23

**Akademik prof. dr Miodrag N. Simović**

Redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci

Potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Dopisni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine

Inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka

**Doc. dr Vladimir M. Simović**

Tužilac Tužilaštva BiH

Docent Fakulteta za bezbjednost i zaštitu u Banjoj Luci

**POJAM I ZNAČENJE NAČELA LEGALITETA U**

**KRIVIČNOM PRAVU**

**Sažetak**

Načelo legaliteta ili zakonitosti je opštecivilizacijska tekovina koja po

svom značaju prelazi granice krivičnog prava. Propisujući krivična djela i

krivične sankcije za njih, krivičnim pravom štite se najznačajnije vrijednosti

jednog društva, određeni društveni i pravni poredak i osnovna prava i slobode

građana. Kako su krivične sankcije najteže sankcije pravnog poretka i znače

ozbiljan zahvat u najveće vrijednosti čovjeka, priznata je od svih potreba da

se djelatnost države na ovom području strogo pravno konstituiše, da se putem

zakona odrede pretpostavke i granice kažnjavanja i time osigura pravna

sigurnost građana. Usvajanjem načela zakonitosti, krivično pravo je to i

učinilo.

**Ključne riječi:** krivično djelo, krivično pravo, načelo legaliteta, blaži

zakon, retroaktivnost.

Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović: POJAM I ZNAČENJE NAČELA LEGALITETA U

KRIVIČNOM PRAVU

24

**CONCEPT AND DEFINITION OF PRINCIPLE OF**

**LEGITIMACY IN CRMINAL LEGISLATION**

**Abstract**

Principle of legitimacy is a general product of civilization which

exceeds the boundaries of criminal legislation. Prescribing criminal offences

and criminal sanctions for them, criminal legislation protects the most

significant values of a society, certain social and legal system and

fundamental rights and freedoms of citizens. Since criminal sanctions are the

most severe sanctions existing in a legal system and understand serious grasp

into the biggests values of a man, it has been widely acknowledged the need

of a state actions to be strictly and legally constituted in this field, to legally

determin assumptions and sanction limitations and, thereby, to ensure legal

protection of citizens. That's what the criminal legislation did by adopting the

principle of legitimacy.

**Key words:** criminal offence, criminal law, the principle of

legitimacy, the more lenient law, retroactivity.

ZBORNIK RADOVA - Međunarodna naučna konferencija „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih

reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?“

25

**1. Pojam i uloga načela legaliteta u krivičnom pravu**

Načelo legaliteta (zakonitosti) znači da niko ne može biti kažnjen za

djelo koje prije nego je učinjeno zakonom nije bilo propisano kao krivično

djelo i za koje nije bila propisana kazna. Uobičajeno se izražava poznatom

latinskom formulacijom *nullum crimen nulla poena sine lege* (nema

krivičnog djela ni kazne bez zakona), koja se pripisuje njemačkom teoretičaru

krivičnog prava Anselmu Fojerbahu (Anselm Feuerbach).1 Usvajanjem ovog

načela ostvaruje se garantivna funkcija krivičnog prava koja se u osnovi

sastoji u tome da se građanima garantuje da mogu biti suđeni i kažnjeni samo

za ono ponašanje koje je bilo zakonom predviđeno kao krivično djelo prije

nego je učinjeno. Na taj način pravna država ne samo da štiti građane

krivičnim pravom, već ih štiti i od krivičnog prava, sprečavajući samovoljno,

nepredvidivo kažnjavanje bez zakona ili kažnjavanje na osnovu neodređenog

ili retroaktivnog zakona.2 I dok se u drugim granama prava tolerišu određena

odstupanja od ovog načela, u krivičnom se pravu, zbog značaja i težine

krivičnih sankcija, zahtijeva da se ono bezuslovno uvažava i primjenjuje.3 U

protivnom, krivično pravo i zakon ne bi bili instrumenti zaštite, već kršenja

ljudskih prava.

U svom punom značenju ovo načelo predstavlja za građane važnu

garanciju od samovolje i arbitrarnosti u krivičnom pravosuđu kroz ostvarenje

sljedećih zahtjeva: u zahtjevu da je samo zakon izvor krivičnog prava

(*nullum crimen sine lege scripta);* u zahtjevu za zabranom analogije (*nullum*

*crimen sine lege stricta)*; u zahtjevu za zabranom retroaktivnosti (*nullum*

*crimen sine lege praevia)*; u zahtjevu određenosti koje nalaže da krivičnim

zakonom što je više moguće bude određeno ponašanje koje predstavlja

krivično djelo (*nullum crimen sine lege certa)* i u zahtjevu za zakonitosti u

kažnjavanju (*nulla poena sine lege).* Navedeni zahtjevi tek u svojoj ukupnosti

i jedinstvu obezbjeđuju punu primjenu ovog načela i sveobuhvatno

osiguranje zakonitosti na području krivičnog prava.4 Teško je reči koji je je

od ovih segmenata načela legaliteta najvažniji, ali ipak se čini da kada se o

njemu govori da se, prije svega, misli na zabranu povratnog dejstva krivičnog

1 Z. Stojanović, (2009), 21.

2 Z. Stojanović, (2008), 19.

3 F. Bačić, (1978), 11.

4 F.Bačić, (1998), 72.

Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović: POJAM I ZNAČENJE NAČELA LEGALITETA U

KRIVIČNOM PRAVU

26

zakona, odnosno na načelo da zakon kojim se propisuje krivično djelo,

odnosno krivična sankcija djeluje samo za budućnost.5

Aleksis de Tokvil (1805-1859) načelo legaliteta označava kao

središnje načelo moderne evropske države napominjući da evropski narodi

strahuju od autoritarne vlasti, ali da se arbitrarne vlasti boje još više.6 U

pravnom životu evropskih naroda, od starog doba do danas, važilo je pravilo

da zakon nema povratne sile i da ne može dirati u pravne odnose koji su prije

njega postali.

Zahtjev za formalnim, striktnim poštovanjem načela legaliteta i

zabrane retroaktivnosti krivičnog djela i kazne bio bi zadovoljen dosljednom

primjenom zakona, ma kakav taj zakon bio, bez obzira na to kakvim

motivima se rukovodio zakonodavac u datom momentu. Ipak, iako je to

pravilo opštepriznato i izgleda prosto, jasno i nesporno, ono pri primjeni na

pojedine slučajeve postaje jedno od najtežih i najsloženijih pitanja u pravnoj

teoriji.7

**2. Samo je zakon izvor krivičnog prava**

Suština ovog zahtjeva iscrpljuje se donošenjem zakona kao

kriterijuma dozvoljenosti, odnosno nedozvoljenosti ponašanja. Drugim

riječima, zahtjev *lex scripta* isključuje primjenu nepisanog, prije svega

običajnog prava, kao neposrednog izvora prava, što je jedna od tekovina

čovjekove civilizacije i kulture i istovremeno jedna od osnovnih

karakteristika krivičnog prava.8 Odgovarajući pisani akti su zapravo

preduslov da se prilikom propisivanja krivičnih djela i sankcija obezbijedi

poštovanje i ostala tri segmenta načela zakonitosti.9

Obrnuto, ako bi i običaji bili formalni izvor krivičnog prava, uvijek

bi, ili bar u velikom broju slučajeva, bilo prilično neizvjesno i podložno

slobodnim tumačenjima, da li takva običajna norma zaista egzistira. To znači

da bi se prvo moralo dokazivati postojanje određene običajne norme, a tek bi

5 Z.Stojanović, (2009), 22.

6 D.Basta, 71.

7 S.Perović, (1987), 65 i 66.

8 M. Babić, (2011), 67.

9 M. Majić, 38.

ZBORNIK RADOVA - Međunarodna naučna konferencija „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih

reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?“

27

potom došla u obzir i njena primjena. Ovako nešto je u savremenom pravnom

sistemu nedopustivo, ne samo zbog „dokaznih teškoća“ u odnosu na

utvrđivanje postojanja norme, već prvenstveno zato što bi se na takav način

stvorio ogroman stepen pravne nesigurnosti u jednom izuzetno važnom

segmentu pravnog sistema.

U kontinentalnom pravu evropskih, latinoameričkih i drugih država u

potpunosti je isključena mogućnost da običajna pravna pravila budu

neposredni izvor prava na osnovu koga bi domaći sudija mogao neko lice da

osudi u krivičnom postupku. U angloameričkom pravu stanje je samo na prvi

pogled različito. Ni u tom pravnom sistemu običajno pravo nije samo po sebi

izvor krivičnog prava, s tim što neka djela mogu nastati u sudskim

presedanima.10

Krivično pravo je dakle zakonsko pravo, što znači da je zakon

primarni oblik postojanja krivičnog prava.11 Izuzetno, običajno pravo može

se javiti kao posredni izvor krivičnog prava kada se sam zakon u opisima

zakonskih bića nekih krivičnih djela poziva na određena običajna pravila, kao

npr. kod određenog broja krivičnih djela protiv čovječnosti i pravila

međunarodnog prava (glava XVII Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine12)

ili, isto tako, kada koristi neke pojmove čije tumačenje zavisi od običajnih

pravila.

**3. Zabranjena je analogija u krivičnom pravu**

Analogija je tumačenje po sličnosti. Primjenom analogije jedan propis

bi se primjenjivao i na slučaj koji nije predviđen. Prema načelu legaliteta i

njegovim zahtjevima, analogija je, kao sredstvo za stvaranje novih krivičnih

djela, striktno zabranjena (*analogia legis*). Zabrana analogije podrazumijeva i

zabranu pravne analogije (*analogia juris*) koja se sastoji u uspostavljanju

kažnjavanja pozivanjem na opšta pravna načela cjelokupnog pravnog

sistema, pozivanjem na duh pravnog poretka u cjelini i opšte pravne stavove,

a sve radi toga da bi se time obuhvatio i neki slučaj koji nije obuhvaćen u

krivičnopravnoj normi.13

10 V.Đ.Degan, B. Pavišić i V.Beširević, 50.

11 Z.Stojanović, (2009), 3.

12 Objavljen u „Službenom glasniku BiH“ br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06,

32/07 i 8/10.

13 M.Babić i I. Marković, (2011), 80 i 81.

Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović: POJAM I ZNAČENJE NAČELA LEGALITETA U

KRIVIČNOM PRAVU

28

Ako bi se u krivičnom pravu priznala analogija, onda bi organi koji

primjenjuju propise krivičnog prava mogli proširivati uslove za primjenu

krivične sankcije, a to bi bilo protivno načelu legaliteta koje je osnovno

načelo krivičnog prava. Prema tome, ako zakonom nisu obuhvaćeni neki

odnosi koje bi trebalo regulisati krivičnim pravom, zakon se mora dopuniti ili

izmijeniti, a do tada se mora primjenjivati postojeći zakon bez obzira na

opravdanost drukčijeg rješenja14.

Analogija se u krivičnom materijalnom pravu zabranjuje, prije svega,

iz razloga pravne sigurnosti, jer bi bilo nedopustivo i potencijalno izuzetno

plodotvorno za teške zloupotrebe da se takvim širokim metodom tumačenja

pravnih praznina praktično omogućava kreiranje novih inkriminacija ili

njihovih dijelova, odnosno drugih krivičnopravnih odredbi, koje inače nisu

striktno propisane zakonskim normama.15 Suprotno ovome, načelo

zakonitosti ne isključuje analogiju u krivičnom postupku. Neriješenost neke

pravne situacije u zakonu ne može biti razlog da sud koji vodi postupak,

odbije donošenje odluke ili obustavi postupak. U krivičnom procesnom pravu

dopuštena je analogija jer krivično procesno pravo, zbog svoje izrazite

složenosti i velike međusobne povezanosti i međuuslovljenosti njegovih

odredbi, ostavlja daleko veći prostor za postojanje pravnih praznina nego

krivično materijalno pravo.16 Sem toga, primjenom analogije u krivičnom

procesnom pravu načelno je daleko manje moguće povrijediti nečija prava i

slobode nego što bi to bio slučaj sa njenom primjenom u krivičnom

materijalnom pravu.

**4. Određenost zakonskih opisa bitnih elemenata krivičnih djela**

Zahtjev određenosti *nullum crimen sine lege certa* nalaže da

krivičnopravne norme u što je moguće višem stepenu budu određene i

precizne. *Lex certa* znači da u krivičnom zakonu mora u što većoj mjeri biti

precizno određeno ponašanje koje predstavlja krivično djelo (radnja

izvršenja, izvršilac) i kazna za njega, kao i ostali objektivni i subjektivni

elementi.17 Zakonski opisi treba da su u pogledu svoje određenosti takvi da

predstavljaju dovoljno sigurnu osnovu za sudsku praksu, da se objektivno

14 N. Srzentić i A. Stajić, 27.

15 M. Škulić, 10.

16 *Ibid*.

17 Z.Stojanović, (2009), 22.

ZBORNIK RADOVA - Međunarodna naučna konferencija „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih

reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?“

29

mogu odrediti sadržaj, smisao i domet norme.18 U krivičnom pravu, što je

moguće više, treba izbjegavati neodređene norme kao što su npr. generalne

klauzule. Jasnoća i preciznost u određivanju bića krivičnih djela predstavljaju

sredstvo za ograničavanje prava države na kažnjavanje i zaštitu građana od

samovolje i nejednakosti.19

Neodređena zakonska bića krivičnih djela i uopšte neodređeni propisi

predstavljaju veliku opasnost za načelo pravne sigurnosti. Ako su bića

krivičnih djela neodređena, difuzna, ako se iz njih jasno ne vidi šta se

kažnjava, otvara se mogućnost da se princip zakonitosti zaobilazi u praksi.20

**5. Zabrana retroaktivnosti**

Suština neretroaktivnosti je da osoba ne može biti osuđena ni

kažnjena, osim ako je dato ponašanje odranije propisano kao krivično djelo.21

Jedan od osnovnih načela važenja pravnih normi polazi od toga da norma ne

može da važi prije nego što je stupila na pravnu snagu, jer ako bi se drukčije

stvar postavila, postojala bi potpuna neizvjesnost u pogledu punovažnosti

stečenih prava, ispunjenja obaveza, dozvoljenosti određenih ponašanja i

utvrđivanja određenih odnosa.22 To bi dovelo do pravne nesigurnosti. Ako

zakon može određene radnje naknadno proglasiti za krivična djela, građanin

ne može nikad biti siguran da li će biti pozvan na odgovornost.23

Zabrana retroaktivnosti krivičnih zakona direktno je povezana sa

zabranom analogije. Sem toga, dešava se i da povreda zahtjeva *sine lege*

*certa* preraste u povredu *sine lege previa,* jer je odredba toliko neodređena da

građani tek *ex post facto* saznaju u čemu je suština krivičnog djela.

U prilog načela neretroaktivnosti uopšte ističe se i stara maksima *lex*

*posterior derogat priori.* Starije pravo se povlači pred novim ako je isti

pravni odnos regulisan novim pravom. U stvari, smisao i razlog nastanka

novog prava je u tome da zamijeni staro pravo i da ubuduće novo pravo

38 B. Čejović, 82.

19 Lj. Jovanović, 191.

20 F.Bačić, (1978), 100.

21 A. Ashwort, 68.

22 D. Krapac, 36 i 37.

23 N.Srzentić i A. Stajić, 21.

Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović: POJAM I ZNAČENJE NAČELA LEGALITETA U

KRIVIČNOM PRAVU

30

zauzme mjesto starog prava, s tim da novo pravo važi od dana svog nastanka

i da je okrenuto budućnosti, a ne prošlosti.

Suštinski, zabrana retroaktivnosti krivičnih zakona temelji se na

načelu pravne sigurnosti. Djelo je moralo zakonom biti određeno kao

krivično djelo prije nego što je bilo izvršeno; uopšte, cjelokupnost svih

materijalnopravnih pretpostavki za kažnjavanje i za primjenu drugih sankcija

određuje se prema zakonu koji je vrijedio u vrijeme izvršenja djela24.

**6. Određenost kazne**

Zahtjev *nulla poena sine lege* štiti interese slične onima koji su

zaštićeni zahtjevom *nullum crimen sine lege.* Iako je zahtjev načela legaliteta

da kazna mora biti određena zakonom postavljen kao samostalan, logično je

da načelo zakonitosti i zabrana retroaktivne primjene krivičnog zakona

istovremeno označavaju i zakonitost u izricanju krivičnopravnih sankcija.

Načelo zakonitosti se prvobitno pojavljuje kao načelo zakonitosti djela

(*nullum crimen sine lege),* a odmah zatim i kao princip zakonitosti kazne

*(nulla poena sine lege)* tako da u jedinstvu ova dva elementa doživljava

potpuno oživotvorenje.25

Da bi krivično pravo bilo pravedno, pojedinac treba da zna kakve su

posljedice u slučaju da prekrši krivični zakon. To se naročito ogleda u

zahtjevu da se odrede bliže pravila za odmjeravanje kazne, da se još više

preciziraju svi uslovi odgovornosti, kao i uslovi za krivične sankcije i njihove

granice, da se definišu svi osnovni pojmovi koji se upotrebljavaju u opštem

dijelu, ukratko da se što preciznije odrede sve pretpostavke kažnjivosti26. U

većini nacionalnih sistema ovaj zahtjev ispoštovan je propisivanjem krivičnih

sankcija u određenom rasponu za svako krivično djelo. Na taj način

ograničena je potencijalna zloupotreba prava sudija da odmjeravaju kazne

shodno nekom svom individualnom ubjeđenju. Sem toga, primjenom ovog

zahtjeva ujednačava se i kaznena politika za ista djela.27

24 F. Bačić, (1998), str.72 i 73.

25 T. Delibašić, 24.

26 F. Bačić, (1978), 101.

27 D. Shahram, 863.

ZBORNIK RADOVA - Međunarodna naučna konferencija „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih

reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?“

31

**7. Princip blažeg zakona**

Pošto je načelo legaliteta dinamičko pravno načelo, postoje i određena

odstupanja od njegovog striktnog značenja. Tako se iz razloga pravednosti i

ograničavanja represije uspostavilo i načelo primjene blažeg, kasnijeg zakona

(dozvola retroaktivnosti).28 Dok načelo neretroaktivnosti znači da se novi

zakon ne može primijeniti na ranija fakta, prema retroaktivnosti *in mitius*,

novi zakon se može primijeniti ukoliko je za učinioca povoljniji od starog, tj.

od onog koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela.29

Na prvi pogled, načelo neretroaktivnosti i retroaktivnosti *in mitius*

djeluju kontradiktorno, pa se postavljalo pitanje da li se mogu dovesti u sklad

ili se prednost ipak treba dati jednom od njih.30 Kako su se počele javljati

situcije u kojima se upravo zabranjena retroaktivnost javljala kao posljednja

šansa za prevazilaženje normativne tenzije, postalo je jasno da bi bilo

neprihvatljivo kažnjavati ponašanja koja su u međuvremenu u određenom

društvu prestala da budu smatrana opasnim, čak i ukoliko su takvim smatrana

kada su preduzeta. Stoga je načelu legaliteta, da ne bi bilo potpuno

obesmišljeno, moralo biti pridodato suštinski suprotno načelo – ono koje bi u

ovakvim slučajevima predviđalo mogućnost primjene kasnijeg, blažeg

zakona.31

**7.1. Opšte pretpostavke za primjenu načela blažeg zakona**

Pitanje primjene novog, blažeg zakona javlja se u onim situacijama

kada je krivično djelo izvršeno u vrijeme važenja jednog zakona a do

donošenja pravnosnažne presude zakon je izmijenjen jednom ili više puta.32

Da bi se u konkretnom slučaju mogao primijeniti blaži zakon *(lex mitior),*

mora se utvrditi da li je to zakon koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja

djela ili kasnije donesen zakon. Govori se o sukobu dva zakona u vremenu.

28 F. Bačić, (1978),115.

29 Retroaktivnost *in mitius* je djelo italijanske pravne škole iz 14. vijeka, odakle je bilo preuzeto i

prihvaćeno u nizu zakonika uporednog prava.

30 Vidi L. Marković, 60.

31 M. Majić, 33.

32 F.Bačić, (1998), 86.

Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović: POJAM I ZNAČENJE NAČELA LEGALITETA U

KRIVIČNOM PRAVU

32

Prvo, mora se utvrditi kada je odnosno djelo učinjeno (vrijeme

izvršenja krivičnog djela) i koji je zakon u to vrijeme bio na snazi (vrijeme

važenja krivičnog zakona). Ovi pojmovi se ne smiju miješati.

Pitanje blažeg zakona rješava se *in concreto,* dakle ne uopštenim

upoređivanjem dva zakona, već se s obzirom na konkretan slučaj ispituje da li

je pozicija učinioca povoljnija po starom ili po novom zakonu. Pri tome je

odlučno po kome su zakonu veće mogućnosti za povoljniju, tj. blažu

presudu.33 U tom kontekstu, mogu se javiti različite situacije. Tako npr. kada

poredimo dva zakona, svakako će za učinioca biti blaži onaj koji konkretno

ponašanje uopšte ne predviđa kao krivično djelo.34 Blaži je, dalje krivični

zakon koji isključuje krivicu ili uvodi razlog za isključenje protivpravnosti ili

isključuje gonjenje ili ga uslovljava prijedlogom ili privatnom tužbom. Isto

tako, blaži je onaj zakon koji predviđa blažu vrstu kazne ili niži minimum

kazne iste vrste ili niži minimum kazne ili niži maksimum kazne kraj istog

minimuma. Konačno, blaži je i onaj zakon koji za takav slučaj ne predviđa

sporednu kaznu ili njenu obligatornu primjenu zamjenjuje fakultativnom. 35

Zatim, postavlja se pitanje kako da se presudi slučaj ako novi zakon

za isto djelo predviđa doduše kaznu iste vrste, ali propisuje viši maksimum i

istovremeno niži minimum te kazne nego što je to slučaj sa starim zakonom.

Ispravan je odgovor da u takvom slučaju treba primijeniti novi zakon jer daje

mogućnost povoljnije presude od starog, ali se primjenom tog novog zakona

ne bi smjela izreći kazna iznad maksimuma predviđenog po starom zakonu.

Postavlja se pitanje kako postupiti i u situaciji ako je zakon nakon

izvršenja djela do presuđenja mijenjan više puta, kada su u tom vremenu bili

na snazi tzv. međuzakoni ili interimni zakoni. Ispravan je odgovor da u tom

slučaju treba primijeniti zakon najblaži za učinioca, pa makar to bio i

interimni zakon, koji nije važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela i koji je

prestao da važi u vrijeme donošenja presude.36

33 B. Zlatarić, 115.

34 Z. Stojanović, (2009), 69.

35 B. Zlatarić, 104 i 105.

36 M. Babić et al., 64.

ZBORNIK RADOVA - Međunarodna naučna konferencija „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih

reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?“

33

Prilikom ocjene koji je zakon blaži za učinioca, osnovna pravila za

donošenje odluke o blažem zakonu postavljena su još početkom prošlog

vijeka. Od dva krivična zakona blaži se mora primijeniti u cjelini.

U krivičnopravnoj teoriji postoje brojna shvatanja o ovom važnom

pitanju. Prema doktrini tzv. bezuslovne, apsolutne zabrane retroaktivnosti

krivičnih zakona, koja ima oslonac u klasičnoj koncepciji o strogoj primjeni

načela zakonitosti, primjena novog zakona je nedozvoljena, jer se

retroaktivnom primjenom krši načelo zakonitosti, unosi pravna nesigurnost i

omogućava kažnjavanje čak i za djela koja nisu imala karakter krivičnih

djela. Prema ovoj teoriji, treba i opravdano je primijeniti samo onaj zakon

koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela. Primjena kasnijih zakona, pa

i kad su blaži, nepravedna je i neopravdana.37

Prema doktrini apsolutne retroaktivnosti zakona, retroaktivna

primjena novog zakona je normalna i logička. Novi zakon treba primijeniti

bez obzira na to da li je blaži za učinioca. To znači mogućnost da se iz

različitih motiva, pa i političkih, donese jedan novi krivični zakon da bi se

neke osobe kao npr. politički protivnici, kaznile za djela koja uopšte nisu bila

kažnjiva u vrijeme kada su izvršena.38 To je retrogradno shvatanje koje

eliminiše načelo zakonitosti i njegove osnovne postavke i tekovine.39

Treće shvatanje polazi od načela zakonitosti i mogućeg izuzetka kao

društvene opravdanosti primjene retroaktivnosti. Prema ovom shvatanju,

retroaktivna primjena zakona je zabranjena, osim u slučaju kada je on blaži

za učinioca krivičnog djela. Ovakav stav proizilazi iz potrebe očuvanja

sigurnosti pravnog poretka, bezbjednosti društva, pravičnosti i humanog

odnosa prema učiniocu krivičnog djela.40 Pravilo o primjeni povoljnijeg

zakona u materiji krivičnog prava je postalo opšte mišljenje i prihvatila ga je

većina savremenih krivičnih zakonodavstava.41 Na ovaj način je načelo

legaliteta dopunjeno pravilom obavezne primjene blažeg zakona.

37 F.Bačić (1978), 115.

38 *Ibid*, 116.

39 T. Delibašić, 32.

40 Izuzetak od pravila je moguć ukoliko neće doći ozbiljno u pitanje pravni poredak.

41 M. Babić i I. Marković (2011), 88 i 89.

Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović: POJAM I ZNAČENJE NAČELA LEGALITETA U

KRIVIČNOM PRAVU

34

**7.2. Afirmacija načela legaliteta kroz istoriju i njegov značaj danas**

Načelo legaliteta danas predstavlja temeljno i najvažnije načelo

krivičnog prava, odnosno krivičnog zakonodavstva. Do svog ustanovljenja u

savremenom krivičnom pravu u navedenom obliku ovo načelo prošlo je dug

istorijski put.

Prema većini izvora, načelo zakonitosti se prvi put proklamuje u članu

39 čuvene *Magna carta libertatum* (Velika povelja sloboda) iz 1215. godine,

koja je nastala kao izraz otpora britanskog plemstva arbitrarnom ponašanju

monarha.42 Svoju punu afirmaciju ovo načelo doživljava u 18. vijeku, i to

najprije u ustavima nekih američkih država (Virdžinija i Merilend, 1776.), a

elemente ovog načela poznaje i austrijski Krivični zakonik Jozefa II iz 1787.

godine.

Prvi politički dokument u kome je precizno izraženo načelo legaliteta

u krivičnom pravu, kao važna garancija od samovolje i arbitrarnosti koja je

do tada vladala, jeste poznata francuska Deklaracija o ljudskim i građanskim

pravima iz 1789. godine. Prvi revolucionarni Krivični zakonik Francuske iz

1791. godine čvrsto stoji na načelu zakonitosti. Jakobinski ustav iz 1793.

godine sadržavao je neobičnu formulaciju načela *nullum crimen nulla poena*

*sina lege* koja je glasila da niko ne smije biti suđen ni kažnjen osim na

osnovu zakona koji je proglašen prije izvršenja krivičnog djela. Sva ova

shvatanja imala su za osnov pravilo *moneat lex priusquam feriat*, sasvim je

pravedno da zakon opomene prije nego što kazni.43 Poslije toga, dva

kodifikovana zakonika, francuski Krivični zakonik (Code pénal) iz 1810.

godine, poznat i kao Napoleonov krivični zakonik i bavarski Krivični zakonik

iz 1813. godine, čiji je glavni tvorac njemački teoretičar Fojerbah, a koja

čvrsto prihvataju načelo legaliteta - poslužila su kao uzor brojnih krivičnih

zakonika donesenih u tom vremenu.44

Analizirajući razvojni put ovog načela evidentno je da su njegovi

korijeni u nacionalnim zakonodavstvima vezani za sljedeće faktore: (1) uticaj

političkog liberalizma, čiji jedan od osnovnih postulata predstavlja načelo

zakonitosti, koje je brana političkom i pravnom apsolutizmu; (2) demokratija

42 T. Delibašić, 21.

43 M. Čubinski, 27.

44 Z. Stojanović, (2009), 28.

ZBORNIK RADOVA - Međunarodna naučna konferencija „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih

reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?“

35

i podjela vlasti – to načelo i posebno u njemu sadržana zabrana retroaktivnog

dejstva krivičnopravnih normi, važan su segment podjele vlasti, koja u

osnovi počiva na idejama Monteskjea; (3) generalna prevencija – u duhu

učenja Fojerbaha načelo zakonitosti je važan element opšte prevencije, kao

jedna vrsta unaprijed poznate prijetnje za slučaj izvršenja krivičnog djela; (4)

načelo krivice je takođe povezano sa načelom zakonitosti, jer se ne može

govoriti o nečijoj krivici, ukoliko krivično djelo kao takvo nije bilo propisano

prije njegovog izvršenja.45

Nesumnjivo je da načelo legaliteta ima veliki značaj za položaj

čovjeka u jednom društvu i pravnom sistemu. Zato bi u svim demokratskim

pravnim sistemima, odnosno uređenoj pravnoj državi koja se odlikuje

vladavinom prava, načelo zakonitosti moralo biti u punoj mjeri imanentno,

bez ostavljanja pravnih mogućnosti za stvaranje izuzetaka koji bi ovo načelo

u manjoj ili većoj mjeri derogirali, jer bi se to, istovremeno, svodilo na

opasno ugrožavanje ljudskih prava i sloboda.46

Ipak, put uvođenja ovog načela u krivično zakonodavstvo nije

protekao bez teškoća. Kao izraz liberalizma negirali su ga totalitaristički

režimi 20. vijeka, i to najprije Rusija, poslije Revolucije 1917. godine, a

zatim i nacionalsocijalistička Njemačka, koja je Novelom Krivičnog zakona

iz 1935. godine omogućila, pored kažnjavanja na osnovu zakona, i

kažnjavanje na osnovu „zdravog narodnog osjećanja.“47 U Njemačkoj je ovo

načelo ponovo uspostavljeno po završetku Drugog svjetskog rata, a potkraj

1958. godine ponovo ga prihvata i tadašnji Sovjetski Savez, kao i neke druge

socijalističke države koje su ga, po uzoru na Sovjetski Savez, bile napustile.48

Danas, u većini država kontinentalne Evrope načelo legaliteta nije

samo jedno od osnovnih načela krivičnog prava, koje se danas smatra

opšteprihvaćenim u državama koje se odlikuju vladavinom prava, već je ono

zbog svog značaja podignuto u rang ustavnog načela, kao i načela

međunarodnog krivičnog prava, a kao takvo svrstano je i u katalog osnovnih

ljudskih prava.49 Tako, član 103 stav 2 Osnovnog zakona SR Njemačke koji

ima ustavni rang, sadrži striktno formulisano pravilo *nullum crimen, nulla*

45 S. Pihler, 33.

46 M. Škulić, 168 i 169.

47 B. Čejović, 52.

48 B. Zlatarić, 87.

49 Babić M. i Marković I. (2011), 110.

Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović: POJAM I ZNAČENJE NAČELA LEGALITETA U

KRIVIČNOM PRAVU

36

*poena sine lege* i utvrđuje da krivični zakon mora biti pisan, zabranjuje

kažnjavanje na temelju običajnog prava, te propisuje pravilo *lex certa*, prema

kome ne samo opis bića krivičnog djela, već i pravne posljedice moraju biti

zakonom striktno određeni.

Više od četiri petine država članica Ujedinjenih nacija priznaje načelo

zabrane retroaktivnosti krivičnog djela (*nullum crimen*) u svojim ustavima,

pa i mnoge vanevropske države. Uz to, preko tri četvrtine država članica

Ujedinjenih nacija primjenjuje i načelo neretroaktivnosti teže kazne (*nulla*

*poena*).50

**8. Pravo na kažnjavanje samo na osnovu zakona iz člana 7**

**Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda51**

**i odluka Ustavnog suda BiH u predmetu broj AP 325/08 od 27.**

**septembra 2013. godine**

Garancije sadržane u članu 7 Evropske konvencije predstavljaju jedan

od osnovnih činilaca vladavine prava i zauzimaju istaknuto mjesto u sistemu

ostvarivanja prava zaštićenih Evropskom konvencijom. Značaj člana 7

Evropske konvencije ogleda se i u činjenici da, u skladu sa članom 15

Evropske konvencije, nije dopušteno odstupanje od primjene garancija

ustanovljenih članom 7 Evropske konvencije ni u vrijeme rata ili druge javne

opasnosti. Član 7 Evropske konvencije se mora tumačiti i primjenjivati na

način kojim se osigurava uspješna zaštita od arbitrarnog gonjenja, osude i

kazne. Dalje, član 7 stav 1 ne garantuje samo princip zabrane retroaktivne

primjene strožijeg krivičnog zakona već, takođe, implicitno, princip

retroaktivne primjene blažeg krivičnog zakona. Taj princip je sadržan u

pravilu da kad postoji razlika između krivičnog zakona koji je važio u

vrijeme izvršenja krivičnog djela i krivičnih zakona koji su doneseni i koji su

stupili na snagu nakon toga, a prije donošenja pravnosnažne presude, sudovi

moraju primijeniti zakon čije su odredbe najpovoljnije za optuženog.52

Najzad, prema stavu Evropskog suda za ljudska prava, države slobodno

50 S.K.Gallant, 243 i 244.

51 U daljnjem tekstu: Evropska konvencija.

52 Vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Scoppola protiv Italije broj 2,* presuda od 17. septembra 2009.

godine, tačka 109.

ZBORNIK RADOVA - Međunarodna naučna konferencija „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih

reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?“

37

odlučuju o vlastitim politikama kažnjavanja, ali, pri tome, i dalje se moraju

pridržavati člana 7 Evropske konvencije.53

Dovodeći u vezu okolnosti slučaja u predmetu Zorana Damjanovića54

sa citiranim stavovima Evropskog suda za ljudska prava, te stavovima

zauzetim u predmetu *Maktouf i Damjanović,* Ustavni sud BiH smatra da i u

konkretnom slučaju postoji realna mogućnost da je retroaktivna primjena

Krivičnog zakona BiH bila na apelantovu štetu u pogledu izricanja kazne, a

što je protivno članu 7 stav 1 Evropske konvencije. Ustavni sud BiH

zaključuje da je osporenim presudama Suda BiH došlo do kršenja člana 7

stav 1 Evropske konvencije zbog pogrešne primjene zakona u odnosu na

krivicu i kaznu, te se osporene presude moraju ukinuti u cijelosti.

**ZAKLJUČAK**

Četiri temeljna segmenta načela legaliteta *(lex scripta, praevia, certa i*

*stricta)* zamišljena su tako da zajedno sačine formulu koja je dovoljna da

zaštiti pojedinca od samovoljnog kažnjavanja, omogućavajući tako

„ispravno“ i predvidivo, izvjesno krivično pravo. Bez izvjesnosti, nijedan

poredak ne može da postoji, jer neizvjestan poredak je i nesiguran poredak.

Zato je danas ovo načelo u velikom broju država podignuto u rang ustavnog

načela, a prihvaćeno je i kao načelo međunarodnog krivičnog prava.

Retroaktivnost *in mitius* kojom se dopušta retroaktivna primjena blažeg

zakona, opšteprihvaćen je izuzetak od legaliteta u klasičnom, striktnom

značenju, koji ni u kom slučaju ne dovodi u pitanje njegovu osnovnu funkciju

- zaštitu društva od arbitrarnog ponašanja kako pojednaca, tako i sudskih

organa.

**LITERATURA**

A. Ashwort, Principles of Criminal Law, second edition. Claredon Law

Series, Oxford, 1995.

A.Stainer i N. Ademović, Komentar Ustava BiH, Fondacija Konrad

Adenauer, Sarajevo, 2010.

53 Vidi Evropski sud za ljudska prava, *Abduladhim Maktouf i Goran Damjanović Bosne i Hercegovine*,

aplikacije br. 2312/08 i 34179/08, presuda od 18. jula 2013. godine, tačka 75.

54 Odluka Ustavnog suda BiH, broj AP 325/08 od 27. septembra 2013. godine.

Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović: POJAM I ZNAČENJE NAČELA LEGALITETA U

KRIVIČNOM PRAVU

38

Babić et al, Komentari krivičnih/kaznenih zakona u BiH, Savjet Evrope,

Sarajevo, 2005.

B. Čejović, Načela krivičnog prava, „Dosije“, Beograd, 2008.

B. Juratowich, Retroactive Criminal Liability and International Human

Rights Law, The British Year Book of International Law, Oxford and

Claredon Press, 2004.

B. Zlatarić, Krivično pravo, Opšti dio, 1. svezak - Uvod, Krivični zakon,

treće, izmijenjeno i prošireno izdanje, priredio Z. Šeparović, „Informator“,

Zagreb, 1977.

C.Beccarija, O zločinima i kaznama, prevod Antun Cvitanić, Split, 1984.

D. Basta*,* Preobražaji ideje prava, Pravni fakultet, Beograd, 1991.

D. Kaurinović i M. Blagojević, Povratno dejstvo krivičnog zakona - aktuelno

pitanje sudske prakse u BiH, „Strani pravni život“, Beograd, 2010.

D. Krapac*,* Krivično procesno pravo, knjiga prva, „Informator“, Zagreb,

2000.

D. Mitrović, Načelo zakonitosti, pojam, sadržina, oblici, Pravni fakultet

Beograd, 1996.

D. Shahram, Beyond Retroactivity to Realising Justice: A Theory on the

Principle of Legality in International Law Sentencing, “The Journal of

Criminal Law and Criminology”, Northwestern University School of Law,

2009, vol. 99, no 4.

Đ. Del Vekio, Pravo, pravda i država, Pravni fakultet, Beograd, 1999.

Đ. Tasić, Uvod u pravne nauke (enciklopedija prava), Beograd, 1938.

F.Nojman, Vladavina prava, „Filip Višnjić“, Beograd, 2002.

F. Bačić, Krivično pravo-opšti dio, Informator, Zagreb, 1978.

ZBORNIK RADOVA - Međunarodna naučna konferencija „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih

reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?“

39

F.Bačić, Krivično pravo-opšti dio, prošireno izdanje, „Informator“, Zagreb,

1998.

G.Radbruh, Filozofija prava, Beograd, 1998.

H. Kelzen, Čista teorija prava, Beograd, 2000.

L. Marković, Građansko pravo, prva knjiga, Opšti dio i stvarno pravo,

Beograd, 1912.

Lj. Jovanović, Krivično pravo-opšti dio, Pravni fakultet, Niš, 2000.

M.Babić M. i I.Marković, Krivično pravo-opšti dio, Pravni fakultet, Banja

Luka, 2011.

M. Babić i I.Marković, Osnovi krivičnog prava, Fakultet za bezbjednost i

zaštitu, Banja Luka, 2008.

M. Kreso, Problemi vremenskog važenja zakona u predmetima ratnih

zločina. (Ne) jednakost pred zakonom, Pravda u tranziciji, 2006.

M. Majić, Primjena međunarodnog krivičnog prava u nacionalnim pravnim

sistemima, „Službeni glasnik“, Beograd, 2009.

M. Popović, Pravna i totalitarna država, Novi Sad, 1998.

M. Simović i H. Tajić, Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije,

„Privredna štampa“, Sarajevo, 2007.

M. Simović, M. Blagojević i V. Simović, Međunarodno krivično pravo,

Banja Luka, 2013.

M. Škulić*,* Krivično procesno pravo, Pravni fakultet, Beograd, 2011.

N. Srzentić, A. Stajić i Lj. Lazarević, Krivično pravo Jugoslavije,

„Savremena administracija“, Beograd, 1997.

N. Srzentić i A. Stajić, Krivično pravo – opšti i posebni dio, Zavod za

izdavanje udžbenika, Sarajevo, 1966.

Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović: POJAM I ZNAČENJE NAČELA LEGALITETA U

KRIVIČNOM PRAVU

40

P. Čubinski, Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine

Jugoslavije, Izdavačko i novinarsko preduzeće Geca Kon, Beograd, 1934.

R. Lukić, Metodologija prava, peto izdanje, IP „Justinijan“, Beograd, 2003.

R. Lukić i B. Košutić, Uvod u pravo, “Naučna knjiga”, Beograd, 1975.

S.K. Gallant, The Principle of Legality in International and Comparative

Criminal Law, Cambrige University Press, 2009.

S. Perović, Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata - Teorija sukoba

zakona u vremenu, Beograd, 1987.

S. Pihler, Neka pitanja u vezi sa načelom legaliteta u krivičnom pravu,

„Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu“, Novi Sad,1989.

T. Delibašić, Primjena blažeg zakona, Nomos, Beograd, 1995.

T. Živanović, Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije - opšti dio,

Beograd, 1935.

T. Živanović, Sistem sintetičke pravne filozofije - Sintetička filozofija prava,

„Službeni list SRJ“, Beograd, 1997.

V. Kambovski*,* Kazneno pravo-Opšti dio, Skopje, 2006.

V.Đ. Degan, B. Pavišić i V. Beširević, Međunarodno i transnacionalno

krivično pravo, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2011.

V. Popović, Preporuka u vezi sa članom 4a Krivičnog zakona BiH, „Pravni

život“, Banja Luka, br. 3-4, 2007.

V. Popović i S. Marić, Princip zakonitosti u kontekstu retroaktivne primjene

zakona zakona, Banja Luka, 2012.

W. A. Schabas*,* Perverse Effects of the Nulla Poena Principle: National

Practice and the Ad Hoc Tribunals, „The European Journal of International

Law“, 2010.

ZBORNIK RADOVA - Međunarodna naučna konferencija „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih

reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?“

41

Z.Stojanović, Krivično pravo - Opšti dio, Beograd, 2009.

Z. Stojanović, Međunarodno krivično pravo, IV izdanje, Beograd, 2008.

Ž. Horvatić i P. Novoselec, Kazneno pravo, opšti dio, Zagreb, 1999.

**Internet adrese**

www.sudbih.gov.ba, 20. decembar 2013.

www.un.org/icty/bhs/frames/cases.htm, 1. decembar 2013.

http://www.iclsfoundation.org/wp-content/uploads/2012/01/nastavna-oblast-

13-odmjeravanje kazne.pdf, 10. decembar 2013.

http://www.pravdautranziciji.com/pages/article.php, 17. novembar 2013.

http://www.ccbh.ba/bos/odluke/index.php?src=2, 29. novembar 2013.

www.pravo.unizg.hr/hljkpp/2001.\_godina/..../derencinovic, 5. novembar

2013.

www.coe.int, 29. novembar 2013.

www.echr.coe.int, 17. novembar 2013.

http://www.scribd.com/doc/92623290/Poredak-Slobode-Friedrich-a-Hayek,

29. novembar 2013.

http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-870\_scalia.pdf, 29. novembar

2013.

http://www.godisnjakpf.rs/wp-content/uploads/2012/01/popovic10.pdf, 5.

novembar 2013.