

НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

(Већа улога судије у тумачењу права или кршење начела законитости)

Начело законитости једно је од најважнијих начела кривичног права, а у прилог томе говори и чињеница да је оно у рангу уставног начела (чл. 34 Устава РС), да је загарантовано чланом 7 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, те да је прописано првим чланом Кривичног законика Републике Србије – *Никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено законом није било предвиђено 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*. "То је једно од најзначајнијих достигнућа кривичног права и принципа правне државе"¹, а изражава се кроз правило *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Начело законитости у себи обухвата четири важна захтева – *lex stricta* (забрана аналогije), *lex praevia* (забрана ретроактивне примене закона), *lex scripta* (забрана примене неписаног права) и *lex certa* (налаже да норме кривичног законика морају бити у највећој могућој мери прецизне) и као такво гарантује правну сигурност, као један од најбитнијих елемената права.

Ово начело захтева да кривична дела и санкције за иста буду јасно дефинисана законом. Недовољан квалитет закона, у смислу (недовољно) прецизне дефиниције кривичног дела и санкције, јесте повреда члана 7 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Ипак, услед опште природе закона, формулација одредби никад не може бити потпуно прецизна. Потреба да се избегне претерана ригидност и да се држи корак са стално мењајућим животним околностима доводи до тога да ће многи закони неминовно садржати термине који су у мањој или већој мери непрецизни, док тумачење тих термина зависи од судске праксе. При коришћењу легислативне технике категоризације, често се наилази на сиву зону маргинализованих случајева у одређеним нормама, што није некомпатибилно са чланом 7 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, све док је норма јасна у већини случајева. С друге стране, употреба превише непрецизних концепата и критеријума при тумачењу права може одредбу учинити некомпатибилном са захтевима прецизности и предвидивости. Улога судског тумачења састоји се управо у томе да отклони ове непрецизности. Поред прецизности текста постоји и захтев предвидивости – суд мора да оцени да ли је починилац могао у тренутку вршења кривичног дела да предвиди ризик оптужбе и осуде због тог дела. Европски суд за људска права сматра да захтев предвидивости није испуњен у случају екстензивног тумачења норме на штету осумњиченог, као и у случају када се користи аналогја која није компатибилна са суштином кривичног дела.²

Неки правници сматрају да је аналогја коришћена када је норма примењена на онај случај који се не може подвести под норму коришћењем језичког тумачења – у супротном се ради о екстензивном тумачењу норме и нема стварања права, а самим тим ни кршења начела

¹ "Кривично право – општи део", З. Стојановић, Правна књига, Београд 2017.

² Из "Приручник за члан 7 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода", Европски суд за људска права; оригинал: "Guide on the Article 7 of the European convention on human rights", European court of human rights: January 2016

законитости³. Ипак, потребна је опрезност приликом екстензивног тумачења, јер "Иако теоријски ово разграничење (између креативне аналогije и екстензивног тумачења) није тешко извршити, у пракси се могу јавити спорни случајеви"⁴ Треба такође обратити пажњу на део текста у Приручнику за члан 7 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, где се тврди да одредба није компатибилна са чланом седам уколико нема предвидивости, а она претпоставља уједначену судску праксу.

И поред огромног и очигледног значаја начела законитости, у Кривичном законик у РС постоје бројна одступања од истог. Највећи број одступања односи се на *lex certa* и *lex stricta*. Један од примера тих одступања свакако јесте врло упадљива дефиниција кривичног дела силовања (чл.178) – "Ко принуди другог на обљубу или *са њом изједначен чин* употребом силе или претњом да ће непосредно напасти на живот или тело тог или њему биског лица, казниће се затвором од пет до дванаест година". Радња кривичног дела јесте обљуба или *са њом изједначен чин*. Ово врло јасно упућује на аналогiju као начин тумачења, која као таква није забрањена, те не крши *lex stricta*, али може се дискутовати о томе да ли је овде *lex certa*, односно захтев за прецизношћу испуњен. Цео низ кривичних дела против полне слободе (чл.178-182.) садржи ову фразу као радњу кривичног дела. Теорија покушава да дефинише шта све обухвата, а шта не обухвата овако дефинисана радња кривичног дела⁵. Ипак, сматрам да је ово пример недовољно прецизне норме. Такође, у члану 182. се говори о *недозвољеним полним радњама*, које су опет врло недефинисане, а горњу границу ове радње представља са обљубом сличан чин. На крају, долазимо до *पूर्ण узнемиравања*, које су ново кривично дело уведено поводом Истанбулске конвенције Законом о изменама и допунама 2016. године, а које достиже врхунац непрецизности – "Иако је у члану 182а одређен појам *पूर्ण узнемиравања* на начин како је то учињено у Истанбулској конвенцији, могу се очекивати озбиљни проблеми у примени овог кривичног дела, јер је тај појам ипак нејасан и контрадикторан. Пре свега, јавиће се проблем разграничења са *недозвољеним полним радњама*, јер појам *पूर्ण узнемиравања* обухвата и физичко понашање које представља повреду достојанства лица у сфери *पूर्ण* живота... реч је о прилично нејасним изрази чије се значење може само наслутити."⁶ Још један од примера недовољно прецизне законске дефиниције свакако би било и кривично дело прогањања (чл.138а), у коме стоји "ко у току одређеног времена...", ни не покушавајући да ближе дефинише то одређено време, само упућујући на то да дело не може да се изврши само једном радњом, већ она мора бити понављана. Остављање толиког простора за тумачење, положај судије се приближава ствараоцу права. Кривично дело повреде равноправности садржи синтагму *или другог личног својства*, што је опет пример непрецизне норме, која води превеликој улози судије. Примери ових повреда захтева за прецизношћу се даље сами нижу – "нарочито дрзак начин" код тешке крађе, убиство из користољубља, убиство из других ниских побуда... Пример је такође и институт дела малог значаја (чл.18.), који судији даје овлашћење да одлучи да кривичног дела нема, иако су испуњени сви услови за његово постојање, једноставно процењујући да сврха кривичне санкције не захтева изрицање исте. Стојановић сматра да се "у институту дела малог значаја донекле крије опасност слабљења начела законитости и продора арбитрарности јер се дозвољава

³ Миодраг Мајић; на предавању "Аналогија и широко тумачење у кривичном праву и судској пракси"

⁴ "Кривично право – општи део", З. Стојановић, Правна књига, Београд 2017.

⁵ види "Кривично право – посебни део" З. Стојановић, Н. Делић; Београд 2015.; стр. 69-77.

⁶ "Коментар Кривичног законика", З. Стојановић, Службени гласник, Београд 2017.

да суд (и надлежни тужилац одлучујући по кривичној пријави) да превагу материјалном критеријуму и онда када су испуњени сви елементи кривичног дела."⁷

Сматрам да су овакви пропусти прецизнијег дефинисања кривичних дела врло опасни, са аспекта правне сигурности, нарочито у оним државама где је корупција врло заступљена. Остављање превелике слободе тумачења судији може довести до врло лоших последица и до фактичког нестанка правне државе. "Пропусти и нејасноће у законским и системским решењима доводи судску праксу у један тежак и деликатан положај, трансирајући јој пут ка аналогiji и арбитрерности што је у супротности са начелом законитости".⁸ Треба, с друге стране, имати у виду неопходност одређеног нивоа флексибилности норми, услед саме природе континенталног права; у сваком случају судија ће морати да општу норму примени на конкретни случај и усклади је са тим случајем, јер се тиме постиже и правичност, као правда појединачног случаја. Општа норма, баш услед своје општости, не може се једнако примењивати на све конкретне случајеве, јер се они разликују. Поставља се питање у којој мери норме треба да буду флексибилне, која је граница преко које када се пређе, престаје да буде у питању тумачење права и постаје стварање истог? Једна од основних функција права јесте да улива сигурност грађанима, да врши своју гарантивну функцију; да ли превагу треба дати тој сигурности, или могућој, али не и сигурној, правичности коју би судија спроводио (нарочито имајући у виду функционисање судства у Србији тренутно, као и остатка државе)?

Циљ овог рада јесте анализа Кривичног законика Републике Србије, као и судске праксе, како би се утврдило да ли је и колико повређено начело законитости односно правна сигурност, што у прописима, што у судској пракси. Фокус ће бити на два захтева начела законитости: забрани аналогije и захтеву прецизности законског текста. Такође ћу се позабавити границом између екстензивног тумачења и аналогije, те ћу размотрити где треба да буде постављена граница судијине слободе у тумачењу законског текста. Није спорно да норме закона никада не могу бити потпуно прецизне, да је одређена флексибилност неопходна, те да судско тумачење постоји како би те опште норме прилагодили конкретном случају, али однос прецизности и флексибилности норме јесте споран.

⁷ "Коментар Кривичног законика", З. Стојановић, Службени гласник, Београд 2017.

⁸ "Начело законитости и предлог новог Кривичног законика Србије" – Н. Пековић, Удружење за кривично право Србије, 2005.