

Damjan Kaurinović
Predsjednik Apelacionog suda
Brčko Distrikta BiH

Retroaktivna primjena krivičnog zakona

Apstrakt: Problematika vremenskog važenja krivičnog zakona i njegove moguće povratne primjene, nakon nedavne zakonodavne reforme na entitetskom 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 (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), kao i odgovor na neizbježno pitanje uslova retroaktivne primjene blažeg zakona (*lex mitior*) – zakonom dozvoljenog odstupanja od principa legaliteta. Ovaj rad pokušava dati mali doprinos u stvaranju zakonite i jedinstvene sudske prakse, a sve u cilju jačanja efikasnosti sudskog sistema, na jednoj strani i, zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda, na drugoj strani. Na ovaj način se osiguravaju temelji pravne države, vladavine prava i demokratije, uređenog društva bezbjednosti, zakonitosti, slobode i pravde.

Ključne riječi: zakon, zakonitost, krivično djelo, krivičnopravna sankcija, kazna, propisana kazna, mogućnost izricanja kazne, posebni minimum, opšti maksimum, blaži zakon, međunarodno pravo, međunarodno krivično pravo i međunarodno običajno pravo.

Uvodne napomene

Predmet retroaktivne ili povratne primjene krivičnog zakona je zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela i jedan ili više zakona koji su stupili na snagu nakon izvršenja krivičnog djela odnosno zakon koji je na pravnoj snazi u vrijeme suđenja. U takvim pravnim situacijama traži se odgovor na pitanje koji će krivični zakon primijeniti, a da se istovremeno ispoštuju svi zahtjevi principa zakonitosti.

Princip zakonitosti ili legaliteta je vrhunsko, rukovodno, neprikosnoveno ili jednostavno-najvažnije načelo krivičnog zakonodavstva sa aspekta zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda.¹

S toga, korisno je dati kratak komparativni pregled načina određivanja načela zakonitosti na međunarodnopravnom i nacionalnom planu, te zakonske mogućnosti retroaktivne primjene blažeg krivičnog zakona.

Tako član 8. Deklaracije o pravima čovjeka i građanina (1789.) propisuje: "Niko ne može biti kažnjen, osim na osnovu zakona donijetog i proglašenog prije delikta i zakonito primjenjenog".

Član 11. stav 2. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima (1948.) predviđa: "Niko se ne smije osuditi za djela ili propuštanja koja nisu predstavljala krivično djelo po unutrašnjem ili međunarodnom pravu u vrijeme kada su izvršena. Isto tako ne smije se izricati teža kazna od one koja se mogla primijeniti u vrijeme kada je krivično djelo izvršeno".

¹ Prof. dr Bora Čejović: Osnovni principi krivičnog zakonodavstva Srbije i Crne Gore, str. 80., Kazneno zakonodavstvo: Progresivna ili regresivna rješenja, XVII Seminar prava, Budva 2005. godine

Član 67. Ženevske konvencije (IV) o zaštiti građanskih lica za vrijeme rata (1949) obavezuje: "Sudovi mogu da primjenjuju samo zakonske propise donijete prije izvršenja krivičnog djela i koji su u skladu s opštim načelima prava, naročito u pogledu načela srazmjernosti kazne."

Član 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP, 1950.) glasi:

1. "Niko se ne može smatrati krivim za krivično djelo izvršeno činjenjem ili nečinjenjem koje, u vrijeme kad je djelo izvršeno, nije predstavljalo krivično djelo po unutrašnjem ili međunarodnom pravu. Isto tako, ne može se izreći stroža kazna od one koja je bila **propisana** u vrijeme kad je krivično djelo izvršeno.
2. Ovaj član ne sprečava suđenje ili kažnjavanje bilo kog lica za činjenje ili nečinjenje koje je u času izvršenja predstavljalo krivično djelo u skladu sa opštim načelima prava priznatim od civilizovanih naroda".

Član 49. Povelje o osnovnim pravima u Evropskoj uniji (2000.) glasi:

1. "Niko se ne smije smatrati krivim za krivično djelo zbog činjenja ili nečinjenja koje, u vrijeme kada je učinjeno, po nacionalnom ili međunarodnom pravu nije predstavljalo krivično djelo. Ne smije se primjeniti teža kazna od one koja je bila predviđena u vrijeme kada je krivično djelo učinjeno. **Ukoliko, nakon izvršenja krivičnog djela, zakon za njega predviđi manju kaznu, primjeniće se ta kazna.**
2. Ovaj član neće isključiti suđenja i kaznu za svako lice zbog činjenja li nečinjenja koje je, u vrijeme kada je učinjeno, predstavljalo krivično djelo po opštim principima koje priznaje zajednica naroda".

Član 15. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (MPGP, 1966.) glasi:

1. "Niko se ne smije osuditi za činjenje ili nečinjenje koje nije ni po domaćem ni po međunarodnom pravu bilo krivično djelo u doba izvršenja. Isto tako se ne može odrediti teža kazna od one koja je bila primjenjiva u vrijeme kada je krivično djelo izvršeno. **Ako poslije izvršenja djela zakon odredi blažu kaznu, izvršilac će se koristiti tom blagodat.**
2. Ništa u ovom članu ne sprečava da se sudi ili kazni bilo koje lice za činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme izvršenja bilo krivično djelo prema opštim načelima prava priznatim od zajednice naroda.

Član 75. stav 4. tačka c) Dopunskog protokola uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol I, 1977.) garantuje: "Niko ne može biti optužen ili osuđen za krivično djelo za bilo koju radnju ili propust koji ne predstavljaju krivično djelo prema nacionalnom ili međunarodnom zakonu pod koje je on potpadao u momentu učinjenog djela; **ne može se izreći teža kazna od kazne koja je bila primjenljiva u vrijeme kada je krivično djelo bilo izvršeno; ako, poslije izvršene povrede, zakon predviđi lakšu kaznu, prekršilac će se time koristiti.**"

Član 24. Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda (Rimski statut, 1998.) izričito propisuje zabranu retroaktivnosti na slijedeći način:

1. "Ni jedno lice neće biti krivično odgovorno na osnovu ovog Statuta zbog ponašanja koje je prethodilo stupanju Statuta na snagu.

2. **U slučaju promjene zakona primjenjivog na određeni slučaj koji nastupi prije donošenja pravnosnažne presude, primjenjuje se zakon koji je povoljniji za lice protiv koga se vodi istraga, koje se krivično goni ili koje je osuđeno".**

Pošto je krivično pravo zakonsko pravo nacionalni pravni izvori isključivo su vezani za zakone. Tako Krivični zakon SFRJ ("Službeni list SFRJ", broj 44/76, 3/90) u članu 3. određuje sadržaj principa zakonitosti na slijedeći način: "Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivična sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije zakonom bilo određeno kao krivično djelo i za koje nije bila zakonom propisana kazna".

Član 4. KZ-a SFRJ propisuje obaveznu primjenu blažeg krivičnog zakona:

1. "Na učinioca krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela.
2. **Ako je poslije izvršenja krivičnog djela izmijenjen zakon, jednom ili više puta, primjenjuje se zakon koji je blaži za učinioca".**

U članu 34. KZ-a SFRJ predviđene su tri vrste kazne: smrtna kazna, zatvor i novčana kazna.

Član 38. KZ-a SFRJ glasi:

1. "Zatvor ne može biti kraći od 15 dana ni duži od 15 godina.
2. Za krivična djela za koja je **propisana** smrtna kazna sud **može izreći** i zatvor od 20 godina.
3. Ako je za krivično djelo učinjeno sa umišljajem **propisan** zatvor u trajanju od 15 godina, **može se za teške oblike tog djela propisati i zatvor od 20 godina".**

Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine ("Sl. list FBiH", broj 43/98) u članu 3. određuje sadržaj načela zakonitosti:

1. "Krivična djela i krivične sankcije propisuju se samo zakonom.
2. Nikome ne može biti izrečena sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije zakonom bilo propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana krivična sankcija".

Član 4. KZ-a FBiH propisuje obaveznu primjenu blažeg zakona:

1. "Na učinioca krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela.
2. **Ako se poslije izvršenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primjenjuje se zakon koji je blaži za učinioca".**

Prema članu 34. KZ-a FBiH predviđene su sledeće vrste kazni: zatvor, dugotrajni zatvor i novčana kazna, a izuzetno i smrtna kazna za teške oblike krivičnih djela učinjenih za vrijeme ratnog stanja ili neposredne ratne opasnosti.

Član 37. stav 1. KZ-a FBiH određuje vremenski okvir za zatvorsku kaznu koji ne može biti kraći od 15 dana ni duži od 15 godina, dok je vremenski okvir za dugotrajni zatvor u članu 38. stav 3. KZ FBiH propisan od 20 do 40 godina.

Krivični zakonik Republike Srpske ("Službeni glasnik RS", broj 22/00) takođe u članu 3. prihvata princip zakonitosti: "Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivična

sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije zakonom bilo određeno kao krivično djelo i opisana njegova obilježja i za koja nije bila zakonom propisana kazna".

Član 4. KZ-a RS govori o vremenskom važenju krivičnog zakona i obaveznoj primjeni blažeg zakona:

1. "Na učinioca krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela.
2. **Ako je poslije izvršenja krivičnog djela izmijenjen zakon, jednom ili više puta, primjeniće se zakon koji je najblaži za učinioca".**

U članu 32. KZ-a RS predviđa tri vrste kazni: doživotni zatvor, zatvor i novčanu kaznu.

Prema članu 36. KZ-a RS zatvor ne može biti kraći od 30 dana ni duži od 20 godina.

Krivični zakon Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH", broj 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04 i 30/05) načelo zakonitosti određuje u članu 3.:

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 zakonom nije bila propisana kazna."

Član 4. KZ BiH govori o vremenskom važenju krivičnog zakona, odnosno primjeni blažeg zakona:

1. "Na učinitelja krivičnog djela primjenjuje se zakon koji je bio na snazi u vrijeme učinjenja krivičnog djela.
2. **Ako se poslije učinjenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijeni zakon, primjeniće se zakon koji je blaži za učinitelja".**

Član 4. tačka a) KZ BiH govori o suđenju ili kažnjavanju za krivična djela prema opštim načelima međunarodnog prava: "Članovi 3. i 4. ovog zakona ne sprečavaju suđenje ili kažnjavanje bilo kojeg lica za bilo koje činjenje ili nečinjenje koje je u vrijeme kada je počinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu sa opštim načelima međunarodnog prava."

Član 40. i 42. KZ BiH predviđa kaznu zatvora, dugotrajni zatvor i novčanu kaznu, kao vrste kazni.

Prema članu 42. stav 1. KZ BiH kazna zatvora ne može biti kraća od 30 dana ni duža od 20 godina, dok je kazna dugotrajnog zatvora određena u trajanju od 20 do 45 godina.

KZ SFRJ u članu 36. stav 1., KZ FBiH u članu 36. stav 1. i KZ RS u članu 34. stav 1. predviđaju posebnu odredbu pod nazivom "zakonitost u izricanju kazne" sa identičnim sadržajem: "Učiniocu krivičnog djela izriče se kazna **propisana** za učinjeno krivično djelo, a blaža ili stroža kazna od propisane može se izreći samo pod uslovima predviđenim ovim zakonom." KZ RS u navedenoj odredbi ne predviđa mogućnost strožijeg kažnjavanja.

KZ BiH ne predviđa poseban član koji se odnosi na zakonitost u izricanju kazne, ali takva obaveza za sud proizilazi iz odredbi člana 48. KZ BiH koji govore o opštim pravilima za odmjeravanje kazne i **obavezu suda da učiniocu krivičnog djela odmjeri kaznu u granicama koje su zakonom propisane za to krivično djelo.**

Princip zakonitosti ili legaliteta

Načelo zakonitosti, kao najznačajnije pravno načelo u domaćem krivičnom zakonodavstvu, formulirano je tako da ispunjava najviše međunarodnopravne standarde. U svom punom značenju ono ispunjava pet zahtjeva:

- samo je 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 krivičnih djela (*nullum crimen sine lege certa*)
- zahtjeva se zakonitost u kažnjavanju (*nulla poena sine lege*)²

Za ovu priliku pažnja će se posvetiti prema dva odlučujuća elementa principa legaliteta, zabrani retroaktivnosti zakona i zakonitosti u kažnjavanju. Prije toga, treba naglasiti da je načelo zakonitosti i zabrana retroaktivne primjene krivičnog zakona, a istovremeno i zakonitost u izricanju krivičnopravnih sankcija, propisana u članu 3. KZ BiH. Na ovaj način obezbjeđuje se pravna sigurnost i vladavina prava tako što se društvo i njegove vrijednosti štite zakonom, a građani, njihova ljudska prava i osnovne slobode istovremeno se štite od proizvoljne primjene zakona. Dakle, osnovno je pravilo da se prema izvršiocima krivičnih djela primjenjuje krivični zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela i izriču krivičnopravne sankcije koje su u to vrijeme bile propisane zakonom. Činjenica da djelo i krivičnopravna sankcija mogu, osim zakonom, biti propisani i međunarodnim pravom ništa ne oduzima od vrijednosti principa zakonitosti kad se zna da su ranije i sadašnje nacionalno zakonodavstvo ratifikovali sve najznačajnije međunarodne konvencije koje predstavljaju izvor međunarodnog krivičnog prava i temelj običajnog međunarodnog krivičnog prava. Pod izvorima međunarodnog krivičnog prava podrazumijevaju se prije svega primarni izvori (ugovori, npr. tradicionalno „haško“ i „ženevsko pravo“ propisano u istoimenim konvencijama) i običajno pravo. Međunarodno običajno pravo se ne primjenjuje da bi se inkriminirala neka radnja ako ona već ne spada u neku od vrsta zločina, već da bi se utvrdila sadržina i domašaj nekog međunarodnog pravila, kojim je neki zločin proglašen kažnjivim, a da zabranjena radnja nije detaljnije definisana.³ Pored toga, opšte je prihvaćeno da je za postojanje pravila običajnog prava potrebno prisustvo dva elementa, naime praksa države (*usus*) i vjerovanje da je takva praksa neophodna, zabranjena ili dozvoljena u zavisnosti od prirode pravila, kao pravni element (*opinio iuris sive necessitatis*).⁴ Sve ovo se može reći i za član 4.a) KZ BiH odnosno da zahtjevi načela zakonitosti ne sprečavaju suđenje ili kažnjavanje bilo kojeg lica za bilo koje činjene ili nečinjene koje je u vrijeme kada je učinjeno predstavljalo krivično djelo u skladu sa opštim načelima međunarodnog prava. Dakle, sadržaj člana 4.a) KZ BiH je jednostavno preuzet iz člana 7. stav 2. EKLJP, člana 15. stav 2. MGP odnosi na član 49. stav 2. Povelje o osnovnim pravima u Evropskoj uniji koji suštinski na identičan način pravno normiraju istu materiju. Opšta načela međunarodnog prava i opšta načela međunarodnog krivičnog prava su sekundarni izvor međunarodnog krivičnog prava. Opšta načela međunarodnog prava sastoje se od onih načela koja su inherentna, svojstvena međunarodnom pravnom sistemu. Preuzeta su iz nacionalnih pravnih sistema i primjenjuju se

² Franjo Bačić, Kazneno pravo – Opći dio, str. 72., Informator, Zagreb 1998. godine

³ Antonio Kaseze: Međunarodno krivično pravo, str. 33., Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2005. godina

⁴ Jean – Marie Henckaerts i Louise Doswald – Beck: Običajno međunarodno humanitarno pravo, Tom I: Pravila, str. 27. uvoda, Cambridge 2005. godina

na međunarodnom nivou (npr., načelo zakonitosti, pretpostavka nevinosti, jednakost strana, načelo poštovanja ljudskog života, dostojanstva, imovine i dr.).⁵ Zbog toga se npr., ubistvo ili krađa smatra krivičnim djelom po opštim načelima međunarodnog prava i kada nisu u nacionalnom zakonodavstvu predviđeni kao krivična djela. Poznato je da je najveći nedostatak međunarodnog krivičnog prava (sve do Rimskog statuta) nepropisivanje krivičnih sankcija (kazni) i drugih pravnih posledica za međunarodna krivična djela. Međutim, poštovanje principa legaliteta se ne može izbjeći u odnosu na izricanje kazni, jer se u protivnom izlazi iz okvira zakonitosti i prelazi u opasno polje pravne nesigurnosti. U takvim pravnim situacijama zabrana izricanja teže kazne nikako ne znači i zabranu blažeg kažnjavanja, jer se blaže kažnjavanje podrazumijeva (*in dubio pro libertate*).⁶

Retroraktivna primjena krivičnog zakona i zakonitost u izricanju krivičnih sankcija

Od osnovnog pravila da se prema izvršiocima krivičnih djela primjenjuje krivični zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela postoji izuzetak predviđen u članu 4. KZ BiH. Dakle, u pitanju je zakonom predviđena mogućnost odstupanja od principa legaliteta samo u jednom slučaju: ako je poslije izvršenja krivičnog djela jednom ili više puta izmijenjen zakon, primjenjuje se zakon koji je blaži za učinioca. Praktično, u pitanju je obavezna primjena blažeg zakona, a u tom pogledu KZ RS u potpunijem obimu štiti interese izvršilaca krivičnih djela obavezujući sud da primjeni krivični zakon koji je **najblaži** za učinioca. Ovo je posebno važno ako je krivični zakon izmijenjen više od dva puta. 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. Smisao odstupanja od načela zakonitosti i stvaranje pretpostavki za primjenu kasnijeg, blažeg zakona leži u zaštiti prava optuženih lica odnosno ograničavanje zakonom propisane represije. Kazne ne smiju biti same sebi cilj, jer zahtjevi principa legitimiteta nalažu neophodnost i srazmjernost u propisivanju i izricanju krivičnih sankcija.

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 (tzv. sukcesija krivičnih zakona), što dovodi do vremenskog sukoba zakona u pogledu njihovog važenja odnosno primjene.⁷ Prema ovom izuzetku može se primjeniti i zakon koji nije važio u vrijeme izvršenja, niti u vrijeme suđenja učinioca krivičnog djela, sve pod uslovom da se radi o najblažem krivičnom zakonu za učinioca.

Potpisivanjem Opšteg okvirnog sporazuma o miru u BiH (Dejtonski sporazum) i stupanjem na snagu Ustava BiH (14.12.2005. godine) smrtna kazna je, kao najteža vrsta kazne koju je propisivalo ranije zakonodavstvo, ukinuta. Pravni osnov za ukidanje smrtno kazne nalazi se u članu II stav 2. Ustava BiH odnosno Protokolu broj 6. o ukidanju smrtno kazne (1983.), i Drugom fakultativnom protokolu uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim

⁵ Antonio Kaseze, *ibid.*, str. 35-36.

⁶ Opširnije: Prof. dr Vlado Kambovski "Osnovni problemi primene međunarodnog kaznenog prava od strane međunarodnih i nacionalnih sudova" i Dr Milan Škulić "Pojam međunarodnog krivičnog prava", Međunarodni naučni skup "Primena međunarodnog krivičnog prava od strane međunarodnih i domaćih sudova" Tara, 2006. godina

⁷ Prof. dr Miloš Babić, et al.: Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini, Knjiga I, str. 64., Savjet Evrope i Evropska komisija, Sarajevo 2005. godina. Opširnije o primjeni blažeg zakona dr sc. Miloš Babić: "Aktuelna pitanja primjene blažeg zakona", Pravo i pravda, Sarajevo 2004. godine

pravima (1989.) koji se na osnovu Aneksa 1. tačka 7. Ustava BiH primjenjuje u BiH. Dakle, nakon stupanja na snagu Ustava BiH pa do stupanja na snagu KZ FBiH (28.11.1998.), Krivičnog zakonika RS (01.10.2000.) i KZ BiH (01.03.2003.) ni za jedno krivično djelo izvršeno do datuma stupanja na snagu navedenih zakona ne može se izreći smrtna kazna, već samo kazna zatvora primjenom instituta retroaktivne primjene blažeg zakona. U svim sličnim procesnim situacijama optuženom se mogu izreći samo one krivičnopravne sankcije koje su bile propisane u vrijeme izvršenja krivičnog djela, a ukidanjem smrtne kazne praktično su ostale zakonom propisane samo kazne zatvora. Naime, kazne zatvora uvijek su alternativno propisane sa smrtnom kaznom koja se nije mogla propisati kao jedina glavna kazna za određeno krivično djelo. Prema tome, poslije ukidanja smrtne kazne u zakonu ostaje propisan posebni zakonski minimum kazne zatvora koji je alternativno propisan uz smrtnu kaznu (10 godina) i opšti maksimum kazne zatvora koji se može izreći učiniocima krivičnih djela (15 godina).

Prilikom ocjene koji je zakon blaži za učinioca, osnovna pravila za donošenje odluke o blažem zakonu postavljena su još početkom prošlog vijeka: "Od dva kaznena zakona blaži se mora primjeniti u cjelini, tj. isključivo. U tom cilju 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 konkretan slučaj pokaže kao najpovoljnija za krivca. On ne smije, dakle, da spoji blaže odredbe jednog zakona sa blažim odredbama drugog, jer bi se onda primjenio jedan treći zakon, stvoren ovom kombinacijom, koji ne postoji, i koji je možda monstruozan."⁸ Blaži je onaj zakon koji pruža najpovoljniju krivičnopravnu situaciju za učinioca u cjelini, npr.: određenost i težina krivičnog djela, sistem krivičnopravnih sankcija, mogućnost ublažavanja i oslobođenja od kazne, rokovi zastare, mogućnost ponavljanja krivičnog postupka, pravne posledice osude, režim izvršenja kazne i dr.

Sve do sada navedeno ukazuje da princip legaliteta ne dozvoljava jednostran, površan pristup rješavanju bilo kog pitanja od koga zavisi ostvarenje zahtjeva zakonitosti, posebno u pogledu zakonitosti u izricanju krivičnopravnih sankcija.

Sudska praksa i zakonitost u izricanju kazni

Navode se neki karakteristični primjeri iz sudske prakse na osnovu kojih se može dati odgovor na pitanje mogućnosti izricanja smrtne kazne odnosno odgovarajuće kazne zatvora za krivična djela izvršena do 1998., odnosno 2000. godine, a suđenja su završena do navedenog vremenskog okvira ili su još uvijek u toku.

Vrhovni sud Republike Srpske u presudi broj Kž.146/03 od 25.03.2004. godine zauzeo je slijedeći pravni stav: "Kada je direktnom primjenom člana 1. Protokola 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava isključena mogućnost izricanja smrtne kazne, počiniocu krivičnog djela za koje je smrtna kazna alternativno propisana uz kaznu zatvora sa opštim maksimumom od 15 godina, sud je na osnovu odredbe člana 38. stav 2. Krivičnog zakona Republike Srpske – Opšti dio ovlašten da počiniocu takvog krivičnog djela izrekne kaznu zatvora od 20 godina, pa kada je optuženom za krivično djelo ubistva iz člana 36. stav 2. tačka 6. KZ RS – Posebni dio izrečena kazna zatvora od 20 godina, takvom odlukom o kazni nije počinjena povreda zakona na štetu optuženog iz člana 365. tačka 5. Zakona o krivičnom

⁸ Dr. Toma Živanović: Osnovi krivičnog prava – Opšti deo, str. 156., Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1922. godine

postupku."⁹ Prema obrazloženju navedene presude za predmetno krivično djelo, poslije 14.12.1995. godine kada je Evropska konvencija postala sastavni dio pravnog sistema BiH, bile su alternativno propisane kazna zatvora najmanje 10 godina (sa opštim maksimumom od 15 godina, zatvor od 20 godina i smrtna kazna, pa kako je direktnom primjenom člana 1. Protokola 6. uz Evropsku konvenciju **isključena** mogućnost izricanja smrtne kazne, to su kao alternativne kazne za krivično djelo ostale kazna zatvora od 10 do 15 godina i zatvor od 20 godina. Vrhovni sud RS zaključuje da kazna zatvora od 20 godina predstavlja alternativu za smrtnu kaznu, a ne zamjenu za tu kaznu, pa kada je isključena mogućnost izricanja smrtne kazne samim tim nije isključena i mogućnost izricanja kazne zatvora od 20 godina.

Protiv navedene presude Vrhovnog suda RS apelant je podnio apelaciju Ustavnom sudu BiH, između ostalog i zbog povrede člana 1. Protokola 6. o ukidanju smrtne kazne uz EKLJP. Suština apelacije se svodi na tvrdnju da je ukidanjem smrtne kazne praktično prestala da postoji i kazna zatvora od 20 godina, te da je sud mogao izreći samo kaznu zatvora od 10 do 15 godina. U odgovoru na apelaciju Vrhovni sud RS je dodao da je kazna zatvora od 20 godina bila propisana kao posebna kazna, a ne supstitut za smrtnu kaznu. Odbijajući kao neosnovanu podnesenu apelaciju Ustavni sud je u svojoj odluci broj AP-656/04 od 13.09.2005. godine, tačka 31. obrazloženja, zauzeo slijedeće stanovište: "Ukidanjem smrtne kazne, a do donošenja Krivičnog zakonika Republike Srpske iz 2000. godine, nastala je pravna praznina, što je vidljivo u konkretnom slučaju, u vezi sa mogućnošću izricanja teže kazne od kazne zatvora od 15 godina, što je bio opšti maksimum kazne zatvora shodno članu 38. stav 1. Krivičnog zakonika Republike Srpske (Opšti dio) koji je primjenjen u konkretnom slučaju. Ukoliko bi se prihvatilo tumačenje koje zagovara apelant da je u takvoj pravnoj situaciji jedino moguće bilo da se izrekne kazna zatvora od 15 godina za teška krivična djela kao što je slučaj u konkretnom predmetu, postavlja se pitanje da li bi takvom primjenom zakona mogla da se postigne opšta svrha kažnjavanja iz člana 6. Krivičnog zakona Republike Srpske (Opšti dio)."¹⁰ Očigledno, Ustavni sud je osnov za svoju odluku našao u razlozima kaznene politike, a ne u pravnim razlozima koji proizlaze iz principa legaliteta i obavezne primjene blažeg zakona. Čini se da je u navedenim odlukama dvostruko povređen princip zakonitosti: primijenjena je kazna koja zakonom nije bila propisana u vrijeme izvršenje krivičnog djela i primijenjena kazna je bila propisana, ali u zakonu koji je stupio na snagu poslije izvršenja krivičnog djela a taj zakon je teži, nepovoljniji za učinioca.

Navedena pravna shvatanja teško mogu izdržati kritiku sa aspekta poštovanja principa legaliteta, a prije svega zakonitosti u izricanju kazne. Naime, učiniocima krivičnih djela može se izreći samo ona krivičnopravna sankcija koja je bila zakonom propisana. Oba suda se uporno pozivaju na odredbe člana 38. stav 2. KZ RS – Opšti dio, a prostim jezičkim tumačenjem iz navedene odredbe proizilazi da ona dozvoljava mogućnost izricanja zatvora od 20 godina za krivična djela za koja je propisana smrtna kazna. Dakle, **mogućnost izricanja** je jedan pojam, a **zakonom propisana kazna** sasvim drugi pojam. Prema tome, kazna zatvora od 20 godina je supstitut, zamjena za smrtnu kaznu i po svom karakteru je nesamostalna kazna akcesorne prirode. Zbog toga, kazna zatvora od 20 godina u potpunosti dijeli sudbinu smrtne kazne kao glavne kazne. Uostalom, u sistemu kazni KZ RS – Opšti dio ne propisuje kaznu zatvora od 20 godina kao posebnu vrstu kazne. Naprijed navedene presude takođe pogrešno interpretiraju član 1. Protokola 6. uz Evropsku konvenciju navodeći da je njegovom direktnom primjenom isključena mogućnost izricanja smrtne kazne za krivična djela za koja je propisana. Međutim, Protokol 6. o ukidanju smrtne kazne u članu 1. prva rečenica glasi: "Smrtna kazna se ukida." Ako je to tako onda za krivično djelo iz člana 36. stav 6. KZ RS –

⁹ Bilten sudske prakse I, str. 15, Vrhovni sud Republike Srpske, Banja Luka 2004. godine

¹⁰ Službeni glasnik BiH, broj 83/05, str. 6713.

Posebni dio ostaje zakonom propisana kazna: "zatvor od najmanje 10 godina," (smrtna kazna se ukida, briše, nestaje iz zakona). Prema tome, **kazna zatvora od najmanje 10 godina**, kao posebni minimum, **zakonom je propisana alternativna kazna sa smrtnom kaznom**. Takođe, treba podsjetiti i na odredbe člana 38. stav 3. KZ RS – Opšti dio koje dozvoljavaju mogućnost propisivanja i zatvora od 20 godina za teške oblike krivičnih djela učinjenih sa umišljajem kod kojih je propisan zatvor u trajanju do 15 godina.

Navedene odredbe samo potvrđuje da kazna zatvora od 20 godina nije posebna vrsta vremenske kazne lišenja slobode i da se može izreći samo u dva slučaja: umjesto smrtne kazne (član 38. stav 2. KZ RS – Opšti dio) i za teške oblike krivičnih djela za koje je zakonom propisana (član 38. stav 3. KZ RS – Opšti dio). U svim slučajevima gdje postoji zabrana izricanja smrtne kazne, a ukidanjem smrtne kazne Protokolom 6. takva zabrana je nastala 14.12.1995. godine, apsolutno je isključena i mogućnost izricanja kazne zatvora od 20 godina.¹¹ Da zaključimo, za krivično djelo ubistva iz čl. 36. stav 2. tačka 6. KZ RS zakon propisuje kažnjavanje zatvorom od najmanje 10 godina ili smrtnom kaznom. Poslije stupanja na snagu Ustava BiH i ukidanja smrtne kazne, poštujući princip zakonitosti u pogledu određivanja i izricanja krivičnih sankcija, u konkretnom slučaju moguće je izreći kaznu zatvora u kaznenom okviru zakonom određenog posebnog minimuma (10 godina) i zakonom određenog opšteg maksimuma (15 godina). Svi krivični zakoni, počev od KZ SFRJ do KZ BiH, predviđaju i propisuju obaveznu primjenu blažeg zakona. Stoga je pogrešno pozivanje na član 7. stav 1. EKLJP u pokušaju zadržavanja smrtne kazne u našem krivičnom pravnom sistemu do donošenja novih krivičnih zakona na entitetskom i državnom nivou. Naime, EKLJP propisuje minimalne pravne standarde koje mora poštovati svaka članica Savjeta Evrope. Međutim, nacionalno krivično zakonodavstvo propisuje više standarde, **pa umjesto zabrane određivanja teže kazne predviđa obaveznu primjenu blažeg zakona** što je za svaku pohvalu sa aspekta zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda i pravne sigurnosti uopšte. Osim toga, na primjenu blažeg zakona odnosno određivanja blaže kazne obavezuje i član 15. stav 1. MPPG koji se na osnovu Aneksa 1. stav 7. Ustava BiH primjenjuju u pravnom sistemu BiH. Suštinski, iste odredbe u pogledu primjene blažeg zakona predviđaju i član 24. stav 2. Rimskog statuta, član 49. stav 1. Povelje o osnovnim pravima u Evropskoj uniji i član 75. stav 4. tačka c) Dopunskog protokola I uz Ženevske konvencije (1977.), a ovi pravni akti su dio međunarodnog prava odnosno međunarodnog krivičnog prava.

Ni član 4.a) KZ BiH ne može se primijeniti u ovom slučaju (zanemarimo vrstu krivičnog djela), jer se odnosi na situacije kad je nacionalno zakonodavstvo propustilo da određena činjenja ili nečinjenja zakonom propiše kao krivično djelo. Sporne radnje moraju predstavljati krivično djelo prema opštim načelima međunarodnog prava. Ovo je odstupanje od načela zakonitosti i vremenskog važenja krivičnog zakona, jer krivično djelo nije ni postojalo u krivičnom zakonu u vrijeme njegovog izvršenja. Međutim, u vrijeme izvršenja je predstavljalo krivično djelo po međunarodnom pravu, bilo je predviđeno kao zločin i postalo dio međunarodnog običajnog prava. Takođe, ni u ovom slučaju se ne može izbjeći primjena blažeg zakona odnosno blažih kazni u postupku izricanja krivičnih sankcija, jer to nalažu principi nacionalnog i međunarodnog prava. Pored obavezne primjene blažeg zakona u domaćem zakonodavstvu, koja je neuspješno dovedena u pitanje odredbama člana 4.a) KZ BiH, treba podsjetiti i na odredbe člana 15. stav 1. MPPG koje takođe obezbjeđuju primjenu

¹¹ Dr Franjo Bačić: Krivično pravo – Opći dio, str. 456., Pravni fakultet Zagreb, 1986. godina: "Kad je zakon za tačno određeni krug osoba isključio svaku mogućnost izricanja smrtne kazne, onda ona i nije propisana za djelo koje su oni učinili, a za koje je inače ta kazna određena alternativno s kaznom zatvora. Za ove osobe onda postoji automatski apsolutna zabrana izricanja ove kazne. To onda isključuje i kaznu zatvora od 20 godina."

blažeg zakona (kazne), a koje su dio ustavnopravnog sistema BiH u smislu Aneksa 1. stav 7. Ustava BiH. Uostalom, u međunarodnom pravu postoji opšti princip po kome se u slučaju postojanja dva sukcesivna zakona koja se odnose na zakonitost izricanja kazne, kazna će se izricati po principu *favor libertatis*.

Skoro identična situacija javila se u pravnom sistemu Srbije poslije brisanja odredbi člana 37. u Krivičnom zakonu Jugoslavije koji je stupio na snagu 31.12.1993. godine. Naime, brisanjem odnosno ukidanjem smrtne kazne iz pravnog sistema Jugoslavije prestala je mogućnost izricanja smrtne kazne kao i kazne zatvora od 20 godina, sve do donošenja propisa o smrtnoj kazni u članu 2a) Krivičnog zakona Srbije koji je stupio na snagu 22.07.1994. godine. Stoga je Vrhovni sud Srbije u presudi Kž.1254/95 od 23.11.1995. godine zauzeo slijedeći pravni stav: "Od 31.12.1993. godine pa do 22.07.1994. godine kazna zatvora od 20 godina se ne može izreći za krivična djela za koja je u zakonu propisana smrtna kazna".¹² U obrazloženju se kratko navodi da u konkretnom slučaju nema uslova za izricanje kazne zatvora u trajanju od 20 godina za sva krivična djela za koja je bila propisana smrtna kazna, jer je takva mogućnost prestala ukidanjem odnosno brisanjem smrtne kazne. Mogućnost izricanja kazne zatvora od 20 godina se isključuje primjenom blažeg zakona u smislu člana 4. stav 2. KZ Jugoslavije. Navedeni pravni stav potvrđuje tumačenje da kazna zatvora od 20 godina, kao supstitut smrtnoj kazni, nije bila zakonom propisana već je samo postojala mogućnost njenog izricanja za krivična djela za koja je zakonom bila propisana smrtna kazna. Ukidanjem smrtne kazne automatski prestaje i mogućnost primjene njenog supstituta odnosno kazne zatvora od 20 godina.

Zaključak

Krivična djela i krivičnopravne sankcije moraju biti zakonom propisani prije nego što je djelo učinjeno. Vrhovni princip krivičnog zakonodavstva, princip legaliteta ne smije biti doveden u pitanje u bilo kom njegovom elementu, odnosno zahtjevu. Odstupanje od načela zakonitosti su isključena u odnosu na određivanje krivičnog djela i krivičnopravne sankcije. Zbog toga je retroaktivnost ili povratna primjena krivičnog zakona zabranjena. Međutim, zakon predviđa samo jedan izuzetak, a u cjelosti je prihvaćen u krivičnom zakonodavstvu BiH: "Ako je poslije izvršenja krivičnog djela izmijenjen zakon, jednom ili više puta, primjeniće se zakon koji je blaži (najblaži) za učinioaca."

Član 3. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima: "Svako ima **pravo na život**, slobodu i bezbjednost ličnosti."

Član 2. Povelje o osnovnim pravima u Evropskoj uniji:

1. "Svako ima **pravo na život**.
2. Niko ne smije biti osuđen na smrt ili pogubljen."

Smrtna kazna je ukinuta u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine danom stupanja na snagu Ustava BiH (14.12.1995. godine). Bosna i Hercegovina nije stavila rezerve na Protokol 6. EKLJP i Drugi fakultativni protokol uz MPGP (1989.). U međuvremenu je ratifikovan i Protokol broj 13. uz EKLJP, o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima (Vilnius 03.05.2002. godine, Bosna i Hercegovina izvršila njegovu ratifikaciju 07.07.2003. godine). Prema ovom Protokolu zabranjeno je izuzeće i stavljanje rezervi, pa je smrtna kazna

¹² Ilija Simić: Zbrika sudskih odluka iz krivičnopravne materije, Druga knjiga, str. 71., Službeni glasnik Beograd 1998. godina

bezuslovno ukinuta. U takvoj pravnoj situaciji za djela izvršena do 1998. godine odnosno 2000. godine moguće je izreći kaznu zatvora u maksimalnom trajanju od 15 godina, jer je to najteža kazna zakonom propisana.