

Dr Vojislav ĐURĐIĆ
Pravni fakultet Univerziteta u
Nišu

Pregledni članak
UDK: 343.214
Primljeno: 15. novembra 2016. god.

ANALOGIJA KAO METOD TUMAČENJA KRIVIČNOG I KRIVIČNOG PROCESNOG PRAVA

U prvom delu rada autor iznosi opšte učenje o analogiji i najpre analogiju posmatra kao vrstu zaključivanja, tumačeći da je analogijski zaključak na prethodnoj indukciji zasnovana dedukcija, a potom kao vrstu tumačenja prava, izlažući stavove opšte teorije prava o zakonskoj i pravnoj analogiji. U vezi s raspravom o mestu analogije u teoriji prava, autor podseća na shvatanje pandektista da je analogija postupak koji se nalazi u sredini između tumačenja prava u strogom smislu reči i samog stvaranja prava. Prvi deo rada se završava izlaganjem protivrečnih gledišta o postojanju pravnih praznina, kojim dominira autorov stav da se od svog nastanka, analogija u pravu vezuje za pravne praznine i služi kao sredstvo za njihovo popunjavanje.

Dopuštenost analogije u materijalnom krivičnom pravu predmet je sveobuhvatne rasprave u drugom, centralnom delu rada. Iz detaljne analize njihovog međusobnog odnosa, izvodi se zaključak da načelo legaliteta određuje limite dopuštenosti i primene analogije u krivičnom pravu. Na tim temeljima je izgrađen zaključak da je u savremenom krivičnom pravu pravna analogija uvek zabranjena pošto je direktno suprotna načelu legaliteta, a primena zakonske analogije se ne isključuje izvan zabranjene zone, determinisane ovim načelom. Posebnu pažnju autor posvećuje analogiji intra legem, koju poima kao treći vid analogije i smatra je

dopuštenim metodom tumačenja krivičnopravnih normi. Interpretira je kao način tumačenja zakona kojim se na osnovu sličnosti rešava konkretan slučaj u okviru zakona, kad sam zakon upućuje na argument sličnosti.

U trećem delu rada izneta su teorijska shvatanja o primeni analogije prilikom tumačenja krivičnoprocesnih pravnih normi.

Cljučne reči: krivično pravo, tumačenje prava, pravne praznine, analogija, analogija intra legem, krivično procesno pravo.

1. Poimanje analogije

U pravnoj literaturi se o analogiji uobičajeno raspravlja u izlaganjima vezanim za tumačenje prava. U toj oblasti je analogija nastala i za nju je značajna. Iz istorijskog razdoblja pravnog razvitka, negde s početka dvadesetog veka, kad je analogija bila aktuelni izazov za pravnu nauku da se teorijski uobliči, ostalo je zabeleženo da „postaviti pitanje tumačenja znači postaviti pitanje analogije.“¹ Sasvim je razumljiv motiv kojim je inspirisan nastanak ove sentence o značaju analogije, ako se uzme u obzir da je poređenje „sama suština poimanja i, po tom osnovu, da bi se zaveo red među stvarima, da bi se one razumele i prilagodile našem shvatanju, analogija je neophodna.“²

Pojam „analogija“ potiče od grčke reči *analogía* kojim se označava „delimična sličnost između dve pojave ili pojma, istovrsnost, podudarnost“.³ Polazeći od ovakvog značenja, analogija se može objasniti kao zaključivanje od sličnog na slično. U suštini je rezonovanja putem analogije da se po zapaženoj sličnosti između dveju stvari u jednoj ili više tačaka, izvodi zaključak da su one slične još po nekom neprimećenom obeležju. Zato se i smatra da analogija zaključuje iz sličnosti dveju stvari u izvesnim tačkama, na njihovu sličnost u ostalom (Kant), te da predstavlja samo predviđanje o onome što bi posmatranje i rezonovanje mogli neposredno otkriti da su okolnosti to dopuštale (Liar)⁴.

U pravnoj teoriji se analogija posmatra kao *vrsta zaključivanja* ili kao *vrsta tumačenja* prava.⁵ Uistinu, s obzirom na različita gledišta o tome da li se

1 Živan Spasojević, Analogija i tumačenje – prilog proučavanju metoda u privatnom pravu, (reprint), Beograd, 1996, str. 15.

2 Ž. Spasojević, op. cit., str. 18.

3 „Analogija“ u: Veliki rečnik stranih reči i izraza, „Prometej“, Novi Sad, 2008.

4 Hamelin, L’analogie, L’année philosophique de 1902. (citirano prema Ž. Spasojeviću, op. cit., str. 18).

5 Dr Toma Živanović, Sistem sintetičke pravne filozofije, Beograd, 1959, str. 833.

analogijom samo tumači pravo ili stvara pravna norma, ima i onih koji je razvrstavaju u „tehničke metode stvaranja prava“⁶.

1.1. Analogija kao vrsta zaključivanja

Osim uobičajenog značenja delimične sličnosti među objektima, analogija označava i jednu *osobenu vrstu zaključivanja*: analogija je zaključivanje iz *delimične* sličnosti dva različita objekta na dalju njihovu sličnost ili i na njihovu *potpunu, apsolutnu* sličnost (na njihov *identitet*).⁷ Stvari koje se podudaraju u više odnosa (obeležja) podudaraju se i u drugim. Međutim, ako bi bilo ma i jednog obeležja koje protivreči analogijskom zaključku („instanca protiv njega“), ovaj bi bio nevažeći. Danas prevladava gledište da je analogijski zaključak *na prethodnoj indukciji zasnovana dedukcija*.

Ni o vrednosti analogijskog zaključka nema jedinstvenog gledišta. Po jednom mišljenju zaključak izveden na osnovu analogije isto toliko je pouzdan kao i svaki drugi deduktivan zaključak, razume se ukoliko mu je tačna premisa. Ipak se ovaj sud donekle relativizuje pošto se prihvata da je analogijski zaključak induktivno-deduktivan. Nepouzdanost analogijskog zaključka izjednačava se nepouzdanošću induktivnog zaključka, odakle i potiče. Iz činjenice što su u jednom slučaju dva obeležja tako vezana da jedno proističe iz drugog nije sasvim pouzdano zaključiti da su i u svim ostalim slučajevima ta dva obeležja isto tako povezana. Tu ne pomaže ni logika jer se postojanje te veze između dva obeležja kao i da je ona opšta za sve takve slučajeve, utvrđuje sociološkom analizom. Tek kad se to utvrdi logika služi da se iz tako dobijenog induktivnog zaključka na osnovu sličnosti izvede zaključak. Međutim, sociološka analiza je empirijska pa stoga nikad ne može biti pouzdana kao čisto logički deduktivan zaključak.

Drugi teoretičari su kategorični u stavu da se ne može izjednačiti vrednost zaključka analogijom sa induktivnim zaključkom, smatrajući da je zaključak po analogiji najčešće manje siguran od induktivnog zaključka. Dok je deduktivan zaključak potpuno siguran, a induktivan verovatan – zaključak po analogiji je manje-više nesiguran. I pored toga što analogijski zaključak nije potpuno izvestan, njemu se pridaje veliki značaj za razvoj nauka, gde daje bar pravac istraživanja i pronalaženja.⁸

Iz samog logičkog pojma analogije jasno je da se zaključivanje mora vršiti po bitnim osobinama dva objekta da bi bilo tačno. Što je broj sličnih

6 Radomir D. Lukić, Metodologija prava, Beograd, 1983, str. 127.

7 T. Živanović, Sistem ..., str. 833.

8 Vidi: T. Živanović, Sistem ..., str. 834.

osobina dva objekta na osnovu kojih se izvodi konkluzija veći, verovatnost konkluzivnog zaključka po analogiji je sve veća. Time analogijski zaključak postaje pouzdaniji i zato mu je vrednost veća.

1.2. Analogija kao vrsta tumačenja ili stvaranja prava

1.2.1. Pojam i vrste analogije u pravu

U raspravi o analogiji najpre treba utvrditi ima li joj mesta u pravu i šta ona predstavlja. Ova pitanja su tesno vezana za tumačenje, jednu od najdiskutabilnijih oblasti u pravu.

Tumačenje uopšte (tj. hermenautika) se poima kao „delatnost kojom se utvrđuje značenje (smisao) neke materijalne pojave, koja je upotrebljena kao znak da bi se dotično značenje saopštilo“.⁹ Cilj je tumačenja da nešto nejasno objasni, učini jasnim, razumljivim i shvatljivim, pa se „uvek sastoji u utvrđivanju smisla neke pojave“¹⁰. Tumačenje prava je samo jedna vrsta tumačenja uopšte i predstavlja *utvrđivanje pravnog značenja pravne norme*. To je „zaključivanje iz danih zakonskih tekstova, kojima se ima da utvrdi smisao (značenje, duh) ili razlog“.¹¹

U teoriji prava razlikuje se tumačenje u užem i širem smislu. *Tumačenje u užem smislu* postoji kad je neposredni predmet tumačenja jedna norma ili nekoliko tesno povezanih normi. Označava se kao pravo tumačenje zato što se tumači norma koja postoji. Međutim, kako je značenje svake norme vezano za niz drugih normi i za ceo sistem prava, tumačenje neke pravne norme javlja se kao tumačenje nekog pozitivnog prava kao celine. Za razliku od pravog tumačenja, iznalaženje jedne pojedinačne norme za slučaj pravne praznine predstavlja *tumačenje u širem smislu*. Po jednim, to i nije pravo tumačenje jer tumač u ovom slučaju tumači pravnu normu koja takoreći i ne postoji. Uistinu on se oslanja na postojeće norme pa izgleda kao da ih tumači mada se stvarno samo ugleda na njih¹² Prema suprotnom gledištu, i kod tumačenja u širem smislu neposredni predmet tumačenja su pravne norme, ali ne jedna norma već jedan ili više skupova pravnih normi ili čitav pravni sistem. Zato se i za ovo tumačenje kaže da predstavlja tumačenje normi koje postoje, a ne onih koje ne postoje, ali da je tumačenje sistema prava na osnovu njegovog „duha“ veoma retko.¹³

9 R. Lukić, B. Košutić, D. Mitrović, Uvod u pravo, Beograd, 2000, str. 503.

10 Dragan M. Mitrović, Uvod u pravo, Beograd, 2009, str. 297.

11 T. Živanović, Sistem ..., str. 834.

12 R. Lukić, Teorija ..., str. 265.

13 D. Mitrović, op. cit., str. 300.

Analogija je upravo vezana za ovu drugu vrstu tumačenja – za tumačenje prava u širem smislu. Interpretacija prava pomoću analogije odgovor je i kritika ideja o sveobuhvatnosti zakona koje su vodile ka *nepokretnosti prava*. Učenja o analogiji vezuju se za pojavu evolucionističkih i socioloških škola koje su tražile nove puteve za primenu i proučavanje prava, namesto stare egzegetičke škole, koja se isključivo koristila formalnom i deduktivnom logikom zasnovanom na zakonskim tekstovima. Jedno od najpoznatijih dela iz tog vremena, ne samo u našoj pravnoj književnosti, jeste doktorska teza „Analogija i tumačenje – prilog proučavanju metoda u privatnom pravu“ Živojina Spasojevića, branjena na pariskom pravnom fakultetu 1911. godine. Zato kao najbolja ilustracija razloga i načina nastanka analogije neka posluže njegovi stavovi iz doktorske teze: (1) U vremenima neposredno posle kodifikacije „ona se primenjivala a da se nije shvatala i na skoro istovetan način“, a ukoliko se udaljavamo od trenutka izrade i proglašenja zakona, njena upotreba postaje sve češća, njena nužnost i njena primena se nagoveštavaju, pošto „nužnost suđenja, punoća zakona i analogija čine samo jedno“. (2) U razdoblju posle tog vremena više se ne prihvata dogma o zakonodavčevoj volji kao apsolutnoj istini, počinje se ići za sudskom praksom i priznaje se umerena dedukcija, što pokazuje da pravno rezonovanje ne podnosi onu krutost iz prethodnog vremena; poimanje analogije se proširuje sa pojavom ideje da je cilj koji treba postići ono što utiče na njenu primenu.¹⁴

Od svog nastanka sve do danas analogija se uobičajeno shvata kao glavno sredstvo za popunjavanje pravnih praznina. U biti je analogije tumačenje po sličnosti: *na jedan slučaj koji nije uređen pravnom normom, pa zbog toga predstavlja pravnu prazninu, primenjuje se pravna norma kojom je uređen neki drugi slučaj bitno sličan ovom koji predstavlja pravnu prazninu*. Dva slučaja su bitno slična ako su im slične bitne a različite one sporedne osobine. Da bi se primenila analogija potrebno je da u oba slučaja, pravno regulisanom i neregulisanom, postoji isti društveni interes koji se štiti pravnom normom koja će se pomoću analogije primeniti. Analogija je moguća samo kad se utvrdi da u slučaju koji predstavlja pravnu prazninu postoji isti društveni interes kao u pravno regulisanom slučaju. U protivnom, analogiji nema mesta. Utvrditi društveni interes znači utvrditi *ratio legis*, tj zakonski razlog zbog kojeg je konkretna norma doneta, što se postiže pomoću ciljnog tumačenja. To znači da se teleološkim tumačenjem otkriva postoji li društveni interes da se i na slučaj koji predstavlja pravnu prazninu primeni pravna norma koja je upravo iz istog tog zakonskog razloga doneta za sličan slučaj. Bitna sličnost između pravnom normom regulisanog i pravno neregulisanog slučaja, kao uslova za primenu

14 Ž. Spasojević, op. cit., str. 25. i 26.

analogije, svodi se na identičnost interesa i ciljeva (*ratio legis*) koji se pravnom normom štite, a utvrđuje se ciljnim tumačenjem.¹⁵ Može se zaključiti da se analogijom pravna norma kojom je regulisan jedan slučaj proširuje i na drugi pravno neregulisan zato što u oba slučaja postoji isti zakonski razlog.

Uobičajeno se analogija deli na zakonsku (*analogia legis*) i pravnu (*analogia iuris*). Kod zakonske analogije se konkretna pravna norma predviđena za jedan slučaj primenjuje na drugi sličan, neregulisan slučaj, a kao logičko sredstvo predstavlja zaključivanje *od posebnog sličnog na slično posebno*. Kod zakonske analogije se iz jednog konkretnijeg pravila izvodi jedno apstraktnije: iz jednog zakonskog propisa koji se odnosi na izvestan slučaj, izdvajaju se one karakteristike tog slučaja zbog kojih je taj propis i donet, potom se utvrđuje da te iste karakteristike postoje i kod drugog slučaja, o kojem nema nikakvog propisa, onda se zaključuje da se postojeći propis ne odnosi samo na slučaj koji se u njemu pominje nego i na sve slučajeve u kojima postoje iste bitne karakteristike.¹⁶

Kad se na pravnu prazninu primenjuje opšte pravno načelo izvedeno iz više normi ili celog pravnog sistema, to je *pravna analogija*. U biti je pravne analogije primena izvesnog *principa* izvedenog iz niza zakonskih propisa po njegovoj sličnosti s duhom tih propisa.¹⁷ Kod pravne analogije se opšta načela izvode iz mase konkretnih normi kojima se regulišu razni konkretni slučajevi i primenjuju na slučajeve neobuhvaćene tim konkretnim normama. Od obične primene opštih načela koja su kao takva neposredno formulisana (propisana), analogija se razlikuje po tome što kod nje tumač sam izvodi ta opšta načela.¹⁸

Budući da se zakonska analogija vezuje za konkretnu normu iz istog zakona koji se tumači, a pravna analogija za masu pravnih normi ili za sistem prava u celini, smatra se da zakonskoj analogiji ima mesta *kad je zakon nejasan*, a pravnoj kad u zakonu postoji *pravna praznina*.

Kad se posmatra kao logičko sredstvo, analogija „u svom genusu znači zaključivanje od sličnog na slično“. *Zakonska: od posebnog sličnog na slično posebno, pravna: od sličnog opšteg na slično pojedinačno*.

Postoji još podela analogije na: (a) *delimičnu* i (b) *potpunu*. Kod delimične analogije (*analogia partialis*) opšta pravna norma se izvodi iz nekoliko posebnih normi. Kod potpune analogije (*analogia totalis*) ona se izvodi iz „duha“ celokupnog prava i predstavlja opšte pravno načelo. Po pitanju ove

15 R. Stepanov, G. Vukadinović, Teorija prava II, Novi Sad, 2002, str. 117. i 118.

16 Radomir Lukić, Teorija države i prava – II Teorija prava, Beograd, 1991, str. 271.

17 T. Živanović, Sistem ..., str. 835.

18 R. Lukić, Teorija..., str. 272.

klasifikacije, jedni smatraju da je u pitanju podela pravne analogije,¹⁹ dok su drugi mišljenja da se ona u dobroj meri podudara sa podelom analogije na zakonsku i pravnu.

Na kraju još treba reći da se analogija mnogo više upotrebljava u *common law* sistemu pošto ga odlikuje precedentno pravo koje sadrži mnogo manje apstraktnih pravnih normi nego kodifikovano kontinentalno pravo,²⁰ tj. manje opštih principa nego zakoni.²¹

1.2.2. Da li je analogija oblik tumačenja ili način stvaranja prava?

U teorijskim shvatanjima najčešće se analogija vezuje za tumačenje prava i popunjavanje pravnih praznina. Nasuprot rečenom, u pravnoj teoriji ima i onih koji analogiju izmeštaju izvan polja tumačenja prava. Ti teoretičari postavljaju kao prethodno pitanje da li se pravne praznine uopšte popunjavaju tumačenjem prava. Tumače se u pravom smislu norme, razume se norme koje postoje, kažu oni, ali kako je moguće tumačiti nepostojeće norme. Kod popunjavanja pravnih praznina zaista i nema tumačenja u pravom smislu nego tobožnji tumač stvara pravo. Prilikom primene analogije (i pravila *argumentum a contrario*) on se oslanja na postojeće norme predstavljajući sebi da ih se pridržava, da ih tumači, a u stvari se samo ugleda na njih pri stvaranju sopstvene norme. Zato, po njihovom mišljenju, popunjavanje pravnih praznina, pa i metodom analogije, spada u stvaranje ili primenu prava (pretežno u stvaranje), a ne u tumačenje prava.²² I zakonska analogija, prema ovom shvatanju, predstavlja „slobodno stvaranje prava“, pre nego primenu norme.²³ Po njihovom mišljenju, dva su razloga zbog kojih se meša popunjavanje pravnih praznina sa tumačenjem prava: Prvo, zato što tumačenje teorijski nije dovoljno razgraničeno od stvaranja, na jednoj, i primene prava, na drugoj strani. Drugo, zato što se zastupa gledište da onaj koji primenjuje pravo treba uistinu da ga primenjuje tumačeći ga, ali ne i da ga stvara jer bi se time kršio princip podele vlasti, pa se stoga stvaranje prava predstavlja kao tumačenje, odnosno primena.²⁴

U vezi s raspravom o mestu analogije u teoriji prava, treba podsetiti da se još u Vindšajdovim pandektama, analogija shvatala kao postupak koji se nalazi u sredini između tumačenja u strogom smislu reči i samog stvaranja

19 R. Lukić, B. Košutić, D. Mitrović, op. cit., str. 566.

20 R. Lukić, Teorija ..., str. 272.

21 Dr Đorđe Tasić, Analogija, Branič, br. 5/1934, str. 254.

22 R. Lukić, Metodologija ..., str. 127.

23 Radomir Lukić, Teorija države i prava – II Teorija prava, Beograd, 1991, str. 272.

24 R. Lukić, Metodologija ..., str. 127.

prava. S jedne strane, ona se oslanja na pisani zakon i zahvaljujući pretpostavci organskog jedinstva zakona, pokušava da otkloni nedostatke misli i da popuni praznine zakonskog propisa. S druge strane, analogija koja zaključuje iz celine opšteg duha pravnog sistema, nužno se uzdiže iznad zakonskog teksta i traži načela u prirodi pozitivnih stvari. Kako se analogija, s jedne strane oslanja na pisani tekst, a s druge, neminovno daje sudiji ulogu „da sam kroji pravnu normu“, u vezi s tim izgleda da je tačna ona Hegelova misao da u posledicama naše delatnosti ima navek nečega više od onoga što se htelo.²⁵

1.2.3. Odnos analogije i ekstenzivnog tumačenja

Analogija je argument logičkog iznalaženja pravog značenja norme, a ekstenzivno tumačenje je zasnovano na širini značenja zakonske norme. Pošto su u pitanju pojmovno različite kategorije, o njihovom razgraničenju ima smisla raspravljati u delu u kom se preklapaju, u kome su slične. Apriori posmatrano, te zajedničke ili dodirne tačke mogle bi se pronaći u slučajevima i obimu primene ova dva oblika tumačenja prava. Ekstenzivnim tumačenjem se višeznačnim rečima u pravnoj normi daje šire značenje i to značenje utvrđuje kao ono pravo pošto najviše odgovara cilju norme koja se tumači. Za razliku od toga, analogijom se pravna norma kojom je regulisan jedan slučaj proširuje i na drugi pravno neregulisani slučaj.

Upravo u ovakvom njihovom poimanju se može naći polazište da se razluče: za ekstenzivno tumačenje potrebno je da postoji *višeznačna norma*, a za primenu analogije, *pravna praznina*. I ovo moguće uporište dovodi se u pitanje shvatanjem da pravnoj analogiji ima mesta kad postoje pravne praznine a zakonskoj, kad je zakon nejasan, čime se ova druga može stopiti sa slučajevima koji iziskuju ekstenzivno tumačenje. Ali i nezavisno od tog shvatanja, teško je utvrditi kad se tumač kreće unutar zakona, jer se ne može precizno odrediti kad se širim značenjem norme izlazi izvan zakona, a s druge strane, ne zna se uvek u kojoj je meri analogija potčinjena zakonskim izrazima, na stranu što se i ti izrazi mogu uže i šire tumačiti. Za egzaktno razlikovanje analogije i ekstenzivnog tumačenja zasad nije predložen neki objektivni univerzalni kriterijum pa se može reći da je ta granica fluidna.

Objašnjenje ove razlike u pravnoj teoriji se vezuje za pitanje da li se slučaj može podvesti pod gramatički smisao norme. O ekstenzivnom tumačenju je reč kad se tačan smisao norme nalazi pomoću proširivanja gramatičkog smisla norme koja se primenjuje baš na slučaj koji je u njoj *predviden*, dok se kod

25 Vidi: M. Tucaković, II, str. 82.

analogije pravni propis primenjuje „baš na slučaj za koji je tačno utvrđeno da ga *norma ne obuhvata*.²⁶ Drugim rečima, analogija se razlikuje od ekstenzivnog tumačenja po tome što se ekstenzivnim tumačenjem ne može preći preko sadržine samog propisa, tačnije preko mogućeg značenja koje sadrže reči. Kod ekstenzivnog tumačenja su, dakle, stvari i situacije sadržane u zakonskom tekstu. Kod tumačenja pomoću analogije, međutim, ide se preko toga, na stvari i situacije zakonom nepredviđene. Ipak, između njih ne mogu se postaviti čvrste granice jer se jednoj reči može dati i posve „neuobičajeno“ značenje, u kom slučaju se ta granica lako briše.²⁷

Razlikovanje između ekstenzivnog tumačenja i analogije značajno je prvenstveno s teorijskog aspekta i nema neke velike praktične važnosti, izuzev za krivično pravo gde to može biti od koristi, pošto je, načelno uzev, primena analogije u krivičnom pravu zabranjena.²⁸

1.2.4. Pravne praznine i argument analogije

Od svog nastanka, analogija u pravu vezuje se za pravne praznine. Pojavila se u pravnoj praksi i pravnoj teoriji kao sredstvo za njihovo popunjavanje.

Pravnim prazninama se smatraju društveni odnosi koji nisu regulisani pravom, iako bi zbog društvenog interesa trebalo da jesu.²⁹ Reč je o važnim i konfliktnim društvenim odnosima koji ili nisu uopšte uređeni, ili su nepotpuno uređeni pravnim normama, a trebalo bi da budu.³⁰ Kad zakonopisci i drugi normotvorci ne uoče određene društvene odnose koje treba regulisati, ili ih uoče ali im ne pridaju veću važnost pa ostanu pravno neregulisani, takvi odnosi predstavljaju pravne praznine. Najkraće rečeno, pravna praznina je „sve ono na šta nema odgovora u zakonu“, a što se „javi pred sudom [ili drugim organom] na rešenje“.³¹

Pravne praznine treba razlikovati od drugih odnosa koji nisu regulisani pravom, a ne predstavljaju pravne praznine, ali ne postoji kriterijum za egzaktno razlikovanje u svakom pojedinačnom slučaju. Ti odnosi se ne mogu apsolutno razgraničiti pa su moguće i greške. Za njihovo razgraničenje kao opšta preporuka je da se pažljivo analiziraju ti društveni odnosi s ciljem da se utvrdi šta je korisnije za pravo – da se odnos prepusti slobodnom regulisanju ili da se popuni pojedinačnom normom kako bi se u ponašanju manje grešilo. Smatra se da

26 R. Lukić, Teorija ..., str. 272.

27 Đ. Tasić, Analogija ..., str. 255.

28 Isto tako: Đ. Tasić, Analogija ..., str. 255.

29 D. Mitrović, op. cit., str. 301.

30 N. Visković, op. cit., str. 260.

31 M. Tucaković, I, str. 25.

je za takvu procenu važnije pravilno utvrđivanje cilja od strogog pridržavanja načela zakonitosti, a takvo postupanje ocenjuje se kao dopušteno pošto se radi o odnosu koji nije regulisan pravom.³² Upravo je ova argumentacija još jedan razlog protiv primene analogije u krivičnom pravu.

U pogledu pravnih praznina, kao osnovno pitanje postavlja se da li one uošte postoje. Rasprava o tome se vodi dugo i oštro, a rezultat su dva suprotstavljena gledišta. Prema jednom gledištu, pravnih praznina uopšte nema, a svoj stav obrazlažu dvama glavnim, međusobno posve suprotnim razlozima. Prvo, pravnih praznina nema zato što je pravo potpun sistem – ono što nije neposredno propisano, regulisano je posredno, višom, apstraktnijom normom, što se utvrđuje logičkim putem pošto je pravo logički zatvoren i zaokružen sistem. Drugo, pravnih praznina nema zato što neregulisano i ne potpada pod pravo.³³

Shvatanja da pravne praznine ne postoje, bez obzira o kojoj teoriji je reč, neprihvatljiva su budući da su one neminovnost – „pravo nikad ne može potpuno da obuhvati život koji je uvek složeniji i brži od prava“.³⁴ Razlozi su, dakle, dvojaki: (1) pošto su život i stvarnost vrlo *složeni*, zakonopisci ne mogu da obuhvate sve što treba da obuhvate, niti da „*vide* sve što postoji i što mora da se pravno reguliše“; (2) život i stvarnost su pored toga i *dinamični*, pa nije moguće sve *predvideti* što će se vremenom kao novo pojaviti i razviti, te zakonodavac zato ne može ni da to pravno reguliše.³⁵ Zato što se taj nesklad ne može preduprediti, pravnih praznina nesumnjivo ima i mora ih biti u svakom pravnom poretku. „Da bi jedan pravni poredak bio bez pravnih praznina, morao bi da svaki odnos koji dolazi u pravo sadrži jedan pravni propis, a to je nemoguće, a s druge strane, da pravni poredak bude tako promenljiv da se menja paralelno s promenama života, što bi opet bilo i tehnički nemoguće i nekorisno“.³⁶ Praznine su neizbežne posebno prilikom velikih kodifikacija, „koje sadrže beskonačno mnogo rešenja povodom svake misli pisaca zakona koji se na njima nisu mogli uvek dovoljno zadržavati da bi razjasnili sve pojedinosti“.³⁷

Prema vremenu nastanka praznine se dele na *početne* (primarne), koje nastaju *ab initio* – u vreme donošenja pravnog propisa, i *naknadne* (sekundarne) koje nastaju tek posle donošenja propisa. Prvim je uzrok ljudski nemar, a drugim ljudska nesavršenost.³⁸ Ma kako zakonodavac i zakonopisci savršeno

32 D. Mitrović, op. cit., str. 301.

33 Radomir Lukić, Metodologija prava, Beograd, 1983, str. 126.

34 D. Mitrović, op. cit., str. 301.

35 R. Lukić, Teorija ..., 265.

36 R. Lukić, Teorija ..., str. 265.

37 Ž. Spasojević, op. cit., str. 15.

38 D. Mitrović, op. cit., str. 301.

radili, zakon ostaje produkt jedne naročite veštine – zakonodavne tehnike, i „kao takav on je samo jedna aproksimacija onoga što u stvari postoji, ali nikad prava slika realnosti“ (Ž. Spasojević, *O jurisprudenciji*, Arhiv, 1912).

Prema obimu pravne neregulisanosti društvenih odnosa, pravne praznine mogu biti *prave* i *neprave*. *Prave* praznine nastaju u slučaju kad je neki društveni odnos regulisan opštom pravnom normom ali neki njegov sastavni deo nije regulisan. *Neprave* pak postoje kad čitava oblast nije regulisana opštim normama pa se nesmetano mogu primenjivati norme kojima se regulišu neke druge oblasti.³⁹

U pravnoj teoriji se različito interpretira kako se popunjavaju pravne praznine. Ipak, većina je saglasna u jednom: pravne praznine se popunjavaju naknadno, i to pojedinačnim pravnim normama. Jedni smatraju da se popunjavanje pravnih praznina vrši tako što se sud ili drugi organ oslanja na sudsku ili drugu pravnu praksu, pravnu nauku, običaje, moralna shvatanja, itd.⁴⁰ Drugi pak preciziraju načine popunjavanja pravnih praznina uočavajući da sudu, državnom organu ili kome drugom ovlašćenom na primenu prava, za popunjavanje pravnih praznina stoje na raspolaganju: (1) analogija (ili *argumentum a contrario*), (2) običajno pravo i (3) samostalno stvaranje pravne norme – upravo po navedenom redosledu.⁴¹ Kao kriterijum za ovakvu klasifikaciju načina popunjavanja pravnih praznina naziru se pravni izvori – zakon, običaj i precedent.

2. Dopuštenost analogije u tumačenju krivičnog zakona

2.1. Načelo legaliteta – limit za primenu analogije u krivičnom pravu

Analogija se više primenjuje u onim pravnim oblastima koje su manje izgrađene (npr. u oblasti upotrebe kompjutera, zaštite potrošača i sl.), a ima i grana zakonodavstva u kojima je posve iz drugih razloga zabranjena njena primena, poput krivičnog zakonodavstva. Za razliku od drugih grana prava, primena analogije kao oblika logičkog tumačenja krivičnopravnih normi „svedena je na najmanju meru“,⁴² zbog važenja načela legaliteta: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. U krivičnom materijalnom pravu načelo legaliteta je neprikosnoveno – ono određuje granice tumačenja krivičnog zakona uopšte, pa i logičkog tumačenja pomoću argumenta analogije.

39 Ibidem.

40 Ibidem.

41 R. Lukić, *Teorija ...*, str. 266.

42 N. Srnzetić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, 1978, str. 106.

Za razumevanje na koji način i u kom obimu je načelo legaliteta prepreka za primenu analogije u materijalnom krivičnom pravu, potrebno je ukazati na njegovo dejstvo uopšte i njegov uticaj na određivanje granica tumačenja krivičnopravnih normi.

Načelo legaliteta ima višestruko dejstvo, a ogleda se u sledećem: (1) samo zakon može biti izvor krivičnog prava (*nullum crimen sine lege scripta*), čime se isključuje primena običajnog prava; (2) isključeno je stvaranje novih inkriminacija putem analogije (*nullum crimen sine lege stricta*); (3) merodavan je samo zakon koji važi u vreme izvršenja krivičnog dela: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (ovaj zahtev se još u teoriji označava kao princip zabrane retroaktivnog dejstva krivičnog zakona - *nullum crimen sine lege praevia*); (4) opisi bića krivičnih dela u zakonskim normama moraju biti jasni i precizni.⁴³ Ovako shvaćeno načelo zakonitosti osigurava garantivnu funkciju krivičnog prava – zaštitu sloboda i prava čoveka.

Svojim dejstvom načelo legaliteta određuje i granice tumačenja krivičnih normi. Najpre, zbog važenja ovog načela posebno je izražen zahtev da je zakonski tekst početak i osnov svakog tumačenja. *Vernost zakonskom tekstu* dovodi tumačenje do pravog smisla i granica zakona – što više ga poštovati, a što manje se udaljavati od njega. Međutim, pošto bi potpuno robovanje tekstu zakona otežalo osavremenjavanje zakona u sudskoj praksi i zanemarilo bi značenje konstantnih društvenih promena, u krivičnopravnoj nauci prevladava zalaganje za slobodnijim utvrđivanjem smisla zakona. Razume se da je sam tekst granica tumačenju u smislu da sprečava stav koji bi u biti bio suprotan onome što znače same reči zakonskog teksta.⁴⁴ Sledeća specifičnost tumačenja inkriminacija vezana je za osnovnu funkciju krivičnog prava – zaštitu određenih vrednosti, koja se ne sme gubiti iz vida pri svakom tumačenju. *Utvrđivanje zaštitnog objekta* temeljna je pretpostavka za ispravno tumačenje krivičnog zakona. Otkrivanjem objekta zaštite saznajemo šta hoće zakonodavac da zaštiti nekom krivičnom normom, šta je njen cilj. Tom spoznajom objekta zaštite, postaje jasan pravi smisao i značenje norme koja se tumači. Otuda je ovo tumačenje prema objektu zaštite osobena odlika teleološkog tumačenja u krivičnom pravu. Pored objekta, za tumačenje krivičnog zakona značajan je i *obim krivičnopravne zaštite*. Fragmentarni, parcijalni karakter krivičnopravne zaštite određuje granice do kojih se može ići u tumačenju: za utvrđivanje pravog smisla norme mora se znati u kom obimu norma koja se tumači pruža zaštitu

43 Cf. Franjo Bačić, *Krivično pravo – Opšti dio*, Zagreb, 1978, str. 100; Zoran Stojanović, *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, 2004, str. 40.

44 Franjo Bačić, *op. cit.*, str. 105.

nekom dobru (zaštićeno dobro ne uživa krivičnopravnu zaštitu od svih napada već samo nekih, po pravilu najtežih). Za utvrđivanje odnosa između zakonskih bića pojedinih krivičnih dela, naročito međusobno bliskih, značajna je i *visina zaprećene kazne*. Na kraju, zabranjeno je svako tumačenje protivno suštini i svrsi načela legaliteta u krivičnom pravu, kao garantu pravne sigurnosti pri tumačenju krivičnog zakona.

Izneto tumačenje granica primene analogije dominira savremenim krivičnim zakonodavstvima, a ako se uzmu u obzir opšti istorijski razvoj krivičnog prava i pojedinačna rešenja u uporednom pravu, može se zaključiti da zakonodavci po tom pitanju imaju ili su imali različite stavove: (1) da je analogija *izričito zabranjena*, ali je ovakav zakonodavni postupak veoma redak; (2) da nema izričite zabrane nego se *propisuje načelo legaliteta*, pa iz propisane sadržine i dikcije norme o ovom neprikosnovenom načelu proizlazi da je analogija zabranjena; (3) da se unošenjem tzv. generalnih klauzula u dispoziciju krivičnopravne norme u pojedinim odredbama predviđa analogija *intra legem*; (4) da zakonsku ili pravnu analogiju ili obe zajedno, dotično zakonodavstvo poznaje kao *opšti pravni institut*.⁴⁵

2.2. Opravdanje i polje važenja zabrane analogije u krivičnom materijalnom pravu

Krivičnopravnim propisima se štite najvažnija dobra ljudi i za njihovo kršenje propisuju najteže sankcije, pa se neprikosnoveno važenje principa zakonitosti javlja kao nužno za osiguranje pravne sigurnosti građana.⁴⁶ To je i osnovni razlog da se zabrani analogija u krivičnom pravu, kao sredstvo stvaranja novih krivičnih dela, pošto je direktno suprotna smislu i funkciji ovog osnovnog principa krivičnog prava. I u našem krivičnom pravu takva analogija je zabranjena. Nije dopušteno da sud kvalifikuje kao krivično delo neku radnju ako u krivičnom zakonu nije predviđena kao krivično delo iako je slična nekom zakonom predviđenom krivičnom delu. Takva zabrana nije izričito propisana ali proizlazi iz odredbe čl. 1. KZS⁴⁷ o načelu legaliteta: „Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivična sankcija za delo koje pre nego što je učinjeno zakonom nije bilo određeno kao krivično delo, niti mu se može izreći kazna ili druga krivična sankcija koja zakonom nije bila propisana pre nego što je krivično delo učinjeno“. Princip legaliteta podignut je na rang ustavnog načela

45 Cf. Stanko Pihler, Analogija u krivičnom pravu, Anali, br. 1-2/1971, str. 152.

46 Uporedi: R. Lukić, Teorija..., str. 272.

47 Krivični zakon Srbije (Sl. glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013).

i važi za sva kažnjiva dela, a regulisan je u odredbama o *pravu na pravnu sigurnost u kaznenom pravu* (čl. 34. st. 1. Ustava⁴⁸). Iz garancije da nema krivičnog dela ni kazne bez zakona, koja se označava kao princip određenosti dela i kazne u zakonu, primenom pravila *argumentum a contrario*, kao oblika logičkog tumačenja, zaključuje se da krivično delo i kazna ne mogu biti određeni normom izvan zakona, što znači ni normom nastalom u postupku stvaranja prava primenom analogije. *Zabranjena je, dakle, ona analogija kojom se stvaraju nova krivična dela*: ne može se kvalifikovati kao krivično delo neko ponašanje čoveka, ma koliko bilo društveno opasno i štetno, ako zakonom nije predviđeno kao krivično delo. Takva analogija se isključuje iz krivičnog prava kao direktno suprotna načelu legaliteta jer stvara pravnu nesigurnost i omogućava samovolju, arbitrnost i zloupotrebe od strane sudskih organa. Upravo zaštita sloboda i prava čoveka od svake proizvoljnosti i mogućih zloupotreba od strane suda, predstavlja odlučujući motiv za zabranu analogije kojom se stvara novo krivično delo, makar ono bilo i slično s nekim od zakonom predviđenih. Ukratko rečeno, značenje i funkcija načela legaliteta determinišu obim važenja, granice i zabranjenu zonu analogije u krivičnom pravu.

Zabrana analogije u krivičnom pravu nije sama sebi cilj, pa stoga ne predstavlja apsolutnu zabranu. Ta zabrana služi da se preduprede i onemoguće arbitrnost i zloupotrebe kojima se ugrožavaju slobode i prava čoveka. Analogija u krivičnom pravu samo ne sme da bude sredstvo kojim će se dovesti u pitanje zakonitost rada sudova, pravna sigurnost i ustavom i međunarodnim dokumentima garantovane slobode i prava čoveka, i to u granicama koje osigurava načelo legaliteta. Time su postavljene granice zabranjene analogije u krivičnom pravu.

Polazeći od ovako određene svrhe i granica zabrane analogije, u krivičnopravnoj književnosti se smatra da zabrana obuhvata naročito:

- zabranu one analogije kojom se stvara novo krivično delo primenom krivičnih propisa kojima se reguliše najbliži slučaj (npr. kad bi neko ponašanje koje u zakonu nije predviđeno kao krivično, sud kvalifikovao kao krivično delo primenom one zakonske odredbe kojom je neko sasvim slično ponašanje inkriminisano kao krivično delo);
- zabranu da se analogijom stvaraju novi kvalifikovani oblici nekog osnovnog krivičnog dela (npr. proglašavanjem neke okolnosti kvalifikatornom, a koja kao takva nije previđena kod tog krivičnog dela ali je ista ili slična sa nekom kvalifikatornom okolnošću predviđenom kod nekog drugog sličnog ili srodnog krivičnog dela;

48 Ustav Republike Srbije (Sl. glasnik RS, br. 98/2006).

- zabranu da se tumačenjem po analogiji kazna pooštri; i
- zabranu pravne analogije, tj zabranu da se krivično delo ili kazna stvori pojedinačnom pravnom normom na osnovu opštih principa krivičnog zakonodavstva ili duha čitavog pravnog poretka.⁴⁹ U svim ovim slučajevima primenom analogije zakon se menja i dopunjava na štetu okrivljenog, što je u direktnoj suprotnosti sa načelom zakonitosti u krivičnom pravu, pa se zato ti slučajevi nalaze u zoni zabranjene analogije.

U prve tri pomenute situacije očigledno je reč o zakonskoj analogiji koja je zabranjena, pa bi se moglo zaključiti da je u savremenom krivičnom pravu *pravna analogija uvek zabranjena* pošto je direktno suprotna načelu legaliteta, a *primena zakonske analogije se ne isključuje* izvan zabranjene zone, determinisane istim ovim načelom.

Danas se pravna analogija smatra nedopuštenom, ali ni ta zabrana nije apsolutna ni univerzalna. U istoriji krivičnog zakonodavstva poznato je da je Nemačka u jednom periodu svog pravnog razvitka izričito propisivala u svom krivičnom zakonodavstvu i mogućnost primene pravne analogije. U vreme fašističke nemačke države u njenom krivičnom zakonodavstvu bila je dozvoljena i zakonska i pravna analogija. Pravna analogija uvedena je 1935. godine donošenjem Zakona o izmenama Krivičnog zakonika. Odredbama § 2 ovog krivičnog kodeksa predviđeno je da će se kazniti svako ko učini delo koje je zakon proglasio kažnjivim ili koje prema *osnovnom duhu* nekog krivičnog zakona i *zdravom shvatanju naroda* zaslužuje kaznu. „Osnovni duh zakona“ i „zdravo narodno shvatanje“ su veoma široki pojmovi pod koje je mogla da se podvede svaka radnja koja je na bilo koji način ugrožavala nacionalsocijalistički poredak, što je sudovima i administrativnim organima dalo određene ruke u određivanju kažnjivih dela. Reakcija na ovakvo rešenje bila je veoma oštra tako da je ovo pitanje došlo pred najviši međunarodni forum, pa je Stalni sud međunarodne pravde ovu nemačku novelu krivičnog zakonika odbacio kao zakonsko rešenje.⁵⁰

2.3. Analogija intra legem

Izvan granica polja zabranjene analogije koje su, kao što smo objasnili, određene načelom legaliteta, i u krivičnom zakonodavstvu dopušteno je tumačenje pomoću analogije kao sredstva logičkog tumačenja.

49 F. Bačić, op. cit., str. 111. i 112; uporedi: N. Srnzetić, A. Stajić, Lj. Lazarević, Krivično pravo – Opšti deo, Beograd, 1978, str. 106.

50 Opširnije: S. Pihler, Analogija u krivičnom pravu, Anali, br. 1-2/1971, str. 152.

U krivičnopravnoj teoriji dopuštenom se smatra „analogija kao način tumačenja zakona“ kojim se na osnovu sličnosti rešava konkretan slučaj u okviru zakona (*intra legem*). Ova analogija postoji onda kada zakonodavac u konkretnoj normi krivičnog zakona precizno ne predvidi sve situacije u kojima se ta norma ima direktno primenjivati već ostavlja normu otvorenom i izričito upućuje da se na isti način kao u zakonom određenoj situaciji ima primenjivati norma i na slične situacije ali koje zakonom nisu precizno određene. Ima mišljenja da je ovakva analogija bliska ekstenzivnom tumačenju, ali s njim nije istovetna, a „nalazi se na prelazu od ekstenzivnog tumačenja jednog postojećeg zakonskog teksta ka analogiji kojom se stvara pravo“.⁵¹ Tako se u krivičnopravnoj teoriji, pored zakonske i pravne analogije, dodaje i treći oblik tumačenja prava putem analogije – analogija *intra legem*.⁵²

Opšteprihvaćeno je stanovište da analogiji ima mesta u krivičnom pravu u svim slučajevima kad sam zakon upućuje na argument sličnosti, na okolnosti, ponašanja i situacije koje su slične onima opisanim u biću krivičnog dela. U tim slučajevima bića krivičnih dela određena su u zakonu pomoću tzv. *generalne klauzule*. Za označavanje sličnosti, u dispoziciji norme koristi se izraz „drugi“ za opis radnje krivičnog dela, sredstva ili objekta radnje i sl., sa značenjem istovetan ili sličan. Primera radi, kod krivičnog dela otmice radnja ovog dela određena je egzemplarnim navođenjem i upućivanjem na analogiju: „ko silom, pretnjom, obmanom ili na drugi način odvede ili zadrži neko lice“ (čl. 134. KZS). U Posebnom delu Krivičnog zakonika, kao tzv. generalna klauzula veoma često je korišćena sintagma „na drugi način“ (čak kod 52 krivična dela) ili „na drugi sličan način“, a u upotrebi su još sintagme kojima se precizira na koji se segment sličnosti načina izvršenja dela misli: „na drugi protivpravan način“, na „drugi nedozvoljen“, „drugi odgovarajući“ ili „drugi prevaran“ način itd.

Iako su upotrebljene generalne klauzule prilično široke, konstrukcije dispozicije krivične norme ne dopuštaju da se bilo koja delatnost, naročito ne neodgovarajuća, podvede pod zakonsko biće krivičnog dela. Najpre, navođenjem više pojmova kojima se određuje opis dela u samoj normi koja se tumači, s kojima nove situacije moraju biti slične, određuju se polje sličnosti i granice u kojima tumač može tražiti smisao i značenje te krivičnopravne norme. Pored toga, svaka od tih delatnosti mora odgovarati i svim ostalim elementima bića krivičnog dela koje se tumači. Iz rečenog sledi da je tumač dvostruko ograničen: s jedne strane u samoj normi navedeni su *pojmovi koji određuju*

51 N. Srnžetić, A. Stajić, Lj. Lazarević, op. cit., str. 106.

52 Vidi: Stanko Pihler, Proces primene analogije u krivičnom pravu, Naša zakonitost, br. 9/1970, str. 673- 678.

granice sličnosti, a s druge strane, ta nova slična delatnost mora odgovarati i svim ostalim elementima posebnog bića krivičnog dela koje se tumači. I pored svoje opštosti, dakle, ovakve formule isključuju mogućnost da se pod biće krivičnog dela koje je pomoću njih određeno, podvedu situacije koje bi imale sadržaj koji ne odgovara smislu i značenju inkriminacije koja se tumači. Time su dovoljno čvrsto određene granice tumačenja koje osiguravaju da se prilikom iznalaženja pravog smisla krivičnopravne norme ne iziđe izvan zakonskog teksta neopravdano široko.

Ovakve zakonske konstrukcije dispozicije krivičnopravne norme pomoću tzv. generalne klauzule korišćene su i u Opštem delu KZS. Tako, kod skrivljene neuračunljivosti (*akciones libere in causa*), prilikom određivanja kako se neko može dovesti u stanje u kojem ne može da shvati značaj svog dela ili da upravlja svojim postupcima, u zakonu je navedeno: „upotrebom alkohola, droga ili na drugi način“ (čl. 20. KZS). Upućivanja na argument sličnosti ima i u odredbama o drugim opštim institutima krivičnog prava, na primer: kod odgovornosti urednika – „drugo javno glasilo“ (čl. 38. KZS); kod odgovornosti za dela učinjena auditivnim i video sredstvima – kad odgovara proizvođač tih „ili sličnih sredstava namenjenih širem krugu lica“ (čl. 39. KZS); kod uslovnog otpusta – „druge okolnosti“ koje pokazuju da je postignuta svrha kažnjavanja, odnosno koje ukazuju na opravdanost opozivanja uslovnog otpusta (čl. 46. i 47. KZS); kod opštih pravila o odmeravanju kazne – „i druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinio-ca“ (čl. 54. KZS), itd. Takvih zakonskih formula koje upućuju na primenu analogije u Opštem delu Krivičnog zakonika ima u odredbama dvadeset pet članova. U kojoj meri se tzv. generalna klauzula koristi u Opštem delu KZS možda najbolje odslikavaju odredbe čl. 112. KZS u kojima su data značenja upotrebljenih zakonskih izraza – od tridesetak stavova ovog člana, kojima se po pravilu definišu korišćeni pojmovi, u jednoj trećini je upotrebljen pojam „drugi“ sa značenjem „sličan“ ili „istovetan“. Ovi kvantitativni podaci pokazuju da se ne može zanemariti kvantum upućivanja na analogiju *intra legem* u zakonskim definicijama opštih krivičnopravnih instituta i da je ima u opštem, a ne samo u posebnom delu KZS, kako se to uobičajeno navodi u krivičnopravnoj literaturi.

I kod opštih instituta se u dispoziciji sa tzv. generalnom klauzulom po pravilu navodi više pojmova s kojima nova situacija mora biti slična. Navedeni pojmovi pomažu tumaču da odredi pravo značenje norme, ali istovremeno određuju granice sličnosti. Izvan sličnosti s tim pojmovima norma se ne može tumačiti, čime se značenje klauzule sužava i ujedno određuje dozvoljeni obim primene analogije *intra legem*.

Bez obzira da li je reč o zakonskom definisanju opštih instituta krivičnog prava ili o zakonskom opisu posebnih bića krivičnih dela, zakonske konstrukcije

pomoću tzv. generalnih klauzula po pravilu dovoljno precizno određuju značenje krivičnopravne norme i ujedno obim primene ove vrste analogije. Na taj način je omogućeno da se krivičnim normama obuhvate raznolike i mnogobrojne situacije iz života i sve ono novo što nastane, a treba da podleže krivičnim propisima, a s druge strane da dovoljno određeno izražavaju sadržaj i značenje norme koja se tumači. Međutim, problem nastaje onda kad nije precizno formulisana ni sama dispozicija norme na koju generalna klauzula treba da se naslanja. Osim što sama po sebi ne bi bila dovoljno precizna, dispozicija postaje još nepreciznija zakonskim upućivanjem na slične situacije. Zbog te opasnosti, može se postaviti pitanje da li takva određenost dela i kazne ne protivreče načelu legaliteta.

Što je krivičnopravna norma nepreciznija sve smo bliži primeni analogije kao metodu stvaranja, a ne tumačenja prava, a sve dalje od garancija koje pruža načelo legaliteta. Zato se u krivičnopravnoj literaturi s pravom insistira da krivična dela moraju biti jasna, precizna i što više konkretna, kako bi se međusobno razlikovala i kako bi odgovarala načelu legaliteta. Međutim, određeni nivo opštosti normi je nužan zbog složenosti života i dinamičnog razvoja društva. To su dva suprotstavljena zahteva koja se postavljaju pred zakonodavca, koji za sobom povlače i dve međusobno suprotne opasnosti. Insistiranje na preciznosti i konkretnosti norme može odvesti zakonodavca u nepreglednu kazuistiku, a da se opet ne obuhvate sve situacije koje treba podvesti pod krivične propise. Nasuprot tome, preterano insistiranje na opštosti norme, kako bi se obuhvatilo bogatstvo životnih situacija koje postoje ili će tek nastati, stvara opasnost da krivičnopravne norme postanu u tolikoj meri apstraktne da se ne vidi njihov pravi smisao. Ova druga opasnost upravo je izražena kod tumačenja po analogiji na koju sam zakon upućuje: jednovremenom upotrebom „kaučuk pojmova“ za opis dela i tzv. generalne klauzule, koja prilikom iznalaženja značenja treba da se na njih osloni, nastala bi opasnost od stvaranja „kaučuk paragrafa“ zbog čijeg bi se visokog nivoa opštosti moglo zaključiti da takva zakonska konstrukcija ne zadovoljava zahtev određenosti dela u zakonu. Otuda su te neprecizne, nejasne i preširoko određene dispozicije u direktnoj suprotnosti s načelom legaliteta u krivičnom pravu.

U vezi s neodređenošću dela u zakonu, nastaloj zbog nepreciznih, nejasnih i suviše apstraktnih normi u krivičnom zakonodavstvu, može se postaviti pitanje postoji li kakva pravna zaštita od takvih zakonodavčevih postupaka. To pitanje su još odavno postavili naši krivičnopravni teoretičari i ujedno izrazili očekivanje da će proces dalje demokratizacije krivičnog prava dovesti da se i ovoj komponenti načela legaliteta osigura zaštita pred ustavnim sudom.⁵³

53 F. Bačić, op. cit., str. 101.

Ukoliko je o ovom drugom slučaju reč, može se tumačiti da je zbog neodređenosti dela i kazne u zakonu direktno povređeno načelo legaliteta, predviđeno krivičnopravnim i ustavnim odredbama. U Ustavu je ovo neprikosnoveno načelo krivičnog prava regulisano u odeljku o *ljudskim pravima i slobodama*, odredbama člana 34. kojima se proklamuju garancije *prava na pravnu sigurnost*: „Niko se ne može oglasiti krivim za delo koje, pre nego što je učinjeno, zakonom ili drugim propisom zasnovanim na zakonu nije bilo predviđeno kao kažnjivo, niti mu se može izreći kazna koja za to delo nije bila predviđena“ (st. 1); „Krivična dela i krivične sankcije određuju se zakonom“ (st. 2). Otuda se može tumačiti da je neodređenost dela i kazne zbog neprecizne, nejasne ili posve apstraktne formulacije nekog posebnog bića krivičnog dela, bez obzira na uzroke pa i kad je tome uzrok zakonsko upućivanje na analogiju, direktno suprotno načelu legaliteta. Takva povreda načela legaliteta predstavljala bi grubo kršenje osnovnog ljudskog prava označenog kao „pravna sigurnost u kaznenom pravu“. I pored očigledne povrede ustavnih normi u takvim slučajevima, ipak se nameće pitanje ima li pravnog puta za ustavnopravnu zaštitu, misli se izvan redovnog postupka za ocenu ustavnosti nekog zakona, pa i krivičnog.

U traganju za odgovorom na ovo pitanje, kao jedino sredstvo došla bi u obzir ustavna žalba. Međutim, ustavna žalba je dopuštena jedino protiv pojedinačnog pravnog akta državnog organa kojim je povređeno ili uskraćeno neko osnovno ljudsko pravo ako su iscrpljena ili uopšte nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu (čl. 170. US). Otuda se ustavnom žalbom ne bi mogao pobijati krivični zakon koji pri određivanju nekog posebnog bića krivičnog dela ne zadovoljava zahtev određenosti dela u zakonu, ali bi ona bila moguća ako se krivičnom presudom povredi ustavom garantovano ljudsko pravo vezano za taj zahtev. Takva mogućnost bi mogla nastati u slučaju ako je u krivičnoj presudi primenjena zakonska odredba kojom je posebno biće krivičnog dela nejasno, neprecizno ili apstraktno određeno, ili je takav opis dela nastao primenom analogije *intra legem*, pa se zbog toga može oceniti da je neodređenost dela u toj meri izražena da je u direktnoj suprotnosti s načelom legaliteta, tj. da je povređena odredaba člana 34. stav 1. Ustava, pod daljim uslovom da su protiv takve sudske odluke iscrpljeni svi redovni i vanredni pravni lekovi. Pojednostavljeno rečeno, protiv krivične presude najviše sudske instance kojom je povređeno načelo legaliteta zbog nejasnog i nepreciznog određivanja bića krivičnog dela moguća je ustavna žalba zbog povrede prava na pravnu sigurnost u kaznenom pravu. Ona je moguća protiv krivične presude zbog neodređenosti opisa krivičnog dela, bilo da ta neodređenost postoji u samom zakonu ili je nastala primenom analogije *intra legem*. Tim pre je ustavna žalba dopuštena kad krivični sud primeni zakonsku ili pravnu analogiju (mada se primena ove poslednje ne da zamisliti).

Zbog neodređenosti dela (i kazne) u zakonu može se pokrenuti i postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu zbog povrede člana 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim je garantovano „kaznjavanje samo na osnovu zakona“. I Evropski sud stoji na stanovištu da organ sudske vlasti koji primenjuje krivični zakon ne sme ga tumačiti preširoko, tj. analogijom, izuzev ako takva primena zakona ide u korist okrivljenom, pa zbog toga zakonodavstva država moraju jasno formulisati normu krivičnog zakona i imati odredbe dovoljno predvidive i pristupačne.⁵⁴

2.4. Zakonska analogija u krivičnom pravu

U opštoj istoriji krivičnog zakonodavstva bilo je i zakonodavstava koja su poznavala i eksplicite predviđala primenu zakonske analogije. U tim zakonodavstvima zakonska analogija je bila definisana kao opšti institut krivičnog prava. Mogućnost primene analogije najpre je bila predviđena u Sovjetskom Savezu, nepunu deceniju posle Oktobarske revolucije. U ruskom Krivičnom zakoniku iz 1926. godine (koji je stupio na snagu 01. 01. 1927) analogija je bila formulisana na sledeći način: „Ako neko društveno opasno delo nije direktno predviđeno ovim Zakonikom, onda se osnovi i granice odgovornosti za nj' određuju prema onim članovima Zakonika koji predviđaju najbližnja po vrsti krivična dela“ (čl. 16. KZSRFSR). Iz ovakve zakonske formulacije jasno proizlazi da je bila uvedena zakonska analogija, ali se iz citirane zakonske definicije uočava da je u priličnoj meri njen pojam proširen. Unošenjem u definiciju takve klauzule kojom se dopušta da se na zakonom nepredviđeno krivično delo primene krivični propisi koji se odnose na krivično delo „najbližnje *po vrsti*“, načelno uzev, obim primene zakonske analogije proširen je tako da se približava pravnoj analogiji. Treba reći da se u krivičnom zakonodavstvu Sovjetskog Saveza analogija zadržala prilično dugo, čitave tri decenije. Tek je ukinuta donošenjem Osnova krivičnog zakonodavstva SSSR-a iz 1958. godine.

I jugoslovensko krivično zakonodavstvo, istina u veoma kratkom istorijskom razdoblju, poznavalo je zakonsku analogiju. Krivičnim zakonom FNRJ iz 1948. godine⁵⁵ uvedena je analogija kao opšti institut. Teško je reći „koliko su praktične, pravopolitičke potrebe, a koliko uticaji sovjetskog krivičnog zakonodavstva“⁵⁶ usloveli njeno uvođenje u naše krivično zakonodavstvo posle Drugog svetskog rata. Uvedena je u poglavlju o krivičnoj odgovornosti, odred-

54 Slučaj G v. France, presuda od 27. septembra 1995.

55 Službeni list FNRJ, br. 106/1947, od 13. decembra 1947.

56 S. Pihler, Analogija u krivičnom pravu, Anali, br. 1-2/1971, str. 153.

bama člana 5. st. 3. pomenutog zakona, a formulacija je glasila: „Za ono društveno opasno delo koje, iako nije izričito određeno u zakonu, *po sličnosti svojih obeležja odgovara* krivičnom delu koje je u zakonu izričito određeno, postoji krivična odgovornost. U takvom slučaju osnovi odgovornosti i granice kažnjivosti utvrđuju se po propisima za ono krivično delo prema čijim je obeležjima ustanovljena krivična odgovornost“. Pošto je predviđena analogna primena propisa za najbližije krivično delo, a ne primena onih „zakonskih članova“ koji se odnose na krivično delo „najbližije po vrsti“, očigledno je reč o zakonskoj analogiji. Bila je kratkog veka – postojala je i primenjivala se u sudskoj praksi svega tri godine. Zakonska analogija je ukinuta Krivičnim zakonikom FNRJ iz 1951. godine.

Savremena krivična zakonodavstva izričito ne predviđaju primenu zakonske analogije ali se smatra da zakonska analogija nije totalno zabranjena i da je njena primena ipak moguća u polju tumačenja i primene krivičnih propisa, u granicama određenim načelom legaliteta. Radi pronalaženja nedostajućih rešenja u zakonu, dopuštena je primena zakonske analogije ako to ide u korist okrivljenog, a ne protivreči drugim krivičnim propisima i krivičnopravnim principima. Primera radi, sud se može poslužiti ovakvom analogijom naročito u materiji o isključenju protivpravnosti, pošto ta oblast u većem delu nije dovoljno regulisana.⁵⁷

Za primenu zakonske analogije zalažu se i u drugim krivičnopravnim oblastima. Ima mišljenja da je izuzetno moguće primeniti ovu vrstu analogije kad se tumače zakonske odredbe: (1) o osnovima koji isključuju postojanje krivičnog dela, (2) o osnovima koji isključuju kažnjivost ili služe za odmeravanje kazne, i (3) koje se odnose na sve one okolnosti koje stvaraju povoljnu situaciju za okrivljenog.⁵⁸

3. Analogija u krivičnom procesnom pravu

U procesnoj teoriji opšteprihvaćeno je gledište da za krivično procesno zakonodavstvo važe opšta pravila tumačenja bez ikakvih ograničenja u pogledu pojedinih sredstava ili oblika tumačenja. Pre svega, polazi se od istog pojma tumačenja, koje se kao u opštoj teoriji prava shvata kao tumačenje *u užem smislu*, kada se tumače postojeće krivičnoprocesne norme, i tumačenje *u širem smislu*, kada se tumače nepostojeće pravne norme. Učenje teorije prava o metodima, sredstvima i oblicima tumačenja primenjuju se i u krivičnom procesnom pravu. Kod tumačenja postojećih krivičnoprocesnih normi primenjuju se uobičajena

57 F. Bačić, op. cit., str. 112.

58 J. Tahović, Komentar krivičnog zakonika, Beograd, 1962, str. 10.

sredstva tumačenja – jezik, logika, sistem prava, istorija i cilj norme. Osnovno značenje norme utvrđuje se jezičkim tumačenjem, a kako jezičko značenje ne mora biti i pravo, koriste se i ostale vrste tumačenja: logičko i sistematsko tumačenje, koja se označavaju kao unutrašnja jer se zasnivaju na elementima samog prava, te istorijsko i ciljno tumačenje, koja se označavaju kao spoljašnja pošto se zasnivaju na sociološkom ispitivanju društvenih okolnosti od uticaja na nastanak pravne norme i njen cilj.

Za krivično procesno zakonodavstvo se smatra da nema previše pravnih praznina ali se one ne isključuju. I popunjavanje pravnih praznina interpretira se istovetno kao u opštoj teoriji prava. Uobičajeno se izlaganje o tumačenju i popunjavanju pravnih praznina vezuje za *analogiju*, razlog suprotnosti (*argumentum a contrario*) i *opšta pravna načela*. Ali, za razliku od krivičnopravne, u krivičnoprocesnoj literaturi su izlaganja o analogiji oskudna i daleko manjeg obima.

Nesporno je u procesnoj literaturi da je analogija kao način popunjavanja pravnih praznina dopuštena u krivičnom procesnom pravu, ali se klasifikacije analogije razlikuju od onih uobičajenih u opštoj teoriji prava. Najpre, sreće se podela na zakonsku i sudsku analogiju.⁵⁹ Tumači se da prvopomenuta analogija postoji kad se u samom procesnom zakonu upućuje na njenu primenu, dok se sudska analogija izjednačava sa pojmom analogije uopšte. Među pristalicama ovako shvaćene „zakonske“ analogije različito se interpretira kad ona postoji. Po jednim, zakonska analogija postoji u slučajevima izričito predviđenim u zakonu, a najčešće se ustanovljava formulacijom „shodno će se primeniti“.⁶⁰ Drugi pak smatraju da ona samo predstavlja „način pravnog regulisanja istih ili veoma sličnih procesnih situacija“ i da tu, u stvari, pravnih praznina i nema, pa tako shvaćenu analogiju razvrstavaju na potpunu i ograničenu. Kao primer za potpunu analogiju navode odredbe ZKP kojim se propisuje da organ unutrašnjih poslova postupa sa licem lišenim slobode od strane građana na isti način kao da ga je sam lišio slobode: „Organ unutrašnjih poslova postupiće po članu 227. ovog zakonika“ (čl. 230. *in fine* ZKP/2001). Za ograničenu analogiju smatraju da je označena u samom zakonu ili je konkretizuje sam sud, a kao primer navode slučaj kad se u zakonskim odredbama o sumarnom postupku upućuje na shodnu primenu odredaba o opštoj formi postupka (čl. 495. st. 1. ZKP).⁶¹

Ima i onih pisaca koji ne vrše nikakvu klasifikaciju već prosto govore o primeni analogije u krivičnom procesnom pravu, smatrajući da se u prvom redu

59 Vidi: Drago Radulović, *Krivično procesno pravo*, Podgorica, 2002, str. 49; Prof. dr Stanko Bejatović, *krivično procesno pravo*, Beograd, 2015, str. 45; Prof. dr Zagorka Jekić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2001, str. 20.

60 D. Radulović, *op. cit.*, str. 49.

61 Z. Jekić, *op. cit.*, str. 20.

analogija primenjuje u slučajevima „izrično predviđenim u samom zakonu“, a kao primer navode član zakona u kome se upućuje na shodnu primenu drugih zakonskih odredaba (sadašnji čl. 584. st. 4. ZKP), kao i u slučajevima postojanja pravnih praznina.⁶²

Ako se izneta shvatanja iz procesne literature dovedu u vezu sa poimanjem analogije u opštoj teoriji prava, može se zaključiti da je u krivičnom procesnom pravu dopuštena i zakonska i pravna analogija. Stoga treba tumačiti da zakonska analogija postoji kad se na jednu procesnu situaciju koja nije regulisana zakonom primenjuje norma koja važi za njoj bitno sličnu ali zakonom predviđenu situaciju, upravo na osnovu te sličnosti. Pravna analogija bi postojala kad bi se na zakonom neregulisanu procesnu situaciju, tj. na pravnu prazninu, primenilo neko opšte pravno načelo, izvedeno iz više normi jednog ili više pravnih izvora (*analogia partialis*) ili iz čitavog pravnog sistema, iz „duha“ celokupnog prava (*analogia totalis*).

I pored toga što nije zabranjena, teško se može zamisliti da u procesnom pravu nastane potreba za pravnom analogijom. Nezamisliva je, naime, toliko gruba greška ili previd zakonodavca da se neregulisana procesna situacija ne može podvesti ni pod koju zakonsku odredbu na osnovu argumenta analogije. To bi značilo da u odnosu na pravnu prazninu nijedna slična procesna situacija nije propisana zakonom, pa se mora iz „duha“ pravnog sistema izvesti neko pravno načelo koje treba primeniti na neregulisanu procesnu situaciju. Mnogo je veća verovatnoća da nastane slučaj u kome se primenjuje zakonska analogija. Zbog čestih izmena procesnog kodeksa, žurbe pri donošenju zakona ili nepažljivog formulisanja i redakcije teksta, naročito prilikom izrade potpuno novog kodeksa kojim se zadire u prirodu i strukturalne elemente krivičnog postupka, mogu nastati *neodredene i besmislene norme*, pa i same *pravne praznine*. Ako se ima u vidu i iskustvo pri noveliranju srpskog krivičnog procesnog zakonodavstva, tim uzrocima koji izazivaju povećanu potrebu za tumačenjem u užem i širem smislu, treba još dodati *nedovoljno poznavanje nomotetike, korišćenje neadekvatne zakonske leksike, potpuno izostavljanje redakcije zakonskog teksta i nezamislivu žurbu* da se tekst procesnog zakona izradi i usvoji u parlamentu. Otuda i povećana potreba za tumačenjem uopšte, što podrazumeva i tumačenje u širem smislu pomoću analogije.

Nastale neodredene norme uobičajeno se ispravljaju jezičkim tumačenjem, bilo da se iznalazi normalno, usko ili šire značenje, a tzv. besmislene norme i ostalim vrstama tumačenja prava u užem smislu. Nasuprot njima, moguće pravne praznine i pojedine besmislene norme ispravljaju se i primenom

62 Dr Tihomir Vasiljević, Krivično procesno pravo SFRJ, Beograd, 1981, str. 32. i 33.

zakonske analogije. U teoriji prava se besmislenim normama smatraju one norme čiji su unutrašnji elementi međusobno protivrečni (unutrašnja protivrečnost), kao i norme međusobno protivrečne (spoljašnja protivrečnost), koje zbog toga nemaju jezičko značenje. Ako se radi o ovoj prvoj vrsti besmislenih normi, a ustanovi se da takva procesna norma nije posledica očigledne omaške, ili da se i pored utvrđene omaške ne može utvrditi njeno jezičko značenje, u tom slučaju se norma smatra nepostojećom, a procesna situacija na koju se odnosi pravnom prazninom. Kad nastanu dve protivrečne procesne norme, tj. kad je reč o spoljašnjoj protivrečnosti, moguće je utvrditi da jedna postoji, a druga, njoj protivrečna da ne važi, ili da obe postoje ali da jedna predstavlja izuzetak u odnosu na drugu, ili da nijedna od njih ne može da važi već da postoji pravna praznina.⁶³ U svim slučajevima, dakle, kad nastane ili se ima smatrati da postoji pravna praznina, mogu se primenjivati uobičajena sredstva za njihovo popunjavanje, pa i analogija. S obzirom da se u opisanim slučajevima pravne praznine nastale zbog protivrečnosti u jednoj konkretnoj normi ili između dve pojedinačne norme, što ukazuje da je reč o situacijama koje su bile uređene ili se mogu urediti pojedinačnom procesnom normom, smisleno je zaključiti da se radi o pravnim prazninama koje se mogu popuniti zakonskom analogijom.

Inače, prilikom utvrđivanja da li postoje pravne praznine u procesnom zakonodavstvu, treba biti obazriv. Treba razlikovati praznine nastale propustom zakonodavca, tj. slučajne praznine, od onih koje su nastale svesno. Zato je za primenu analogije neophodno da se sa sigurnošću utvrdi da je u pitanju slučajna pravna praznina, a ne namerno izostavljanje da se reguliše neka procesna situacija ili kakav procesni institut ili neki njegov segment, pošto analogiji nema mesta ako je nešto svesno isključeno ili je obim primene neke norme svesno ograničen. Delotvornu pomoć za rešavanje ovog pitanja može pružiti uzimanje u obzir celog sistema zakona (tj. sistematsko tumačenje) i načela na kojima je izgrađen dotični procesni institut, krivični postupak u celini ili neki njegov strukturalni element. U vezi sa utvrđivanjem postojanja pravnih praznina treba još reći da tamo gde nema mesta ekstenzivnom tumačenju, kod kojeg se uzima najšire značenje upotrebljenih pojmova, tim pre nema mesta analogiji kod koje se izlazi izvan jezičkog značenja zakonskog teksta.

U opštoj teoriji prava smatra se da je analogija jedno sredstvo ciljnog tumačenja, te je za njenu primenu potrebno da postoji bitna sličnost između situacije koja predstavlja pravnu prazninu i one zakonom regulisane pod čiju normu se pravna praznina podvodi. Ta sličnost normativnih ciljeva (*ratio legis*) bitna je i za primenu zakonske analogije u krivičnom procesnom pravu. Primena

63 Opširnije o besmislenim i nejasnim normama vidi: D. Mitrović, op. cit., str. 316.

analogije ograničena je i objektivnim ciljevima krivičnog postupka, a mora biti u skladu i sa osnovnim načelima na kojima je izgrađen i uređen krivični postupak.⁶⁴

Pored pravne analogije koja nije zabranjena ali je teško zamisliti da može nastati potreba za njom i zakonske analogije koja je moguća i ima joj mesta kao u svim drugim granama prava, u krivičnom procesnom pravu ipak je najčešća tzv. *analogia intra legem*. Reč je o analogiji na koju se upućuje u samom zakonskom tekstu, korišćenjem tzv. generalnih klauzula, o čemu je bilo reči u izlaganju o analogiji u materijalnom krivičnom pravu. Za upućivanje na argument sličnosti u procesnom zakoniku koriste se skoro iste formulacije generalnih klauzula kao u Krivičnom zakoniku, a najviše „i drugi“, „ili drugi slični“, itd., sa značenjem sličan ili istovetan. Upotrebljavaju se takođe i izrazi pomoću kojih se bliže određuje sličnost između zakonom pomenutih procesnih situacija i one zakonom nepredviđene na koju treba rasprostrti važenje jedne iste norme, kao što su: „ili *drugim* sredstvom“ – kod podnošenja krivične prijave (čl. 281. st. 1. ZKP); „i *drugi organ*“ – prilikom određivanja subjekata dužnih da poštuju pretpostavku nevinosti (čl. 3. st. 2. ZKP) ili određivanja obazrivog postupanja kod prikupljanja obaveštenja (čl. 282. st. 6.); „i *drugih očiglednih* pogrešaka u pisanju“ – kod ispravljanja zapisnika (čl. 240. st. 3. ZKP), itd. Ove generalne klauzule se skoro u istom, istina ne velikom, broju upotrebljavaju u opštem delu procesnog zakonika koliko u odredbama o toku krivičnog postupka.

I u procesnoj normi se redovno upotrebljava više izričito navedenih pojmova s kojima nova, eksplicite u zakonu nepredviđena situacija mora biti slična. To pomaže tumaču da iznađe pravo značenje norme, ali se time istovremeno određuju granice sličnosti, tj. dozvoljeni obim primene analogije *intra legem*.

U procesnom kodeksu se upotrebljava još jedna klauzula, pored već pomenutih, koje nema u Krivičnom zakoniku. Reč je o upućivanju na *shodnu primenu odredaba* procesnog zakonika. Tako je predviđeno: „odredbe o izuzeću sudija i sudija porotnika *shodno će se primenjivati i na javne tužioce*“ (čl. 42. st. 1. ZKP); odredbe „koje se odnose na veštake *shodno se primenjuju na tumače*“ (čl. 87. st. 4. ZKP); itd. Zakonska formula „shodno će se primeniti“ ima značenje da će se zakonske odredbe primeniti na sličan, odgovarajući način. Ukupno se u procesnom zakoniku dvadeset tri puta upućuje na „shodnu primenu“, od toga trinaest puta u opštim odredbama, a deset puta u odredbama o toku krivičnog postupka.

I ovde je reč o analogiji *intra legem* jer se u samom zakonu upućuje da će se odredbe koje važe za jedan procesni institut, procesni subjekt ili procesnu radnju, ili za formu postupka, ili samo za neku procesnu situaciju ili okolnost, – primeniti na njima sličan pomenuti procesni pojam, i to u granicama te sličnosti.

64 T. Vasiljević, op. cit., str. 33.

Upućuje se dakle na argument sličnosti: iz istih razloga zbog kojih odredbe zakona važe za jedan zakonski uređen procesni pojam, one treba da važe i za drugi, njima sličan ili istovetan. Tumač najpre treba da utvrdi elemente sličnosti između zakonom uređenog procesnog pojma i onog na koji treba shodno primeniti odredbe kojima je uređen ovaj prvi. Time se ne iscrpljuje njegov zadatak pošto nakon utvrđivanja sličnosti ne može, kao kod ostalih generalnih klauzula, da odmah primeni normu koja se tumači. Razlog tome je što se po pravilu kod ove generalne klauzule upućuje na shodnu primenu ne jedne nego većeg broja zakonskih odredaba, što stvara problem pošto nije uvek moguća primena svake od tih odredaba, pa je zadatak tumača *da ustanovi koje se od njih, u kom obimu i na koji način mogu primenjivati*, saobrazno smislu i cilju tih zakonskih normi. Primera radi, na izuzeće veštaka shodno se primenjuju odredbe o izuzeću sudije (čl. 42. ZKP). Među zakonskim osnovima za izuzeće sudija ima onih koji se mogu primeniti na veštaka (npr. odgovarajući stepen krvnog srodstva i dr.) ali i onih koji se ne mogu primeniti, kao što je učešće sudije u donošenju meritorne odluke koja se pobija žalbom (čl. 37. st. 1. tač. 4. ZKP). Jasno je da veštak ne vrši sudsku funkciju i zato ne može učestvovati u donošenju sudskih odluka, pa se iz tog razloga osnov za izuzeće sudija koji se tiče donošenja sudskih odluka niukom slučaju, po logici stvari, ne može primeniti na veštaka.

Ima mišljenja da je upućivanje na shodnu primenu odredaba koje je predviđeno u samom zakonu, samo „osobena pravna tehnika“ prilikom zakonskog regulisanja upotrebom upućujućih pravnih normi, a ne vid tzv. zakonske analogije.⁶⁵ Gledište se može prihvatiti samo u slučaju kad se norma na koju zakon upućuje, doslovno i u potpunosti primenjuje na neregulisanu procesnu situaciju ili procesni institut. U suprotnom, kad se na neregulisanu procesnu situaciju, odnosno procesni institut ne može doslovno i u celosti primeniti norma na koju sam zakon upućuje, pa zbog toga deo te procesne situacije ili procesnog instituta i dalje ostane neregulisan, u tom slučaju nastaje pravna praznina koja se popunjava argumentom sličnosti. Dakle, na segment procesne situacije ili procesnog instituta koji i dalje ostane neregulisan kad se doslovce primeni norma na koju upućuje sam zakon, prilikom tumačenja primenjuje se analogija *intra legem*, kojom se rešava nastala pravna praznina. Tada nije reč o pravnoj tehnici, već o tumačenju prava putem analogije.

4. Zaključna razmatranja

Na temelju teorijske rasprave o analogiji kao vrsti zaključivanja i vrsti tumačenja prava, koja je u radu prikazana, zauzet je stav da se od svog nastan-

⁶⁵ M. Škulić, Krivično procesno pravo, Beograd, 2014, str. 10.

ka, analogija u pravu vezuje za pravne praznine i da služi kao sredstvo za njihovo popunjavanje. U raspravi o mestu analogije u teoriji prava, izneti argumenti inspirisani su idejom da analogija predstavlja postupak koji se nalazi u sredini između tumačenja prava u strogom, užem smislu reči i samog stvaranja prava.

Polje važenja analogije u krivičnom materijalnom pravu ograničeno je načelom legaliteta – *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Savremena krivičnopravna doktrina stoji na stanovištu da je pravna analogija uvek zabranjena, pošto je direktno suprotna načelu legaliteta, a da se primena zakonske analogije ne isključuje izvan zabranjene zone, determinisane ovim načelom. Dopuštenom se, pak, smatra analogija *intra legem* u čijoj biti je način tumačenja zakona kojim se na osnovu sličnosti rešava konkretan slučaj u okviru zakona. Ima joj mesta kad su zakonske konstrukcije dispozicije krivičnopravne norme izgrađene pomoću tzv. generalne klauzule, tj. kad sam zakon upućuje na argument sličnosti.

Među krivičnoprocesnim teoretičarima opšteprihvaćeno je stanovište da je dopuštena primena analogije prilikom tumačenja krivičnog procesnog prava, s tim što pored zakonske i pravne analogije, poznate u opštoj teoriji prava, analogiju razvrstavaju na zakonsku i sudsku, a pojedini teoretičari negiraju zakonsku analogiju smatrajući je osobenom pravnom tehnikom.

5. Literatura

- Bačić, F. (1978), Krivično pravo – Opšti dio, Zagreb.
- Hamelin, (1902), L'analogie, L'année philosophique.
- Jekić, Z. (2001), Krivično procesno pravo, Beograd.
- Lukić, R. (1983), Metodologija prava, Beograd.
- Lukić, R. (1991), Teorija države i prava – II Teorija prava, Beograd.
- Lukić, R. Košutić, B. Mitrović, D. (2000), Uvod u pravo, Beograd.
- Mitrović, D. (2009), Uvod u pravo, Beograd.
- Pihler, S. (1970), Proces primene analogije u krivičnom pravu, Naša zakonitost, br. 9.
- Pihler, S. (1971), Analogija u krivičnom pravu, Anali, br. 1-2.
- Radulović, D. (2002), Krivično procesno pravo, Podgorica;
- Spasojević, Ž. (1996), Analogija i tumačenje – prilog proučavanju metoda u privatnom pravu, (reprint), Beograd.
- Srnzetić, N., Stajić, A., Lazarević, Lj. (1978), Krivično pravo – Opšti deo, Beograd.
- Stepanov, R. Vukadinović, G. (2002), Teorija prava II, Novi Sad.
- Stojanović, Z. (2004), Krivično pravo – Opšti deo, Beograd.
- Škulić, M. (2014), Krivično procesno pravo, Beograd.

- Tahović, J. (1962), Komentar krivičnog zakonika, Beograd.
- Tasić, Đ. (1934), Analogija, Branič, br. 5.
- Tucaković, M. (1936), Problem zakonske i pravne analogije (svršetak), Branič, br. 2.
- Tucaković, M. II, str. 82.
- Vasiljević, T. (1981), Krivično procesno pravo SFRJ, Beograd.
- Veliki rečnik stranih reči i izraza, (2008), Prometej, Novi Sad,.
- Visković, N. (2001), Teorija države i prava, Zagreb.
- Živanović, T. (1959), Sistem sintetičke pravne filozofije, Beograd.

*

*

*

Prof. Vojislav Đurđić, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

ANALOGY AS A METHOD OF INTERPRETATION OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL PROCEDURE

In the first part of this paper, the authors present the general theory on analogy, which is first observed as a kind of conclusion and then as a kind of interpretation of law. In the former case, reasoning by analogy is defined as a process of deductive reasoning based on the prior inductive reasoning. In the latter case, the authors present different standpoints of the general legal theory on the statutory and legal analogy. With regards to the debate on the position of analogy in the theory of law, the authors point out to the theoretical standpoint of the Pandectists that analogy is a process which is half way between the interpretation of law in the strict sense and the act of creating the law. The first part of the paper also contains an elaboration on the contradictory standpoints on the existence of legal gaps, which are closely related to the authors' opinion that the concept of analogy in law has always been associated with and served as an instrument for filling in the legal gaps.

In the central part of the paper, the authors provide a comprehensive discussion on the admissibility of analogy in the substantive criminal law. Relying upon the detailed analysis of their mutual relations, the authors conclude that the principle of legality determines the limits of admissibility and application of analogy in criminal law. On these grounds, the authors draw a conclusion that the legal analogy is always prohibited in the contemporary criminal law because it is in direct contradiction with the principle of legality; on the other hand, the application of statutory analogy shall not be excluded outside the prohibited zone, which is determined by this principle. In particular, the authors focus on the analogy intra legem, which is perceived as a third type of analogy and considered to be an admissible method for interpreting the norms of criminal law. This type of analogy is designated as a method for interpreting legal rules on the basis of similarity, where the specific case is resolved within the given legal framework when the law makes allowances for the argument of similarity.

In the third part of the paper the author presents the theoretical concepts referring to the application of analogy in the interpretation of criminal procedural provisions

Key words: *criminal law, interpretation of law, legal gaps, analogy, analogy inter legem, criminal procedural law.*

