

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.

CONCEPT AND DEFINITION OF PRINCIPLE OF LEGITIMACY IN CRIMINAL 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 biggest 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 determine 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.

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 reći 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.

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

Sušтина 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.

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.

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 međuslovljenosti 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.

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

Sušтина 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.

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 materijalnopравnih 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 krivičnopравnih 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.

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 postavlja pitanje da li se mogu dovesti u sklad ili se prednost ipak treba dati jednom od njih.³⁰ Kako su se počele javljati situacije 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.

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.

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.

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 arbitarnom 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 arbitarnosti 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 sine 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 bavorski 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.

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 Montesjkjea; (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.

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.

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.

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 Clarendon 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.

F.Bačić, Krivično pravo-opšti dio, prošireno izdanje, „Informator“, Zagreb, 1998.

G.Radbruch, 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.

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, Cambridge 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.

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/hljcpp/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.