložiti maksimalne napore u pravcu sistematskog rješavanja velikog broja neriješenih predmeta ratnih zločina i u pravcu ujednačavanja sudske prakse, prije svega u pogledu primjenjivog materijalnog prava i u pogledu izricanja krivičnopravnih sankcija za ista ili slična krivična djela, uvažavajući pri tom i međunarodnopravne standarde iz ove oblasti.

## **MATERIAL CRIMINAL CONCEPT OF PRINCIPLE OF LEGALITY IN CRIMINAL CODE OF BOSNIA AND HERZEGOVINA**

### **SUMMARY**

Principle of legality is one of the key principles of modern criminal law. Broadly speaking this principle can be seen in the general prohibition on the imposition of criminal sanctions for acts or omissions that were not criminal at the time of their commission or omission. It has become common to express the principle of legality with the Latin phrase such as *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, which means no crime can be committed, nor punishment imposed without pre-existing penal law. Consequently, principle of legality is a unique term which stipulates two mutually bonded contents, that is determination of criminal act and criminal sentence in criminal law. Besides the aforementioned, principle of legality requires law to be clear, ascertainable and non-retrospective. Having in mind the aforementioned it is obvious that the principle of legality is a complex legal term, whose enforcement is guaranteeing legal security and the rule of law. The main aim of this paper was to explore the normative and institutional framework of the principle of legality in the domestic criminal law, and in that manner to subsequently offer demonstration and evaluation of binding legal norms. Based on such analysis it has been concluded that domestic criminal law has established respectable legislative framework for determination of principle of legality. However, certain deficiencies have been noticed when it comes to implementation of this principle by domestic courts.

337

**Key words:** *criminal law, principle of legality, analogy, prohibition of retroactivity, legal security, rule of law.*