

Prof. dr Miloš BABIĆ
Pravni fakultet
Univerziteta u Banjoj Luci

Pregledni članak
UDK: 343.2/.7(497.6)
Primljeno: 15. novembra 2016. god.

MATERIJALNO KRIVIČNO ZAKONODAVSTVO U POSTDEJTONSKOJ BOSNI I HERCEGOVINI (pitanje nadležnosti i primjena)

U radu se raspravlja pitanje krivičnog pravnog sistema u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini, s posebnim naglaskom na anomalije koje u njemu postoje, kako na normativnom nivou, tako i u njegovoj praktičnoj primjeni. Raspravljajući pitanje nadležnosti u prvom dijelu rada, autor na osnovu analize odredaba Ustava BiH (čl. III st. 1, 2. i 3) zaključuje da zakonodavne kompetencije u regulativi ove grane prava izvorno spadaju u nadležnost Entiteta. Upravo je takvo ustavno rješenje bilo osnov za Entitete da svoje materijalno krivično zakonodavstvo urede donošenjem svojih krivičnih zakona neposredno nakon prihvatanja tzv. Dejtonskog mirovnog ugovora (Federacija 1998, a Republika Srpska 2000. godine).

Ovaj koncept uređenja krivičnog zakonodavstva se mijenja reformom iz 2003. godine, kada se usvaja (bolje reći nameće od strane visokog predstavnika) i Krivični zakon BiH. Time je prihvaćena koncepcija tzv. paralelno-podijeljene nadležnosti sa četiri krivična zakona: dva krivična zakona Entiteta, Brčko Distrikta i Krivični zakon BiH. Međutim, i takav koncept se u potpunosti mijenja Zakonom o Sudu BiH, jer je tim zakonom predviđena mogućnost preuzimanja nadležnosti od strane Suda BiH za sva krivična djela iz entitetskog krivičnog zakonodavstva. Autor je mišljenja da se navedenim organizacionim zakonom ne može

mijenjati nadležnost koja je uspostavljena krivičnim zakonima, te da je odredba kojom je to učinjeno istovremeno i neustavna jer se njome derogira entitetsko krivično zakonodavstvo i krivičnopravni subjektivitet Entiteta koji je utemeljen na Ustavu BiH.

U drugom dijelu rada se raspravlja o neprihvatljivim rješenjima u Krivičnom zakonu BiH i neprihvatljivom načinu njegove primjene u odnosu na najteža krivična djela protiv međunarodnog prava i njihove učinioce. Autor posebno ukazuje na zločin protiv čovječnosti koji Sud BiH pogrešno primjenjuje, pozivajući se na odredbu iz člana 7. stava 2. EKLJP i član 4a KZ BiH. Pri tome se ukazuje na ozbiljnu diskriminaciju na normativnom nivou (čl.180. KZ BiH), kao i diskriminaciju koja se ogleda kroz postojanje dva različita krivičnopravna režima u primjeni krivičnog zakonodavstva na ova krivična djela, u zavisnosti od toga na kojem nivou se sudi: da li na entitetskom ili od strane Suda BiH.

Ključne riječi: paralelno-podijeljena nadležnost, izvorna nadležnost Entiteta, prekrajanje nadležnosti, entitetsko krivično zakonodavstvo, entitetski krivičnopravni suverenitet, primjena krivičnog zakonodavstva, zločin protiv čovječnosti.

1. Uvodne napomene

1.1. Pitanje nadležnosti u oblasti krivičnog zakonodavstva predstavlja veoma značajno pitanje u svim zemljama sa složenim ustavno-pravnim uređenjem. Za rješenje ovog pitanja ne postoje neka opšta i zajednička pravila koja vrijede za sve zemlje, pa čak ni za sve periode u izgradnji pravnog, odnosno krivičnopravnog sistema u tim zemljama. To se najbolje vidi iz primjera prethodne Jugoslavije koja je sve do 1977. godine imala jedinstveno krivično zakonodavstvo, nakon čega je prihvaćeno rješenje kojim je u oblasti materijalnog krivičnog zakonodavstva izvršena podjela legislativne nadležnosti između savezne države i federalnih jedinica.

Zbog sličnosti u pogledu ustavnog uređenja između Bosne i Hercegovine i tadašnje Jugoslavije, na ovom mjestu je potrebno ukratko ukazati na uređenje ovog pitanja upravo u KZ SFRJ iz 1977. godine u kojem je na osnovu odredbi Ustava iz 1974. godine bila prihvaćena koncepcija tzv. *podijeljene nadležnosti* u materijalnom krivičnom zakonodavstvu. Dakle, osnov za raspodjelu nadležnosti su predstavljale ustavne odredbe u kojima je pitanje legislativne nadležnosti federalnih jedinica i savezne države u toj pravnoj oblasti bilo reg-

ulisano dosta jasno i precizno (član 281. stav 1. tačka 12. Ustava). Usaglašavajući krivičnopravna rješenja sa ustavnim odredbama, izvršena je raspodjela nadležnosti između Federacije i federalnih jedinica, tj. između SFRJ kao savezne države i republika i autonomnih pokrajina. Opšti dio krivičnog zakonodavstva i manji dio krivičnih djela iz posebnog dijela koja su se odnosila na zaštitu vrijednosti od zajedničkog interesa, pripao je federaciji (saveznoj državi), dok je preostali dio posebnog dijela, odnosno većina drugih grupa krivičnih djela pripala u legislativnu nadležnost federalnih jedinica. Samo su neke odredbe iz Opšteg dijela (posebna pravila o primjeni vaspitnih mjera i kažnjavanju maloljetnika u okviru opštih pravila koja su bila utvrđena u saveznom zakonu i opšta pravila o izvršenju krivičnih sankcija) bile sadržane u krivičnim zakonima republika i autonomnih pokrajina.

1.2. U Bosni i Hercegovini, koja ima sličnu ustavnopravnu strukturu kao Jugoslavija, odnosno koja je isto tako jedna posebna vrsta složene države koju čine federalne jedinice, situacija je *bitno drugačija*. Za razliku od Jugoslavije u kojoj je, kako je navedeno, to pitanje bilo jasno riješeno i precizno regulisano u Ustavu, u Ustavu BiH o tome ne postoji ni *slična odredba* u kojoj se uređuje pitanje legislativne nadležnosti. To se odnosi ne samo na materijalno krivično zakonodavstvo, već i na krivično zakonodavstvo uopšte, uključujući i pravosuđe. Iz onoga što Ustav BiH sadrži može se zaključiti da oblast krivičnog zakonodavstva i njegovog uređivanja spada u nadležnost federalnim jedinicama, odnosno Entitetima. To proizilazi iz ustavne odredbe člana III stava 1. Ustava BiH u kojoj se taksativno navode nadležnosti BiH, a onda se u odredbi stava 3. kaže da sve što nije po tom Ustavu izričito dato u nadležnost institucijama BiH, spada u nadležnost Entiteta koja je određena u stavu 2. Iz ovako postavljene odredbe, *argumentum a contrario* proizilazi da i krivičnopravna oblast ulazi u one društvene segmente koji su u *izvornoj nadležnosti Entiteta*.

Prihvatajući i slijedeći takvo ustavnopravno rješenje, Entiteti su usvojili svoje krivične zakone u kojima je bila regulisana kompletna materija krivičnog materijalnog zakonodavstva, tj. kako odredbe opšteg tako i posebnog dijela. Takav pristup u rješavanju ovog pitanja prvo je prihvatila Federacija BiH, koja je upravo na osnovu tako prihvaćene koncepcije i uredila svoje krivično zakonodavstvo, usvajajući *Krivični zakon* već 1998. godine. Isto to čini i Republika Srpska koja svoj *Krivični zakonik* usvaja 22. juna 2000. godine (stupa na pravnu snagu 1. oktobra iste godine).

Prema tome, nije sporno da je ovakvo rješenje u uređenju legislativne nadležnosti u oblasti materijalnog krivičnog prava bilo utemeljeno na ustavnim odredbama i principima, odnosno na Ustavu BiH, te je kao takvo i prihvaćeno i u tom smislu nije bilo nikakvih otvorenih ni spornih pitanja. To dalje znači da

legislativna nadležnost Entiteta u oblasti krivičnog zakonodavstva, *izvorno pripada Entitetima*. Činjenica da BiH kao država ima nadležnosti u nekim oblastima kao što su spoljna, carinska, spoljnotrgovinska i monetarna politika (itd.), sama po sebi ne predstavlja nužno i osnov za postojanje i krivičnog zakonodavstva na nivou države. Efikasna i djelotvorna krivičnopravna zaštita navedenih vrijednosti je bila moguća i kroz krivično zakonodavstvo Entiteta. To je jednim dijelom i bilo učinjeno Krivičnim zakonikom RS, jer je npr. kod krivičnih djela protiv ustavnog uređenja Republike Srpske, bila obezbijeđena i krivičnopravna zaštita teritorijalnog integriteta i cjelovitosti (kao i drugih vrijednosti) i Bosne i Hercegovine.

2. Izmjene krivičnog zakonodavstva iz 2003. godine

Navedena situacija u legislativnoj regulativi u krivičnom zakonodavstvu postojala je sve do 2003. godine kada je *izvršena reforma* krivičnog zakonodavstva i kada je u uređenju materijalnog krivičnog prava izvršena *preraspodjela ili prekranje* već uspostavljenih nadležnosti. U skladu sa tim na svim nivoima se usvajaju krivični zakoni i to: Krivični zakon Republike Srpske i Krivični zakon FBiH, te Krivični zakon Bosne i Hercegovine i Krivični zakon Brčko Distrikta.

Donošenjem i usvajanjem novog krivičnog zakonodavstva, Bosna i Hercegovina je ušla u sasvim novu zakonodavnu fazu u krivičnopravnoj oblasti, fazu realizacije nove koncepcije tzv. *paralelno-podijeljene* zakonodavne nadležnosti u krivičnopravnoj materiji. Paralelna nadležnost postoji u odnosu na materiju Opšteg dijela, jer je ovaj dio u potpunosti u nadležnosti, kako same Bosne i Hercegovine, tako i njenih Entiteta i Brčko Distrikta, dok je u odnosu na materiju Posebnog dijela nadležnost podijeljena. Radi se o dosta specifičnom modelu uređenja krivičnopravne materije i njene regulative, jer kriterijumi raspodjele nadležnosti nisu jasno i eksplicitno postavljeni, kao što je to bilo u ranijem krivičnom zakonodavstvu. To je učinjeno jednim dijelom na osnovu prirode dobara čija pravna uređenost, pa dakle i krivičnopravna zaštita, po Ustavu BiH pripada Bosni i Hercegovini ili na osnovu svojstva samog učinioca, itd. Tako, krivična djela protiv međunarodnog prava su u Krivičnom zakonu BiH, kao i krivična djela protiv službene dužnosti koja izvrše službena i odgovorna lica u institucijama BiH, što je slučaj i kod nekih drugih krivičnih djela, kao što su npr. krivična djela protiv prava i sloboda građana, itd.

Takva koncepcija uređenja materijalnog krivičnog zakonodavstva nalažala je i donošenje tzv. *kolizionih normi*, kao što je to bilo u KZ SFRJ, koje bi regulisale pitanje nadležnosti u procesuiranju određenih slučajeva u kojima pos-

toji tzv. *sukob entitetskih jurisdikcija*, ali to nije učinjeno. Razloge možemo nagađati, ali ako se ima u vidu da je u to vrijeme već postojao Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu ZoS BiH) u kojem je predviđena mogućnost preuzimanja nadležnosti od strane Suda BiH za sva krivična djela iz entitetskih krivičnih zakona, onda nije teško zaključiti da taj propust nije bio slučajan. Stoga je potrebno napraviti kraću analizu zakonskih odredaba u kojima je predviđena takva mogućnost.

3. Mijenjanje već uspostavljene nadležnosti u krivičnom zakonodavstvu

a) *Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine*. Kao što je već navedeno, reformom krivičnog zakonodavstva iz 2003. godine, izvršena je preraspodjela (bolje reći prekrajanje ili „prepakivanje“) nadležnosti u materijalnom krivičnom zakonodavstvu koja je ranije bila uspostavljena na osnovu Ustava BiH. Tada je i Bosni i Hercegovini priznat krivičnopravni subjektivitet, tj. nadležnost da uređuje dio materijalnog krivičnog zakonodavstva koji se odnosi na krivičnopravu zaštitu onih vrijednosti koje spadaju u njenu nadležnost. Time, pored Entiteta i Brčko Distrikta i Bosna i Hercegovina dobija svoj Krivični zakon kojim, kao i Entiteti, u potpunosti uređuje materiju opšteg dijela ove grane zakonodavstva i onaj dio posebnog dijela koji se odnosi na zaštitu onih vrijednosti koje po Ustavu BiH spadaju u njenu nadležnost. Dakle, krivičnim zakonima, koji spadaju u kategoriju tzv. *sistemskih* zakona, u potpunosti je regulisana oblast materijalnog krivičnog zakonodavstva koja spada u nadležnost svakog od subjekata koji imaju krivičnopravni suverenitet. Tako uspostavljena nadležnost ne može biti mijenjana nekim drugim, a pogotovo zakonskim propisima niže pravne snage.

Međutim, takvo rješenje je već unaprijed bilo izmijenjeno (bolje reći izigrano), jer je već bio od strane tzv. visokog predstavnika nametnut, a kasnije i usvojen, *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine* („Sl. galsnik BiH“, broj 3/03) kojim je proširena nadležnost Suda BiH i na sva krivična djela iz entitetskog krivičnog zakonodavstva, odnosno krivičnog zakonodavstva Brčko Distrikta (čl. 13. ZoS BiH, odnosno čl. 7. sada važećeg ZoS BiH). Ovo pitanje već neko vrijeme zaokuplja pažnju naše stručne javnosti, u početku u najvećoj mjeri zbog nekih slučajeva čije je procesuiranje pred Sudom BiH izazvalo negativne reakcije jednog dijela javnosti u BiH. U novije vrijeme, ono je u centru pažnje stručne pravničke javnosti, uglavnom u Republici Srpskoj, koja konačno (i prilično zakašnjelo) u okviru tzv. strukturalnog dijela postavlja pitanje da li se na taj način mogla mijenjati nadležnost u

oblasti materijalnog krivičnog zakonodavstva. Autor ovog teksta je ovo pitanje aktuelizovao odmah nakon prvih slučajeva postupanja Suda BiH na osnovu ove odredbe na nekoliko krivičnopравnih seminara (posebno na Oktobarskim pravničkim danima), a 2005. godine je uputio i *Otvoreno pismo predsjedniku Visokog sudskog i tužilačkog savjeta* i Krivičnog odjeljenja Suda BiH, u kojem je ukazano na sve probleme i otvorena pitanja vezana za primjenu ove odredbe, sa prijedlogom da se na stručnom nivou o tome obavi rasprava.

Podsjećam da je ova, tzv. uspostavljena (prenesena ili uzurpirana) nadležnost uvedena istovremeno sa stupanjem na snagu KZ BiH (2003). Naime, navedenom odredbom toga zakona predviđeno je da je Sud BiH, pored krivičnih djela iz Krivičnog zakona i drugih zakona u BiH, nadležan i za sva krivična djela predviđena u KZ FBiH, Krivičnog zakona RS i Krivičnog zakona BD, kada ta djela:

a) *ugrožavaju suverenitet, teritorijalni integritet, političku nezavisnost, nacionalnu bezbjednost i međunarodni subjektivitet Bosne i Hercegovine;*

b) *mogu imati ozbiljne reperkusije ili štetne posljedice na privredu Bosne i Hercegovine, ili mogu izazvati druge štetne posljedice za Bosnu i Hercegovinu ili mogu izazvati ozbiljnu ekonomsku štetu ili druge štetne posljedice izvan teritorije datog entiteta ili Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.*

Dakle, posve je jasno da je odredbom iz tačke a) i b) uspostavljena nadležnost Suda BiH za krivična djela iz entitetskog krivičnog zakonodavstva, odnosno jurisdikcije entitetskog pravosuđa. Treba primijetiti da se radi o zakonskom rješenju koje je nepoznato u uporednom krivičnom zakonodavstvu i legislativnoj praksi drugih zemalja sa ovakvim ili sličnim modelom krivičnog zakonodavstva. Radi se zapravo o tome da se jednim organizacionim zakonom, kroz odredbe o nadležnosti, modifikuje i mijenja materijalno krivično zakonodavstvo, jer se na ovaj način u suštini uvode *novi oblici svih krivičnih djela*, odnosno njihovi *teži ili kvalifikovani oblici* kada se ocijeni da oni imaju ili čak mogu imati navedene posljedice. Time se zapravo uvodi *paralelizam* u krivičnopравnoj regulativi, što predstavlja derogiranje *entitetskog krivičnog zakonodavstva i krivičnopравnog subjektiviteta i suvereniteta Entiteta*, jer se radi o njihovoj izvornoj i na ustavu zasnovanoj nadležnosti. Pored toga, na ovaj način se *proširuje i zona kažnjivosti* uspostavljena entitetskim krivičnim zakonodavstvom i *granice krivične represije* koje su u izvornoj nadležnosti *jedino entitetskih zakonodavnih organa*.

b) *Pravna priroda i krivičnopравni efekti odredbe iz tačke b).* U krivičnopравnom smislu posebno je problematična odredba iz tačke b), imajući u vidu način na koji je ona formulisana. U toj odredbi se navode formulacije koje podrazumijevaju posljedice iz kategorije tzv. *apstraktne opasnosti*, jer se

govori o štetnim posljedicama koje „*mogu*” nastupiti, tj. *mogu imati štetne posljedice* na privredu Bosne i Hercegovine ili *mogu izazvati druge štetne posljedice* za BiH ili mogu izazvati ozbiljnu ekonomsku štetu ili druge štetne posljedice izvan teritorije datog entiteta ili Brčko Distrikta. Pored tih, tu je i posljedica u vidu „*ozbiljnih reperkusija*“, što je potpuno neodređeno i predstavlja jezik koji je nepoznat u savremenoj zakonodavnoj praksi opisa bića krivičnih djela. Ovu vrstu „posljedice“ krivičnopravno nije moguće klasifikovati, svrstati u bilo koju kategoriju posljedica koje poznaje savremena teorija krivičnog prava.

Ovako postavljena odredba otvara i neka veoma ozbiljna krivičnopravna pitanja i dileme. Po formulacijama koje se koriste i po negativnim učinocima koje može imati, tj. po svojoj krivičnopravnoj prirodi, ona se može označiti krivičnom odredbom koja je svojstvena nedemokratskim, autoritarnim sistemima. Riječ je o dredbi za koju je malo reći da spada u tzv. *kaučuk odredbe* kod kojih se u njihovom tumačenju i primjeni lako ulazi u vode *nedopuštenog ekstenzivnog tumačenja i zabranjene analogije*. Ona po svojoj stilizaciji i formulacijama koje koristi zapravo spada u tzv. *monstruozne odredbe* totalitarnog sistema kojima se narušavaju osnovni principi na kojima se zasniva moderno krivično zakonodavstvo. Ovo posve jasno proizilazi iz formulacija koje su u krivičnopravnom smislu posve otvorene i nejasne i omogućavaju potpunu proizvoljnost i arbitrnost u tumačenju i primjeni krivičnog prava, što je veoma opasno za bilo koju granu prava, a posebno za krivično pravo i zakonodavstvo. Ovom odredbom je zapravo izvršeno, ne samo prekranje ili „prepakivanje“ zakonodavne nadležnosti u materijalnom krivičnom zakonodavstvu, već su zapravo na jednom mjestu *preoblikovana sva krivična djela iz entitetskih krivičnih zakona*, ukoliko ona tobože izazivaju ili čak mogu izazvati navedene „reperkusije, ozbiljne ili štetne posljedice“. Riječ je o nepoznatoj i nedopuštenoj legislativnoj tehniku koja se koristi za određivanje koja sve ljudska ponašanja predstavljaju kažnjive radnje u vidu krivičnih djela. Ovakvu legislativnu tehniku u opisivanju zakonskih bića krivičnih djela nisu poznavala ni realsocijalistička krivična zakonodavstva. Naravno da takve odredbe ni zakonske opise bića krivičnih djela nije poznavalo ni naše ranije, socijalističko krivično zakonodavstvo. Naprotiv, ono je u svim svojim izmjenama nastojalo da njihove zakonske opise uskladi sa principom zakonitosti koji je nalagao jasne, određene i precizne zakonske opise svih obilježja koja su činila bitne elemente krivičnih djela. Takvi opisi krivičnih djela na najbolji način pokazuju da li je riječ o krivičnopravnom sistemu koji je utemeljen na vladavini prava i u kojem je krivičnopravna represija postavljena u okvire koji odgovaraju opšteprihvaćenim standardima u evropskom krivičnom pravu ili se radi o krivičnopravnom sistemu koji ima odlike jednog represivnog i nedemokratskog krivičnog prava autoritarnog tipa.

Ovim se istovremeno *krši i princip zakonitosti*, posebno u onom njegovom dijelu koji se odnosi na zahtjev da krivična djela u svim svojim oblicima i obilježjima budu jasno i precizno određena (*nullum crimen sine lege certa*, poznat u skraćenoj verziji kao *lex certa*). Teško je za ovo naći opravdanje u krivičnompravnom smislu, jer i entitetski KZ sadrže teže oblike svih tih krivičnih djela, pa stoga gotovo apsurdno djeluje zakonska odredba iz člana 7. ZoSBiH, postavljena na način kako je to učinjeno. Ako već postoji kriminalnopolitička opravdanost za postojanjem novih težih oblika kod nekih krivičnih djela ili posve nova krivična djela radi zaštite određenih vrijednosti, onda se to moralo učiniti na drugi, legislativno-tehnički prihvatljiviji način. Jednostavno, trebalo je u entitetskim krivičnim zakonima, uz ta djela, predvidjeti i posebne teže oblike ukoliko su nastupile navedene ili neke druge posljedice, ali bez mijenjanja nadležnosti u njihovom procesuiranju. Međutim, treba reći da najveći broj krivičnih djela i ne proizvodi niti može proizvoditi posebno ozbiljne štetne posljedice koje bi u toj mjeri ugrožavale one ustavne vrijednosti koje su u nadležnosti BiH. S druge strane, teško je i zamisliti bilo koje krivično djelo kod kojeg posljedice koje pogađaju Entitete nisu istovremeno i posljedice koje pogađaju i BiH. To znači da bi se po toj logici svako krivično djelo moglo podvesti pod navedenu odredbu, što se zapravo u praktičnoj primjeni i čini (otuda i procesuiranja od strane Suda BiH i takvih krivičnih djela kao što su nesavjestan rad u službi, šumska krađa i slična djela iz entitetskih krivičnih zakona).

Takvim i tako postavljenim odredbama ozbiljno se ugrožava i *garantivna funkcija krivičnog prava*. Uvođenjem novih i drugačijih obilježja krivičnih djela, naročito u onaj dio dispozicije krivičnog djela kojim se označava njegova posljedica, njenim proširivanjem u kvantitativnom i kvalitativnom smislu na veoma neodređen način, čini krivičnompravnu represiju potpuno neodređenom i *granice kažnjavanja nejasnim i bezgraničnim*. To je velika opasnost za prava i slobode građana, jer uopšte nije jasno koja sve ljudska ponašanja i sa kojim posljedicama predstavljaju nedopuštene i kažnjive radnje u našem društvu. Time su širom otvorena vrata za *nedopušteno i arbitrerno* tumačenje krivično-pravnih normi od strane pravosudnih organa u primjeni krivičnog zakonodavstva.

Poseban problem sastoji se u tome što se na taj način u suštini posredno mijenja osnovno krivično zakonodavstvo i *proširuje zona kažnjivosti* i to procesnim ili organizacionim normama, što predstavlja *podrivanje integriteta i cjelovitosti krivičnog zakonodavstva*, ali istovremeno *derogira krivično zakonodavstvo Entiteta i njihov krivičnompravni subjektivitet*. Pored toga, time se mijenja i proširuje i zona kažnjivosti, odnosno *granice krivičnompravne represije postavljene* od strane Entiteta čija je nadležnost u ovoj oblasti zasnovana na

Ustavu BiH i kao takva je izvorna i nepromjenljiva, osim ako se one toga sporazumno ne odreknu i prenesu je na BiH.

Takva odredba je dovela do njenog posve proizvoljnog tumačenja koje je omogućilo njenu selektivnu primjenu koja je često bila u funkciji određenih vidova manipulacija, ponekad čak i ostvarivanja dnevno-političkih ciljeva; disciplinovanja političkih „neposlušnika“ koji nisu po volji nekim strukturama (domaćim ili međunarodnim). To se najbolje vidi i iz nekih veoma slikovitih slučajeva u kojima je ova odredba primjenjivana: slučaj Ivanić, Branković (premijeri RS i FBiH) i slučaj Čović, ministar FBiH. Prvom se sudi za krivično djelo nesavjestan rad u službi iz člana 354. KZ RS (poznato još i kao činovničko krivično djelo), drugom je stavljeno na teret krivično djelo zloupotrebe službenog položaja sa višemilionskim iznosima, ali njegov slučaj ostaje na entitetskom nivou. Čoviću je stavljeno na teret takođe krivično djelo zloupotrebe službenog položaja iz KZ Federacije i on je prvostepenom presudom i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od pet godina, da bi se apelacioni sud oglosio nenadležnim i donio odbijajuću presudu, prepuštajući i njegov slučaj u nadležnost entitetskom pravosuđu. Ovakvoj primjeni ove odredbe, odnosno krivičnog zakonodavstva, nije potreban poseban komentar. Dakle, posve je jasno da se radi o krajnje proizvoljnoj primjeni koja predstavlja neprihvatljivu diskriminaciju građana.

Izneseno pokazuje da je u pitanju zakonsko rješenje, odnosno odredba koja se primjenjuje bez ikakvih objektiviziranih kriterijuma na osnovu kojih bi se izgradila prihvatljiva praksa u njenoj primjeni. To samo potvrđuje osnovanost stavova kojima se ukazuje da je neophodno njeno uklanjanje, jer ona kao takva ne bi smjela biti osnov za primjenu bilo kojeg krivičnog zakona.

Na kraju, može se zaključiti da na osnovu ovako formulisane odredbe, Sud BiH može preuzeti nadležnost za sva krivična djela iz entitetskog krivičnog zakonodavstva jer ne postoji ni jedno entitetsko krivično djelo usljed kojeg ne nastupa i neku vrstu štetne posljedice i za BiH. Ako se, pored toga, ima u vidu da se u toj odredbi navode i „štetne posljedice koje samo „mogu“ (dakle, ne moraju) nastati, onda je to još očiglednije“. Tumačenjem i primjenom ove odredbe sa takvim formulacijama, entitetsko krivično zakonodavstvo i pravosuđe može biti u potpunosti derogirano i stavljeno van svoje funkcije. Dakle, krajnji cilji ove i ovakvih odredaba je unifikacija krivično-pravnog, kao i pravnog sistema uopšte, odnosno negiranje Entiteta i stvaranje unitarne države.

v) *Odredba iz člana 7. stava 3. tačke b) ZoS BiH. Na kraju, neophodno je navesti i odredbu iz člana 7. stava 3. tačke b) sada važećeg ZoS BiH prema kojoj je Sud BiH takođe nadležan za donošenje praktičnih uputstava za primjenu krivičnog materijalnog zakonodavstva Bosne i Hercegovine iz nadležnosti Suda u vezi s krivičnim djelima genocida, zločina protiv čovječnosti, ratnih zločina i*

kršenje zakona i običaja rata, te pojedinačnom krivičnom odgovornošću vezano za ova djela, po službenoj dužnosti ili na zahtjev bilo kojeg entitetskog suda ili suda Distrikta Brčko Bosne i Hercegovine.

I za ovu odredbu u još većoj mjeri se može tvrditi da je ne samo neprihvatljiva, već nešto što je u toj mjeri neodrživo da ne zaslužuje da se komentariše. Ona je suprotna ne samo principima unutrašnjeg prava na kojima je utemeljeno funkcionisanje pravosuđa, već i nizu međunarodnih dokumenata prema kojima je zagarantovana nezavisnost pravosuđa. Riječ je o odredbi koja je anticivilizacijska i zbnunjuća. Koji je to sud koji može izdati „obavezujuća upustva“, dakle, naredbe o tome kako će i koji će krivični zakon primijeniti sud koji sudi za određeno krivično djelo. Time se zapravo htjelo reći da su entitetski sudovi kada procesuiraju navedena krivična djela dužni da primjenjuju KZ BiH na način na koji to radi ili odredi Sud BiH; da primjenjuju famoznu odredbu iz člana 180. KZ BiH u kojoj su regulisani najznačajniji opšti instituti koji se odnose samo na ova krivična djela i koji se razlikuju od istih tih instituta koji se odnose na sva druga krivična djela i njihove izvršioce; da primjenjuju udruženi zločinački poduhvat koga nema ni u jednoj zakonskoj odredbi (pa ni u Statutu Haškog tribunala) ili komandnu odgovornost koja nije postojala u prethodnom krivičnom zakonodavstvu, zatim da primjenjuju tzv. „prošireno saizvršilaštvo“ iz člana 180. KZ BiH koga su u toj odredbi „pronašle“ samo sudije Suda BiH, itd.

Na kraju treba reći da je, nažalost, i Ustavni sud BiH u nekoliko svojih odluka zauzeo stav da su sve naprijed navedene odredbe pravno osnovane i u skladu sa ustavnim odredbama. Pored toga, taj sud je u odluci po apelaciji u predmetu Maktouf, zauzeo stav da su entitetski sudovi dužni da primjenjuju KZ BiH kada sude za krivična djela protiv međunarodnog prava.¹

4. Primjena krivičnog zakonodavstva na krivična djela protiv međunarodnog prava

a) Prva faza u primjeni krivičnog zakona. Prva faza primjene krivičnog zakona na međunarodna krivična djela obuhvata period do donošenja presude ESLJP u predmetu Maktouf-Damjanović, kada je ovaj sud utvrdio da je Sud

1 Opravdavajući takav stav, kao i retroaktivnu primjenu KZ BiH na taj slučaj, kao i slučaj Damjanović, tadašnji predsjednik Ustavnog suda je uputio i pismo Evropskom sudu za ljudska prava, ali taj sud nije uvažio njegove argumente. Naime, ESLJP je u vezi sa slučajem Damjanović, instancu Ustavnog suda BiH ocijenio kao „nedjelotvorno pravo sredstvo“, pa je slučaj Damjanović „priključio“ predmetu Maktouf (Ustavni sud odbio njegovu apelaciju), iako on nije podnosio apelaciju Ustavnom sudu BiH, a kako se radi o identičnim slučajevima, ESLJP je uvažio i apelaciju Damjanovića.

BiH, primjenjujuću na predmetne slučajeve Krivični zakon BiH, povrijedio odredbu člana 7. EKLJP. Dakle, Sud BiH je već na samom startu u suđenjima za ova krivična djela, u znatnoj mjeri pod uticajem ili uz asistenciju nekih međunarodnih tijela, ali i sudija (a nešto kasnije i uz „podršku“ Ustavnog suda BiH), zauzeo stav (*sic!*) da se na ta djela primjenjuje KZ BiH. Naravno, prihvatajući ovakav stav, sud se nije ni upuštao u ocjenu konkurišućih zakona u pogledu njihove strogosti,² odnosno ocjenu koji je od tih krivičnih zakona (nekada i više njih) u odnosu na konkretni slučaj najblaži za učinioce takvih krivičnih djela, odnosno koji mu od njih obezbjeđuje najpovoljniji ishod. I onda kada se, nakon eventualnih prigovora odbrane, upuštao u takvu ocjenu, sud je pri tome imao pogrešan pristup, jer se uglavnom pozivao na odredbu iz člana 4a KZ BiH, odnosno člana 7. stava 2. EKLJP, čija primjena podrazumijeva samo djela koja u vrijeme njihovog izvršenja nisu bila predviđena kao krivična djela, ali se njihova kažnjivost može izvesti ili zasnovati na opštim pravnim načelima međunarodnog prava priznatim od svih civilizovanih naroda.³ U takva djela naša stručna pravnička javnost uglavnom svrstava krivično djelo zločin protiv čovječnosti iz člana 172. KZ BiH (što je takođe sporno i što je u najvećem dijelu upravo predmet rasprave u ovom radu). U predmetima u kojima je izricao kaznu dugotrajnog zatvora, sud je primjenu KZ BiH temeljio na tome da je KZ SFRJ, kao zakon vremena izvršenja, stroži jer je predviđao smrtnu kaznu.

Ovakvu primjenu krivičnog zakona, odnosno *odustajanje od primjene principa neretroaktivnosti* (a time i principa zakonitosti), Sud BiH je redovno pravdao težinom ovih krivičnih djela i potrebom njihovog „adekvatnog kažnjavanja“, jer se polazilo od stava da se svrha kažnjavanja ne bi mogla ostvarivati ukoliko bi se trajanje izrečenih kazni zatvora svelo u kaznene okvire predviđene u KZ SFRJ. Ovu argumentaciju svojim odlukama je podržao i Ustavni sud BiH koji je po apelacijama u nekim predmetima i sam prihvatio praksu odstupanja od principa zakonitosti iz člana 3, kao i pravila vremenskog važenja iz člana 4. KZ BiH jer se, kako taj sud u svojim odlukama navodi, radi o „zločinima prema međunarodnom pravu“. Pri tome se i ovaj sud pozivao na odredbu člana 4a KZ BiH, odnosno odredbu člana 7. stava 2. EKLJP, iako su uglavnom bili u pitanju ratni zločini koji su bili predviđeni kao krivična djela i u prethodnom krivičnom

2 To nije činio ni sam Ustavni sud postupajući po apelacijama sve do presude ESLJP u predmetu Maktouf-Damjanović (iako je meritorno odlučivao o pitanju osnovanosti retroaktivne primjene krivičnog zakona), jer ni u jednom slučaju nije, na osnovu opšteusvojenih pravila, vršio in concreto ocjenu koji je od konkurišućih zakona povoljniji za učinioca (to se vidi iz odluka u predmetima Nedo Samardžić i Gojko Janković, AP 519/07 i AP 126/08).

3 Kao npr. u prvostepenoj presudi broj X-KR-06/299 protiv optuženog Zijada Kurtovića od 30.04.2008 godine. Odredba iz člana 4a je doslovno preuzeta iz čl. 7. st. 2. EKLJP.

zakonodavstvu, što ove odredbe, kako je već navedeno, ne podrazumijevaju. Dakle i Ustavni sud je, baš kao i Sud BiH, primjenu ovih krivičnih djela pogrešno zasnivao na ovim odredbama.

Ista argumentacija je korišćena i pred Evropskim sudom za ljudska prava (u nastavku ESLJP), pri čemu je BiH kao tužena strana isticala da se navedeni principi i pravila, posebno pravilo neretroaktivnosti, ne primjenjuju ako su u pitanju krivična djela koja su u vrijeme njihovog vršenja predstavljala krivična djela prema „opštim pravilima međunarodnog prava“. Naravno, pokazalo se da se radi o neprihvatljivoj argumentaciji koju ESLJP nije prihvatio.

Posebno je značajno da na ovaj način Sud BiH primjenjuje krivični zakon samo kada su u pitanju najteža međunarodna krivična djela, dok u odnosu na sva druga postupa drugačije i primjenjuje već navedena pravila u skladu sa članom 4. stavom 1. i 2. KZ BiH. Jasno je da je u pitanju *nepodnošljiva diskriminacija učinilaca ovih krivičnih djela* i istovremeno povreda ustavnog principa *jednakosti građana pred zakonom*, te principa *pravičnog sudjenja* iz člana 6. EKLJP.

Ovakvom praksom primjene krivičnog zakona, pravosuđe na nivou BiH (Sud BiH i Ustavni sud BiH) je inaugurisalo *princip legitimiteta* kao osnovni princip u primjeni krivičnog zakona u suđenjima za ova krivična djela. Primjenu krivičnog zakona koja podrazumijeva odstupanje od principa zakonitosti u toj mjeri više ne praktikuju ni međunarodni sudovi koji uglavnom ne sude na osnovu kodifikovanog krivičnog zakonodavstva. Dakle, riječ je o opasnom presedanu u evropskoj sudskoj praksi, pogotovo ako se ima u vidu da je Sud BiH nacionalni sud u zemlji u kojoj postoji kodifikovano krivično zakonodavstvo, uz dodatnu obavezu koja proizilazi iz navedenih odredaba Rimskog statuta, čija je potpisnica i Bosna i Hercegovina.

Najzad, valja naglasiti da ni jedna država u okruženju, koja sudi za navedena krivična djela (Srbija, Hrvatska, Crna Gora), na ovaj način ne primjenjuje krivični zakon, već se dosljedno primjenjuju pravila koja se odnose na vremensko važenje, posebno pravilo neretroaktivnosti prema kojem je isključena primjena novog krivičnog zakona, osim ako je on povoljniji za učinioce krivičnih djela.⁴ Na isti način postupaju i sudovi Entiteta i Brčko Distrikta BiH.

4 Vid. npr. Škulić, M.: Načelo zakonitosti u krivičnom pravu, Anali PF u Beogradu, godina LVIII, 1/2010, str. 66-107; Munivrana Vajda, M.: Međunarodni zločini prema novom Kaznenom zakonu, HLJKPP, vol. 19, br. 2/2012, str. 812-822, kao i rad „Noviji razvoj međunarodnih zločina i zapovjedne odgovornosti u hrvatskom kaznenom pravu“, Zbornik radova, Tara, 2013, 258-275; Bačić-Pavlović: Komentar Kaznenog zakona Hrvatske (2004), str. 616. Vid. i presudu Apelacionog suda Crne Gore, Kž br. 339/10 od 25. 02. 2011. godine u kojoj je istaknuta potreba primjene opšteprihvaćenih pravila vremenskog važenja krivičnog zakona, uključujući i pravilo obavezne primjene novog blažeg zakona.

U vezi sa ovakvom primjenom krivičnog zakonodavstva u suđenjima za najteža krivična djela protiv međunarodnog prava, zabrinutost je izrazila i *Parlamentarna skupština SE* u svojoj Rezoluciji 1626 od 2008. godine, pri čemu je naglašeno da „još uvijek postoje nekonzistentnosti u primjeni krivičnog prava na različitim sudovima na državnom i entitetskom nivou u odnosu na ratne zločine, što dovodi do *nejednakosti tretmana građana u svijetu Evropske konvencije o ljudskim pravima*“. Slično stanovište zastupa i *Venecijanska komisija* u svom Mišljenju (648/2011, tač. 38. i 65). I OSCE u svom Pregledu petogodišnjeg procesuiranja ratnih zločina u BiH ukazuje na „*situaciju očigledne nejednakosti pred zakonom u predmetima ratnih zločina* koji se procesuiraju pred različitim sudovima u BiH. U praksi to znači da osobe osuđene za ratne zločine pred različitim sudovima mogu dobiti veoma različite kazne”.⁵

b) *Druga faza u primjeni krivičnog zakona*. Nakon donošenja presude u predmetu Maktouf-Damjanović, započinje druga, nova faza u suđenjima za međunarodna krivična djela. Nakon što je ovaj sud našao da je Sud BiH primjenom KZ BiH povrijedio odredbu iz člana 7. EKLJP, mnogi smatraju da su riješeni svi problemi kada je u pitanju primjena pravila koja se odnose na važenje i primjenu krivičnog zakona u suđenjima za ova krivična djela. Pri tome se uglavnom polazi od stava da je primjena tih pravila od strane Suda BiH sada usklađena sa praksom sudova u Entitetima i Brčko Distriktu, jer i ovaj sud u suđenjima za ova krivična djela sada primjenjuje KZ SFRJ kao blaži krivični zakon.

Ovakvo shvatanje nije osnovano jer previda ili zanemaruje neka druga pitanja koja su povezana sa primjenom pravila koja se odnose na vremensko važenje krivičnog zakona. Ono uglavnom ima u vidu ova krivična djela i za njih propisane kazne u jednom i/ili drugom krivičnom zakonu (KZ SFRJ i KZ BiH) i to uglavnom minimalno propisane kazne koje je imao u vidu ESLJP u predmetu Maktouf-Damjanović. Međutim, i nakon ove presude, neka veoma značajna krivičnopravna pitanja ostaju i dalje otvorena. To se posebno odnosi na primjenu nekih opštih ustanova u suđenjima za navedena krivična djela, kao što je npr. *zajednički ili udruženi zločinački poduhvat*, tzv. „*prošireno saizvršilaštvo*“, *komandna odgovornost* i dr. Neke od njih nisu bile uopšte predviđene u ranijem krivičnom zakonodavstvu, a neke čak ni u važećem KZ BiH, kao što je *zajednički zločinački poduhvat*. Osnov za primjenu ove ustanove sud je našao u odredbi člana 180. KZ BiH, iako se ovaj institut u ovoj odredbi uopšte ne spominje, kao ni u članu 7. Statuta Haškog tribunala iz kojeg je ova odredba gotovo doslovno preuzeta. Kao što je poznato, riječ je o krivičnopravnoj instituciji koja

5 OSCE: Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini: Procesuiranje predmeta ranih zločina od 2005. do 2010, maj 2011, str. 19, vidi Izdv. Mišlj, str. 47, fun. 40).

je nastala u engleskom pravu u vidu zavjere (*conspiracy*) prema kojoj se kažnjavaju svi saučesnici povezani zajedničkim zločinačkim planom za sva krivična djela izvršena u ostvarenju toga plana, čak i za takva djela koja njime nisu bila obuhvaćena, pod uslovom da su bila *predvidiva*. Riječ je o dosta neodređenom pojmu koji se, kako je istaknuto, u ovoj odredbi izričito ne spominje, pa se stoga postavlja pitanje osnovanosti njegovog podvođenja pod bilo koji od saučesničkih oblika ili radnji iz te odredbe.⁶ U optužbama se ovaj oblik saučesništva često postavlja veoma ekstenzivno i neodređeno, bez navođenja neophodnih činjenica ili okolnosti koje ukazuju na postojanje relevantnog doprinosa učesnika u djelu koji je nužan za postojanje bilo kojeg oblika koji se može vrednovati kao saučesništvo. I za doprinos koji se zahtijeva kod pomaganja, kao oblika saučesništva sa najmanjim stepenom doprinosa, prema vladajućem shvatanju neophodno je preduzimanje radnji koje predstavljaju djelotvorno podupiranje, podržavanje glavnog djela, radnji koje moraju predstavljati vidljiv doprinos izvršenju datog krivičnog djela.⁷

Ono što je u vezi sa ovom ustanovom najznačajnije jeste njena primjena od strane Suda BiH koja predstavlja grubo kršenje principa zakonitosti iz člana 3. i pravila neretroaktivnosti iz člana 4. KZ BiH, jer ovu ustanovu nije poznavalo ranije krivično zakonodavstvo, niti je poznaje KZ BiH.

Na osnovu iste odredbe, sud primjenjuje i ustanovu saizvršilaštva u kojoj nalazi nekakav „prošireni“ oblik ovog instituta, iako je ovaj vid zajedničkog

6 Haški tribunal ovu ustanovu nije koristio sve do 2001. godine, dakle u prvih sedam-osam godina svog postojanja i u tom periodu se oslanjao isključivo na komandnu odgovornost. Nakon toga, situacija se značajno promijenila i zajednički zločinački poduhvat je postao omiljena saučesnička figura u optužbama Haškog Tužilaštva. Neki autori ukazuju na to da je ovu ustanovu Haški sud počeo intenzivnije koristiti kada su se pojavili problemi oko dokazivanja krivične odgovornosti optuženih u nekim predmetima, pa je uvođenjem ove ustanove to znatno olakšano. Opširnije, posebno za kritiku ove ustanove upor. S. Stojanović, *Joint Criminal Enterprise-Zajednički zločinački poduhvat*, Zbornik radova (priredio Đ. Lopičić), Beograd, 2006, 208-233. Upor. i M. Damaška, *Boljke zajedničkog zločinačkog podhvata*, HLJKPP, 1/2005, str. 5.

U objašnjenju primjene ovog instituta, u presudi Rašević/Todović, br. X-KRž-06/275 od 6.11. 2008 (Odjel I Apelacionog vijeća Suda BiH) sud ističe (str. 27) „da doktrina udruženog zločinačkog podhvata predstavlja institut međunarodnog običajnog prava koji je postojao i bio u primjeni mnogo prije nego su konkretni zločini bili počinjeni, iz čega proizilazi zaključak da takvim postupanjem ni na koji način nije narušeno načelo zakonitosti“ (Vid. i Izvještaj OSCE-a u Bosni i Hercegovini u predmetu Rašević-Todović, april, 2009). Na ovaj način Sud BiH zapravo kopira praksu Haškog tribunala, iako u BiH postoje pisani zakoni u kojima su predviđena ne samo navedena krivična djela, već i odredbe o saučesništvu u kojima je određeno koji oblici učešća u krivičnom djelu postoje i koji su uslovi nužni da bi određena radnja bila kvalifikovana kao saučesništvo u izvršenju datog krivičnog djela.

7 U tom smislu i Džon R.V. D. Džouns, Stiven Pauls, *Međunarodna krivična praksa*, Beograd, 2006, Fond za humanitarno pravo, str. 416. Vid. i Babić-Marković, *Krivično pravo*, opšti dio, 2013, str. 299-300, kao i M. Babić, *Međunarodno krivično pravo*, Banja Luka, 2011, str. 112-113.

izvršenja krivičnog djela regulisan u opštoj odredbi (člana 29. KZ BiH) u kojoj je postavljen restriktivnije nego u ranijem krivičnom zakonodavstvu, jer se za „druge radnje“ zahtijeva da na „odlučujući način doprinose izvršenju krivičnog djela“. Jasno je, dakle, da je u odnosu na ovaj oblik saučesništva KZ BiH povoljniji nego raniji krivični zakoni koji navedeno ograničenje nisu predviđali. I pored toga, sud u suđenjima za ova krivična djela uglavnom ne primjenjuje ovu, već odredbu iz člana 180, što zapravo predstavlja zaobilaženje obavezne primjene odredbe iz člana 29. koja je *najpovoljnija za učinioce ovih krivičnih djela*.

U kojoj mjeri u suđenjima za ova djela sud proizvoljno primjenjuje krivični zakon potvrđuje i stav da nema nikakve smetnje da se neki krivičnopravni instituti (već navedeni udruženi zločinački poduhvat, prošireno saizvršilaštvo, krivična odgovornost i sl., dakle najznačajnija pitanja krivičnog prava) primjenjuju na osnovu međunarodnog običajnog prava i onda kada oni uopšte nisu predviđeni u unutrašnjem krivičnom zakonodavstvu ili da se primjenjuju na drugačiji način nego što su predviđeni.⁸

I ovo shvatanje na najbolji način pokazuje da u primjeni krivičnog zakona na učinioce međunarodnih krivičnih djela, Sud BiH postupa krajnje *proizvoljno i arbitrarno*, kršeći osnovne principe na kojima se zasniva savremeno krivično pravo. Ovakav pristup u tumačenju i primjeni krivičnog zakonodavstva nije zabilježen u pravosudnoj praksi ni u jednoj evropskoj zemlji nakon Drugog svjetskog rata. Ovo krivično pravo uvodi u krivičnopravnu anarhiju u kojoj bilo koji sud ne mora da primjenjuje zakone, već jednostavno može da se poziva na međunarodne običaje, za koje ne mora uopšte da navodi njihovo porijeklo i način nastanka. Zakonska rješenja iz člana 180. i njihova proizvoljna primjena dovode do već spomenute neopravdane diskriminacije optuženih učinilaca koja posebno dolazi do izražaja u izrečenim kaznama, u zavisnosti od toga na kojem nivou im se sudi, da li entitetskom ili državnom.

Naprijed izneseno potvrđuje da je, osim u odnosu na minimalno propisanu kaznu, Sud BiH i nakon navedene presude ESLJP, nastavio sa ranijom progresnom praksom primjene krivičnog zakona. Kada je u pitanju maksimalna kazna u odnosu na koju je ESLJP imao isti stav kao i Sud BiH, sud je svoj stav izmijenio tek nakon odluka Ustavnog suda BiH po nekim apelacijama (Trifunović, Mitrović, Ivanović i dr.).

Sve ovo jasno pokazuje da i dalje ostaje otvoreno pitanje poštovanja principa zakonitosti, odnosno zabrane retroaktivne primjene novog krivičnog

8 Ovaj stav je iznesen kao zvanični stav suda od nekih sudija Apelacionog odjeljenja na predavanju američke profesorkice Susan SCouto na temu „Udruženi zločinački poduhvat“, održanom u maju 2014. godine na Sudu BiH.

zakona, jer je ovaj sud ovo pitanje riješio samo u odnosu na minimalno propisanu kaznu za ova krivična djela, što nije trebalo uopšte biti sporno jer je svakome i ko nije pravnik posve jasno da je blaži zakon koji propisuje minimalnu kaznu od pet, od zakona koji tu granicu postavlja na deset godina zatvora. Time je riješen samo jedan, manji dio ove složene problematike u primjeni krivičnog zakona, dok je ozbiljniji, koji se odnosi na maksimalne kazne, odnosno kaznu dugotrajnog zatvora i navedene ustanove kojima se *neprihvatljivo proširuje kažnjivost i krivična odgovornost za ova djela*, ostao i dalje sporan. Poseban problem je, kako je već rečeno, primjena krivičnog djela zločina protiv čovječnosti čiju primjenu Sud BiH temelji na odredbama iz člana 7. stava 2. ili člana 4a KZ BiH.

Na osnovu svega navedenog, može se zaključiti da ne stoji prije navedeno shvatanje da je sa presudom ESLJP u predmetu Maktouf-Damjanović ovaj problem riješen i da je *sudska praksa u suđenjima za ova djela konačno ujedinjena*. Ovo istovremeno pokazuje da ovo pitanje nije naišlo na odgovarajući tretman naše profesionalne zajednice.

Imajući u vidu izneseno, može se reći da odredba člana 180. *diskriminatorna odredba* kojom je u naš krivičnopravni sistem uvedeno *dvojno krivično pravo*, jedno koje važi samo za izvršioce ovih krivičnih djela i drugo koje važi za sve ostale.

5. Primjena krivičnog zakona na zločin protiv čovječnosti

Ono što je posebno značajno kada je u pitanju primjena pravila koja se odnose na vremensko važenje krivičnog zakona, jeste mišljenje ESLJP dato u navedenoj presudi u predmetu Maktouf-Damjanović u vezi sa primjenom krivičnog zakona u odnosu na krivično djelo *zločin protiv čovječnosti* iz čl. 172. KZBiH. Naime, ovaj sud je u spomenutoj presudi zauzeo stav da se na ovo krivično djelo, koje nije poznavalo prethodno krivično zakonodavstvo, *mora primjenjivati* KZ BiH, jer „*ne postoji druga mogućnost*“ (par. 55. presude). Gotovo isti stav je vladajući i u našoj stručnoj javnosti i uglavnom se zasniva na tome da je riječ o *novom krivičnom djelu* čija primjena se temelji na odredbi čl. 7. st. 2. EKLJP, odnosno čl. 4a KZBiH. Takav pristup u suđenjima za ovo krivično djelo ima i Sud BiH, ali i Ustavni sud koji je u nekim svojim odlukama našao da Sud BiH nije povrijedio prava apelanata iz čl. 7. EKLJP.

Ovakvo shvatanje ili tumačenje nije osnovano jer se ne zasniva na ozbiljnoj analizi zakonskog bića ovog krivičnog djela. Naime, ne stoji tvrdnja da se radi o novom krivičnom djelu, radi čega bi se njegova kažnjivost zasnivala na opštim načelima međunarodnog prava (čl. 7. st. 2. EKLJP), kao ni da ne

postoje druge mogućnosti za kažnjavanje inkriminiranih radnji obuhvaćenih ovim djelom. Istina je da ovo krivično djelo kao takvo nije poznavalo naše ranije krivično zakonodavstvo. Međutim, riječ je o takvom krivičnom djelu koje po strukturi svog neprava i elementima koji ga čine, ne predstavlja „novo“, već u suštini „staro“ krivično djelo. Ono je „novo“ samo po svojim opštim elementima, ali je „staro“ po inkriminiranim radnjama koje čine suštinu njegovog neprava, a koje su bile obuhvaćene drugim krivičnim djelima; u najvećoj mjeri krivičnim djelom zločin protiv civilnog stanovništva iz čl. 142. KZSFRJ, što se posve jasno vidi iz poređenja zakonskih opisa ova dva krivična djela. Ovdje se zapravo radi samo o „premjешtanju“ ili prevođenju navedenih radnji iz krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva u krivično djelo zločin protiv čovječnosti koje, kao takvo, nije bilo predviđeno kao krivično djelo u vrijeme njihovog preduzimanja, što je svojevrsni legislativni oblik „prepakivanja“ starih u nove inkriminacije. Dakle, kako su sve ove radnje (osim aparthejda za koji ni u jednom slučaju nije ni bilo optužbe) bile inkriminirane i u ranijem krivičnom zakonodavstvu, pogrešna je primjena ove inkriminacije *kao nove* na osnovu odredbi iz čl. 7. st. 2. EKLJP, odnosno čl. 4a KZ BiH, a koje podrazumijevaju da se radi o činjenju ili nečinjenju koje nije bilo kažnjivo u vrijeme njihovog preduzimanja. Takvom primjenom *krši se princip zakonitosti* u dijelu koji se odnosi na *zabranu retroaktivne primjene krivičnog zakona* koji se u krivičnopravnoj literaturi redovno ističe kao najvažniji segment principa zakonitosti.

Čak i pod pretpostavkom da se ovo krivično djelo primjenjuje kao novo na osnovu odredbi iz čl. 7. st. 2. EKLJP, odnosno čl. 4a KZ BiH, opet se krši princip zakonitosti u dijelu koji se odnosi na *propisanu kaznu* (čl. 3. KZ BiH), a koji je u neraskidivoj vezi sa principom *zakonitosti djela*. Ovo radi toga što princip neretroaktivnosti ne podrazumijeva samo zabranu kažnjavanja za radnje koje u vrijeme njihovog vršenja nisu bile inkriminirane ili izricanja strože kazne od one koja je bila predviđena u prethodnim zakonima (uključujući i tzv. *međuzakone*), već i one kazne koje u vrijeme njegovog vršenja nije bila propisana za to djelo, odnosno nije postojala u tim zakonima. Kako za ovo krivično djelo u vrijeme njegovog vršenja nije bila predviđena kazna, odnosno kako kazna dugotrajnog zatvora nije postojala u tim krivičnim zakonima, jasno je da se radi o *neprimjenljivoj kazni*, pa je njenom primjenom povrijeđen princip zakonitosti u odnosu na zahtjev da je *predviđenost kazne* za to djelo u vrijeme njegovog izvršenja obavezna.

Dakle, kako god predmetnu inkriminaciju tretirali (kao „novu“ ili „staru“), riječ je o proizvoljnoj retroaktivnoj primjeni krivičnog zakona, odnosno *ex post kažnjavanju*, što predstavlja kršenje osnovnih principa kako unutrašnjeg, tako i međunarodnog krivičnog prava (čl. 3. i 4. st. 1. KZ BiH, te čl. 7. st.

1. EKLJP; čl. 11. Univ. deklaracije od 1948; čl. 15. MPGPP; čl. 22-24. Rimskog statuta i dr.). Prema tome, ostaje jedina mogućnost da se te inkriminisane radnje kvalifikuju kao odgovarajući ratni zločin (ili eventualno kao neko klasično krivično djelo, npr. ubistvo, silovanje) prema krivičnom zakonu vremena izvršenja, odnosno prethodnim krivičnim zakonima (*međuzakonima*) koji su bili najpovoljniji za optužene, jer nisu sadržavali ni smrtnu kaznu, ni kaznu dugotrajnog zatvora. Primjena bilo kojeg drugog krivičnog zakona na osnovu kojeg bi se izricala kazna koja se po tim (prethodnim) zakonima nije mogla primijeniti, predstavlja izigravanje smisla pravila iz čl. 4. KZBiH, odnosno kršenje *principa neretroaktivnosti*, kao i *principa obavezne primjene povoljnijeg ili blažeg krivičnog zakona*, a time i ovih principa predviđenih u navedenim međunarodnim dokumentima, kao i čl. 75. st. 4(c) Dopunskog protokola I uz Ženevske konvencije; čl. 6. st. 2(c) Dopunskog protokola II uz Ženevske konvencije i dr., te čl. 24. st. 2. Rimskog statuta, čija je potpisnica i Bosna i Hercegovina.

Na kraju, valja naglasiti da bi pravilnom primjenom krivičnog zakona u odnosu na ovu inkriminaciju, istovremeno bila otklonjena i paradoksalna situacija u suđenjima za najteža međunarodna krivična djela, jer za ratne zločine i krivično djelo genocida Sud BiH izriče kazne zatvora ne duže od 20 godina, a za ovo kaznu dugotrajnog zatvora i do 45 godina.

6. Rezime

U radu se raspravlja pitanje krivičnog pravnog sistema u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini, s posebnim naglaskom na anomalije koje u njemu postoje, kako na normativnom nivou, tako i u njegovoj praktičnoj primjeni. Raspravljajući pitanje nadležnosti u prvom dijelu rada, autor na osnovu analize odredaba Ustava BiH (čl. III st. 1, 2. i 3) zaključuje da zakonodavne kompetencije u regulativi ove grane prava izvorno spadaju u nadležnost Entiteta. Upravo je takvo ustavno rješenje bilo osnov za Entitete da svoje materijalno krivično zakonodavstvo uredi donošenjem svojih krivičnih zakona neposredno nakon prihvatanja tzv. Dejtonskog mirovnog ugovora (Federacija 1998, a Republika Srpska 2000. godine).

Ovaj koncept uređenja krivičnog zakonodavstva se mijenja reformom iz 2003. godine, kada se usvaja (bolje reći nameće od strane visokog predstavnika) i Krivični zakon BiH. Time je prihvaćena koncepcija tzv. paralelno-podijeljene nadležnosti sa četiri krivična zakona: dva krivična zakona Entiteta, Brčko Distrikta i Krivični zakon BiH. Međutim, i takav koncept se u potpunosti mijenja Zakonom o Sudu BiH, jer je tim zakonom predviđena mogućnost preuzimanja nadležnosti od strane Suda BiH za sva krivična djela iz entitetskog krivičnog

zakonodavstva. Autor je mišljenja da se navedenim organizacionim zakonom ne može mijenjati nadležnost koja je uspostavljena krivičnim zakonima, te da je odredba kojom je to učinjeno istovremeno i neustavna jer se njome derogira entitetsko krivično zakonodavstvo i krivičnopravni subjektivitet Entiteta koji je utemeljen na Ustavu BiH.

U drugom dijelu rada se raspravlja o neprihvatljivim rješenjima Krivičnog zakona BiH i neprihvatljivom načinu njegove primjene u odnosu na najteža krivična djela protiv međunarodnog prava i njihove učinioce. Autor posebno ukazuje na zločin protiv čovječnosti koji Sud BiH pogrešno primjenjuje, pozivajući se na odredbu iz člana 7. stava 2. EKLJP i član 4a KZ BiH. Pri tome se ukazuje na ozbiljnu diskriminaciju na normativnom nivou (čl.180. KZ BiH), kao i diskriminaciju koja se ogleda kroz postojanje dva različita krivičnopravna režima u primjeni krivičnog zakonodavstva na ova krivična djela, u zavisnosti od toga na kojem nivou se sudi: da li na entitetskom ili od strane Suda BiH.

*
* *

Dr Miloš Babić
Profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci i
Sudija Apel. odjeljenja Suda BiH

SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW IN POST-DAYTON
BOSNIA AND HERZEGOVINA
(Jurisdiction and enforcement)

This paper discusses the issue of the criminal legal system in post-Dayton Bosnia and Herzegovina, with special emphasis to its anomalies which exist both on the normative level and practical implementation. Based on the analysis of the regulations of the Constitution of Bosnia and Herzegovina (article III, paragraphs 1, 2 and 3) the author concludes that the legal competencies regarding regulation of this branch of law initially fall within the jurisdiction of the Entity. This constitutional solution was the foundation for Entities to regulate their substantive criminal law by creating their own criminal laws immediately after accepting the so called Dayton Peace Agreement (Federation in 1998, and the Republic of Srpska in 2000).

This concept of regulating the criminal law has been changed with the reform in 2003 when the Criminal Code of the Bosnia and Herzegovina was adopted (or imposed by the High Representative). Thereby the concept of the so called parallel divided jurisdiction with four criminal laws was adopted: two criminal laws of the Entity, Brčko District and Criminal Code of the Bosnia and Herzegovina. However, this concept has been changed with the Law of the Court in BiH, since this law predicts the possibility that the Court of BiH takes over the jurisdiction for all criminal offences from the criminal legislation of the entities. Author's opinion is that the abovementioned organisational law cannot change jurisdiction that is established by criminal legislation and that the regulation that did it is at the same time unconstitutional because it derogates the criminal legislation of entities and the criminal legal subjectivity of the Entity which is based on the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

In the second part of the paper, the author discusses the unacceptable solutions of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina and the acceptable way of its application in relation to the hardest crimes against international law and the perpetrators. The author emphasises the crime against humanity which is wrongly applied by the Court of Bosnia and Herzegovina by referring to the regulation from the article 2, paragraph 2 of the ECHR and article 4a of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina. Furthermore, the author points to the serious discrimination due to the existence of the two different criminal legal regimes in the application of criminal legislation on these criminal offences, depending on the level of judging: whether is on the entity level or on level of the Court of BiH.

Keywords: *parallel divided jurisdiction, original jurisdiction of the Entity, changing jurisdiction, entity criminal legislation, criminal legal sovereignty of the Entity, implementation of the criminal law, crime against humanity.*