

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД / REVIEW ARTICLE

Примљен: децембар 2010.

Received: December 2010.

Анђела Стојановић

Институт за међународну политику и привреду, Београд

ЗАБРАНА РЕТРОАКТИВНОСТИ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Члан 7 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода не односи се само на забрану ретроактивне примене кривичног закона. Заштита која се пружа њиме нешто је ширира, и развија се кроз праксу Европског суда за људска права. Због знатног утицаја common law-а, члан 7 не може се схватити на начин на који се начело законитости традиционално схвата у континенталном праву. Када се погледа пракса Европског суда за људска права у вези са ретроактивном применом кривичног закона, може се закључити да су случајеви директног кршења овог принципа права реткост. Питање ретроактивне примене кривичног закона постављало се више у неком посредном облику, на пример кроз институт продуженог кривичног дела, или у вези са аутономним појмом казне. Посебан проблем у пракси Европског суда за људска права представљала је ретроактивна примена строжих закона који се не односе директно на кривична дела и казне, као и примена изузетка из чл. 7, ст. 2 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Кључне речи: Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода; Европски суд за људска права; Забрана ретроактивности кривичног закона; Начело законитости.

1. ОПШТА ПИТАЊА

Начело забране ретроактивности 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. Овај принцип предвиђен је чланом 7 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту Конвенција):

1. Нико се 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.
2. Овај члан не утиче на суђење и кажњавање неког лица за чињење или нечињење које се у време извршења сматрало криминалним према општим правним начелима признатим од стране цивилизованих народа.¹

Будући да је забрана ретроактивности кривичног закона најважнији сегмент начела законитости,² и када се говори о начелу законитости обично се мисли на забрану повратног дејства кривичног закона. Члан 7 Конвенције међу ауторима често се ослов-

¹ На значај захтева за предвиђеношћу законом, указује и чињеница да је садржан и у другим члановима Конвенције, у вези са конкретним људским правима која се њима штите. На пример, у чл. 5, ст. 1 каже се да: „Нико не може лишити слободе осим у наведеним случајевима, а у сагласности са поступком прописаним законом“; у чл. 8, ст. 2: „Јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом“; чл. 9, ст. 2: „Слобода исповедања вере или убеђења може бити подвргнута само оним ограничењима која су прописана законом“; у чл. 10, ст. 2: „Пошто коришћење ових слобода за собом повлачи дужности и одговорности, оно се може подвргнути формалностима, условима, ограничењима или казнама прописаним законом“; као и у чл. 2, ст. 1 Конвенције каже се да: „Нико не може бити намерно лишен живота, сем приликом извршења пресуде суда којом је осуђен за злочин за који је ова казна предвиђена законом.“ (Мада је овај изузетак у потпуности изгубио значај након усвајања Протокола бр. 13 којим је у потпуности укинута смртна казна.)

² 3. Стојановић, „Начело законитости у кривичном законодавству Србије и Црне Горе и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода“, *Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе* (ур. С. Бејатовић), Удружење за криминологију и кривично право СЦГ, Златибор 2004, 105.

љава као „забрана ретроактивности кривичног закона”³, мада се и у том случају обухватају и други сегменти начела законитости које обухвата члан 7 Конвенције. Такође, користи се и термин „нема казне без закона”,⁴ као и латинска формулација којом се начело законитости уобичајено изражава „*nullum crimen, nula poena sine lege*”,⁵ и најзад једноставно као „начело законитости”.⁶

Међутим, због природе Европског суда за људска права, и тражења „средине” између *common law* система и континенталног правног система, не може се једноставно рећи да је реч о начелу законитости у класичном смислу, бар не у смислу у којем се оно схвата у континенталном праву, уколико се пође од традиционалне поделе начела законитости. Члан 7 Конвенције, ипак, првенствено се може повезати са начелом забране ретроактивности кривичног закона, иако пружа нешто већу заштиту. Такође, значајно је и да повреда било којег од других сегмената начела законитости може довести и до повреде начела забране ретроактивности кривичног закона. Осим тога, и међу ауторима не постоји дефинитивна сагласност поводом садржине начела законитости, она додуше постоји у вези два њена основна дела, тј. да се оно поистовећује са максимумом *nullum crimen, nula poena sine lege*, међутим када је реч о појединим сегментима, присутна су различита гледишта.⁷

У континенталном правном систему, начело законитости састоји се из два дела. Први део односи се на прописивање неког понашања као кривичног дела (*nullum crimen sine lege*), а према другом делу казна да би могла бити примењена, мора претходно бити прописана законом (*nulla poena sine lege*). Начело законитости састоји се и из четири сегмента: *nulla poena sine lege scripta*

³ D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe, Strasbourg 1996, 203; R. Smith, *Taxbook on International Human Rights*, Oxford University Press, London 2007, 239.

⁴ S. Greer, *European Convention on Human Rights: achievements, problems and prospects*, Cambridge University Press, New York 2006, 239.

⁵ K. Ambos, “Nulla poena sine lege in International Criminal Law”, *Sentencing and sanctioning in supranational Criminal Law* (eds. R. Haveman, O. Olusanya), Intersentia, Antwerpen – Oxford 2002, 17.

⁶ M. Delmas-Marty, *The European Convention for the Protection of Human Rights – International Protection Versus National Restrictions*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston – London 1992, 323.

⁷ P. Westen, “Two rules of legality in Criminal Law”, *Law and Philosophy* 26(3)/2007, 232.

који искључује примену неписаног права, *nulla poena sine lege previa* који садржи забрану ретроактивне примене кривичног закона, *nulla poena sine lege certa* који садржи захтев да закон мора бити у што је могуће вишем степену одређен и прецизан, и *nulla poena sine lege stricta* који садржи забрану стварања права путем аналогije. Ови сегменти односе се на оба поменута дела начела законитости.⁸

2. LEX SCRIPTA

Европски суд за људска права кроз своју праксу проширује поље заштите људских права која су гарантована Конвенцијом. Његове пресуде су незаобилазан путоказ за правилну примену Конвенције.⁹ Из праксе Суда, пре свега, може се закључити да сегмент *lex scripta* недостаје, дакле не постоји захтев за постојањем писаног права у облику закона, јер се под појмом „права” за сврхе Конвенције подразумева како писано, тако и неписано право, што представља логичну последицу чињенице да се Европски суд суочава како са земљама континенталног правног система, тако и са *common law* земљама.

Иако стварање права од стране судова у Великој Британији представља реткост, поготово у области кривичног права, поједини случајеви из праксе Суда говоре управо о таквом начину стварања права.¹⁰ Реч је о два готово идентична случаја у којима Суд није утврдио кршење члана 7 Конвенције. У оба случаја, подносиоци представке су пред домаћим судовима осуђени због кривичног дела силовања супруге, иако је у време извршења дела установљено правило *common law*-а било да муж не може да силује своју супругу за време трајања брака.

Суд је своје одлуке поводом ова два случаја оправдао ставом да: „Члан 7 Конвенције не може да се тумачи у смислу онемогућавања постепеног разјашњавања правила кривичне одговорности, кроз судско тумачење од случаја до случаја, под условом да је

⁸ З. Стојановић, *Коментар кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2006, 27–28.

⁹ Ђ. Лазин, „Измене и допуне законика о кривичном поступку из 2001. године“, *Ново кривично законодавство Србије* (ур. Ђ. Лазин), Удружење правника Србије, Копачица 2005, 128.

¹⁰ Случај *S. W. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, *Series A, No. 335-C*, представка бр. 20166/92; Случај *C. R. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, *Series A, No. 355-C*, представка бр. 20166/92.

резултат развоја у складу са суштином кривичног дела и да је могао бити разумно предвидљив.¹¹ Ипак, може се рећи да је овде била реч о преиначењу права, а не о „постепеном разјашњавању“, јер је постојеће кривично дело проширено тако да обухвата и понашања која су до тада била искључена путем *common law*-а. Међутим, овакво схватање Суда може се оправдати специфичностима *common law* система, као и подржавањем идеје напуштања неприхватљивог концепта имунитета супруга.

3. *LEX PRAEVI*A

Забрана ретроактивности кривичног закона садржи у себи захтев да радња или пропуштање морају представљати кривично дело (*nullum crimen sine lege*) у време извршења, било према унутрашњем праву, било према међународном праву. Такође, не може се изрећи ни строжа казна од оне која је важила у време извршења кривичног дела (*nulla poena sine lege*). Дакле, дозвољени изузетак од овог принципа представља примена каснијег закона који је блажи за учиниоца кривичног дела. Међутим, примена каснијег, блажег закона, у чл. 7, ст. 1 Конвенције нема обавезујући карактер као у неким другим међународним инструментима, као што је то случај са чл. 15, ст. 1 Пакта о грађанским и политичким правима: „Ако касније, након извршења дела, законском одредбом буде предвиђена примена лакше казне, преступник ће се тиме користити.“ У пракси Суда, још увек није се поставио проблем обавезујуће примене блажег закона, тако да није јасно како би Суд поступио у случају да домаћи суд није ретроактивно применио блажи закон, тј. да ли би и у таквом случају утврдио кршење члана 7 Конвенције.

Када се погледа пракса Суда у вези са ретроактивном применом кривичног закона, може се закључити да су случајеви директног кршења овог принципа права реткост.¹² Питање ретроактивне примене постављало се више у неком посредном облику.

¹¹ Случај *C. R. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, *Series A, No. 355-C*, представка бр. 20166/92, *par. 34*.

¹² Случај *Ecer and Zeyrek v. Turkey*, пресуда од 27. фебруара 2001, представка бр. 29295/95; 29363/95, *ECHR 2001-II*.

Суд је установио кршење овог принципа кроз институт продуженог кривичног дела у два случаја.¹³ Домаћи судови су у вези са учињеним кривичним делима од стране подносилаца представки, заузели став да је реч о продуженом кривичном делу, дакле не о серији појединачних дела. У овим случајевима, продужено кривично дело је започето у тренутку када за њега правом уопште није била предвиђена кривична санкција, а узимањем да је време извршења дела тренутак предузимања последње радње која улази у његов састав, примењен је строжи закон који је у међувремену ступио на снагу, и предвидео кривичну одговорност за дело у питању.

Проблем кршења овог принципа поставио се и у вези са ретроактивном применом мера које у домаћем праву нису биле квалификоване као кривичне санкције. Наиме, познато је да се појмови садржани у Конвенцији тумаче аутономно, без обзира на њихово одређење у унутрашњем праву, што представља последицу схватања да би различите концепције које постоје у унутрашњем праву држава чланица могле да ослабе механизам контроле установљен Конвенцијом.¹⁴ Овакав концепт оправдано је усвојен у односу на појам казне, тако да према ставу Суда: „Почетну тачку у испитивању да ли је реч о казни представља питање да ли је изречена мера последица осуде за кривично дело. Остали фактори као што су: природа и сврха мере у питању, класификација у домаћем праву, поступак који се тиче стварања и спровођења мере, тежина казне, могу се узети у обзир као релевантни.“¹⁵ Суд је у неколико случајева нашао да је ретроактивно примењена мера прадстављала казну за сврхе Конвенције, притом се фокусирајући искључиво на испитивање њеног карактера, док је њена ретроактивност била неспорна.¹⁶

¹³ Случај *Weeber v. Estonia*, пресуда од 21. јануара 2003, представка бр. 45771/99, *EHCR 2003-I*; Случај *Puhk v. Estonia*, пресуда од 10. фебруара 2004, представка бр. 55103/00 (*Sect. 4*).

¹⁴ Случај *Maaioia v. France*, пресуда од 5. октобра 2000, представка бр. 39652/98, *ECHR 1999-II, par. 34*.

¹⁵ Случај *Welch v. UK*, пресуда од 9. фебруара 1995, *Series A, No. 307-A*, представка бр. 17440/90, *par. 25–28*.

¹⁶ Случај *Jamil v. France*, пресуда од 8. јуна 1995, *Series A 320*, представка бр. 15197/89; Случај *Welch v. UK*, пресуда од 9. фебруара 1995, *Series A, No. 307-A*, представка бр. 17440/90; Случај *M. v. Germany*, пресуда од 17. децембра 2009, представка бр. 19359/04.

Занимљив је и случај који се тичао кривичног дела учињеног у поврату.¹⁷ Наиме, у овом случају домаћи судови су према новом закону утврдили да је подносилац представке учинио кривично дело у поврату, иако је према старом закону, који је важио у време извршења првог кривичног дела та могућност престала, будући да је стари закон предвидео краћи рок који се тражи између две компоненте поврата, то јест између првог и другог кривичног дела. Дакле, реч је о отежавајућој околности која може знатно утицати на казну, јер је утврђивањем да је кривично дело учињено у поврату, казна затвора повећана са осам на дванаест година. Суд у овом случају ипак није утврдио кршење члана 7 Конвенције.

Иако је поврат део уопштенијег питања кажњавања (дакле не односи се директно на кривично дело или казну), мора се признати да може знатно утицати на ситуацију подносиоца представке, као и да је применом новог закона створена правна ситуација која је престала да постоји старим законом. Суд се овде ослонио на постојаност судске праксе, која је према његовом ставу могла подносиоцу представке да учини предвидљивим да ће друго кривично дело учинити као повратник. Треба имати на уму и да се поврат састоји од две нераздвојне компоненте, осим тога ту је и опште прихваћен став да се *in dubio mitius* примењује закон који је блажи по учиниоца, и да не постоји разлог због којег се то правило не би односило и на поврат. (Суд је сматрао да то није могуће код поврата јер је реч о отежавајућој околности која се односи на личност учиниоца, тј. његову склоност ка вршењу кривичних дела.) Могло би се рећи, и да је пракса домаћих судова погрешна, јер иако није реч о кривичном делу или стројој казни од оне која је важила у време извршења кривичног дела, реч је о строжем закону који би ипак требало да обухвата и прво и друго кривично дело.

У пракси Суда, посебно је био споран проблем ретроактивне примене закона којим се рокови застарелости продужавају. Из самог текста чл. 7, ст. 1 Конвенције, може се закључити да ако дође до измене закона којим се регулише питање застарелости могућности кривичног гоњења за одређена кривична дела, тако да се продужењем потребног периода обухвате и понашања која су већ постала предмет ограничења, неће доћи до повреде члана 7 Конвенције, уколико је наравно реч о кривичном делу и казни који су

¹⁷ Случај *Achour v. France*, пресуда од 29. марта 2006, [GC], представка бр. 67335/01, ECHR 2006-IV.

у време извршења били предвиђени законом. Јер, ако су кривично дело и казна били предвиђени законом у време извршења, учинилац је могао да предвиди последицу свог понашања. Међутим, ситуација није толико једноставна, јер од питања застарелости зависи и да ли ће се учинилац уопште казнити за учињено дело.

У кривичним законодавствима већине европских земаља, овај проблем решава се кроз одредбе о временском важењу кривичног законодавства, где се обично предвиђа да ће у случају измене закона након извршења дела, бити примењен онај закон који је најблажи по учиниоца. Може се приметити да Суд поводом застарелости, тј. строжег закона којим није директно регулисано кривично дело и казна, али који може утицати на чињеницу да ли ће се учинилац уопште казнити, није заузео општи став. У једном случају, на пример, Суд је оклевао да реши ово питање.¹⁸ У другим случајевима, једноставно је закључио да је закон којим се повећавају рокови потребни за застарелост могућности кривичног гоњења, примењив у конкретном случају, иако је према старом праву дело већ застарело (мада, мора се имати у виду да је била реч о злочинима против човечности).¹⁹ И, најзад, у случају Кононов против Литваније (који се односио на ратне злочине), Суд је заузео став да се у односу на кривична дела која су већ застарела према старом праву не могу применити нови закони којима се ти рокови продужавају, тако да поново постоји могућност кривичног гоњења.²⁰

Питање кршења принципа неретроактивности постављало се и у већ поменутих случајевима који су везани за специфичности *common law* система. И, најзад, можда би као посебну категорију случајева требало издвојити и случајеве који су се односили на ратне злочине и злочине против човечности учињене за време или нешто после II светског рата. У овој последњој категорији, често је посебан проблем представљала примењивост изузетка из чл. 7, ст. 2 Конвенције, о чему ће касније бити више речи.

¹⁸ Случај *Cöeme and Others v. Belgium*, пресуда од 22. јуна 2000, представка бр. 32492/96, 32547/96, 32548/96; 33209/96; 33210/96 (Sect. 2), *ECHR 2000-VII*.

¹⁹ Случај *Touvier v. France*, одлука о прихватљивости представке од 13. јануара 1997, представка бр. 29430/95; Случај *Kolk and Kislyiy v. Estonia*, одлука о прихватљивости представке од 17. јануара 2006, представка бр. 23052/04, 24018/04, *ECHR 2006-I*.

²⁰ Случај *Kononov v. Latvia*, пресуда од 24. јула 2008, представка бр. 36376/04 (Sect. 3), *ECHR 2008, par. 143–146*.

4. *LEX STRICTA*

У континенталном правном систему, забрањена је креативна аналогија, дакле забрањено је путем аналогије стварати нова бића кривичних дела и нове кривичне санкције. Реч је о забрани стварања права путем аналогије, тако да се један закон примењује на сличне ситуације које тим законом нису покривене, за разлику од тумачења путем аналогије које остаје у оквиру законске норме и не представља повреду начела законитости.²¹

Из праксе Суда, може се закључити да је ситуација мање јасна када је реч о захтеву *lex stricta*, јер се не забрањује креативна аналогија, већ екстензивно тумачење на штету оптуженог, као на пример путем аналогије,²² мада аналогија не представља пример екстензивног тумачења. Осим тога, тумачење путем аналогије којом се не ствара право је дозвољено у земљама континенталног правног система (па чак и на штету оптуженог). Тумачење путем аналогије представља врсту логичког тумачења, које подразумева закључивање од сличног ка сличном, и оно, дакле, не представља врсту екстензивног тумачења. Екстензивно тумачење бави се одређивањем садржине појединих појмова, мада се приликом екстензивног тумачења, проширивањем значења неког појма могу обухватити и слични случајеви на које се тај појам односи.²³ Стриктно говорећи, аналогија путем које су створена нова кривична дела не представља метод тумачења права, већ погрешну примену права на понашање које није покривено правом.²⁴ С тим у вези, може се приметити да Суд не прави разлику између тумачења путем аналогије и креативне аналогије (путем које се ствара право). Ипак, ова граница је некад тешко утврдива, и може се закључити да ће у случају креативне аналогије, доћи и до кршења начела забране ретроактивности кривичног закона, тако да је креативна аналогија обухваћена забраном ретроактивности.

У случају из праксе Суда, у односу на једног од подносилаца представке утврђено је кршење члана 7 Конвенције, будући да му

²¹ З. Стојановић, (2006а), 28.

²² Случај *Kokkinakis v. Greece*, пресуда од 25. маја 1995, *Series A, No. 260-A*, представка бр. 14307/88, *par. 52*.

²³ З. Стојановић, *Кривично право*, опш. део, Правна књига, Београд 2006, 64.

²⁴ R. Haveman, "The principle of legality", *Supranacional Criminal Law – a system sui generis* (eds. R. Haveman, O. Kavran, J. Nicholls), *Interesentia, Antwerpen – Oxford 2003*, 47.

је изречена казна затвора која се према тексту закона може изрећи само у односу на лица која су уредници, док је за лица која су издавачи, као и подносилац представке, законом предвиђено да могу бити кажњена искључиво новчаном казном.²⁵ Може се закључити, да је у овом случају ипак било речи о креативној аналогiji, будући да је на подносиоца представке примењена казна која је за исто дело предвиђена за уредника а не издавача, дакле да је реч о ситуацији где се ствара нова кривична санкција. Ипак, Суд је сматрао да је реч о екстензивном тумачењу путем аналогije.

5. LEX CERTA

Према ставу Суда, члан 7 Конвенције обухвата и принцип да „кривичне одредбе морају бити у довољној мери прецизне и јасне“.²⁶ Када је реч о захтеву *lex certa*, истина је да је реч о донекле релативном критеријуму, јер је некад тешко утврдити границу између одређеног и неодређеног закона, међутим поједини случајеви из праксе Суда указују да и прилично неодређени закони неће представљати кршење члана 7 Конвенције.²⁷ Ипак, треба напоменути да је у скорашњем случају из праксе Суда, утврђено кршење члана 7 Конвенције у вези са сегментом *lex certa*.²⁸ На први поглед, може се поздравити оваква одлука Суда, јер су постојале извесне недоумице у вези са спремности Суда да закон неке земље окарактерише као неодређен.

6. ЗНАЧАЈ ПРАКСЕ ДОМАЋИХ СУДОВА

Једна од специфичности Суда јесте да приликом испитивања да ли је дошло до повреде члана 7 Конвенције, велику важност придаје установљеној судској пракси у вези са постојањем евентуалног кршења члана 7 Конвенције, тј. да ли је постојећа пракса домаћих судова могла појединцу да омогући предвидљивост осуде за кривично дело или (и) изрицања одређене казне.

²⁵ Случај *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey*, пресуда од 8. јула 1999, [GC], представка бр. 23536/94, 24408/94, *ECHR 1999-IV*.

²⁶ Случај *Kokkinakis v. Greece*, пресуда од 25. маја 1995, *Series A, No. 260-A*, представка бр. 14307/88, *par. 52*.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Случај *Liivik v. Estonia*, пресуда од 25. јуна 2009, представка бр. 12157/05, (*Sect. 5*).

С тим у вези, значајна су два става Суда. Прво схватање односи се на то 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.“²⁹ Други став тиче се тога 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 не може се 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.“³⁰

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 постојаност праксе домаћих судова, а нарочито да ли је појединац из постојеће праксе могао да закључи шта је обухваћено таквим „појединим“ неодређеним терминима. Може се рећи, да је испитивање 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, под условом да је такав развој био „разумно предвидив“, овакав став био је посебно актуелан у поменутих случајевима који потичу из *common law*-а, у којима ипак није била реч о „разумно предвидивом“ развоју права, већ о прецеденту.³¹

Занимљиво је да је Суд установио и критеријум тзв. „погрешне праксе“. У ситуацијама где је установљена пракса погрешна, она ипак неће бити релевантан моменат у процени да ли је

²⁹ Случај *Kokkinakis v. Greece*, пресуда од 25. маја 1995, *Series A, No. 260-A*, представка бр. 14307/88, *par. 40*.

³⁰ 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*.

³¹ Случај *S. W. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, *Series A, No. 335-C*, представка бр. 20166/92; Случај *C. R. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, *Series A, No. 355-C*, представка бр. 20166/9.

дошло до кршења члана 7 Конвенције, било зато што је подносилац представке учествовао у креирању такве погрешне праксе,³² било да је поступао у складу са погрешном праксом установљеном од стране овлашћених органа.³³ Ипак, треба имати на уму да су се ови случајеви тicali једне сасвим специфичне ситуације.

6. ЧЛАН 7, СТАВ 2 КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

Члан 7, став 2 најчешће се означава као изузетак од начела забране ретроактивности кривичног закона.³⁴ Према припремним радовима Конвенције, он се односи на изузетне околности: „Члан 7 Конвенције не утиче на право које је у врло изузетним околностима донето након II светског рата како би се казнили ратни злочини, издаја или сарадња са непријатељем, и ни на који начин овој одредби није циљ да пружи правну или моралну осуду таквог права.”³⁵

Изузетак из чл. 7, ст. 2 Конвенције може се учинити сувишним у односу на чл. 7, ст. 1 Конвенције, тј. да је став 2 обухваћен ставом 1 и да самим тим не може имати форму изузетка у односу на став 1 Конвенције. Јер, у ставу 1, члана 7 Конвенције као услов за остварење права на забрану ретроактивне примене кривичног закона се поставља захтев да није реч о делу које је у време извршења представљало кривично дело према домаћем или према међународном праву.

Као што је познато, општа правна начела призната од стране цивилизованих народа према чл. 38, ст. 1 Статута Међународног суда правде представљају један од главних формалних извора међународног права. Ипак, треба имати на уму чињеницу да општа

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

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

³⁴ Идентична одредба садржана је и у чл. 15, ст. 2 Пакта о грађанским и политичким правима од 1966. године, и у чл. 49 Повеље о основним правима у Европској унији од 2000. године. У Статуту међународног кривичног суда од 1998. године, у чл. 21, ст. 1 предвиђа се да у недостатку других у том члану наведених извора, Међународни кривични суд примењује опште правне принципе које је извео из националних закона правних система света.

³⁵ Случај *Touvier v. France*, одлука о прихватљивости представке од 13. јануара 1997, представка бр. 29430/95.

правна начела призната од стране цивилизованих народа представљају најконтроверзнији формални извор међународног права, почев од њиховог појма и терминологије, па до њихове правне природе и правне снаге,³⁶ и да је став 2 можда предвиђен како би се потврдила оправданост ослањања на поменути извор међународног права, у изузетним околностима које су постојале након II светског рата.

Општа правна начела представљају извор међународног права који се везује за недовољну изграђеност међународног правног поретка, и у таква правила се могу уврстити на пример начело према којем се уговори морају извршавати у доброј вери, начело пресуђене ствари, начело да нико није крив док се не докаже супротно и сл.³⁷ Реч је најчешће о начелима процесног права. Може се приметити и да сам термин „начела“ није спојив са одређеним кривичним делима и казнама. Међутим, уколико се погледа текст става 2, може се претпоставити да је реч о изузетку пре свега у погледу принципа *nulla poena sine lege*, јер се омогућује кажњавање које је у сагласности са извором који не може да пружи одређену казну, и када је реч о принципу *nullum crimen sine lege*, прави се извесна термилошка разлика јер се у чл. 7, ст. 1 користи термин кривичног дела (*criminal offence*), док се у чл. 7, ст. 2 користи термин криминално (*criminal*).

Ако се узму у обзир *travaux preparatoires*, може се закључити да је реч о одредби која је везана за специфичну ситуацију, која по логици ствари данас не би требала бити посебно актуелна. Ипак, пракса Суда говори супротно. У иначе не толико обимној пракси Суда, поводом члана 7 Конвенције, присутни су случајеви који су управо везани за догађаје који су се дешавали за време или непосредно после II светског рата, и код којих се могло поставити питање примене чл. 7, ст. 2 Конвенције. Притом, резонување Суда је у овим случајевима прилично варирало.

С једне стране, присутне су представке које су проглашене неприхватљивим, као на пример у једном случају који потиче из Естоније, чији подносиоци су 2003. године осуђени за злочин против човечности због депортације цивила у удаљене делове Совјет-

³⁶ М. Крећа, *Међународно јавно право*, Службени гласник, Београд 2007, 86.

³⁷ Б. Кривокапић, *Лексикон међународног права*, Институт за упоредно право, Београд 1998, 311.

ског Савеза 1949. године.³⁸ Или, као у другом случају који се такође тича осуде подносиоца представке за злочин против човечности 1993. године, додуше у вези са догађајима који су се догодили за време II светског рата.³⁹ Представке су проглашене неприхватљивим уз указивање на изузетак из чл. 7, ст. 2 (без експлицитног закључка да је у конкретном случају реч о изузетку), и пре свега ослањање на принцип да тумачење и примена домаћег права спада у надлежност домаћих судова, чак и у случају да домаће право упућује на међународно право или међународне уговоре. У овим случајевима, заузет је и став да закони којим се продужавају рокови застарелости, тачније укида могућност застарелости кривичног гоњења за злочине против човечности треба да имају ретроактивно дејство.

С друге стране, у једном случају који се односио на осуду подносиоца представке за злочин против човечности 1995. године, а у вези са догађајима за време избијања револуције у Будимпешти, 1956. године утврђено је кршење чл. 7 Конвенције.⁴⁰ Суд се у овом случају уопште није бавио питањем застарелости могућности кривичног гоњења, иако је ово питање покренуто од стране подносиоца представке. Такође, уопште није споменут изузетак из чл. 7, ст. 2 Конвенције. Суд је приметио да је осуда подносиоца представке базирана искључиво на међународном праву, али да подносилац представке није могао у време извршења да предвиди да ће његова дела представљати злочин против човечности према међународном праву. Интересантно је, да се Суд у овом случају упустио у испитивање да ли је понашање једног од убијених представљало гест човека који покушава да преда оружје или не, иако су ово питање су домаћи судови решили на сасвим супротан начин.

У другом случају, у којем се подносилац представке жалио на осуду за кривично дело ратног злочина 2000. године, а у вези са догађајима из 1944. године у једном литванском селу, када је приликом упада јединице партизана којом је руководио подносилац представке убијено деветоро људи, Суд је првобитно такође ут-

³⁸ Случај *Kolk and Kislyiy v. Estonia*, одлука о прихватљивости представке од 17. јануара 2006, представка бр. 23052/04, 24018/04, *ECtHR 2006-I*.

³⁹ Случај *Touvier v. France*, одлука о прихватљивости представке од 13. јануара 1997, представка бр. 29430/95.

⁴⁰ Случај *Korbely v. Hungary*, пресуда од 19. септембра 2008, [GC], представка бр. 9174/02, *ECtHR 2008*.

врдио кршење члана 7 Конвенције.⁴¹ Суд је, чак, заузео став да иако само домаћи судови могу да утврде чињенично стање и да тумаче домаће право и када домаће право упућује на међународно право, ситуација је ипак другачија када Конвенција упућује на домаће право, јер примена одредбе домаћег кривичног права на понашање које није покривено том одредбом представља директан конфликт са чланом 7 Конвенције, тако да Суд може приступити чињеницама случаја које су установљене на основу доказа изнетих пред њега, а ако је потребно да посматра чињенице и на другачији начин, као и да узме у обзир не само оригиналну представку већ и додатне документе.⁴² (Суд је, тако, базирао одлуку на ставу да домаћи судови нису пружили довољан доказ о тачном учешћу подносиоца представке у погубљењу три жене.)

Када је реч о застарелости, у овом случају Суд је сматрао да чак и да је подносилац представке извршио нека од кривичних дела према тада важећем закону, она би била застарела. Међутим, овај случај нашао се пред Великим већем, и овај пут није утврђено кршење члана 7 Конвенције.⁴³ Суд је приметио да су два става члана 7 Конвенције међусобно повезана и морају бити тумачена на сагласан начин, притом указујући на посебну сврху чл. 7, ст. 2 Конвенције.⁴⁴ Суд је овај пут базирао одлуку на ставу да је међународно право у време извршења дела, тј. 1944. године, пружило задовољавајући правни основ за осуду подносиоца представке, а када међународно право не предвиђа казну за ратне злочине са „довољном јасноћом“ (за тај период, пре би се могло рећи да „не предвиђа казне уопште“), онда домаћи суд може да одреди казну на основу домаћег права уопште.⁴⁵ Овакав став Суда доводи у питање сврху захтева за одређеношћу казне.

Суд је сматрао да, будући да није реч о кршењу чл. 7, ст. 1 Конвенције, нема потребе да испита да ли је реч о изузетку из чл. 7, ст. 2 Конвенције. Овакав став Суда ипак није прихватљив. Сврха овог изузетка требало би да буде управо у одступању од захтева за одређеношћу казне (ако се већ узима да су кривична дела у до-

⁴¹ Случај *Kononov v. Latvia*, пресуда од 24. јула 2008, представка бр. 36376/04 (Sect. 3), *ECHR* 2008.

⁴² *Ibid.*, 108–111.

⁴³ Случај *Kononov v. Latvia* [GC], пресуда од 17. маја 2010, представка бр. 36376/04, *ECHR* 2010.

⁴⁴ *Ibid.*, par. 186.

⁴⁵ *Ibid.*, par. 212.

вољној мери била одређена у међународном праву), и то искључиво у споменутих изузетним околностима. Међународно право и данас у великој већини случајева не предвиђа казне за забрањена понашања (осим ретких изузетака, као што је то случај у Римском статуту, мада су и оне прописане општим одредбама, а не за поједина кривична дела). Када је реч о застарелости, Суд је изгледа овог пута био оригиналан, и закључио је да 1944. године у међународном праву није постојало никакво ограничење на основу којег би кривично гоњење за ратне злочине могло застарети.⁴⁶

Уколико се погледа пракса Суда поводом случајева у којима би изузетак био примењив, једино што се може приметити јесте избегавање његове примене, и значајна неуједначеност, тј. одсуство општег става Суда. Такође, може се поставити питање оправданости националних суђења за злочине после више од пола века, с тим што се у улози оптужених појављују и лица која су се борила на страни савезника, или у својству припадника режима који је дошао на власт након рата. Неспорно је да злочин има универзални карактер, и да је данас опште прихваћено схватање да могућност кривичног гоњења за ратне злочине и злочине против човечности не може застарети, али се ипак може приметити да се у оваквим, мало „закаснелим“ суђењима, домаћи судови суочавају са значајним потешкоћама у доказивању, као и да је позадина оваквих случајева можда пре жеља да се потврди нови режим или самосталност државе, него стварна жеља да се казне учиниоци злочина.

7. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Чланом 7 Конвенције заштићено је пре свега начело забране ретроактивности. Када је реч о осталим сегментима начела законитости у континенталном правном систему, ситуација је мање јасна. Суд, притом, велику важност придаје установљеној судској пракси у вези са постојањем евентуалног кршења члана 7 Конвенције, тј. да ли је постојећа пракса домаћих судових могла појединцу да омогући предвидивост осуде за кривично дело или/и изрицања одређене казне. Питање ретроактивне примене кривичног закона у пракси Суда постављало се више у неком посредном облику, на пример кроз институт продуженог кривичног дела, у вези са кривичним делом учињеним у поврату, у вези са

⁴⁶ *Ibid.*, par. 232.

ретроактивном применом мера које у домаћем праву нису биле квалификоване као кривичне санкције и у спорним ситуацијама које су последица специфичности *common law* система. Као посебна категорија случајева могли би се издвојити они у којима би била могућа примена изузетка из чл. 7, ст. 2 Конвенције.

Будући да Европски суд за људска права кроз своју праксу проширује поље заштите људских права, сматрамо да би заштита која је гарантована чланом 7 Конвенције требало да обухвати и забрану ретроактивности која се не мора односити директно на кривично дело и казну, већ и на ретроактивну примену новијег, строжег закона.

Када је реч о изузетку из чл. 7, ст. 2 Конвенције, мора се имати на уму да је Суд овде био у прилично незахвалној позицији. Сви поменути случајеви враћају нас у период који се везује за развој међународног кривичног права. Реч је о пола века дугој расправи која је почела након суђења у Нирнбергу и Токију, и старој дилеми да ли је реч о *ex post facto* кривичним делима за која су осуђени ратни злочинци у Нирнбергу и Токију или не, будући да се Статут међународног војног суда позивао на постојеће уговоре и обичајна правила међународног права.⁴⁷ Неуједначна пракса Суда рефлектује ове дилеме, с тим да се Суд суочио и са додатним проблемом застарелости. Једини општи закључак који се може извести јесте да је Суд избегавао примену овог изузетка.

На садашњем ступњу развоја међународног права, чл. 7, ст. 2 Конвенције ипак је непримерен, и теоријски гледано, када би се занемарила његова изузетна сврха која се наводи у *travaux preparatoires*, може омогућити кршење једног од основних људских права. Међутим, када се, с друге стране, погледа пракса Суда, ипак је више него јасно да је Суд водио рачуна о изузетном карактеру ове одредбе, можда и превише, тако да је никада није ни применио, чак ни у изузетним околностима.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Ambos, Kai, "Nulla poena sine lege in International Criminal Law", *Sentencing and sanctioning in supranational Criminal Law* (eds. R. Havenman, O. Olusanya), Intersentia, Antwerpen – Oxford 2002;

⁴⁷ D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, New York 2005, 461.

2. Gomien, Donna, Harris, David, Zwaak, Leo, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe, Strasbourg 1996;
3. Greer, Steven, *European Convention on Human Rights: achievements, problems and prospects*, Cambridge University Press, New York 2006;
4. Delmas-Marty, Mireille, *The European Convention for the Protection of Human Rights – International Protection Versus National Restrictions*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston – London 1992;
5. Крећа, Миленко, *Међународно јавно право*, Службени гласник, Београд, 2007;
6. Кривокапић, Борис, *Лексикон међународног права*, Институт за упоредно право, Београд 1998;
7. Лазин, Ђорђе, „Измене и допуне законика о кривичном поступку из 2001. године“, *Ново кривично законодавство Србије* (ур. Ђ. Лазин), Удружење правника Србије, Копаоник 2005;
8. Smith, Rhona, *Taxbook on International Human Rights*, Oxford University Press, New York 2007;
9. Стојановић, Зоран, „Начело законитости у кривичном законодавству Србије и Црне Горе и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода“, *Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе* (ур. С. Бејатовић), Удружење за криминологију и кривично право СЦГ, Златибор 2004;
10. Стојановић, Зоран, *Коментар кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2006;
11. Стојановић, Зоран, *Кривично право*, општи део, Правна књига, Београд 2006;
12. Shelton, Dianah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, New York 2005;
13. Haveman, Roelof, “The principle of legality“, *Supranacional Criminal Law – a system sui generis* (eds. R. Haveman, O. Kavran, J. Nicholls), Intersentia, Antwerpen – Oxford 2003;
14. Westen, Peter, “Two rules of legality in Criminal Law“, *Law and Philosophy* 26(3)/2007.

Правни прописи

1. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318B4575C9-014916D7A/0/ENG_CONV.pdf;
2. Пакт о грађанским и политичким правима од 1966. године, <http://www.hrweb.org/legal/cpr.html>;
3. Статут Међународног суда правде, http://www.icjci.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER_II;

4. Статут међународног кривичног суда, <http://untreaty.un.org/cod/icc-/statute/romefra.htm>.

Судска пракса

1. Случај *Achour v. France*, пресуда од 29. марта 2006, [GC], представка бр. 67335/01, *ECHR 2006-IV*;
2. Случај *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey*, пресуда од 8. јула 1999, [GC], представка бр. 23536/94, 24408/94, *ECHR 1999-IV*;
3. Случај *Ecer and Zeyrek v. Turkey*, пресуда од 27. фебруара 2001, представка бр. 29295/95; 29363/95, *ECHR 2001-II*;
4. Случај *Jamil v. France*, пресуда од 8. јуна 1995, *Series A 320*, представка бр. 15197/89;
5. Случај *Kokkinakis v. Greece*, пресуда од 25. маја 1995, *Series A, No. 260-A*, представка бр. 14307/88;
6. Случај *Kolk and Kislyiy v. Estonia*, одлука о прихватљивости представке од 17. јануара 2006, представка бр. 23052/04, 24018/04, *ECHR 2006-I*;
7. Случај *Kononov v. Latvia*, пресуда од 24. јула 2008, представка бр. 36376/04 (Sect. 3), *ECHR 2008*;
8. Случај *Korbely v. Hungary*, пресуда од 19. септембра 2008, [GC], представка бр. 9174/02, *ECHR 2008*;
9. Случај *K. H. W. v. Germany*, пресуда од 22. марта 2001. године, [GC], представка бр. 37201/97, *ECHR 2001-II*;
10. Случај *Liivik v. Estonia*, пресуда од 25. јуна 2009, представка бр. 12157/05, (Sect. 5);
11. Случај *Maaioia v. France*, пресуда од 5. октобра 2000, представка бр. 39652/98, *ECHR 1999-II*;
12. Случај *M. v. Germany*, пресуда од 17. децембра 2009, представка бр. 19359/04;
13. Случај *Puhk v. Estonia*, пресуда од 10. фебруара 2004, представка бр. 55103/00 (Sect. 4);
14. Случај *Radio France and others v. France*, пресуда од 30. марта 2004, представка бр. 53984/00 (Sect. 2), *ECHR*;
15. Случај *Strelez, Kessler and Krenz v. Germany*, пресуда од 22. марта 2001, [GC], представка бр. 34044/96, 35532/97, 44801/98, *ECHR 2001-II*;
16. Случај *S. W. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, *Series A, No. 335-C*, представка бр. 20166/92;
17. Случај *Touvier v. France*, одлука о прихватљивости представке од 13. јануара 1997, представка бр. 29430/95;
18. Случај *C. R. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, *Series A, No. 355-C*, представка бр. 20166/92;

19. Случај *Cöeme and Others v. Belgium*, пресуда од 22. јуна 2000, представка бр. 32492/96, 32547/96, 32548/96; 33209/96; 33210/96 (*Sect. 2*), *ECHR 2000-VII*;
20. Случај *Weeber v. Estonia*, пресуда од 21. јануара 2003, представка бр. 45771/99, *EHCR 2003-I*;
21. Случај *Welch v. UK*, пресуда од 9. фебруара 1995, *Series A, No. 307-A*, представка бр. 17440/90.
22. Сви наведени случајеви из праксе Европског суда за људска права преузети су са интернет сајта: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

Andela Stojanović

Institute of International Politics and Economics, Belgrade

PROHIBITION OF RETROSPECTIVE APPLICATION OF CRIMINAL
LAW IN PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS

Summary

Article 7 of the Convention is not confined only to prohibition of the retrospective application of the criminal law. The protection it provides is slightly wider and develops through the practice of the European Court of Human Rights. Due to the significant impact of the common law, Article 7 cannot be understood in the manner in which the principle of legality is traditionally recognized in the civil law. In practice of the European Court of Human Rights cases of direct violation of the principle of non-retroactivity of criminal laws are extremely rare. The issue of retrospective criminal laws arises in a more indirect way, for example through the institute of continuing offence, or in connection with the autonomous concept of punishment. Significant problem in the jurisprudence of the European Court of Human Rights is the retroactive application of stricter laws which are not directly related to criminal offence and punishment, as well as the application of exception in Article 7(2) of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.

Key words: *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; European Court of Human Rights; Prohibition of retrospective criminal laws; Principle of legality.*