

*Мр Анђела Стојановић, испираживач и правник  
Института за међународну политику и привреду у Београду*

## НАЧЕЛО ОДРЕЂЕНОСТИ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА (*LEX CERTA*) У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

**Сажетак:** Члан 7. Европске конвенције за заштити људских права и основних слобода се не односи само на забрану ретроактивне примене кривичног закона. Заштита која се пружа њиме је нешто шира, и развија се кроз праксу Европског суда за људска права. Због знајног утицаја *соттон law-a*, члан 7. се не може схватити на начин на који се начело законности итрадиционално схвати у континенталном праву. Када је реч о начелу одређености кривичног закона, пракса домаћих судова има велики утицај на процену Суда да ли је реч о недовољно одређеном закону, што је последица утицаја *соттон law-a*. Иако је реч о донекле релативном семенју начела законности, у јојединим савовима Суда лежи опасност од његове даље релативизације. У јојединим случајевима може се рећи да је Суд избегао да окарактерише закон неке земље као неодређен, док се у другим случајевима, где је осуда била базирана на међународном праву, тојово није бавио проблемом неодређених казни. Суд је у својој досадашњој пракси у само једном случају ивердио кршење овог начела. Будућа пракса ће можда даље разјасни начин на који Суд схвати овај иначе релативан принцип.

**Кључне речи:** Европска конвенција за заштити људских права и основних слобода, Европски суд за људска права, *lex certa*, забрана ретроактивности кривичног закона, начело законности.

### 1. ОПШТА ПИТАЊА

Члан 7. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода од 1950. године (у даљем тексту Конвенција) пружа „суштинску

заштиту од самовољне оптужбе, осуде и казне”.<sup>1</sup> Чланом 7. став 1. Конвенције се предвиђа да се: „Нико не може сматрати кривим за кривично дело извршено чињењем или нечињењем, које у време када је извршено, није представљало кривично дело према унутрашњем или међународном праву. Исто тако, не може се изрећи строжа казна од оне која је била прописана у време када је кривично дело извршено“. У ставу 2. је предвиђен изузетак од овог начела: „Овај члан не утиче на суђење и кажњавање неког лица за чињење или нечињење које се у време извршења сматрало кривичним према општим правним начелима признатим од стране цивилизованих народа“.<sup>2</sup>

Реч је дакле, о опште познатом начелу забране ретроактивности које представља једно од основних људских права, као и један од основних принципа кривичног права, путем којег се обезбеђује да кривично дело, односно кривична санкција делује искључиво за будућност. На овај начин се појединцима гарантује да не могу бити кажњени за неко понашање, уколико такво понашање у време извршења није законом предвиђено као кривично дело, и ако за дело у питању није била законом прописана казна. Забрана ретроактивности кривичног закона се дакле односи како на прописивање неког понашања као кривичног дела (*nullum crimen sine lege*), тако и на предвиђеност казне или друге кривичне санкције законом (*nulla poena sine lege*). Начело законитости, па и само право имају за циљ да обезбеде правну извесност.<sup>3</sup>

Међутим, пракса Европског суда за људска права (у даљем тексту Суд) је значајна јер се појмови садржани у члану 7. кроз праксу Суда разјашњавају и дефинише се њихова садржина, односно у одлукама Суда су заузети различити начелни ставови којима се даље проширују права садржана у члану 7. Конвенције. Због тога све државе које су ратификовале Конвенцију, морају у извесном смислу сматрати пресуде Суда обавезујућим.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Случај *Kokkinakis v. Greece*, пресуда од 25. маја 1995, Series A, No. 260-A, представка бр. 14307/88, par. 52; Случај *S.W. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, Series A, No. 335-C, представка бр. 20166/92, par. 34.

<sup>2</sup> 1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.

2. This Article shall not prejudice the trial and punishment for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations.

<sup>3</sup> Д. Митровић, *Начело законитости: појам, садржина, облици*, Београд, 1996, стр. 15.

<sup>4</sup> М. Пауновић, С. Царић, *Европског суд за људска права - Надлежност и постојање*, Београд, 2007, стр. 102; D. Ehlers, *The European Convention for the Protection of Human*

У систему заштите људских права је прихваћена нека врста комбинације континенталног правног система и *common law* система. С тим у вези се поставља и питање да ли се члан 7. Конвенције односи на сва четири сегмента начела законитости, како се оно уобичајено схвата у континенталном праву. Наиме, начело законитости се састоји из четири сегмента: *nulla poena sine lege scripta* који искључује примену неписаног права, *nulla poena sine lege previa* садржи забрану ретроактивне примене кривичног закона, *nulla poena sine lege certa* садржи захтев да закон мора бити у што је могуће вишем степену одређен и прецизан и *nulla poena sine lege stricta* садржи забрану стварања права путем аналогије.<sup>5</sup> У европскоконтиненталном правном систему се сва четири сегмента начела законитости стриктно примењују, док у *common law* правном систему то није случај.

Из праксе Суда се може закључити да пре свега недостаје сегмент *lex scripta*, дакле не постоји захтев за постојањем писаног права у облику закона, будући да израз „право“ за сврхе Конвенције не обухвата само законе, већ и неписано право.<sup>6</sup> Када је реч о сегменту *lex certa*, он се схвата на специфичан начин, и у пракси Суда се најчешће доводи у везу са постојаношћу домаће судске праксе поводом неке одредбе, односно питањем да ли је нека одредба била у довољној мери доступна и предвидљива за појединца. Код *lex stricta* је мање јасна ситуација, али се такође може закључити да има нешто другачију форму него у континенталном праву.<sup>7</sup> Јер, према ставу Суда члан 7. Конвенције обухвата принцип да се „кривично право се не сме екстензивно тумачити на штету оптуженог, као на пример путем аналогије“, а у континенталном правном систему је забрањена креативна аналогија, којом се ствара право, док тумачење путем аналогије представља врсту логичког тумачења, дакле оно не представља врсту екстензивног тумачења (што се може закључити из става Суда). У континенталном правном систему тумачење путем аналогије које остаје у оквиру законске норме не представља повреду начела законитости.<sup>9</sup> Када је реч о сегменту забране ретроактивности кривичног закона, заштита Суда јесте слична оној која постоји у континенталном праву, међутим чињеница је да

Rights and Fundamental Freedoms. In: *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin, 2007, p. 30.

<sup>5</sup> З. Стојановић, *Кривично право, Ошћи део*, Београд, 2006, стр. 39.

<sup>6</sup> Случај *Sunday Times v. UK*, пресуда од 26. априла 1979. године, Series A, No. 30, представка бр. 6538/74, пар. 47.

<sup>7</sup> К. Ambos, *Nulla poena sine lege in International Criminal Law*. In: *Sentencing and sanctioning in supranational Criminal Law*, Antwerp-Oxford, 2002, p. 23.

<sup>8</sup> Случај *Kokkinakis v. Greece*, пресуда од 25. маја 1995, Series A, No. 260-A, представка бр. 14307/88, пар. 52.

<sup>9</sup> З. Стојановић, *op. cit.*, стр. 28.

се ретроактивност у *common law* земљама не схвата на толико негативан начин као у континенталном правном систему,<sup>10</sup> о чему је Суд изгледа водио рачуна у појединим случајевима из своје праксе,<sup>11</sup> осим тога, и овде је пракса домаћих судова имала значајан утицај на процену да ли је дошло до повреде начела забране ретроактивности кривичног закона.

## 2. НАЧЕЛО ОДРЕЂЕНОСТИ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА (*LEX CERTA*)

Како је Суд више пута истакао у примени члана 7. Конвенције, заштита која је загарантована њиме, није ограничена само на забрану ретроактивне примене кривичног закона на штету оптуженог, већ: “такође обухвата, у уопштенијем смислу принцип да само закон може дефинисати кривично дело и прописати казну (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), као и принцип да се кривични закон не може екстензивно тумачити на штету оптуженог, као на пример путем аналогије. Из ових принципа произлази да кривично дело мора бити јасно дефинисано у закону. Овај захтев је задовољен тамо где појединац из текста релевантне одредбе, и уколико је то потребно уз помоћ судског тумачења, може да зна који акти чињења или нечињења га чине кривично одговорним”.<sup>12</sup> Дакле начело одређености, као сегмент начела законитости, је такође обухваћено заштитом коју пружа Европски суд за људска права. При том треба имати у виду и чињеницу да је ипак реч о донекле релативном критеријуму, односно поставља се питање како утврдити да ли је нека кривична одредба довољно или недовољно прецизна и јасна? Прецизна дефиниција би према ставу Суда требало да буде она која прави јасну границу између понашања које је кажњиво и оног понашања које то није, то јест „када појединац из текста релевантне одредбе може, а уколико је то потребно и уз помоћ судског тумачења, да зна који акти чињења односно нечињења га чине кривично одговорним“.<sup>13</sup>

Из праксе Суда се може закључити да се овај принцип не примењује у стриктном смислу, јер се принцип одређености кориговао кроз тзв. принцип флексибилности. У континенталном правном систему доминира захтев за

<sup>10</sup> R. Haveman, *The Principle of Legality*. In: *Supranational Criminal Law - a system sui generis*, Intersentia Antwerpen-Oxford, 2003, p. 44.

<sup>11</sup> Случај *C. R. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, Series A, No. 355-C, представка бр. 20166/92; Случај *S.W. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, Series A, No. 335-C, , представка бр. 20166/92.

<sup>12</sup> Случај *C. R. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, Series A, No. 355-C, представка бр. 20166/92, par. 33.

<sup>13</sup> Случај *Cantoni v. France*, пресуда од 15. новембра 1996, , R. J. D., 1996-V, No. 20, представка бр. 17862/91, par. 29.

писаним правом у смислу закона, па се и захтев *lex certa* односи на законе. Са друге стране код *common law*-а, *lex certa* укључује и судску праксу. Може се рећи да и даље постоји захтев да се правно правило може сазнати из писаног права, али се под њим подразумева било правно правило створено од стране законодавца, било правило које се развило у судској пракси. У својој пракси Суд је *lex certa* захтев умекшао тиме што се он не фокусира само на закон, већ и на установљену судску праксу,<sup>14</sup> тако да је захтев одређености задовољен тамо где је постојала устаљена судска пракса у погледу тумачења појединих уопштених законских термина. У одлучивању Суда да ли је дошло до повреде члана 7. Конвенције, прво се тражи одговор на питање да ли је спорна одредба била у довољној мери доступна и предвидива за појединца, што представља суштину сврхе члана 7. Конвенције, а с тим у вези Суд је испитивао како прописе који су били важећи у време извршења кривичног дела, тако и постојаност домаће судске праксе.

У том смислу значајна су два става Суда, пре свега значајан је став да: „многи закони нису апсолутно прецизни. Због потребе да се избегне претерана ригидност и како би се омогућило прилагођавање променљивим околностима, многи закони су руковођени терминима који су у мањој или већој мери неодређени. Тумачење и примена оваквих закона зависи од судске праксе“<sup>15</sup>. Такође је значајан и став Суда да: „колико год да је јасна нека одредба у било којем систему права, укључујући и кривично право, увек ће постојати неизбежан елемент судског тумачења. Члан 7. Конвенције се не може тумачити у смислу онемогућавања постепеног разјашњавања правила кривичне одговорности, кроз судско тумачење од случаја до случаја, под условом да је резултат развоја у складу са суштином кривичног дела и да је могао бити разумно предвидљив“.<sup>16</sup>

У принципу, оба става упућују на судску праксу, с тим да се први односи на постојећу праксу поводом закона у којима се употребљавају поједини неодређени термини, па се у том смислу испитује пракса домаћих судова, а нарочито да ли је она била постојана, дакле да ли је појединац из постојеће праксе могао да закључи шта је обухваћено таквим појединим неодређеним терминима. Неки аутори овакав став Суда називају и тзв. флексибилношћу.<sup>17</sup> Разлог томе је вероватно што се може рећи да је испи-

<sup>14</sup> R. Haveman, op. cit., p. 50.

<sup>15</sup> Случај *Kokkinakis v. Greece*, пресуда од 25. маја 1995, Series A, No. 260-A, представка бр. 14307/88, par. 40.

<sup>16</sup> Случај *Radio France and others v. France*, пресуда од 30. марта 2004, представка бр. 53984/00 (Sect. 2), ECHR, par 20; Случај *S.W. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, Series A, No. 335-C, представка бр. 20166/92, par. 36; Случај *C. R. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, Series A, No. 355-C, представка бр. 20166/9, par. 34.

<sup>17</sup> H. Davis, *Human Rights Law*, Oxford University Press, 2007, p. 273.

тивање домаће судске праксе у овом смислу, у пракси Суда често имало форму ублажавања сегмента *lex certa*. Други став Суда упућује на оправданост развоја судске праксе, односно постепено одступање судске праксе од постојећег права, колико год да је јасна нека одредба кривичног права, под условом да је такав развој био „разумно предвидив“. Овај последњи став је заузет пре свега у вези случајева који потичу из *common law* правног система, где је ипак била реч о прецеденту а не о „разумно предвидивом“ развоју<sup>18</sup>. Поменути ставови су се у пракси Суда показали са једне стране као разумљиви и природни, међутим са друге стране се показала и њихова релативност у појединим случајевима.

### 3. СЛУЧАЈЕВИ ИЗ ПРАКСЕ СУДА ПОВОДОМ ЗАХТЕВА ЗА ОДРЕЂЕНОШЋУ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА

Суд се у релативно малом броју предмета бавио евентуалним повредама члана 7. Конвенције уопште, и у малом броју случајева је утврдио кршење члана 7. Конвенције. У периоду између 1959. и 2010. године, Суд је утврдио кршење члана 7. Конвенције у свега двадесетак случајева. Када је реч о захтеву да кривичноправне одредбе морају у што већој мери бити прецизне и јасне, Суд је у само једном случају из скорије праксе утврдио његово кршење.<sup>19</sup>

У случају Кокинакис против Грчке, Суд ипак није утврдио кршење захтева за одређеношћу кривичног закона. Подносилац представке је осуђен због извршења кривичног дела прозелитизма.<sup>20</sup> Подносилац представке се Суду жалио на повреду члана 7. Конвенције, при том се позвао на фразу „прописан правом“, и такође је истакао да кривични закон, да би био компатибилан са чланом 7. Конвенције мора да буде довољно прецизан и јасан, што није био случај са одељком 4. Закона бр.1363/1938 којим је предвиђено кривично дело прозелитизма. Наиме, у закону се под прозелитизмом подразумева: „нарочито било који директан или индиректан покушај наметања у односу на религијска веровања особе другачијих верских убеђења, са циљем подривања тих веровања, било путем било какве врсте подстицања или обећања подстицања или моралне подршке или материјалне помоћи или путем непоштених средстава или стицањем предно-

<sup>18</sup> Случај *C. R. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, Series A, No. 355-C, представка бр. 20166/92; Случај *S.W. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, Series A, No. 335-C, , представка бр. 20166/92.

<sup>19</sup> Случај *Liivik v. Estonia*, пресуда од 25. јуна 2009, представка бр.12157/05, (Sect. 5).

<sup>20</sup> Случај *Kokkinakis v. Greece*, пресуда од 25. маја 1995, Series A, No. 260-A, представка бр. 14307/88.

сти због неискуства особе у питању, њеног поверења, ниског интелекта или наивности“.<sup>21</sup> Ипак, Суд је одбио да окарактерише закон једне земље као непрецизан и нејасан, и уместо тога се задовољио одлуком којом је установио кршење члана 9. Конвенције (слобода мисли савести и вероисповести) у конкретном случају. Суд је био на становишту да је захтев одређености задовољен тамо где је постојала устаљена судска пракса у погледу тумачења појединих уопштених законских термина. Дакле, Суд је био на становишту да је у овом случају постојала постојана судска пракса.

Када се погледа законска дефиниција кривичног дела прозелитизма, може се приметити да се појединци могу наћи у дубокој недоумици око питања какво понашање ће их чинити кривично одговорним. У овом случају би се свакако могло рећи да је реч о непрецизној одредби кривичног права. Како је судија Мартенс у издвојеном мишљењу указао, непрецизност дефиниције прозелитизма пре свега лежи у употребљеној речи „нарочито“, на тај начин се обухватају и дела која су изван дате дефиниције. Осим тога као кажњиво дело се не предвиђа само „наметање у односу на религијска веровања друге особе“ већ и такав директан или индиректан покушај. И коначно, захтев „са циљем подривања тих веровања“ - поставља се питање како је могуће направити јасну разлику између прокламовања сопствене религије и покушаја убеђивања других да су њихова веровања погрешна.<sup>22</sup> Дакле овде је реч о прилично неодређеном закону, с тим да се та неодређеност не може у довољној мери отклонити кроз праксу грчких судова. У поменутом случају је дакле цела дефиниција кривичног дела неодређена, а не поједини термини. На тај начин се судовима оставља велика слобода. Изгледа да кривично дело може бити врло слободно дефинисано да би Суд утврдио кршење члана 7. Конвенције.<sup>23</sup> Суд је у још једном врло сличном случају који се тичао исте одредбе установио кршење члана 9. Конвенције у конкретном случају.<sup>24</sup>

Са друге стране у појединим случајевима је сасвим оправдана примена схватања да многи закони нису апсолутно прецизни, и да би се омогућило прилагођавање променљивим околностима, многи закони морају би-

<sup>21</sup> „By ‘proselytism’ is meant, in particular, any direct or indirect attempt to intrude on the religious beliefs of a person of a different religious persuasion (eterodoxos), with the aim of undermining those beliefs, either by any kind of inducement or promise of an inducement or moral support or material assistance, or by fraudulent means or by taking advantage of his inexperience, trust, need, low intellect or naïvety“.

<sup>22</sup> Случај *Kokkinakis v. Greece*, пресуда од 25. маја 1995, Series A, No. 260-A, представка бр. 14307/88.

<sup>23</sup> C. Ovey, R. C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2002, p. 20.

<sup>24</sup> Случај *Larissis and others v. Greece*, пресуда од 24. фебруара 1998, представка бр. 23372/94 ; 26377/94 ; 26378/94, Reports 1998-I.

ти руковођени терминима који су у мањој или већој мери неодређени. Тумачење и примена оваквих закона зависи од судске праксе.<sup>25</sup> Овај став Суда дакле не мора бити у колизији са принципом *lex certa*. Од закона се свакако не може очекивати да до најмањих детаља опише све ситуације које се могу јавити у пракси. Једна од уобичајених законодавних техника јесте употреба уопштених термина у закону. У једном случају из праксе Суда била је спорна уопштена дефиниција медицинског производа. Дефиниција појма медицинског производа која би била одређенија, би била онда она дефиниција у којој су набројани сви могући производи који се сматрају медицинским, што у овој области једноставно није могуће.<sup>26</sup>

Исто тако, у још једном случају из праксе Суда је исправно примењен принцип флексибилности. Подносиоци представке, иначе главни уредник и новинар француског радија, су осуђени због кривичног дела клевете државног службеника.<sup>27</sup> У вези одговорности главног уредника подносиоци представке су изнели аргумент да је реч о емитовању уживо, и да је према примењеном члану 93. став 3. Закона о аудиовизуелним комуникацијама, одговорност главног уредника могућа само у случају када је садржина спорне изјаве „одређена пре него што је била објављена у јавности“.<sup>28</sup>

Суд је приметио да је истина да текст закона: „одређен пре него што је објављен јавности“ може указивати на искључивање одговорности главног уредника, осим у случају када је изјава снимљена пре него што је објављена. Међутим по мишљењу Суда у овом случају је реч о емитованим садржајима који се налазе на пола пута између снимка и емитовања уживо. Увређујућа изјава истина није снимљена, али је у редовним временским интервалима емитована у истој форми (око шездесет пута). Од другог емитовања главни уредник је могао да провери емитовани садржај.<sup>29</sup> Суд је зато нашао да је тумачење закона у овом случају било у складу са природом кривичног дела у питању и да је било „разумно предвидљиво“, дакле да није дошло до повреде члана 7. става 1. Конвенције.

У овом случају је принцип флексибилности оправдано примењен. Чињеница је да законски термин садржаја који је одређен пре него што је

<sup>25</sup> Случај *Radio France and others v. France*, пресуда од 30. марта 2004, представка бр. 53984/00 (Sect. 2), ECHR, par 20; Случај *S.W. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, Series A, No. 335-C, представка бр. 20166/92, par. 36; Случај *C. R. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, Series A, No. 355-C, представка бр. 20166/9, par. 34.

<sup>26</sup> Случај *Cantoni v. France*, пресуда од 15. новембра 1996, R. J. D., 1996-V, No. 20, представка бр. 17862/91, par. 32.

<sup>27</sup> Случај *Radio France and others v. France*, пресуда од 30. марта 2004, представка бр. 53984/00 (Sect. 2), ECHR.

<sup>28</sup> „fixed prior to being communicated to the public“

<sup>29</sup> Случај *Radio France and others v. France*, пресуда од 30. марта 2004, представка бр. 53984/00 (Sect. 2), ECHR, par. 20.



објављен јавности има уопштенији карактер, међутим како је и Држава указала, парламент је намерно прихватио овакав, уопштенији концепт (а не концепт “претходно снимљеног“ садржаја), јер се под њим у француском језику подразумева нешто што је „унапред одређено“, у смислу нечега што се могло унапред проверити. Осим тога, у већини постојећих кривичних законодавстава одговорност уредника се заснива на његовом утицају на садржину информација које се објављују<sup>30</sup>,

У случају у којем је Суд установио кршење принципа *lex certa*, подносилац представке се жалио на неразумљивост права на основу којег је осуђен за кривично дело злоупотребе службеног положаја, а у вези приватизације једног естонског предузећа. Под кривичним делом злоупотребе службеног положаја се према члану 161. Кривичног законика сматра: „Умишљајна злоупотреба од стране службеног лица његовог или њеног службеног положаја, уколико проузрокује значајну штету правима или интересима особе, предузећа, агенције или организације заштићене законом или националним интересима, казниће се новчаном казном или затвором до три године“. Домаћи судови су сматрали да је подносилац представке својим понашањем проузроковао „значајну моралну штету“ интересима државе, јер је угрозио имовину државе, и да његово понашање, као високог државног службеника, није било у складу са „општим схватањем правде“, као и да је нанео штету међународној репутацији Републике Естоније. Према схватању домаћих судова, подносилац представке је створио ситуацију где је очување имовине државе било доведено у питање, с тим да су судови сматрали да је ирелевантно што се та опасност по имовину државе није реализовала, и што држава није претрпела никакву стварну штету. Његове жалбе пред домаћим судовима су одбијене.

Суд је приликом анализе члана 161. Кривичног законика на основу којег је подносилац представке осуђен, нашао да појам “проузроковања значајне штете” представља битан елемент кривичног дела злоупотребе службеног положаја. Текст ове одредбе нигде не спомиње стварање ризика као подобног да проузрокује значајну штету.<sup>31</sup> Осим тога, иако је Врховни суд придао важност стварању опасности од штете, у пракси домаћих судова се нису развили критеријуми за процену таквог ризика. Пракса Врховног суда према мишљењу Суда није разјаснила значење појма значајне штете.

Суд је дакле у овом случају, сматрао да подносилац представке није могао да предвиди да је проузроковао значајну штету интересима државе,

<sup>30</sup> П. Теофиловић, *Кривична одговорност за кривична дела учињена љуштем шћамће и друћих средсћава јавноћ информсћања*, Магистарски рад, Београд, 1993, стр. 60.

<sup>31</sup> Случај *Liivik v. Estonia*, пресуда од 25. јуна 2009, представка бр.12157/05, (Sect. 5), par. 99.

и да је члан 161. Кривичног законика сувише неодређен и не задовољава критеријуме члана 7. Конвенције. Може се рећи да су домаћи судови појам проузроковања значајне штете националним интересима, протумачили на начин да он обухвата и само угрожавање од наступања такве штете. Истина, овде је реч о неодређеном појму, а како је Суд исправно приметио пракса домаћих судова није успела да га у довољној мери одреди. Међутим, с друге стране може се приметити да је степен неодређености овде мањи у односу на дефиницију кривичног дела прозелитизма из грчког права, која је у целини неодређена, а пракса домаћих судова није могла такве недостатке да уклони. У сваком случају, ова одлука Суда се мора поздравити, будући да су случајеви који су се тicali дефиниције кривичног дела прозелитизма отворили сумњу у спремност Суда да окарактерише закон неке земље као неодређен.

Интересантно је да је Суд установио и критеријум тзв. „погрешне праксе“. У ситуацијама где је установљена пракса погрешна, она неће бити релевантан моменат у процени да ли је дошло до кршења члана 7. Конвенције, било зато што је подносилац представке учествовао у креирању такве погрешне праксе<sup>32</sup>, било да је поступао у складу са праксом установљеном од стране овлашћених органа.<sup>33</sup> Ипак, у овим случајевима је била реч о једној сасвим специфичној ситуацији.

У једном од новијих случајева из праксе Суда је утврђено је кршење члана 7. Конвенције на основу једног новог критеријума, који можда подсећа на захтев за одређеношћу закона. Овај случај је интересантан пре свега зато што указује на значај који се даје домаћој пракси, и то поводом подзаконског акта. Подносилац представке је осуђен на казну доживотног затвора због кривичног дела убиства, на основу члана 203 (2) Кривичног законика. Међутим, Прописом бр. 2., је било предвиђено да „доживотна казна затвора представља казну затвора у трајању од двадесет година“, и Прописом бр. 93. је било предвиђено да се лицу које је осуђено на доживотни затвор, казна може ублажити на основу његовог доброг владања, дакле реч је прописима који се тичу искључиво начина издржавања казне. Домаћи судови су у складу са чланом 203 (2) осудили подносиоца представке на доживотни затвор, након чега му је управа затвора доставила обавештење о датуму његовог условног отпуста и ублажавању његове казне на двадесет година затвора. Међутим, Пропис бр. 2. и Пропис бр. 93. су 1992. године проглашени неуставним.

<sup>32</sup> Случај *Strelez, Kessler and Krenz v. Germany*, пресуда од 22. марта 2001, [GC], представка бр. 34044/96, 35532/97, 44801/98, ECHR 2001-II.

<sup>33</sup> Случај *K.-H. W v. Germany*, пресуда од 22. марта 2001. године, [GC], представка бр. 37201/97, ECHR 2001-II.

Суд је сматрао да у овом случају право земље узето као целина није било формулисано са довољном прецизношћу тако да подносилац представке није могао чак ни уз правни савет да спозна домашaj казне доживотног затвора и начин њеног извршења, и да овде постоји проблем „квалитета права“. Суд је сматрао да право узето као целина није било довољно одређено, из разлога што је материјална одредба Кривичног законика предвиђала доживотни затвор као казну за кривично дело које је учинио подносилац представке, а Прописима као актима мање правне снаге којима се регулише начин извршења казне, је предвиђено да се доживотни затвор изједначава са двадесетогодишњим затвором.<sup>34</sup> Суд је прихватио иницијалну сврху Прописа које је навела држава, међутим према његовом мишљењу, они су у пракси имали сврху која је ишла много даље од наведене.

Овде дакле ипак није реч о захтеву за одређеношћу (у време извршења кривичног дела је била важећа прецизна одредба кривичног закона), нити је реч о проблему који се тиче аутономног појма казне, јер како је Суд раније истакао, мера која се тиче начина извршења казне и могућности њеног ублажавања не представља казну у смислу члана 7. Конвенције.<sup>35</sup> Ипак, реч је о атипичном случају, и о контрадикцији између подзаконског акта и одредбе кривичног закона. Ова одлука говори о значају који Суд придаје установљеној пракси, путем које су подзаконски акти надживели њихову иницијалну сврху. Међутим, овде би пре била реч о „погрешној пракси“ државе, која такође постоји у пракси Суда као релевантан критеријум.<sup>36</sup> Пре би се могло рећи да је начело законитости повређено јер је казна била прописана подзаконским актом.

Осим тога, захтев за одређеношћу кривичног закона је можда био значајан у случајевима у којима је била могућа примена изузетка из члана 7. став 2. Захтев да закон мора бити у што је могуће вишем степену одређен и прецизан се односи како на прописивање неког понашања као кривичног дела (*nullum crimen sine lege*), тако и на предвиђеност казне или друге кривичне санкције законом (*nulla poena sine lege*). Наиме, у појединим случајевима из праксе Суда који су се тicali ратних злочина или злочина против човечности учињених за време или неколико година након II светског рата, Суд је сматрао да су осуде подносилаца представки биле базиране искључиво на међународном праву. У неколико случајева Суд је једно-

<sup>34</sup> Случај *Kafkaris v. Cyprus*, пресуда од 12. фебруара 2008, представка бр. 21906/04, ECHR 2008, par. 131.

<sup>35</sup> Случај *Hosein v. UK*, одлука о прихватљивости представке од 28. фебруара 1996, представка бр. 26293/95.

<sup>36</sup> Случај *Strelez, Kessler and Krenz v. Germany*, пресуда од 22. марта 2001, [GC], представка бр. 34044/96, 35532/97, 44801/98, ECHR 2001-II, par. 103.

ставно одбацио предсавке као неприхватљиве,<sup>37</sup> у једном случају је ипак утврдио кршење члана 7. став 1. Конвенције, али се није бавио питањем да ли је казна била у довољној мери одређена<sup>38</sup>, док у другом случају, у којем није утврдио кршење члана 7. став 1. Конвенције, је заузео став да тамо где међународно право не предвиђа казну за ратни злочин са довољном јасноћом, домаћи суд може, имајући у виду кривицу оптуженог, да одреди казну на основу домаћег кривичног права.<sup>39</sup> Постоје мишљења да је за осуду на основу међународне норме довољно да суд одреди „уобичајену“ казну, која се не противи међународном поретку.<sup>40</sup> Међутим, термин уобичајене казне ипак није примерен када је реч о члану 7. став 1. Конвенције. Овде је одређеност казне неопходна. Ако би се и узело да су у међународном праву кривична дела у довољној мери одређена, то ипак није случај када је реч о казнама (осим ретких изузетака, као на пример у Римском статуту, мада су и оне прописане општим одредбама, а не за поједина кривична дела). Било би примереније да је Суд ипак применио изузетак од забране ретроактивности из члана 7. став 2. Конвенције, који се према припремним радовима Конвенције односи управо на специјалне околности које су постојале након II светског рата. Међутим, из праксе Суда се може закључити да се примена овог изузетка схвата на врло негативан начин, односно он нигде није експлицитно примењен. Ипак, још негативнију конотацију има релативизовње заштите која је гарантована у члану 7. став 1. Конвенције. Иначе, у међународном кривичном праву уопште је познато да је *lex certa*, као компонента *nulla poena* захтева највише игнорисана.<sup>41</sup>

#### 4. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

У пракси Суда је уопште постојећа пракса домаћих судова представља важан показатељ у испитивању евентуалног кршења члана 7. Конвенције. У континенталном правном систему судска пракса се не налази у овакавој директној вези са начелом законитости. Суд је увек испитивао постојећу праксу домаћих судова и у вези са евентуалном повредом осталих захтева члана 7. Конвенције, дакле не само у вези сегмента *lex certa*

<sup>37</sup> Случај *Kolk and Kislyiy v. Estonia*, одлука о прихватљивости представке од 17. јануара 2006, представка бр. 23052/04, 24018/04, ECHR 2006-I; Случај *Touvier v. France*, одлука о прихватљивости представке од 13. јануара 1997, представка бр. 29430/95.

<sup>38</sup> *Kononov v. Latvia* [GC], пресуда од 17 маја 2010, представка бр. 36376/04, ECHR 2010; Случај *Korbely v. Hungary*, пресуда од 19. септембра 2008, [GC], представка бр. 9174/02, ECHR 2008.

<sup>39</sup> *Ibid*, par. 212.

<sup>40</sup> В. Димитријевић, М. Пауновић, *Људска права*, Београд, 1997, стр. 270.

<sup>41</sup> К. Ambos, *op. cit.*, p.24.

Као један од посебних критеријума за утврђивање да ли је дошло до кршења члана 7. Конвенције јавља се и испитивање постојеће судске праксе поводом одредбе кривичног закона. Из одлука Суда у појединим случајевима се може посумњати у његову спремност да закон неке земље окарактерише као неодређен. Мора се приметити да би се из усвојених схватања Суда у вези значаја праксе домаћих судова могле јавити две опасности, пре свега могуће је да појединци буду осуђени на основу новог развоја права који настаје услед његове примене, а који ипак није могао да буде предвидљив за њих.<sup>42</sup> Са друге стране такође постоји и опасност да се судовима остави сувише велика слобода када је реч о неодређеним законима. Приликом ослањања на претходну судску праксу, Суд би требао да води пажњу и о томе да ли оваква пракса отежава постојећу норму кривичног права од времена када је кривично дело извршено.<sup>43</sup> Осим тога, може се очекивати да ће Суд, када утврди да је осуда подносиоца представке базирана искључиво на међународном праву, игнорисати захтев за одређеношћу казне.

Истина, пракса Суда је у вези захтева *lex certa* оскудна. Одлука Суда у случају Ливик против Естоније се свакако мора поздравити, дакле Суд је најзад утврдио кршење овог принципа. Ипак, остаје да будућа пракса можда даље разјасни начин на који се овај иначе релативан принцип схвата у пракси Суда.

---

<sup>42</sup> H. Davis, op. cit., p. 274.

<sup>43</sup> Y. Arai, E. Bleichrodt, C. Flinterman, A. V. Heringa, J. Schokkenbroek, P. Van Dijk, F. Van Hoof, et al, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia Antwerpen-Oxford, 2006, p. 656.

*Anđela Stojanović, LL.M., Researcher Trainee  
Institute of International Politics and Economics Belgrade*

## **The Principle of Certainty of Criminal Law (*lex certa*) in Case Law of the European Court of Human Rights**

### *Abstract*

Article 7 of the Convention is not confined to prohibition of the retrospective application of the criminal law. Provided protection is wider, and it is developed through the case law of the European Court of Human Rights. Because of the significant impact of the common law, Article 7 in general can not be understood in a way that the principle of legality is traditionally recognized in civil law. As for the *lex certa* principle, the case law of domestic courts has a big impact on the Court. This is of course the consequence of common law impact. Although *lex certa* is in some degree a relative principle, in some of the Court criteria's lies the danger of its further relativization. In its previous case law, the Court found violation of this principle in only one case. It remains to the future case law to further clarify in what extent *lex certa* principle is recognized by the Court.

Key words: European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights, *lex certa*, prohibition of retrospective criminal laws, principle of legality.