

IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

ДА ЛИ ЈЕ ПРЕПОРУЧЉИВО ДА СУДИЈА МОЖЕ ЗА ЈЕДНУ РАДЊУ КОЈА ИЗРИЧНО НЕ УЛАЗИ У ЗАКОНСКУ НОРМУ ДА КАЗНИ И ДА ЈЕ СМАТРА ПРОТИВПРАВНОМ?¹⁾

I

Принцип легалитета освештан у законским текстовима, названим казним или кривичним кодексима, а који сачињавају интегрални део уставних принципа, је толико емотивно проткан и укорењен у душу савремених правника, те изгледа да је немогуће посумњати у његову апсолутну вредност.

Као што се зна, овај принцип је постављен у Европи у почетку XIX века, после његовог неограниченог признања од стране законодавства Француске Револуције. Он је произвео такав утисак по своме демократском карактеру, да је брзо усвојен у Европи.

Неки налазе порекло принципа легалитета у Енглеској у XIII веку (Magna Carta). Али, ако је то тачно, овај принцип у Енглеској није био апсолутан принцип, као што то ни данас није у овој земљи.

Интересантно је да је овај принцип био освештан неограничено у првом европском Кодексу: Кодексу Српског цара Душана, изгласан (135 чланова) у Народном Сабору 1349, и допуњен (са 66 нових чланова) у Сабору 1354. Одиста прећутан принцип овога кодекса је да су кривична дела само оне радње које су оглашене као такве, у његовим одредбама, раније извршене. И казна је предвиђена било (по правилу) у самом кодексу, било у Синтагми (порекла византијско-ремског), помоћном тексту кодекса, било, да Синтагма не садржи кривично дело у питању, у јавном обичајном праву. Овај принцип налази потврду чак изрично, мада индиректно, у једном од 201 члана кодекса, Чл. 172, који наређује: „Да судије суде по овом кодексу непосредно како је написано у кодексу, а да не суде по страху и моћи (власти)“.

1) Thomas GIVANOVITCH, Est-il désirable que le juge puisse retenir et punir un fait qui ne rentre pas expressément sous les termes d'une disposition légale? *Revue internationale de droit pénal* — 1937 — p. 404—409. Чланак проф. др Томе Живановића објављен у листу „Правосуђе“, бр.3, 1938. (Са француског превео др Бранивоје Д. Петровић).

У овој одредби се констатује тако исто принцип независности правосуђа према извршној власти, дакле одвајање ових двеју власти. И пошто је законик био заједничко дело двеју скупштина (сабора) из 1349 и 1354 исто као и Цара Душана, законодавна власт је исто тако одвојена од извршне и судске власти. Принцип легалитета законника, вели се, консеквенца је ове деобе трију власти.

II.

Заиста је да, од законодавног освештања принципа легалитета, има писаца који су се мање или више изјаснили против овога. Али ови писци су увек били у знатној мањини.

Тако исто, позитивна кривична права која не признају принцип легалитета сачињавају у Европи ретке изузетке.

Међутим од скоро нова реакција са великом снагом отвара себи пут против овог принципа у извесним европским земљама. Може се разликовати под овим видом више струја:

1) Одмах треба констатовати да, у једној од ових земаља, Немачка, појавио се је закон који је повредио принцип легалитета, прописујући смртну казну за паљевину са р е т р о а к т и в н и м дејством за извршиоца паљевине још неосуђеног (познат случај са van der Lubbe).

С друге стране, у овој истој земљи, више теоретичара (истина најмлађих, и политички оријентисаних), изјаснили су се против овог принципа, оспоравајући му његову апсолутну вредност која му је опште призната. Према овима, довољно је да радња буде к р и в и ч н о д е л о у времену гоњења. Ако је то тако, казниће се извршилац, мада радња није била инкриминисана у моменту њеног извршења (чиме се раскида са принципом легалитета кривичног дела и кривца). Осим тога генерализира се принцип закона van der Lubbe тако да се захтева (то што су извесни старији немачки писци већ предložили) да се увек примењује прописана казна од стране закона под чијом владавином радња се гони (чиме се прекршава принцип легалитета казне).

Најзад скоро је прекршен у Немачкој принцип легалитета законом од 28 јуна 1935. г. који је изменио § 2 овлашћујући и на примену аналогије. Тако према новој редакцији § 2 кажњава се и за дело које није оглашено законом за кривично, али које заслужује да му се извршилац казни, „п р е м а о с н о в н о ј м и с л и н е к о г к р и в и ч н о г з а к о н а, и п р е м а з д р а в о м о с е ћ а њ у н а р о д а.“ Додато је још да у случају, где се ни један одређени закон не може да примени, „непосредно“ на дело, дело се кажњава „према закону чија му основна мисао најбоље одговара.“

2) Тежак прекршај начела легалитета, и готово напуштање тога начела догодио се је, пре поменутих немачких прекршаја, у Совјетској Русији. Према чл. 6 и 7 совјетско-руског кривичног законика (Р. С. Ф. С. Р.), одредбе његовог посебног дела имају само карактер индикације дате суду о томе шта треба сматрати кривичним делом. Тако: 1) Према чл. 6 општег дела, сматра се као социјално опасно (сцил. као кривично дело) „свака радња управљена против совјетског режима или правног поретка установљеног од сељачке и радничке класе за време периода преласка на комунистички режим“, дакле чак и онда ако дело није предвиђено у посебном делу. 2) Према чл. 7 могу се применити мере „друштвене одбране“ не само на лица која су извршила радње „опасне по друштво“, већ исто тако и на лица која „представљају опасност својим везама са опасном средином или својом прошлошћу“. Предвиђају се чак у напомени додатој уз чл. 6 и чл. 8 случајеви, где се не примењују санкције на радње предвиђене као кривична дела у посебном делу (то су случајеви: 1) — где је дело изгубило „услед очигледно мале важности и отсуства штетних последица свој карактер специјалне опасности“. 2) — чл. 8. „Где је дело изгубило у тренутку истраге или суђења свој социјално опасан карактер, било због измене кривичног законика, било због наступелих промена у социјалној и политичкој конструкцији“, или ако се извршилац према нахођењу суда у горе наведеним моментима не сматра као опасан по друштво (в. превод Петује-а 1935).

3) Најзад треба поменути један покрет теоријског карактера, који се непосредно тиче тумачења закона, али има за последицу озбиљно одступање од начела легалитета. То је тенденција да се тумаче кривични закони држећи се критеријума вредности. У томе се циљу прави разлика између нормативних елемената кривичног законика и његових дескриптивних елемената. Први будући подложни оценјивању вредности, треба да буду тумачени на бази критеријума вредности (правна вредност). Типичан је случај дела против јавног морала, где се захтева да објекат буде, девојка на пример од 16 година. Ту се кажу ради о нормативном елементу, па треба допустити да се под девојком од 16 година ваља подразумевати свака девојка која се телесно и умно налази на ступњу девојке од 16 година, макар била стара 16, 17 и 18 година. Овде се ради о примени доктрине о вредности у кривичном праву.

III.

1) Примена казне је, за разлику од оштете, врло снажно задирење у добра појединаца, да би се могла извршити без незадо-

вољства, и протестовања савременог слободног грађанина, ако би се кажњавало за дела непредвиђена као кривична у кривичном закону, у време њиховог извршења. У ствари, кажњавање би се осетило у томе случају као не п р а в и ч н о и п о н и ж а в а ј у ћ е у и с т и м а х. С једне стране човек се је привикао на своју с л о б о д у и тако звану ј а в н у с и г у р н о с т, које се сматрају као врло високе индивидуалне вредности, и које би биле укидањем начела легалитета, изложене опасности непрекидне нестабилности. И с друге стране, укидањем начела легалитета које би изложило грађане неминовно чак у њиховим најдрагоценијим добрима, као животу, слободи, чисти — самовољи јавне власти, човек би био повређен у своме осећају ч о в е ч ј е г д о с т о ј а н с т в а, једне од н а ј в и ш и х м о р а л н и х в р е д н о с т и.

2) Тежња за напуштањем начела легалитета се оснива првенствено на а у т о р и т а р н о м начелу. „Све у држави и за државу“. Признаје се да напуштање тога начела представља жртву за правну сигурност и личну слободу, али се то оправдава као виша државна потреба. Заборавља се при томе да држава није творевина разума (екс рационас), чиста апстракција, већ да је једна друштвена реалност, наиме људска заједница, и да према томе постоји само ради заједничких интереса људи који је састављају, а не ради тога да испољава своју врховну власт заповедања, макар и средством аката самовоље. Доследно, без једне апсолутне потребе, а таква је само потреба одржавања државе, не може се захтевати од људи који чине то друштво, једна тако тешка жртва, и када таква потреба не постоји. Оправдање напуштања легалитета чисто и просто вишим интересом државе, је такође једна од примена и д е а л и с т и ч к е (рационалистичке или спекулативне) на место р е а л и с т и ч к е методе.

3) Чак и са начелом легалитета, правна сигурност човека векова није потпуно обезбеђена од сваке неизвесности. У ствари, законски прописи допуштају, као што је познато, често дивергентна и контрадикторна тумачења, упркос свим прецизностима у редакцији, и упркос дефиницијама за које се трудило да се донесу да би се избегло поменуто зло и тако обезбедило поштовање начела легалитета. Чак са начелом легалитета, какав год био начин којим се хтело да се оно обезбеди, не зна се ипак увек сигурно, да ли ће ни бити кажњена или не таква и таква радња. Тако, циљ коме тежи поменута укидања начела легалитета, може чак да леге да буде задовољен бар у извесној мери захваљујући томе недостатку механизма обезбеђења начела легалитета, имајући нарочито у виду утицај који врши, у извесним земљама извршна власт на правосуђе. Не види према томе човек целисходност тежње, већ саме по себи неправичне, да се грађани изложе отворено, непосредно и потпуно самовољи судске власти.