

И на конференцији у Женеви опозиција стоји заједно с Југ. одбором наспрам Пашића. Међутим, она није била тако сигуран савезник као што је то Одбору могло изгледати. Одмах по отказивању Женевског споразума, опозиција је поново приступила с Пашићем преговорима за формирање концентрационе владе Србије која је затим и била образована у Паризу.

Анализом догађаја који су се одиграли у току 1918. године дошли смо до закључка о истоветности ставова српских опозиционих грађанских странака и радикалне странке према стварању заједничке државе. И опозиција и радикали, премда су истицали да у стварању заједничке државе виде остварење вековних тежњи и интереса југословенских народа, стварно су, и у првом реду, видели у томе могућност да се Србија и њена владајућа класа учврсте као политички преодминантно средиште прве југословенске државе.

Драгош Јевтић

АНАЛОГИЈА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ

I. Уводне напомене

Целокупно питање интерпретације права, а у склопу њега и питање аналогије у кривичном праву, било је предмет многих научних расправа, нарочито између два светска рата (1). У вези са увођењем аналогије, законске па и правне, у нека кривична законодавства између два светска рата, постављало се све чешће и све оштрије питање оправданости аналогије у кривичном праву (при чему се редовно мислило на законску и правну аналогију, а не толико, или уопште, на тзв. аналогију *inter lege* која се појављује само у оквиру постојеће, конкретне кривичноправне норме). Тако су се и дискусије око интерпретације права уопште, а посебно кривичног, доста заоштриле, те се о аналогији у овој грани права почело све чешће, и на страни и код нас, да расправља. После другог светског рата овај проблем се поставио још непосредније на нашем терену, пошто је требало дати теоријско објашњење, а по могућности и оправдање, за увођење законске аналогије и у наше кривично законодавство.

Током времена се развила читава аргументација која је ишла у прилог оправдању присуства аналогије у кривичном праву. Истовремено се јављају и многи протести против ове институције, па је знатан број писаца сматрао да њој у овој грани права нема места. Тако је, на пример, увођење аналогије у кривично право неких земаља инспирисало већину учесника IV конгреса Међународног удружења за кривично право (Париз, 1937) да иступе против увођења аналогије у ову грану права. Интересантно је

(1) „Ниједно питање у правној науци није можда имало за последицу да на претресање изнесе тако непосредно и тако неминовно све елементе позитивног права, као што је то у новије време учинио проблем интерпретације. Он је, наиме постао поприште свих модерних доктрина о праву, које ако и нису полазиле од њега морале су на њ да се врате и њиме да закључе, јер се показало да се управо у интерпретацији стичу и да тек с њоме добијају пун свој значај основни правни проблеми“ (Б. Марковић — „Проблем основа и интерпретације права у светлости учења социолошке школе“, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3) 1931, стр. 182.

да су неки, на пример совјетски теоретичари, оштро нападали својевремено увођење аналогије у кривично право фашистичке Немачке, а истовремено правдали њено постојање у кривичном праву сопствене земље (2).

Карактеристично је и то да се у ово време, свакако не без разлога, све чешће почело да пише о неким питањима и тенденцијама у тадашњем кривичном праву која су у најтежњој вези са аналогијом, односно аналогија са њима. Тако су обрађивана питања везана за биће кривичног дела, а посебно проблеми нормативних обележја бића кривичног дела. Посвећује се знатна пажња проблему законитости у кривичном праву и тенденцијама ка извесној арбитерности, већој слободи у тумачењу кривичних норми, затим проблему општег бића кривичног дела и појави све већег проширивања вредносних судова и тзв. дискреционих појмова у кривичном праву. Говори се о угрожености права грађана и њихових слобода и на кривичноправном плану, као и о потиснутости јединке од стране заједнице, што се све, на овај или онај начин, доводило у везу и са аналогијом. Ове тенденције су дошле до изражаја нарочито у тадашњем немачком кривичном праву, па теорија није могла да остане равнодупна према њима (3).

Међутим, насупрот врло оштрих реакција, јавио се и читав низ аргумената у прилог увођења аналогије и у кривично право. Разумљиво, аргументација за примену аналогије у кривичном праву развила се у теоријама оних законодавстава која су познавала аналогију у ужем смислу (законска и правна), а то значи, пре рата, у совјетској и фашистичкој немачкој, а након рата, поред осталих, и у нашој правној теорији. Интересантно је колико је правна мисао у ово време и у овом смислу одисала духом прагматике и апологетике, од чега се у нашим условима ни до данас није ослободила.

Проучавање аналогије данас, у кривичном праву, није тако актуелно као у то време, пре свега због тога што савремена кривична законодавства не познају, колико нам је познато, аналогију у ужем смислу. Међутим, она и даље познају, као неопходно техничко средство у регулисању друштвених односа. тзв. *analogia inter lege*, која се заправо појављује као једна специфична врста правног стандарда или дискреционог овлашћења. Но, и поред тога, није на одмет анализирати аналогију у кривичном праву у целини, као целовит феномен. Ми ћемо се у овој анализи ограничити само на неколико питања: на аргументацију која је временом била изграђена у вези са аналогијом у ужем смислу, на законодавна решења у вези са аналогијом у ужем смислу, са посебним освртом на нашу послератну правну теорију и наше послератно, и нарочито садашње кривично законодавство. Било би занимљиво обрадити и нашу савремену правну праксу у вези са применом оних одредаба нашег кривичног закона у којима срећемо аналогију *inter lege*, што ми нисмо били у стању да учинимо.

(2) Видети, на пример: А. И. Денисов, „Основи марксистичко-лењинистичке теорије државе и права”, Београд, 1949, стр. 440; С. А. Голунски и М. С. Строгович, „Теорија државе и права”, Београд, 1946, стр. 228—229.

(3) С. Франк, „Развијање науке о нормативним обележјима кривичног дјела”, Архив, бр. 4—5/1934, Нормативна обележја кривичног дјела Б. Тасић, „О тумачењу кривичноправних и финансиских закона”, Архив, бр. 1—2/1935 Д. Аранђеловић, „Nullum crimen sine lege”, Еранич, бр. 9/1935.

II. Аргументација за примену аналогије у ужем смислу у кривичном праву

1. У немачкој и совјетској теорији. — Као и позитивно кривично право тога времена у овим земљама, тако је и њихова теорија полазила од основне, у суштини позитивистичке и практицистичке поставке, да се друштво мора по сваку цену заштитити од оних напада који му штете. Да би се то остварило, закон мора наћи довољно простора да се свако дело које представља напад на то друштво, не само предупреди већ и његов учинилац по сваку цену казни. Аналогија може врло корисно да се употреби у те сврхе. Друштвени интерес је врховни интерес и јединка је, у складу са колективистичком концепцијом права, подвргнута целини и њеним интересима.

а) Немачка схватања су полазила од идеалистичке концепције у праву, позивајући се на изворни „народни дух“ који као извор сваке правности треба да буде и критеријум у оцени државноправног разлога, да ли треба и за шта казнити онога ко нарушава интересе целине, колектива, заједнице. При томе није битно да ли ће то дело бити претходно јасно одређено или не.

Оваква схватања су дошла до изражаја парочито у учењу о тзв. ауторитарном (насупротив дотадашњем „либералном“) кривичном праву, у оквиру кога се кривичноправна наука схвата искључиво као „политичка кривичноправна наука“ Шафштајн (Schaffstein, Dam Dahm), а начело законитости се расплињава: оно је, по овом схватању, непотребно за „правду“, пошто ова налази свој корен у „народном животу“, „правном убеђењу народа“, „народном духу“. То се правно уобличило кроз уношење у кривично право аналогије у њеном најширем и најригорознијем смислу правне аналогије (4). У ствари, цела ова концепција је правно-филозофски уобличена интересна концепција фашизма.

Немачки теоретичари су правдали увођење аналогије у њихово тадашње кривично право и тиме, што су тврдили да се преко ње може остварити *оштрије кажњавање*, које је наводно до тога времена, захваљујући класичном схватању начела законитости у кривичном праву, било благо па отуд неефикасно.

б) Совјетски теоретичари су својевремено правдали постојање аналогије у ужем смислу у совјетском кривичном праву, пре свега немогућношћу да се предвиде све ситуације које могу бити кривичноправно релевантне. „Закон и други нормативни акти, па макар били и најсавршенији, нису у стању да предвиде и обухвате све разноврсне случајеве живота са којима се срећу судски и административни органи који примењују правне норме“. (5) Потребне совјетског друштва налажу пуну кривичноправну заштиту друштвених односа, те се не може препустити формалном оцењивању да ли ће се за неко дело учинилац казнити или неће. По овим схватањима, аналогија чак обезбеђује поштовање на нови начин постављеног принципа законитости у кривичном праву (Денисов, Трајнин, Голунски и Строгович).

(4) О овим тенденцијама у тадашњем немачком праву и правној теорији, видети: Т. Живановић, „Тзв. ауторитарно („политичко“) и либерално („тобож аутономно“) кривично право“, Архив, бр. 5/1935.

(5) А. И. Денисов, пом. дело, стр. 439.

Међутим, они су, истовремено, учили и опасност која прети од аналогije. Пошто је совјетска судска пракса, нарочито једно време, била веома богата у примени аналогije, тако нешто није могло остати неучено. Посебна опасност од ње се огледа у великим могућностима злоупотреба, којих је свакако доста било у раду њихових правосудних и административних органа. Чудно је да су совјетски теоретичари појаву ових злоупотреба сваливали на „буржоаско“ схватање кривичног права и пробуржоаске елементе који су наводно били прокријумчарени у њихове правосудне институције, као што су и појаву криминалитета објашњавали „капиталистичким заокружењем“ (Стаљинова концепција) ⁽⁶⁾.

2. У нашој послератној теорији. — У нашој послератној правној теорији, у време када је наше кривично законодавство познавало законску аналогiju, настојало се да се да теоријска основа оваквом законском решењу, па су у склопу тога поред већ неких истакнутих аргумената, дати и нови. Битно је истаћи да се и ова аргументација углавном односи на аналогiju у ужем смислу (у ствари, само на законску), иако се она може у одговарајућем обиму и значењу прихватити и за *analogia inter lege*.

Први разлог који се истицао у прилог постојања аналогije у нашем кривичном праву, био је већ у совјетској теорији истакнути аргумент: немогућност да законодавац обухвати кривичноправном нормом све случајеве који могу бити кривичноправно интересантни, па је, пошто то потребе заштите државноправног поретка налажу, неопходна и аналогija у кривичном праву, као средство проширивања важења кривичноправне норме.

„Усвајање аналогije у позитивном Кривичном законик у — Опћи дио — имало је своје политичко оправдање. У вријеме доношења тог закона нисмо још имали потпуни систем наших законодавством предвиђених кривичних дјела. Само поједине групе кривичних дјела биле су предвиђене у неким посебним законима, док су за многа друга кривична дјела вриједила правна правила из пријашњег законодавства. Крај такве ситуације било је схватљиво и оправдано, да се примјени аналогije даде мјеста у кривичном праву, али је она и по позитивном закону имала значај изузетка...“ ⁽⁷⁾. Зато се она код нас звала и „техничком аналогijом“.

Истакли бисмо још један правнополитички и правнотехнички разлог. Наиме, формирањем, нарочито после социјалистичких револуција па и социјалистичке револуције код нас, нових држава са до тада недовољно испитаним политичким а нарочито оних са новим друштвеним уређењем, какав је случај био и са нашом новом државом, јавила се потреба потпуне заштите и на кривичноправном плану тих нових, још недовољно познатих, неиспитаних и неизграђених, друштвено-политичких односа, па су се они морали и паушално заштитити. У почетку није било потпуно јасно које све друштвене односе треба регулисати кривичним правом, а ако се то делимично и знало, није било одмах јасно са којом потпуношћу и уопште како их кривичноправно регулисати. Са друге стране, нове друштвено-политичке односе је било неопходно нешто интензивније заштитити, пошто је нови друштвени поредак био још у повоју. Те нове односе је требало по сваку

(6) С. А. Голунски и М. С. Строгович, у пом. дело, стр. 229.

(7) Ф. Фрол, „Образложење предлога Кривичног законика“, Архив 1951, бр. 1, стр. 6.

цену учврстити, а у томе процесу улога кривичног права се састојала у обезбеђењу њиховог релативно стабилног развоја, дакле њиховог ненарушавања. Стабилност њихова је, међутим, у тим временима, била доста озбиљно угрожена. У таквим условима се аналогија у кривичном праву појављује као веома погодно средство овакве заштите. Овај разлог је за нас, чини нам се, био најбитнији и указује на схватање аналогије у ужем смислу као једног *привременог* и тренутно неопходног средства у кривичном праву. Донети Кривични законик (1951. г.) је доказао да је она код нас, у то време, доиста тако и схватана.

Међутим, и код нас се, као и у совјетској теорији (од које је једно време много шта некритички прихватано), јавило мишљење да је законска аналогија у кривичном праву, поред осталог, и средство заштите и обезбеђења законитости, у овој грани права и шире ⁽⁸⁾.

III. Законодавна решења у вези са аналогијом

Са становишта законодавне технике, кривично законодавство може према аналогији да заузме један од следећих ставова:

а) Да је *изричито забрани*. Овакав поступак је доста редак ⁽⁹⁾. Уколико већ хоће да онемогући примену овог института, кривично законодавство обично нема виднијих потреба да овако поступа, пошто је забрањује посредно. Наиме, у модерним кривичним законикима редовно се регулише, поставља, начело законитости, као општи и један од најнеприкосновенијих принципа у њему. Преко конституисања овог принципа, прећутно се подразумева забрана аналогије у ужем смислу, а за обим примене аналогија *inter lege* су релевантне појединачне кривичне норме, које и не морају да је познају.

б) У неким кривичним законима (аустријски од 1852, турски од 1926, грчки од 1924, талијански и швајцарски од 1927) захтева се да се у закону „*изричито*“ установи претња казном, да би уопште могло да се говори о кривичном делу и кривичној *одговорности*. Ова ситуација је, у ствари, нешто конкретнији облик претходне.

ц) Могуће је да законодавац не употребљава термин „*изричито*“ или неки сличан, али из дикције одговарајућег члана у којем се нормира начело законитости *произлази* да таква забрана постоји. Ова ситуација се среће у многим законодавствима па и у нашем КЗ.

д) Кривично законодавство може (то је редовна појава) да изричито или прећутно забрани аналогију у ужем смислу, а да у појединим одредбама признаје аналогију *inter lege*. Тако треба, мислимо, тумачити и наш КЗ (ослоном на чл. 3), а овако је поступио и наш предратни КЗ (из 1929. г.).

⁽⁸⁾ Најдоследније се о овоме код нас својевремено изјаснио проф. С. Франк („Казнено право“, Загреб, 1950, стр. 17, 22 и др., а нарочито у чланку: „Значење начела законитости у Кривичном законик“, Зборник Правног факултета у Загребу, 1948, стр. 231—253), мада се у своме постхуманом делу („Теорија казног права“, Загреб, 1955) критичније односи према аналогији у кривичном праву, па посебно указује и на то, да она може да послужи као „трик за искључење начела законитости“ (стр. 76). Такође и: Р. Лукић, „Напомена о појму и примени аналогије у нашем кривичном праву“, Архив, бр. 1/1948.

⁽⁹⁾ Изричито је забранио аналогију, на пример, Кривични Законик Републике Сан Марино, од 1934. г. (атр. 2).

е) Најзад, могуће је да кривични закон познаје законску или и законску и правну аналогију као *општи институт*. На први начин је својевремено поступило совјетско кривично законодавство, а на други новела фашистичког Кривичног закона из 1935.

1. Законска и правна аналогија у немачком кривичном праву. — Успостављањем националсоцијалистичког режима у Немачкој почело се у немачким правничким круговима, а и ван њих, много да расправља о потребама реформисања кривичног законодавства. Националсоцијалисти су хтели да по сваку цену обезбеде такво кривично законодавство које ће одговорати интересима заштите националсоцијалистичке државе. Као последица таквих идеја, тенденција и потреба, долази до увођења аналогије у ујем смислу у кривично право Немачке. Закон о изменама Кривичног законика од 28. VI 1935. г. у пар. 2 се одређује, да ће се казнити свако ко учини дело које је закон прогласио кажњивим или које *према основном духу неког кривичног закона и здравом схватању народа заслужује казну*. За случај да извесно дело (Tat) није предвиђено у кривичном закону као кривично и кажњиво, на његовог учиниоца ће се *применити* казна из оног прописа кривичног закона, чија се *основна мисао* подударна са тим делом. Овде је, према томе, реч о делу које није описано ни у једном закону, а према *основном духу* (Grundgedanken) и *здравом народном схватању* (Volksgedanken) заслужује да његов учинилац буде кажњен. Међутим, нигде у закону није речено када је то схватање „здраво“ и како треба да се „утврди“. „То је онда заиста *crimen stellionatus* ССС из године 1532. *redivivum*, један почит, који је револтирао правнички менталитет...“ (10).

Као што се примећује, фашистичко немачко кривично законодавство је, овом новелом, увело не само законску већ и *правну* аналогију, чиме је дало одрешене руке судовима и административним органима у одређивању кажњивих дела. Основни дух закона и здраво народно схватање су веома широки појмови, под које су се практично могле да подведу све радње које су на било који начин угрожавале државни националсоцијалистички поредак. Напоменули смо да је реакција на овакво решење била веома оштра, па је питање ове новеле дошло чак пред највиши међународни форум, пред Друштво народа, односно пред Стални суд међународне правде у Хагу, који ју је као законско решење *одбацио*.

2. Законска аналогија у совјетском кривичном праву. — Инспирирано већ наведеним друштвено-политичким разлозима што пуније кривичноправне заштите младог социјалистичког друштва, совјетско кривично законодавство је 1926. г., кроз чл. 6. и 16. КЗ РСФСР, који је ступио на снагу 1. I 1927. г., увео *законску* аналогију.

Идејна основа за увођење аналогије у совјетско кривично законодавство била је концепција о могућности кажњавања искључиво на основу субјективних критеријума. По тој концепцији, ако то потребе налажу, мо-

(10) М. Доленц, „Питање аналогије у кривичном праву пред Сталним судом за међународно право у Хагу“, Мјесечник, бр. 12/1936, стр. 541. О свему овоме видети још и: Ј. Кулаш, »Nullum crimen sine poena«, Правосуђе, бр. 5—8/1936; И. Политео, »Nihil sine lege«, Правосуђе, бр. 3/1936; Е. Чимнџ, »Nullum crimen sine poenta«, Правосуђе, бр. 2/1936. Наши предатни правници су се доста ангажовали у борби против продора оваквих схватања у кривично право и науку кривичног права.

гуће је „закон оставити по страни” и судити по целисходности (Вишински) (11).

Чл. 16. КЗ РСФСР је гласно: „Ако неко друштвено опасно дело није директно предвиђено овим Законом, онда се *основи и границе* одговорности за њ одређују према оним члановима Закона који предвиђају најсличнија *по врсти* кривична дела”. Произлази да је совјетско кривично законодавство познавало *само* законску аналогију, с тим што је оно *доста проширује* одредбом по којој је могуће аналогизирање с обзиром на најсличније *по врсти* кривично дело, тако да се ова начелно законска аналогија у знатној мери приближава некој аналогији *partialis iuris*.

Има схватања (12) да је совјетско кривично законодавство тога времена познавало *правну* аналогију. Она се позивају на одредбу чл. 58. КЗ РСФСР, по којој је било могуће позвати на кривичну одговорност и лице које није извршило конкретно дело, али које се јавља као друштвено опасно због своје раније кривичне делатности или због својих веза са „кривичном средином”. Мислимо, међутим, да није правилно изједначавати ову ситуацију са правном аналогијом. Овде се не ради о аналогном већ на изричит начин предвиђеном облику кривичне одговорности. Признајемо, са друге стране, да је понекад тешко направити разлику између законске и правне аналогије (посебно ако имамо у виду одредбу чл. 16. поменутог Закона), пошто се и при примени законске аналогије свакако имају у виду не само посебни већ и општи принципи кривичног права. Једино у томе смислу би могла да буде дискутабилна и одредаба чл. 16. КЗ РСФСР.

Аналогија је у совјетском кривичном праву постојала веома дуго, дуго чак и за њихове прилике — све до 1958. г. Тек у Основима кривичног законодавства СССР и савезних република, од 25. XII 1958. г. укида се овај институт, а то ће доћи до изражаја и у кривичним законима појединих република, као на пример у КЗ РСФСР од 1960. г.

Основе су и даље задржале материјални појам кривичног дела, као дела које је друштвено опасно, али истовремено постојање кривичног дела везује за његову одређеност у закону. Нови закон чак налази за потребно да принцип легалитета нагласи на многим местима, а посебно када говори о основима кривичне одговорности (чл. 3) и о појму кривичног дела (чл. 7). Да ли је било оправдано овако дуго задржати аналогију у кривичном праву посебно је питање и везано је за опште друштвене и политичке услове совјетског друштва. Као својевремено у немачко, и увођење аналогије у совјетско кривично законодавство је наишло на оштру реакцију у правној науци.

За совјетско кривично право карактеристично је и то да је, и у погледу увођења аналогије у кривично право, извршило знатан утицај на кривична законодавства неких других социјалистичких земаља. Тешко нам је рећи колико су практичне, правнополитичке потребе, а колико утицаји совјетског кривичног законодавства условили увођење законске аналогије и у наше послератно кривично законодавство. Аналогно утицају и на

(11) Н. Срзентић, Предговор преводу КЗ РСФСР, од 27. X 1960, Београд, 1963, стр. I—II.

(12) Пом. рад. Исти аутор је у Предговору преводу совјетских кривичних закона из 1958. заступао став да совјетско кривично право познаје *законску* аналогију.

другим странама (на пример, у економском животу, администрацији и сл.), претпостављамо да је утицај и код нас, и у погледу аналогије у кривичном праву могао, поред наведених правнополитичких момената, да буде знатан.

3. Законска аналогија у нашем послератном кривичном праву. — Уводећи *analogia legis* у наше послератно кривично право, Општи део Кривичног законика, од 4. XII 1947. г. („Службени лист ФНРЈ”, бр. 106 од 13. децембра 1947) је њу поставио као средство за решавање *изузетних* случајева у којима може доћи до сукоба између материјалне садржине кривичног дела и његовог формалног одређивања, између друштвене опасности и одређености кривичног дела и прописаности казне у закону. „Услед сложености, покретљивости и непрекидног развоја друштвених односа и различитих облика и разноврсне јачине у друштвено опасним делатностима могу се десити изузетне појаве несклада, неподударања оног што у датом моменту представља друштвену опасност и кривичног дела како је оно одређено у закону”. (13) Аналогија, као један од видова односа материјалне садржине и законске одређености кривичног дела — поред института незнатне друштвене опасности (чл. 5, ст. 1) и института (али сад специјализованог) друштвене опасности која је до правоснажности пресуде услед измењених друштвених околности настала (дело је „изгубио друштвено опасни значај”, чл. 5, ст. 2), фигурира у овом законском тексту (чл. 5, ст. 3) у поглављу о кривичној одговорности. Закон каже: „За оно друштвено опасно дело које, *иако није изричито одређено у закону*, по сличности својих обележја *одговара кривичном делу* које је у закону изричито одређено, постоји *кривична одговорност*. У таквом случају *основи одговорности и границе кажњивости* утврђују се по прописима за оно кривично дело према чијим је обележјима установљена кривична одговорност”. Према томе, нормира се законска аналогија.

У поменутом Коментару уз текст овог Закона стоји да „супротност између садржаја кривичног дела (његове друштвене опасности) и законске форме у којој се тај садржај изражава, појављује се отуд, што су кривична дела по начину и предмету извршења, као и околности у којима су учињена, толико различита да их је *немогуће* потпуно адекватно, са свима мање битним обележјима и појединостима директно изразити у одговарајућем законском пропису. Форма је у том случају ужа од садржаја. Интереси народне заједнице и учвршћења законитости захтевају да се учиниоци таквих кривичних дела *кажњавају*” (14).

Законска аналогија важила је и постојала у нашем кривичном законодавству све до доношења (садашњег) КЗ (1951). О примени аналогије у пракси наших судова тога времена ми се нисмо могли ближе упознати.

4. Аналогија *inter lege* у нашем садашњем кривичном праву. — Кривични законик од 2. III 1951 г. (ступа на снагу 1. VII 1951) је укинуо законску аналогију у нашем кривичном законодавству. Она је у новим друштвеним условима и услед развоја кривичног законодавства изгубила *смиао* постојања у новом кривичноправном систему.

(13) „Коментар Општег дела Кривичног законика”, под општом редакцијом М. Пијаде, Београд, 1948, стр. 29—30.

(14) „Коментар Општег дела Кривичног закона”, под општом редакцијом М. Пијаде, Београд, 1948, стр. 29—30.

Укидањем законске аналогије није, међутим, престала да постоји и аналогија уопште у нашем кривичном праву. Она више не постоји као општи и посебно нормирани институт кривичног права, већ као средство у тумачењу и схватању обима важења појединих кривичноправних норми. Овај вид аналогије (*analogia inter lege*) редовно је постојао и редовно постоји у свим кривичним законодавствима. Он се појављује као веома погодно средство за формирање довољно еластичне кривичноправне норме, која се може да прилагоди друштвеној стварности. Истовремено, ова аналогија у кривичном праву омогућава да се избегне потреба за доношењем већег броја кривичноправних норми, будући да нееластично, чврсто нормирање условава већи број норми. Са друге стране, ова врста аналогије у кривичном праву не крије у себи ни приближно онолико опасности колико је заиста крије аналогија у ужем смислу. Ово, пре свега, због тога што је ова инкорпорисана у једну, конкретну норму и што служи само потребама тумачења те норме, и, друго, због тога што је њена примена и у оквиру тако постављене правне норме ближе одређена, не само оним појмом којим се она одређује већ и другим правним појмовима (нарочито уколико се они у већем броју *exempli ratio* наводе) који се срећу у конкретnoj кривичноправној норми.

Из горњег произилази да је сасвим разумљиво што је и наш нови КЗ задржао односно увео аналогију *inter lege* у своје поједине норме. Потребно је, међутим, нагласити да и тај еластичитет прописа који се остварује аналогијом *inter lege* не сме у кривичном праву да пређе потребне границе, јер би широка примена и ове аналогије у кривичном праву могла да претвори кривични закон у недозвољено неодређени правни текст, што би у крајњој консеквенци могло да води извесној арбитрерности у обиму који би био недозвољен за ову грану права. Зато је веома значајно одредити у које кривичноправне норме и у којем обиму је потребно (неопходно) увести овај институт. Постоје такве кривичноправне норме у којима ни овој врсти аналогије свакако не би требало да буде места, па је разумније да у њима постоји таксативно одређивање ситуација у којима ће се конкретна кривична норма применити, тј. потребно је да буде комплетно прецизно постављена. Ово се нарочито односи на норме општег дела кривичног закона, пошто је њихово дејство опште, дакле шире; али и у кривичноправним нормама посебног дела (посебне инкриминације) треба настојати да се ова аналогија по могућности избегава.

Наћи меру примене ове аналогије у датом кривичном праву свакако је конкретно питање. Разумљиво је да обим примене ове аналогије и у нашем кривичном праву не зависи само од законодавца. Законодавац само каже *када* (поводом примене којих кривичних норми) се ова аналогија *може* применити, али је ствар конкретног тумачења и примене кривичног права у којем обиму ће се она применити, пошто је могуће шире и уже тумачење и самих појмова који у одређеној кривичноправној норми упућују, пре свега судију, на примену ове врсте аналогије. Отуд би за наше услове било веома интересантно упознати се и са судском праксом у погледу тумачења и примене оних кривичноправних норми које у себи садрже могућност примене ове врсте аналогије.

Кривични законик познаје овај институт и у свом општем и у свом посебном делу. Разумљиво је да примена ове врсте аналогije у правној норми општег дела КЗ има *шире*, управо опште дејство. То је можда и разлог зашто је законодавац био шкртији у уношењу овог института у општи део КЗ. Карактеристично је да је и наша теорија указивала на присуство ове врсте аналогije искључиво у посебном делу КЗ, а не и на њену инкорпорисаност и у општим кривичноправним нормама. У постављању ове врсте аналогije наш законодавац поступа различито. Понекад је одмах из термина који се употребљава јасно да је у питању аналогija, *слично*ст примене („и на други *сличан* начин“, „или *слична* средства“). У већем броју случајева се не употребљава термин *сличан* или *слично*, већ неки други израз, али је очигледно (произлази из смисла и дикције правне норме) да треба применити ову врсту аналогije („дело истоврсно“, „сродност учињених кривичних дела“, „друге обавезе“ — очигледно *сличне* са наведеним, „и све друге околности“ — такође очигледно *сличне* са наведеним, „или на други начин“, „или из других ниских побуда“, „или какво друго стање“).

Може се поставити питање да ли је ову врсту аналогije могуће и потребно овако широко схватити. Обично се каже да ова врста аналогije у кривичном праву постоји искључиво онда када законодавац *изричито* говори о *сличној* ситуацији или *сличној* примени норме. Мислимо да се овакви ставови искувише поводе за језичким тумачењем кривичноправних норми, које је недовољно да се схвати њихов дубљи смисао, за тумачење заиста неопходан. Отуд сматрамо да је и корисно и могуће овакво *шире* тумачење схватања о присутности аналогije *inter lege* у нашем кривичном праву.

У општем делу КЗ се овакве ситуације срећу, на пример, у члановима: 20, ст. 2; 40; 40а, ст. 3; 49б; 50б, ст. 3; 53, ст. 3; 55а, ст. 1. У посебном делу КЗ оваквих ситуација је, у свим групама кривичних дела, доста, на пример у следећим члановима: 105, ст. 2; 114; 116, ст. 2; 119; 120; 135, ст. 2 т. 3; 150; 170; 171; 180; 199; 201; 220, 222; 231; 265; итд. ⁽¹⁵⁾.

Може се рећи да ова врста аналогije у нашем кривичном праву пре свега служи за утврђивање смисла закона и воље законодавца, при чему је она уоквирена у уже схватање начела законитости у кривичном праву и искључује арбитрерност и сваку произвољност. Примењивач оваквих кривичноправних норми је доста везан нормом да би могао сувише слободно да је тумачи, али му је истовремено дато једно средство којим ће моћи донекле еластично да је тумачи. Примена ове врсте аналогije је доста блиска примени екстензивног тумачења кривичног права.

Као што се види, наш КЗ не познаје законску аналогiju. Међутим, у нашој правној теорији се појављују схватања да би у неким ситуацијама требало применити аналогiju у ужем смислу и у нашем кривичном праву. Проф. Таховић је мишљења да је изузетно могуће применити аналогiju у следећим случајевима (очигледно мислећи на законску аналогiju): а) у

(15) Видети детаљан приказ ових ситуација у нашем КЗ: В. Проевски, „Analogia inter lege како метод во кривичното право“, Правна мисла, бр. 1—2/1967, стр. 50—53. Такође: С. Франк, „Теорија казненог права“, стр. 77.

погледу основа који искључују кривично дело и кривичну одговорност, б) у погледу основа који искључују кажњивост или служе за одмеравање казне, и ц) у погледу свих оних околности које стварају повољну ситуацију за окривљеног (16). Н. Срзентић и А. Стајић (17) сматрају да би се правила о утицају личних својстава, односа и околности на постојање кривичне одговорности, предвиђена у чл. 22, ст. 3 КЗ, која се изричито односе само на подстрекаче и помагаче, могла путем аналогије (очигледно законске) применити и на организаторе злочиначких удружења. И овде би било занимљиво испитати да ли судска пракса примењује у неким ситуацијама и аналогију у ужем смислу (законску). Чини се да је на такве ситуације могуће наићи.

Станко Пихлер

(16) Ј. Таховић, „Коментар Кривичног законика“, Београд, 1962, стр. 9—10.

(17) Н. Срзентић — А. Стајић, „Кривично право ФНРЈ“, Београд, 1961, стр. 260.