

*Др Бранислав Ристићивојевић, ванредни професор
Правној факултету у Новом Саду*

О ПОРЕТКУ НАЧЕЛА У ЦИЉНОМ (ТЕЛЕОЛОШКОМ) ТУМАЧЕЊУ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Сажетак: Приликом одређења циља односно сврхе правних норми у посматрању тумачења у свим правним гранама употребљавају се правна начела. Њихова улога у овом посматрању је изузетно важна зато што она представљају најмањи заједнички именица свих норми, неког закона односно неке гране права, па самим тим могу да се употребе за тумачење циља било које од њих.

Будући да кривично право има више правних начела наука је међу њима успоставила поредак или ред рвенција у којем се начело законности налази на првом месту, а сва остала су друкоразредног значаја или су занемарена.

Писац у овом раду нарушава управо овај поредак кривичноправних начела одвртавајући кривични разлоге који су довели до њега и указујући на њихову иреживљеност и застарелост. Колико је начело законности било неопходно у време када је настало као природни праинстац и заштитник иешко извојеване и још несигурне слободе људи, толико је данас када је слобода неујитна и несигурна изгубило на значају. Могућности за злоупотребу кривичног права, данас, не леже више у неписаним кривичноправним нормама створеним по сличности са неким другим случајевима које имају повратно важење у времену, што би биле неке од опасности по слободу грађана које се ошклањају коришћењем начела законности. Оне леже у његовој вредносно променљивој димензији која долази до изражаја када се оно тумачи телеолошки односно циљно. А то значи када се тумачи у складу са његовом основном функцијом - заштитом одређених вредности односно када се (зло)употребљавају одредбе КЗ о циљу кривичног права и о циљу кажњавања, а то су одредбе које је наука уобличила у начело лепитимности.

Из овој разлоја треба променији поредак кривичноправних начела приликом циљној тумачења у кривичном праву. На прво место треба поставити начело легитимности, а на друго начело законитости. Тако ће се оштрајати тумачима кривичног права да намењиво истичу како су задовољили све услове које начело законитости поставља пред њих, прећућујући колико су они данас неопходни јер је слобода неспорна вредност, док истовремено прикривају раскошне могућности деловорне злоупотребе начела легитимности.

Кључне речи: *Начело легитимности, начело законитости, тумачење, кривично право*

УВОД

Проблематика тумачења у кривичном праву је годинама запуштена у нашој правној науци. Свако истраживање посвећено проблему тумачења у кривичном праву у српској, и њеној неизбежној пратиљи, југословенској науци обавезно се сусреће с оскудицом радова написаних на ову тему. Не постоји системско дело у овој области научне мисли код нас. Штавише, тешко ће се пронаћи било који научни рад у вези са овом темом. Истраживач је нужно упућен на мали број радова системске природе посвећених тумачењу у праву из области теорије права и на одабране системске јединице у уџбеницима кривичног права. Преостала литература своди се неколико радова који дотичу поједине уско омеђене проблеме у вези са тумачењем у кривичном праву. Као први закључак намеће се неоспоран став да је у нашој науци кривичног права проблем тумачења запостављен.

Захваљујући томе у литератури су надмоћни ставови који су обликовани у далекој прошлости и који су се углавном ослањали на стара и добро утемељена решења, која дуго нису преиспитивана. То наравно не значи да нису издржала пробу времена, али пре него што се изведе такав закључак потребно их је проверити.

Једна од таквих догми у нашој науци кривичног права јесте и она о поретку начела приликом циљног (телеолошког) тумачења у кривичном праву. Скоро без изузетка у нашој науци се срећу ставови који наглашавају искључиви¹ или превасходни² значај начела законитости у тумачењу, а значај осталих начела се умањује или се она само сумарно спомињу.

¹ Према мишљењу Таховића у тумачењу кривичноправне норме могу се користити „општа правила о тумачењу закона само ако се не противе начелу законитости.“: Јанко Таховић, *Коментар Кривичног законика*, Савремена администрација, Београд, 1962, стр. 33;

Чини се да је управо овај научни став зрео да се подвргне провери. Разлога за то има више. Један од њих је сазревање свести о улози других начела у кривичном праву и њихово потврђивање у значају. Други је историјска промена основне улоге кривичног права – заштитне функције. Од заштитника голог физичког преживљавања људи она је полако постала једна врста финог и истанчаног механизма за уређивање слободе.

Да би се поменути научни став преиспитао потребно је прво кратко се осврнути на улогу начела приликом тумачењу у праву, а затим објаснити исту приликом циљног тумачења у кривичном праву. Након тога рад ће се бавити поретком начела у тумачењу, како је он постављен надмоћним научним ставом и нелогичностима у истом. На крају ће се понудити решење за отклањање ове нелогичности успостављањем новог поретка начела кривичног права приликом тумачења.

1. Улога начела у тумачењу

Право не постоји ради себе самог, оно је средство за остваривање одређених друштвених циљева.³ Циљно тумачење је, према томе, одређивање смисла односно значења правне норме с обзиром на друштвени циљ који норма треба да оствари.⁴

Кључно питање код ове методе тумачења јесте начин на који се утврђује циљ правне норме јер се тако утврђује њен прави смисао односно њено право значење.

У неким случајевима, као што је озакоњење неке правне гране или у случајевима већих, тзв. системских, закона, сам акт у уводу или првом члану одређује свој циљ. Један од чешћих начин за одређивање циља неке гране права јесте установљавање начела што ће се по правилу учинити у уводном делу акта или међу одредбама највећег степена општости.

Начела представљају најмањи заједнички именитељ смисла свих норми неког закона или гране права, па самим тим могу да се употребе за из-

Према мишљењу Чејовића „при тумачењу кривичних закона увек се мора водити рачуна о принципу законитости као једном од водећих принципа кривичног права“: Бора Чејовић, *Кривично право-Општи део*, Југословенски завод за продуктивност рада, Београд, 1985, стр. 174-175.

² Према Бачићу „границе сваког тумачења одређује принцип законитости у својој интегралности“ али се границе тумачења одређују и посредством оних „начела Устава која су положена у темеље самог кривичног права“ и ту сврстава сва остала начела кривичног права: Фрањо Бачић, *Кривично право-Општи део*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 105.

³ Драгољуб Аранђеловић, *Ehrenzweig-ова Гледишта о тумачењу и појучавању закона*, Бранич, Београд, 1935, број 1, стр 8.

⁴ Михајло Вуковић, *Интерпретација правних пројиса*, Школска књига, Загреб, 1953, стр. 97.

налажњење смисла било које норме.⁵ Она представљају неку врсту сажи-мања духа који прожима целокупан правни акт.⁶ Сврха која жели да се постигне изналажењем правних начела може да буде дата на општи или посебан начин. У првом случају она превазилазе значење само тог правног акта у којем су дата и важе за део правног поретка или, у случају правног акта који представља озакоњења неке правне гране, за целу правну грану. У другом он се односи само на правну норму у којој је дат или на акт у којем се налази.

Некад ће се десити да је циљ одређен на незадовољавајући начин у некој норми па ће он морати да се установи помоћу везе с циљем других сродних норми или аката. Тежа могућност је када норма или акт не говоре изричито или имплицитно о свом циљу и када тумач мора да извучи закључак о циљу норме тумачећи садржај норме, акта, правне гране која је у питању или целокупног правног поретка. На крају ће тумач морати да се осврне на целокупно уређење друштва или организацију неких подручја друштвеног живота да би дошао до закључка о томе који је циљ норме.⁷

Када се утврди циљ норме прелази се на поређење исхода тумачења добијеног осталим методама са циљем норме, где ће циљ норме бити мерило које ће превагнути над свим осталима.⁸ Треба утврдити који од исхода тумачења, до којих се дошло осталим методама, на најбољи начин и у највећој мери остварује циљ норме. Овде се врши вредносно оцењивање исхода тумачења са друштвеног становишта.⁹

У сваком случају ово је најсложенији задатак у тумачењу правних норми и захтева од тумача велико социолошко знање, способност политичког вредновања интереса, познавање историје како би се остваривали само савремени, а не и превазиђени друштвени интереси. На крају потребно је да тумач има способност да схвати целину и да размишља у систему, да повезује сложене правне и друштвене чиниоце у непротивречно јединство.¹⁰

⁵ Будући да јесте најмањи заједнички именитељ свих норми начело садржи смисао сваке од њих, па се самим тим може користити за циљно тумачење: Михајло Вуковић, *Ин-терјерѿаѿија ѿравних ѿројиса*, Школска књига, Загреб, 1953, стр. 128

⁶ „...опћа начела државноправног поретка... ..представљају сублимацију духа који га прожима...“: Олег Мандић, *Систѿем и инѿерјерѿаѿија ѿрава*, Народне новине, Загреб, 1971, стр. 168.

⁷ Михајло Вуковић, *Инѿерјерѿаѿија ѿравних ѿројиса*, Школска књига, Загреб, 1953, стр. 108-109.

⁸ Зоран Стојановић, *Кривично ѿраво – Ојшѿи део*, Правна књига, 2011, стр. 42.

⁹ Михајло Вуковић, *Инѿерјерѿаѿија ѿравних ѿројиса*, Школска књига, Загреб, 1953, стр. 110.

¹⁰ Радомир Лукић, *Тумачење ѿрава*, Савремена администрација, Београд, 1961, стр. 133.

2. Циљно тумачење у кривичном праву - улога начела

У употреби овог средства односно метода тумачења норми различитих правних грана, по природи ствари, мора бити разлика. Различите гране права имају различите циљеве, па се различито и тумаче. Ови циљеви се, по правилу, огледају у начелима. Различите гране права имају различита начела као последицу чињенице да имају различите циљеве.¹¹ Приликом коришћења циљног метода тумачења кривичноправне норме треба водити рачуна о томе да оне служе да заштите одређене вредности. Те вредности се зову заштитни објекти. Тумач увек мора да пође од заштитног објекта и обима његове заштите. Ово стога што је првенствена сврха кривичног права заштита одређених вредности у друштву односно остваривање тзв. заштитне функције кривичног права. Када је утврђен заштитни објекат утврђен је смисао-циљ кривичноправне норме.¹²

Међутим, овај приступ у тумачењу није довољан за тумачење свих кривичноправних норми. Норме општег дела кривичног права, строго узевши, немају заштитни објекат и може се рећи да служе заштити одређених вредности само на посредан начин. Услед тога се за правилно тумачење неке норме општег дела кривичног права, а то значи тумачење с циљем остваривања заштитне функције кривичног права (а то је основна функција кривичног права у целини, без обзира на припадност поједине кривичноправне норме општем или посебном делу кривичног права) мора да потражи њена посебна сврха у оквиру ове опште сврхе.

Кривично право нема само једну основну сврху-заштиту одређених вредности у друштву. Држава не само да штити грађане кривичном правом, већ мора да их заштити и од кривичног права. Управо ту лежи друга сврха кривичног права, а то је остваривање тзв. гарантивне функције кривичног права. Сврха кривичног права јесте и да заштити вредности људи од самовољног, непредвидивог кажњавања или кажњавања на

¹¹ Има и супротних ставова. Тако Лазаревић сматра да су начела, „као основица тумачења“, иста она начела која представљају „темељ целокупног правног поретка“. При том не прави никакву разлику између начела својствених различитим гранама права: Адам П. Лазаревић, *Теорија тумачења закона и судска пракса*, Архив за правне и друштвене науке, 1934, стр. 301. Чини се да је Лазаревић када је уобличавао овај став имао у виду само имовинске приватне гране права.

¹² Бачић сматра да је ово посебна особина тумачења у кривичном праву: Фрањо Бачић, *Кривично право-Опћи дио*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 106. Чини се да писац овде није у праву. Можда норме других грана права немају заштитне објекте, али свакако имају свој циљ да заштите неке вредности. Оно што повезује заштитни објекат неке кривичноправне норме са циљем или сврхом правних норми других грана права јесте чињеница да и једне и друге штите неке вредности. Свака правна норма, без обзира на то којој грани права припада има сврху да заштити неку вредност. Другим речима ни једна норма се не доноси без намере да се заштити нека вредност.

основу неодређеног закона или закона са повратним временским деловањем.¹³

Ове две најважније сврхе кривичног права, у складу са којима треба циљно тумачити кривичноправне норме, имају и свој нормативни облик у кривичноправном поретку РС. Заштитна функција има своје место у одредби члана 3. КЗ о основу и границама кривичноправне принуде и одредби става 2. члана 4. КЗ о општој сврси кривичних санкција. Гарантивна функција има своје место у одредби члана 1. КЗ која каже да нема кривичног дела нити казне без закона. Кривичноправна наука уобличавајући начело које се назива начелом легитимности у њега уноси, између осталог, и садржај две првопоменуће одредбе КЗ-а. Уобличавајући начело законитости кривичноправна наука у њега, између осталог, уноси садржај члана 1. КЗ.¹⁴

Веома је важно нагласити да је обухват начела легитимности шири од саме заштитне функције кривичног права, као што је обухват начела законитости шири од гарантивне функције кривичног права. Другим речима начело законитости, поред своје основне улоге у остваривању гарантивне функције има улогу и у остваривању заштитне функције.¹⁵ Начело легитимности, поред своје основне улоге у остваривању заштитне функције, има улогу и у остваривању гарантивне функције кривичног права.¹⁶

Усамљена су и, чини се погрешна, мишљења у науци по којима начело законитости има превасходни значај, односно да је оно услов за остваривање заштитне функције кривичног права као што је Франково. Он га темељи на ставу да је услов за остваривање циља кривичног права, а то је заштита одређених вредности, изричито набрајање тих вредности у закону, што води начелу законитости.¹⁷ Противно овом ставу би се могле навести common law правни системи односно правни системи оних држава које припадају англосаксонском свету. Иако нема изричитог навођења заштићених вредности (common law је неписано тело права) кривична права тих држава остварују заштитну функцију без икаквих проблема својствених

¹³ Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2007, стр. 26.

¹⁴ Из овога јасно следи да су начела ширег садржаја од поменутих законских одредби.

¹⁵ „Начело законитости је од значаја и за заштитну функцију кривичног права, пре свега за остваривање генералне превенције.“: Зоран Стојановић, *Кривично право-Општи део*, Правна књига, Београд, 2006, стр. 40.

¹⁶ „Чињеница да је постојећа кривичноправна заштита на нормативном, законском плану у свим савременим друштвима мање или више хипетрофирана, односно да су њене границе екстензивно постављене, има за последицу не само неефикасност кривичног права у целини, него и недостатак материјалне легитимације појединих инкриминација“: Зоран Стојановић, *Кривично право-Општи део*, Правна књига, Београд, 2006, стр. 40.

¹⁷ Станко Франк, *Теорија казненог права*, Школска књига, Загреб, 1955, стр. 75.

искључиво природи извора права у common law-у. Ако изричито набрајање заштићених вредности није услов за остваривање заштитне функције у англосаксонској породици правних система зашто би било у европско-континенталној породици? Ближи су стварности они ставови у науци који виде ограничену, а не искључиву или апсолутну, улогу начела законитости у остваривање заштитне функције кривичног права.

Претходно наведени ставови, о улози појединих кривичноправних начела у остваривању појединих функција кривичног права, свакако су важни и заслужују посебно истраживање. Ово је нарочито битно због тога што у науци нема сагласности, често, ни око основне улоге неких начела.¹⁸ Узевши у обзир да њено потпуно расветљавање превазилази задатке постављене у уводу, она ће у даљем тексту бити занемарена. При свему овоме не заставља се вероватноћа да до одређене мере она може да утиче на квалитет закључака који ће бити изведени у раду.¹⁹

3. Поредак начела у поступку циљног тумачења - нелогичност у већинском ставу у нашој науци

Ако се пође од неспорног става да заштитна функција кривичног права јесте његова првенствена функција онда би логика налагала да првенствени значај у тумачењу кривичног права има она одредба у којој се (у највећој мери, али како је закључено не у потпуности) садржи ова функција, а то су две одредбе КЗ чији пресек наука уобличава у начело легитимности. Другоразредни значај требало би да има она одредба у којој се (опет у највећим мери, али не у потпуности) садржи гарантивна функција, а то је одредба КЗ коју наука уобличава у начело законитости. Међутим, већинско опредељење у нашој науци заузима управо супротан став. Истиче се прворазредни значај начела законитости у тумачењу, а значај начела легитимности се не поми-

¹⁸ Тако нема ни сагласности око тога коме су адресирана начела. Камбовски држи да је начело законитости у првом реду упућено законодавцу: „...ово начело е во прв ред адресирано на законодавцот“: Владо Камбовски, *Казнено право-Опшић дел*, 2. Август С-Штип, Скопје, 2006, стр. 202; За Стојановића законодавцу је у првом реду адресирано начело легитимности: „Што се тиче принципа легитимности, треба приметити да је он од значаја много више за стварање, него за тумачење кривичног права.“: Зоран Стојановић, *Кривичној правна доктрина и њен значај у тумачењу правне норме*, Зборник радова: *Тумачење казненој правне норме и адекватност њене примене*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2009, стр. 19.

¹⁹ „...право је нешто најкомпликованије, нешто најмешовитије: то је највећи спектар боја са нијансама многобројнијим и финијим него што је физички спектар боја.“: Живојин Перић, *Преливи (ниансе) у праву*, наведено према: Миодраг Туцаковић, *Проблем законске и правне аналоије, свршејтак*, Бранич, 1936, број 1, стр. 80.

ње²⁰ или је оно стављено у други план заједно са осталим начелима кривичног права.²¹ Посебно су занимљиви ставови који не праве разлику у значају који поједина начела кривичног права имају у вези са тумачењем кривично-правних норми.²² Чини се да класично објашњење за ове ставове, по коме циљно тумачење по својој природи тежи све већој ширини у изналажењу смисла норме,²³ не задовољава у потпуности.

Који су прави разлози за постојање преовладавајућих ставова у нашој науци?

3.1. Узрок нелојичности у ѿрејѣку

Један од разлога је једноставнија и простија употреба механизма начела законитости у поређењу са употребом механизма начела легитимности.

Начело законитости користи се веома једноставно. Оно не зависи од процена и вредновања већ од одговора на проста питања. Да ли је кривичноправна норма писана или неписана? Да ли кривичноправна норма има повратно дејство или нема? Да ли су је створили законодавци или ју је саздао тумач попуњавајући празнину аналогијом? Одговори на ова питања су једноставни: да или не. Употреба начела законитости не захтева нарочито сложене мисаоне механизме.

С друге стране употреба начела легитимности захтева сложене мисаоне операције које укључују вредновања и оцене код којих тумач норму процењује да ли „општа сврха кривичних санкција не захтева изрицање кривичне санкције“, или тумач „узима у обзир... ..околности које показују да је постигнута сврха кажњавања“. Тумач одмерава казну „имајући у ви-

²⁰ Према мишљењу Таховића у тумачењу кривичноправне норме могу се користити „општа правила о тумачењу закона само ако се не противе начелу законитости.“: Јанко Таховић, *Коментар Кривичног законика*, Савремена администрација, Београд, 1962, стр. 33; Према мишљењу Чејовића „при тумачењу кривичних закона увек се мора водити рачуна о принципу законитости као једном од водећих принципа кривичног права“: Бора Чејовић, *Кривично љаво-Ойшии део*, Југословенски завод за продуктивност рада, Београд, 1985, стр. 174-175.

²¹ Према Бачићу „границе сваког тумачења одређује принцип законитости у својој интегралности“ али се границе тумачења одређују и посредством оних „начела Устава која су положена у темеље самог кривичног права“ и ту сврстава сва остала начела кривичног права: Фрањо Бачић, *Кривично љаво-Ойшии дио*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 105.

²² Камбовски заузима занимљив става према којем тумачење казненоправне одредбе као средства за остваривање циља има ограду која се састоји у „основним начелима казненог права и људским правима и слободама које су нужан унутрашњи коректив циљном тумачењу“: Владо Камбовски, *Казнено љаво-Ойшии дел*, 2. Август С-Штип, Скопје, 2006, стр. 192.

²³ Фрањо Бачић, *Кривично љаво-Ойшии дио*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 105.

ду сврху кажњавања и узимајући у обзир све околности“ или „оцењује да се са ублаженом казном може постићи сврха кажњавања“.

Други разлог због којег у нашој науци преовладава став који наглашава значај начела законитости у тумачењу кривичноправних норми, а занемарује или умањује значај других начела јесте у чињеници да од остваривања захтева које начело законитости поставља пред тумача зависи да ли ће се уопште применити кривично право. Остваривање захтева које остала начела стављају пред тумача, у добром броју случајева (не увек!), остављају само избор између различитих врста санкција, али ће кривично право свакако бити примењено.

Можда се као најважнији разлог може истаћи разлика у претњи коју неостваривање појединих функција кривичног права представља за човека као субјекта права и слобода.

Основна функција кривичног права јесте заштитна функција односно заштита одређених вредности од повреде или угрожавања, без обзира на то од кога долазе. Те повреде и угрожавања, по правилу, долазе од других људи. С друге стране, гарантивна функција кривичног права, представља заштиту од самог кривичног права. Ова функција требало би да спречи повреду или угрожавање права и слобода људи, не од других људи, већ од државног механизма силе, јер једино он може да (зло)употребљава кривично право. Не треба доказивати колико је ова претња правима и слободама људи била озбиљнија и тежа него претња коју представљају други људи у време када је створено начело законитости. Управо зато је, у историјском смислу, наука прво створела начело законитости, па тек онда начело легитимности.

Закључак је да је за примену кривичног права, с једне стране, далеко једноставније и јасније дејство начела законитости него дејство начела легитимности. С друге стране кривично право у свом историјском развоју прво је прешло кроз период у којем је претња коју је представљало неостваривање гарантивне функције кривичног права била далеко тежа по људе него претња неостваривања заштитне функције. Није неприродно да је годинама у жижи интересовања правне науке било оно начело које је служило за остваривање те функције - начело законитости. Крајња последица тога је преовлађујући став у науци који истиче значење начела законитости за тумачење у кривичном праву, а пропушта да уочи право значење начела легитимности.

Већ из претходног излагања је јасно да овај став више није оправдан. Како може да се реши уочена нелогичност?

4. Отклањање нелогичности - првенство начела легитимности над начелом законитости

Чини се да се простом заменом места у поретку начела по њиховом значају у поступку циљног тумачења може отклонити ова нелогичност.

Првенствени циљ кривичног права јесте, као што је речено, остваривање заштитне функције односно заштита одређених вредности од понашања која их повређују или угрожавају. Оно што се често заборавља јесте да приликом тумачења кривичноправне норме тумач мора да води рачуна да је велики број појмова у кривичном праву, иако су језички и логички стални, вредносно променљиви. Ти појмови су подложни оцени са становишта различитих моралних, социјалних, психолошких или правнополитичких ставова или опредељења.²⁴ Ова појава нарочито долази до изражаја приликом санкционисања на начин који је делимично описан:

„У савременом кривичном праву законодавац ставља све више терета па, следствено томе, и више одговорности, на леђа судије путем института индивидуализације казне. Овај институт ствара велике могућности судијама да путем тумачења одређују смисао правних норми“.²⁵

Велики број одредбаба КЗ дозвољава судијама да приликом одмеравања казне или друге санкције сами одреде циљ кривичноправне норме у сваком поједином случају. У питању су одредбе које дају слободу судијама да при одлучивању „узму у обзир“, „имају у виду“ или „воде рачуна“ о сврси кажњавања или сврси других санкција. Ту би биле и све одредбе које им дају могућност да „оцене“ постизање сврхе кажњавања.

Овај закључак никако не значи да су само појмови који се налазе у одредбама посвећеним санкционисању вредносно променљиви. Већ је наглашено да норме општег дела кривичног права немају своје заштитне објекте. Оне служе остварењу заштитне функције кривичног права посредно, преко својих нарочитих сврха у оквиру ове опште сврхе.

Нужна одбрана, на пример, има своју нарочиту сврху да пружи заштиту праву када се оно нађе у сукобу са неправом. Један од услова за њено постојање јесте да је одбрана неопходно потребна. Законодавац не каже ништа у вези с тим која је одбрана „неопходно потребна“ већ то препушта тумачу. Ово је најспорнији услов њеног постојања и изазива највише те-

²⁴ Ђорђе Тасић, *О тумачењу кривичноправних и финансиских закона*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1935, број 1-2, стр. 4.

²⁵ Тасић користи израз „индивидуализација“ казне, али под њим треба схватити оно што данас називамо „одмеравање“ казне: Ђорђе Тасић, *О тумачењу кривичноправних и финансиских закона*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1935, број 1-2, стр. 4.

шкоћа у примени. Одговор на ово питање у суштини одређује границе нужне одбране. У нашој науци преовладава став да је неопходно потребна она одбрана којом се могао делотворно одбити напад уз најмању повреду нападачевих добара. Или обрнуто: потребно је да се у највећој мери штете нападачева добра, а да се при томе не угрози делотворност одбране. Основ за овакво одређивање појма „неопходно потребне“ одбране не налази се у самом тексту закона већ произлази из смисла нужне одбране и њене социо-етичке функције (сврхе или циља).²⁶ То значи да ће тумач да одреди крајње границе нужне одбране тумачећи смисао нужне одбране и њену социо-етичку функцију (сврху односно циљ) у сваком поједином случају. Чини нам се да он то тумачење не може да обави а да не стави смисао нужне одбране и њену социо-етичку функцију у окружење опште сврхе кривичног права - заштите одређених вредности. На крају крајева и смисао нужне одбране и њена функција постављени су са освртом на основну функцију кривичног права - заштитну функцију. Нужна одбрана је у служби те функције.²⁷

Осим схватања о социо-етичкој функцији нужне одбране наука је својевремено познавала и схватање о индивидуалистичкој функцији нужне одбране. Уколико се прихвати схватање о социо-етичкој функцији нужне одбране онда није допуштено тумачење појма неопходно потребне одбране тако да он дозвољава велику несразмеру између добара која су угрожена нападом и оних која се повређују при одбрани, нарочито у случају када се ова добра ни по значају ни по вредности не могу упоређивати.²⁸ Уколико се прихвати схватање о индивидуалистичкој функцији нужне одбране онда је ово тумачење допуштено. При свему томе нема промене самог појма „неопходно потребне“ одбране већ, с обзиром на чињеницу да је он вредносно променљив, долази само до промене његовог циљног тумачења спрам промене вредносног становишта узетог као мерило.

Овако објашњен појам „неопходно потребне“ одбране само је један од таквих примера. Велики број института општег дела кривичног права садрже појмове који су вредносно променљиви на начин који је овде описан. Ови као и претходни закључци говоре да је у нашој науци неоправдано занемарено начело легитимности које представља научни израз основне функције кривичног права, а то је његова заштитна функција. У знатно ве-

²⁶ Зоран Стојановић, *Кривично право-Општи део*, Правна књига, Београд, 2006, стр. 145.

²⁷ Фрањо Бачић, *Кривично право-Општи део*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 204.

²⁸ Схватање о социо-етичкој функцији нужне одбране не дозвољава ни велику несразмеру између добара које је могуће количински упоређивати: Никола Срзентић, Александар Стајић, Љубиша Лазаревић, *Кривично право Југославије*, Савремена администрација, Београд, 1996, стр. 183.

ћем броју случајева тумач ће имати практичну потребу да примени начело легитимности уместо начела законитости, а у исто време примена првопоменутог начела, као што смо показали на примеру нужне одбране, пред њега ставља знатно веће и захтевније задатке и напоре. Обавезе које начело законитости поставља пред тумача релативно су једноставне. Тумач не сме да примењује неписану норму и ону са повратним дејством. Такође не сме да се постави у улогу законодавца и да попуњава празнине аналогизом. Ово су толико добро утемељени и неспорни захтеви које начело законитости поставља пред тумача да их не треба ни помињати. Који ће се тумач-судија у државама европске-континенталне правне целине срести са неписаним кривичним правом или кривичноправним нормама са повратним правним дејством? Одговор је јасан - ниједан. Чак и када би неко покушао то да уради, примена начела законитости на овакве случајеве била би једноставна да једноставнија не може да буде.

Разлог за ово јесте чињеница да је начело законитости одговор једног времена, друге половине XVIII века, и једне епохе у развоју људске цивилизације, доба просветитељства,²⁹ на угрожавање тек разрађене идеје, можда и највеће коју је људски дух икада створио - идеје слободе свих људи. У време када је идеја настала и sazрела, али није била правно утемељена јер још није дошло до револуционарних промена у Европи, кривично право се примењивало против слободе на такве начине да је било нормално да се развије друга идеја која је природни пратилац прве идеје, идеје слободе. Та друга идеја је начело законитости. Оно се развило у нераздвојног пратиоца слободе. Њиме се сасвим јасно и недвосмислено забрањује и ограничава угрожавање људске слободе посредством кривичног права. Током времена она се толико добро утемељила и толико је постала неспорна као вредност³⁰ да практична потреба за његовом применом приликом тумачења у кривичном праву једва да постоји.³¹ У оној мери у којој се у данашње

²⁹ Franc von Liszt, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe*, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, 1893, 356, наведено према: Franc von Liszt, *The Rationale for Nullum Crimen Principle*, Journal for International Criminal Justice, Vol. 5, 2007, p. 1010, скратио и превео: Iain L. Fraser.

³⁰ Liszt пише да је за либерални индивидуализам XIX века она деловала толико природно и нормално да је нико иоле озбиљно није проучио до детаља: Franc von Liszt, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe*, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, 1893, 356, наведено према: Franc von Liszt, *The Rationale for Nullum Crimen Principle*, Journal for International Criminal Justice, Vol. 5, 2007, p. 1010, скратио и превео: Iain L. Fraser.

³¹ „Већа опасност по принцип законитости пријети од недовољно прецизних законских описа него од аналогije, која се доста ретко примењује.“: Фрањо Бачић, *Кривично ѿраво-Ојћу дуо*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 101. Чак и у овом случају где би начело законитости и даље могло да има улогу, оно се обраћа законодавацу, а не тумачу. Законодавац је тај који може, и мора, да до танчина одреди норму. Ако то не уради, тада само по-

добра слобода установила и утемељила као вредност и мало ко је доводи у питање установило се и утемељило и начело законитости. Управо зато што нам је слобода данас толико прирођена и нормална да је узимамо здраво за готово и начело законитости као заштитника те слободе схватамо и доживљавамо на исти начин. Људско друштво је у свом развоју прешло ону тачку када се борило за голу слободу човека. Слобода је данас толико добро утемељена да је мало ко озбиљно доводи у питање па је, самим тим, чини се, опао значај начела законитости као природног пратиоца слободе.

Оно што данас отвара праве и суштинске могућности као средство за злоупотребу кривичног права јесте његова вредносно променљива димензија која долази до изражаја управо када се оно тумачи телеолошки односно циљно.³² А то значи када се тумачи у складу са његовом основном функцијом - заштитом одређених вредности односно када се (зло)употребљавају одредбе КЗ о циљу кривичног права и о циљу кажњавања, а то су одредбе које је наука уобличила у начело легитимности.

Из овог разлога треба променити поредак кривичноправних начела приликом циљног тумачења у кривичном праву. На прво место треба поставити начело легитимности, а на друго начело законитости.

ЗАКЉУЧАК

Као закључак може се истаћи да су могућности које тумач има да обликује кривичноправну принуду (зло)употребљавајући начело легитимности данас знатно веће него када (зло)употребљава начело законитости. Стога се и у науци кривичног права мора поклонити дужна пажња овим променама друштвене стварности, које се слободно могу назвати историј-

већава могућности тумача да одреди обухват норме, односно сферу њене заштите. А тумач то ради, опет, тражећи циљ односно сврху норме коришћењем начела легитимности.

³²„Не треба, на крају, заборавити да истицање принципа законитости у кривичном кодексу не значи да су већ самим тим и стварно осигуране особне слободе и права човјека. Повијест нам нуди доста примјера да је ово начело, и када је било истакнуто и у уставу и у кривичном закону, било само правни украс, мртво слово. Тачно је да има мало недемократских закона, али да има доста недемократске праксе. Стварни извори законитости су у читавом карактеру друштвеног и правног поретка, у интенцијама политичких и државних органа и њиховим концепцијама о демократији, о мјесту и положају грађана у друштву; значење тих момената који су изван кривичног права, те опшће демократске климе, за принцип законитости толико је веће што се само у ограниченој мери може провести начело одређености законских бића и што се примјена закона остварује уз широка овлашћења суда, што укључује широке екстензивне и телеолошке методе тумачења.“ Фрањо Бачић, *Кривично право-Опћи дио*, Информатор, Загреб, 1980, стр. 101-102.

ским, тако да се истакне значај начела легитимности као кључног и руководећег приликом тумачења у кривичном праву.

Сврха овог предлога није да смањи могућности за надзор над (зло)употребом кривичног права, управо супротно. Истицањем начела легитимности у први план изнеле би се на светло дана управо оне сфере кривичног права које су до сада захваљујући чињеници да су потиснуте у полумрак биле занемарене и недовољно уочљиве. У тој „помрачини“ се не види далеко, па се лакше, како каже једна изрека, „лови у мутном“. У примени права дешавало се, и дешава се, да тумачи наметљиво истичу како су задовољили све услове које начела законитости поставља пред њих, прећуткујући колико су они једноставни или незахтевни, а да се раскошне могућности делотворне злоупотребе начела легитимности прикривају. Управо зато што су раскошне, а недовољно уочљиве.

Прихватањем ове идеје могло би да се створи окружење које не само тумачу, већ што је далеко важније, свим надзорницима тумачења скреће пажњу на могућности злоупотребе које ствара ово начело. Његовим изношењем на „светло дана“ указало би се на све могуће последице неодговарајуће примене начела легитимности и тако повећао степен одговорности носилаца тумачења.

*Branislav Ristivojević, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad*

On the Hierarchy of the Criminal Law Principles When Performing the Teleological Interpretation in the Criminal Law

Abstract

When determining the goal i.e. the purpose of the legal provisions in the process of interpretation, legal principles are used in all the fields of law. Their role in this procedure is extremely important because they constitute the least common denominator of all the provisions pertaining to the certain law i.e. to the certain field of law, and therefore they may be used for the interpretation of their goal.

Since criminal law consists of several legal principles, the science made a hierarchy or list of priority among them, in which the principle of legality is on the first place, while all the others are second ranked or are neglected.

In this paper the author disrupted this hierarchy of criminal law principles by criticizing the reasons that led to it and by pointing to their obsolescence and being out of dated. As much as legality was needed at the time when it was created as a natural companion and guardian of hardly achieved but still unsecure freedom of people, today when the freedom is undisputable, it lost its importance. The possibilities to abuse the criminal law do not lay today in non-written criminal law provisions created to be similar to certain cases that have backward application in time, which create a danger to the citizens' freedom and which are prevented by the principle of legality. They lay in their value variable dimension which is emphasized when it is interpreted teleological, i.e. by interpreting its goal. And that means that it is interpreted in accordance with its main function – protection of certain values i.e. when the provisions of the Criminal Code related to the purpose of the criminal law and purpose of punishing are (ab) used, and those are the provisions that were shaped by the science in the principle of legitimacy.

For this reason it is necessary to change the hierarchy of the criminal law principles when performing the teleological interpretation in the criminal law. The principle of legitimacy shall come to the first place, while the principle of

legality shall come to the second place. This will make it difficult to the interpreters of the criminal law to unjustifiably point out that they have satisfied all the condition precedents placed in front of them by the principle of legality, by not mentioning how they are unnecessary since the freedom is today undisputable value, while at the same time they are concealing the wide possibilities of efficient abuse of the principle of legality.

Key words: Principle of legitimacy, principle of legality, interpretation, criminal law