

**Prof. dr Ivana SIMOVIĆ-HIBER**  
**Fakultet za bezbednost**  
**u Beogradu**

**Pregledni članak**  
**UDK: 343.211.2**  
**Primljeno: 15. novembra 2014. god.**

## **OGLED O LEGITIMNOSTI KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA U USLOVIMA RELATIVIZOVANOG NAČELA ZAKONITOSTI**

*U ovom tekstu autor pokušava da temu odnosa načela zakonitosti i legitimiteta krivičnog zakonodavstva (prava) predstavi u savremenom kontekstu. Uočavajući nekoliko nivoa i faktora koji utiču na eroziju suštinskog poštovanja podnačela (lex praevia, scripta, stricta, certa) proveru ove konstatacije vrši na dva osnovna modela. Jedan čine savremeni uticaji na načelo zakonitosti unutar pravnog sistema (unutrašnje i međunarodno krivično pravo). Njih ilustrujemo noveliranim krivičnim delom trgovina uticajem i modelom imitacije u međunarodnom krivičnom pravu. Drugi su vanpravnog karaktera (zloupotreba moći i neoliberalni model društvenog i pravnog uređenja). Zaključuje se da su vanpravni uticaji opasniji za opstanak načela zakonitosti, ali i legitimiteta parcijalizovanog i nekoherentnog krivičnog zakonodavstva.*

**Ključne reči: načelo zakonitosti, dogmatika, pravo, nepravo i zloupotreba, interni i spoljni razlozi kršenja načela zakonitosti, neoliberalna utopija, pravo bez moralne osnove.**

## 1. Uvod

Poznato je da su političke zajednice, u opštem značenju, obeležene napetošću između socijalne realnosti represivne državne vlasti, s jedne strane, i potrebe za opravdanjem te represije, s druge strane. Sva moderna društva u potrazi su za nekom vrstom racionalnog balansa između fakticiteta (oficijelna, pretnjom monopolisane prinude garantovana suprematija državno-pravnog aparata) i validnosti (razlozi kojima vlast utemeljuje zahtev za poslušnošću podanika).<sup>1</sup> Savremeni politički režimi, ili države razlikuju se po tipu razloga kojima opravdavaju prinudu, i po statusu podanika<sup>2</sup> koji je definisan ovim razlozima. U tom smislu je prihvatljiva podela na demokratsku vladavinu prava i nedemokratske poretke<sup>3</sup>. Na normativnom nivou demokratska vladavina prava se legitimise činjenicom da sloboda ljudi (ljudsko dostojanstvo) koji jedni druge priznaju za moralno jednake zahteva posebne mehanizme odbrane. Obuhvatajući i ideju pravno ograničene moći države, ova osnovna ideja nas uvodi u osnovano pitanje o instrumentalnoj (zlo)upotrebi prava, do konstrukcije neprava i razumevanja demokratije kao pravno, politički i moralno neograničene vladavine u ime stvarne ili fiktivne većine<sup>4</sup>.

Važno je naglasiti da se u ovom tekstu ne izjednačava pojam vladavina prava sa pojmom pravna država, pošto se potonji suviše često vulgarno instrumentalizuje u značenje postupanja po pozitivnom zakonu, a to je još od 'pravne' prakse trećeg rajha (ne)uočena opasnost. Nasuprot tome, pravo bi moralo biti shvaćeno kao *objektivan okvir* koji treba da uvek ima isti, odnosno jednak način obavezuje sve i svakoga pojedinačno.

Polazimo zapravo od *liberalnog modela* ili modela *relativnog poverenja u represiju* (kao polazištu shvatanja o pojedincu koji kao pojam ima autonomnu vrednost)<sup>5</sup>. U istorijskom smislu, za svaku komparaciju velikih pravnih sistema mora se koristiti svodenje ili klasifikovanje, ili modelsko prikazivanje. Stoga je suprotstavljeni model naziva autoritarnim, prema kriterijumu apsolutnog poverenja u represiju i primarnoj zaštiti javnog reda (*kolektivistički model*)<sup>6</sup>.

---

1 Habermas, J., (1992), Faktizitat und Geltung, Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, str. 43, Franfurkt am Main, Suhrkamp.

2 Izraz podanik se koristi u kolokvijalnom smislu, podrazumevajući da je pojam građanin užeg sadržaja jer uključuje dostignuta prava iz okvira kataloga ljudskih prava u demokratskoj vladavini prava.

3 Dimitrijević, N., Zločin, pravo i moral, Peščanik – <http://pescanik.net>, 29/10/2014, 11:15, str. 2.

4 Dimitrijević, N., ibid.

5 Pradel, J., (1995) Droit penal compare, str. 136, Dalloz, Paris.

6 Pradel, J., op. cit., str 115.

Krivično pravo obično izmiče ovim, ali i bilo kojim drugim procenama svog legitimiteta. On se podrazumeva. Međutim, da li je podrazumevana validnost dovoljan razlog ovog opstajanja u kuli od slonovače ili se i ona sama pretvorila u kulu od karata?

Osnovni problem koji se nameće prilikom opisivanja načela zakonitosti kao osnovnog načela krivičnog prava je izbor (pravnog) konteksta u kome će se to raditi. Jedan od mogućih, i najčešćih izbora je unutarpravni (pozitivnopravni) kontekst ili statički model. Za ovaj izbor je karakteristično da problematiku izoluje od vremenske dimenzije, i shvatanju da je pravo pozitivno pravo, ili još uže, ono što piše u zakonu. On se u suštini iscrpljuje u pokušajima „odbrane” izolovanog modela – klasičnog shvatanja nepromenjivog načela, za čiji savremeni, realni izgled se u najboljem slučaju priznaje postojanje izuzetaka.

Drugi, ređe zastupljen pristup je viđenje načela legaliteta u priznatom kontekstu spoljnih, vanpravnih uticaja, a koji u krajnjoj konsekvenci mogu dovesti u sumnju suštinski opstanak klasičnog shvatanja načela zakonitosti. U tom smislu bi se ovaj pristup mogao nazvati strukturalnim i dinamičkim. Strukturalnim se može opisati poštovanje činjenice da krivično pravo nužno mora pratiti društvene promene, a dinamički bi govorio o realnim posledicama tih promena na pravni sistem, i sledstveno njegovu promenu. Posebno pitanje je da li se radi o logičnoj evoluciji ili o „poremećaju” shvatanja uloge prava u novom kontekstu. Možda je dinamika u suštini maska za instrumentalnu (zlo)upotrebu prava kroz, ili preko vulgarnog razumevanja demokratije kao pravno, politički i *moralno neograničene* vladavine u ime stvarne ili fiktivne većine.

Cilj teksta je doktrinarna provera da li savremeno krivično pravo polako preuzima crte autoritarnog modela, bez obzira na maske novih naziva.

## **2. Načelo zakonitosti ili u krivično pravo prurušeni administrativni akt?**

Na prvom mestu treba naglasiti da se i u ovom radu polazi od klasične postavke da su načela najviše norme svakog pravnog sistema, koje odražavaju izabrane osnovne vrednosti sa kojima moraju biti usklađene, i prema kojima se moraju tumačiti sve ostale pravne norme i pravne radnje<sup>7</sup>. Radi se o vrednosnoj kategoriji koja obuhvata osnovne, specifične pravne i nespecifične pravne vrednosti, kao vrednosno nesumnjive. Nesumnjivost proizilazi iz vrednosnog izbora. Specifične pravne vrednosti su naprimer pravednost, mir, zakonitost, pravna

---

7 Harašić, Ž., (2009), Dometi sistematskog tumačenja u pravu, str. 324, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, 2009/2.

sigurnost, potpunost i *koherentnost* sistema pravnih normi, (dok su nespecifične život, zdravlje, sloboda, istina, lična bezbednost, porodica...) i one se uvek tretiraju kao konsesualne.

Međutim, ne sme se zaboraviti uticaj načela *celishodnosti* koje za pravo ima na neki način poništavajući karakter. To je davanje prednosti nekim (van-pravnim) interesima nad zakonom. Kada je ovo načelo ugrađeno u sistem, ono ima tendenciju da razara sistem, a ne samo da ga relativizuje. Iz toga logično sledi da će se norme svakog zakona, a što je najgore i krivičnog, primenjivati u onoj meri u kojoj to odgovara *nekom interesu*, makar se on nazivao i opšti društveni interes. To dalje znači da primena zakona (da li će uopšte biti primenjen, i kako) zavisi od ocene organa koji treba da ga primeni. Time se zakon u smislu opštosti, na neki način samoukida<sup>8</sup>.

U domaćoj teoriji krivičnog prava je tako relativizovano značenje društvene opasnosti kao tzv. materijalnog elementa opšteg pojma krivičnog dela. Argumenti, koji, bar na prvi pogled objašnjavaju i opravdaju ovaj postupak, se mogu prvenstveno svesti na prihvatljiv argument da je pojam društvene opasnosti kriminološki pojam (supstrat) kojim se označava razlog inkriminisanja određenog ponašanja, odnosno suštinski razlog zbog koga je neko ponašanje izdvojeno iz okvira dozvoljenih (ili bar pravno indiferentnih) i zakonom proglašeno kao kažnjivo po pravilima krivičnog prava. Sledi argument da (misli se na institut neznatne društvene opasnosti, u sadašnjem nazivu delo malog značaja) ne treba dozvoliti sudu da tumači i stepenuje (standardizuje) opasnost u konkretnom ispoljavanju<sup>9</sup>. Sledstveno, to nije stvar za krivični zakon (prepušta se procesnom načelu oportuniteta), čime se gubi garantivna funkcija krivičnog zakona. Posledice ovog stava su i preplitanje nadležnosti prekršajnog i krivičnog zakona (krađa mehanički podeljena na prekršaj i krivično delo pdo visine štete), ali što je važnije, gubi se uloga *standardizovanja* u određivanju sadržine krivičnog dela.

Treba istaći da načelo zakonitosti spada u normirana načela. Normirana su ona načela koja garantuju na najvišem nivou pravne hijerarhije poštovanje sloboda i prava čoveka i građanina i načela sudskih postupaka. U novijoj literaturi se može zapaziti novi izraz *konstitucionalizam*<sup>10</sup> krivičnog prava, tumačenjem ustavne uloge načela zakonitosti i pravila o sistemskom tumačenju

---

8 Popović, S., (2000), Put u varvarstvo, str. 21, Helsinški odbor za ljudska prava, Beograd, ur. Zoran Purešević.

9 Stojanović, Z., (2014) Krivično pravo kao instrument državne reakcije na kriminalitet i predstojeće izmene u Krivičnom zakoniku, str. 28, u: Optuženje i drugi krivičnopravni instrumenti državne reakcije na kriminalitet, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd.

10 Preuss, U., Constitutional Aspects of the Making of Democracy in the Post-Communist Societies of East Europe, (1993) Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Ch.I Constitutionalism, Bremen, str. 1.

svih normi koje se odnose na krivičnopravnu materiju. Konstitucionalizam u najopštijem značenju suštinski obuhvata ideju ograničene vlasti, ali i više od toga, implicitno sadržavajući ideju normativnog zadiranja u politički poredak u cilju očuvanja kontinuiteta ustanova i delovanja prava nezavisno od promena političke većine. *Konstitucionalizam je ideja normativne nadmoći i kontinuiteta, ideja vladavine zakona, a ne ljudi.* To konsekvantno znači, odnosno ima za posledicu da su pored političkog donošenja odluka i rešavanje društvenih sukoba (pojedinaac i država) potčinjeni klasi pravnih pravila koja pretenduju na vrhovno pravno važenje i koje nazivamo ustav<sup>11</sup>. U tumačenju pozicije načela legaliteta krivičnog prava stoga moramo poći od njegovog mesta u ustavnoj hijerarhiji<sup>12</sup>.

Nesumnjivost načela zakonitosti postoji utoliko što latinska izreka *nulum crimen sine lege, nulla poena sine lege* prevedena i prepričana zauzima počasno mesto u ustavnim i zakonskim tekstovima većine država, kao i međunarodnim dokumentima. Naime, kao *argumentum a fortiori* bi bilo prepoznavanje načela zakonitosti u osnovnim međunarodnim aktima (na primer u čl.11. st. 2. Univerzalne deklaracije UN i čl.7. st.1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda).

Značenje načela se uobičajeno dalje prevodi i tumači kao jemstvo građanima da su zaštićeni od samovolje zakonodavca u inkriminisanju, formiranju obeležja bića krivičnih dela i od samovolje pravosudnih organa u tumačenju bića krivičnih dela (i izricanju krivičnih sankcija) u krivičnim postupcima. Zakonodavna vlast takođe formalno obezbeđuje primenu načela zakonitosti tako što onemogućava da se nižim propisom mogu ustanoviti ponašanja koja se smatraju kriminalnim, i obavezom zakonodavca da što preciznije odredi sva bitna obeležja bića krivičnih dela (*lex certa*), čime isključuje mogućnost da sudska vlast širokim tumačenjem neodređenih zakonskih pojmova realno preuzme zakonodavnu ulogu. Međutim, ova formalna ograda sama po sebi ne ograničava zakonodavnu vlast da u „svojim” tekstovima bude nedovoljno jasna i precizna.

Takođe je notorno znanje da je krivični zakon (a naročito proglašena kodifikacija – zakonik) izvor i teorije i prakse, ali i da je on, kao uostalom i svaki drugi zakon samo tekst, ili skup napisanih reči, pa je potrebno utvrditi njegov pravi sadržaj i smisao, što se može učiniti samo njegovim tumačenjem, pri čemu tumačenje ne sme biti proizvoljno, već mora poštovati strogo propisana pravila. Pravna teorija upućuje na metode gramatičkog, logičkog i teleološkog

---

11 Preuss, U., ibid.

12 Simović-Hiber, I., (2013) Klasično krivično pravo versus moderno krivično pravo (primer pojma učinioca krivičnog dela), str. 209, u: Kaznena politika (zakon i praksa), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd.

tumačenja krivičnog zakona, smatrajući da ove metode obezbeđuju primenu zakona na način koji odgovara njegovoj svrsi (*ratio legis*)<sup>13</sup>.

Definicija načela zakonitosti, u svom osnovnom obliku i cilju ostvarenja garantivne uloge je, može se reći, već vekovima konstanta pravednog krivičnog prava. Zaštita prava i sloboda građanina od proizvoljnog krivičnog prava je formula koja se izuzetno retko proverava. Međutim, tradicionalno postavljeni konstitutivni elementi načela koje mora poštovati krivični zakon – *scripta, praevia, certa, stricta* se čak i u konceptu tvrdog tradicionalizma dovode u sumnju brojem izuzetaka i realnom neprimenjivošću.

Da li je tako načelo zakonitosti iz načela kome se pridaje atribut *symbola*<sup>14</sup> postalo ritualna vrednost krivičnog prava? Da li to treba priznati i prihvatiti, umesto skrivanja iza maske objašnjenja da su derogirajući izuzeci „objektivna socijalna nužnost”.

Kada govorimo o kontekstu jakih vanpravnih uticaja nećemo se zadržati samo na fokusiranju reakcije krivičnog prava na evolutivne zamahe „tehničkih” ili unutarpravnih intervencija i novih pravnih modela, iako je to važno za ilustraciju problema, već na pokušaju ukazivanja na postojanje novih društvenih modela koji ozbiljno ugrožavaju ovo načelo, ali i suštinski opstanak klasičnog poimanja društva. Ukazujemo istovremeno na sad već nesporni, ali nedovoljno analiziran problem koji stvara sa jedne strane anomija i vešto, u ispražnjen prostor, ubačena neoliberalna utopija ili model prava bez moralne osnove, dimenzije.

*Na taj način proizilazi da je pravo ono što piše u zakonu (scripta), zakon se donosi po odgovarajućoj proceduri (politička većina u zakonodavnom telu koja se prevodi kao legitimitet), sve što nije zabranjeno je dozvoljeno (misli se na granične slučajeve u situaciji labilnog shvatanja zabrane analogije), poštuje se pravilo lex praevia i gotovo. Ova jednačina je međutim prazna.*

Preovlađujući dogmatski pozitivizam u pravnoj kulturi je sa svoje strane nesporno proizveo ozbiljan problem. Marginalizujući pitanje osnovnih pravnih vrednosti, ili ih tretirajući kao nesumnjive, podrazumevane i rešene, ostavljajući da se njima bavi aksiologija prava, pravne vrednosti kao takve su postale konsekventno nebitne za pozitivno pravne discipline. Upravo zbog „neizučavanja ili vrlo slabog izučavanja pravnih vrijednosti, ne može biti sasvim jasno kako nastaju sadržaji pravnih normi i zbog čega dolazi do etičkih, političkih i pravnih sporova u pogledu toga kako bi trebalo normirati pojedine

---

13 V. šire Simović Hiber, I., (2007) Sistem rasprava o ideji vladavine prava, osnovama krivičnog zakona, pojmu zločinačke grupe i internacionalizaciji krivičnog prava, str. 11. i dalje, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.

14 Pradel, J., op. cit., str. 138.

društvene odnose<sup>15</sup>. Pravne vrednosti su (trebalo bi biti) etički i idejni izvori pravnih normi, u tom smislu da određuju kako bi bilo najbolje urediti društvene odnose, i koja pravna ovlašćenja i obaveze dati pravnim subjektima u tim odnosima<sup>16</sup>.

U literaturi se kao vrednosti od značaja za pravo najčešće navode: vrednost života, slobode, ljudskog dostojanstva, istine, pravednosti, mira, zakonitosti, pravne sigurnosti. Od ponuđenih vrednosti očito je da su sve zaštićene imperativnim normama krivičnog i međunarodnog prava.

Stoga deluje nerazumljivo da ovi sistemi sadrže „ugrađen“ problem efikasnog obezbeđivanja zaštite ovih prava. Moglo bi se reći da nepoštovanje osnovnog vrednosnog načela – da pravo znači i najbolji način ostvarenja ideje, načela pravednosti, verno odslikava problem, objašnjavajući mnoge od pomenutih problema.

Savremeni trenutak u sve ogoljenijoj formi ukazuje na prisustvo jedne nove i opasne utopije. Ako možemo reći da smo učestvovali u jednoj „staroj“ utopiji besklasnog društva koja se realizovala realnim postojanjem diktature<sup>17</sup>, sada možemo nagovestiti da se *nova utopija društva bez rizika* i opasnosti u „čekanju“ svog ostvarenja realizuje kroz umnožavanje krivičnih dela, pooštavanjem kaznenog sistema i što je najvažnije promocijom i opravdavanjem permanentnog stanja izuzetaka,<sup>18</sup> ili pravnog vanrednog stanja. U traganju za društvom bez rizika mi se nalazimo u stanju borbe protiv kriminaliteta.

U ovim okvirima se nametnula ideja da je važno, baš sada, na novim osnovama postaviti pitanje važnosti, uloge, ali u suprotnom uglu opstanka uticaja načela zakonitosti u krivičnom pravu.

### **3. Poštovanje načela zakonitosti u kreiranju i tumačenju krivičnog zakona**

Sloboda i zakon, opšta volja kao izvor legitimnosti vlasti, zakon kao opšti akt koji deluje *erga omnes* i *pro futuro*, sve su to velike ideje koje načelno usvaja klasično krivično pravo. Mogu se dodati još mnoge etičke i društvene karakteristike, ali i inkorporirane dileme o vrednosti pravde u filozofskom, kategorijalnom smislu (jednakost, zaštita slabih, projekcija sebe u položaj drugog, pronalaženje „vremena“ za pravdu u postmodernom društvu)<sup>19</sup> koje dodatno podržavaju osnovnu ideju zakonitosti u pravu.

---

15 Visković, N., (2001), Teorija države i prava, str. 136, Zagreb.

16 Pavčnik, M., (2003), Pravo, str. 274, Ljubljana.

17 Mannheim, K., Ideologie et Utopie (1929), Maison des sciences de l'homme, str. 200, 2006.

18 Salas, D., (2012) La Justice devoyee, (Critique des utopies securitaires), str. 20, Ed. des Arenes, Paris.

19 Begorre-Bret, C; Morana, c., La justice, EYROLLES, Paris, 2012, str. 166-169.

Međutim, ako se zaustavimo na tradicionalnom značenju legaliteta u krivičnom pravu, i ako za trenutak zanemarimo ambiciju objašnjavanja uzroka sumnje u njegov opstanak, ipak se nameću blaže sumnje u mogućnosti doslednog objašnjenja. Možda bi bilo suviše drastično reći da savremeni izgled zakonskih tekstova sadrži skup izuzetaka koji već svojim obimom može govoriti o poništavanju osnovnog pravila, ali to ne znači da je daleko od istine.

Gotovo svaki element načela zakonitosti je doveden u pitanje u savremenom kreiranju i tumačenju krivičnog zakona. Ugao posmatranja odnosa stvaranja prava i njegove primene spada u one teme kojima se doktrina krivičnog prava retko bavi. Polazeći od postulata „bezgrešnosti” zakonskog teksta, analiza se svodi ili na apologetiku, ili se uočeni problem(i) svode na (parcijalnu) kritiku izabranih slučajeva, ali nikad sagledavajući celinu. Uobičajeno je da se čak ne izdvoji kao konceptualni i ugrađeni sistemski problem, da kada govorimo o pisanju zakonskog teksta govorimo iz jedne perspektive, a kada govorimo o čitanju i primeni tog istog teksta iz druge, najjednostavnije rečeno. Da se podsetimo važnog zapažanja (*Oscar Bulow*) koje nam govori da tek sudska odluka iz nužno nedovršenog i apstraktnog pravnog poretka stvara pravnu normu (koja će važiti za konkretni slučaj) u punom kapacitetu.

Takođe je uobičajeno da se problem funkcionisanja krivičnog prava najčešće iscrpljuje kritikom rada pravosuđa, ne dovodeći na scenu mogućnost da je problem loš zakonski tekst ili kriminalna politika koja je po prirodi stvari deo „pozitivne” politike.

To čak ne mora biti ni vidljiva zloupotreba pozitivnog prava kao dela domaće „pozitivne” politike. To mogu biti, i često i jesu posledice moderne globalne politike. Evo nekoliko primera.

Da li se može legitimno postaviti pitanje: čemu služe *neprimenjivi* zakoni? Neprimenjivim zakonom smatramo one norme koje otvoreno izlaze iz okvira načela zakonitosti u minimalističkom značenju. Ako je prevencija kriminaliteta suština određene norme kao što je to slučaj kod krivičnog dela terorizma, onda je to primer normativne fikcije opasnosti<sup>20</sup> koja omogućuje preventivnu borbu policije bez uloge suda.

Drugi primer je modelski pristup pisanju zakona. Ubrzavanje primene modela imitacije<sup>21</sup> kao oblik savremenog načina pisanja zakona, koji za posledicu ima ujednačavanje prihvaćenih rešenja može imati i pozitivne efekte. Pitanje novih oblika kriminaliteta koja se prvo obrađuju u međunarodnim okvir-

---

20 Salas, D., op. cit., str. 40.

21 Majić, M., Načelo legaliteta – normativna i kulturna evolucija (I deo), Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1/2009, str. 37.



ima, pa se „prepišu” u nacionalna zakonodavstva čini se da ne predstavljaju poseban problem, pošto je pristup inkriminisanju potpuno drugačiji od metoda koje koriste nacionalna zakonodavstva. Međutim kako se model posebno koristi u postkomunističkim društvima, u kojima je važna tendencija postići standard demokratije, poznat pod etiketom vladavine prava, može imati kao konsekvencu nekritičko modelsko pisanje koje može biti opasno, jer ono što je usaglašeno i funkcioniše kao dobra odredba u jednom kontekstu (istorijskom, političkom), naprosto ne funkcioniše na isti način u drugom kontekstu<sup>22</sup>.

Još bolji primer je pitanje šta raditi sa odredbom koju ste stavili u krivični zakon da bi rešili konkretan problem, bez razmišljanja da li je to uopšte materija krivičnog prava? Problem ste navodno rešili, i sada ta odredba sa pretenzijom krivične norme visi u vazduhu, i neko može početi da je zloupotrebljava. Jako je, naime opasno, ako se zakon napuni normama koje su se identifikovale sa problemima. Problemi se po prirodi stvari umnožavaju, i ako zakon prati (uočene ili preuveličane) probleme, kroz neku vremensku distancu neki od njih obavezno postanu prevaziđeni, a vama ostaje kao trajan problem tumačenja. Odgovor o uvek mogućem izboru neprimenjivanja ili brisanja norme samo dokazuje da je takav zakon normativno štetan (hiperinkriminalizaciju treba izbegavati), a tehničko igranje sredstvom je uvek opasno, pošto se nepriimenjena norma može uvek aktivirati.

Verovatno je najgori izbor, ali opet dobar primer, oblik hiperinkriminalizacije kojim se reguliše situacija već pokrivena postojećom normom u funkciji sužavanja, preciznije naglašenog putokaza tumačenja njenog značenja, ali to najčešće rezultira konfuznom normom nepogodnom za pravilno tumačenje; to bi mogli prepoznati i nazvati uvođenjem načelno nedozvoljene kreativne analogije samim zakonskim tekstom, čime svako tumačenje postaje relativizovano i „legitimno”.

Primer kojim bi se mogle ilustrovati navedene zamerke, ili bar većina, je novo krivično delo trgovina uticajem (čl. 366. KZ – Glava krivičnih dela protiv službene dužnosti) prvenstveno zbog svoje neodređenosti i neodredljivosti vanpravnih, ali i pravnih pojmova. Formulacija krivičnog dela trgovina uticajem u osnovnom obliku glasi: Ko zahteva ili primi nagradu ili kakvu drugu korist za sebe ili drugog, neposredno ili preko trećeg lica da korišćenjem svog službenog ili društvenog položaja ili stvarnog ili pretpostavljenog uticaja posreduje da se izvrši ili ne izvrši neka službena radnja...

---

22 Dimitrijević, N., Kako čitati ustav, Narodna biblioteka Srbije, iz ciklusa Kako čitati, Peščanik.net, 29.02.2012.

U ovom određenju dispozicije se ne pominje krug lica, koja mogu biti trgovci i izvršiti krivično delo. Može se primetiti da je najčešća kritika da tumačenju nema potpore zbog nepostojanja definicije službenog položaja. Preciziranje pojma službenog položaja bi bilo ipak neko ograničenje kojim bi se neposredno utvrdio osnov inkriminisanja, a ne obrnuto, da se određivanjem lica posredno određuje sadržina bića krivičnog dela. Međutim, svako normiranje pojma službenog položaja gubi smisao alternativnim određenjem svojstva lica sa „pretpostavljenim uticajem”.

U slučaju ovog krivičnog dela važno je pomenuti par činjenica: radi se o krivičnom delu protiv korupcije, a u ponovljenom nedostatku opšte definicije korupcije, ona se i na međunarodnopravnom nivou tretira kao skup definicija<sup>23</sup>, i, što je važno naglasiti ovo krivično delo nije novo – u našem pravu postojalo je kao protivzakonito posredovanje (počev od 1951. godine, predviđajući da službeno lice koje van kruga svog službenog ovlašćenja, a koristeći se svojim položajem posreduje u izvršenju službene radnje, kako to kaže čl. 324). U Krivičnom zakonu SFRJ i zakonima federalnih jedinica suština ovog krivičnog dela (čl. 180) je bilo protivzakonito posredovanje jednog službenog lica kod drugog službenog lica u pogledu vršenja ili nevršenja neke službene radnje. Oblici dela su se razlikovali prema tome da li se posredovanje vrši za nagradu ili ne, i da li se zahteva zakonito ili nezakonito (ne)izvršenje radnje.<sup>24</sup> Važno je naglasiti da je za postojanje osnovnog oblika dela bilo neophodno da se posredovanje vrši za nagradu ili kakvu drugu korist, pošto ona čini posredovanje protivpravnim „jer uticanje jednog službenog lica na drugo službeno lice da vrši službene radnje u okviru svog ovlašćenja... može predstavljati i obavezu određenih službenih lica.”<sup>25</sup> Drugi, teži oblik, je postojao u slučaju posredovanja (bez koristi) da drugo službeno lice nezakonito vrši službene radnje u okviru svog ovlašćenja. Osnov protivpravnosti je uticanje na (ne)vršenje nezakonite radnje. Zanimljivo je naglasiti da je ovim zakonom „preciziran krug uticaja” na korišćenje samo službenog, a ne i društvenog položaja (kako se izgleda tumačila norma iz KZ1951) kao način izvršenja ovog krivičnog dela.<sup>26</sup>

U KZ RS (redakcija iz 2009. godine) napušten je i pokušaj da se dispozicija održi u minimumu koherentnosti, a kamoli u okvirima imperativa o visokom stepenu određenosti i preciznosti krivičnopravnih normi.<sup>27</sup>

---

23 Jocić, D., (2014) Trgovina uticajem, str. 622, u: Optuženje i drugi krivičnopravni instrumenti državne reakcije na kriminalitet, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd.

24 Lazarević, Lj., (1978) u: Komentar Krivičnog zakona SFRJ, str.393, Savremena administracija, Beograd.

25 Lazarević, Lj., op. cit., str. 394.

26 Lazarević, Lj., ibid.

27 Škulić, M., (2010) Načelo zakonitosti u krivičnom pravu, str. 80, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1/2010.

Dovoljno je ponoviti nelogičnost i ambivalentnost pojmova kojima se određuje *atribut trgovca uticajem*<sup>28</sup>: to bi bio svako ko ima *odgovarajući službeni položaj, odgovarajući društveni položaj, odgovarajući stvarni ili pretpostavljeni uticaj*. Čak i ako deluje prihvatljivo zamerka da nepostojanje zakonskog određenja značenja službenog, pa čak i društvenog položaja otežava tumačenje, „kreativnost“ zakonodavca ne čeka kreativno tumačenje značenja izraza – odgovarajući stvarni ili pretpostavljeni uticaj, ide mu u prilog.

Ukoliko bi se napregli pa pretpostavili da bi pojam odgovarajući trebalo da znači podoban da izvrši uticaj, ostaje otvoreno pitanje ko određuje podobnost uticaja kao pravni standard. Još ako dodamo da je klasifikacijski zaštitni objekat pravilno funkcionisanje službe, teško je izbeći zaključak da se radi o reinkarniranom ili *novom verbalnom deliktu* u starom značenju i funkciji.

Nakon ovog primera lakše je posumnjati u „nesumnjivo pretpostavljeno” poštovanje načela zakonitosti u krivičnom pravu, i veoma brzo se stiže do otvaranja tolikog broja pitanja i sumnji da se sada već slobodno može govoriti i o kompromitaciji načela. Zašto koristimo prilično grubu kvalifikaciju kompromitacije, pokušaćemo naznačiti u nastavku teksta, vraćajući se na konstitutivne elemente načela.

*Lex praevia* u osnovnom značenju treba da obezbedi normativnu stabilnost krivičnog zakona u vremenskoj dimenziji, upućujući da doneto pravilo važi u budućnosti sve dok ne bude stavljeno van snage ili izmenjeno drugim pravilom derogirajućeg značenja. To znači da je forma primarna u utvrđivanju realnog važenja određene norme. Za proveru legitimnosti krivičnog zakona stoga uvek može poslužiti trajanje neke norme. Štaviše, legitimnost jedne inkriminacije se može procenjivati u vremenu donošenja i aktuelnom momentu. *Mala prohibita* često ne opstaju predugo, mada se u savremenim uslovima to često i ne očekuje, imajući u vidu njihovu ulogu rešavanja konkretnog problema koji često nije krivičnopravni.

*Lex scripta* znači da je jedino legitimna pisana norma zakona. Ilustrativna je savremena interpretacija uloge ovog podnačela, kao garancija da vlast neće lagati i kažnjavati za nešto drugo<sup>29</sup>. Druga uloga je informisanje građana da se ne bi izigrala formula koja zahtevom za pisanim oblikom istovremeno pretpostavlja da se tako nužno informišu građani o onome što je zabranjeno. Ovo bi istovremeno bila i garancija da se ne kažnjavaju neobavešteni građani.

*Lex stricta* poznatija kao podnačelo kojim se zabranjuje kreativna analogija, ili stvaranje normi po principu sličnosti.

---

28 Jocić, D., op. cit., 625

29 Majić, M., op. cit., str. 38.

*Lex certa* je zahtev zakonodavcu da zakonski tekst jezik mora sadržati visok stepen (standard) preciznosti, određenosti u predviđanju inkriminacija i krivičnih sankcija.

Problem nije u tumačenju značenja ovih standardnih uputstava, već u moći i volji države da postupa u skladu sa njima. Što se tiče moći, relativizacija je danas nužno inkorporirana u samo biće krivičnog zakona preko, najšire rečeno pravnih standarda i novih modela inkriminisanja (širenje upotrebe blanketnih normi naprimer, iako potrebno, nužno unosi niže standarde preciznosti, pošto su ti propisi nekrivičnopravni). Isto tako norme međunarodnog krivičnog prava su model koji odstupa od standarda nacionalnih zakonodavstava.

Što se tiče volje države da poštuje svoje zakone, ta početna premisa se sve više dovodi u pitanje. Elastične kvalifikacije koje obezbeđuju kažnjavanje – da li je to klasična zloupotreba prava unutar klasičnog modela? Može se dodati i da prazna dihotomija – piše u zakonu, ne piše u zakonu – ilustruje opasnost zloupotrebe načela zakonitosti.

### 3.1. Međunarodno pravo kao „izuzetak” unutar pravnog sistema

Uobičajeno je da se „odbrana” načela zakonitosti iz ugla shvatanja o neprikosnovenosti suverenosti nacionalnih država i zakonodavstava vezuje za stav o ugrožavajućoj ulozi normi međunarodnog krivičnog prava (posebno u slučaju njihove neposredne primene<sup>30</sup>).

Po mišljenju autora ovde se ne krije suštinska opasnost po načelo zakonitosti iz par razloga. Pre svega, radi se o pravnom podsistemu koji nužno prati osnove pravnog sistema u širem značenju. Zatim, kako je već pomenuto, sistem modelskog pisanja zakona u savremenim uslovima u značajnoj meri dezavuiše sumnje o zakonitosti takve tehnike, pokazujući dobre rezultate u inkriminisanju naprimer, organizovanog kriminala na jedinstvenim osnovama.

Primedbe su najčešće rezervisane za pravna pravila koja koriste međunarodni tribunali. Činjenica da se ova pravila najčešće iscrpljuju parcijalnim regulisanjem pojedinačnih inkriminacija daje podlogu konzervativnom stavu o nepoštovanju načela zakonitosti. Međutim, zadržaćemo se na Statutu Međunarodnog krivičnog suda (Rimski statut) koji je prvi dokument ovog tipa koji sadrži osnovna načela, ili posebno poglavlje koje čini opšti deo (*General principles of criminal law*). Projekcija stalnosti ukazuje na napor da se načelo zakonitosti uspostavi kao osnovno.

---

30 V. Šire Majić, M., (2009) Načelo legaliteta – normativna i kulturna evolucija (II deo), str. 37 i dalje, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2/2009.

Statut ne može da reši sva otvorena doktrinarna pitanja, ali je važno ponoviti da usmeravanje pažnje na osnovna načela ilustruje simboličnu važnost načela zakonitosti i zabrane retroaktivnosti.

Propisivanjem i nabranjanjem međunarodnih zločina, Rimski statut je izbegao realnu opasnost pitanja zakonitosti shodno načelu *nullum crimen sine lege praevia*, što je bitna zamerka prethodno formiranim sudovima (za nirnberški tribunal u potpunosti, a za MKTJ i MKTR delimično). Pitanje poštovanja načela *nullum crimen sine lege praevia* je na primer u slučaju MKTJ rešeno stavom da se može raditi samo o nesumnjivim pravilima običajnog prava predviđenim u Ženevskim konvencijama (1949), Haškoj konvenciji (IV 1907), Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948) i Statuta Međunarodnog vojnog suda (1945). Ova zaštitna formulacija podrazumeva da se, nezavisno od „novih“ definicija Statuta i Pravila MKTJ, u tumačenju uvek podrazumevaju pravila međunarodnog običajnog prava.

Prihvatanjem osnovnih načela na drugačiji način, Rimski statut je uvažio standarde, za koje se može reći da su opšteprisutni u nacionalnim pravima. Statut Međunarodnog krivičnog suda (čl. 22. stav 1) propisuje „da niko nije krivično odgovoran za delo koje u trenutku izvršenja nije bilo krivično delo iz nadležnosti ovog suda“.

Pored toga, Statut ističe i restriktivnost u tumačenju propisa kojima se određuje biće pojedinog krivičnog dela, a u korist optuženika, i izričito zabranjuje analogiju u sudskom tumačenju. Ove zabrane su veoma značajne, pošto znače postavljanje viših standarda, već i zbog toga što nisu eksplicitno prisutne u većini nacionalnih zakonodavstava.

Važno je naglasiti da sam Statut razrađuje načelo zakonitosti određujući koje se pravo primenjuje, utvrđujući prioritete ili neku vrstu hijerarhije normi. Na prvom mestu je sam Statut (čl. 1. st. a) uključujući Obeležja krivičnih dela (*Elements of Crimes*). Slede odgovarajući međunarodni ugovori ili načela. U nedostatku navedenih izvora prelazi se na primenu opštih pravnih načela koja treba izvesti iz nacionalnih zakona svetskih pravnih sistema, uz pretpostavku da ta načela nisu u suprotnosti sa Rimskim statutom ili drugim normama međunarodnog prava.

Pored ovih načela koja su izvedena iz nacionalnih zakona svetskih pravnih sistema, Sud može koristiti, kada je to opravdano, i nacionalne zakone država koje bi inače bile nadležne u odnosu na procesuiranje konkretnog krivičnog dela, pod uslovom da nisu u suprotnosti sa prethodno navedenim izvorima.

Smatra se da je ova odredba od presudnog značaja za razvoj nadnacionalnog prava u pravom smislu, jer to znači da nije u pitanju proces nametanja *ad hoc* „smišljenog“ međunarodnog prava, već usaglašeno povezivanje načela raznih svetskih pravnih poredaka, što je legitiman proces. Međunarodni

krivični sud u silaznoj hijerarhiji može postupati i po sopstvenom sudskom pravu (*judicial precedens*), mada je nedovoljno jasno koliko je ono obavezno. Konačno, u Statutu se navodi i da u skladu sa testom konzistentnosti treba obratiti posebnu pažnju na to da tumačenje i primena prava ne budu u suprotnosti sa međunarodno priznatim ljudskim pravima i da ne deluju diskriminirajuće (st. 3).

Samozadovoljstvo u činu prihvatanja načela kontinentalnog prava može ukazivati na „pobedu” poštovanja simboličnih vrednosti, ali ostaje otvoreno pitanje uspeha načela u sukobu sa različitim kulturnim kontekstima i otvorenim političkim razlikama i pretenzijama.

### 3.2 Zloupotreba pravne moći u korist političke autoritarnosti

Pominjući volju države da poštuje svoje zakone, kakve god sadržine oni bili, polako pomeramo razmišljanje iz sfere unutarpravnog ka eksternim uticajima na načelo zakonitosti. Prva stepenica je uočavanje problema i analiza posledica koje možemo kvalifikovati kao zloupotebu prava<sup>31</sup>.

Sada već u istorijskom (napuštenom) značenju se mora posmatrati veza pojmova politički kriminalitet i zloupotreba moći vlasti. Klasična krivičnopravna teorija se nije upuštala u procenu i proveru legitimnosti najtežih inkriminacija kojima se ugrožava spoljna i unutrašnja bezbednost države. U obliku nepromenjene definicije iz srednjeg veka (*lese majeste*), i kao najteža krivična dela sve do nedavno su u svom čistom, što znači neproverljivom obliku figurirale veleizdaja – ugrožavanje vlasti iznutra i izdaja – ugrožavanje vlasti spolja.

Uspostavljena fikcija je da je država žrtva. Posledica ove fikcije je bila vanstandardna zaštita „žrtve”, koja je zadirala u osnovna ljudska prava, čak i opštim normama zagarantovana minimalna standardna pravila samog krivičnog prava (kažnjivo pripremanje, dogovor za izvršenje krivičnog dela, zločinačko udruživanje)<sup>32</sup>. Klasična formulacija radnje izvršenja kod ove vrste krivičnih dela je dugo vremena bila „ko učini delo upravljeno na...” što je čini se dovoljno ilustrativna naznaka da to može biti svaka radnja, ali i manje od radnje izvršenja u krivičnompravnom smislu. Tu vladajuću ideju odnosa države, vlasti i

---

31 Max Weber smatra da se kao kršenje ljudskih prava i zloupotreba moći podrazumeva primena sile od strane svih onih koji poseduju koncentrisanu vlast; to mogu biti pojedinci, grupe, organizacije, korporacije, stranke, pa i celi sistem u značenju države. Smatra da su vlastodršci u tome uporni, bezobzorni, ne osvrću se na javnost, ali izuzetno dosledni su u sprovođenju svoje volje.

32 Vidi šire Simović-Hiber, I., Stadijumi izvršnja krivičnog dela i prednact KZ SFRJ, u: Reforma opšteg dela KZ SFRJ i savremene tendencije u jugoslovenskom krivičnom pravu, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1991, str. 3.10-3.22.

podanika preko pravnih normi je najbolje objasnio jedan čuveni francuski pravni teoretičar<sup>33</sup>: pravna kvalifikacija upotrebljena da osigura kažnjavanje.

Ostalo je nepriznato i zamagljeno da je ovde u suštini neko drugi žrtva.

Prelazak sa ideje da je država, pravo i vlast nešto apstraktno i dobro (u vrednosnom smislu – dobro za razliku od lošeg), zaštićeno ideološkim floskulama, pa samim tim i nedodirljivo, na ideju o državi kao trenutnoj, znači promenljivoj grupi ljudi na vlasti, koja se sledstveno tome bori da ostane u toj poziciji, dovela je postepeno do demistifikacije odnosa ugroženog i žrtve.

Ova nova kategorija žrtava zloupotrebe moći je, što je veoma važno, našla svoje mesto u Deklaraciji o osnovnim načelima pravde u vezi sa žrtvama krivičnih dela i zloupotrebe vlasti Ujedinjenih nacija. U članu 18. ove deklaracije se tako čak definiše pojam žrtve, i naglašava da se pod izrazom „žrtve” podrazumevaju kako lica koja su, pojedinačno ili kolektivno, pretrpela štete, naročito napad na fizički i mentalni integritet, emocionalnu patnju, materijalni gubitak, ali i tešku povredu osnovnih prava zbog činjenja ili nečinjenja koja još uvek ne predstavljaju kršenje međunarodno priznatih normi o ljudskim pravima.

U članu 19. se ukazuje da države treba da razmotre unošenje normi (u svoje nacionalno zakonodavstvo) koje zabranjuju zloupotrebe vlasti i predviđaju pravne lekove za žrtve tih zloupotreba

Možda je najbitnija norma iz člana 21. koja nalaže da države treba povremeno da preispitaju postojeće zakonodavstvo i praksu da bi ih prilagodili promenjenim okolnostima, kao i da usvajaju, i, po potrebi, primenjuju zakonske tekstove kojima se zabranjuju svi postupci koji predstavljaju tešku zloupotrebu političke ili ekonomske moći i podstiču politike i mehanizmi sprečavanja tih dela; ti zakoni treba da predviđaju odgovarajuća prava i pravne lekove za žrtve tih dela i da jamče njihovo sprovođenje.

Nova ideja je da nema krive žrtve, ali da ima krive vlasti koja zloupotrebljava moć. Tako je „otkriven” novi viktimizator – država.

Ilustracija širokog okvira viktimizacije je indikativna: nelegalizovanje papira useljenika (*les sans papiers*) postaje<sup>34</sup> legalizovan prostor državnog nasilja kojim se kriminalizuju imigranti, ljudi bez papira. Povezivanje kolektivne viktimizacije i zloupotrebe moći se može izvesti formulacijom moć nad egzistencijom<sup>35</sup>. Ili kako eksplicitno kaže Viano<sup>36</sup>, nažalost su to ponašanja koja bi bila kriminalna kada bi se odnosila na nekog drugog a ne na one koji kontrolišu žrtve.

---

33 Bouzat, P., *Juris classeur penal*, 1971, note, br. 16770.

34 Genet-Bensaid, Ch., *Les sans papiers, Victimes du present, victimes du passe, Vers la sociologie des victimes*, Sous la direction de Bogalska-Martin, E., str. 73-93, L'Harmattan, 2004.

35 Viano, E., *Critical Issues in Victimology, International Perspectives*, Springer, New York, str. 5, 1992.

36 Viano, E., *ibid.*

Delikti zloupotrebe moći, (*abuse of power*) nezavisno od velikih prouzrokovanih šteta, najčešće nemaju neposredno vidljivu žrtvu u paru sa izvršenim deliktom, već su posledice, moglo bi se reći doživljene na nivou apstraktnog pojma, a u odnosu na žrtvu, učinilac je apstraktni entitet (državni organi, monopolisti).

Apstrakcija koja tako pokriva i zamagljuje protivpravna ponašanja doživljava se, ali, što je važnije objašnjava i predstavlja javnosti kao posledica isto toliko apstraktnih pojmova tržišne konkurencije, ugroženosti nacionalne bezbednosti ili nekog sličnog „državnog razloga” koji ne treba preispitivati.

U kriminološkoj teoriji se mogu naći slabi nagoveštaji prepoznavanja ovog problema.

Može se ipak zapaziti neka vrsta klasifikacije ovih zločina, mada nedovoljno konsenzualna, da bi dozvolila zaključak o problemu. Naziva se kriminalitetom vladajućih i obuhvata: visoku korupciju, eliminisanje političkih protivnika, sudski imunitet od gonjenja i kriminalitet belog okovratnika<sup>37</sup>.

Zločini vlasti su prema Hogan-u<sup>38</sup> kršenja ljudskih prava koja iz ideoloških razloga vrše javni službenici ili njihovi agenti. U ovu nekoherentnu grupu zločina on ubraja: delovanje tajnih policija, kršenje ljudskih prava političkih protivnika, genocid, zločine policije, nezakonito praćenje, prisluškivanje i eksperimentisanje.

Ipak, nova ideja o tome da su zločini zloupotrebe moći deo političkog kriminala ima dalekosežne posledice. Priznavanje da postoje najteži zločini koji se čine iz ideoloških ili prosto razloga pohlepe je međukorak ka priznavanju da postoje zločini države. „Zločini države” je stidljivo plasiran pojam iz više razloga. Jedan od osnovnih je sigurno kultura nekažnjavanja ovih najtežih zločina, koji se u magli ideoloških (religijskih, političkih) okvira uvek pretvaraju, projektuju u viši cilj ili razlog, ali koji uvek i nepogrešivo poništava individualno mišljenje, postojanje i izbor.

Tema o deliktima zloupotrebe političke moći zahteva posebnu pažnju koju nije mogla dobiti u okvirima ovog teksta. Treba je ipak zapamtiti.

#### 4. Zaključak

Pre svega, objašnjavajući poziciju načela zakonitosti pošli smo od činjenice uticaja novog društvenog konteksta na krivično pravo. Pritom,

---

37 Karmen, A., op. cit., str. 11.

38 Hagan, F., *Political Crime- Ideology and Criminology*, Needham Heights, 1997. Prema Ignjatović, Đ., *Kriminologija, Dosije*, Beograd, str. 161, 2007.



značenje novog društvenog konteksta se ne iscrpljuje u značenju evolucije društvenih vrednosti, koje bi postajući inovirani normativni poredak (nove običajne i moralne norme) „pozitivno” uticao na krivičnopravni poredak.<sup>39</sup>

Nasuprot tome, autor smatra da se savremeni model stvaranja i tumačenja prava može opisati kao model prava bez moralne osnove i dimenzije. Zbog čega?

U širem opsegu posmatrano, načelo legaliteta je jedna od važnijih tekovina političkog liberalizma. Može se dodati da ono pripada krugu instrumenata koji obezbeđuju parlamentarnu demokratiju u klasičnom i najopštijem smislu, uključujući i podelu vlasti. Ove karakteristike savremenog društva, potpomognute idejom o državi kao državi vladavine prava se obično smatraju relativno postignutom formulom. To znači da se ne postavljaju pitanja o verodostojnosti tih konstatacija.

Međutim, politički neoliberalizam je nova stvarnost. Neoliberalni koncept je prvenstveno ekonomski, ali uobičajeno donosi posledice u vidu promene politike u shvatanju uloge države i prava.

Ukratko, neoliberalizam je termin<sup>40</sup> koji označava primarnim „spontani poredak” koji podrazumeva samoograničenje prava u korist „slobodnije” organizacije tržišta i društva. Tako neoliberalna utopija pokušava da predloži i stvori sintezu slobodnog tržišta i „bezbedne” države u stvaranju koncepta minimalne države (tzv. antietatistička doktrina).

Minimiziranje uloge države je dakle jedna od važnih posledica nove utopije. Gledano iz pozicije prava, posebno krivičnog, minimiziranje uloge države znači „pasivno” prilagođavanje, praćenje strukturalnih promena. Nužni faktor takvih strukturalnih promena je i realna promena shvatanja i vrednovanja kriminaliteta u savremenim uslovima. Oslabljena pozicija države nužno vodi napuštanju striktno primene načela zakonitosti i njegovo zanemarivanje, a u prevodu uloge krivičnog prava u sredstvo borbe protiv nekog, uvek novog zla (terorizam, organizovani kriminal, korupcija, lažni azilanti, nepoželjni imigranti, i biće još).

Ovakav koncept, poznat kao koncept rizičnog društva i nova utopija sigurnog društva u konfliktu je sa shvatanjem prava koje podrazumeva zaštitu ljudskih prava i sloboda. Posledica je zaoštavanje represije i ograničavanje ljudskih prava.

Osnovno pitanje za krivično pravo je: da li se moderno krivično pravo svodi na prilagođavanje modernim uslovima društvenog života, odnosno da li

---

39 Majić, M., (2009) Načelo legaliteta – normativna i kulturna evolucija (II deo), str. 43, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2/2009.

40 Hayek, Droit, legislation et liberte, 3 vol., PUF, 1973-1979, cit. Prema Salas, D., op. cit., str. 62.

je krivično pravo postalo zaštita novim društvenim potrebama<sup>41</sup>. Svaki potvrđan odgovor ukazuje na posledicu – *instrumentalizovanje krivičnog prava. Ovome doprinosi i novi jezik „očekivanja od represije”, i percepcija kriminaliteta kao metafore*. Posledica je kriminalizacija socijalnih i političkih konflikata i politizacija kriminalnih pojava. Tendencije zanemarivanja ovog važnog principa pretvaranjem krivičnog prava u *prima* ili čak *sola ratio* otvara put bezakonju, odnosno pretvaranju normativnog sistema u politički<sup>42</sup>.

Ove tendencije se mogu prepoznati u nekoliko oblika.

Svođenje zakona na formu pisane zabrane administrativnog tipa i značaja, u smislu da je *propisanost krivičnog dela njegova suština*, menja ceo pogled na problem. Ono što je već pomenuto kao tendencija postepeno prelazi u novu suštinu.

*Svođenje zakona na formu bez sadržine koja vekovima poručuje da je krivično delo ne samo nepravo već najveće zlo u katalogu povreda, čini se osnovom problema savremenog položaja krivičnog prava.*

Nerazumevanje suštine uputstava načela zakonitosti neretko dovodi do napuštanja potrebne generalizacije u korist nedovoljne (vraćanje na primitivne inkriminacije tipa nabiranja – sve što nije nabrojano nije kažnjivo ili sa druge strane dispozicije primera). Sledeći primer može biti erozija *lex scripta* u pravcu shvatanja da je zakon u funkciji informacije. Informisani pojedinac tako uklapa svoje ponašanje i njegove posledice u zakonski dozvoljeni okvir i društvena harmonija je obezbeđena. Umesto obaveštenosti građana ovde se radi o posedovanju dobre informacije koja smanjuje rizik kažnjivosti.

Shvatajući kriminal kao ponašanje lišeno vrednosne komponente, kriminal kao posao, u literaturi se prepoznaju tragovi objašnjenja koja koriste neke poznata uzore (Bekarija i Bentam) u izrazu ideje o isplativom zločinu, koje takođe menja ulogu krivičnog zakona.

Sve ove napomene treba shvatiti kao razmišljanja o novom položaju u kome se našlo krivično pravo i njegovo osnovno načelo. Utilitarizam kao (stari)novi način mišljenja nesumnjivo je okrnjio u bitnoj meri podrazumevano značenje načela zakonitosti. Stoga bi se moglo zaključiti da novo krivično pravo mora pronaći nove instrumente efikasnog funkcionisanja u (ili nasuprot) neoliberalnom duhu i društvenom modelu, ili će u suprotnom postati vrednosno prazna forma (ritual) administriranja.

---

41 Arroyo Zapatero, L., (2011-2012), The international harmonization of criminal law, str. 25-58, Cahiers de defence sociale, Pour une Politique Criminelle Humaniste, Spain.

42 Bavcon, Lj.,(2012), Čovekova sloboda i/ili bezbednost, str.,99, Temida, 2.

## 5. Literatura

- Arroyo Zapatero, L., (2011-2012), The international harmonization of criminal law, Cahiers de defence sociale, Pour une Politique Criminelle Humaniste, Spain.
- Bavcon, Lj., (2012), Čovekova sloboda i/ili bezbednost, Temida, 2.
- Begorre-Bret, C; Morana, C., (2012), La justice, EYROLLES, Paris.
- Bouzat, P., (1971), Juris classeur penal, note br. 16770.
- Chomsky, N., Kratka istorija anarhizma, pescanik.net/2014/01, pregled 15.01.2014.
- Dimitrijević, N., Kako čitati ustav, Narodna biblioteka Srbije, iz ciklusa Kako čitati, Peščanik.net, 29.02.2012.
- Genet-Bensaid, Ch., (2004), Les sans papiers, Victimes du present, victimes du passe, Vers la sociologie des victimes, Sous la direction de Bogalska-Martin, E., L'Harmattan.
- Habermas, J., (1992), Faktizitat und Geltung, Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- Harašić, Ž., Dometi sistematskog tumačenja u pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, 2009/2.
- Jocić, D., (2014), Trgovina uticajem, u: Optuženje i drugi krivičnopravni instrumenti državne reakcije na kriminalitet, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd.
- Lambert-Abdelgawad, E., La proliferation de tribunaux paralleles pour la dénonciation des crimes internationaux: quelle leçon de justice? Chronique internationale, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, br. 1/2006.
- Lazarević, Lj., (1978), u: Komentar Krivičnog zakona SFRJ, Savremena administracija, Beograd.
- Majić, M., (2009), Načelo legaliteta – normativna i kulturna evolucija (I deo), Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1/2009.
- Majić, M., (2009), Načelo legaliteta – normativna i kulturna evolucija (II deo), Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2/2009.
- Mannheim, K., Ideologie et Utopie(1929), Maison des sciences de l'homme, 2006.
- Pavčnik, M., (2003), Pravo, Ljubljana.
- Popović, S., (2000), Put u varvarstvo, Helsinški odbor za ljudska prava, Beograd, ur. Zoran Purešević.
- Pradel, J., (1995), Droit penal compare, Dalloz, Paris.

- Preuss, U., Constitutional Aspects of the Making of Democracy in the Post-Communist Societies of East Europe, (1993) Zentrum fur Europaische Rechtspolitik, Ch.I Constitutionalism, Bremen.
- Salas, D., (2012), La Justice devoyee, (Critique des utopies securitaires), Ed. des Arenes), Paris.
- Simović-Hiber, I., (2013), Klasično krivično pravo *versus* moderno krivično pravo (primer pojma učinioaca krivičnog dela), u: Kaznena politika (zakon i praksa) (ur. Stanko Bejatović), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd.
- Simović-Hiber, I., (2007), Sistem rasprava o ideji vladavine prava, osnovama krivičnog zakona, pojmu zločinačke grupe i internacionalizaciji krivičnog prava, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.
- Simović-Hiber I., (1991), Stadijumi izvršnja krivičnog dela i prednacrt KZ SFRJ, u: Reforma opšteg dela KZ SFRJ i savremene tendencije u jugoslovenskom krivičnom pravu, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.
- Stojanović, Z., (2014), Krivično pravo kao instrument državne reakcije na kriminalitet i predstojeće izmene u Krivičnom zakoniku, u: Optuženje i drugi krivičnopravni instrumenti državne reakcije na kriminalitet, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd.
- Škulić, M., (2010), Načelo zakonitosti u krivičnom pravu, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1/2010.
- Viano, E., (1992), Critical Issues in Victimology, International Perspectives, Springer, New York.
- Visković, N., (2001), Teorija države i prava, Zagreb.

**Prof. dr Ivana Simović – Hiber**

**Fulltime professor, University in Belgrade, Faculty of Security Studies,**

**ESSAY ON LEGITIMACY OF CRIMINAL LEGISLATION IN  
CONDITIONS OF RELATIVIZED PRINCIPLE OF LEGALITY**

*In this text, the author attempts to present the topic of relations between principles of legality and legitimacy of criminal legislation (law) in a contemporary context. Having observed several levels and factors that affect erosion of fundamental respect of sub-principles (lex praevia, scripta, stricta, certa), she has examined this observation on two basic models. One consists of contemporary influences on the principle of legality within the legal system (domestic and international criminal law). They are illustrated by the revised criminal act of influence peddling and imitation model of international criminal law. The other is extralegal in character (abuse of power and neoliberal model of social and legal order). The text concludes that extralegal influences are more dangerous for the survival of the principle of legality, but also the legitimacy of partialized and incoherent criminal legislation.*

**Keywords:** *principle of legality, dogmatism, law, abuse of power, internal and external reasons for violation of legality, neoliberal utopia, law without moral foundation.*