

" p Миодраг Мајић

(преузето из часописа "Анали правног факултета у Београду", бр. 1/2009)

## НАЧЕЛО ЛЕГАЛИТЕТА – НОРМАТИВНА И КУЛТУРНА ЕВОЛУЦИЈА (I део)

*Начело законитости је одувек сматрано једним од најзначајнијих начела кривичног права. Такав приступ је временом произвео некритички однос према начелу које је често представљано као вредност која не подлеже било каквој додатној валоризацији. Међутим, аутор начело законитости посматра из другачијег угла – његове отпорности на континуиране еволутивне промене. У том смислу истиче да начело законитости и сáмо представља еволутивни феномен, који као такав нужно долази у конкуренцију с другим еволутивним карактеристикама одређеног тренутка. Статичност писане норме, као једна од основних особености начела законитости, тако нужно ствара тензију с производима културне еволуције, што све чини да и начело законитости, схваћено у класичном смислу, временом губи од свог првобитног значаја.*

*Четири темељна сегмента начела легалитета (*lex scripta, praevia, certa* и *stricta*), замишљена су тако да заједно сачине формулу која је довољна да заштити појединца од самовољног кажњавања, омогућавајући тако „исправно“ и предвидиво кривично право. Међутим, сучељени с новим околностима, сегменти начела и сами показују слабости и неприлагођености савременим друштвеним, али и кривичноправним токовима. Релативна предвидивост еволутивних промена у доба просветитељства, када је начело настало, омогућавала је поверење у начело легалитета, имајући у виду да су друштвене промене биле спорије и мање значајне. Савремене друштвене прилике обележавају убрзање иновација, диверзификација и имитација. Промене за које су некада били потребни векови, данас се дешавају у року од неколико месеци или година.*

*Да би начело легалитета опстало и сачувало своју неспорну гарантивну функцију, неопходно је изнаћи механизме који ће омогућити превазилажење нормативно-културне еволутивне тензије. Аутор, овакве механизме препознаје у различитим видовима одступања од начела легалитета, од којих се неки јављају у оквирима самог закона, док други долазе из ванзаконске сфере. И једни и други, пак, суштински представљају механизме способне за брзо вредносно*

*прилагођавање у све чеићим случајевима када норма не поседује довољну флексибилност. Основну улогу у примени новог модела имао би суд, који би убудуће не само тумачио, већ све више и стварао право. Закон би, уместо полазне и завршне детерминанте кажњавања, све чеиће представљао полазну одредницу која би суду указивала одређени културни смер, који би овај претварао у актуелно кривично право (тзв. судско право – judge made law).*

*Само тако би, сматра аутор, начело легалитета избегло судбину једног броја изузетно значајних културних достигнућа, која су услед неприлагођавања остала еволутивно превазиђена, задржавајући искључиво традиционални значај.*

Кључне речи: *Начело легалитета.– Кривично право.– Еволутивне промене.– Норма.– Промена закона. – Судско право.*

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Посматрање савременог кривичног права чак и добронамерне критичаре, који овоме не одричу неспорну улогу и будућност, мора довести до одређених сумњи. Вера у систем казнене правде на националном нивоу заснован на начелу легалитета, не може спречити нелагоду пред чињеницом да је реч о области која је, упоређена с другим сферама хуманог развоја, ипак показала нешто спорији напредак.

Људска врста је, ангажујући се на другим пољима, у међувремену докучила нове галаксије, створила интернет и клонирала жива бића, док на пољу кривичног права још увек није изумела ништа радикално савременије од казне затвора и начела законитости! Данас, када су благодети информатичког доба постале широко доступне, представницима правничке професије мора деловати забрињавајуће да су поменуте институте кривичног права познавали још римски императори.<sup>1</sup>

У чему је проблем с кривичним правом, и зашто ова област, упоређена с другим, релативно заостаје? Да ли је „развој“, који се огледа у хиперинфлацији нових облика забрањеног понашања или детаљној доктринарној разради апстрактно посматраних института, заиста максимум? Да ли правници који се баве кривичним правом конкуришу у довољној мери представницима осталих професија у тежњи ка прогресу? Да ли су, ипак, дужни да преиспитају основна полазишта и утврде њихову адекватност у конкретном тренутку?

<sup>1</sup> Тако је, на пример, чак и император Сула забрањивао примену ретроактивних закона, вид. J. Hall, „Nulla poena sine lege“, *Yale Law Journal* 47/1937–1938, 166.

У овом раду анализира се улога једног од основних института савременог кривичног права – начела законитости, у светлости континуираног културног еволутивног процеса у друштву.<sup>2</sup> Од свог настанка до данас, начело легалитета, које и само представља еволутивни феномен, посматрано је готово искључиво из угла одакле се уочава његов позитивни развојни аспект – улога гаранта постојаности и непроменљивости кривичног права. Овом начелу, које у читавом кривичноправном концепту има можда и најистакнутије место, већ вековима се поверава улогу „чувара“ који обезбеђује да власт неће „изненађивати“ грађане кривичноправним иновацијама.

Но, иако претежно глорификовано током досадашњег развоја кривичног права, начело законитости показује и одређене мањкавости. Већина ових недостатака који се упорно превиђају, имају заједнички именитељ. Наиме, реч је о начелу које је од самог настанка, због улоге која му је дата, нужно било лимитирано. Уместо да се ограничи на средство једино доступно и прилагођено „задатку очувања памћења“<sup>3</sup> док хумана врста у ту сврху не створи ништа савршене од писма, кривично правна доктрина је начелу легалитета ставила у задатак готово целокупно старање о исправности кривичног права, па и владавини права уопште. С друге стране, макар на континенту, још од времена просветитеља, прецењивање моћи закона и начела легалитета, довело је у извесној мери и до запостављања осталих механизма права.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Иако је реч о институту несумњивог значаја, у домаћој литератури су релативно ретки радови посвећени проблему легалитета. Поред радова који су цитирани у даљим излагањима, од домаћих аутора о овом питању вид. Д. Митровић, „Начело законитости“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1–2/2004, 55–78; С. Стругар, „Начело легалитета и чл. 4, ст. 2. Кривичног законика“, *Анали Правног факултета у Београду* 2–3/1964, 164–181; З. Стојановић, „Начело законитости у кривичном законодавству Србије и Црне Горе и Европска конвенција за заштиту људских права и слобода“, *Зборник: Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе*, Златибор – Београд 2004, 101; Н. Пековић, „Начело законитости и Предлог новог Кривичног законика Србије“, *Ново кривично законодавство Србије*, Београд 2005, 21; Б. Чејовић, „Принцип *nullum crimen, nulla poene sine lege* у међународном и домаћем кривичном законодавству“, *Примена међународних кривичних стандарда у националним законодавствима*, Тара 2004, 135; И. Салиху, „Начело легалитета у материјалном кривичном праву“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 3/1988, 51.

<sup>3</sup> Б. Жупанчич, „Начело легалитета“ (прев. А. В. Гајић), *Зборник радова са међународног научног скупа „Примена међународног кривичног права од стране међународних и домаћих судова“*, Тара 2006, 37.

<sup>4</sup> Неповерење у судове као ствараоце права на континенту, које се у значајној мери задржало и данас, има своје корене у познатом неповерењу француских револуционара према судском телу. Тако Робеспјејер наводи: „Ова реч, судска пракса судова, у смислу који је имала у старом режиму не значи више ништа у новом, она треба да буде избрисана из нашег језика. У једној држави која има устав,

Аспирација ка савршенству законитости почива на утопистичком резонувању.<sup>5</sup> Зблуда о томе да ће „владавина права спречити владавину човека над човеком“, у чему свесрдно већ дуго учествује и поимање начела легалитета, заснована је на човековој перцепцији каузалитета код природних појава.<sup>6</sup> Фасцинација законима који руководе природним феноменима довела је до веровања да је сличне законе, који не зависе од еволутивних промена, могуће пронаћи и у друштву, што свакако није случај.<sup>7</sup>

Када се начело *nullum crimen sine lege* постави у шири културно-еволутивни контекст, уочава се да начело легалитета као нужан нуспроизвод доноси изразиту статичност, која у даљим корацима може стајати на путу прогресивном развоју кривичног права,<sup>8</sup> а самим тим и на путу даље културне еволуције. На овај начин долази до специфичне тензије која се јавља између једног еволутивног феномена – писане норме и другог, такође еволутивног феномена – континуираног културно-еволутивног процеса.

Процес који посматрамо је двостран. У раду се стога испитује и обрнути ефекат, односно условљеност релативног заостајања кривичног права за другим наукама немогућношћу брзог прилагођавања његових механизма новим културним условима. Својом аутархичношћу, начело легалитета успорава, а повремено и у потпуности онемогућава, процес повратног дејства еволутивних промена у култури, успоравајући, а понекад и онемогућавајући, појаву која се паралелно одвија – нормативну еволуцију.

Да ли је, са становишта културне еволуције, принцип *nullum crimen* у једном тренутку обележавао прогресивни варијетет, да би да-

---

законодавство, судска пракса није ништа друго него закон, тада постоји идентичност судске праксе.“ Шапалије, пак, тврди: „И чак, ако би могла ту постојати судска пракса, не треба је имати“, нав. према G. Marty, „Изједначавање судске праксе путем Врховног суда у упоредном праву“, *Архив за правне и друштвене науке*, 36, 5/1938, 465, репринт *Архив за правне и друштвене науке* 1–2/2006, 616.

<sup>5</sup> О овоме видети изузетно сликовит пример назван „Осам начина неуспешног стварања права“ код Л. Л. Фулер, *Моралност права* (прев. Милорад Ивовић), Подгорица 1999, 37–42.

<sup>6</sup> *Ibid.*, 54.

<sup>7</sup> Међутим, између такозваних природних и друштвених закона, наравно, постоји суштинска разлика. Код ових првих, правило се изводи из низа посматраних случајева, дакле путем индукције. Насупрот томе, у праву законе стварамо тако да они противрече стварности – предвиђају шта је пожељно, а не шта јесте. У том смислу, може се прихватити и тврдња да док научни закони стреме реалности, правна правила имају смисла само уколико се од ове разликују. Вид. више Б. Жупанчич, (2006), 40.

<sup>8</sup> Вид. M. Shahabuddeen, „Does the principle of legality stand in the way of progressive development of law?“, *Journal of International Criminal Justice*, December 2004, 1007–1017.

нас, у другачијим условима представљао еволутивну кочницу? Први корак у давању одговора на ово питање представља научна отвореност за такву могућност, која је у кривичном праву дуго недостајала.

## 2. ЗАКОН, КРИВИЧНО ПРАВО И ЕВОЛУТИВНЕ ПРОМЕНЕ

Један од озбиљнијих неспоразума, када је реч о поимању закона и начела законитости, настаје услед приступа у посматрању ових појава који је карактеристичан за правнике. Наиме, закон и његове особености цене се пречесто као појава независна од свих других, као вредност сама по себи, коју је сувишно било чиме проверавати. Правници, по природи позива, усмерени су на нормативне аспекте овог феномена. Професионална заинтересованост за њихову изоловану вредност и међусобну усаглашеност спутавају моћ јуриста да читаву појаву и њене ефекте размотри из другог ракуса. Међутим, уколико је тачно да је поредак Васељене „све што постоји, што је икада постојало и што ће икада постојати“,<sup>9</sup> онда и закон, као творевина хумане интелигенције, нужно подлеже својеврсној космичкој валоризацији. Уверење да су тврдње о нужности сагледавања закона у овако широким контекстима у најмању руку чудне, потиче из брижљиво неговане позитивистичке догме.

Да ли је и даље оправдано законодавство, па и саму идеју закона, посматрати као појаве суштински другачије од других творевина врсте, попут облакодера, летилица или кућних рачунара? Ове потоње се непрестано доводе у везу с природним појавама и усвојеним системом вредности у друштву. Прецизно праћење природних феномена попут ветра, температуре, ваздушног притиска или статичког електрицитета, претходи доношењу одлука о количини челика коју је потребно уградити у конструкцију, односно подесној форми за нови тип авиона и врсти материјала од које ће бити сачињен нови лап-топ. С друге стране, при конструкцији новог производа, пажљиво се „ослушкује тржиште“, уз уважавање актуелених преференција када су у питању боје, модели и уопште мода, са свешћу да ће успех значајно зависити од усаглашености дела с важећим културним стандардима. Данас никоме озбиљном не би пало на памет да од запослених захтева одевање сагласно модним токовима с почетка XIX века или поштовање правила бонтона Викторијанског доба. Другим речима, код већине творевина, природа и друштвена кретања сматрају се основом и детерминантом сваког даљег прегалаштва. Закони, међутим, често, неким чудом, остају ван тога, као да не припадају или чак никада нису припадали ономе што твори космички еволутивни поредак.

<sup>9</sup> К. Сеган, *Космос*, Београд 2001, 19.

Чини се да се у основи оваквог односа налази једно заборавање. Пречесто се, наиме, када се говори о закону, пренебрегава да је и он само један од еволутивних феномена. Баш као и прелазак на сакупљачку привреду или сеоба у топлије крајеве, закон и законодавство уопште, представљају одговор једне врсте у одређеним еволутивним условима. Наиме, након неколико милијарди година биолошке еволуције, током које се хумана врста издиференцирала од осталих,<sup>10</sup> започет је још један еволутивни процес. Паралелно с генетском, започела је и специфична – културна еволуција врсте, односно процес развијаног социјалног учења и понашања. Закон је наиме, само један од културних рефлекса до којег се дошло специфичним преношеним учењем.<sup>11</sup> Као и друге социјалне обичаје и закон се, као један од услова преживљавања, преноси учењем на нове чланове, омогућавајући им тако опстанак, без потребе да се сваки пут из почетка прилагођавају промењеном окружењу.<sup>12</sup>

Међутим, као културни феномен, закон има још једну, изузетно значајну особеност. Као вероватно ни један други еволутивни рефлекс, он представља свесни покушај модификовања природног еволутивног процеса. Наиме, у својој суштини, као свесно сачињено правило понашања, закон представља покушај суштинске измене еволутивног процеса и скретање еволутивног тока ка другом, за одређену врсту пожељном правцу. Правилима којима се предвиђа забрана (и кажњавање) убиства, крађе, геноцида или лова за време ловостаја, врши се суштински утицај на догађаје до којих би извесно дошло у поступку природног селектовања и борбе за еволутивни опстанак припадника врсте. На тај начин, законом се природни еволутивни ток значајно скреће с његове редовне путање.

Но, поред овог утицаја на базичне инстинктивне импулсе, закон врши значајну модификацију на плану виших културних вредности,<sup>13</sup> што опет, у даљем кретању, може утицати и на одређене

<sup>10</sup> *Ibid.*, 40–44.

<sup>11</sup> У том смислу одређени број аутора садржину правног добра одређују културним нормама, односно везује је искључиво за одређени културноисторијски контекст. Тако на пример, Е. Ј. Lampe, „Rechtsgut kultureller Wert und individuelles Bedürfnis“, *Festschrift für H. Welzel*, Berlin–New York 1974, 151,165; W. Hassemmer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main 1973, 230 и даље, нав. према З. Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Београд 1987, 63.

<sup>12</sup> Вид. D. Lal, J. S. Coleman, *Culture, Democracy and Development: The Impact of formal and informal institutions on Development*, вид. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/seminar/1999/reforms/lal.htm>.

<sup>13</sup> Како тврди Унгер „правило може да буде ефективно, уколико је вредност коју изражава прихваћена од свих; али правило је једино потребно зато што вредност није прихваћена од свих“, R. M. Unger, *Knowledge and Politics* 1976, 99, нав. према Б. Жупанчич (2006), 42.

појаве у поступку природне селекције. Он, на пример, инкриминише увредљиви говор, приказивање опсценог материјала или вожњу под утицајем алкохола. Уколико узмемо за пример склоност ка управљању возилом под дејством алкохола, коју у одређеним друштвима можемо приписати културном варијетету, уочићемо како кажњавање оваквог понашања само у првом кораку представља кориговање на плану културе једне заједнице, док ће, услед смањивања броја незгода и смртних случајева, свакако утицати и на поступак њеног природног селектовања.<sup>14</sup>

Несумњиво, закон претендује да утиче на еволутивни ток, и у томе у значајној мери и успева. Међутим, утицај на еволутивни ток, поред пожељног вредносног контекста, нужно садржи и своју не тако позитивну особеност. Као статички феномен, закон нужно доводи до специфичне тензије у динамичком друштву, представљајући неретко кочницу вредносној кинетици. Чак и када је реч о прихватљивим правилима, закон нужно представља фактор извесног успоравања, вредносних друштвених кретања. Тако, кривични закон који предвиђа смртну казну или телесно кажњавање, који инкриминише еутаназију, абортус или добровољне хомосексуалне односе, може представљати значајан фактор успоравања у друштву у којем су еволутивне промене биле изразитије на плану културних вредности од оних које су се одвијале на чисто нормативној равни.<sup>15</sup> Али, не само активан, већ и пасиван став закона, може бити од значаја за културне процесе. На пример, на успоравање културних промена утичу и кривични закони који не кажњавају силовање у браку или пропуштају да предвиде као кривично дело насиље у породици или злостављање животиња у друштвима чије се спонтано успостављене културне вредности налазе у раскораку с оваквим приступима. У таквим случајевима, кривични закон и начело законитости, уместо фактора који врше акцелерацију одређеног еволутивног развијања, постају фактори његовог успоравања, па и потпуног онемогућавања.

---

<sup>14</sup> Тако D. T. Campbell, „Variation and selective retention in sociocultural systems“, *Social Change in Developing Areas*, Barringer at al., 1965, нав. према P. J. Richerson, R. Boyd, „Evolution: The Darwinian theory of social change, an homage to Donald T. Campbell“, вид. <http://www.des.ucdavis.edu/faculty/richerson/evolutionbeklin/pdf>.

<sup>15</sup> Овде је првенствено реч о доминантној култури. Међутим, у савременом друштву честих миграција, проблем који се у том смислу неретко јавља тиче се значајнијих међукултурних разлика. У том смислу, одређена кривичноправна норма може бити дијаметрално супротна културним схватањима друштва из којег потиче окривљени. У таквим случајевима може се поставити и питање да ли и у којој мери савремено кривично право треба да уважава и овакве разлике, вид. K. Amirthalingam, *Negotiating law, culture, and justice*, доступно на адреси <http://www.australianreview.net/digest/2004/07/amirthalingam.html>. О овом питању вид. и M. Golding, „The Cultural defense“, *Ratio Juris*, 15, 2/2002, 146–158.

Уочавање овог феномена је од изузетног значаја за разумевање како закона, тако и самог начела легалитета и његовог утицаја на културне еволутивне промене. Препознавање и разумевање тензије која нужно настаје између статичне норме и динамичне стварности, као и неопходности и начина њеног превазилажења, омогућава разумевање значајног броја контроверзи у овој области.

Међутим, једнако као и други културни рефлекси, и кривично право и закон уопште, не представљају апсолутно статичне, већ феномене који се у динамичном друштву ипак, мењају кроз време.<sup>16</sup> Утицај закона на културне промене подразумева и постојање обрнутог процеса оличеног у утицају изваннормативних еволутивних промена у култури на еволуцију самог закона. Закон се, наиме, с већом или мањом успешношћу и агилношћу и сам временом прилагођава измењеним вредносним околностима, покушавајући на тај начин да „стигне“ ефекте непрекидне културне еволуције. На овај начин у извесном смислу продужава и споствено трајање, остављајући могућност будућим генерацијама да га употребљавају с другачијим вредносним предзнаком.<sup>17</sup>

Овај дуалистички утицај – закона на културне промене и културних промена на нормативну раван, Левин (*Levine*) илуструје примером развоја нормативног схватања у погледу недозвољених сексуалних односа с малолетницима (*statutory rape*) у америчком кривичном праву. Тако уочава да се под утицајем промена у поимању штете коју наносе сексуални односи између одраслих и деце, у протеклих 150 година суштински мењала и сама инкриминација, пратећи са закашњењем овај развој.<sup>18</sup> На тај начин, промене у владајућим културним поимањима утицале су првенствено на законске промене у погледу узраста који је представљао границу у погледу дозвољених сексуалних контаката. Кроз XIX и XX век, у Калифорнији се овај узраст кретао од 10 година у 1850. години, преко 14 (1889), 16 (1897) па све до 18 година, почев од 1911. године до данас.<sup>19</sup> Свакој од ових легислативних промена претходио је дужи или краћи период изражене несагласности важећих културних погледа у друштву *vis a vis* малолетничке, првенствено женске сексуалности, и релевантне инкриминације.

Међутим, да би се питање нормативно-вредносне тензије у америчком друштву током XIX и XX века потпуније сагледало, неопходно је разумети и сам културни еволутивни процес који је пос-

<sup>16</sup> K. L. Levine, *The External Evolution of Criminal Law*, вид. [http://works.bepress.com/kay\\_levine/1](http://works.bepress.com/kay_levine/1), 8.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.*, 5, 20–52.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 23.



лужио као подлога наведеној нормативној еволуцији. Наиме, вредности које су се у протеклих век и по штитиле подизањем старосне границе, кретале су се од заштите интереса оца да очува могућност ћеркине удаје, преко заштите достојанства девојака од насртаја мушких заводника, контроле преношења болести од стране промискуитетних жена, смањења броја малолетничких трудноћа, па све до потребе откривања и кажњавања сексуалне експлоатације малолетника.<sup>20</sup> Америчком друштву је било потребно да превали дуг, стопедесетогодишњи пут на плану културне еволуције којим ће, од почетног вредновања раних сексуалних контаката као штетних по оца женског детета, доћи до савременог схватања да су ови првенствено штетни по само дете. Еволуција једне вредности у култури XIX и XX века одвијала се кроз значајно дуже временске периоде него што је то случај данас, када се друштвене промене одвијају застрашујућом брзином. Па ипак, и у таквим условима, еволуција калифорнијског кривичног закона каскала је за овим, спорим променама. Начело легалитета, у комбинацији с компликованим легислативним механизмом, онемогућавало је ефикаснију нормативну адаптацију на нове друштвене вредности.

У савременом свету по овом питању ситуација је још сложене-нија. Постоји све мање основа да се, чак и из угла кривичног права, као „културна јединица“ посматра искључиво одређена национална држава. Од раније се могу препознати субнационалне културе, али актуелни процеси глобализације све јасније намећу и транснационалну, па и супранационалну културну раван. Све чешће миграције и феномен „глобалног села“ утичу да се културе прелићу на различитим нивоима, што све за последицу има и „преплитање правних феномена“, али и процену њихове оправданости из различитих културних углова.<sup>21</sup> Стога, нарочиту пажњу завређује формирање одређених вредности на међународном нивоу, које често називамо универзалним. Оваква кретања и њихово препознавање отварају веома сложено питање улоге међународног кривичног права и мере у којој оно кореспондира с интернационално прихваћеним вредностима, али и мере у којој национални казни системи ове „изваннационалне“ вредности препознају и прихватају. Такође, као неизбежно појављује се и питање улоге међународног кривичног права, као, с једне стране хармонизатора националних кривичноправних решења, а с друге стране, хармонизатора различитих културних токова који се појављују у бројним националним системима.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> *Ibid.*, 6.

<sup>21</sup> Вид. D. Nelken, „Comparativists and transferability“, P. Legrand, R. Munday (eds.), *Comparative Legal studies: Traditions and Transitions*, Cambridge 2003.

<sup>22</sup> Вид. Ch. Bassiouni, „International Criminal Justice in the Age of the Globalization“, *International Criminal Law: Quo Vadis?, Proceedings of the International Conference held in Siracusa – Italy*, 28. Nov–Dec. 2002, 79–155.

Међутим, без обзира на то да ли је реч о националној, транснационалној или наднационалној равни, контроверза између нормативне и културне еволуције је одувек постојала. Управо овај феномен утицао је на то да је закон одувек с једне стране изазивао дивљење, док је с друге стране, ништа мање основано, проузроковао сумње. Идеја законодавства и начела легалитета нераскидиво су повезане с још једном историјски присутном идејом, развијаном од стране правних позитивиста. Идејом, да је све право садржано искључиво у законима.

Од самог настанка, идеја према којој се право може ограничити само на правне норме, била је изложена различитим врстама озбиљне критике, која је указивала у којој мери је сама ова идеја нереална. Илуструјући неодрживост поставке према којој је закон довољан, Рос (*Ross*) сликовито наводи како се позитивне норме могу упоредити „са кристалима у презасићеном раствору у коме се држе, али би се разбили када би се ставили у другу течност“, односно „са биљкама које угибају када се извуку из хранљиве земље из које су израсле“.<sup>23</sup> Самим тим, на исти начин као и друге објективне манифестације културе, ни правне норме се не могу разумети па ни вредновати уколико се одвоје од културног миљеа у којем су створене.<sup>24</sup> Непростајање на ригидни правни позитивизам, у том смислу је и непростајање на победу форме над здравим разумом, права над правдом, пролазног над непролазним, нормативне статике над културном динамиком!

Парадоксално је да је баш кривично право, у којем начело законитости вековима заузима посебно значајно место, паралелно с улогом чувара једног од моћи другог људског бића, убрзо по свом конституисању, показало и другачије лице. Под заставом законитости држава је добила могућност да *легално* намеће своју вољу, и у случајевима који са становишта разума и морала не могу бити оправдани. Може се прихватити став да је до наведене деформације дошло када су, за разлику од „раних“ законодаваца, који су се упињали да створе законе који ће само забележити оно што је закон одувек био,<sup>25</sup> „каснији“ законодавци, нарочито након успона апсолутне монархије, открили моћ коју са собом носи полагање нових забрана. Настанак законодавства, зато „представља умеће да се чини право и неправдо“.<sup>26</sup> Имајући у виду дотадашње веровање да се право примењује

<sup>23</sup> А. Рос, *Право и правда* (прев. М. Ивовић), Подгорица 1996, 123.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Ф. А. Хајек, *Право, законодавство и слобода*, Београд 2002, 80; S. N. Kramer, *History Begins at Summer*, New York 1952, 52.

<sup>26</sup> В. Rechfeld, *Die Wurzeln des Rechts*, Berlin 1951, 67, нав. према Ф. Хајек, 72, фн. 1.

„само као нешто што је одувек ту, а не нешто што се успоставља“, проналазак законодавства је „можда догађај с најдалекосежнијим последицама од свих догађаја – далекосежнији од открића ватре или барута – јер је оно јаче од свих других, судбину људи ставило у њихове руке“.<sup>27</sup> Стога је законодавство одувек било и корисно и опасно, колико лек толико и отров човечанства. Феномен једне културне епохе – начело законитости које је штитило човека од човека, у другачијим културним условима, постајало је неретко оруђе које је управо омогућавало, али и проиоводило односе међуљудске свирепости!

Кроз различите периоде, сумња у Закон означавања је различитим терминима. Уместо става да је законодавство феномен који омогућава да било које прописе можемо уздићи на ранг важећег права, да је у стварању правних добара и заштитних норми законодавац ограничен само сопственим проценама и логиком,<sup>28</sup> те да су „најопакији закони и стога они који су најсупротнији вољи Бога ... били континуелно примењивани и примењују се као закони од стране судских трибунала“,<sup>29</sup> вековима је брањена идеја постојања вредности које се уздижу изнад било којег људског ауторитета, чије признавање свака власт дугује својим грађанима и које у случају грубог непоштовања чине отпор допуштеним.<sup>30</sup>

Преко две хиљаде година као основни пандан позитивнистичкој догми јавља се *природно право* као крајње, неписано мерило исправног и неисправног, путоказ за добар живот у сагласности с природом.<sup>31</sup> Сагласно Аквинском, основно правило природног права „чини добро и избегавај зло“ могуће је развити у читав низ конкретних норми,<sup>32</sup> којима је нужно подредити сваку наредбу или власт, јер „ма шта се признало по навици, или било изнето написмено, мора се сматрати ништавним и неважећим уколико противречи природном закону“.<sup>33</sup> Но, није само природно право супротстављано правном позитивизму сагласно којем су наредба и послушност битни атрибути права.<sup>34</sup> На другом полу, насупротив закона и правног позитивизма,

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> К. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, zweite Auflage, erster Band, Leipzig 1890, 338–340, нав. према З. Стојановић (1987), 50.

<sup>29</sup> J. Ostin, *Province*, 185, нав. према Ц. Финис, *Природно право* (прев. М. Ивовић), Подгорица 2005, 369.

<sup>30</sup> О. Хефе, *Правда – филозофски увод* (прев. В. Милисављевић), Нови Сад 2008, 40.

<sup>31</sup> А. П. Д Ентрев, *Природно право* (прев. С. Степановић), Подгорица 2001, 13.

<sup>32</sup> *Ibid.*, 46.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 48.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 70.

кроз векове, али и данас, налазили су се морал, правда или легитимитет. Уколико се дубље проникне у суштину свих ових појмова, а нарочито када се ови супротставе идеји законодавства, може се схватити да се у суштини свих ових спорења налази само једно – оно које почива на идеји да постоје два права – једно које је дато и једно које представља идеално, право какво би требало да буде.<sup>35</sup> Ако, се пак, још дубље размотри овај нормативистичко – натуралистички сукоб, може се доћи до закључка да се у његовој основи, кроз различите епохе, одувек у ствари налазила контрадикција између статичног права и динамичне стварности. Супротност између вредности једног културног тренутка и вредности које константно еволуирају кроз време. С пуно основа може се закључити да је одувек постојала, али и да ће и даље постојати нормативно – културна еволутивна тензија.

### 3. УТИЦАЈ КУЛТУРНИХ ЕВОЛУТИВНИХ ПРОМЕНА НА ПОЈЕДИНЕ СЕГМЕНТЕ НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ

Начело легалитета, културни феномен доба просветитељства, остало је „заробљено“ у кривичном праву кроз различите културне епохе, све до данас. Иако је од времена када је установљено као одговор на друштвене услове XVIII и XIX века, дошло до несагледивих друштвених и културних промена, начело легалитета још увек претендује на неизмењену улогу – апсолутног заштитника појединца од самовоље власти и чувара исправности казненог механизма.

Међутим, и само начело легалитета, због своје статичности, баш као и закон, нужно се суочава с поменутом тензијом у судару с континуираном културном еволуцијом. Његова значења, вредности и симболи, „скројени“ у једном еволутивном тренутку, не могу остати непромењени након два века. Добу јаке државе, раскида с феудалним наслеђем оличеним у партикуларном обичајном праву и идејама просветитељства, као одговарајући културни рефлекс у потпуности је одговарало начело легалитета које раскида с наслеђем. У том моменту, оно је представљало адекватан нормативни подстицај покренутом културном правцу. Међутим, прилике су временом постале значајно другачије.

Вековима се пристајало на овакву „трговину“. Зарад гаранције и заштите од самовољне власти, зарад предвидивог кажњавања и могућности усмеравања поступака, толерисани су релативни конзервативизам и неприлагођена правила. Основни сегменти начела *nullum*

---

<sup>35</sup> Вид. више Н. Л. А. Hart, „Positivism and the separation of law and morals“, *Harvard Law Review*, 71, 4/1958, 593–629.

*crimen, nulla poena sine lege* деловали су довољно убедљиво, па су редовно односили превагу у конкуренцији вредности. Да ли је и данас оваква „трговина“ прихватљива? Да ли у новим условима класична полазишта начела законитости имају значај због којих им се одаје почаст у кривичном праву и због којих се пристаје и на њихове последице? И да ли их је уопште и могуће остварити?

Према неким виђењима, савремене друштвене прилике обележавају три детерминишуће појаве. Прву представља убрзавање иновација. У савременим условима, за разлику од доба када је начело легалитета конципирано, потребно је све мање времена да би одређена промена у култури, па самим тим и на плану вредности настала.<sup>36</sup> Промене за које су некада били потребни векови, данас се одвијају за свега неколико година и може се очекивати да ће овакав тренд бити све израженији у будућности, по принципу *semper accelerando*. Другу појаву представља убрзавање диверзификација, односно постојање све веће конкуренције старих и нових модела.<sup>37</sup> На крају, трећу, посебно значајну детерминишућу појаву, представља убрзавање имитација. Претходна два процеса „кружења модела“ доводе до све чешће ситуације у којој одеђени модел бива имитиран, што све за последицу има уједначавање прихваћених решења.<sup>38</sup>

Посматрано кроз призму нове културне стварности, начело легалитета данас нужно делује мање пожељно него током два претходна века. Уколико се покуша задржати објективност и према једном од фундаменталних начела кривичног права, могуће је увидети се да би његова примена у неизмењеном виду сличила примени било којег културног домаћаја претходних епоха, у савременим условима. Начело легалитета у традиционалном поимању постало би тако више симбол него стварност, а неретко и самом себи циљ. На тај начин, постајало би временом све више део традиције кривичног права која опстаје упркос културним условима који су ову дезавуисали.

Четири темељна сегмента начела легалитета (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*) – *scripta, praevia, certa* и *stricta*, замишљена су тако да заједно сачине формулу која ће бити довољна да заштити појединца од самовољног кажњавања. Сагласно формули, нико не

<sup>36</sup> R. Scaso, „Да би се замислило право будућности“, *Правни живот* 12/2006, 744.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.* У области права овај феномен је препознао Алан Вотсон и прославио се као творац теорије о правним трансплантима, вид. A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Athens GA-London 1974, објављена на српском као А. Вотсон, *Правни транспланти: приступ упоредном праву* (прев. С. Митровић), Београд 2000. Основе свог приступа у сажетом облику тај аутор износи у чланку А. Вотсон, „Право у књигама, закон и стварност: упоредноправни поглед“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 5–18.

може бити кажњен уколико пре него што је извршио одређену радњу (*lex praevia*), ова није писаним законом била предвиђена као кривично дело (*lex scripta*) које је јасно одређено (*lex certa*), при чему се до кажњавања ове радње не сме доћи аналогijом с неком другом сличном радњом (*lex stricta*). Због императивног карактера формуле, полазна идеја је била да ни у једном њеном сегменту од ње не би смело да буде одступања.

Међутим, подробнија критичка анализа основних сегмената начела законитости доводи до наизглед изненађујућег закључка. Начело легалитета је временом, у судару с новим околностима, изгубило доста од свог првобитног реалног значаја. Сагледано у реалним условима, свако од четири традиционална подначела, показује знаке слабости и неприлагођености савременим друштвеним, али и кривичноправним токовима. Насупрот неспорног идеолошког значаја, када се концепт размотри у појединостима, појављују се озбиљне сумње у оправданост полазних тврдњи у неизмењеном облику. Начело законитости је стога, у новим условима, чини се неопходно преиспитати. Испитати његову улогу и домете у све фреквентнијим променама диктираним убрзаном културном еволуцијом. Зато је потребно сваки од ова четири традиционална сегмента анализирати из угла савременог кривичног права и савремених еволутивних токова, да би се на тај начин објективније оценио њихов стварни актуелни значај.

### 3.1. *Lex scripta*

Језик, а нарочито писмо, служе као до данас најсавршенија средства очувања памћења. У том смислу, захтев за *lex scripta* је у суштини захтев за бележењем и чувањем доказа о томе да је, у одређеном тренутку, власт сматрала одређена понашања забрањеним, а не нека друга. Писани кривични закон је у том смислу, ништа више (али ни мање) него доказ, гаранција у неповерљивом друштву.<sup>39</sup> Гаранција да власт неће лагати и кажњавати за нешто друго. Али не само то.

Писани закон би требало да обезбеди и информисаност грађана. Помоћу њега наводно, сваки грађанин може да се упозна с одредбама и да своје понашање усклади с императивним нормама и тако избегне кажњавање. Формула је следећа: правило + писана форма = информисани грађанин.

---

<sup>39</sup> Жупанчич ипак сматра да је и најбоље писано правило, само „друго најбоље“ решење. Наводећи да због неповерења правила треба да буду писана, Жупанчич наводи како би било боље да постоји друштво „које гаји добру веру и врлину без права“, вид. Б. Жупанчич (2006), 38. Вид. и за ову тему важан правноисторијски текст А. Вајс, „Неке карактеристике старих кодекса“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1969, 137–155.

Да ли је заиста тако и да ли данашњи кривични законици заиста остављају простора за полазне идеје *lex scripta*?

Има довољно основа да се под сумњу најпре доведе полазна претпоставка – да закони стварно доприносе бољем познавању права од стране грађана. Кривични закони данас, уместо јасних текстова с ограниченим бројем одредби које се тичу минималних, нужних ограничавања слободе, све више личе на непрекидно прошириване, за обичног грађанина, мало разумљиве енциклопедије. За њихово разумевање одавно није довољан сув законски текст, већ читав низ „помоћних“ прописа којима се попуњава празан простор у законима. Ако овој слици типичног савременог закона на националном нивоу, додамо и чињеницу да се у савременим условима живот појединца неретко, чак и у току дана, одвија у неколицини држава, где сагласно истом начелу важе неки други закони, ситуација постаје значајно сложенија. Можемо утврдити управо супротно – данашњи закони не доприносе бољем познавању забрањеног од стране појединца – они га збуњују, чинећи га често неслободним и фрустрираним!

У савременом свету, где је темпо промена застрашујући, грађани најчешће познају само мали број прописа који се односе или су блиско повезани с њиховом свакодневном делатношћу. Знају колико износи пореска стопа код куповине возила, да не смеју да возе брже од 120 километара на час на аутопуту, да не смеју да убију и украду или да шверцују робу преко границе. О највећем делу кривичних закона, углавном не знају ништа.<sup>40</sup>

То ипак не смета да највећи део њих, иако нема ни основне представе о већини предвиђених кривичних дела, живи у складу с кривичним прописима.<sup>41</sup> Већина неписмених грађана, за које *lex scripta* не представља било какву стварну гаранцију, такође не закључује више бракова, не врши самовлашће нити врши повреду гроба, иако најчешће нема било какву представу о томе да је реч о кривичним делима инкриминисаним важећим законом. У односу на њих, чињеница да су ова кривична дела предвиђена представља само виртуелно право на информисаност, којим држава даје себи формални легитимитет на кажњавање и у овим случајевима. *Lex scripta* постаје тако формални параван којим се прикрива истина која се иза њега крије. Савремени грађани у највећем броју не познају хипертрофиране савремене законе! *Lex scripta* олакшава смиривање савести, пред-

<sup>40</sup> Стојановић, који не доводи у сумњу традиционални значај начела законитости у савременом кривичном законодавству, ипак наводи да за нека кривична дела предвиђена кривичним законима не зна већина грађана, па чак ни правника, вид. З. Стојановић, *Коментар кривичног законика*, Београд 2006, 128.

<sup>41</sup> М. Папа, „Harmonization of general principles of criminal law, a critical report on the debate“, *International Criminal Law, Quo Vadis?, Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy*, 28. Nov–3. Dec. 2002, 354–355.

стављајући средство које омогућава да читав систем заснован на идеји *nullum crimen* и даље функционише.

С друге стране, ноторно је да неретко постоје и они који свесно крше добро позната правила понашања, без обзира на то што су добро информисани да овакви поступци могу бити драконски кажњени.<sup>42</sup> Ни овде *lex scripta* не утиче на понашање појединца.

Пажљивијим посматрањем може се уочити да у савременим кривичним законодавствима одредбе кривичног права у суштини, ипак, не комуницирају с грађанином. Њихова дикција и присутни маниризам, указују да су норме савременог кривичног права ипак првенствено намењене не грађанима – лаицима, већ правницима – судијама, који их на послетку и примењују. У том смислу се примећује да кривичноправне норме не говоре да је забрањено вршити убиства или крађе, на пример, што би претстављало својеврсно упутство грађанину. Уместо тога, оне се обраћају судији, указујући какву одлуку треба да донесе у случају да до извршења оваквог кривичног дела дође.<sup>43</sup>

Међутим, посебан значај за преиспитивање стварног домаћаја принципа *lex scripta* у савременим условима имају законске одредбе о правној заблуди. Заблуди о постојању одређеног *lex scripta*. Све до недавно, кривични законици, готово без изузетка су прихватили принцип *ignorantia iuris nocet*. Сагласно овом, класичном поимању, које је развијано упоредо с класичним поимањем начела законитости, свест о забрањености дела у потпуности је ирелевантна код процене постојања кривичног дела!<sup>44</sup> Иако је основна идеја *lex scripta* у наведеном обавештавању грађана о забрањеном, приликом њиховог кажњавања је потпуно ирелевантно да ли је до овог обавештавања заиста и дошло. Уместо суштинске провере да ли је начело законитости испунило своју гарантивну функцију, прибегавало се правној фикцији – да грађани познају целокупно право, па чак и онда кад су неписмени, односно кад је било у потпуности јасно да нису упознати с његовим садржајем!<sup>45</sup>

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Тако и А. Рос, 56.

<sup>44</sup> Ф. Лист, *Немачко кривично право* (прев. М. Веснић), Београд 1902, 195.

<sup>45</sup> Критикујући овакву поставку, Харт наводи да уколико кривично право активира ову максиму у ситуацијама кад прелази с осуде поступака *mala in se* ка осуди поступака, који су само *mala prohibita*, тада оно нужно премешта своју основу са захтева да сваки одговорни члан заједнице разуме и поштује моралне вредности заједнице ка захтеву да свако познаје и разуме шта је написано законима, Н. М. Hart, „The aims of criminal law“, *Law and Contemporary Problems* 23/1958, 419. Жупанчић, критикујући ову максиму, наводи да је апсурдно да она омогућава кажњавање, чак и у ситуацији када учинилац није знао не само за закон, већ и за постојање саме максиме *ignorantia iuris nocet*, вид. М. Зупанчић, „Criminal Responsibility Under Mis-



У новије време, међутим, у већини савремених кривичноправних система, правна заблуда се под одређеним условима сматра основом који искључује кривицу,<sup>46</sup> а самим тим и постојање кривичног дела. Но, и даље, постоји могућност да учинилац који није знао да је дело забрањено ипак буде оглашен кривим, у случају да је утврђено да је био дужан и да је о овоме могао да има сазнање. Отклоњива правна заблуда остаје у оквирима кажњивости. Отклоњиво непознавање прописа и даље је забрањено!

Како је онда ово „кажњавање необавештених“, па чак и када је необавештеност последица нехатног пропуста, могуће уклопити у општу доктрину о *lex scripta*? Како, уколико до обавештења о писаном праву није дошло, основни постулат начела законитости не представља апсолутну одбрану? Постоји ли суштинска разлика између кажњавања некога ко није знао за инкриминисаност и кажњавања *ex post facto*? Јер, за онога ко није познавао норму, свако кажњавање овом нормом представља примену накнадне инкриминације.

Или, размотримо за тренутак однос правне заблуде и нехатних кривичних дела, односно, позитивни аспект ове корелације – однос познавања инкриминације и нехатног инкриминисаног понашања. Од каквог је значаја претходно познавање кривичне норме које *lex scripta* наводно обезбеђује, код кривичних дела извршених из нехата? Начело легалитета би и овде требало да омогући обавештеном грађанину могућност да прилагоди своје поступке. Но, тиме долазимо у само још један логички ћорсокак. Од каквог значаја је, у смислу обавештеног усмеравања својих поступака, у односу на лице које другог нехатно лиши живота, била чињеница да је познавао пропис који у овом случају предвиђа кажњавање, кад овакав исход он свеједно није желео? Или, посматрано из угла непознавања: да ли је правна заблуда код нехатних кривичних дела уопште основ који и на апстрактно теоријском нивоу, може искључити постојање кривице?

Чини се да се једини могући одговор намеће сам по себи. *Lex scripta* очувао је мало од свог аутентичног значења, из времена када је било могуће познавати кривично право и његове малобројне норме и када су кажњива дела углавном подразумевала умишљајно поступање. Данас је другачије. Данас звучи потпуно прихватљиво да

---

take of Law: The Real Reasons“, *American Journal of Criminal Law*, 13, 37/1985, 42. Оправдавајући аномалију начела *ignorantia juris nocet* Хал (*Hall*) сматра да је ово неопходно за очување правног поретка. „Ми знамо да то није логично“ наводи Хал, „али ни живот није, и ми не можемо приуштити себи да овде будемо логични“, *J. Hall, „General Principles of Criminal Law“*, 1960<sup>2</sup>, 63–64, нав. према М. Зупанчић, (1985), 52.

<sup>46</sup> Види З. Стојановић, *Коментар кривичног законика*, Београд 2006, 128.

„права намера која стоји иза писаног правила није толико у томе да га учини унапред познатим, у шта верују просветитељи, већ пре да га одреди независно од сваког људског памћења“.<sup>47</sup>

### 3.2. *Lex praevia*

Чињеница да се од кривичног закона захтева антиципирање будућности оличена је у забрани његове ретроактивне примене. Кривични закон, који мора бити донет пре извршења дела које инкриминише, нужно је окренут будућим догађајима. Имајући у виду да барата непознатим чињеницама, он истовремено и нужно, у довољној мери, не познаје догађаје које предсказује. У том „слепилу“, закон нужно окамењује будућност из ракуса прошлости и за ову, већ самим тим, постаје сметња.<sup>48</sup>

Наиме, основни проблем с *lex praevia* тиче се управо ове дужности перспекције – предвиђања сутрашњих вредности на основу данашњих мерила. Како у природи, у којој се све креће и мења, предвидети правила која ће једнако важити данас као и за неколико година? Како у друштву које је у непростаном превирању, осмислити норме које ће бити подједнако валидне за различите епохе? На први поглед делује немогуће. Но, начело законитости, управо то захтева.

Сагласно начелу законитости, одређено правило кривичног права, од тренутка када је донето, важи у будућности све дотле док не буде измењено неким другим правилом или у потпуности стављено ван снаге. У том смислу, формално важење норме изједначава се с њеним материјалним – суштинским важењем или њеном реалном вредношћу у одређеном друштвеном тренутку.<sup>49</sup> Чињеница да је одређено кривично дело предвиђено у кривичном закону, подразумева да је то кривично дело друштвено неврдно или, како се то често раније наводило, друштвено опасно.<sup>50</sup> Међутим, са садржинске стране, ово је веома опасно. Јер, као што наводи Кауфман (*Kaufmann*), „обавезујућа снага неког захтева упућеног човеку може произићи

<sup>47</sup> Б. Жупанчич (2006), 38.

<sup>48</sup> Како наводи Фулер: „Зачудо, један од, наизглед, најочигледнијих захтева законитости – да правило донето данас треба да регулише оно што ће се десити сутра, а не оно што се догодило јуче – изазива неке од најтежих проблема целокупне моралности права“, Л. Л. Фулер, 47.

<sup>49</sup> Рос ово неразликовање права (*ius strictum*) и правичности везује за континентално право, А. Рос, 319.

<sup>50</sup> Стојановић у том смислу истиче како управо друштвена опасност неког дела представља материјалну страну предвиђености овог дела као кривичног у закону. Па ипак, на другом месту, упозорава да материјални појам кривичног дела може доћи у колизију с његовим формалним појмом. Вид. З. Стојановић, *Кривично право – општи део*, Београд 2001, 127, 106.

само из његовог садржаја, из исправности, из истинитости онога што је захтевано<sup>51</sup>.

Опасност коју је макар једном осетио сваки кривичар, али најжалост и не мали број грађана, тиче се, дакле, могућности знатног вредносног раскорака између формално важећег правила (инкриминације) и његове материјалне вредности (легитимности инкриминације).<sup>52</sup> Какав је значај *ex post facto* забране, ако се под било каквим условима може дозволити кажњавање појединца, који са становишта важећих моралних полазишта, није имао било какав разлог да поверује да чини забрањено? Или, који с истих полазних основа није могао да наслути да крши правило, чак и уколико је био упознат с његовим постојањем?<sup>53</sup> Озбиљнији нормативно вредносни дисбаланс доводи до ситуације коју помиње Рос (*Ross*): „иако могу класификовати одређени поредак као ‘правни поредак’, могуће је да истовремено сматрам својом највишом моралном дужношћу да збацим тај поредак“.<sup>54</sup>

У том смислу, могуће је уочити четири врсте односа формалног и материјалног важења норме. А – понашање је легитимно инкриминисати и оно је инкриминисано; Б – понашање је легитимно инкриминисати, али оно није инкриминисано; В – понашање није легитимно инкриминисати, али је оно инкриминисано и Г – понашање није легитимно инкриминисати и оно није инкриминисано.

Размотримо сада идеју *lex praevia* у склопу претходне формуле. Имајући у виду одвојеност тренутка стварања инкриминације од тренутка њеног пројектованог важења, неопходно је све наведене односе формалног и материјалног важења норме посматрати у временској перспективи. У сваком од наведених случајева, током краћег или

<sup>51</sup> А. Kaufmann, *Probleme*, (нап. 1), 14, нав. према А. Кауфман, *Право и разумевање права* (прев. Д. Баста), Београд – Ваљево 1998, 163.

<sup>52</sup> У том смислу, интересантно је разликовање две врсте кривичних дела на које се указује у савременој доктрини – оно којим се врши подела на дела *mala in se* и *mala prohibita*. Под првима се подразумевају дела која су зло сама по себи, која представљају кривична дела у свим друштвима и која нису подложна честим променама, као што су на пример убиство или крађа. Друга група дела, како се наводи, зависе само или претежно од процене законодавца у одређеном друштву и одређеном времену и нису истовремено и предмет моралне осуде, као што су, на пример, нека дела из области привредног и финансијског пословања. За ова друга се наводи да представљају кривична дела само због тога што су као таква законом забрањена, вид. З. Стојановић (2006), 128. Увиђајући сличну разлику Жупанчић наводи да постоји две врсте правила: она диктирана самим животом и она диктирана нечијом вољом и моћи. Прва правила назива суштинским, материјалним (*intrinsic rules*) а друга номиналним (*extrinsic rules*), В. М. Zupančič, (1985), 43.

<sup>53</sup> Вид. Н. М. Hart, 431.

<sup>54</sup> А. Рос, 55.

дужег временског периода, може доћи до промене схватања о легитимности инкриминисања одређеног понашања, у оба смера. Понашање које је приликом стварања норме било оправдано инкриминисати, може временом изгубити ову одлику и обратно.<sup>55</sup>

Стварни значај одређене кривичноправне норме представља резултату неколико фактора. С једне стране налазе се фактори времена и степена почетне (не)легитимности, а с друге стране актуелна легитимност инкриминације. Тако се може закључити да ће се иницијално низак степен легитимности одређене кривичноправне норме временом редовно само повећавати. Другим речима, инкриминације чије је битно обележје везаност за одређени тренутак (изразити примери *mala prohibita*), биће редовно неотпорне на временски протек и културну еволуцију.<sup>56</sup> Теоретски, могуће је замислити и обрнуту ситуацију, да иницијално нелегитимна инкриминација, временом, услед промењених околности, постане легитимна, али су овакви случајеви, генерално мање вероватни.

С друге стране, протек времена ће бити од малог или готово никаквог утицаја на кривична дела неспорне легитимности, међу која се првенствено убрајају кривична дела којима се инкриминишу акције усмерене против вредности које сматрамо универзалним.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Финис (*Finis*) у том смислу, између осталог наводи: „Судија који није свестан граница методологије која је довољна за нормална времена неадекватно ће одговорити на абнормалне проблеме. Суочен с револуцијом он ће рећи, на примјер: ‘Суд који своје постојање и надлежност изводи из писаног устава не може дати дејство било чему што не представља закон када се оцењује на основу тог устава’“, Ц. Финис, 286.

<sup>56</sup> Увиђајући овакав однос између норме и друштвене културне потребе Анденис (*Andenaes*) наводи да „у случајевима *mala per se* право подржава морални друштвени код ... у случају *mala quia prohibita* право остаје усамљено“, J. Andenaes, „The General Preventive Effects of Punishment“, *Crime and Justice* 81, 2/1971, нав. према М. Зупанчић (1985), 49, фн. 39.

<sup>57</sup> Овим појмом, између осталих се бави Финис који наводи: „Сва људска друштва показују забринутост за вриједност људског живота; у свима се генерално прихвата да самоочување јесте правилан мотив за акцију и у ниједном се убијање другог људског бића не дозвољава без неког довољно правичног оправдања. Сва људска друштва сматрају стварање новог људског живота добром по себи, осим ако не постоје посебне околности. Нити једно људско друштво не пропушта да ограничи сексуалну активност; у свим друштвима постоји нека забрана инцеста, неко супротстављање безграничном промискуитету и силовању, неке склоности за стабилност и сталност у полним односима. Сва људска друштва показују интерес за истину, путем образовања младих за ствари које нијесу само практичне (нпр. избегавање опасности) него и за спекулативно и теоријско (нпр. религија). Људска бића, која могу да преживе рано детињство само на основу гајења, живе у или на маргинама неког друштва које се стално проширује изван нуклеарне породице и сва друштва исказују склоност ка сарадњи, општем добру над индивидуалном, обавези између појединаца и правди унутар група. Сви знају за пријатељство. Сва поседују неку концепцију о *teum* и *tuum*, о правном основу или својини и о реципрочности. У

Уколико се ова формула пренесе на читав законски текст, видеће се да се, у сваком тренутку одлучивања о неком догађају, у кривичном праву суочавамо с читавим низом инкриминација, изразито различите отпорности на културни еволутивни протек. Пред нама се, баш као и у природним циклусима, појављују инкриминације изузетне свежине (легитимности), оне чија је свежина (легитимност) спорна, а неретко и оне чија је стварна вредност, уколико је икада и постојала, временом престала.<sup>58</sup> *Lex praevia*, тако узима свој данак, а историја људске цивилизације одваја жито од кукоља правде!<sup>59</sup> До које мере захтев за *lex praevia* задаје потешкоће, можда најјасније илуструје постојање читавог низа кривичних дела која се налазе у разним кривичним законцима, за чије извршење никада нико није био кажњен. С друге стране, могли би се сложити да и у савременом кривичном праву постоје радње, попут канибализма, чије би инкриминације свакако било оправдано, али су оне изостављене из закона.

На послетку, и сама идеја законитости укомпонована с накнадном применом закона од стране суда, који и сам, како смо видели, ствара закон, крије у себи специфичну замку. Закони се доносе *pro futuro*, али судије своје одлуке доносе ретроактивно у односу на догађаје на које се односе.<sup>60</sup> Тако и основна „врлина“ закона постаје крајње релативизовна, често до граница пукне форме и смиривања правничке савести.

### 3.3. *Lex certa*

Од сва четири основна атрибута начела законитости, чини се да се *lex certa* у савременим условима суочава с најзначајнијим изазовима. Апсолутно схваћен, овај сегмент подразумева право као скуп јасних и непротивречних норми, при чему је евентуалне нејасноће и

игри су све вриједности, озбиљне или формализоване, или релаксирани и рекреативне. Сва третирају тијела мртвих чланова групе на неки традиционални и ритуални начин који се разликује од њиховог поступања код одстрањивања одпадака. Сва показују бригу за моћ или принципе који се имају поштовати као наднаравна; у једном или другом облику религија је универзална“, Ц. Финис, 93.

<sup>58</sup> Стојановић узроке недостатка материјалне легитимације појединих инкриминација проналази у екстензивно постављеним границама кривичнопропане заштите у савременим друштвима. Такође истиче да се не би „могло рећи да су у савременом кривичном праву, у хијерархији вредности које оно штити, своје право место нашле општечовечанске вредности и добра“, вид. З. Стојановић, (1987), 5.

<sup>59</sup> В. М. Зупанчић, (1985), 45.

<sup>60</sup> Тако Хал наводи да „у одређеном смислу сво право створено путем судске праксе, што укључује и интерпретативну улогу суда, делује ретроактивно. Само фиктивно можемо тврдити да су све радње за које смо након суђења утврдили да спадају у кривична дела, биле то и у тренутку извршења. Чињеница је да је суштински реч о накнадној одлуци која се враћа у прошлост и ставља ауторитативни жиг кривичног дела на раније извршени догађај“, Ј. Хал, 171.

противречности унутар система, могуће отклонити постојећим средствима тумачења.<sup>61</sup> Међутим, на озбиљна оспоравања оваквих поставки наилазимо већ крајем XIX века код реалиста, који, управо супротно, увиђају другачију стварност – да су закони не само изузетно, већ по правилу нејасни, двосмислени, непотпуни и противуречни.<sup>62</sup> Све ово подстиче мишљења, током XX века, нарочито присутна код неопозитивистичких теорија, да право уопште и не егзистира у закону, већ да се ствара тек решењем проблема путем судске пресуде, односно да се у суштини своди на њу.<sup>63</sup> Увиђа се, при том, да законодавац предвиђањем неодређених термина, само чува илузију да баш он, а не судија који ово касније примењује, поставља правило.<sup>64</sup>

Једном речју, по природи своје улоге, при законима који често представљају само веома широки нормативни оквир, судство преузима један део законодавне власти, користећи је у циљу исправљања недостатака који се испољавају у функционисању правног система.<sup>65</sup>

Увиђајући ове феномене, Роско Паунд међу првима указује да право, осим помоћу правила, начела и појмова, регулише односе у друштву и помоћу мерила која називамо правним стандардима.<sup>66</sup> Тој најзначајнијој „пукотини“ у замишљеном свету *lex certa* приписује неколике карактеристике. Пре свега, правни стандарди садрже неки морални суд о понашању, уместо егзактног правног знања захтевају суд здравог разума и релативни су према месту, времену и околностима.<sup>67</sup> И заиста, читава лепеза појмова попут „очигледно несавесног поступања“, „грубог занемаривања дужности“, „штете великих размера“, „очигледно дрског начина“ и слично, доводи до закључка да је нужно озбиљно посумњати у могућност *lex certa*, што, подсетимо, представља један од основних постулата целокупног начела *nullum crimen sine lege*. Законодавци су тек временом дошли до онога што

<sup>61</sup> М. Живковић, „Теорија примене права и кривично право“, *Правни живот* 12/2006, 1003.

<sup>62</sup> О. W. Holmes, *The Common Law*, Boston 1881 (Dover 1991), 181–182. О америчком правном реализму и судском стварању права, вид. више Д. Митровић, *Правне теорије*, Београд 2007, 130.

<sup>63</sup> М. Живковић, 105; Д. Митровић, 133; Г. Вукадиновић, *Теорија права II*, Нови Сад 2002, 60.

<sup>64</sup> А. Рос, 317.

<sup>65</sup> Р. Паунд, *Јуриспруденција III* (прев. Ђ. Крстић), Подгорица – Београд 2000. Вид. више М. Живковић, 1010. Тако и С. М. Благојевић, *Право и стварност*, Београд 1995, 112.

<sup>66</sup> С. Бељански, „Роско Паунд и метафизика правних стандарда“, *Архив за правне и друштвене науке* 3–4 /2006, 1182.

<sup>67</sup> Р. Паунд, *Увод у филозофију права* (прев. Н. С. Крзнарић), Подгорица 1996, 101–102; исти, *Јуриспруденција*, I, 360.

се данас све јасније увиђа! Закон, да би био макар и делимично употребљив, мора свесно остављати овакве „вентиле“, који само наизглед представљају тачке слабљења. Зашто долази до постепеног слабљења начела *lex certa*?

Основни узрок овог процеса налази се у постепеној промени друштвене стварности, на чије обликовање претендује закон. Стари правни пореци одликовали су се нормативном техником која је, услед релативне неразвијености друштвених односа, обухватала најчешће само један друштвени однос или мању групу сличних односа.<sup>68</sup> У друштву недовољно диференцираних интеракција било је примерено инкриминисати крађу овце, на пример, без опасности да таква норма услед недовољне генерализације остане неадекватно решење. Чак је и тумачење права, онакво каквим га данас подразумевамо било мало потребно. Казуистика је обезбеђивала далеко већи степен извесности. Варварски Салијски законик, на пример, није остављао недоумице у погледу могућег поимања појма „покретне ствари“ на које данас наилазимо у сусрету с класификовањем појмова попут „струје“ или „хартија од вредности“. У њему се ишло другачијим методом набрајања, тако да је и онима који су га примењивали, а и онима на које је био примењиван, остајало мало места за креативност у тумачењу. Инкриминисане су крађе кошница, коња, говеда и робова,<sup>69</sup> тако да је тумачење непоузданог појма „покретне ствари“ које се данас примењује, било у потпуности непотребно.

Једноставни друштвени односи обезбеђивали су адекватну „позорницу“ за норме које су, без превише потешкоћа, могле да испуне и најстроже захтеве *lex certa*. Право је могло бити једноставније и јасније, јер су и друштвени односи били једноставнији и јаснији. Културна еволуција се налазила у раној фази.

Са постепеним усложњавањем друштвених односа, све већим бројем интеракција, новим открићима и свеопштим напретком, мења се и техника стварања и формулисања права. Рађа се нова тенденција све уопштенијег нормирања, чији је циљ да нормом обухвати што више сличних друштвених односа, који су се кроз векове фино диференцирали и чији је број постао несагледив.<sup>70</sup> Уместо једноставног, неразвијеног језика, који шаље јасну поруку у свету који познаје малобројне појмове и феномене, развија се све комплекснија лексика, која у комплексном друштву шаље комплексне поруке, стварајући у

<sup>68</sup> С. М. Благојевић, 92,

<sup>69</sup> Вид. чл. 8 и 10 Салијског закона, у Љ. Кандић, *Одабрани извори из опште историје државе и права*, Београд 1992, 112. О казуистичности у раном германском праву, с мноштвом примера, в. више С. Аврамовић, В. Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2007, 205.

<sup>70</sup> С. М. Благојевић, 93.

наизглед истим случајевима различите асоцијације код различитих рецептора. Једноставни појам крађе, који су познавали наши удаљени преци, временом је постао неупотребљив. Требало је инкриминисати случајеве који су се у међувремену појавили и које ранији законписци нису могли предвидети. Откривени су друштвени односи и природни феномени попут сусвојине, поделе на покретне и непокретне ствари, хартија од вредности, електричне енергије и безброј других, којима би било немогуће појединачно посвећивати засебне инкриминације. Било их је неопходно претворити у општији појам који би био подесан у сваком постојећем и будућем случају. Правници су почели да стварају дефиниције, а *lex certa* постепено је губио битку. Културна еволуција се захуктавала.

Тумачење права одавно је постало више од тумачења. С каквом сигурношћу се и надаље може тврдити да суд само примењује право уколико, чак и код традиционалних кривичних дела попут убиства, чији су теоријски и практични концепт наводно довољно разрађени, судска пракса одређује појмове попут почетка живота и тренутка смрти, о чему и данас постоје бројне контроверзе?<sup>71</sup> И где је у том случају ово кривично дело преодминантно одређено: у закону, који предвиђа формулу звану „кривично дело убиства“ или тек у одлукама суда, које овој формули с више непознатих, дају одређени смисао?<sup>72</sup>

Замислимо у овом контексту грађанина, кога кривични закон треба да информише указујући му шта је забрањено, а шта није. Или, шта је теже, а шта лакше кривично дело. Јер, информисаност грађана је један од основних разлога због којих још увек постоји поверење у законитост.

На који начин ослањањем на *lex certa* омогућити старијем грађанину сазнање да ће, уколико кишобраном нанесе модрицу неопрезном возачу ролера, овај његов поступак бити третиран као кривично дело извршено средством подобним да се тело тешко повреди?<sup>73</sup> Да ли је иза инкриминације лаке телесне повреде, заиста мо-

<sup>71</sup> Упор. А. Трешњев, „Привилегована убиства у Кривичном законик у Србије“, *Ново кривично законодавство: дилеме и проблеми у теорији и пракси*, Београд 2006, 155–179; Д. Коларић, *Кривично дело убиства*, Београд 2008, 158–164.

<sup>72</sup> Тако Андре-Висент (*André-Vincent*) наводи: „Правни поредак је конкретно структурисан многобројним индивидуалним актима“. *André-Vincent, „L' abstrait et le concrete dans l' interpretation“ (en lisant English), Lex Archives de Philosophie du Droit 135/1972*, нав. према В. М. Зупанчић, (1985), 50, фн. 41. Жупанчић коментаришући овај став додаје да се „реалност феномена права мора тражити у његовој емпириској основи, где се догађаји стварно дешавају. Према томе, не постоје апстрактне норме, само реалитет случајева у којима је одлучено“.

<sup>73</sup> Став да кишобран представља средство подобно да се тело тешко повреди изражен је у пресуди окружног суда у Београду Кж. 1775/01 од 17. децембра 2001. и



гуће уочити кишобран као могуће средство извршења? Да ли је старији грађанин, чак и уколико редовно прати измене кривичног законодавства уздајући се у начело законитости, заиста имао шансу?

Или, замислимо извршиоца, који је, иако свесно чини кривично дело, уздајући се у начело законитости, чврсто решен да изврши искључиво његов блажи облик. Какве су његове стварне шансе да докучи шта закон подразумева под крађом извршеном на нарочито дрзак начин, уколико је решен да остане у границама понашања које представља извршење основног облика кривичног дела крађе? *Lex certa* би наима, морао да омогући не само јасно упознавање грађана са забрањеним, већ и с тежим и блажим облицима забрањеног!

Но, недаће савесног грађанина, ослоњеног на *lex certa* и решеног да се повинује законским одредбама, не завршавају се с нејасним појмовима и правним стандардима. Кривични закони обилују и другим „пукотинама“ – бланкетним нормама. Наима, савремене инкриминације не само да су често нејасне и пуне „стандарда“, већ обилују и отвореним нормативним клаузулама, помоћу којих се читава, ванзаконски, нормативни скупови, које је неретко веома тешко одредити, уводе у постојећу инкриминацију. Парадокс уверевања у *lex certa* овде је можда најприсутнији.

Да ли је заиста оправдано веровати да је иједном лаику омогућено упознавање с инкриминацијом која садржи у себи бланкетне одредбе попут „кршења правила међународног права“<sup>74</sup> или „кршења прописа о заштити, очувању или унапређењу животне средине“<sup>75</sup>? Реч је о бланкетним одредбама које су у тој мери комплексне да је често и правницима знатно отежано њихово потпуно разумевање. Ово је нарочито изражено у првом од два поменута случаја, имајући у виду да правила међународног права, поред писаног, обухватају и корпус неписаног, обичајног права, које је, између осталог познато и по својој изузетној разуђености и бројним контроверзама.

При томе, при разматрању *lex certa*, треба стално имати на уму да кривично право нису само инкриминације, па ни само институти општег дела, већ управо њихове небројене комбинације! Оно што називамо кривичним делима сагласно класичном концепту су, у ствари, нормативне комбинације дефиниција посебног дела и института општег дела, чији су потенцијални бројеви несагледиви! Зато је и оправдана сумња изражена од стране одређених аутора у могућност формулисања дефиниције општег појма кривичног дела,<sup>76</sup> имајући у

пресуди Општинског суда у Младеновцу К. 41/01 од 11. маја 2001. године, вид. И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, IV*, Београд 2002, 97.

<sup>74</sup> Вид. на пример, чл. 371. Кривичног законика Републике Србије.

<sup>75</sup> Вид. чл. 260. Кривичног законика Републике Србије.

<sup>76</sup> Недовољна јасност савремених закона не препознаје се само у нејасним инкриминацијама већ и у институтима општег дела. Један од карактеристичних

виду да у ствари постоје само комбинације правила, доктрина и начела, која се могу сматрати хипотезама (потенцијалним *praemisa major*), под које подводимо конкретне чињеничне обрасце који се одигравају у реалном животу.<sup>77</sup>

Ипак, за *lex certa* не треба превише жалити! Чак и када би у идеалним условима био остварен идеал *lex certa*, потпуно јасно и одређено кривично право, које заиста покрива све ситуације које је законодавац имао у виду, не препуштајући било шта тумачењу, био би сачињен вероватно најнекориснији закон у историји! Његова ограниченост тренутком у којем је створен и на који се самим тим односи, била би у тој мери изражена, да би то вероватно условило да, тако рећи одмах по његовом доношењу, буде онемогућена његова примена! Једину могућност представљало би, у ствари, предвиђање безбројних конкретних одговора на појединачне животне ситуације – сваки чињенични образац. Само на такав начин начело легалитета би елиминисало нејасноће и слободе и сходно томе свако арбитрерно коришћење овлашћења која проистичу из на њему заснованог кривичног права.<sup>78</sup> Па ипак, чак и када би био остварен успех у овом немогућем подухвату, уместо закона добили бисмо његову негацију!

### 3.4. *Lex stricta*

Четврти сегмент начела законитости гарантује стриктну примену кривичног права само на случајеве који су предвиђени, забрањујући у суштини проширивање инкриминисане зоне путем аналогije. Реч је о сегменту који је у пуној мери повезан с претходним. Наиме, уколико би кривични законици били јасни, уколико би употребљени термини имали чиста значења, питање резоновања путем аналогije се не би постављало.<sup>79</sup> Тешкоће се појављују управо због постојећих нејасноћа, и то је тачка у којој се отвара простор за нежељену аналогiju.

Најкраће речено, аналогija постоји при повезивању сличних, дакле не готово идентичних феномена, када код две или више појава

---

примера у том смислу је и у теорији брижљиво негован општи појам кривичног дела. Када се прочитају законске одредбе које се односе на овај институт стиче се утисак да, иако доктринарно детаљно разрађиван, он највише смисла има управо за доктрину. Веома мало његовог значаја увиђају они који се правом баве у пракси, док је за грађане – лаике, он готово у потпуности неупотребљив! Из њега се наиме, често ни у назнакама не може закључити шта ће вам се у реалном животу догодити будете ли се понашали на одређени начин. Оцена понашања појединца, када једном коначно буде дата, зависиће у претежном смислу од фактора попут схватања судске праксе, коментара закона и слично, који у оваквој дефиницији нису ни поменути.

<sup>77</sup> Б. Жупанчич (2006), 50.

<sup>78</sup> *Ibid.*, 54.

<sup>79</sup> Вид. J. Hall, 177.

постоји одређени број сличних карактеристика, али када је такође уочено и постојање значајних различитости.<sup>80</sup> Треба при томе, правити разлику између аналогije и екстензивног тумачења, што се повремено пренебрегава. Док екстензивно тумачење ипак остаје у границама растегљивих појмова, аналогija у о којој је овде реч излази изван оквира појмова и симбола, чак и при највећем степену њихове „растегнутости“.<sup>81</sup>

Па ипак, традиционално схватање тумачења кривичних прописа, које је у сваком случају, с једне стране у потпуности искључивало аналогiju, а с друге стране изражавало анимозитет према екстензивном тумачењу, повремено је постајало преуска платформа за разрешење тензије створене између окошталог законског правила и непрекидног друштвеног еволутивног тока. У појединим случајевима овај раскорак постајао је у тој мери изражен да је Суд, немогавши да разреши ову тензију у оквирима постављеним од стране *lex scripta*, излазио изван њих посежући за методима тумачења права, који би, и при најблажим критеријумима, морали бити назвати аналогijом. Међу значајније примере те врсте у домаћој пракси убрајају се проширивања појма „покретне ствари“, тако да њиме буду обухваћени и појмови телефонских импулса или рачунарских података код кривичног дела крађе. До овога је долазило у времену када сâм Кривични закон, сагласно тексту и начелу *lex stricta*, није омогућавао кажњавање крађе импулса и рачунарских података, до којих је све чешће долазило у пракси. Никаквим екстензивним тумачењем појма покретне ствари који је у то време постојао, није се могло доћи до ових појмова. Па ипак, судије су биле уверења да овакве случајеве није оправдано оставити ван опсега инкриминације кривичног дела крађе. Било им је неприхватљиво оно што би вероватно било неприхватљиво и сваком добронамерном грађанину неправничког резона. Инкриминација кривичног дела крађе не би имала било каквог смисла уколико би на основу ње било кажњавано одузимање књига, прехранбених производа или новца, а не и одузимање знатних вредности садржаних у другим врстама робе – телефонским импулсима и рачунарским подацима, само зато што појам покретне ствари у то време није обухватао и ове вредности. Аналогija је премостила јаз настао између законске статичности и друштвене еволуције.

У поменутиим случајевима, судије тога времена биле су сведоци појаве која је у литератури називана *контрадикцијом*. Тако је још почетком прошлог века Спасојевић уочио да се формулисањем закона прекида ток слободне друштвене еволуције као природног друшт-

<sup>80</sup> *Ibid.*, 173. Детаљније вид. С. Пихлер, „Аналогија у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1–2/1971, 147–157.

<sup>81</sup> J. Hall, 177.

веног процеса, уз истовремено заснивање статичне правне норме.<sup>82</sup> Тиме се у примени закона појављује тензија која се огледа у контрадикцији између формулисаних и статичних норми и динамичних друштвених стварности, која је изложена непрекидним еволутивним променама. Нова друштвена ситуација тражи ново законско решење. У условима када је решење немогуће пронаћи у неприлагођеном закону, тумачење не може свој предмет тражити једино у кодификованом законодавству, већ се спонтано окреће целокупној материји, чиме његова област постаје далеко пространија.<sup>83</sup> Иако се Спасојевићево истраживање односило првенствено на област приватног права, проблеми и солуције се свакако односе и на оне с којима се среће кривичноправна област.

Шта се даље догодило с појмовима телефонских импулса и, у новије време, рачунарских података и програма? Након што је суд искорачио и аналогијом, која је у кривичном праву начелно забрањена, проширио појам покретне ствари и на ове појмове, друштвена еволуција је у следећем кораку довела и до еволуције закона. Реформе кривичног законодавства конвалидирале су раније прихваћене ставове судске праксе, тако што су ове измене постепено уношене у законски текст. Овај специфични *perpetuum mobile* на тај начин представља тихи и спори, али веома значајни модус прилагођавања закона и законитости новим условима, а у извесном смислу и модус њиховог очувања, уз незаобилазну улогу суда.

(Рад ће се наставити у наредном броју часописа.)

Miodrag Majić, PhD

President of the First Municipal Court in Belgrade

## PRINCIPLE OF LEGALITY – NORMATIVE AND CULTURAL EVOLUTION

### *Summary*

The principle of legality has always been considered one of the main principles in criminal law. Such approach has caused a relatively uncritical position towards the principle which has usually been considered a value which is not subject to any additional valuation. Neverthe-

---

<sup>82</sup> Види више Ж. Спасојевић, *Аналогија и тумачење – прилог проучавању метода у приватном праву* (прев. Б. Марковић), Београд 1996.

<sup>83</sup> *Ibid.*, 51.

less, in the paper the author considers the principle of legality from a different point of view – its power of resisting continuous evolutionary changes. Thus, he perceives that the principle of legality is an evolutionary phenomenon itself which, being such, necessarily competes with other evolutionary features of a specific moment. Thus, inalterability of written norms, being one of the main characteristics of the principle of legality, necessarily causes a tension towards products of the cultural evolution, the result of which is diminishing of the original significance of the very principle of legality, if understood in the classical sense.

Four basic segments of the principle of legality (*lex scripta, praevia, certa* and *stricta*) are conceived so as to jointly form a formula sufficient for protection of an individual from voluntary punishment, thus providing a „correct“ and predictable criminal law. Nevertheless, in the contact with new circumstances, some segments of the principle themselves show weaknesses and failure to adjust to contemporary social but also criminal and legal flows. Relative predictability of evolutionary changes during the Age of Enlightenment, which is the period when the principle arose, provided trust in the principle of legality bearing in mind that social changes were slower and less significant. Contemporary social circumstances are characterized by acceleration of innovations, diversifications and imitations. The changes which used to take centuries today occur in a few months or years.

In order for the principle of legality to survive and retain its indisputable function of a guarantor, it is necessary to find the mechanisms which will enable overcoming of the normative and cultural evolutionary tension. The author finds such mechanisms in various types of deviations from the principle of legality, some of which occur within the laws themselves, whereas the others come from the out-of-law sphere. Nevertheless, both substantially represent the mechanisms ready for fast value adjustment in increasingly frequent situations where the norm is not flexible enough. The basic role in implementation of the new model would belong to the Court which would henceforth not only interpret but also increasingly make law. Thus, instead of the initial and final determinant of punishing, the law would more and more often represent only the initial cultural factor which would indicate a specific cultural direction to the court which would transform the same into the current criminal law.

This is the only way, the author states, for the principle of legality to avoid the destiny of a number of very important cultural achievements which, due to non-adjustment, remained evolutionarily outdated, retaining solely the traditional significance.

Key words: *Principle of Legality. – Criminal Law. – Evolutionary Changes. – Norm. – Law Changes. – Judge made Law.*