

Prof. dr Ivana SIMOVIĆ-HIBER
Fakultet bezbednosti
Univerziteta u Beogradu

Pregledni članak

UDK: 343.211

Primljeno: 15. novembra 2016. god.

OGLED O KRIVIČNOM PRAVU I VLADAVINI PRAVA NA PRIMERU NAČELA ZAKONITOSTI – RETROSPEKTIVA I PERSPEKTIVE

Autor pokušava da temu odnosa načela zakonitosti i legitimiteta krivičnog prava osvetli u savremenom kontekstu. Pod savremenim kontekstom podrazumeva se neoliberalni model društvenog uređenja. Uočavajući nekoliko nivoa i faktora koji utiču na eroziju suštinskog poštovanja podnačela (lex praevia, scripta, stricta, certa) proveru ove konstatacije vrši na dva osnovna modela. Jedan čine savremeni uticaji na načelo zakonitosti unutar pravnog sistema (unutrašnje i međunarodno krivično pravo), a drugi su vanpravnog karaktera (zloupotreba moći i neoliberalni model društvenog uređenja). Zaključuje se da su vanpravni uticaji neminovni, ali opasni za opstanak načela zakonitosti i legitimiteta krivičnog zakonodavstva, utičući kroz politiku akomodacije i formulu adaptacije na oblik i suštinu novog krivičnog prava (zakonodavstva). Suština problema je da instrumentarij liberalnog krivičnog prava (zaštita vrednosti slobode, jednakosti i ljudskih prava) formalno nije dezavuisan, ali da je savremeni kontekst sačinjen od suprotnih postliberalnih vrednosti. Stoga, novo krivično pravo mora pronaći nove instrumente efikasnog funkcionisanju u (ili nasuprot) neoliberalnom duhu i društvenom modelu, ili će u suprotnom postati ritualna igra lišena vrednosne komponente (razlikovanje zla od dobra).

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

1. Uvod

Ovaj tekst je nastao praćenjem novih trendova u krivičnom zakonodavstvu. Polazeći od uloge novog društvenog poretka čiju ideološku podlogu čini neoliberalizam, nužno se nameće pitanje uticaja te ideologije na formu i sadržinu pravnog poretka, a u okviru njega, ako ne i na prvom mestu krivičnopravnog sistema normi.

U tekstu će se raspravljati i o *krizi politike akomodacije (što predstavlja put u autoritarnost)*¹; ili o savremenoj krizi demokratije. Demokratija je sumarno rečeno izgrađena na vrednostima slobode, jednakosti i građanskih (ljudskih) prava. To su osnove legitimnosti i krivičnog zakonodavstva.

To je istovremeno i okvir za skiciranje razlike između liberalne i postliberalne države.

„Liberalna država je država koja je pristala na gubitak monopola ideološke moći putem davanja građanskih prava, među kojima na prvom mestu stoje sloboda veroispovesti i sloboda političkog mnjenja, i pristala na gubitak ekonomskog monopola davanjem ekonomskih sloboda. Jedino je očuvala monopol legitimne upotrebe sile, čiji je domen ograničen priznavanjem ljudskih prava i različitih pravnih obaveza koje čine poreklo istorijskog lika pravne države. Preko monopola legitimne upotrebe sile, legitimne jer je regulisana zakonima (reč je o racionalno-legalnoj državi prema Veberu). Osobenost liberalnog učenja jeste negativno poimanje države svedene na sredstvo ostvarenja individualnih ciljeva, a nasuprot tome je pozitivno poimanje ne-države shvaćene kao sfera odnosa u kojoj pojedinac u odnosima sa drugim pojedincima stvara, ispoljava i usavršava vlastitu ličnost”². U ovom kontekstu se može govoriti i o etičkom liberalizmu, kao pretpostavci koja u hijerarhiji vrednosti na prvo mesto stavlja pojedinca i individualnu slobodu u dvostrukom značenju (pozitivno i negativno); odatle potreba za normativnim sistemima.

Dogma o pozitivnoj evoluciji podrazumeva da je socijalizam nužna i bolja faza; u realizaciji projekta neoliberalizma međutim vidi se snažni povratak u prošlost (ili budućnost, svejedno). Na taj način je progresivno i

1 Held, D., McNally, K., Path to Authoritarianism: The Collapse of the politics of Accomodation, Social Europe, 15.09.2016.

2 Bobio, N., (1990), Budućnost demokratije-odbrana pravila igre, str 120-121, Libertas, Filip Višnjić, Beograd.

determinističko shvatanje istorije zamenjeno cikličnim i indeterminističkim po kome kada se ciklus završi počinje ponovo: sve je u najboljem sistemu, kapitalizmu, pa i kad ne valja počće ponovo pod firmom restauracije.

Tako se neoliberalizam tumači kao treća faza, kao negacija negacije u dijalektičkom smislu, po kome sve što je bilo pozitivno u drugom momentu nije izgubljeno. Tako neoliberali ne poriču potrebu države blagostanja ali im se ne svidaju sredstva, pa to nazivaju borbom protiv siromaštva (naprimer bonovi za hranu). Ideja minimalne države je bazirana na ideji da je država nužno zlo, samim tim zlo, i pojavila se kao odgovor na paternalističke države (vladalaca reformatora), a danas je minimalna država relativno postignuti odgovor na državu blagostanja, kojoj se inače prebacuje da slobodnog građanina svodi na štićenog podanika, jednom rečju nasuprot i protiv novih oblika paternalizma.

Sa druge strane savremena liberalna demokratija (ona koja odbija da se poistoveti sa neoliberalizmom) se razlikuje od autoritarizma i fašizma po tome što je za nju kompromis i prilagođavanje nužni preduslov svake politike. Ovo nazivamo *akomodacijom*, koja je prešla put od površnosti (obuhvatanje samo osnovnih pravila igre i njihovo formalno korišćenje – najpoznatiji je primer teror većine) do sopstvene ugroženosti. Ovo se ne dešava prvi put, vezati se može za vremena zaoštrenih ekonomskih i političkih prilika.

Postoji još jedna važna strana problema. To je da krivično pravo prati, odslikava osnovne i bitne karakteristike društva. Ako smo stanje akomodacije demokratije nazvali krizom demokratije (po nekim autorima radi se o novom pojmu-illiberal democracy³) tada položaj krivičnog prava možemo nazvati procesom *adaptacije*.

Pozicioniraćemo ga kroz tri uočena problema⁴:

Da li se moderno krivično pravo svodi na prilagođavanje (post) modernim uslovima društvenog života, odnosno služi kao zaštita novim društvenim potrebama?

Ekonomski delikti, delikti (negligence) ili rizika, ali i stari problemi (porodično nasilje i naročito nasilje muškarca nad ženom – koje je iz razloga socijalnog konformizma dosad skrivano) pojavljuju se u novoj formi. Insistiranjem na ekskluzivnosti novih delikata gubi se i značenje šta je staro a šta novo: naprimer jezička asocijacija na pirateriju je danas kompjuterska, ali nestanak piraterije na moru(gusara) iz zakona donosi problem kada se ona pojavi u realnosti (golf Aden). Posledica je *instrumentalizovanje krivičnog prava*.

3 Muller, J. V., The Problem with „Illiberal Democracy, Social Europe, 22.09.2016.

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

Kasnokapitalistički koncept rizičnog društva i nova utopija sigurnog društva u konfliktu je sa pravom koje podrazumeva zaštitu ljudskih prava i sloboda i hipotezom da krivično pravo predstavlja *ultima ratio*; posledica je zaoštavanje represije i ograničavanje ljudskih prava.

Novi jezik „očekivanja od represije”, konceptualizuje ideju o *kriminalitetu kao metafori*. Posledica ovakvog pristupa je zastrašujuća: ona vodi kriminalizaciji socijalnih i političkih konflikata i politizaciji kriminalnih pojava. Posledica ovoga je pretvaranje načela *ultima ratio* u *sola ratio*.

Treba se podsetiti i sintagme da ljudska prava ne obezbeđuju sopstveni opstanak⁵. Ova važna, a istinita tvrdnja ukazuje na danas već notornu zavisnost pravom regulisanih odnosa od političkog konteksta, koji se nažalost može oceniti kao „neudoban” za dostignuta ljudska prava. Navedena konstatacija prvenstveno znači da demokratski milje ostvarivanja dostignutih ljudskih prava treba revitalizovati i negovati sa mnogo više pažnje. Podsetimo se samo da je pred prvi svetski rat bilo dominantno uverenje kako je fizičko mučenje ljudi, tortura besmislen i iracionalan postupak konačno skinuto s dnevnog reda istorije, i kako se nikad neće ponoviti⁶. Pokazalo se da nažalost to uverenje nije prošlo test istorije.

Dakle, osnovni problem koji se nameće prilikom opisivanja načela zakonitosti kao osnovnog načela krivičnog prava je izbor ili tačnije uvažavanje konteksta u kome će se to raditi.

Jedan od mogućih, i najčešćih izbora je unutarpravni kontekst ili statički model. Za ovaj izbor je karakteristično da problematiku izoluje od vremenske dimenzije i objašnjavajućeg konteksta društvenog uređenja u kome deluje. On se u suštini iscrpljuje u pokušajima „odbrane“ izolovanog modela – „klasičnog“ shvatanja nepromenljivog načela.

Drugi, ređe zastupljen pristup je viđenje načela legaliteta u kontekstu spoljnih, vanpravnih uticaja, koji u krajnjoj konsekvenci mogu dovesti u sumnju suštinski opstanak klasičnog shvatanja načela zakonitosti. U tom smislu bi se ovaj pristup mogao nazvati strukturalnim i dinamičkim. Strukturalnim se može opisati poštovanje činjenice da krivično pravo nužno mora pratiti društvene promene, a dinamički bi govorio o realnim posledicama tih promena na pravni sistem.

Važno je primetiti da se danas termin *vladavina prava* koristi kao opšteprihvaćeno načelo, koje prešavši iz pravnog značenja u najširi politički diskurs počinje da gubi primarno značenje, postajući neoliberalna mantra. Treba

5 Tomuštat, K., (2006), Ljudska prava između idealizma i realizma, str. 103, Beogradski centar za ljudska prava.

6 Dimitrijević, V., (2016), Strahovlada: Ogled o ljudskim pravima i državnom teroru, str. 16, Pešćanik i Fabrika knjiga, Beograd.

se podsetiti da je ono u pravnu teoriju ušlo kao anglosaksonska varijanta pojma *pravne države*.⁷ Tome treba dodati da u osnovni pojam pravne države ulazi *etika zakonodavstva* koja⁸ predstavlja materijalni, suštinski element pravne države.

Na ovom mestu treba naglasiti da se i u ovom radu polazi od postavke da su načela najviše norme svakog pravnog sistema koje odražavaju izabrane osnovne vrednosti sa kojima moraju biti usklađene, i prema kojima se moraju tumačiti sve ostale pravne norme i pravne radnje⁹. Radi se o vrednosnoj kategoriji koja obuhvata osnovne, specifične i nespecifične pravne vrednosti, kao vrednosno nesumnjive. Nesumnjivost proizilazi iz vrednosnog izbora.

Naučno izučavanje pravnog fenomena kao predmeta specijalnih pravnih nauka je, bar posmatrajući krivično pravo, u savremenim uslovima zanemareno. *Materijal* pravnih nauka sačinjavaju *pravni propisi (norme)*, pa se oni (u svojoj ukupnosti nazvani pravo) smatraju pravnim fenomenom. Razlikovanje ili brkanje materijala i predmeta se tako može pojaviti kao problem u razumevanju i tumačenju krivičnog zakona.

Predmet krivičnog prava tako nisu pravni propisi, već povrede prava (nepravo, krivična dela) odnosno inkriminisane povrede pravnih propisa, odnosno pravne ustanove ili instituti¹⁰, dakle, krivično pravo se ne može baviti pravnim propisima o ubistvu već ubistvom, naprimer. Pravne ustanove ili instituti sa svoje strane moraju imati uporište u konkretnom postojanju, ali to nije dovoljno; oni moraju posojati *in abstracto*, opet kao pravni pojam.

Dalje, bitno je da svaka pravna nauka mora da odredi svoju masu pravnih pojmova.

Svaka pravna nauka po suštini mora biti sistem određenih pojmova. „Pravo sistematiziranje pojmova se sastoji u koordinaciji pojmova istog pojamnog stepena udruženoj sa subordinacijom kordiniranih pojmova nižeg pojamnog stepena kordiniranim pojmovima višeg pojamnog stepena, i najzad kordiniranim pojmovima najvišeg pojamnog stepena, t.j. osnovnim pojmovima, odnosno osnovnom pojmu dotične nauke“.¹¹ To znači da svi elementi sistema moraju biti usklađeni, i da sam sistem mora biti sređen.

Načelo zakonitosti spada u normirana načela. Normirana su ona načela koja garantuju na najvišem nivou pravne hijerarhije poštovanje sloboda i prava čoveka i građanina i načela sudskih postupaka.

7 Popović, S., (2002), O problemima u vezi sa načelom vladavine prava u uporednom i jugoslovenskom pravu, *Pravni život*, br. 7-8, 2002, str. 129.

8 Op cit str. 132

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

10 Živanović, T., *Sistem sintetičke pravne filozofije*, str. 38, Beograd, Napredak, 1921.

11 Op. cit., str. 44.

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

Takođe je notorno znanje da je krivični zakon (a naročito proglašena kodifikacija – zakonik) izvor i teorije i prakse, ali i da je on, kao uostalom i svaki drugi zakon samo tekst, ili skup napisanih reči, pa je potrebno utvrditi njegov pravi sadržaj i smisao, što se može učiniti samo njegovim tumačenjem, pri čemu tumačenje ne sme biti proizvoljno, već mora poštovati strogo propisana pravila. Pravna teorija upućuje na metode gramatičkog, logičkog i teleološkog tumačenja krivičnog zakona, smatrajući da ove metode obezbeđuju primenu zakona na način koji odgovara njegovoj svrsi (*ratio legis*)¹².

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

Da li je tako načelo zakonitosti postalo ritualna vrednost krivičnog prava?

Preovlađujući dogmatski pozitivizam u pravnoj kulturi je sa svoje strane nesporno proizveo ozbiljan problem. Marginalizujući pitanje osnovnih pravnih vrednosti, ili ih tretirajući kao nesumnjive, podrazumevane i rešene, ostavljajući da se njima bavi aksiologija prava, pravne vrednosti kao takve su postale konsekventno nebitne za pozitivno pravne discipline. Upravo zbog „neizučavanja

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

ili vrlo slabog izučavanja pravnih vrijednosti, ne može biti sasvim jasno kako nastaju sadržaji pravnih normi i zbog čega dolazi do etičkih, političkih i pravnih sporova u pogledu toga kako bi trebalo normirati pojedine društvene odnose¹³. Pravne vrednosti su (trebalo bi biti) etički i idejni izvori pravnih normi, u tom smislu da određuju kako bi bilo najbolje urediti društvene odnose, i koja pravna ovlašćenja i obaveze dati pravnim subjektima u tim odnosima¹⁴.

Pozitivističko pravno mišljenje je ostavilo neizbrisiv trag formulom „zakon je zakon” koja je ničim sputana, često rezultirala *zakonskim nepravom*¹⁵.

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

Stoga deluje nerazumljivo da ovi sistemi sadrže „ugrađen“ problem efikasnog obezbeđivanja zaštite ovih prava. Moglo bi se reći da nepoštovanje osnovnog vrednosnog načela – da pravo znači i najbolji način ostvarenja ideje, načela pravednosti, verno odslikava problem, objašnjavajući mnoge od pomenutih problema. Načelo pravde po Stjuartu Milu je *neminem laedere*. Jedina svrha (legitimitet) radi koje vlast može s pravom da se koristi protiv bilo koga člana jedne civilizovane zajednice jeste da spreči povrede drugih. Možda deluje utopijski danas, ali klasično krivično pravo je zasnovano na takvom značenju pravde.

Savremeni trenutak u sve ogoljenijoj formi ukazuje na prisustvo jedne nove i opasne utopije. Ako možemo reći da smo učestvovali u jednoj „staroj“ utopiji besklasnog društva koja se realizovala realnim postojanjem diktature¹⁶, sada možemo nagovestiti da se nova utopija društva bez rizika i opasnosti u „čekanju” svog ostvarenja realizuje kroz umnožavanje krivičnih dela, pooštravanjem kaznenog sistema i što je najvažnije promocijom i opravdavanjem permanentnog stanja izuzetaka,¹⁷ ili pravnog vanrednog stanja. U proklamovanom traganju za društvom bez rizika mi se nalazimo u stanju borbe protiv kriminaliteta kojim se utire put novom obliku diktature.

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

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

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

15 Radbruh,G.(1973), Filozofija prava, str.281,Nolit, Beograd.

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

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

2. Poštovanje načela zakonitosti u kreiranju i tumačenju krivičnog zakona

Sloboda i zakon, opšta volja kao izvor legitimnosti vlasti, zakon kao opšti akt koji deluje *erga omnes* i *pro futuro*, sve su to velike ideje koje načelno usvaja klasično krivično pravo. Mogu se dodati još mnoge etičke i društvene karakteristike i dileme o vrednosti pravde u filozofskom kategorijalnom smislu (jednakost, zaštita slabih, projekcija sebe u položaj drugog, pronalaženje vremena za pravdu u postmodernom društvu)¹⁸ koje podržavaju osnovnu ideju zakonitosti u pravu.

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

Gotovo svaki element segmenata načela zakonitosti je doveden u pitanje u savremenom kreiranju i tumačenju krivičnog zakona. Ugao posmatranja odnosa stvaranja prava i njegove primene spada u one teme kojima se doktrina krivičnog prava retko bavi. Polazeći od postulata „bezgrešnosti“ zakonskog teksta, analiza se svodi ili na apologetiku, ili se uočeni problem(i) svode na (parcijalnu) kritiku izabranih slučajeva, ali nikad sagledavajući celinu. Uobičajeno je da se čak ne izdvoji kao konceptualni i ugrađeni sistemski problem, da kada govorimo o pisanju zakonskog teksta govorimo iz jedne perspektive, a kada govorimo o čitanju i primeni tog istog teksta iz druge, najjednostavnije rečeno. Takođe je uobičajeno da se problem funkcionisanja krivičnog prava najčešće iscrpljuje kritikom rada pravosuđa, ne dovodeći na scenu mogućnost da je problem loš zakonski tekst ili kriminalna politika koja je po prirodi stvari deo „pozitivne“ politike.

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

Da li se može legitimno postaviti pitanje: čemu služe neprimenjivi zakoni? Neprimenjivim zakonom smatramo one norme koje otvoreno izlaze iz okvira načela zakonitosti u minimalističkom značenju. Ako je prevencija kriminaliteta suština određene norme kao što je to slučaj kod krivičnog dela terorizma, onda je to primer normativne fikcije opasnosti¹⁹ koja omogućuje preven-

18 Begorre-Bret, C; Morana, C., (2012) La justice, str. 166-169, EYROLLES, Paris.

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

tivnu borbu policije bez uloge suda. „Terorizam po definiciji briše razliku između sudije, porote i egzekutora”²⁰ čime se vladavina prava povlači.

Na odnos između norme (imperativno-šta treba da bude) i normalnog (indikativno u značenju onoga što se dešava u većini slučajeva)²¹ uputio je prof. Lukić još davne 1954. godine, ukazujući na *nasilne norme* kao novi pojam. Nasilna ili „nenormalna” norma se mora primenjivati sa dodatnom prinudom, tako da je u logičkom smislu neostvarljiva.

Drugi primer je modelski pristup pisanju zakona. Ubrzavanje primene modela imitacije²² kao oblik savremenog načina pisanja zakona, koji za posledicu ima ujednačavanje prihvaćenih rešenja može imati i pozitivne efekte. U slučaju novih oblika kriminaliteta koji se prvo obrađuju u međunarodnim okvirima, pa se nakon toga „prepišu“ u nacionalna zakonodavstva čini se da ne predstavljaju poseban problem, pošto je pristup inkriminisanju potpuno drugačiji od metoda koje koriste nacionalna zakonodavstva. Međutim kako se model posebno koristi u postkomunističkim društvima, u kojima je važna tendencija postići standard demokratije, nazvan vladavina prava, takav pristup može imati kao konsekvencu nekritičko modelsko pisanje koje može biti opasno, jer ono što je usaglašeno i funkcioniše kao dobra odredba u jednom kontekstu (istorijskom, političkom), naprosto ne funkcioniše na isti način u drugom kontekstu²³.

Dobar primer može biti i implementacija ljudskih prava u pravni sistem i domet njihove krivičnopravne zaštite. Još bolji primer je pitanje šta raditi sa odredbom koju ste stavili u krivični zakon da bi rešili konkretan problem, bez razmišljanja da li je to uopšte materija krivičnog prava? Problem ste rešili i sada ta odredba visi u vazduhu i neko može početi da je zloupotrebljava. Jako je, naime opasno, ako se zakon napuni normama koje su se identifikovale sa problemima. Problemi se po prirodi stvari umnožavaju, i ako zakon prati (uočene ili preuveličane) probleme, kroz neku vremensku distancu neki od njih obavezno postanu prevaziđeni, a vama ostaje kao trajan problem tumačenja. Odgovor o mogućnosti izbora brisanja norme samo dokazuje da takav zakon nije normativno dobar (hiperinkriminalizaciju treba izbegavati), a tehničko igranje sredstvom je uvek opasno.

Verovatno je najgori izbor, ali opet dobar primer, oblik hiperinkriminalizacije kojim se reguliše situacija već pokrivena postojećom normom u funkciji

20 Held, D., McNally, K., Social Europe, op. cit.

21 Lukić, R., (1954), Teorija države i prava II Teorija prava, str. 9, Naučna knjiga, Beograd.

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

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

ji sužavanja, naglašenog putokaza tumačenja njenog značenja, ali to najčešće rezultira konfuznom normom nepogodnom za pravilno tumačenje; to bi mogli prepoznati i nazvati uvođenjem načelno nedozvoljene kreativne analogije samim zakonskim tekstom, čime svako tumačenje postaje „legitimno“ (kao dobar primer može poslužiti formulacija krivičnog dela trgovina uticajem iz čl. 366. KZ)²⁴ u svojoj neodredljivosti vanpravnih pojmova.

Polazeći sa druge strane od „nesumnjivo pretpostavljenog“ poštovanja načela zakonitosti u krivičnom pravu veoma brzo se stiže do otvaranja tolikog broja pitanja i sumnji da se sada već slobodno može govoriti i o kompromitaciji načela. Zašto koristimo prilično grubu kvalifikaciju kompromitacije pokušaćemo naznačiti u ovom tekstu vraćajući se na konstitutivne elemente načela.

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

Lex scripta znači da je jedino legitimna pisana norma zakona. Ilustrativna je savremena interpretacija uloge ovog podnačela, kao garancija da vlast neće lagati i kažnjavati za nešto drugo²⁵. Druga uloga je informisanje građana da se ne bi izigrala formula koja zahtevom za pisanim oblikom istovremeno pretpostavlja da se tako nužno informišu građani o onome što je zabranjeno. Ovo bi istovremeno bila i garancija da se ne kažnjavaju neobavešteni građani.

Lex stricta poznatija kao podnačelo kojim se zabranjuje kreativna analogija, ili stvaranje normi po principu sličnosti. Već smo izrazili sumnju u „kreativnost“ samog zakonskog teksta koji sve češće ne obezbeđuje minimum striktnosti, čak razumljivosti.

24 Formulacija krivičnog dela trgovina uticajem (čl. 366. KZ) glasi: Ko zahteva ili primi nagradu ili kakvu drugu korist za sebe ili drugog, neposredno ili preko trećeg lica da korišćenjem svog službenog ili društvenog položaja ili stvarnog ili pretpostavljenog uticaja posreduje da se izvrši ili ne izvrši neka službena radnja... U ovom slučaju se ne pominje krug lica, koja mogu izvršiti krivično delo, ali tumačenju nema potpore nepostojanjem definicije službenog položaja. Preciziranje pojma službenog položaja bi bilo ipak neko ograničenje kojim bi se neposredno utvrdio osnov inkriminisanja, a ne obrnuto, da se određivanjem lica posredno određuje sadržina bića krivičnog dela. Ovako mi laički možemo da slutimo o čemu se radi.

25 Majić, M., op. cit. str. 38.

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

Već smo izrazili sumnju u „kreativnost“ samog zakonskog teksta koji sve češće ne obezbeđuje minimum striktnosti, čak razumljivosti.

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

Isto tako norme međunarodnog krivičnog prava su model koji odstupa od standarda nacionalnih zakonodavstava.

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

3. Međunarodno pravo kao „izuzetak“ unutar opšteg pravnog sistema

Uobičajeno je da se „odbrana“ načela zakonitosti iz ugla shvatanja o neprikosnovenosti suverenosti nacionalnih država i zakonodavstava vezuje za ugrožavajuću ulogu normi međunarodnog krivičnog prava (posebno u slučaju njihove neposredne primene). Često ni ustavna načela koja usvajaju ove norme u značenju njihovog tretiranja kao dela unutrašnjeg prava nisu dovoljna da bi se ova prisutna primedba otklonila, ili bar ublažila.

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

Primedbe su najčešće rezervisane za pravna pravila koja koriste međunarodni tribunali. Činjenica da se ova pravila najčešće iscrpljuju parcijalnim regulisanjem pojedinačnih inkriminacija što daje podlogu konzervativnom stavu o nepoštovanju načela zakonitosti. Iz neprihvatanja istorijske nužnosti, naprimer, nirnberška pravila dozvoljavaju da se primedba može uvažiti.

Međutim, zadržaćemo se na Statutu Međunarodnog krivičnog suda (Rimski statut) koji je prvi dokument ovog tipa koji sadrži osnovna načela, ili posebno poglavlje koje čini opšti deo (*General principles of criminal law*). Projekcija stalnosti ukazuje na napor da se načelo zakonitosti uspostavi kao osnovno.

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

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

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

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

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

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

Smatra se da je ova odredba od presudnog značaja za razvoj nadnacionalnog prava u pravom smislu, jer to znači da nije u pitanju proces nametanja *ad hoc* „smišljenog“ međunarodnog prava, već usaglašeno povezivanje načela raznih svetskih pravnih poredaka, što je legitiman proces. Međunarodni krivični sud u silaznoj hijerarhiji može postupati i po sopstvenom sudskom pravu (*judicial precedens*), mada je nedovoljno jasno koliko je ono obavezno. Konačno, u Statutu se navodi i da u skladu sa testom konzistentnosti treba obratiti posebnu pažnju na to da tumačenje i primena prava ne budu u suprotnosti sa međunarodno priznatim ljudskim pravima i da ne deluju diskriminirajuće (st. 3).

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

4 . Zloupotreba (političke i) pravne moći

Pominjući volju države da poštuje svoje zakone polako pomeramo razmišljanje iz sfere unutarpravnog ka eksternim uticajima na načelo zakonitosti. Prva stepenica je uočavanje problema i analiza posledica koje možemo kvalifikovati kao zloupotebu moći.

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

Veza pojmova politički kriminalitet i zloupotreba moći vlasti suviše dugo vremena nije bila uspostavljena. Klasična krivičnopravna teorija se nije upuštala u procenu i proveru legitimnosti najtežih inkriminacija kojima se nesumnjivo ugrožava spoljna i unutrašnja bezbednost države. U obliku nepromenjene definicije iz srednjeg veka, i kao najteža krivična dela sve donekadno su u svom čistom, što znači neproverljivom obliku figurirale veleizdaja – ugrožavanje vlasti iznutra i izdaja – ugrožavanje vlasti spolja.

Uspostavljena je fikcija da je država žrtva. Posledica ove fikcije je bila vanstandardna zaštita „žrtve“, koja je zadirala u osnovna ljudska prava, čak i opštim normama zagarantovana minimalna standardna pravila samog krivičnog prava (kažnjivo pripremanje, dogovor za izvršenje krivičnog dela, zločinačko udruživanje)²⁶.

26 Vidi šire: Simović-Hiber I., (1991) Stadijumi izvršenja krivičnog dela i prednacr KZ SFRJ, str. 3.10-3.22.in: Reforma opšteg dela KZ SFRJ i savremene tendencije u jugoslovenskom krivičnom pravu, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.

Klasična formulacija radnje izvršenja kod ove vrste krivičnih dela je dugo vremena bila „ko učini delo upravljeno na...” što je čini se dovoljno ilustrativna naznaka da to može biti svaka radnja, ali i manje od radnje izvršenja u krivičnopravnom smislu. Tu vladajuću ideju odnosa države, vlasti i podanika preko pravnih normi je najbolje objasnio jedan čuveni francuski pravni teoretičar²⁷: pravna kvalifikacija upotrebljena da osigura kažnjavanje. Ostalo je nepriznato i zamagljeno da je ovde u suštini neko drugi žrtva.

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

Ova nova kategorija žrtava zloupotrebe moći je, što je veoma važno, našla svoje mesto u Deklaraciji o osnovnim načelima pravde u vezi sa žrtvama krivičnih dela i zloupotrebe vlasti Ujedinjenih nacija.

U članu 18. ove deklaracije se definiše pojam žrtve i naglašava da se pod izrazom „žrtve“ podrazumevaju kako lica koja su, pojedinačno ili kolektivno, pretrpela štete, naročito napad na fizički i mentalni integritet, emocionalnu patnju, materijalni gubitak, ali i tešku povredu osnovnih prava zbog činjenja ili nečinjenja koja još uvek ne predstavljaju kršenje međunarodno priznatih normi o ljudskim pravima.

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

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

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

Ilustracija širokog okvira viktimizacije je indikativna: nelegalizovanje papira useljenika je po jednom autoru²⁸ legalizovan prostor državnog nasilja kojim

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

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

se kriminalizuju imigranti, ljudi bez papira. Povezivanje kolektivne viktimizacije i zloupotrebe moći se može izvesti formulacijom *moć nad egzistencijom*²⁹.

Vremenska distanca između zapažanja „novog“ problema i njegove eskalacije u sadašnjoj „migrantskoj krizi“ je zastrašujuće skraćena, a put od analize i problematizovanja pravnog pitanja do nehumanog odbacivanja ljudskih prava još i više zastrašujuće.

Zadržimo se na ovom primeru u kratkim crtama.

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948), između ostalih etablira i *pravo slobode kretanja* (u okviru podgrupe slobode govora, vere i udruživanja)³⁰.

Sloboda kretanja, prema Burgentalu, izričito podrazumeva pravo svako- ga da napusti bilo koju zemlju, uključujući sopstvenu, i vrati se u svoju zemlju. Takođe, garantuje se pravo „da se traži i uživa, u drugim zemljama *utočište od progona i pravo na državljanstvo*.“

Dovoljno ja da samo pođemo od osnovne definicije da su izbeglice lica koja zbog *straha od proganjanja* napuste zemlju prebivališta, koja je najčešće i zemlja njihovog državljanstva³¹.

Za regulisanje međunarodnog položaja izbeglica, kao najznačajniji dokument se pominje Konvencija o statusu izbeglica iz 1951. godine. U njoj se izbeglica određuje kao lice koje ima opravdan strah od proganjanja zbog svoje rase, vere, nacionalnosti, pripadnosti određenoj društvenoj grupi, ili svojih političkih mišljenja, te se nađe izvan zemlje porekla i ne može se ili se ne želi staviti pod zaštitu te zemlje, ili se u nju vratiti zbog straha od proganjanja. Godine 1967. donet je Protokol o izbeglicama koji zajedno sa Konvencijom iz 1951. celovito reguliše definiciju izbeglice, zajedno sa uslovi- ma za prestanak i isključenje iz izbegličkog statusa; pravni status izbeglica u zemlji azila, njihova prava i obaveze, i posebno pravo da budu zaštićeni od prisilnog povratka na teritoriju gde bi njihov život ili sloboda bili ugroženi.

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948), između ostalih etablira i *pravo slobode kretanja* (u okviru podgrupe slobode govora, vere i udruživanja).³²

Sloboda kretanja, prema Burgentalu, izričito podrazumeva pravo svako- ga da napusti bilo koju zemlju, uključujući sopstvenu, i vrati se u svoju zemlju.

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

30 Burgental, T.,(1997) *Međunarodna ljudska prava* (u sažetom obliku), str. 51, COLPI, Beogradski centar za ljudska prava.

31 Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V., (2006), *Međunarodno pravo ljudskih prava*, str. 296, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd.

32 Burgental, T., *ibid*.

Takođe, garantuje se pravo „da se traži i uživa, u drugim zemljama utočište od progona i pravo na državljanstvo.“

Umesto komentara dovoljno je suočiti političku stvarnost sa ovim normama, od kojih su neke deo običajnog međunarodnog prava. Posebno treba imati u vidu da je takva zabrana refoulement-a što znači da ga čak i države koje nisu potpisnice Konvencije o izbeglicama moraju poštovati.

Zloupotreba moći kao pojam se može određivati u širem i užem smislu.

U širem smislu ona podrazumeva svaku moć nad egzistencijom drugog, njegove budućnosti, pa je dijapazon mogućih situacija širok, od zloupotrebe moći vojnih snaga, multinacionalnih korporacija do zloupotrebe roditeljskog prava.

Uži okvir bi obuhvatio zloupotrebu moći državne vlasti. Time se otvara novo pitanje: koje države ili međunarodne tvorevine (legalno prisutnog entiteta koji može generisati organizovani kriminal) se mogu dovoljno precizno definisati da bi se mogle označiti kao viktimizator? Kako eksplicitno kaže Viano³³, nažalost su to ponašanja koja bi bila kriminalna kada bi se odnosila na nekog drugog, a ne na one koji kontrolišu žrtve.

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

Apstrakcija koja tako pokriva i zamagljuje protivpravna ponašanja doživljava se, ali, što je važnije objašnjava i predstavlja javnosti kao posledica isto toliko apstraktnih pojmova tržišne konkurencije, ugroženosti nacionalne bezbednosti ili nekog sličnog „državnog razloga“ koji ne treba preispitivati. U kriminološkoj teoriji se mogu naći slabi nagoveštaji prepoznavanja ovog problema.

Može se ipak zapaziti neka vrsta klasifikacije ovih zločina, mada nedovoljno konsenzualna, da bi dozvolila zaključak o problemu. Za ovu vrstu kriminala najviše važi pravilo da je to zabranjena tema. To je kriminalitet vladajućih: korupcija, eliminisanje političkih protivnika, sudski imunitet od gonjenja i kriminalitet belog okovratnika³⁴.

Zločini vlasti su prema Hogan-u³⁵ kršenja ljudskih prava koja iz ideoloških razloga vrše javni službenici ili njihovi agenti. U ovu grupu zločina on ubraja:

33 Viano, E., *ibid*.

34 Karmen, A., *op. cit.*, str. 11.

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

delovanje tajnih policija, kršenje ljudskih prava političkih protivnika, genocid, zločine policije, nezakonito praćenje, prisluškivanje i eksperimentisanje.

Nova ideja o tome da su zločini zloupotrebe moći deo političkog kriminala ima dalekosežne posledice. Priznavanje da postoje najteži zločini koji se čine iz ideoloških ili prosto razloga pohlepe je međukorak ka priznavanju da zločini kršenja ljudskih prava od strane države dovodi do novog pojma – zločini države.

Zločini države je stidljivo plasiran pojam iz više razloga. Jedan od osnovnih je sigurno kultura nekažnjavanja ovih najtežih zločina, koji se u magli ideoloških (religijskih, političkih) okvira uvek pretvaraju, projektuju u viši cilj ili razlog, koji takođe uvek poništava individualno mišljenje, postojanje i izbor.

Tema o deliktima zloupotrebe političke moći zahteva posebnu pažnju. Ona je nesumnjivo velika tema dvadesetprvog veka i mora se razvijati u pravcu „poštenije“ obrade konkretnih pitanja – da pomenemo samo povrede humanitarnog prava.

5. Zaključak

Nova stepenica u objašnjenju pozicije načela zakonitosti se može naći u činjenici uticaja novog društva na krivično pravo.

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

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

Ukratko, neoliberalizam je termin³⁶ koji označava primarnim „spontani poredak“ koji podrazumeva samoograničenje prava u korist organizacije društva i tržišta. Tako neoliberalna utopija pokušava da predloži i stvori sintezu slobodnog tržišta i „bezbedne“ države. Koreni novog doba se vezuju za deceniju 1980-1990, odnosno početke vladavine koncepta minimalne države (M. Tačer i R. Regan) i novog viđenja demokratije nakon pada Berlinskog zida. Označava se i kao anti-etatistička doktrina. Stavljajući u prvi plan „anarhični individualizam“, propagira vladavinu slobode u interesu pojedinca. Ukratko, smatra da nova ideja treba da bude ostvarenje harmonične kohabitacije individualnih strategija.

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

Minimiziranje uloge države kao jedna od važnih posledica nove utopije je onaj mehanizam koji je u značajnoj meri uticao na današnju krizu. Gledano iz pozicije prava, posebno krivičnog, minimiziranje uloge države znači „pasivno“ prilagođavanje, praćenje strukturalnih promena čiji je nužni faktor i realna promena vrste kriminaliteta u savremenim uslovima. Oslabljena pozicija države nužno vodi napuštanju striktno primene načela zakonitosti i prevođenje u ulogu borbe protiv organizovanog kriminala.

Ova tendencija se može prepoznati u nekoliko oblika.

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

Svođenje zakona na formu bez specifične sadržine koja je vekovima poručivala da je krivično delo zlo, čini se osnovom problema savremenog položaja krivičnog prava.

Preciznije rečeno, ako i dalje prihvatamo da je krivično pravo *ultima ratio* društvene reakcije, a podnačela legaliteta insistirajući na visokom standardu preciznosti, restriktivnom tumačenju i ostalim atributima o kojima smo govorili koreni njegove zaštite, kako razumeti činjenicu izvrnutog tumačenja – da je dozvoljeno sve ono što nije zabranjeno. Nerazumevanje suštine uputstava načela zakonitosti, ili kao posledica zlonamernog tumačenja neretko dovodi do napuštanja potrebne generalizacije u korist nedovoljne (vraćanje na primitivne inkriminacije tipa nabiranja – čime sve što nije nabrojano nije kažnjivo). Sledeći primer može biti erozija *lex scripta* u pravcu da je zakon u funkciji informacije. Informisani pojedinac uklapa svoje ponašanje i njegove posledice u zakonski dozvoljeni okvir i društvena „harmonija“ je obezbeđena. Umesto obaveštenosti građana ovde se radi o posedovanju dobre informacije koja smanjuje rizik kažnjivosti.

Shvatajući kriminal kao ponašanje lišeno vrednosne komponente, kriminal kao posao, u literaturi se prepoznaju tragovi objašnjenja koja koriste neke poznata uzore (Bekarija i Bentam) ideje o isplativom zločinu koje takođe menja ulogu krivičnog zakona. Sve ove napomene treba shvatiti kao razmišljanja o novom položaju u kome se našlo krivično pravo i njegovo osnovno načelo. Utilitarizam kao novi način mišljenja nesumnjivo je okrnjio u bitnoj meri podrazumevano značenje načela zakonitosti. Stoga bi se moglo zaključiti da novo krivično pravo mora pronaći nove instrumente efikasnog funkcionisanja u (ili nasuprot) neoliberalnom duhu i društvenom modelu, ili da u suprotnom postane ritual lišen vrednosne komponente, ukoliko razlikovanje dobra od zla još uvek smatramo vrednošću.

Eliot Currie³⁷ naglašava da *private gain* (private svrhe, korist) postaje osnov subordinacije društvenih principa. Ali on je istovremeno kriminogeni faktor, pošto ustanovljava nejednakost, koncentrisanu ekonomsku deprivaciju, erodira mogućnosti uže zajednice koje su pružale neformalnu podršku (socijalizacija i kontrola mladih) fragmentacija porodice, glorifikuje kulturu Darvinovske utakmice za status i resurse i postavlja novi nivo potrošnje, konsumpcije koji ne mogu svi dostići koristeći legalne puteve.

Pitanje o formuli vladavini prava ili vladavini ljudi tako opstaje kao nerešiva dilema.

6. Literatura

- Arroyo Zapatero, L., The international harmonization of criminal law, Cahiers de defence sociale, Pour une Politique Criminelle Humaniste, Spain, 2011-2012.
- Begorre-Bret, C; Morana, C., (2012), La justice, EYROLLES, Paris.
- Bobio, N., (1990), Budućnost demokratije-odbrana pravila igre, Libertas, Filip Višnjić, Beograd.
- Bouzat, P., (1971), Juris classeur penal, note, br. 16770.
- Burgent, T., (1997), Međunarodna ljudska prava (u sažetom obliku), COLPI, Beogradski centar za ljudska prava.
- Currie, E., (1998), Crime and market society: lessons from the United States, 134-42 in P. Walton and J. Young, eds. The New Criminology Revisted, London Macmillan.
- Dimitrijević, V., (2016), Strahovlada: Ogled o ljudskim pravima i državnom teroru, Pešćanik i Fabrika knjiga, Beograd.
- Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V., (2006), Međunarodno pravo ljudskih prava, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd.
- Dimitrijević, N., Kako čitati ustav, Narodna biblioteka Srbije, iz ciklusa Kako čitati, Pešćanik.net, 29.02.2012.
- Genet-Bensaid, Ch., (2004), Les sans papiers, Victimes du present, victimes du passe, Vers la sociologie des victimes, Sous la direction de Bogalska-Martin, E., L'Harmattan.
- Harašić, Ž., Dometi sistematskog tumačenja u pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, 2009/2.

37 Currie, E., (1998), Crime and market society: lessons from the United States, 134-42 in P. Walton and J. Young, eds. The New Criminology Revisted, London, Macmillan.

- Held, D., McNally, K., Social Europe, 15.09.2016, Path to Authoritarianism: The Collapse of the politics of Accomodation.
- Lambert-Abdelgawad, E., La proliferation de tribunaux paralleles pour la dénonciation des crimes internationaux: quelle leçon de justice? Chronique internationale, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, br. 1/2006.
- Lukić, R., (1954), Teorija države i prava II Teorija prava, Naučna knjiga, Beograd.
- Majić, M., Načelo legaliteta – normativna i kulturna evolucija (I deo), Anali Pravnog fakulteta u Beogradu,1/2009.
- Mannheim, K., (2006), Ideologie et Utopie(1929), Maison des sciences de l’homme,
- Muller,J.V., (2016), The Problem with „Illiberal Democracy“, Social Europe, 22.09. 2016.
- Pavčnik, M., (2003) Pravo, Ljubljana.
- Radbruch,G.(1973), Filozofija prava, Nolit, Beograd.
- Salas, D., (2012), La Justice devoyee, (Critique des utopies securitaires),Ed. des Arenes), Paris.
- Simović - Hiber, I., (2007), Sistem rasprava o ideji vladavine prava, osnovama krivičnog zakona, pojmu zločinačke grupe i internacionalizaciji krivičnog prava, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd
- Simović - Hiber I., (1991), Stadijumi izvršenja krivičnog dela i prednacrta KZ SFRJ, in: Reforma opšteg dela KZ SFRJ i savremene tendencije u jugoslovenskom krivičnom pravu, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.
- Tomuštat, K., (2006), Ljudska prava između idealizma i realizma, str. 103, Beogradski centar za ljudska prava.
- Viano, E., (1992), Critical Issues in Victimology, International Perspectives, Springer, New York.
- Visković, N., (2001), Teorija države i prava Zagreb.

Prof. dr Ivana Simović - Hiber
Fakultet bezbednosti Univerziteta u Beogradu

**ESSAY ON CRIMINAL LAW AND RULE OF LAW IN THE CASE OF
THE PRINCIPLE OF LEGALITY - A RETROSPECTIVE
AND PERSPECTIVES**

The author is trying to analyse the principle of legality and legitimacy of criminal law in the contemporary context. The term contemporary context refers to the neoliberal model of the social organisation. Having in mind several levels and factors that affect the erosion of respect of the subprinciples (lex praevia, scripta, stricta, certa) the crosscheck of this statement will be conducted upon two basic models. One of them are contemporary influences on the principle of legality within the legal system (domestic and international criminal law), and the others have legal character (abuse of power and the neoliberal model of the social organisation). The conclusion is that non-legal influences are inevitable and dangerous for the existence of the principle of legality and legitimacy of the crime legislation, and they are influencing the shape and essence of the new criminal law (legislation) through the politics of accommodation and adaptation formula. The essence of the problem is that the instrumentation of the liberal criminal law (protection of value of liberty, equality and human rights) is not formally repudiated, but the contemporary context is made of the opposing post-libertarian values. Therefore the new criminal law must find new instruments efficient in functioning (or as opposed to) the neoliberal social organisation, otherwise it will become a ritual game deprived of the value component (distinguishing evil from good).

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

