

Судија др Миодраг Мајић

(преузето из часописа "Анали правног факултета у Београду", бр. 2/2009)

НАЧЕЛО ЛЕГАЛИТЕТА – НОРМАТИВНА И КУЛТУРНА ЕВОЛУЦИЈА (II 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 само представља еволутивни феномен, који као такав нужно долази у конкуренцију са 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 само 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 са 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 убрзања 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 чешићим случајевима када норма не поседује довољну флек-

сибилност. Основну улогу у примени новог модела имао би суд, који би убудуће не само тумачио, већ све више и стварао право. Закон би пак, уместо полазне и завршне детерминанте кажњавања, све чешиће представљао само полазну културну 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.*

4. МОДЕЛИ ПРЕВАЗИЛАЖЕЊА НОРМАТИВНО-КУЛТУРНЕ ЕВОЛУТИВНЕ ТЕНЗИЈЕ (ОДСТУПАЊА ОД НАЧЕЛА ЛЕГАЛИТЕТА)

У ситуацији када одређена норма постане „еволутивна кочница“, могуће је уочити два основна вида превазилажења насталог проблема. Оба модела, у суштини, представљају специфичне видове одступања од начела легалитета *stricto sensu* и имају исти циљ – омогућавање даље културне еволуције.

Први модел би се могао назвати *интерним* или *законским* моделом превазилажења тензије. Његову основну карактеристику представља превазилажење поменутог сукоба коришћењем нормативних механизма, чиме се омогућава формално очување начела легалитета и минимизација штете. Други модел би био *екстерним* или *ванзаконски*. За разлику од претходног, основна карактеристика овог модела је та да се нормативно-културна тензија разрешава посезањем за ванзаконским средствима. Штета по начело, овде је далеко израженија.

Међутим, пре упуштања у даља разматрања поменутих модела, потребно је учинити још једну напомену. Стриктно поимање максиме *nullum crimen, nulla poena sine lege* могло би довести до закључка да одступање од начела легалитета постоји искључиво у случајевима кажњавања за дела која нису од раније предвиђена законом и изрицања санкција које претходно законом нису биле прописане. У том смислу, у чл. 1 Кривичног законика Републике Србије је предвиђено да „никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено“.¹ Лезичким тумачењем ове одредбе

¹ Чл. 1 Кривичног законика Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 (испр.) и 107/05 (испр.). О начелу легалитета у домаћем законодавству

могло би се закључити да она предвиђа искључиво екстензивну, али не и рестриктивну забрану. У том смислу, постоје схватања да декриминализација, односно сужавање криминалне зоне (некажњавање за кривично дело предвиђено законом), не би представљали одступање од начела *nullum crimen*, већ пре повреду начела легалитета код кривичног гоњења.²

Са овим се ипак, само делимично можемо сложити. Наиме, тачно је да, уколико се у обзир узме искључиво основна формулација начела *nullum crimen*, произлази да обрнут случај – некажњавање за предвиђена кривична дела (декриминализација), овим начелом није забрањен. Уколико не дође до кажњавања за кривично дело увреде учињено у предизборној кампањи, на пример, уз уверење да је ово кривично дело превазиђено у културно-еволутивном смислу, стриктно гледано, још увек није учињено ништа што максима *nullum crimen* забрањује. И даље, није створена нова инкриминација или нова санкција, већ је само постојеће кривично дело, у конкретном случају, декриминализовано.³

Међутим, чини се да сагледавање овог питања са нешто другачијег становишта, може довести до сасвим другачијег закључка. Начело забране кажњавања за непредвиђена кривична дела нужно у себи носи још једну забрану – забрану некажњавања за предвиђена кривична дела! Само заједно обе ове забране творе оно што би, по нашем мишљењу, морало обухватати класично поимање начела законитости.

Размотримо ову тезу мало детаљније. Полазна тврдња да *нема злочина ни казне без закона*, у даљем кораку нужно садржи и тврдњу да *се само законом могу предвиђати злочини и казне*. Искључиво легислативно инкриминисање за нужну последицу има, као другу страну, и *искључиво легислативно неинкриминисање*, имајући у виду да је у кривичноправном смислу дозвољено све оно

вид. С. Стругар, „Начело легалитета и чл. 4. ст. 2. Кривичног законика“, *Анали Правног факултета у Београду* 2–3/1964, 164–181.

² Вид. З. Стојановић, *Коментар кривичног законика*, Београд 2006, 27. Па ипак, Стојановић на другом месту коментаришући институт „дела малог значаја“ наводи да се код овог института „донекле крије опасност *слабљења начела законитости* (истакао М. М.), и продора арбитражности, јер се дозвољава да суд (у пракси и надлежни тужилац одлучујући по кривичној пријави) да превагу материјалном критеријуму и онда када су испуњени сви елементи кривичног дела“, прихватајући на тај начин да у ширем смислу, од начела легалитета може бити одступљено и код рестриктивног приступа. Вид. З. Стојановић (2006), 85.

³ Од значаја за разумевање пуне улоге коју начело легалитета има у одређеном правном систему су и одредбе којима се регулише опортунитет кривичног гоњења. О овом питању вид. С. Циглер, „Дискрециона оцена као критеријум разграничења начела легалитета и опортунитета кривичног гоњења“, *Анали Правног факултета у Београду* 6/1994, 635–652.

што кривичним законом није забрањено. Предвиђајући кривична дела и кривичне санкције закон истовремено у негативном смислу предвиђа и шта све није кривично дело, као и шта све не сме бити коришћено као кривична санкција. У том смислу, јасно је да би ванзаконска декриминализација повредила искључиво право закона на *неинкриминисање*, што би нужно морало бити оцењено као повреда начела легалитета. Супротан став довео би до тога да поред прихватања начела *nullum crimen, nulla poena sine lege*, у појединим случајевима паралелно прихватимо и постојање супротног начела *nullum crimen, nulla poena cum lege*, што би довело до логичког нон-сенса!

Имајући у виду претходну аргументацију, у даљем тескту ће оба поменута случаја (шири и ужи смисао негације начела легалитета) бити третирана као облици одступања.

4.1. Интерни или законски модел

Поједини видови одступања од стриктне примене начела законитости, налазе се већ у самим законским решењима. Наиме, континуирани еволутивни процеси и перманентне промене у поимању друштвених вредности, принудили су и сам закон на то да у појединим случајевима одступи од начела законитости! Увиђајући лимите стриктне примене начела легалитета о којима је у претходним редовима било више речи, законодавци су под притиском културних еволутивних промена, с циљем очувања логичке конзистентности и оправданости закона, морали да предвиде одређене изузетке од максиме *nullum crimen*.

Један од оваквих интерних модела одступања представља данас општеприхваћено начело *примене блажег закона*. Сагласно овом начелу, у ситуацијама када је нови закон блажи по учиниоца од оног који је важио у време извршења кривичног дела, одступа се од основног начела *tempus regit actum*.⁴ Супротно *lex praevia* на учиниоца се у овим случајевима кривични закон ретроактивно примењује. Уколико се овај веома значајан изузетак ближе сагледа, може се видети да се међу основним узроцима његовог настанка налазе управо културне еволутивне промене. Наиме, декриминализације одређених понашања или њихово блаже кажњавање, суштински представљају промене вредновања тих понашања са становишта доминантне друштвене културе, олично у нормативном трансформисању. Временом се стриктно поимање начела *nullum crimen, nulla poena sine lege* нашло у логичком раскорак са овим еволутивним процесима.

⁴ У домаћој литератури о различитим аспектима примене блажег закона вид. Д. Николић, „Блажи кривични закон“, *Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу*, Београд 2008.

Наиме, насупротив почетном ентузијазму који је пратио начело законитости, почеле су се јављати ситуације у којима се управо забрањена ретроактивност јављала као последња шанса за превазилажење нормативно-културне тензије. Постало је јасно да би, упркос потреби за стриктним поштовањем начела легалитета, било неприхватљиво кажњавати понашања која су у међувремену у одређеном друштву престала да буду сматрана опасним, чак и уколико су таквима сматрана у време када су предузета. Начелу легалитета, да не би било потпуно обесмишљено, морало је бити придодато суштински супротно начело – оно које би у оваквим случајевима предвиђало могућност примене каснијег, блажег закона.⁵

Но, иако је данас, узимајући у обзир устаљену аргументацију, тешко наћи озбиљније замерке начелу сагласно којем је дозвољена примена каснијег блажег закона, са нешто другачијег културно еволутивног становишта ствари не морају изгледати тако јасне. Наиме, може се поставити питање оправданости разлога који доводе до тога да се искључиво један културно еволутивни правац, онај који погодује окривљеном, узима као довољно релевантан за одступање од начела *nullum crimen*. Уколико се већ одступа од начела легалитета као основног у случају значајније промене културног курса, није ли онда оправдано оваква одступања толерисати у оба смера – и оном који је повољнији, али и оном који је мање повољан по окривљеног? Чини се да у поменутом случају ипак превладава осећање постојања генералне неједнакости страна у читавом процесу – с једне стране моћне државе која води кривични поступак и с друге – немоћног појединца, окривљеног. У том смислу, слабијој страни у поступку чине се уступци како би се ова неравнотежа у што је могуће значајнијој мери ублажила. Само тако могуће је и са етичког становишта оправдати чињеницу да се жртви не пружа сатисфакција у виду строжег кажњавања учиниоца у ситуацији када је културни еволутивни ток кренуо у другачијем смеру, оном који захтева строже гледање на дело које је учињено на њену штету.⁶

⁵ У том смислу Фулер наводи да „...када ствари пођу накриво, ретроактивни закон постаје неопходан као куративна мера; мада је правилно кретање закона напред у време, ми каткада морамо да се зауставимо, окренемо и покупимо делове“. У том смислу, истиче да давање ретроактивног дејства правном правилу у одређеним случајевима, а све процењено кроз систем у којем су правила генерално проспективна, не само да постаје прихватљиво већ може бити и пожељно у том смислу да постаје битно за остваривање саме идеје законитости! Вид. Л. Фулер, *Моралност права* (прев. М. Ивић), Подгорица 1999, 56.

⁶ На дубиозност полазних претпоставки читавог концепта утиче и чињеница да поједина законодавства, међу која спада и наше, предвиђају другачије критеријуме када је реч о законима са одређеним временским трајањем. Овде се, за разлику од општег начела, увек примењује тај закон без обзира на време суђења, не узимајући у обзир правила о примени блажег закона, осим уколико самим законом чије је трајње

С друге стране, неопходно је истаћи још нешто. Константно присуство нормативно-културне еволутивне тензије у различитим облицима може се уочити и на основу различитих потешкоћа до којих долази у поступку утврђивања блажег закона, нарочито када је реч о променама у погледу казних распона.⁷ Потешкоће на које се овде наилази у суштини рефлектују генерални проблем недовољности закона као средства којим се означавају софистициране промене на плану културе. Наиме, и у ситуацији када у одређеном историјском тренутку постане јасно да се културне промене крећу у другачијем смеру, често је далеко теже ове промене нормативно, једнако јасно изразити и од стране оних који норму примењују, препознати. Тако се дешава да и поред уверености у намеру законодавца, збуњује одређено нормативно решење које не показује ни близу такав степен јасности колики је био присутан код полазне вредносне претпоставке.

Законско одступање од начела легалитета у ширем смислу, у складу са оним што је претходно речено, представљају и одредбе о искључењу противправности код дела малог значаја. Оваква законска могућност предвиђена је у случајевима где, и поред остварености свих законом предвиђених обележја кривичног дела, недостаје кривична противправност у материјалном смислу.⁸ Начело легалитета *stricto sensu* и овде показује своје мањкавости. Полазна претпоставка да ће бити могуће само законом предвидети која су дела забрањена осуђена је схватањем да постоје радње које би, иако су обухваћене елементима инкриминације, сагласно доминантним вредносним схватањима због своје багателности било бесмислено кажњавати. Институт дела малог значаја (раније незнатне друштвене опасности), представља један од значајнијих „комуникационих вентила“ помоћу којег норме кривичног права долазе у контакт са изваннормативним културним системима попут морала или обичаја.⁹ Да не постоји ова законска могућност, начело легалитета би примом-

ограничено није предвиђено нешто друго (вид. чл. 5 ст. 3 КЗС). Образлажући овакво решење Стојановић наводи да је реч о ванредним ситуацијама у којима се реагује доношењем закона који су строжи. Имајући у виду трајање кривичног поступка у многим случајевима не би могло доћи до примене таквих закона, па би се, уколико би се дозволила примена блажег закона изгубио њихов смисао и циљ јер се не би могли применити у односу на већину кривичних дела учињених за време њиховог важења. Вид. З. Стојановић (2006), 40–41.

⁷ Вид. З. Стојановић (2006), 35–41.

⁸ З. Стојановић (2006), 85.

⁹ Тако Стојановић, иако негира да се код неправног пасивног подмићивања (чл. 367, ст. 2 КЗС), имајући у виду прописану казну, може применити институт дела малог значаја, наводи да се у случају уобичајених поклона мале вредности у одређеним ситуацијама може узети да није реч ни о радњи кривичног дела, уколико је реч о социјално адекватном понашању које је друштвено прихватљиво и које је у складу са друштвеним нормама и обичајима. Вид. З. Стојановић (2006), 768. Евидентно је да прихватање оваквог става, који полази од нужности комуникације

равало на кажњавање свакодневних „крадљиваца“ хемијских оловака по канцеларијама или шалтерских радника који „примају мито“ у виду кафе и чоколаде од странака. Број кривичних поступака би се неслућено повећао, а могуће је да би само ретки избегли кривични прогон, имајући у виду да је доминантна култура један број „крађа“ и „примања мита“ превела у сферу дозвољеног понашања. Неслућени процват робне производње, као еволутивни феномен, изискивао је честе промене у поимању појма ствари и њихових вредности. Данас је, такође, тешко наслутити шта ће се у следећим генерацијама сматрати багателним вредностима. Али, имајући у виду претходна искуства, није искључено да ће крађа мобилног телефона или поклањање лап-топ рачунара државном службенику, за деценију или две, бити третирани као дела малог значаја, чак и уколико се ни најмање не промени кривични закон. Начело легалитета и његов опстанак биће и даље у значајној мери омогућени одредбом која оставља могућност одступања у случајевима који се с актуелног вредносног становишта сматрају багателним поступцима.

Нешто другачији вид интерног одступања од начела законитости представља примена такозваних *бланкетних норми*. Реч је о нормативном упућивању код којег се примена кривичног прописа измешта са плана чисте инкриминације ка изванзаконском пропису. Дакле, уместо предвиђања кривичног дела законом, што представља основу начела легалитета, овде се предвиђање забрањеног понашања дистрибуира између неколико различитих нормативних аката. На тај начин се, тек повезивањем две или више норми у јединствену целину, долази до првобитног претпостављеног значења.

Баш као и у претходним случајевима, само на другачији начин и код бланкетних норми, процес нормативне еволуције временом је изнедрио специфичан варијетет – одређену врсту „вентила“ у затвореном нормативном систему, који омогућава да се читав систем подешава и усаглашава са културним еволутивним током, без потребе за његовом потпуном модификацијом. Уместо да сваки пут када дође до промене вредносних схватања на плану заштите животне средине на пример, приступи измени кривичног закона, законодавац се определио да ову измену врши посредним путем – ослањајући се на промене норми до којих долази у другим актима који регулишу ову област. Тако се разрешава нормативно-културна еволутивна тензија, уз очување привида да се кривична норма и даље налази у кривичном закону, иако је сасвим извесно да се у случају бланкетних прописа њени најзначајнији делови налазе потпуно изван њега, и да од овог изванзаконског материјала у потпуности зависе!¹⁰

кривичних норми са другим вредносним системима, подразумева и значајније одступање од начела легалитета него што је то случај са делом малог значаја.

¹⁰ Срзентић, Стајић и Лазаревић наводе да је егзистенција бланкетне норме зависна од постојања друге норме и уколико не постоји ова друга, онда не постоји

Као посебан вид одступања од начела легалитета важно је поменути и случајеве *eiusdem generis* код којих се, у извесном смислу, сама законска правила позивају на примену аналогије. То су они случајеви када се у самој инкриминације најпре *exempli causa* набрајају одређене радње, након чега следе опште формулације које указују на примену одредбе у односу на лица или ствари исте врсте као она набројана.¹¹ Иако се, како је у претходном делу рада наведено, у традиционалном кривичноправном концепту управо, као једна од основних карактеристика, истиче *lex stricta* односно забрана проширивања инкриминације путем аналогије, нису ретке савремене кривичноправне норме код којих се управо може уочити приступ који са овом има највише сличности.¹² И овде је, као и у претходна два наведена случаја, могуће уочити нормативну технику која је прилагођена условима константне промене на плану изваннормативних еволутивних кретања. Законодавац у појединим случајевима, свестан немогућности предвиђања свих могућих радњи извршења који ће у будућем еволутивном току водити сличним исходима, оставио изузетно широке појмовне одреднице које у суштини позивају управо аналогију као метод тумачења.

На послетку, значајну „пукотину“ у затвореном систему оличеном у начелу легалитета представљају и раније поменути правни стандарди. Њима се такође оставља простор за својеврсну културну комуникацију кривичне норме сачињене од појмова и вредности једног еволутивног тренутка, са појмовима и вредностима будућности.

4.2. Екстерни или ванзаконски модел

Код екстерног модела, за разлику од претходног, одступање од начела легалитета не заснива се на одређеној законској норми. У оваквим случајевима начело законитости се напушта позивањем на одређени ванзаконски вредносни систем, који се може бити институционалног или ванинституционалног карактера.

ни прва норма (уколико нема прописа о ценама одређене робе онда не постоји ни норма о продаји робе по већој цени од прописане). Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, *Кривично право Југославије*, Савремена администрација, Београд 1998, 108.

¹¹ А. Касезе, *Међународно кривично право* (прев. О. Рачић, В. Хаџи-Виденовић, М. Милановић), Београд 2005, 179–180.

¹² И у савременом српском кривичном праву могуће је пронаћи инкриминације код којих се радње извршења одређују *exempli causa* након чега се појам радња проширује и на сличне поступке. Вид. на пример, чл. 247 КЗС (Омогућавање уживања опојних дрога) или чл. 290 КЗС (Угрожавање саобраћаја опасном радњом или опасним средством).

Но, без обзира о којем од ових подмодела је реч, до одступања од начела легалитета долази услед уверења да је закон у нескладу са одређеним вредносним кретањима и да је мања штета напустити закон, него одступити од одређених вредности које овим нису адекватно заштићене.

4.2.1. Непосредна примена међународног кривичног права

У савременом кривичном праву вероватно најзначајнији вид екстерног одступања од начела законитости позивањем на други институционални систем представља непосредна (директна) примена међународног кривичног права.¹³ У случају о којем је реч национални суд примењује међународно кривичноправно правило које претходно није имплементирано у национални правни систем, искључиво на основу схватања о његовој обавезности.¹⁴ При оваквом дефинисању непосредне примене норми међународног кривичног права, ипак је потребно учинити неколико напомена. Наиме, директно позивање на међународни пропис не значи да је искључено било какво „ослањање“ на унутрашње норме одређеног националног правног система. Често ће се основ позивања на међународно кривичноправно правило налазити управо у упућујућим нормама Устава, при чему ће од степена општости упућујуће норме зависити и мера у којој ће примена међународног кривичног права бити непосредна. Међутим, од суштинског значаја за овај вид примене је чињеница да норма која се примењује и на тај начин уводи у национални кривичноправни систем, претходно није била имплементирана, односно још конкретније, није била предвиђена националним законом, како то захтева начело легалитета.

С друге стране, треба имати у виду да одређени аутори под појмом непосредне примене подразумевају и случајеве у којима национални судови неимплементира међународна правила употребљавају у поступку тумачења имплементираних међународних норми.¹⁵ Иако је тешко не сложити се са тврдњом да у ширем смислу и оваква „употреба“ међународног кривичног права представља од-

¹³ При томе треба истаћи да међународно кривично право само делимично представља институционални систем у пуном смислу, имајући у виду почетну фазу његовог развоја и то, како корупса материјалног права, тако и институција које ово примењују. Ипак, на овом месту компаративно посматрано, институционалне карактеристике међународног кривичног права претежу, имајући у виду да му се у даљим излагањима супротстављају модели код којих долази до примене ванинституционалних норми, попут правила морала или обичаја.

¹⁴ Тако и W. N. Ferdinandusse, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, The Hague 2006, 1.

¹⁵ B. A. Wyrozumska, „Direct application of the Polish Constitution and International Treaties to Private Conducts“, *Polish YIL* 25, 5/2001, 19; W. N. Ferdinandusse, 8.

ређени вид његове непосредне примене на националном нивоу, непосредну примену првенствено везујемо за случајеве у којима суд директно и на основу међународне нормe доноси одлуку, без позивања на домаћу инкриминацију, оступајући тако на најдрастичнији начин од класичног поимања начела законитости.

Међународно кривично право, као што је претходно наведено, такође представља одређени нормативно-вредносни систем. Културна схватања која овај систем изражава, за разлику од оних постојећих на националном нивоу, представљају минимална вредносна поимања наднационалног карактера. Због тога се универзална културна еволуција може наћи, а често се и налази, у нескладу са културним схватањима на нивоу мање групе (нације). У том смислу, могу се уочити и разлике у циљевима и начинима њиховог остваривања између националног и интернационалног система казнене правде.¹⁶

Међутим, можда је још значајнија карактеристика међународног кривичног права да оно, утичући на хармонизацију различитих националних правних система, утиче и на хармонизацију одређених вредносних схватања међу различитим културама. Инсистирање на кажњавању ратних злочина или непримењивању свирепих облика кажњавања, доприноси постепеном уједначавању вредности у различитим културним моделима. Идеално замишљен систем интеракције националног и међународног кривичног права представљао би својеврсни *perpetuum mobile*. Културно и нормативно најразвијенији национални правни системи служили би као системи узори (даваоци) одређених вредносних и нормативних решења, која би опет, путем међународне кривичноправне сфере била дистрибуирана на национални ниво, оним националним правним системима који нису досегли одређени ниво културне и нормативне еволуције.

Непосредној примени међународног кривичног права, као једном од најдрастичнијих видова одступања од начела легалитета који и данас изазива бројне контроверзе, приступали су национални правни системи при суочавању са дефицитима сопственог кривичног права. У том смислу, може се уочити да су у скорије време најбројнији случајеви забележени у бившим социјалистичким земљама. Суочавајући се са злочинима извршеним под окриљем бивших режима, један број ових јурисдикција наишао је на препреку у виду недовољности националних кривичних права, која често нису пружала адекватну основу за кажњавање извршилаца међународних кривичних дела.

Један од карактеристичних примера у том погледу представља Мађарска, која је наишла на проблем немогућности кажњавања из-

¹⁶ B. 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*, Eres 2002, 79–155.

вршилаца кривичних дела као што су лишавање живота цивила приликом демонстрација и егзекуција дисидената којима није претходио судски поступак, која су вршена од стране бившег режима. Наиме, третирање ових злочина као „обичних“ кривичних дела према постојећем националном законодавству довело би до немогућности кажњавања њихових извршилаца, имајући у виду да је већина њих у то време била застарела. При томе, како је већина ових злочина извршена током совјетске инвазије 1956. године, постојало је уверење да највећи део њих представља злочине против човечности или ратне злочине, који нису били инкриминисани домаћим законодавством. Све ово довело је до познате одлуке Уставног суда Мађарске по овом питању, где се између осталог наводи да „правила о ратним злочинима и злочинима против човечности, несумњиво представљају део међународног обичајног права“, као и општих принципа признатих од стране међународне заједнице, те су као таква непосредно примењива у правном поретку Мађарске.¹⁷ Даље образлажући овакав свој став, који представља озбиљно напуштање начела легалитета, Уставни суд је навео како је „значај ратних злочина и злочина против човечности ... сувише велики да би се дозволило да њихово кажњавање зависи од поковавања или опште кривично правне политике индивидуалних држава“.¹⁸

Овакво схватање највише судске инстанце, довело је до покретања читавог низа поступака у којима су непосредно примењене Женевске конвенције из 1949. године, односно обичајно међународно право које је у њима кодификовано. На тај начин је од стране мађарских судова нормативно-културна еволутивна тензија, до које је дошло након промене комунистичког режима, отклоњена непосредном применом међународног кривичног права, односно одступањем од стриктног поштовања начела легалитета.¹⁹

Када је реч о непосредној примени међународног кривичног права као облику одступања од начела законитости, од значаја су и Уставне одредбе које се појављују у појединим националним системима. У том смислу, интересантно је навести да се у чл. 42 (1) Устава Пољске, након позивања на начело законитости у класичном смислу, наводи да „овај принцип неће спречити кажњавање било које радње

¹⁷ Одлука Уставног суда Мађарске бр. 53/1993, 281.

¹⁸ *Ibid.*, 278.

¹⁹ Тако је на пример у случају Салготарјан из 1994. године суд непосредно применио чл. 2 и 3 (а) Четврте женевске конвенције, истичући да је упућујућа одредба чл. 7 (1) Устава деклараторног карактера, док су међународна кривична дела непосредно примењива *per se*. В. Ј. Udvaros, „Ungarn“, *Strafrecht in Redaktion auf Systemunrecht: Polen, Ungarn* (eds. А. Esser, J. Arnold), Freiburg im Breisgau 2002, 267, цит. према W. N. Ferdinandusse, 80.

која у време чињења представља кривично дело према међународном праву²⁰,²⁰ чиме се начело легалитета озбиљно доводи у питање.

Сматрамо да и Устав Србије из 2006. године, додуше на нешто посреднији начин, оставља простор за непосредну примену међународног кривичног права.²¹ Наиме, у чл. 16 Устава наводи се да су „општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни ... део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују“. Како је у даљем тексту истог члана искључиво за потврђене међународне уговоре предвиђено да морају бити у складу са Уставом, на основу *argumentum a contrario* може се закључити да су општеприхваћена правила међународног права непосредно примењива и када нису у складу са Уставом, који у чл. 34 на класичан начин предвиђа начело законитости.²² Имајући у виду да општеприхваћена правила међународног права несумњиво обухватају *ius cogens* злочине, то би даља анализа ове одредбе показала да би непосредна примена ових међународних кривичних дела била могућа чак и у одсуству законске инкриминације.²³

²⁰ Мишљење да Пољски устав омогућава непосредну примену међународног кривичног права дели и Поморски, В. S. Pomorski, „International Law in the Polish Municipal Legal Order: a historical overview and the Current Constitutional Status“, *International and National Law in Russia and Eastern Europe: essays in honor of George Ginsburgs* (eds. Ginsburgs, et al.), The Hague, Boston 2001, 295–317.

²¹ Вид. М. Мајић, „Непосредна примена међународног кривичног права у домаћем кривичном законодавству: могућности и потешкоће“, *Усаглашавање кривичног законодавства са Уставом Србије*, Копаоник 2008, 187–212. За случај из новије праксе Окружног суда у Београду где се у одлуци суда потврђује ова теза, вид. М. Мајић, „Непосредна примена међународног кривичног права пред домаћим судом – случај ‘Егнер’, *Билтен Окружног суда у Београду* 79/2009, 7–20.

²² Од значаја за ову област је и Правно схватање Кривичног одељења Врховног суда Србије од 25.11.2008. године, којим се, позивањем на одлуке Европског суда за људска права, у извесном смислу редефинишу инкриминације домаћег законодавства у погледу кривичних дела против части и угледа. У наведеном схватању се наводи да су „границе прихватљиве критике ... шире када је реч о јавним личностима у односу на приватна лица. За разлику од обичних грађана, који то својство немају, јавне личности су неизбежно и свесно изложене помном испитивању сваке своје речи и дела како од новинара, тако и од јавности уопште, те стога морају испољити већи степен толеранције“. Иако би детаљнија анализа поменутог схватања, те указивање на одређене нејасноће које су у њему присутне, превазишла границе овога рада, на овом месту истичемо да је евидентно реч о одступању од стриктног поимања начела законитости позивањем на међународне правне стандарде, имајући у виду да сам текст Кривичног законика не даје основа за разликовање јавних и нејавних личности као оштећених у овим случајевима.

²³ Значајно је напоменути да је одредба раније важеће Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора, још експлицитније предвиђала примат међународног права. Чланом 16 Повеље било је предвиђено да „ратификовани међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права имају примат над правом Србије и Црне Горе и правом држава чланица“.

Примере непосредне примене међународног кривичног права могуће је наћи и у другим системима континенталне правне традиције, иако је принцип *nullum crimen* на континенту традиционално имао већи значај. Тако су у Француској у познатим случајевима *Барби*,²⁴ *Тувиле*²⁵ и *Папон*,²⁶ окривљени оглашени кривим за злочине против човечности извршене током Другог светског рата, иако француско кривично законодавство у то време није предвиђало ова кривична дела. Поступци у свим овим случајевима, заснивали су се махом на дефиницији предвиђеној у Нирнбершком статуту, а судови су заузели став да злочини против човечности представљају посебну врсту кривичних дела чија кажњивост не зависи од њихове инкриминисаности у националном кривичном законодавству.

У случају *Глобке* из 1963. године, Врховни суд Источне Немачке стао је на становиште да је чл. 6 Нирнбершког статута непосредно примењив на основу опште упућујуће уставне норме.²⁷ Слично томе, у случају *Фишер* из 1966. године, где је суђено немачком доктору за злочине извршене у Аушвицу, Врховни суд је подржао непосредну примену Нирнбершког статута, налазећи да је ова неопходна ради правилне карактеризације извршених злочина, имајући у виду да национално кривично право не обухвата и не инкриминише у потпуности све аспекте извршених дела.²⁸

Примера непосредне примене међународног кривичног права у различитим правним системима има још, али би се њиховим разматрањем иступило из предвиђених оквира овога рада.²⁹ На овом месту, потребно је ипак учинити још неколико напомена.

²⁴ Вид. France, Court of Cassation, *Barbie* (No. 3) 3 June 1988, *Bull. crim.*, no 246; 100 ILR 330; France, Court of Cassation, *Barbie* (No. 1), 6 October 1983, *Bull. crim.*, no. 239; 78 ILR 125.

²⁵ Вид. France, Court of Cassation, *Touvier*, 1 June 1995, *Bull. crim.*, no. 202; France, Court of Cassation, *Touvier* (No. 3), 21 October 1993, *Bull. crim.*, no. 307; France, Court of Cassation, *Touvier* (No. 2), 27 November 1992, *Bull. crim.* 1992, 1082; 100 ILR 358; France, Court of Appeals of Paris, *Touvier*, 13 April 1992, 100 ILR 337; France, Court of Cassation, *Touvier* (No. 1), 6 February 1975, *Bull. crim.*, no 42.

²⁶ Вид. France, Court of Cassation, *Papon*, 23 January 1997, *Bull. crim.*, no 32.

²⁷ German Democratic Republic, Oberster Gerichtshof, *Globke*, 23 July 1963, reproduced in *DDR-Justiz und NS-Verbrechen: Sammlung ostdeutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen* (ed. Demps et al.), Vol. III, 182–183 at 183, цит. према W. N. Ferdinandusse, 39.

²⁸ German Democratic Republic, Oberster Gerichtshof, *Fisher*, 25 March 1966, reproduced in *DDR-Justiz und NS-Verbrechen: Sammlung ostdeutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen* (Demps et al., ed.), Vol. II, p. 713–714, цит. према W. N. Ferdinandusse, 40.

²⁹ О другим примерима вид. М. Мајић, „Могућност непосредне примене међународног кривичног права у упоредном и домаћем законодавству“, I, *Стање*

Иако директна апликација норми међународног кривичног права у националним правним системима још увек изазива бројне контроверзе нарочито у континенталним правним системима, чињеница је да је реч о блажем виду екстерног одступања од начела законитости. За разлику о одступањима ванинституционалног карактера, о којима ће у наредним излагањима бити речи, овде суд примењује правило које је конкретни национални правни систем најчешће већ прихватио на нивоу међународног уговорног обавезивања и које се најчешће и налази у форми међународног акта (конвенција, статут). У том смислу, код непосредне примене међународне конвенције, на пример, начело *nullum crimen sine lege* требало би заменити начелом *nullum crimen sine actu*, чиме би основна обележја принципа легалитета у значајној мери била очувана.

Поред тога, предвидивост кажњавања на основу националних закона у односу на непредвидивост кажњавања на основу норми међународног кривичног права, такође се пренаглашава и прецењује. Овакво резонување такође је засновано на неоправданом значају који се у савременим условима придаје традиционалним формалним гарантивним елементима начела законитости у поређењу са материјалним критеријумима код међународних кривичних дела. Наиме, када је реч о доступности међународних кривичноправних норми, чини се да се значајна разлика у односу на националне прописе, која је у том погледу све до недавно постојала, све више потиरे. Развој различитих видова комуникација, као и утицај који остварују глобалне међународне организације, чине да постојање међународних инкриминација и њихов садржај, буду доступни широм међународне заједнице. Чак се, са пуно основа може тврдити да при данашњем степену развоја поменутих фактора, појединцу често може бити доступније општепознато правило међународног кривичног права, него нека од многобројних норми хипертрофираног националног правног система.

У том смислу, макар када је реч о најтежим међународним кривичним делима, аргументи о непредвидивости међународних инкриминација тешко могу бити прихваћени, нарочито када се има у виду манифестна забрањеност оваквих понашања.³⁰ Тако је, на пример, у случају Финта (*Finta*) из 1994. године, судија Кори (*Cory*), навео да су „ратни злочини или злочини против човечности у тој мери згражавајући и подложни осуди, као и јасно разумљиви, да

криминалитета у Србији и правна средства реаговања (прир. Ђ. Игњатовић), Београд 2007, 279–295.

³⁰ Тако Е. Sliedregt, *The Criminal Responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, The Hague 2003, 314–315, 326–331; R. Mattarollo, „Recent Argentine Jurisprudence in the Matter of Crimes Against Humanity“, *Review of the International Commission of Jurists* 11/2001, 27.

се једноставно не може тврдити да су дефиниције злочина против човечности и ратних злочина прешироке и неодређене³¹. Сличан став по овом питању заузет је и од стране претресног већа МКТЈ у случају Делалић.³² Такође је потребно навести да у скорије време, у неколико наврата, италијански кривични судови нису прихватили одбрану позивањем на правну заблуду у случајевима трговине робљем, налазећи између осталог да ово кривично дело представља „природни злочин“.³³ На крају, треба имати у виду и то да су радње које су инкриминисане најтежим међународним кривичним делима, такође забрањене и од стране највећег броја националних правних система, кроз друге врсте инкриминација (убиство, силовање, наношење телесних повреда). И ова чињеница говори у прилог раније изнетом ставу да, нарочито када је о овој врсти међународних кривичних дела реч, има мало аргумената у прилог тврдњи о њиховој непредвидивости.

4.2.2. Екстерна одступања ванинституционалног карактера

Насупрот одступању од начела легалитета позивањем на одређени екстерни институционални модел, као што је то случај са непосредном применом међународног кривичног права, налазе се они случајеви код којих се од начела легалитета одступа применом одређених ванинституционалних правила попут обичаја и морала, или уопштеним позивањем на важећа вредносна схватања у одређеном друштву. Овде је реч о најдрастичнијем виду одступања од начела легалитета, где се ово суштински напушта позивањем на не вредност закона у материјалном смислу.

Имајући у виду да је овде реч о отвореном сукобу с једним од најзначајнијих кривичноправних начела, примере екстерних одступања ванинституционалног карактера веома је тешко наћи, нарочито у континенталним правним системима. Чак и у случајевима када се судови упусте у оцену инкриминације или појединих њених елемената са становишта нових вредносних услова, они то најчешће чине неспремни да директно одступе од законских норми. У таквим ситуацијама одступање се врши кроз различите видове тумачења постојећих појмова и приписивање овима, нових садржинских предзнака.

Један од значајнијих примера оваквог одступања до којег је ипак дошло у пракси британских суда, расправљан је касније и

³¹ Canada, Supreme Court, *R. v. Imre Finta*, 24 March 1994, Cory J., para 215, цит. према W. N. Ferdinandusse, 241.

³² ICTY, Trial Chamber, *Delalić et al.*, 16 November 1998, para 313, цит. према W. N. Ferdinandusse, 241.

³³ F. Lenzerini, „Italian Practice on Slavery: The Application of International Obligations Prohibiting Slavery by Italian Courts“, *Italian YIL* 10/2000, 273, 275, 277.

пред Европским судом за људска права у познатом случају *CD против Уједињеног Краљевства*. Суштина представке британског држављанина односила се на тврдњу да је 1989. године осуђен за покушај силовања своје супруге, иако у то време у Уједињеном Краљевству силовање у браку није представљало забрањену радњу. Истицано је да је у време извршења дела британски закон забрањивао као силовање само сношај са женом која на то није пристала и ако је тај сношај незаконит [одељак 1 (1) Закона о сексуалним преступима (измена) од 1976]. Такође је важно истаћи да су разни енглески судови све до 1990. године били схватања да супруг не може бити осуђен за силовање супруге, имајући у виду да брачни статус између осталог подразумева и претпостављану сагласност на одржавање сексуалних односа, те да се ова сагласност не може једнострано повући.³⁴

Расправљајући ово питање Европски суд за људска права заузео је став од изузетне важности у погледу овог, али и других видова одступања од стриктног поимања начела легалитета. Не прихватајући аргументе подносиоца представке, Суд је у датој аргументацији изнео другачији поглед на појмове кривичног дела и начела легалитета, од оних које данас познајемо. У том смислу у одлуци се наводи:

Нема сумње да је, по праву какво је постојало 12.11.1989. године, супруг који је своју супругу присилио на сексуални однос, под различитим околностима могао бити осуђен због силовања. Штавише, дошло је до очигледне еволуције кривичног права посредством судског тумачења – сагласне са самом суштином овог кривичног дела – ка општем третирању овог понашања као дела које спада у оквире силовања. Ова еволуција је достигла степен на којем се судско одбацивање имунитета у оваквим случајевима могло предвидети као разуман развој права. Силовање је у тој мери згражавајући злочин, да се не може рећи да су одлуке Апелационог суда и Дома Лордова – сагласно којима се тужилац може осудити због покушаја силовања без обзира на његов однос са жртвом – несагласне са сврхом и циљевима чл. 7 Конвенције, који има за циљ да осигура да нико не може бити подвргнут произвољном гоњењу, суђењу, казни ... Штавише, напуштање неприхватљивог става по којем би супруг био ослобођен од гоњења за силовање сопствене супруге у складу је не само са цивилизованим схватањем брака него, и изнад свега, са основним циљевима Конвенције, у чијој се самој основи налази поштовање људског достојанства и слободе (пар. 41–42).³⁵

Јасно је из онога што се у одлуци у поступку *CD против Уједињеног Краљевства* наводи да је Европски суд за људска права

³⁴ Вид. А. Касезе, 173.

³⁵ *Ibid.*, 174.

превагу дао материјалној у односу на формалну компоненту противправности. Вредносна схватања (цивилизовано схватање брака) однела су превагу над дотадашњим законодавством и судском праксом која је у овом систему један од извора права. Значајно је, такође, уочити да се Суд управо користи терминологијом (еволуција кривичног права) која указује на повратне промене које у овој сфери наступају под утицајем еволуције на културном плану (промењено схватање брака и вредности попут људског достојанства и слободe). Услед свега наведеног са пуно основа се може закључити да су како британски судови, тако и Европски суд за људска права у овом случају, одступили од класичног поимања начела легалитета, применивши незаконски вредносни систем оличен у доминантним културним кретањима.

5. БУДУЋА УЛОГА НАЧЕЛА ЛЕГАЛИТЕТА

Без обзира на све наведене мањкавости о којима је било речи, начело легалитета биће у одређеном виду неопходно и у времену које је пред нама. Већ самим тим што пружа одређени вид јемства или заштите у друштву у којем влада неповерење у односима појединаца или група, оно остаје најпрактичније средство, све док не буде створено нешто поузданије од језика и писма за очување међусобно датих гаранција.³⁶ Међутим, учовање недостатака класичног концепта начела законитости у савременим условима, ипак позива на разматрање даљих праваца развоја читавог концепта и тражење алтернатива.

Чини се да формулисање будуће улоге начела легалитета нужно започиње на месту на којем је читав концепт на континенту, одмах након његовог успостављања, и застао. Потребно је најпре одустати од идеје да ће у кривичном праву континенталних система закон и даље бити довољни гарант правичности. Савремени услови захтевају укључивање у процес стварања, а не само примене права, и судове, који су предуго у европским системима посматрани као пуки извршиоци законодавчеве воље, с уверењем да ће одлучивање на основу закона, а не прецедента, бити предвидљивије.

Међутим, данас је могуће другачије гледати на ова питања. Са пуно основа се може закључити да европско континентални систем, заснован на начелу законитости, по питању предвидивости и правичности није отишао ништа даље од англосаксонског модела који је развијао судску праксу. Насупрот томе, може се закључити да је

³⁶ 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, 78.

предвидивост одлука у континенталном систему чак и нижа, имајући у виду да велики број чињеничних комбинација није обрађен кроз прецеденте, већ сваки судија, када се суочи са одређеном ситуацијом ову решава углавном независно од других, без организованог приступа претходним решењима истог проблема.³⁷ Тако, уместо генерација правника који су у прецедентном систему својим ангажовањем на прилагођавању права културној стварности утицали на еволуцију кривичних норми, на континенту имамо „усамљене“ судије које стално почињу изнова, чинећи при том и грешке, које су искључива последица субјективизованог приступа.³⁸

Све интензивније промене у култури захтеваће и другачије поимање кривичног права. У овом тренутку чини се да би се нормативно-културна еволутивна тензија у будућности најадекватније могла превазилазити специфичним хармонизованим механизмом сачињеним, с једне стране, од законских одредби, а с друге стране, од одлука судова, које би имале другачију улогу него што је то до сада био случај. У оваквом механизму, кривични закон би такође имао другачије место. Он би представљао само најшири вредносни оквир који би био отворен за комуникацију са другим нормативно-вредносним системима и који би омогућавао суду вршење перманентног прилагођавања новим културно – еволутивним условима. Уместо досадашњег, помало илузорног инсистирања на *lex certa*, који нужно подразумева круту терминологију са суженим дијапазоном значења, законе би требало конципирати тако да, у што је могуће већој мери, представљају отворене системе. Основни механизам комуникације закона са осталим нормативно-вредносним системима били би различити видови норми попут правних стандарда, бланкета и слично, које би представљале својеврсне „комуникационе вентиле“. Вредносне просторе остављене на овај начин судови би попуњавали одлукама (тумачењем), које би представљале спону између статике (закон) и динамике (културне промене), при чему би ове одлуке и саме постајале право, а не само његова примена.

У том смислу, биће потребно разликовати две врсте норми. Прве, на којима инсистира правило *lex certa*, у суштини представљају затворене нормативне подсистеме. Такав је, на пример, случај са нормама типа: „Новчана казна не може бити мања од 10.000 динара“ или „Ко другог са умишљајем подстрекне да изврши кривично дело, казниће

³⁷ *Ibid.*, 68.

³⁸ Жупанчич у том смислу наводи како је на континенту креативност при диференцијацији и усвајању правних норми ограничена на законодавца. Међутим, под појмом „законодавца“, појављује се обично група професора, судија и тужилаца који фактички учествују у послу припреме закона. Од ове групе од вероватно двадесетак људи очекује се да врши креативан посао који је у англосаксонском систему расподељен између много већег броја правника, судија, *amici curiae*, итд. Б. Жупанчич (2006), 70–71.

се казном прописаном за то кривично дело“. У оба случаја, захтев *lex certa* је максимално испуњен, имајући у виду да овакве одредбе не остављају готово никакав простор за недоумицу и различита тумачења. Међутим, исто тако, овакве норме не пружају ни било какву могућност њиховог прилагођавања новим условима, остајући тако, уколико се ови значајније промене (инфлација, промењена схватања о значају радње подстрекавања), препрека решавању нормативно-културног еволутивног сукоба. Насупрот овим нормама налазе се отворене норме које ће, према нашем схватању, у времену све бржих вредносних промена имати све значајнију улогу. Реч је о свим оним нормама које омогућавају перманентно прилагођавање закона новим условима, као и његову комуникацију са осталим вредносним системима (међународно право, обичај, морал, нове културне вредности), као што су правни стандарди, упућујуће норме, норме којима се у материјалном смислу одређују основ и границе кривичног права и слично.

Овакве промене довешће нужно и до промењеног посматрања и разликовања тумачања и стварања права. Јер, уколико се прихвати улога судије као чиниоца у развијању, па тиме и стварању права, самим тим се саглашава и са промењеним схватањем границе која тумачење раздваја од креације права. Судије ће у том случају бити овлашћене да, омеђене почетним законским претпоставкама, с једне стране, и актуелним културним курсом, са друге, развијају (стварају) прописе, сада више не „тајно“, у форми тумачења, већ јавно, у форми дозвољеног и пожељног поступања.

У оваквом процесу закон би био полазна културна детерминанта, која би давала шире смернице пожељног вредносног курса. Представљао би најшири вредносни оквир који би био отворен за комуникацију са другим нормативно-вредносним системима и који би омогућавао суду утицај на специфичан вид даљег развоја права. Не више тумачења духа закона, воље владајуће класе, друштвеног интереса и слично, већ развоја који би у сваком конкретном случају, полазећи од досадашњих културних стремљења, а антиципирајући будуће, имао првенствено у виду потребу еволутивног удаљавања човека као врсте, од његове анималне природе. Правилно тумачење и развој права, у таквој поставци, руководило би се, сагласно досадашњим прогресивним цивилизацијским кретањима, вредностима које на скали удаљености од онога што се често погрешно назива „људском природом“, заузимају најудаљенију позицију. Вредносне водиле у том смислу базирале би се управо на супротном – кроћењу анималног у људској природи. Тумачи и ствараоци кривичног права будућности морали би стога имати могућност да проналазе право које је најудаљеније од права јачег, потребе за стицањем на рачун другог, похлепе, подстицања неједнакости, поробљавања, кажњавања

због различитости, који су у тој мери иманентни дубоком, древном, предаторском делу човека. На тај начин читав нормативни систем био би перманентно преиспитиван у овом светлу. Само на тај начин кривично право би помагало у постепеном удаљавању од празаконa – природне селекције. Најудаљенија тачка од овог архетипског модела, њен антипод, представљала би идеал којем би у тумачењу и стварању, у сваком конкретном случају требало тежити.

Када би се ствари поставиле на овај начин, било би далеко мање недоумица у примени права. Уколико би се константно на уму имала потреба еволутивног развоја који се креће путем удаљавања од почетних услова природне селекције, било би лакше проналажење често недовољно јасног пута на који данашње кривичноправне одредбе и начело законитости указују. Можда би у таквим условима временом било лакше увидели лицмерје одређених норми и одређених савремених тумачења права. Верујемо да би овакво резонување омогућило преиспивање инкриминација којима се забрањује убијање и мучење животиња у друштву које стимулише уништавање читавих животињских врста и које друге животињске врсте, без медицинске потребе, користи за исхрану. Вероватно би временом била преиспитана и важећа уверења о почетку живота у кривичноправном смислу и третирању абортуса. Можда би временом са благонаклоношћу почело да се гледа на еутаназију.

Јасно је да ће кривично право новог доба, па тиме и начело законитости у много већој мери уважавати материјалну компоненту, која је до сада, барем у континенталним правним системима, увек остајала у сенци форме. Уместо репродукције правила, кривично право нужно ће у далеко већој мери него што је то сада случај морати бити повезано са вредносним моментом, уместо подвођења под норму, са вредновањем понашања. Међутим, оваква промена, захтеваће и суштинску промену у поимању кривичног права, али и промену самог судије на Континенту. Досадашње поимање, сагласно којем је све право забележено у закону, који само повремено треба правилно протумачити, како наводи Жупанчич „захтева мање памети да би било примењено и мање способности да се о њему размишља и на њему ради“.³⁹ Овакво поједностављено схватање, проузроковано екстремним ставовима по питању начела легалитета на Континенту, чини изучавање права суштински лакшим, што све доводи до хиперпродукције правника и самим тим смањивања атрактивности професије за оне који мисле и који би стварно могли да ову унапреде.⁴⁰ Као последица свега тога, правници на Континенту се

³⁹ Б. Жупанчич (2006), 69.

⁴⁰ *Ibid.*

начелно „задовољавају системом онаквим какав је“, што све чини да се овај, узимајући у обзир временски елеменат и потребу за напретком, „даље поједностављује“.⁴¹

Другачија улога суда, захтеваће и другачији профил судије на Континенту. Уместо пуког извршиоца закона, што представља класично поимање, судије би, прилагођавањем постојећих правила новој културној стварности на националном и супранационалном нивоу, биле принуђене да преузму и функцију стваралаца права. Оваква промењена улога захтевала би са друге стране не више схватање професије како је то до сада био случај (правничко резоновање с циљем изналажења воље законодавца), већ резоновање које би изискивало правнике изузетне ерудиције и осећаја за културна и уопште друштвена национална и интернационална кретања. Судија тако, више не би био „слуга“ законодавца, већ тумач постојећих и детерминатор предстојећих културних кретања. Уместо судија који перципирају како је њихов маневарски простор узак и како се своди на званично извршавање закона,⁴² ново кривично право захтеваће самосвесне, креативне и надасве правнике способне за вршење fine друштвене вредносне валоризације.

Да ли ће овакво кривично право бити мање предвидиво? Да ли ће пружати мање гаранција појединцу да га власт неће тортурисати измишљеним кривичним делима и санкцијама?

Сматрамо да то неће бити случај. Наиме, већ је истакнуто како је предвидивост континенталног кривичног права пренаглашена имајући у виду стварне услове. Константна и све бржа еволутивна прогресија и самим тим све теже законодавно прилагођавање новим условима, утицали су на то да су основни принципи начела легалитета у појединим случајевима само формално опстали, иако су у стварности уступали место другачијим механизмима регулисања нормативно-културног еволутивног сукоба. Наиме, како је показано и на Континенту, насупрот почетној идеји о судији као „мртвим устима која изговарају закон“, судије су све више биле принуђене да право у извесном смислу и стварају. Међутим, за разлику од система прецедентног права где је то и дозвољено и пожељно, на Континенту судије и када то чине, за такве поступке немају законско одобрење. На Континенту судије закон стварају „кришом“, правдајући своје поступке тумачењем права, при чему образложење својих ставова подупиру тврдњом о томе да је њихов став најближи вољи законодавца! Овакво „незаконито“ стварање закона за последицу има неправилно вредновање судске праксе, па и њен недостатак, али и далеко већи

⁴¹ *Ibid.*, 70

⁴² *Ibid.*

број хетерогених одлука, па самим тим и мању предвидивост кривичног права.

Поред тога, промену овакве врсте потребно је посматрати у склопу промењених услова. Начело легалитета и његова гарантивна функција немају исти значај данас као и у доба настанка. У доба просветитеља, када је настало, начело легалитета имало је прогресивну, гарантивну функцију заштите појединца од свемоћи државе. Након искустава са средњовековном тортуром и партикуларизмом, свирепим казнама и непостојањем механизма заштите, овакав приступ био је нужан и вероватно једини расположиви корак. Данас је ситуација у том погледу значајно другачија. Иако никако не би било упутно тврдити да су савремене демократије апсолутно несклоне узурпирању права грађана, ипак се у развијеним демократским друштвима не срећемо с опасностима по индивидуалне слободе присутним у средњем веку (или не у тој мери). Чак би се пре могло рећи да се, уместо опасности по појединца од државе, савремена друштва све више суочавају са опасношћу која колективитету (држави) прети од стране моћних појединаца или група (организовани криминал, тероризам и сл.).⁴³ Заштита појединаца од незаконитог кажњавања у новим условима више није обезбеђена само крутим законским нормама, већ често и превасходно другим социјалним механизмима, као што су јавна деловања, медији, активности невладиних организација, међународних институција и слично. Чак и када би у савременим условима дошло до произвољног кажњавања, остали успостављени механизми контроле поштовања индивидуалних права и слобода, најчешће би били довољни да ово жигосу и спрече. Слободно се може рећи да у савременим друштвима, управо ови, нелегислативни механизми играју вероватно и значајнију улогу заштите од самог закона, који је у претходним временима био једино адекватно средство. Зато, поред свега наведеног, и ову чињеницу треба имати у виду када се буде вршила оцена будућег значаја начела законитости, али и евентуалних стварних последица до којих могу довести одређени облици одступања од његовог класичног поимања.

6. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Начело легалитета дуго је сматрано довољним гарантом права и слобода појединца *vis a vis* кривичноправних норми, због чега основна обележја овог механизма углавном озбиљније нису ни довођена у сумњу. И данас је сваки покушај оспоравања апсолутизације традици-

⁴³ М. Мајић, „Традиционална кривичноправна начела и изазови новог доба“, *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања*, II део, Београд 2008, 216–230.

оналног поимања принципа *nullum crimen, nulla poena sine lege* скопчан са опасношћу означавања покушајем деструкције најзначајнијих кривичноправних тековина. Међутим, у раду је истакнута потреба преиспитивања начела легалитета, не ради његовог напуштања, већ с циљем одређивања реалних домашаја и стварног значаја у новим условима, а самим тим и покушај изналажења алтернатива.

Током векова примене начело легалитета, иако задржавајући и истичући основне формалне прерогативе, постепено је, под утицајем снажних културно-еволутивних промена, губило значајан број полазних карактеристика. Приказано је како је готово сваки од четири сегмента начела модификован у појединим случајевима у тој мери да се поставља питање да ли је од полазне претпоставке било шта стварно и остало. Ово је нарочито случај са *lex certa*, али се значајна одступања могу уочити и код преостала три кварта. Убрзавање културно еволутивних промена, које је нарочито у савременим условима досегло неслућене размере, постепено је „нагризало“ затворени систем *nullum crimen*, прилагођавајући га захтевима времена.

Зато би начело законитости у будућим разматрањима и при његовој стварној валоризацији требало посматрати не на начин којим се замагљује његова суштина, што је то досада неретко био случај, већ на начин којим се најјасније открива права природа института и самим тим омогућава његово реално постављање у конкретни вредносни тренутак. Уместо некритичког величања и уздицања на ниво архетипског надначела које није подложно еволутивној валоризацији, начело легалитета потребно је сагледавати у оквирима онога што оно стварно јесте. Сагледавати га као један од културно еволутивних рефлекса, односно као само један од цивилизацијских одговора врсте на конкретне еволутивне прилике одређеног доба. Овакво посматрање оставило би простора за проверу стварног значаја еволутивног домашаја једне епохе у новим условима и евентуално, прилагођавање његових полазних карактеристика новим приликама.

У раду се истиче потреба очувања закона и у наредном еволутивном периоду, првенствено услед гарантивне функције коју писани језик још увек обавља у савременим условима. Међутим, сматрамо да сам закон, више не може бити довољан чак ни у сегменту стварања права који до сада на Континенту био резервисан искључиво за легислативу. И најсавременија норма, она која најадекватније изражава актуелни културно-еволутивни тренутак, од момента објављивања долази у тензију са даљим, континуираним културно-еволутивним кретањима. Нови услови изразито брзих еволутивних промена захтеваће механизме способне на изразито брзо вредносно прилагођавање. Дуг и често неефикасан законодавни процес у великом броју случајева показује се као процес који више кочи развој, него што

доприноси развоју права. Зато је у времену које следи неопходно пронаћи и алтернативне моделе који ће адекватније разрешавати тензију до које долази између статичне норме и динамичног културног развоја.

У том смислу, могло би се очекивати да ће будући развој кривичног права и на Континенту обележити знатно израженија улога суда, не само у тумачењу, већ у извесном смислу и у креирању права.⁴⁴ Иако ће овакав приступ још дуго изазивати подозрење, имајући у виду класичан концепт *trias politica*, чини се да је све мање стварних разлога за отпоре. Наиме, савремено кривично право захтеваће све чешће усаглашавање како са културним токовима на националном, тако и са онима на међународном нивоу. Од усаглашености са одређеним интерним и екстерним вредносним стандардима, зависиће у многоме и признавање и вредновање одређеног кривичног права. При таквом концепту, кривични закон ће имати и суштински другачију улогу него до сада. Уместо полазне и завршне детерминанте кажњавања, закон ће представљати само полазну културну детерминанту која ће суду указивати одређени културни смер, док ће судови овај, кроз одлуке, суштински надограђивати и развијати. У таквом моделу закон би представљао само нормативни „полупроизвод“, који би тек суд претварао у употребљиву нормативну „робу“. Успешност једног закона, насупротив ономе што данас имамо, мериће се количиним простора који ће закон судовима оставити за прилагођавања културним вредностима актуелног тренутка.

Све ово, у даљем развоју, нужно ће довести и до преиспитивања појмова попут општег појма кривичног дела које смо до сада познавали. Уместо дела искључиво предвиђених законом, биће нужно размотрити и признавање кривичних дела искључиво предвиђених међународним правом. Такође, верујемо да ће будуће дефинисање кривичног дела, како оних националног тако и оних наднационалног карактера, нужно подразумевати и укључивање елемента одређености бића кривичног дела ставовима судске праксе.

Да ли се заиста треба одупирати оваквим тенденцијама. Као разлог за отпоре, најчешће се истичу две бојазни – прва, бојазан од нарушавања демократског процеса у стварању кривичног права и друга, бојазан да ће овакво право бити мање предвидиво и подложно индивидуалној узурпацији. Обе су чини се недовољно основане.

Најпре, чини се да отпори који се још увек изражавају у односу на активнију улогу суда у процесу креирања права, потичу од прецењивања демократских основа на којима почивају савремена законодавна тела, и са друге стране, потцењивању демократског процеса у избору судија. Наиме, у савременим друштвима, имајући у

⁴⁴ B. M. Scheltema, *The Law of the Future*, The Hague 2005, 14–15.

виду начине на које се воде предизборне кампање, утицај медија те деформисану слику која се тим путем ствара у јавности, нужно је озбиљно посумњати у стварне демократске капацитете народних представништава. Може се оправдано поставити питање да ли је и у савременим условима, кривично право оправдано и даље у потпуности поверавати, углавном формалним народним представницима који су уз то најчешће потпуни лаици за ову област.

С друге стране, као што је назначено, рекло би се да је и гарантивна функција начела легалитета у савременим условима пренаглашена. Наиме, у модерним демократским друштвима улогу гаранта људских права и слобода често у далеко значајнијој мери преузимају други механизми попут јавности, невладиних организација, медија и међународних организација. Заштита појединца од државне самовоље више није ослоњена, чак ни превасходно само на закон. Она се осварује кроз различите, разуђене механизме који сви заједно творе систем одбране очувања и даљег развоја културних вредности одређеног тренутка. Заштита се диверзификује. Уместо само представничком телу, она се поверава већем броју социјалних фактора, што доприноси интензитету и вишедимензионалности контроле. Неретко се дешава да закон у овом систему пре игра улогу кочничара правилног вредносног валоризовања, него улогу заштитника досегнутих културних вредности.

Због тога је, да не би у потпуности био еволутивно одбачен, у новим условима неопходно извршити његово прилагођавање, које би за основу имало нову културну стварност. Само тако ће начело легалитета избећи судбину једног броја изузетно значајних културних достигнућа, која су услед неприлагођавања остала еволутивно превазиђена, задржавајући искључиво традиционални значај.

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-

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, prae-via, 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. The situation is completely different nowadays. 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.*