

Др Милан Шкулић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

## НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ

*У раду се анализира значај начела законитости у кривичном праву, као једне од виталних гаранција правне сигурности грађана у демократском друштву и правном систему, као и његови основни елементи. Он је у већини држава континенталне Европе не само кривичноправног, већ и уставноправног карактера. Овај принцип има нешто другачије значење у државама које припадају англосаксонском правном свету, где се формално посматрано, више него о начелу законитости, ради о начелу правности (прописаности) у кривичном праву.*

*Начело законитости се у националним кривичноправним системи ма поистовећује са познатим правилом *nullum crimen, nulla poena sine lege*, што се у основи односи на неколико важних захтева: Кривичним законом се не могу стварати инкриминације на општи начин, по принципу сличности, тј. забрањено је креирати кривична дела и казне за њих путем аналогије *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*. Кривични закон мора да постоји у писаном облику, тако да се инкриминације и казне не могу заснивати на неписаном праву, односно пре свега, оне се не могу темељити на обичајном праву *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*. Кривична дела морају да буду законски предвиђена, односно прописана као кривична дела, као и казне за њих, пре него што су деликти извршени, тј. да се забрањује ретроактивна примена кривичног закона *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*. Кривични закон мора да има висок степен одређености у погледу предвиђених инкриминација, односно прописаних кривичних дела и казни *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.*

*У раду се у вези с начелом законитости у кривичном праву посебно анализира и могућност непосредне примене правила међународног права, што је илустровано и одређеним примерима из међународноправне праксе. На темељу анализе релевантних одредаби Устава Србија, у раду се закључује да је непосредна примена међународног права у Србији могућа само када су кумулативно испуњена два услова: 1) неопходно је да се ради о одредбама садржаним у потврђеним међународним уговорима и 2) те међународноправне одредбе морају бити у складу с Уставом Србије. Начело законитости је у свом класичном облику од толико велике важности у савременом кривичном праву да је веома тешко замислити, а нарочито, и оправдати његово ниподаштавање, па*

чак ни било какву релативизацију, бар не у демократском друштву и правном систему државе која се одликује владавином права.

Кључне речи: *Начело законитости. Кривично право. Међународно кривично право. Правна сигурност. Владавина права.*

## 1. НАСТАНАК НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ И ЊЕГОВО МЕСТО У ПРАВНОМ СИСТЕМУ

Начело законитости је, историјски посматрано, „потекло још из Устава неких америчких држава (Вирџинија и Мериленд, 1776), као и из аустријског Кривичног законика Јозефа II од 1787; било је садржано у француској Декларацији о људским и грађанским правима и низу других националних аката, да би данас постало међународно признато, а при том су његови корени у националним законодавствима везани за следеће факторе: 1) утицај политичког либерализма, чији један од основних постулата представља начело законитости, које је брана политичком и правном апсолутизму; 2) демократија и подела власти – то начело, и посебно у њему садржана забрана ретроактивног дејства кривичноправних норми, су важан сегмент поделе власти, која у основи почива на идејама Монтеѕкјеа; 3) генерална превенција – у духу учења Фојербаха начело законитости је важан елемент опште превенције,<sup>1</sup> као једна врста унапред познате претње за случај извршења кривичног дела; 4) принцип кривице је такође повезан са начелом законитости, јер се не може говорити о нечијој кривици, уколико кривично дело као такво није било прописано пре његовог извршења“.<sup>2</sup>

Несумњиво је да начело законитости има велики значај за положај човека у једном друштву и правном систему, тако да је од свих претходно набројаних фактора вероватно најзначајнији онај који се односи на *демократију и поделу власти*, што је блиско повезано са утицајем *политичког либерализма*,<sup>3</sup> јер се ти разлози конституисања начела законитости испостављају као веома важни за заштиту виталних грађанских права. Зато би свим демократским правним системима, односно уређеној правној држави која се одликује владавином

<sup>1</sup> Израз *nullum crimen, nulla poena sine lege* се углавном и приписује Фојербаху.

<sup>2</sup> Више о томе С. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I Grundlagen Aufbau der Verbrechenlehre*, Verlag С. Н. Beck, München 1997<sup>3</sup>, 98 99.

<sup>3</sup> Као антипод овоме, историјски је неспорно да је начело законитости своју најоштрију негацију доживљавало у диктаторским системима, што је било посебно карактеристично за нацистичку Немачку, као и рану совјетску државу, док је у нашој земљи већ легендарна констатација Јосипа Броза из доба самоуправног социјализма, да се „закон не треба држати као пијан плота“.

права, начело законитости морало бити у пуној мери иманентно, без остављања правних могућности за стварање изузетака који би ово начело у мањој или већој мери дерогирали, јер би се то, истовремено, сводило на опасно угрожавање људских права и слобода.

Начело законитости није само једно од основних начела кривичног права, које се данас сматра општеприхваћеним у државама које се одликују владавином права, већ је оно у савременим правним системима подигнуто на ранг уставног начела.<sup>4</sup> Према чл. 34, ст. 1 Устава Србије, нико се не може огласити кривим за дело које, пре него што је учињено, законом или другим прописом заснованим на закону није било предвиђено као кажњиво, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена. Начело законитости се потом, формулише и у чл. 1 Кривичног закона Србије, по којем нико 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. Уставна одредба је широко формулисана и односи се на све врсте деликата који постоје у правном систему, односно у тзв. казненом праву у ширем смислу (кривично дело, привредни преступ и прекршај). Међутим, код прописивања кривичног дела и кривичне санкције, то може бити учињено само законом,<sup>5</sup> а не и другим прописима, као што је то на пример уредба.<sup>6</sup>

Сличне формулације као што је и она која постоји у Уставу Србије и српском Кривичном закону, садрже и кривични закони(ци) других европских држава. На пример, „француски Кривични законик садржи принципе забране повратног дејства кривичног закона, забрану аналогије, те принцип законитости – *nullum crimen, nulla poena sine lege*, као неутуђиву гаранцију слобода“.<sup>7</sup> Такође, Кривичним закоником Шпаније се у чл. 2, прописује да „ниједно дело нити прекршај не могу бити кажњени, ако пре извршења нису били законом одређени“, а у истој одредби се забрањује ретроактивно дејство кривичног закона, уз формулисање изузетка (чл. 2, ст. 2), када се ради о обавезној примени блажег закона.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> З. Стојановић, *Кривично право*, CID Подгорица, 2008, 37–38.

<sup>5</sup> Према чл. 34, ст. 2 Устава Србије, кривична дела и кривичне санкције одређују се законом.

<sup>6</sup> З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2006, 26.

<sup>7</sup> U. Hübner, V. Constantinesco, *Einführung in das französische Recht*, Verlag C.H. Beck, München 2001, 132.

<sup>8</sup> *Das spanische Strafgesetzbuch*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau 2002, 17.

У већини држава континенталне Европе начело законитости је утемељено на уставноправним одредбама. На пример, према чл. 7 I Устава Грчке прописано је: „(а) Кривично право мора бити писано право. Казна се не може темељити на обичајном праву или на праву које стварају судије. То не представља препреку да судови исправно тумаче законе; (б) казна не може бити изречена према анологији; (ц) казна не може бити изречена на темељу права које на стриктан начин не прописује понашање које представља кривично дело или не прописује кривичну санкцију унутар законског максимума и минимума; (д) кривично право нема ретроактивно дејство“.<sup>9</sup> Чл. 103, ст. 2 немачког Основног закона који има уставни ранг,<sup>10</sup> такође садржи стриктно формулисано правило *nullum crimen, nulla poena sine lege* и прописује да кривични закон мора бити писан, забрањује кажњавање на темељу обичајног права, те прописује правило *lex certa*, сходно коме не само опис бића кривичног дела, већ и правне последице морају бити законом стриктно одређени.<sup>11</sup> У немачкој теорији се у вези с овом одредбом запажа да „језик кривичног закона мора бити толико прецизан да сваки поједини грађанин мора имати могућност да сазна значење норме у смислу које понашање је кажњиво, тако да се у најмању руку може упознати са ризиком кажњавања“.<sup>12</sup> И многе ваневропске државе начело законитости формулишу уставним одредбама. То је, на пример, случај са Јапаном, у чијем Уставу се у чл. 37 забрањује ретроактивна примена кривичног права и предвиђа да кривично дело и казна за њега морају законом бити прописани пре извршења.<sup>13</sup> И кривична законодавства других ваневропских држава стриктно познају начело законитости. На пример, кривично право Израела се, без обзира што је настало под снажним утицајем енглеског права за које класично континентално-европско схватање начела легалитета није типично, „стриктно заснива на неколико правила: 1) лице може бити кажњено само за дело које је било забрањено у време када је извршено, 2) лице које учини такво дело може бити кажњено, само ако је његова кажњивост постојала пре извршења; 3) само законодавна власт може установљавати кривична дела и каз-

<sup>9</sup> K. D. Kerameus, P. J. Kozyris, *Introduction to Greek Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston 1993, 340.

<sup>10</sup> Овај „закон“ некадашње Савезне Републике Немачке, а сада уједињене Немачке, само термилошки није означен као немачки Устав, што је једна од манифестација пораза Немачке у Другом светском рату, јер првих поратних година једноставно није било „прикладно“ да ова држава (тада још и подељена на две Немачке) и формално има устав.

<sup>11</sup> H. Gropengießer, H. Kreicher, „Landesbericht Deutschland“, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen* (Hrsg. A. Eser, H. Kreicker), Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau 2003, 56.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> H. Oda, *Japanese Law*, Oxford University Press, London 1999, 417.

не за њих – судови немају овлашћење да креирају кривична дела према аналогiji у односу на већ постојеће деликте“.<sup>1</sup>

Начело законитости је на одговарајући начин, али не под тим називом, прописано и међународноправним актима највишег ранга. У Универзалној декларацији УН<sup>2</sup> ово начело је прописано на један широк начин, који је карактеристичан за схватање „начела правности“ или принципа „прописаности правом кривичног дела и казне“ у англосаксонском праву. Према чл. 11, ст. 2 ове декларације нико се неће сматрати кривим за био које кривично дело или пропуштање, ако оно домаћим или међународним правом није прописано као казнено дело. Такође, не сме се изрећи тежа казна од оне казне која је била примењива у време када је кривично дело учињено. Слична формулација се користи и у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода.<sup>3</sup> Према чл. 7, ст. 1 ове конвенције нико се неће сматрати кривим за кривично дело учињено чињењем или нечињењем, које у време извршења није према правилима националног или међународног права било кривично дело. Не може се применити тежа казна од оне која је била прописана у време извршења кривичног дела. Европска конвенција у чл. 7, ст. 2 садржи и својеврсну оgradu од овог примарног правила, тако што се прописује да оно не утиче на суђење и кажњавање лица за чињење или пропуштање које је у време извршења сматрано кривичним делом у складу са општим правним принципима признатим од стране цивилизованих народа. Наведене формулације, а посебно она из чл. 7, ст. 2 Европске конвенције суштински представљају начело законитости,<sup>4</sup> али не у потпуности и у стриктном смислу, јер формално остављају простора да се и другим изворима права прописују кривична дела и казне, мада је то у државама континенталне Европе практично незамисливо, а формално немогуће, јер је у већини тих држава, начело законитости уставног ранга.<sup>5</sup> У немачкој кривичноправној теорији се у вези ових европских правила у односу на начело законитости констатује

<sup>1</sup> А. Shapira, К. С. DeWitt Arar, *Introduction to the Law of Israel*, Kluwer Law International, Boston 1994, 258.

<sup>2</sup> Усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине УН 217 А (III) од 10. децембра 1948. године.

<sup>3</sup> *European Treaty Series*, No. 5.

<sup>4</sup> У том смислу и већина аутора из европских земаља и формално чл. 7 Конвенције именује као начело *nulla poena sine lege*. Упор. Н. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden Baden 2005, 142.

<sup>5</sup> У том смислу се у литератури примењује да иако чл. 7 Европске конвенције садржи начело законитости (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), тако што се у ст. 1 овог члана штити од повратног дејства кривичноправних норми, те од кажњавања без законске основе или на темељу аналогije, укупна садржина тог члана је далеко иза начела законитости прописаног у немачком Уставу (Основном закону чл. 103, ст. 2 GG). Више о томе: К. Ambos, *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, Verlag C.H.Beck, München 2006, 362.

да је формулација начела законитости садржана у Основном закону Немачке,<sup>6</sup> строжа у односу на одредбе чл. 7, ст. 1 Европске конвенције о људским правима и основним слободама, као и у односу на истовестан текст Међународног пакта о грађанским и политичким правима од 19. децембра 1966. године, те у погледу чл. 49 (1), ст. 2 Европске повеље о основним правима од 7. децембра 2003 године,<sup>7</sup> који сви садрже упућивање на могућност кажњавања сходно „међународном праву“ и онда када кажњивост у време извршења кривичног дела није била прописана националним законодавством.

Иначе, „значајна одступања од начела легалитета и принципа да задатак тумачења националног права припада у првом реду, националним судовима, Европски суд за људска права је чинио у случајевима представки против СР Немачке за осуде које су изречене припадницима бившег ДДР режима. У својим пресудама<sup>8</sup> Суд је стао на становиште да подносилац представке не може да се позива на разлоге за искључење постојања кривичног дела у чијем нормирању је и сам учествовао“.<sup>9</sup> Такође, у овом случају, као и посебно, у случајевима осуда војника-граничара који су пред судовима СР Немачке одговарали за убиства бегунаца из ДДР-а, Европски суд за људска права је подржао дубиозне одлуке немачких судова који су се очигледно огрешили о начело законитости.<sup>10</sup>

## 2. САДРЖИНА И ДЕЈСТВО НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ

Начело законитости, као једно од најзначајнијих достигнућа кривичног права и принципа правне државе,<sup>11</sup> се у националним кривичноправним системима поистовећује са познатим правилом *nullum crimen, nulla poena sine lege*, тј. да нема кривичног дела нити казне без закона,<sup>12</sup> што се у основи односи на неколико важних захтева.<sup>13</sup>

<sup>6</sup> Та констатација важи и за већину осталих држава континенталне Европе.

<sup>7</sup> Службени лист ЕУ, Nr. С 364/1 од 18. 12. 2000, штампано у збирци *Sartorius II*.

<sup>8</sup> *Strelez, Kessler and Krenz*, пресуда од 22. марта 2001. године.

<sup>9</sup> А. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима коментар*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006, 236.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 237 238.

<sup>11</sup> З. Стојановић, 26.

<sup>12</sup> За принцип законитости се истиче да он „гарантује заштиту грађана од самоволне примене и простирања државне власти. Он утврђује да само писани за кон прописује кажњивост одређене радње, као и запрећену казну као њену правну последицу.“ Више о томе: J. Wessels, *Strafrecht Allgemeiner Teil die Straftat und ihr Aufbau*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996<sup>26</sup>, 8.

<sup>13</sup> C. Roxin, 99 104.

Кривичним законом се не могу стварати инкриминације на један општи начин, по принципу сличности, што значи да је забрањено креирати кривична дела и казне за њих путем аналогije – *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*.

Кривични закон мора да постоји у писаном облику, тако да се инкриминације и казне не могу заснивати на неписаном праву, односно, оне се не могу темељити на обичајном праву – *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*.

Кривична дела морају да буду законски предвиђена, односно прописана као кривична дела, као и казне за њих, пре него што су деликти извршени, што значи да се забрањује ретроактивна примена кривичног закона, мада се по правилу омогућава повратно дејство одређене материјалне кривичноправне норме, ако је она повољнија (блажи закон) за окривљеног – *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.

Кривични закон мора да има висок степен одређености у погледу предвиђених инкриминација, односно прописаних кривичних дела и казни – *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

## 2.1. Начелна забрана аналогije

Аналогија значи да се на један случај који није регулисан општом нормом примењује друга правна норма, чије је дејство предвиђено за неки други случај, који је сличан оном случају у односу на кога постоји правна празнина. Та сличност два случаја – једног који је „покривен“ нормом и другог који је практично нерегулисан, представља легитимацију и основу за примену аналогije, која се своди на једну врсту премештања или проширења дејства једне норме на ситуацију на коју се она иначе не односи, али је та ситуација слична с оном на коју се норма изворно односи и примењује.

У кривичном материјалном праву је примена аналогije, сходно начелу легалитета, стриктно забрањена. Она се забрањује, пре свега, из разлога правне сигурности, јер би било недопустиво и потенцијално изузетно плодотворно за тешке злоупотребе, да се таквим широким методом тумачења правних празнина практично омогућава креирање нових инкриминација или њихових делова, односно других кривичноправних одредби, које иначе нису стриктно прописане законским нормама. Супротно овоме, аналогија је допуштена у кривичном процесном праву јер, с једне стране, кривично процесно право, због своје изразите сложености и велике међусобне повезаности и велике међуусловљености његових одредби, оставља далеко већи простор за постојање правних празнина него кривично материјално право. С друге стране, применом аналогije у кривичном

процесном праву начелно је далеко мање могуће повредити нечија права и слободе него што би то био случај са њеном применом у кривичном материјалном праву.<sup>14</sup>

*Пример потенцијалног асоцирања на примену аналогије у нашем кривичном праву*

У кривичном материјално праву постоје понекад неки случајеви који се свode на одговарајућа тумачења по сличности, те се као такви приближавају аналогији и на њу асоцирају, иако је она начелно забрањена. Овде се не ради о правним празнинама, већ је у питању посебна законодавна техника упућивања на одговарајућу сличност приликом формулисања кривичноправне нормe. Одређене радње се дефинишу само на један релативно уопштен начин, при чему се изједначавају са другим прецизније одређеним радњама. Овакви случајеви су често веома захтевни за суд који тумачи релевантне правне нормe, те захтевају висок ниво правничког знања, али и животног искуства судије. Типичан пример ове врсте у нашем праву је алтернативно дефинисана радња извршења кривичног дела силовања.

Кривично дело силовања се у свом основном облику састоји у принуди другог на обљубу или с обљубом изједначени чин, употребом силе или претњом да ће се непосредно напасти на живот или тело тог лица или њему блиског лица (чл. 178, ст. 1 КЗ). Радња извршења је формулисана као принуда, која се реализује било силом, било квалификованом претњом,<sup>15</sup> путем које се алтернативно остварује: 1) *обљуба* или 2) *с обљубом изједначени чин*.

С обзиром на то да је сада у истом кривичном делу инкорпорирано некадашње класично силовање (принудна обљуба) и некадашњи противприродни блуд (принуђавање на одређене посебне облике сексуалног контакта), законодавац је, по свему судећи, мислио на радње које су се код нас деценијама третирале као противприродни блуд, тј. орални и анални сексуални контакт до кога дође принудом или квалификованом претњом. Међутим, употребљена формулација по

<sup>14</sup> Вид. М. Шкулић, „Суд као субјект тумачења казненoправне нормe“, *Тума чење казненoправне нормe и адекватност њене примене*, Српско удружење за кривично право, Удружење јавних тужилаца Србије и *Canada Serbia Judicial Reform Project*, Београд 2009, 83.

<sup>15</sup> Претња је у основном облику силовања квалификована тако што је усмерена на стављање у изглед непосредног напада на живот или тело пасивног субјекта или лица блиског њему, док је за други облик силовања (код којег никада нема при мене ефективне силе), карактеристична претња уцењивачког карактера, која је усмерена на то да ће се за пасивног субјекта или њему блиско лице открити нешто што би шкодило његовој части или угледу или се пасивном субјекту прети другим те шким злом.



којој се радња силовања, осим у обљуби, може састојати у „другом с обљубом изједначеном чину“,<sup>16</sup> у ствари, значи да је у питању одређена радња која до неке мере *личи* на обљубу, али ипак није обљуба, јер нема све њене особине, односно битне елементе (на пример, истополни активни и пасивни актер силовања), па се стога третира само као с обљубом изједначена, а при том је судској пракси препуштено да у конкретним случајевима решава да ли се ради о таквој радњи. Овакав начин формулисања ове радње поприлично асоцира на аналогију, јер се ради о радњи која самим тим што је са другом стриктно дефинисаном радњом изједначена, на њу личи, тако да су у конкретном случају на темељу трагања за *сличношћу* између радњи о којима се ради, решава да ли је у питању таква радња која се може сматрати радњом којом је извршено силовање, наравно ако истовремено постоје и принуда, односно квалификована претња, захваљујући којима је таква радња и реализована. Овде се ипак не ради о правој аналогији и оваквим формулисањем, тј. таквим конструисањем кривичноправне норме није нарушено начело законитости. Но, неспорно да суд приликом тумачења овакве норме, односно њене примене на конкретан случај, мора резоновати по „принципу сличности“, али не међу нормама, већ у односу на одређене конкретне животне радње. Стога то није аналогија у примени или стварању права, већ се ту ради о некој врсти аналогије у тумачењу елемената животне стварности, када суд оцењује да ли је одређеном радњом остварено конкретно кривично дело и на који начин. То није идеално решење, али је, с обзиром на особеност и *ratio legis* нове (проширене) дефиниције силовања, практично немогуће смислити бољи правно-технички начин креирања норме, а да се то не сведе на бесмислено таксативно набрајање.

## 2.2. Забрана неписаних извора кривичног права

Суштина забране неписаних извора кривичног права се не састоји у потреби „информисања грађана“,<sup>17</sup> јер није спорно да обичан грађанин није претерано заинтересован за читање кривичних закона, нити се *lex scripta* уопште и може свести само на идеју да се на такав начин омогућава „сваком грађанину да се „упозна с одредбама и да своје понашање усклади с императивним нормама и тако

<sup>16</sup> Веома слична формулација постоји у Кривичном законнику Аустрије.

<sup>17</sup> Ако би се пошло од замишљене формуле: *правило + писана форма* и *информисани грађанин*, могло би се с једне стране, далеко пре рећи: *правило + писана форма обавештени судија* или, с друге стране: *правило без писане форме потпуна арбитрерност*, односно самовоља, као предворје правне анархије и потпуне правне несигурности грађана.

избегне кажњавање.<sup>18</sup> Није потребно озбиљније полемисати са таквом идејом, јер је она већ на први поглед илузорна, а нарочито се то питање не може априорно повезивати са проблематиком правне заблуде. Нема много ни правника који знају све норме кривичног права, а камоли правних лаика, али то не може бити разлог за негирање неопходности да извори кривичног права буду у писаној форми. Чак и да је заиста основни циљ *lex scripta* да се тиме омогући информисање грађана о томе шта је кажњиво у кривичноправном смислу, потпуно је бесмислено да се, због тога што објективно већина грађана нема појма о томе шта је написано у кривичним законима, нити их то претерано интересује, негира потреба да ти закони обавезно буду у писаном облику, јер тек онда грађани не би могли бити „информисани“ о постојећем кривичном праву.

Суштина деловања *lex scripta* није у „јавном обавештавању“ грађана,<sup>19</sup> иако није спорно да се тиме, што су закони обавезно у писаној форми, установљава апстрактна могућност да се грађани који су заинтересовани упознају са кривичним правом, већ у *забрани деловања обичаја као извора кривичног права*, што се своди на доследно очување правне сигурности. У теорији се истиче да из „захтева *lex scripta* проистиче искључење деловања обичајног права на штету учиниоца“, што такође значи да се обичајним правом нити могу стварати нова кривична дела, нити уводити било каква поопштравања деловања већ постојећих кривичноправних норми.<sup>20</sup> Поред тога, у немачкој литератури се истиче и да је ограничена примена обичајног права (такође само у корист учиниоца),<sup>21</sup> у неким ситуацијама могућа када се самим кривичноправним одредбама упућује на примену других правних норми,<sup>22</sup> којима се омогућава и

<sup>18</sup> М. Мајић, „Начело легалитета – нормативна и културна еволуција“ (I део), *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)*, 1/2009, 38.

<sup>19</sup> Када би то заиста и био основни циљ, неспорно је да би се и тада радило само о фикцији да су тиме што кривични закон постоји у писаном облику, баш сви грађани адекватно информисани о постојећим кривичним делима, односно о томе шта им је „забрањено“.

<sup>20</sup> Schönke Schröder (део који је писао А. Eser), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München 2001<sup>26</sup>, 26. У цитираном коментару се посебно објашњава извесна могућност узимања у обзир одређених обичаја у корист учиниоца, па се као пример наводи појам „игара на срећу“, а у вези с кривичним делом утврђеног § 284 StGB (недозвољено организовање игара на срећу), када се у пракси у игре на срећу не увршћују они облици таквих игара који су скопчани са малим добицима или се свде на одређене облике друштвене забаве у оквиру које се освајају ствари од не знатне вредности.

<sup>21</sup> Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin 1996<sup>5</sup>, 134.

<sup>22</sup> Ради се о нормама бланкетног карактера, које су у овом случају веома специфичне, јер се одредбама немачког Кривичног законика непосредно упућује

примена одређених обичајних норми, као што је то у Немачкој случај са кривичним делом недозвољеног лова (§ 192 StGB).<sup>23</sup>

Није спорно да чак ни (у)обич(а)је)но читање кривичног закона по правилу, у већини случајева, није довољно да се схвати право значење низа норми. Грађанин који је правни лаик би тако, отприлике могао да разуме када постоје одређена кривична дела и која је казна за њих прописана, али би се тешко могло очекивати да то повеже с општим делом кривичног права попут, на пример, основа искључења противправности, проблематиком кривице, итд. Дакле, уопште није тешко критиковати идеју да се тиме што кривични закони морају бити писани суштински не омогућава да грађани буду заиста упознати са нормама кривичног права, али је озбиљан проблем за такве „критичаре“ у томе што то уопште и није примарни циљ забране неписаних извора кривичног права. Потпуно је погрешно овај аспект начела законитости сводити само или претежно на разматрање објективних могућности да сваки или „обични грађанин“, а где би нарочито било значајно питање неписмених грађанина, ефективно буде у прилици да се упозна са кривичноправним нормама, тј. да их прочита, јер се потпуно обрнуто, овде пре свега, ствара могућност да судија који примењује кривични закон буде у прилици да своју одлуку заснује на писаној норми. То важи и за све остале актере кривичног поступка, а посебно за окривљеног, који би се тада, и само ако заиста постоји *писана норма*, могао уверити да ли је оно за шта је окривљен, заиста прописано као кривично дело. Тврдња да је „информисаност грађана један од основних разлога због којих још увек постоји поверење у законитост“ би се тешко могла сматрати тачном, или бар потпуно тачном, а нарочито не у контексту примера којима се та тврдња илуструје, а који се у ствари свode на идеју о важењу правила *ignorantia legis nocet*,<sup>24</sup> што не одговара нашем позитивном

на одредбе садржане у другим ванкривичноправним прописима, а сами ти прописи омогућавају још и допунску примену обичајног права, на које се иначе кривично правним одредбама не упућује непосредно, што значи да се овој ситуацији обичајно право примењује на специфичан посредан начин.

<sup>23</sup> Како истиче цитирани аутор (Н. Н. Jescheck, 134), појам „ловне животиње“, односно појам „животиње које се смеју ловити“, се у Немачкој утврђује како одређеним покрајинским законима, тако и делимично сходно обичајном праву.

<sup>24</sup> М. Мајић, 48-49. Цитирани аутор наводи пример „старијег грађанина“ који у складу са *lex certa*, нема сазнање да би, ако кишобраном „нанесе модрицу“ нео презном возачу ролера, његов поступак био третиран као „кривично дело извршено средством подобним да тело тешко повреди“, а што се илуструје и једном одлуком Округног суда у Београду. Затим цитирани аутор, озбиљно забринут „злосрећном судбином“ „баксузног сениора“, поставља питање: „да ли је старији грађанин, чак и уколико редовно прати измене кривичног законодавства, уздајући се у начело за конитости, заиста имао шансу?“. Међутим, ово је погрешно резновање, јер овде за објашњавање *lex certa* елемента уопште није од значаја третирање кишобрана у

кривичном праву. Наиме, према одредби члана 29 став 1 КЗ, није кривично дело оно дело које је учињено у неотклоњивој правној заблуди, што значи да Кривични законик Србије из 2006. године, а за разлику од нашег ранијег кривичног законодавства,<sup>25</sup> више не прихвата став да непознавање права шкоди – *ignorantia iuris nocet*, већ сада непознавање права које није скривљено значи да постоји неотклоњива правна заблуда (*error iuris*), која стриктно искључује постојање кривичног дела.

Норма садржана у писаном извору права, а посебно када је тај извор права законског ранга, *поуздано гарантује да то право објективно и реално постоји*. Обрнуто, ако би и обичаји били формални извор кривичног права, увек би, или бар у великом броју случајева, било прилично неизвесно и подложно слободним тумачењима, да ли таква обичајна норма заиста егзистира, јер како обичаји не постоје у материјалном облику,<sup>26</sup> ово би се свело на одређено претходно питање. То значи да би се прво морало доказивати постојање одређене обичајне норме, а тек би потом дошла у обзир и њена примена. Овако нешто је у савременом правном систему недопустиво, али не само због таквих „доказних тешкоћа“ у односу на утврђивање (не)постојања норме, већ првенствено зато што би се на такав начин створио огроман степен правне несигурности у једном изузетно важном сегменту правног система и широм отворила врата разноразним могућим злоупотребама.<sup>27</sup>

судској пракси као средства подобног за наношење тешких повреда, јер то свакако и није предмет законске регулативе, што значи да је законодавац, као што је то и иначе уобичајено, ово питање свесно препустио судској пракси. Нема кривичног закона у коме се таксативно набрајају средства подобна да тело тешко повреди, а то важи и за друге опште законске формулације, које су у одређеној мери неизбежне по логици ствари. С друге стране, нескривљена неинформисаност „старијег грађанина“ би се складу са чл. 29, ст. 1 КЗ, третирао као *неотклоњива правна заблуда*, што би онда значило да он у *уопште није учинио кривично дело*.

<sup>25</sup> Према чл. 17 ОКЗ, учинилац кривичног дела који из оправданих разлога није знао да је то дело забрањено, могао се блаже казнити или ослободити од казне, што значи да према раније важећем законодавству (које није на снази већ неколико година), оправдана правна заблуда није искључивала постојање кривичног дела (строго се примењивао резон *ignorantia legis non excusat*), већ је представљала само факултативни основ за ослобођење од казне.

<sup>26</sup> У ствари, у оним државама где је добар део кривичног права садржан у обичајима и судским прецедентима (на пример, у Енглеској, али и у другим државама англосаксонског правног света), скоро сви релевантни обичаји, су сабрани у одговарајућим збиркама, тако да они, иако наравно, нису закони, *de facto* постоје у писаном облику, што наравно, по логици ствари, без изузетка важи и за пресуде прецедентног значаја.

<sup>27</sup> Могуће је разматрање законитости као „извесности, коју штити и обезбеђује држава.“ Вид. Д. Митровић, *Начело законитости појам, садржај и облици*, Правни факултет у Београду, Београд 1996, 41–55; исти, „Законитост као извесност“,

### 2.3. Забрана ретроактивног дејства кривичног закона

Иако су за начело законитости од подједнаког значаја сва четири његова сегмента, ипак се, када је реч о овом принципу, пре свега мисли на забрану повратног дејства кривичног закона.<sup>28</sup> Према чл. 5, ст. 1 КЗ на учиниоца кривичног дела примењује се закон који је важио у време извршења кривичног дела, из чега произлази да свака промена кривичног закона по правилу делује само убудуће, а не и на учиниоце кривичних дела извршених пре ступања на снагу законске новеле. Већ у чл. 5, ст. 1 прописан је изузетак у односу на забрану ретроактивног дејства кривичних закона и то тако да се у одређеним ситуацијама не само омогућава ретроактивно дејство кривичног закона, већ се тада кривични закон обавезно примењује ретроактивно. Ради се о правилу обавезне примене *блажег закона*.

Ако је после извршења кривичног дела, једном или више пута измењен закон, примениће се закон који је најблажи за учиниоца. Строжи закон се ни у ком случају не може применити ретроактивно, а ако је нови закон у погледу конкретног случаја потпуно једнак у смислу „строгости/благости“ у односу на стари, онда ће се према општем правилу садржаном у *lex previa* елементу начела законитости (чл. 5 ст. 1 КЗ), свакако применити „стари“ закон, тј. онај закон који је важио у време извршења кривичног дела. Обавезна примена блажег закона подразумева узимање у обзир и међузакон, тзв. интеримних закона, онда када је у међувремену дошло до више промена кривичног закона, при чему само утврђивање који је закон најблажи за учиниоца представља врло сложено питање које подразумева да се има у виду конкретан случај, при чему је могуће говорити само о неким оријентационим критеријумима и правилима.<sup>29</sup>

Начелно је веома опасно оштро супростављати легалност и легитимност кривичноправних инкриминација, јер је питање легитимности увек подложно екстензивној оцени и често може бити схватано и на произвољан начин. Није лако прихватити очигледно пренаглашен став да је „сваки кривичар макар једном осетио опасност“ у виду постојања „вредносног раскорака између формално важећег правила (инкриминације) и његове материјалне вредности (легитимности инкриминације),<sup>30</sup> јер би то онда, с обзиром да „кривичара“ (рачунајући у њих све судије који поступају у кривичним предметима, све носиоце јавно-туžilачке функције, те адвокате који су бра-

Анали Правног факултета у Београду 5/1989, 542-553; исти, „Начело законитости“, Анали Правног факултета у Београду 1-2/2004, 55-78.

<sup>28</sup> З. Стојановић (Коментар), 28.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 36-37.

<sup>30</sup> М. Мајић, 43.

ниоци у кривичним предметима) има неколико хиљада, значило да постоји велики број актуелних кривичних дела која нису легитимна, а то очигледно ипак није случај.<sup>31</sup> Нема никаквог разлога да се сматра да је начело законитости у нормалним условима супростављено захтевима легитимности. У правним државама је по правилу све оно што прописује кривични закон и легитимно, а ако временом постане нелегитимно, тада се, наравно, мења кривични закон, па се легалност усклађује са легитимношћу. Али, то се веома ретко догађа, а за озбиљне државе ни иначе није типично да често мењају своје кривично законодавство. Начело легитимности је пре свега од значаја за стварање кривичног права, а само изузетно и за његову примену.<sup>32</sup> Када се изузетно деси да су принципи легалности и легитимности у раскораку, неприхватљиво је у примени кривичног права дати предност начелу легитимности, јер за одређивање шта је легитимно, а шта није, не постоје прецизни критеријуми, већ је то пре свега ствар вредновања.<sup>33</sup>

Тешко је прихватити став да *lex previa* захтева од кривичног закона антиципирање будућности, као ни да то представља некакво „слепило“ закона, који тобож „предсказује догађаје које не познаје“, те у таквом свом „слепилу“ закон „нужно окамењује будућност из ракуса прошлости“,<sup>34</sup> за коју на тај начин постаје сметња.<sup>35</sup> Оваква констатација је не само сувише претенциозна, већ је она и потпу-

<sup>31</sup> Наравно, овим се не негира чињеница да се судије и јавни тужиоци у пракси често суочавају са много чиме што их не може чинити задовољним, или их чак може огорчити, попут чињенице да код нас још увек превасходно кривично одговарају „ситне рибе“, што је у складу са познатим „кривичноправним“ афоризмом да је „криминална политика рибарска мрежа којом се хватају мале рибе, а која пропушта велике рибе“. То међутим, свакако није проблем легитимности кривичних инкриминација, већ примене кривичног права у пракси и ефективне политике кривичног гоњења.

<sup>32</sup> З. Стојановић, *Међународно кривично право*, Правна књига, Београд 2008<sup>6</sup>, 23.

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

<sup>34</sup> Није јасна ни замјерка овог аутора (М. Мајић, 45), који забринуто констатује да се закони „доносе *pro futuro*, али судије своје одлуке доносе ретроактивно у однесу на догађаје на које се односе“, у чему овај аутор проициљиво види некакво „специфичну замку“. Заиста би било интересантно објаснити како би то судије могле своје одлуке доносити *pro futuro*, мада за такве „одлуке“ у ствари, не би ни биле потребне судије, јер како би се „судило“ кривичним делима која тек треба да буду учињена, односно људима који тек треба да постану учиниоци. Можда би са ста новишта циничног погледа на ово питање било могуће да се, на пример, применом механизма сличних онима који се користе у играма на срећу (на пример, нека врста лутрије, лоза и тсл.), одреде (не)срећни добитници, који би унапред били осуђени. То би заиста било максимално ефикасно правосуђе, јер би оно људе осуђивало и пре него што дотични учине кривично дело!

<sup>35</sup> М. Мајић, 42.

но удаљена од стварности, јер ни један законодавац не доноси кривични закон ради антиципирања догађаја у будућности, већ сасвим једноставно искуство показује да практично нема кривичног дела, а посебно не неког класичног кривичног дела, које већ није постојало у одређеном облику у прошлости, па је онда доношењем закона омогућено да таква будућа дела буду кажњива. По логици цитираног аутора, све што се пропише Кривичним закоником би морало кад-тад да се оствари, а ако се то не догоди, онда то представља законску аномалију и доказ како несавршености закона (као да заиста постоје савршени закони), тако и непотребности постојања таквих (оних које се не примењују), његових норми. Наравно, није спорно да би идеално било (што је ипак само утопија), да нико никада не чини кривична дела, без обзира на то што су она прописана у Кривичном законнику. То не само да не би било лоше, већ би било нешто најбоље што би се друштву могло догодити, али би то изгледа, силно разочарало цитираног аутора, који дубоко очајава, када каже: „До које мере захтев *lex previa* задаје потешкоће, можда најјасније илуструје постојање читавог низа кривичних дела која се налазе у разним кривичним законцима, за чије извршење никада нико није био кажњен“.<sup>36</sup> Чудна логика цитираног аутора и његова посвећеност „борби“ против оних елемената начела законитости који ето, „изазивају тешкоће“, подсећа на ону познату шалвиву анегдоту о резону кнеза Милоша, који је, када су му учени Срби објаснили потребу да Србија добије кривични законик, тако што ће се преписати неки добар већ постојећи европски законик, онда када су му објаснили шта је кривични законик и шта прописује, енергично завапио да је против тога. Кнез Милош је био против „преписивања“ било ког европског кривичног законика, јер је сматрао да ће се српски народ, који кнез ни иначе није сматрао идеалним, али за кога је веровао да још увек није толико покварен да чини све оно што већ прописују „европијански“ законици, начисто покварити ако стекне прилику да сам прочита оно што би прописивао будући законик.

#### 2.4. Висок степен одређености и прецизности норми кривичног права

Норме кривичног права морају бити прецизне у највећој могућој мери, што се посебно односи на оне норме којима се креирају конкретне инкриминације и прописују казне за њих. Интерес елементарне правне сигурности у тако важној области правног система налаже доследно избегавање у кривичном праву тзв. генералних клаузула и уопште норми које су недовољно одређене и прецизне. Што

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, 45.

је прецизност и одређеност кривичноправних норми већа, то је мања могућност за потенцијална и, по правилу, веома опасна „претерано креативна“ тумачења таквих норми у пракси.

Дужност је законодавца да у што је могуће већој мери оствари захтев садржан у елементу *lex certa*. Начелно се сматра да што је значајније одређено кривичноправно питање, то одређеније и прецизније оно мора бити регулисано у кривичном закону. У том се смислу, на пример, изражава и немачка уставноправна пракса. Тако, сходно једној одлуци Савезног уставног суда Немачке,<sup>37</sup> „законске формулације морају бити што одређеније, што је тежа правна последица која је забрањена“.<sup>38</sup> Одређеност закона подразумева и његов начелни општи карактер, што би морала бити логична консенвенца не само у начелном смислу легитимности кривичноправног законодавства, које подразумева да се њиме као својеврсним *ultima ratio* механизмом штите најважније друштвене вредности, а то је могуће само када таква заштита има опште усмерење, тако и у правно-техничком смислу, јер се норме кривичног права креирају за будућност, а њих тек потом суд примењује на конкретни догађај из прошлости. Кривичноправна законска норма је „одговарајућа само када има општи карактер, а не односи се на појединачни конкретни случај или само на одређено лице, при чему се овде не ради о томе да опшност закона представља гарант исправне одлуке (као паралела природном праву), већ се општошћу избегава самовоља“.<sup>39</sup>

### 3. РАЗЛИКА У СХВАТАЊУ НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ У АНГЛОСАКСОНСКОМ И ЕВРОПСКО-КОНТИНЕНТАЛНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Начело законитости се сматра важном тековином савременог кривичног права и оно у свом најчистијем виду постоји у европско-континенталним кривичноправним системима, док није у пуној мери својствено англосаксонским кривичним законодавствима, код којих се извори кривичног права не свде само на законе (који ипак све више добијају на значају), већ су још увек веома бројни и разноврсни.<sup>40</sup> Ни у државама које припадају англосаксонском прав-

<sup>37</sup> BVerfGE 14, 245/251.

<sup>38</sup> W. Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Berlin 1997, 53.

<sup>39</sup> G. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, Berlin New York 1993<sup>2</sup>, 73.

<sup>40</sup> Тако се у изворе енглеског кривичног права, осим одређених закона, који потичу из XIX века и неких новијих, донесених последњих деценија XX века и формално сврстава пре свега *common law*, које и суштински представља једну врсту обичајног права, а развило се и развија кроз одлуке судова, које га с једне стране



ном систему, а које се одликују владавином права, данас нико, по правилу, не може бити позван на одговорност за дело које у време извршења није било прописано као кривично дело, као ни кажњен за учињено дело, ако пре његовог извршења казна за то дело није била прописана.<sup>41</sup> На пример, у том погледу у савременом америчком кривичном праву постоји врло строга и доследна судска пракса по којој се стриктно захтева је дело прописано као кривично дело,<sup>42</sup> пре него што је учињено.<sup>43</sup> Суштинска разлика је што се кривична дела и казне у многим државама које припадају англосаксонским правним системима могу прописивати не само законима, већ и другим изворима права. У ствари, у том смислу се у англосаксонским државама, пре него о начелу законитости, може говорити о „начелу правности“ или „принципу прописаности дела и казне“.<sup>44</sup>

Када се у англосаксонским државама говори о кривичном праву, тада се по правилу, не мисли само на *законско кривично право*, већ на кривично право садржано и у *другим изворима права*, а што онда, поприлично одудара од устаљених схватања у континенталној Европи. С друге стране, када се ради о стабилним правним системима држава заснованих на владавини права, ни чињеница да се, не само законима већ и другим изворима права, могу стварати кривичноправне норме, па и прописивати кривична дела и казне за њих, не утиче на заштићеност грађана у оквирима правног система,<sup>45</sup> јер и у

потврђују, а с друге, и додатно креирају, али је *common law* такође креирано и стваралачким радом познатих писаца, као што су *Coke* и *Hale* у XVII веку, те *Hawkins*, *Foster* и *Blackstone* у XVIII веку. Овде треба имати у виду да је прихватањем Европске конвенције о људским правима и основним слободама, судијама у Енглеској ускраћено право да законе интерпретирају на начин који је противан правилима те Конвенције, што већ представља значајно ограничење у даљем развоју класичног *common law* система. Вид. А. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1999<sup>3</sup>, 5.

<sup>41</sup> У ствари, некада су у САД у том погледу били могући и одређени далеко већи изузеци (нарочито у тзв. пионирско доба), када је у питању право које су стварале саме судије (*judge made law*), које су практично, креирајући кривично дело, прописивали и казну, али је то доба неповратно прошло када се правни систем САД стабилизовао и осавременио.

<sup>42</sup> Случај: *Rex v. Manley* Court of Criminal Appeal, 1932.

<sup>43</sup> Вид. R. J. Bonnie, A. M. Coughlin, J. C. Jeffries, Jr., P. W. Low, *Criminal Law*, The Foundation Press, Westbury, New York, 1997, 31-32.

<sup>44</sup> У том смислу у САД постоји правило да је правом дефинисан, како злочин, тако и казна *Law Defining the Crime and the Punishment*, али се под правом не подразумева само законско право, већ у „ствараоце права“ (*Lawmakers*), спадају како Конгрес и органи државне легислатуре, тако и друге „јавне власти“, према: *Outline of the US Legal System* (ed. R.A.Carp and R.Stidham), „Bureau of International Information Programs United States Department of State“, Washington 2004, 92 и 95.

<sup>45</sup> Тако се и у претходно цитираном раду (стр. 95), наводи: „Ако је нека радња правом забрањена или у складу са правом постоји дужност њеног вршења, правом конституисани органи власти (обично Конгрес или државно законодавство),

тим државама у односу на кривичноправне норме важе уобичајени елементи начела *nullum crimen, nulla poena, sine lege*,<sup>46</sup> без обзира што се не ради увек о прописима законског карактера.

Иако је колевка англосаксонског права Енглеска,<sup>47</sup> данас се типичним савременим представником тог великог правног система сматрају САД.<sup>48</sup> Кривично право САД још увек извире из прилично хетерогених извора: 1) већина кривичноправних одредби је прописана законима (статутима) држава, као и законима (статутима) који се доносе на савезном нивоу; 2) кривично право је делом садржано у трговинској, санитарној, здравственој, финансијској и пореској регулативи, коју се усваја како на савезном, тако и на нивоу држава, односно регулаторних агенција; 3) један део кривичног права извире и непосредно из Устава САД; 4) кривично право се данас у ретким приликама у неким од држава САД ствара и као *common law*, што је, иначе, по узору на такво право Енглеске, био први и најранији извор кривичног права у САД, а своди се на својеврсно обичајно право, односно обухвата право и инкриминације које својим одлукама стварају саме судије (*judge made crimes*).<sup>49</sup> Тако су, на пример, у држави Масачусетс у САД, *common law* кривична дела (злочини), кажњиви чак и када никада нису прописани статутом.<sup>50</sup>

Израз *common law* се уобичајено користи као термин за право створено од стране самих судија, што је првобитно било типично у

---

морају на прописан начин објавити пропис, како би грађани унапред знали шта им је забрањено или шта су дужни да чине.“

<sup>46</sup> У том смислу би ово правило у већини англосаксонских држава било схваћено као „нема кривичног дела, нити казне, *без права*, а не као што је то уобичајено у европским континенталним државама: „нема кривичног дела, нити казне, без закона.

<sup>47</sup> Енглеска је у последње време у највећој мери напустила *common law* као извор кривичног права, тако да се данас далеко највећи број кривичних дела у Енглеској прописује законима (статутима), док Шкотска још увек остаје далеко вернија класичном *common law* систему, што значи да и у тој држави постоје „за конска“ кривична дела, тј. кривична дела прописана статутима, али је још увек већи број кривичних дела сврстан у *common law*, а и она кривична дела која су предвиђена статутима су се тамо нашла непосредним преузимањем из *common law* система. Вид. F. Lyall, *An Introduction to British Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2000, 182.

<sup>48</sup> За разлику од трговинског права, пореског права, грађанског права итд., која се примарно регулишу на савезном нивоу, материјално кривично право је у САД традиционално регулисано законима држава чланица федерације, при чему су кодификације у већини држава оријентисане на решења присутна у Моделу кривичног закона (*Model Penal Code*). Вид. P. Hay, *U.S. amerikanisches Recht*, Verlag C. H. Beck, München 2000, 259.

<sup>49</sup> T. J. Gardner, V. Mainan, *Criminal Law Principles, Cases and Readings*, West Publishing Company, St. Paul, New York, Los Angeles, San Francisco 1980, 30 и 31.

<sup>50</sup> J. R. Nolan, *Massachusetts Practice Criminal Law*, West Publishing Co, St. Paul, Minn. 1976, 2.

уговорном праву, али је потом оно обухватило и дефинисање кривичних дела, као и судску интерпретацију закона, с тим да је право суда да „креира“ кривична дела широко егзистирало до XIX века, а оно је само у ретким приликама опстало и до данас.<sup>51</sup> *Common law* је најстарија форма кривичног права у САД, која је развијена у Енглеској и од стране енглеских колониста пренесена у САД, а подразумева комплекс неписаног права развијеног из обичаја, општих принципа и праксе, признате у судским одлукама, а из њега извире концепт судског прецедента који подразумева да суд својом одлуком решава одређено питање, а онда том одлуком везује себе, али и друге судове у односу на исти или веома сличан случај, који би се појавио у будућности.<sup>52</sup> Иако део извора кривичног права САД није законског карактера, што је посебно карактеристично за *common law*, чињеница је да се данас веома ретко може догодити да кривично дело буде прописано незаконским извором права, или чак „креирано“ од суда.<sup>53</sup> Међутим, и поред тога, није спорно да се у тој држави, као и у већини других држава англосаксонске правне провенијенције, начело законитости битно другачије схвата него у континенталној Европи.

За саму Енглеску, која се неспорно сматра родоначелником англосаксонског правног система, а нарочито *common law* система као извора кривичног права, се данас примећује да њено право познаје начело *nullum crimen, nulla poena sine lege*, у смислу да се ниједна казна не може изрећи ако пре извршења кривичног дела није била прописана одговарајућа забрана понашања које представља кривично дело, као и казна за такво дело,<sup>54</sup> с тим да су данас кривична дела и у Енглеској претежно законског карактера, а веома су ретко садржана у *common law* извору права.

<sup>51</sup> R. G. Singer, J. Q. La Fond, *Criminal Law Examples and Explanations*, Aspen Law & Business, New York 1997, 2.

<sup>52</sup> D. Hall, *Criminal Law and Procedure*, Lawyers Cooperative Publishing & Delmar Publishers, New York 1992, 35.

<sup>53</sup> Тако се у литератури истиче да је у САД након Другог светског рата све присутнија тежња за кодификацијама, што се огледа и у томе да је Амерички правни институт 1952. године започео рад на доношењу јединственог Кривичног законика, који би обухватио и систематизовао постојећа кривична дела прописана бројним статутима, а тај посао је десет година касније резултирао „Моделом кривичног за коника“ (*Model Penal Code*), који никада није усвојен, па и нема обавезујући карактер, али је остварио јак утицај на законодавство држава чланица САД, мада се и сада иронично истиче да је тежња за кодификацијом у САД резултирала тиме да је кривично право у овој држави данас кодификовано у 50 кривичних закона који се међусобно доста разликују. Вид. В. Бајовић, *Споразум о признању кривице*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 17-18.

<sup>54</sup> C. Graf von Bernstoff, *Einführung in das englische Recht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 2000, 247.

#### 4. НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Начело законитости схваћено на претходно објашњен класичан кривичноправни начин, типичан за континентално-европска законодавства, није на исти начин тумачено и примењивано у међународном кривичном праву (до момента ступања на снагу Римског статута), односно пракси везаној за одређена суђења поводом извршења међународних кривичних дела. У ствари, изгледа да је у том питању међународно (јавно) право одиграло кључну улогу, јер је за ту грану права карактеристично да њене норме нису садржане у законима, или не само у законима, већ и у другим изворима права, као што су међународни уговори и међународне конвенције, чак одлуке одређених међународних тела, или неписано право, као што су међународни обичаји.<sup>55</sup>

За начело законитости се сматра да је оно „део међународног обичајног права, тако што се захтева да је криминално понашање било прописано што је могуће јасније у дефиницији злочина, али је овај стандард мање ригидан него што је то уобичајено у континенталном европском праву.<sup>56</sup> У ствари, иако се претходно цитирани аутор у делу поглавља књиге у којем објашњава начело законитости у међународном кривичном праву, позива и на латинску сентенцу *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, која представља класично објашњење принципа легалитета, он у свом објашњењу не објашњава суштину овога начела, већ само један његов елемент, а то је *lex certa*. Међутим, у сваком случају, није спорно да се начело законитости у међународном кривичном праву, односно пре свега у неким случајевима који су се решавали пред одређеним облицима међународног кривичног правосуђа, схватало на битно другачији начин него у већин европских континенталних правних система. Сходно овоме, начело законитости се у међународном кривичном праву сматра испоштованим ако кажњивост одређеног понашања произлази из писаних или неписаних норми које су биле на снази у време таквог понашања. Када су у питању неписане норме, нереално је захтевати да оне ближе одређују врсту и висину казне која се за то понашање може изрећи, па не преостаје ништа друго, него да се то препусти суду. Стога традиционално међународно кривично право начело законитости *није протезало на кривичноправне санкције*, што представља можда највеће одступање од праксе европских конти-

<sup>55</sup> Вид. о изворима међународног јавног права у М. Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет у Београду, Службени гласник, Београд 2008<sup>2</sup>, 76 107.

<sup>56</sup> G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, The Hague 2005, 32 33.

ненталних земаља.<sup>57</sup> Овакво схватање у међународном кривичном праву, или боље речено овакво схватање међународног права које је своју примену доживело у неколико кривичних суђења за одређена међународна кривична дела, је свој израз пре свега имало у поступку пред Међународним војним трибуналом у Нирнбергу, што је у литератури често означавано као спорно.<sup>58</sup>

#### 4.1. Суђења у Нирнбергу и Токију и начело законитости

Историјат једног врло еластичног тумачења начела законитости или чак његовог извесног негирања у међународном кривичном праву, односно боље речено у одређеним етапама развоја међународног кривичног права,<sup>59</sup> кроз конкретне судске случајеве, је пре свега већан за познато суђење у Нирнбергу.<sup>60</sup> Кривичноправни проблеми су се испојили у неколико важних области.

<sup>57</sup> P. Novoselec, „Materijalnoправне одредбе Rimskog statuta i njihova implementacija u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu“, *Stalni međunarodni kazneni sud* (ur. I. Josipović, D. Krapac i P. Novoselec), Hrvatski pravni centar, Narodne novine, Zagreb 2001, 95.

<sup>58</sup> Упореди: G. Hoffmann, *Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am M., Berlin 1962, 139.

<sup>59</sup> На тврдње одбране да за кажњивост агресивног рата (злочин против мира), недостаје „правна подлога“ у односу на време извршења и да би се таква осуда стога, свела на „*ex post* кажњавање“, сам Међународни војни трибунал закључује: „Тврдња да би кажњавање повређивања међународних уговора и гаранција суседним државама које су без упозорења нападнуте, било *противно праву*, очигледно није тачна, јер би под таквим околностима, нападач морао знати, да је то противправно и далеко од тога да би његово кажњавање било противно праву, већ би напротив, много више било противправно, када би његов вероломни чин, остао некажњен.“ Вид. K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts – Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, Berlin 2004<sup>2</sup>, 111. У ствари, ово објашњење је у чисто правном смислу прилично дубиозно, јер се своди на, у основи празњикаво фразирање. Једини чисто правни аргумент који се овде спомиње односи се на тврдњу о непостојању правне заблуде, што овде суштински уопште није релевантно, јер свест о забрањености агресивног рата у смислу међународног јавног права, као чина који је забрањен државама, се не може поистоветити са свешћу о постојању кривичног дела појединца, при чему још у објективном смислу, чак није ни спорно да у то време кривично дело агесије није било прописано као могуће кривично дело (злочин против мира) појединца, тј. физичког лица.

<sup>60</sup> Упор. Н. Н. Jescheck, T. Weigend, 120 121. Коментаришући суђење у Нирнбергу, цитирани аутори наводи: „Суд је био један интерсавезнички окупациони суд и није био орган међународног правосуђа, јер се Лондонски споразум односио само на странке потписнице и није имао дејство на Немачку“... „Док је кажњивост ратних злочина почивала на неспорним међународним обичајима, савезници су кажњивост агресивног рата и злочина против човечности, увели као новину са ретроактивним дејством.“ У даљем тексту ће се посебно објаснити да, иако формално посматрано нирбершки суд није био орган „међународног правосуђа“, јер се не ради о међународном суду насталом на темељу међународног уговора, нити с учешћем

Прво, неки од оптужених су кривично гоњени за злочин против мира, односно агресију, или вођење агресивног рата, али пре самог суђења није постојало такво кривично дело. Агресија је била забрањена одређеним актима међународног права, али она није била дефинисана као противправна радња коју може да изврши физичко лице, односно појединац.

Друго, ратни злочини за које се кривично гонило у Нирнбергу су били предвиђени Хашком конвенцијом из 1907. године и то само по себи није било спорно, али у том акту се нису прописивале казне за таква кривична дела.

Треће, злочин против човечности уопште није био прописан као посебно кривично дело, па самим тим није било ни формалне могућности да још буду предвиђене и казне за таква понашања, а већина тих радњи је била веома слична неким радњама ратних злочина и било је тешко направити јасну дистинкцију а, с друге стране, у том се погледу јављала и опасност од заласка у примену аналогије у креирању инкриминације.

Проблем у вези начела легалитета током Нирнбершког процеса би се синтетизовано могао представити на следећи начин: 1) Агресија уопште у време извршења није била предвиђена као кривично дело које може извршити човек, односно појединац, већ само као противправни акт државе као субјекта међународног јавног права па, наравно, није била предвиђена никаква посебна казна чак ни за државу (осим у општем међународно-правном смислу), а посебно не за физичко лице које би извршило агресију, тако да се овде ради о евентуално врло натегнутој могућности да је такво понашање евентуално било кажњиво, али је потпуно неспорно да казна за њега није била предвиђена – те је захтев *nullum crimen sine lege* испоштован на релативан и великој мери дубиозан начин, док захтев *nullum poena sine lege* уопште није поштован. 2) За ратне злочине је било неспорно да су предвиђени као кривична дела, али за њих казна није била прописана, тако да се овде радило о случају испуњености захтева из начела законитости у односу на дело, али не и у односу на казну – захтев *nullum crimen sine lege* је испоштован, захтев *nullum poena sine lege* није. 3) Злочини против човечности у време извршења нису били прописани као посебна кривична дела, а одређене радње су биле предвиђене као ратни злочини, али се они формално посматра-

---

већег броја држава у његовом формирању и раду (с обзиром да су главни актери биле савезничке силе победнице), његов међународни карактер неспорно произлази како из чињенице да је његов састав био међународан, тако и из кривичних предмета о којима је решавао, а који су се односили на најтежа међународна кривична дела, те посебно, из чињенице да је Статут тог трибунала врло брзо прихваћен од највећег броја држава чланица међународне заједнице.

но нису могли третирали као радње злочина против човечности, јер би се тада радило о аналогiji, односно врло широком и неодређеном тумачењу кривичноправних норми, а наравно, нису биле предвиђене ни казне за оваква дела, па се може закључити да у овом случају начело законитости није испоштовано ни у односу на дело, нити у односу на казну – ни захтев *nullum crimen sine lege*, нити захтев *nullum poena sine lege*.

Иначе и у фактичком смислу су одређена дешавања током Нирнбершког процеса указивала на један прилично еластичан приступ како начелу законитости, тако и питању (легалитета) кривичног гоњења уопште. Тако се, на пример, један од најистакнутијих актера немачке акције *Барбароса*, односно агресије на Совјетски Савез, немачки фелдмаршал Паулус (*Paulus*) током суђења појавио у улози сведока у односу на друге високе војне и политичке функционере поражене Немачке,<sup>61</sup> а није и сам позван на одговорност за учешће, мада је заузимао веома висок положај у нападу на Совјетски Савез, те чињењу низа кривичних дела од стране својих потчињених током агресивног рата.<sup>62</sup>

Углавном, из претходних примера и образложених констатација, јасно се може уочити да се у случају Нирнбершког процеса у основи ипак не ради о еластичном или врло флексибилном тумачењу начела законитости, о чему би се евентуално могло говорити само у погледу злочина против мира и то искључиво у односу на дело, али не и казну, већ се далеко пре, ради о непоштовању начела законитости, односно његовом третирању као релативно неважног за конкретни

<sup>61</sup> Овај високи немачки официр је у историјском смислу чувен, пре свега, по тешком поразу трупа којима је командовао код Стаљинграда (мада је он иначе, пре тога био актер свих битнијих дешавања на немачко совјетском ратишту), што се сматра првом прекретницом у Другом светском рату, након читавог низа муњевитих нацистичких победа широм Европе и заузимања огромних простора Совјетског Савеза, услед чега је немачка војна сила до тада деловала скоро непобедиво. Њега је Хитлер, само дан пре него што су га совјетске трупе заробиле, унапредио у чин фелдмаршала, што је прећутно означавало очекивање немачког *Führer* а, па и целокупне немачке јавности, да официр тако високог ранга, никако неће жив пасти у руке непријатеља. Међутим, Паулус се, на огромно изненађење Хитлера, који је веровао да ће тај официр часно „подићи руку на себе“, ипак безусловно предао, делећи судбину остатака своје опкољене VI армије чији измрцварени војници, безнадежно одсечени од главнине немачких снага и без наде, како у сопствени пробој из обруча, тако и у помоћ других немачких јединица, више нису могли да пружају било какав отпор. Вид. P. Carell, *Unternehmen Barbarosa Der Marsch nach Rußland*, Deutsche Buch Gemeinschaft, Berlin, Darmstadt, Wien 1964, 517 549.

<sup>62</sup> У смислу националног законодавства ово би се могло посматрати као нека врста изузетка у односу на начело легалитета официјелног кривичног гоњења, односно ради се о случају фактичког стварања неке врсте „сведока сарадника“ (кооперативног сведока). Вид. М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет у Београду, Београд 2009, 46 48 и 281.

случај. Формално се у пресуди нирибершког Међународног војног кривичног трибунала полазиште за оваква одступања од начела законитости, која се наравно у тој пресуди не сматрају одступањима, већ се инсистира на одговарајућем тумачењу у односу на претходну (у време извршења) постојећу забрањеност тих радњи, темељи на тврдњи да Нирибершким статутом нису предвиђени никакви нови злочини, који раније, дакле и у време извршења кривичних дела за која су лица у том процесу осуђена, нису постојали, већ да се напротив, ради о радњама које су као радње кривичног дела биле прописане и пре ступања на снагу Статута, дакле и у време извршења. Тако се у литератури истиче да се чини да је „начело забране ретроактивне примене материјалних кривичних закона, правно начело које је најчешће кршено у правној историји“,<sup>63</sup> што се илуструје подсећањем на „суђење у Нирибергу и тзв. Нирибершке принципе који се односе на суђење за кривична дела која, *stricto sensu*, у време када су била извршена нису била предвиђена као кривична дела ни у унутрашњем, нити, пак, у међународном праву“, а „слична ситуација поновила се након уједињења Немачке када су процесуирани руководиоци бившег ДДР-а, као и поједини војници војске ДДР-а због убистава грађана која су учинили на Берлинском зиду“.<sup>64</sup>

У самој Немачкој се у литератури релативно често покретамо питање поштовања начела легалитета током Нирибершких процеса, али се, по правилу, то није чинило у неком енергичнијем виду, посебно не од озбиљних теоретичара кривичног и међународног кривичног права, што вероватно пре представља последицу тежње већине аутора да избегну могућност евентуалног сврставања у оне који „бране злочине нациста“, него што је заиста постојала свест о потпуној прихватљивости оцене истакнуте током Нирибершких процеса да начело легалитета суштински није повређено.<sup>65</sup> Тако се

<sup>63</sup> У ствари, ово начело је највише кршено у одређеним случајевим међународних суђења, што констатује и цитирани аутор, а ту поред Нириберга, спада и суђење у Токију. У националном законодавству уређених правних држава (изузимајући изненађујући пример Немачке у вези са функционерима и војницима граничарима бившег ДДР а), таквих изузетака ипак није било много, или скоро да их уопште није било.

<sup>64</sup> А. Јакшић, 237.

<sup>65</sup> У Немачкој литератури је било и озбиљних примедби у односу на суђење припадницима немачког политичког и војног естаблишмента за агресију, уз неспомињање учешће Совјетског Савеза у заузимању великих делова територије Пољске, када је ова држава, поражена у рату са нацистичком Немачком, 1941. године практично подељена између Немачке и СССР а. Такође је у Нирибергу „заборављен“ и претходно вођени рат између Совјетског Савеза и Финске. Међутим, не само да није уобичајено позивање ратног победника на одговорност, већ се у контексту свих историјских дешавања која су се збила током Другог светског рата, те великих успеха које је у почетној фази ток ратног сукоба огромних размера, постигла немачка војна сила, прилично аргументовано може бранити и теза о поступању тадашњег



у једном раду, што представља прилично добар пример типичних „немачких размишљања“ о „случају легалитета“ у односу на злочин против мира у нирибершкој осуди, истиче: „Приговор повреде фундаменталног правног начела *nullum crimen nulla poena sine lege* је била од стране критичара Нирибершког процеса гласно преузет, као и од стране обичних људи (људи са улице), који су се осећали оптерећени тезом о колективној кривици, али пре свега од самих оптужених у Нирибергу за злочин против мира. У Бријан-Келоговом пакту о спречавању рата од 27. августа 1928. године, је била манифестована противправност агресивног рата. Радње појединих лица, које представљају обележја злочина против мира у смислу Лондонске конференције (Лондонског статута), биле су кажњиве до 1945. године, како на националном, тако још и на међународном плану“.<sup>66</sup> Ово је у ствари била и основа познате тезе да начело законитости током суђења у Нирибергу није суштински повређено, односно није наступила његова *супстанцијална* повреда, с обзиром да није било спорно да је и пре извршења кривичних дела за која су се теретили оптужени, започињање агресивног рата било забрањено, додуше за државе, али не и појединце, што је, међутим, поборницима овог ширег тумачења начела легалитета, било довољно за став о неповређивању начела легалитета.

Тежина злочина извршених током Другог светског рата од стране нацистичке Немачке и њених савезника била је толика да је у ствари донекле учинила беспредметним инсистирање на поштовању свих „формалних“ захтева, што се посебно односило на злочин против мира, јер је извршење тог дела, односно започињање рата,<sup>67</sup> практично било иницијална каписла за све касније злочине

СССР а у крајњој нужди, када је он противправним увећањем своје територије, себи унапред, кроз прављење одређене „тампон зоне“ у односу на агресивну Немачку, стварао боље шансе у очигледно предстојећем колосалном рату, мада је с друге стране, чињеница да је напад Немачке на СССР 22. јуна за самог Стаљина и совјетски војни врх био огромно изненађење и поред благовремених обавештајних упозорења (од којих је најзначајније било оно које је упутно врхунски совјетски обавештајцац др Рихард Зорге), а што је, уз првобитну примену очајно лоше ратне тактике и довело до огромних војних и цивилних губитака СССР а у првој ратној години. С друге стране, овде треба имати у виду и да је највећи део пољске територије коју је СССР заузео септембра 1941. године, Пољска претходно (пре)отела од Русије растрзане револуцијом и грађанским ратом, као и да је и сама Пољска још пре Совјетског Савеза, са нацистичком Немачком закључила уговор о ненападању, који ту државу наравно, ипак није заштитио од немачке агресије. Такође, Финска је својевремено и настала након Брест Листовског мира на територији која је до тада припадала Русији, па је и то било „некакво оправдање“ за „зимски поход“ СССР а.

<sup>66</sup> A. Rückert, *NS Verbrechen vor Gericht Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1982, 93.

<sup>67</sup> При том су започињање рата Хитлер и његови сарадници предузели још и испољавајући посебну врсту презира не само према правилима међународног права,

који ће се током рата и у његовим оквирима извршити, па се из тих схватљивих разлога, тешко може испољити или очекивати велики ентузијазам у доказивању да је осудом у Нирнбергу за злочин против мира повређено начело легалитета. Суђење у Нирнбергу је у идејном смислу било замишљено као својеврсна „лекција“, како немачком народу у оквиру поступка правне и фактичке „денацификације“, тако и потенцијалним будућим „потпалјивачима светског ратног пожара“, што је у основи и био суштински разлог да се нико од „фактора моћи“ тада није претерано бавио „правним формалностима“. То је био и разлог да се суђењу у Нирнбергу, без обзира што је формално посматрано главни актер био *Међународни војни трибунал* састављен од представника четири велике силе и који, дакле, није био заснован на некој могућној широј међународноправној основи, по правилу, не одриче стриктан међународни карактер,<sup>68</sup> те што је посебно важно и упадљиво, врло изричито међународни легитимитет. Тако се, на пример, у једном познатом „класичном раном делу“ из веома обимне литературе посвећене том чувеном суђењу, истиче: „Бескрајна пустошења и неописиви масовни ужаси, који су пратили рат, као и нарастајуће увиђање да би неки следећи рат можда довео до краја модерне цивилизације, допринели су томе да је цео свет захтевао осуду и кажњавање одговорних за агресивни рат и ратне страхоте“.<sup>69</sup>

већ и постулатима елементарне моралности и хуманости служећи се крајње нечакнутим средствима, па је тако окупација Чехословачке спроведена уз употребу читавог система инструментализоване уцене на ширем међународном плану, у чему су Хитлеру и нацистичком режиму здушно помогли тадашњи крајње слабаши лидери Француске и Велике Британије, који су такође, безразложно и приглупо попуштајући Хитлеру, истовремено кршили и своје међународне обавезе, те свакако носе један део кривице (пре свега у моралном смислу), за такав историјски развој догађаја. Тако је немачка агресија на Пољску 1. септембра 1939. године, претходно започела дрским инсценирањем „напада Пољске на Немачку“, када је чак посебна СС јединица лажирала оружани напад регуларних јединица пољске армије на једну немачку караулу и радио станицу и при том, инсценирала обраћање пољских агресора немачком народу на исквареном немачком језику, путем емитовања запаљивог говора коришћењем „заплењене“ радио станице, а на „месту напада“, као „крунски доказ“ пољске агресије оставила неколико лешева немачких политичких затвореника, пре обучених у пољске униформе. Такав начин започињања рата и то једног ужасног рата који је потом достигао светске размере и обиловао до тада незапамћеним страхотама, је још више допринео да питање реалне правне и пре свега кривичноправне оце не испуњености услова за осуду представника нацистичке Немачке због извршене агресије, односно злочина против мира, постане скоро потпуно беспредметно. То је веома редак историјски пример да *легитимност осуде потпуно потицре било какве формалне недостатке* примењеног кривичног права из којег је осуда произишла.

<sup>68</sup> Супротно: Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 120 121.

<sup>69</sup> Т. Taylor, *Die Nürnberger Prozesse Kriegsverbrechen und Völkerrecht*, Europa Verlag, Zürich 1951, 11.

Суђење у Нирнбергу и његов исход представљају *редак историјски пример* да је у неким аспектима начело легитимности однело победу у односу на начело законитости у кривичном праву. То, међутим, не представља правни преседан за неке будуће случајеве, јер на срећу, ужаси Другог светског рата и размере нацистичких злочина, који сами по себи представљају историјске преседане, нису доживели да се понављају ни у иоле упоредивом облику,<sup>70</sup> па стога данас не треба очекивати, а нарочито не подржавати, било какво одступање начела законитости у односу на принцип легитимности.

Поштовање начела легалитета се оспоравало и у односу на суђење у Токију. Наиме, од 8. маја 1946. до 12. новембра 1948. године, пред међународним војним судом за Далеки исток (*IMTFE*) је одговарало 28 водећих јапанских политичара, службеника и војних лица, у својству „главних ратних злочинаца“,<sup>71</sup> при чему се процес заснивао на тврдњи да је Јапан од почетка 30-тих година водио агресивну, освајачку и ратну политику.<sup>72</sup> Истини за вољу, таква тврдња не звучи посебно уверљиво, када су њени промотери представници тадашњих колонијалних сила. Интересантна је и индикативна (с обзиром да је реч о судији који је пореклом из Азије, која је у то време скоро у целини била под колонијалном управом), изјава индијског судије Пала, који је издвојио своје мишљење: „Пал упућује на то да је ситуација у Јапану била битно другачија него у Немачкој. Уставни систем је функционисао, а такође је став у оквиру јапанског друштва био да су цар, војна лица и службеници били потпуно интегрисани у друштво, те је јапанско друштво њих подржавало и помагало им. Оптужени су своје позиције стекли у складу с Уставом и нису ни у једном временском тренутку своју моћ злоупотребили, нити су власт приграбили. Стога је јапанско друштво ове процесе доживело као

<sup>70</sup> Наиме, без обзира што је период након Другог светског рата упадљиво обележен низом ратова и оружаних сукоба, који су обилovali чињењем кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, те били праћени великим разарањима и огромним цивилним жртвама, ниједан од тих ратова и оружаних сукоба, као ни било који злочин који је из њих проистекао, суштински не може да се по тежини озбиљно пореди са изазивањем светског ратног пожара, као ни с индустријализованим масовним убијањем људи у концентрационим логорима и другим бројним страховима учињеним у име нацистичке идеје о „натчовеку“ и његовој супремацији у односу на ниже расе, а у борби за освајање животног простора (*Lebensraum*) и стварање „новог бољег света“.

<sup>71</sup> Слично као што је то случај и са Нирнбершким статутом (*IMT*), али и Статутом Хашког трибунала (*ICTY*), већ се у *називу крши претпоставка невиности*, јер се говори о суђењу „ратним злочинцима“, уместо вођењу кривичног поступка (суђењу), људима који су за ратне злочине *оптужени*.

<sup>72</sup> Н. Ahlbrecht, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtbarkeit im 20. Jahrhundert*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 1999, 103.

неизбежно зло и као правду победника, не повезујући с тим неопходност моралног преиспитивања“.<sup>73</sup>

И на суђењу у Токију се као важно питање наметнуо проблем евентуалне ретроактивности и то у односу на вођење поступка за злочин против мира, јер то кривично дело није било стриктно предвиђено као злочин за који би неко сносио индивидуалну одговорност, већ је агесија била забрањена у међудржавним односима. Интересантна су схватања појединих судија са Токијског трибунала у односу на ово питање.<sup>74</sup> Судија Бернارد из Француске је оспорио да се оптужба за злочин против мира може темељити на „Париском пакту“ (*Brian-Kellogov* пакт) који се тицао односа држава,<sup>75</sup> али је тврдио да је вођење агресивног рата ипак незаконито, јер то произлази из „природног права“. Судија *Röling* из Холандије се сложио да злочин против мира није био дефинисан као злочин пре Лондонског споразума, али је, слично судији Бернарду, „обезбедио“ друге рационалне аргументе за закључивање да је вођење агресивног рата незаконито, сматрајући да то произлази из фактичког стања и да се на тај злочин односе посебне одредбе, слично као што је у „домаћим“ националним законодавствима однос политичких кривичних дела са другим класичним делима. Једино је већ спомињани индијски судија *Radhabinod Pal* одбио да се сложи да је агресивни рат незаконит, тврдећи да се то не може закључити ни из Париског пакта, јер се поставља и питање да ли је неки рат имао одбрамбени карактер, а на крају је закључио, да је у ствари: „само изгубљени рат злочин“.<sup>76</sup>

Тако су под утицајем овако већ утврђене праксе међународног кривичног права у оном његовом сегменту формираном под утицајем суђења у Нирнбергу, а у извесној мери и оног у Токију, донесени и одређени међународноправни документи у којима се поштовање начела законитости одређује као важна међународна обавеза, која је истовремено и битно право човека, али се при том то начело дефинише на широк начин, који није типичан за већину националних кривичноправних законодавстава. Тако се поступа у одредбама чл. 11 Опште декларације о правима човека из 1948. године, те у чл. 15 Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године, као и у чл. 7 Европске конвенције о заштити људских права

<sup>73</sup> *Ibid.*, 121.

<sup>74</sup> *Ibid.*, 53 54.

<sup>75</sup> Овим пактом су се, као то наводе С. Аврамов и М. Крећа, државе чланице Друштва народа одрекле рата као инструмента националне политике, те обавезале да своје спорове решавају мирним путем, али иако су државе „осудиле“ рат, недо статак Пакта је био у томе што није постојао одговарајући механизам који би обе бедио његову пуну примену. Вид. С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет у Београду, Београд 2008<sup>21</sup>, 588.

<sup>76</sup> Н. Ahlbrecht, 54.

и основних слобода из 1950. године. За одредбе садржане у овим актима је карактеристично да се њима захтева да се противправност одређеног понашања, које се третира као кривично дело, те кажњивост која из тога проистиче, морају темељити на одређеном формалном основу, у који се сврстава не само национално или међународно право, већ се ту подразумевају и основна општа начела права која признају цивилизовани народ, што је врло широка формулација, под коју се могу подвести и веома широка тумачења, слична онима примењеним у пресуди Нирнбершког трибунала.

Иначе, у теорији међународног кривичног права се често говори да принцип законитости казне (*nulla poena sine lege*) није својствен међународном кривичном праву. Тако *A. Cassese* истиче: „Уобичајено је да многе државе, посебно оне које припадају традицији цивилног права (континентално-европско право), сматрају неопходним да се правом унапред утврде казне за свако кривично дело: (i) да би се обезбедила јединствена примена кривичног права од стране свих судова у држави, те (ii) да би онај ко прекрши право био упознат са могућом казном. Овај принцип није примењив на међународном нивоу, где такви јединствени оквири кажњавања не постоје. У ствари, државе се још не саглашавају о сразмери кажњавања, због тога што постоје веома различита схватања о тежини различитих злочина, о озбиљности кривице за свако кривично дело, те о прикладној тежини казне“.<sup>77</sup> Наравно, јединствене казне не могу да постоје у различитим кривичноправним системима јер не постоји ни јединствено, односно унифицирано кривично право. Али, не треба мешати принцип *nullum poena sine lege* у односу на међународноправни амбијент уопште, где он постоји у појединим државама, са његовим важењем у међународном кривичном праву, јер је он доследно прихваћен у Римском статуту, те се од тада не може негирати његово важење у међународном кривичном праву.

#### 4.2. Начело законитости у Римском статуту

У Римском статуту је, супротно дотадашњој пракси међународног правосуђа, као и концепцијама међународног кривичног права, пре свега утемељених на Нирнбершкој пресуди и у њој заузетом становишту у односу на начело законитости, примењен потпуно другачији приступ, који је у основи идентичан начину на који се начело законитости дефинише у већини националних кривичних законодавстава и то пре свега, европско-континенталних држава и њихових правних система. Начело законитости се у Римском статуту установљава експлицитно, па се и у самом називу чл. 22 Статута на-

<sup>77</sup> *A. Cassese, International Criminal Law*, Oxford University Press, London 2003, 157.

води основни постулат овог начела – *nullum crimen sine lege*, чиме се у великој мери избегавају потенцијална спорна питања. Наравно, и поред високог степена експлицитно установљеног начела законитости у Римском статуту, још увек постоји простор за додатне анализе и објашњења. Међутим, независно од овог решења из Римског статута, сматра се да начело законитости у међународном кривичном праву и након усвајања Римског статута има ужи значај него ово начело у националним кривичним законодавствима. Тако се, на пример, у Немачкој, која је донела посебан закон о Међународном кривичном праву посвећен имплементацији решења из Римског статута у домаће кривично законодавство, истиче да с обзиром на то да се у том закону упућује на примену међународног уговорног права, може настати проблем на релацији између немачке верзије начела легалитета и оне која важи у међународном кривичном праву.<sup>78</sup> Чини се, међутим, да овај проблем не може да се испољи у већој мери, јер као што је објашњено, Римски статут садржи прилично јасно одређено начело легалитета, а спорно питање би се могло појавити пре свега у вези агресије, која је одређена као део стварне надлежности Међународног кривичног суда, али обележја овог дела у Римском статуту нису дефинисана.

Дејство начела законитости се огледа у искључењу кривичне одговорности у погледу кривичних дела која у тренутку извршења нису била предвиђена као кривична дела у односу на која Међународни кривични суд има надлежност. Према Статуту нико није кривично одговоран за дело које у време извршења није било кривично дело из надлежности Суда (чл. 22, ст. 1). Овим је установљено начело законитости на начин који је усклађен са класичним схватањем дејства овог начела, што значи да важи: 1) *lex scripta*, јер да би неко био у смислу Римског статута кривично одговоран, битан је услов да је његово дело у време извршења било прописано као кривично дело из надлежности Међународног кривичног суда и 2) *lex certa*, с обзиром да су сва кривична дела која спадају у стварну надлежност Међународног кривичног суда прецизно описана, само под условом да је тачно и одређено прописано у чему се конкретна радња кривичног дела састоји, може се за такву радњу кривично одговорати пред Међународним кривичним судом, а при том се и прописи којима се одређује биће кривичног дела морају тумачити рестриктивно (чл. 22, ст. 2). Поред ова два аспекта која директно произлазе из правила *nullum crimen sine lege*, у Римском статуту је (чл. 22, ст. 2) садржана и изричита забрана примене аналогije, повезана и са обавезом рестриктивног, односно уског тумачења свих прописа којима се одређује биће кривичног дела, чиме је успостављен и зах-

<sup>78</sup> H. Satzger, „German Criminal Law and the Rome Statutes“, *International Criminal Law Review* 3/2002, 278.

тев 3) *lex stricta*. Тиме што се уводи правило обавезног фаворабилног тумачења неких евентуално двосмислених норми, формулисани су елементи принципа *in dubio pro reo*. Наиме, у случају сумње у односу на значење одређеног прописа, он се тумачи увек у корист окривљеног (чл. 22, ст. 2). Захтеви који се односе на начело легалитета дефинисано чл. 22 Римског статута се могу примењивати само на инкриминације садржане у самом том Статуту, што значи да се њихово дејство не може проширивати на друга кривична дела садржана у националним законодавствима или међународном праву (нпр. у неким другим изворима међународног права), односно кривична дела у националним законодавствима, утемељена на другим међународноправним актима. Наиме, одредбама чл. 22 Римског статута се не сме утицати на инкриминисање било ког понашања као кривичног дела према међународном праву, независно од Римског статута. Из овога произлази да се начело легалитета утемељено чл. 22 Римског статута односи искључиво на елементе стварне надлежности Међународног кривичног суда.

Забрана ретроактивног дејства је предвиђена у Римском статуту на начин који је класичан и за већину националних кривичних законодавстава, тако што се, прво, утврђује начелна немогућност ретроактивне примене одредаба Римског статута, а затим се, као друго, установљава могућност изузетног ретроактивног важења нових (измењених) правила, уколико су она повољнија за окривљеног. Нико према Римском статуту не може да буде кривично одговоран за кривично дело које је извршено пре ступања на снагу Статута (чл. 24), што значи да је овим испуњен и захтев 4) *lex praevia*. Овде се, наравно, мисли само на кривична дела која спадају у стварну надлежност Међународног кривичног суда, што произлази из позивања на осуду „према“, или „сходно“ Римском статуту. Уколико се пре доношења правноснажне пресуде у одређеном случају, промени закон који је требало да буде примењен, Суд примењује одредбу која је повољнија за лице против кога се води истрага, води кривични поступак, или којем треба изрећи пресуду (чл. 24, ст. 2).

Иначе, захтев *lex scripta* је недвосмислено испуњен у начелу законитости дефинисаном Римским статутом, мада то можда, на први поглед, тако не мора да изгледа. Наиме, тиме што се предвиђа кривична одговорност само за кривична дела прописана Статутом, не захтева се јасно да таква дела буду садржана у Статуту, као основном извору права за Међународни кривични суд, што је и могуће једино у писаном облику. Без обзира што те саме инкриминације у одређеној мери потичу из одређених обичаја међународног права, који су кодификовани, оне самим тим што су стриктно прописане одредбама Римског статута дефинитивно губе свој карактер обичајног права, те постају и формално писано право. Ово се не односи на кривично

дело против мира, односно злочин агресије, што представља посебан проблем, јер то дело није уопште описано у Римском статуту, мада је иначе прописана надлежност Међународног кривичног суда и у односу на агресију.<sup>79</sup> Међутим, у питању је одредба која ће фактички, баш због строгог дејства начела легалитета у Римском статуту, бити непримењива, јер се та инкриминација неће моћи изводити из обичајног права, што би било супротно захтеву *lex scripta*, све док се евентуално, одговарајућим амандманима, односно новелама, не унесе таква инкриминација у Римски статут. И наравно, тада се та одредба неће моћи примењивати ретроактивно.

Сви захтеви садржани у начелу законитости у Римском статуту се односе и на правило о немогућности кажњавања за дело које као кривично дело није у време извршења било прописано, а начело *nulla poena sine lege* је такође експлицитно предвиђено у чл. 23 Римског статута, сходно којем лице које суд осуди може бити кажњено само у складу са Статутом. Из овога произлази и да сва она обележја начела законитости која се у Римском статуту односе на кривично дело, важе и на казну која се учиниоцу одређеног кривичног дела може изрећи. Оваквом одредбом је начело законитости на логичан начин проширено и на казну, што је типично за континентално-европска кривична законодавства, а што је иначе, као што је претходно већ речено, било у извесној мери спорно у неким међународним кривичноправним случајевима у пракси, када је дејство начела законитости (посебно у односу на казну), тумачено на један изузетно екстензиван, односно за кривично право нетипичан флексибилан начин.

*Примери примене потенцијалне аналогије у обележјима кривичних дела, али и у самом Римском статуту*

Мада је у Римском статуту изричито предвиђено начело законитости, те сходно томе није установљена могућност одређивања кривичних дела према сличности, односно забрањена је примена аналогије, извесни примери дефинисања појединих облика кривичних дела према сличности се могу уочити, што представља крупан пропуст, до којег је вероватно дошло услед наглашене тежње творца овог извора права да што свеобухватније регулишу могуће облике деликтног понашања, те да у том погледу не остане простора за правне празнине.<sup>80</sup>

Овакви примери се могу уочити у утврђивању елемената злочина против човечности. Тако је радња извршења апартхејда (тач. 2

<sup>79</sup> Вид. М. Шкулић, „Појам међународног кривичног дела“, *Примена међународног кривичног права од стране међународних и домаћих судова*, Зборник Удружења за међународно кривично право, Интермекс, Тара 2006, 83 116.

<sup>80</sup> Вид. М. Шкулић, *Међународни кривични суд надлежност и поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2005, 176 177.



Обележја кривичних дела уз чл. 7 ст. 1 (ј) Римског статута), одређена кроз утврђивање два кумулативна услова: а) у општем смислу кроз њено дефинисање на веома широк начин – учинилац је учинио неко нечовечно дело против једног или више лица и б) кроз прецизирање да се мора радити о неком облику злочина против човечности из чл. 7 ст. 1, или делу које је *сличне* природе као неки од тих облика, што представља једну врсту аналогије у односу на друге облике злочина против човечности.

Затим, приликом дефинисања „било којег другог облика сексуалног насиља“, као један од услова за постојање такве радње извршења, захтева се да понашање учиниоца буде такве тежине, која се *може упоредити* са другим кривичним делима из чл. 7, ст. 1 (г) Римског статута из тач. 2 Обележја кривичних дела уз чл. 7 ст. 1 (г), односно другим облицима сексуалног насиља, што такође представља пример упућивања на примену аналогије, али не у односу на комплетну радњу, већ само у погледу њене тежине. То, ипак, није тако очигледно као код примера дефинисања радње извршења апартхејда, где се директно говори о делу „сличне природе“, док се овде захтева да тежина дела буде таква да се „може поредити“ са тежином других кривичних дела те врсте. Међутим, у основи се и овде ради о примени аналогије, што не само да није правно-технички оправдано, јер се и иначе једним казуистичким приступом набраја читав низ могућих радњи извршења дела сексуалног насиља као облика злочина против човечности, а и само силовање као основно дело ове врсте је веома широко одређено, већ је то супротно и начелу законитости, што представља озбиљан пропуст. Овакво тумачење се заснива на чињеници да се може поредити само оно што је у одређеној мери слично, односно позитиван резултат поређења, што је овде смисао норме, захтева да се тежина једног облика дела може упоредити са тежином других деликтних облика, што значи да та тежина мора да буде *слична*, а из тога произлази да се и у овом случају ради о примени аналогије.

Тежња да се делује што обухватније и то, пре свега, у погледу дефинисања могућих радњи извршења злочина против човечности, је довела до примене аналогије и у самом Римском статуту. Тако се у одредбама његовог чл. 7 ст. 1 (к), након једног прилично казуистички усмереног набрајања читавог низа могућих облика злочина против човечности, уводи и последњи веома широко дефинисан облик овог злочина, према којем ту спадају и друга нечовечна дела *сличног карактера*, којима се намерно проузрокују тешке патње, тешко повређивање, односно повреде душевног или физичког здравља. Затим се у Обележјима кривичних дела у тач. 2 уз чл. 7 ст. 1 (к), као посебан услов за постојање овог облика злочина против човечности,

уз остале потребне услове, захтева и да је „природа тог дела слична природи свих осталих дела из чл. 7, ст. 1 Римског статута“.

## 5. НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ И МОГУЋНОСТ НЕПОСРЕДНЕ ПРИМЕНЕ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Непосредна примена међународног права је данас својеврсна „хит тема“, коју радо прихватају поједини „међународни правници“, али коју веома тешко усвајају класични „кривичари“, који сматрају да се, када је у питању кривично право, у том погледу мора испољити велика опрезност. Није спорно да су нека кривична дела прописана одговарајућим међународним изворима права, као што је то, на пример, случај са злочином против човечности. Друго је питање да ли је то учињено да би се на такав начин државама странкама међународних уговора дала прилика да такве инкриминације унесу у своје законодавство и за њих пропишу конкретне кривичне санкције из домена свог правног система или ради могуће непосредне примене таквих одредби. Склонији смо првом схватању.

Међународни извори права из логичних разлога, и онда када прописују одређено кривично дело у смислу дефинисања његових битних обележја, не прописују и конкретну кривичну санкцију. Тако, и када би дошло до непосредне примене извора међународног права у коме је садржан опис кривичног дела, суд који би такво право применио, не би могао да изрекне и кривичну санкцију, јер извором права који прописује инкриминацију санкција једноставно није прописана. Стога је у оваквом случају могућност непосредне примене међународног права, имајући у виду дејство начела законитости, практично немогућа. Када је конкретно у питању злочин против човечности, који у нашем праву све до доношења Кривичног законика из 2006. године није постојао као посебно кривично дело, тада то и не представља неки посебан проблем, јер ниједна радња која је формално сврстана у то кривично дело (чл. 371 КЗ Србије),<sup>81</sup> не би остала некажњена ни захваљујући примени раније важећих кривичних закона, који нису познавали као посебно кривично дело злочин против човечности. Свака од тих радњи би свакако представљала одређено кривично дело које је законом било прописано пре његовог извршења и за које је законом била прописана одређена казна.

Идеја по којој би суд могао непосредно да примени међународно право у погледу описа (бића) кривичног дела, а да онда казну која у

<sup>81</sup> Вид, М. Шкулић, „Landesbericht Serbien und Montenegro“, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen* (Hrsg. A. Eser, U. Sieber, H. Kreicker), Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin 2004, 221–224.

међународном извору права за конкретно кривично дело није прописана, сам „потражи“ (неко би рекао „измисли“), имајући у виду слична кривична дела из групе кривичних дела којој по логици ствари припада кривично дело прописано међународним извором права, је заснована на изразито високом степену правне анархије. Таква „комбинација“ којом би се премостио „проблем“ је потпуно непотребна јер, као што је већ објашњено, ниједна радња која би могла представљати, на пример, злочин против човечности из времена када он није био прописан нашим Кривичним закоником, свакако не би остала некажњена (јер би се без икаквих проблема могла подвести под друга постојећа кривична дела). Шта више, она би била и веома опасна као лош пример и потенцијални негативни узор за наредна „еластична“ тумачења кривичног права и неко будуће екстремно штетно „каучук резоновање“.

У вези с непосредном применом међународног права, веома је интересантан пример Мађарске. Када је ова држава „наишла на проблем немогућности кажњавања извршилаца кривичних дела као што су лишавање живота цивила приликом демонстрација и егзекуција дисидената којима није претходило судски поступак, која су вршена од стране бившег режима“, да би превазишла проблем застарелости тих кривичних дела по домаћем законодавству, она се одлучила да непосредно примени Женевску конвенцију из 1949. године, односно обичајно међународно право које је у њима кодификовано.<sup>82</sup> Одлуком Уставног суда Мађарске број 53/1993 (X.13), утврђен је став овог суда да из одредбе пара. 1, чл. 7 Устава Мађарске,<sup>83</sup> по којој правни систем Републике Мађарске генерално прихвата правила међународног права, произлази примена тих правила као дела мађарског права без посебних трансформација, те да чак Мађарска учествује у међународној заједници на темељу тих одредби, из чега произлази и да ће уставно, као и домаће право уопште, бити интерпретирано на такав начин да се тиме обезбеђује актуелна примена опште прихваћених правила међународног права.<sup>84</sup>

Овакав став мађарског Уставног суда, као и одлуке кривичних судова донете на основу њега, нису наишли на потврду Европског

<sup>82</sup> М. Мајић, „Начело легалитета – нормативна и културна револуција (II део)“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 39.

<sup>83</sup> Овде треба посебно имати у виду да се ради о Уставу „нове“ Мађарске, што значи да таква уставна правила нису егзистирала у време „народне републике“ Мађарске, када су и вршена кривична дела у односу на која су потом, а на темељу како уставних одредби, тако и једне одлуке Уставног суда Мађарске из 1993. године (донете свега 37 година након учињених кривичних дела), непосредно примењена општеприхваћена правила међународног права, а што је касније у случају који се у раду посебно анализира, оспорено одлуком Европског суда за људска права.

<sup>84</sup> А. Harmathy, *Introduction to Hungarian Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1998, 187.

суда за људска права.<sup>85</sup> Подносилац представке у овом случају, господин Корбели,<sup>86</sup> је тврдио да је тиме што је од стране мађарских судова правоснажно осуђен за злочин против човечности, а на темељу непосредне примене Женевских конвенција, као и обичајног међународног права, повређено његово право из чл. 7, ст. 1 Европске конвенције о људским правима и основним слободама односно да је повређено начело законитости.

Против Корбелија је 14. децембра 1993. године у Будимпешти покренута истрага због извршеног злочина против човечности прописаног Женевским конвенцијама, а на основу претходне одлуке Уставног суда о могућности непосредне примене међународног права. У првостепеном судском поступку пред Окружним судом у Будимпешти кривични поступак је 29. маја 1995. године обустављен, јер је суд стао на становиште да се ту ради о кривичном делу убиства, односно подстрекавања на убиство, а не о злочину против човечности, те да је стога наступила застарелост кривичног гоњења. Врховни суд Мађарске је одлучујући о жалби државног тужиоца, 6. децембра 1996. године, укинуо одлуку од 29. маја 1995. године и вратио предмет на поновно суђење, те наложио да се предмет врати у стање истраге. У мају 1998. године војно веће првостепеног суда је одржало претрес, који је опет резултирао обуставом поступка, јер је суд закључио да се не ради о злочину против човечности, а да је кривично дело убиства апсолутно застарело 26. октобра 1971. године. Врховни суд Мађарске је 5. новембра 1998. године у жалбеном поступку, у којем су саслушана и три експерта за историју, преиначио одлуку првостепеног суда, тако што је непосредно применио одредбе Женевских конвенција, закључујући да ратни злочин не може застарити, те је оптуженог Корбелија огласио кривим за учињени злочин против човечности. Оптужени је уложио ревизију против те одлуке, а ревизионо веће Врховног суда Мађарске је укинуло одлуку и предмет вратио другостепеном суду. У новом поступку пред

<sup>85</sup> *Korbely v. Hungary, Application no. 9174/02, Judgment of 19 September 2008.*

<sup>86</sup> Ради се о човеку који је 1956. године у време избијања мађарске „револуције“ био капетан са службом у војној школи у Тати. Када је та војна школа од наоружаних демонстраната нападнута 26. октобра 1956. године и том приликом је један официр убијен, а један рањен, капетан Корбели је активно учествовао у оружаним сукобима. У то време је у Мађарској владало ванредно стање уведено 23. октобра 1956. године, у оквиру којег су власти прописале да сваки цивил који се затекне са оружјем мора да на лицу месту буде ликвидан. Капетан Корбели је 26. октобра командовао групом војника у нападу ради ослобађања локалног затвора којег су заузели демонстранти. Када је сломљен њихов оружани отпор, неколико демонстраната се предало, а међу њима је био и извесни *Tamash Kaszas*, који је након извесног времена предао ватрено оружје које је имао у џепу, након чега је капетан Корбели наредио војницима да пуцају у заробљеника који је покошен рафалима из аутоматског оружја.

другостепеним судом, жалбено веће Врховног суда Мађарске је предмет вратило на одлучивање првостепеном суду, који је коначно, примењујући одредбе Женевских конвенција, оптуженог огласио кривим за злочин против човечности. Ту пресуду је 8. новембра 2001. године потврдио Врховни суд Мађарске и она је тако, постала правноснажна. Затим је јула 2002. године одбијен захтев осуђеног за понављање кривичног поступка, а у септембру 2003. године, Врховни суд Мађарске је, без улажења у меритум, одбацио ванредни правни лек. Осуђени Корбели се својом представком обратио Европском суду за људска права, који је утврдио да је правноснажном одлуком мађарског суда повређено право осуђеног утврђено у чл. 7 Европске конвенције о људским правима и основним слободама – начело законитости у кривичном праву.

Не можемо се сложити са ставом да Устав Србије из 2006. године оставља простор за непосредну примену свих облика међународног кривичног права.<sup>87</sup> Иако је у чл. 16, ст. 2 Устава Србије прописано да су општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују, тиме се ипак не омогућава аутоматска и априорна непосредна примена међународног права. Из тога што се у ст. 2 овог члана каже да потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом, не произлази став да онда обрнуто, општеприхваћена правила међународног права не морају бити у складу са Уставом. Наиме, овде приликом тумачења није логична примена *argumentum a contrario*,<sup>88</sup> већ је ту потребно применити аналогију.

Како су међународни уговори конкретнији, јаснији, прецизнији и свакако неспорнији него општеприхваћена правила међународног права, треба сматрати да у случајевима када уставотворац захтева да такви извори међународног права морају бити у складу са Уставом, тада уставотворац тим пре, а по аналогији, у сваком случају такав захтев имплицитно успоставља и у односу на општеприхваћена правила међународног права.<sup>89</sup> Поред овога, овде треба имати у виду и дејство

---

<sup>87</sup> М. Мајић, II, 40.

<sup>88</sup> Супротно: *ibid.*

<sup>89</sup> У ствари, иако Устав овде није најпрецизнији, чини се да је прави разлог да се у ставу 2 члана 16 Устава Србије, спомиње само усклађеност потврђених међународних уговора са Уставом Србије, а не и општеприхваћених правила међународног права, баш у извесној непретенциозности нашег уставотворца који је очигледно сматрао да није логично да он стриктно уређује питање усклађености таквих правила (која су у ствари обичајног карактера на међународном нивоу и самим тим настају не један спонтан начин и у дужем временском периоду, те без потребе формалне ратификације правним механизмима националног законодавства), са домаћим уставним поретком, док се то некако лакше може захтевати у односу на међународне уговоре који се на одговарајући начин и потврђују правним механизмима домаћег правног система. С

чл. 145, ст. 2 Устава Србије према коме се судске одлуке заснивају на *Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона*. Како непосредне примене међународног кривичног права не може бити, осим на основу одређене судске одлуке, односно у оквиру ње, међународно кривично право се у Србији практично не може применити непосредно, ако се ради о праву садржаном у општеприхваћеном правилу међународног права, јер се у чл. 145, ст. 2 Устава Србије уопште не оставља могућност заснивања одлуке суда на таквом извору права. Из овога истовремено произлази и закључак да је *непосредна примена међународног права у Србији* могућа само када су кумулативно испуњена *два услова*: 1) неопходно је да се ради о одредбама садржаним у потврђеним међународним уговорима и 2) те међународноправне одредбе морају бити у складу са Уставом Србије.

## 6. ЗАКЉУЧАК

Ни декларативно уставно и законско одређење начела законитости (*nullum crimen nulla poena sine lege*), само по себи, не мора бити довољно за очување правне сигурности, те обезбеђење стабилности кривичног законодавства правне државе, ако би се одговарајућим нормативним „поигравањем“, оно „изиграло“ другим нормама, што би се, по правилу, svelo и на испољавање солидне дозе најцрњег цинизма. Наиме, као што су такве идеје својевремено егзистирале у раној совјетској држави и доживеле одговарајуће оживотворење у нацистичкој Немачкој,<sup>90</sup> можда би опет некоме могло пасти на памет да створи један „ефикаснији“ кривичноправни систем, који би апсолутно избегао „рупе“ у закону, те био способан да прати „нараслу динамику друштвених промена“.

Тако би, на пример, некакав „монструозни“ законодавац тоталитарне државе могао конструисати следећи „универзални“ појам

друге стране, није спорно да ово ипак представља извесну омашку у Уставу, али као што је објашњено, она се може исправити применом тумачења путем аналогije, које је овде могућа, јер се не ради о кривичноправној норми.

<sup>90</sup> Право нацистичке Немачке се у општем смислу одликовало настојањем да се „суд ослободи обавезе строгог поштовања закона“, па је тако и правни систем обилао „генералним формулацијама“, подобним за веома широка тумачења, као што су добри обичаји, верност, поверење, важни разлози, итд, а што је својевремено критиковао и Карл Шмит (*Carl Schmidt*). Када је у питању начело законитости у кривичном праву, оно је у нацистичко доба у пракси схватано уместо као *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (иако је као такво формално постојало у §§ 2, 2а Кривичног законика Рајха), као: *nullum crimen sine poena*, што је кулминирало Кривичним закоником из 1938. године, који је и формално судије упућивао да у примени кривичног права воде рачуна о вољи и мислима фирера. Вид. S. Meder, *Rechtsgeschichte*, Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien 2005<sup>2</sup>, 369 и 371.

кривичног дела и истовремено свеобухватну инкриминацију, која би попут својеврсног екстремно широког нормативног „кишобрана“ покрила и наткривила све и свашта: *кривично дело је свако друштвено опасно дело, за које казна одговара степену друштвене опасности*. Језиво, зар не! Али, неке чак и ово може деловати прихватљиво, па и корисно. Тако се избегавају правне празнине, „штеди“ се на инкриминацијама (и на папиру, наравно), у таквом систему ниједан „зликовац“ не може избећи „заслужену казну“, а како су јавни тужиоци и судије часни, поштени и непристрасни, нема сумње да ће они знати да ваљано процене када постоји тако формулисано кривично дело, те какву казну (и тада би морао постојати систем кривичних санкције, као и законски дефинисан општи минимум и максимум казне), заслужује учинилац. Страшно, зар не!

Урушавањем начела законитости, створиле би се и друге невероватне могућности. Неке може пасти на памет да ни друга устаљена начела правне државе нису „Свето писмо“. Чему, на пример, сложен и скуп кривични поступак у коме се тежи истини, кад све то може бити упрошћеније и јевтиније, а најбоље би било, када би се казна флагрантним учиниоцима одмах на лицу места изрицала и извршавала. Преки суд, како то лепо звучи!

Ако би таква или слична језива и застрашујућа „универзална инкриминација“ била законска норма, а без практичног уважавања традиционалне суштине начела законитости, садржане у његова четири основна аспекта (*lex scripta, lex praevia, lex certa* и *lex stricta*), неко довољно циничан би могао констатовати да се и таквом формулацијом ипак поштује начело легалитета, јер су и кривично дело, као и казна прописани законом. Зато је изузетно важно да се начело законитости, као једна од најважнијих тековина правне државе, доследно поштује у његовом изворном облику и да се схвати да је свака његова релативизација нужно скопчана са изразито великом опасношћу не само по правну сигурност у општем смислу, већ и по права и слободе грађана.

Апсурдно је да се идејом некакве „нове културне стварности“,<sup>91</sup> која захтева судију који више не би био „слуга“ законодав-

<sup>91</sup> Интересантно је да су, историјски посматрано, само најреволуционарнији и најнедемократскији режими, који су веома оштро, „хируршким резом“, прекидали везу са ранијим друштвеним епохама и који су тежили стварању новог и бољег човека, било аријевца у нацистичкој Немачкој, било совјетског радника и грађанина у СССР у, наглашено тежили и да, између осталог, владају не само телима, већ и душама својих поданика, те да механички уобличе и чврсто устоличе нове „културне образце“, попут соцреализма у СССР у и *neue Deutsche Kunst* у Трећем рајху. У таквим државама су вољи монолитне партије и вође морали да служе не само правни систем, већ и владајући „културни систем“, па зато начелно не звучи баш убедљиво када се потреба редефинисања начела законитости у кривичном праву и његова тобожња еволутивност, правдају настанком некакве „нове културне стварности“.

ца,<sup>92</sup> већ „тумач постојећих и детерминатор предстојећих културних кретања“,<sup>93</sup> објашњава потреба за „кривичним правом новог доба“. <sup>94</sup> Изузимајући нејасне и прилично чудне појмове „културних кретања“ и уопште инсистирање на посебној вези „културе и права“, као и у најбољем „скојевском маниру“ скован термин о „новом добу“, чини се да је овде основна идеја да је свету који се брзо технолошки, технички и у сваком другом погледу мења, кривично право постало помало тесно, те да је тај тешки „оклоп“ класичног кривичног права, а посебно начела законитости, сада, а посебно у релативно блиској будућности, потребно мало олабавити. Ради се о идеји која је утемељена на потпуно погрешној премиси. Није логично да у ситуацији када друштво напредује (ако оно заиста, а нарочито „културно“, напредује), кривично право треба да назадује. Једна од најважнијих одлика савременог кривичног права је баш деловање начела законитости и потпуно је апсурдно да се, позивањем на потребу праћења захтева нове савремености у друштву уопште, дерогира то најважније обележје савременог кривичног права.

Велики кинески мислилац Лао Це је рекао да и пут од хиљаду миља почиње од првог корака, а први корак су наше мисли. Стога, треба бити опрезан не само у деловању, већ и у размишљању. Да нас некакав нови „пут“ даљег развоја кривичног права не би довео до неке реалне варијанте орвеловске државе или кафкијанског кривичног права, није пожељно тежити претераној флексибилности у тумачењу најтемељнијих начела правне државе, а ту свакако спада начело законитости у кривичном праву.

Начело законитости је у свом класичном облику од толико велике важности у савременом кривичном праву да је веома тешко замислити, а нарочито и оправдати његово ниподаштавање, па чак ни било какву релативизацију, бар не у демократском друштву и правном систему државе која се одликује владавином права.

Неко се можда не би „држао закона као пијан плота“ и радо би судио „неспутан“ законом, али и овде ваља подсетити, како на по-

<sup>92</sup> Чудно је објашњавати да је судија некакав покорни „слуга законодавца“, јер тиме што судија поштује и примењује закон, он никоме не служи, већ једноставно и сам поступа у складу са законом, а ако сам судија не би поштовао закон, како би се то могло очекивати од других „обичних“ грађана, што значи да би та „борба“ против „служења законодавцу“, брзо прерасла у увод у ничим омеђену правну и фактичку анархију. Каква би била сврха закона, када они не би обавезивали судије? Коначно, метафорички се и може рећи да судија „служи“ закону, дакле не законодавцу, а већ је истицана и позната Цицеронова мисао по којој „сви грађани служе закону, да би били слободни“.

<sup>93</sup> Иако аутор овог рада начелно испољава велико поштовање за одговорну и часну професију судије, чини се да је заиста и више него претерано видети у судији субјекта таквих, скоро божанских прерогатива.

<sup>94</sup> М. Мајић, II, 48 49.



знату мисао да је „пут до пакла поплочан најбољим намерама“, тако и на идеју Цицерона, по којој смо „сви ми слуге закона, да бисмо били слободни“, а кривично право је у континенталној Европи изразито законско право. Они који без јаких аргумената, али са пуно ентузијазма грубо насрћу на начело законитости у кривичном праву, не увиђају да, као што се у роману *Браћа Карамазови* констатује, „ако нема Бога, све је дозвољено“, тако би и у кривичном праву, без деловања начела легалитета, на ужас грађана, „све било могуће“.

Када би у савременој држави један човек био властан да сам доноси законе и када би некакав тиранин одлучио да укине или битно релативизује начело законитости у кривичном праву, он би помало подсећао на оног античког несрећника који је запалио храм да би тако заувек обезбедио поуздано сећање на своје име. Додуше, он је у томе коначно и успео,<sup>95</sup> али је његова „слава“ ипак остала жалосна.

Dr. Milan Škulić

Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN CRIMINAL LAW

### *Summary*

The principle of legality in criminal law is one of the main characteristic of a democratic and liberal legal system. Historically, it was created in the time of political and legal liberalization. It is embedded not only in criminal codes of the European states, but also in their constitutions.

The author offers a thorough historical, comparative and doctrinaire analysis of the content, scope, implications and social and legal relevance of the principle of legality in criminal law. His scrutiny extends to several legal systems, including that of Serbia, other European countries, the United States, and even Israel and Japan. In addition, the author examines the concept of the direct application of international criminal law in national courts.

The direct implementation of the international law provisions, especially those of international criminal law, is possible in Serbia under

---

<sup>95</sup> Нема разлога да се његово име заборави, јер човека треба памтити како по добрим, тако и по лошим делима. Херострат је тако, палећи јула 356. године старе ере Артемидин храм у Ефесу, свакако успео да буде и остане запамћен.

restrictive conditions. Although it is prescribed in Article 16 of the Constitution of Republic of Serbia, that the general accepted rules of international law are part of legal order of Republic of Serbia and are implement directly, there are some preconditions prescribed. Namely, the ratified international contracts have to be in accordance with the Serbian Constitution, and that provision applies for general accepted rules of international law by analogy. Also, in accordance with the Article 145 of Constitution of Serbia, court decisions have to be based upon the Constitution, national laws, ratified international contract or other provisions adopted in accordance with the law. Consequently, rules of international law are not an immediate source for the court decision. International law can be directly implemented under two cumulative conditions: that they exist in the ratified international contracts, and that they are fully in accordance with the Constitution of Serbia. In a number of issues the paper is a critical response to the article *Principle of Legality – Normative and Cultural Evolution* published in the previous volumes of this journal.

Key words: *Principle of Legality. – Criminal Law. – International Criminal Law. – Legal Certainty. – The Rule of Law.*