

Princip zakonitosti u krivičnom pravu i pravna kvalifikacija krivičnog djela

Academician prof. dr Miodrag N. Simović

Academician, full member of the Academy of Sciences and Arts of Bosnia and Herzegovina, full professor at the Faculty of Law, University of Bihać, professor emeritus, msimovic@anubih.ba; <https://orcid.org/0000-0001-5116-680X>.

Prof. dr Vladimir M. Simović

tužilac Tužilaštva BiH, redovni profesor Fakulteta za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci, vlado_s@blic.net; <https://orcid.org/0009-0002-9640-6488>

Sažetak: Zakoni (krivični i drugi sporedni) predstavlja osnovni izvor savremenog nacionalnog (internog) krivičnog prava ne samo u Bosni i Hercegovini, već i u drugim razvijenim državama. Na taj način je isključena primjena nepisanog (običajnog) prava, sudske prakse, odnosno analogije u stvaranju krivičnopravnih normi, čak i u slučaju postojanja pravnih praznina. Međutim, ovi dopunski, pomoćni izvori krivičnog prava nisu izgubili značaj ni danas, kako u nacionalnom krivičnom pravu, tako i u međunarodnom krivičnom pravu, naročito ako je njihova primjena izuzetna, opravdana, cjelishodna i racionalna, te svedena na najmanju moguću mjeru. Naime, kod pravne kvalifikacije pojedinih krivičnih djela u konkretnim slučajevima od strane organa krivičnog (nacionalnog ili međunarodnog) pravosuđa često se mogu javiti situacije bilo u pogledu elemenata bića, bilo kod utvrđivanja postojanja uslova kažnjivosti, gdje je primena dopunskih izvora (sudske prakse, pravne nauke, običajnih pravila i sl.) neophodno potrebna i opravdana, ali uvijek zasnovana na strogo poštovanju principa zakonitosti.

Autori u radu analiziraju najznačajnije aspekte primjene pojedinih izvora pravnih normi pri pravnoj kvalifikaciji krivičnih djela (krivične stvari) pred organima krivičnog pravosuđa u domaćem i međunarodnom krivičnom pravu, odnosno problemima koji se mogu javiti u konkretnoj praksi, te načinima njihovog rješenja. Posebno se razmatraju opšti i posebni pojam i elementi krivičnog djela, mjesto i uloga izvora krivičnog prava i uloga tumačenja i analogije u krivičnom pravu. Kao nužan preduslov rješavanja te problematike razmatraju se pojam i elementi krivičnog djela u međunarodnom krivičnom pravu i uloga tumačenja i analogije među izvorima međunarodnog krivičnog prava.

Ključne riječi: izvori, krivično pravo, sud, krivično djelo, tumačenje.

Primljen / Received: 19. april 2024. / April 19, 2024

Prihvaćen / Accepted: 20. april 2024. / April 20, 2024

UVOD

Iz zakonske definicije sva četiri krivična zakona sa primjenom u Bosni i Hercegovini proizlazi da se krivično djelo sastoji od više različitih elemenata koji se dijele na: a) opšte i b) posebne elemente. Krivično djelo, prema sva četiri krivična zakona (član 20 KZ BiH¹, član 21 KZ Federacije BiH², član 21 KZ Brčko distrikta BiH³), predstavlja protivpravno

djelo koje je zakonom propisano kao krivično djelo, čija su obilježja propisana zakonom i za koje je zakonom propisana krivičnopravna sankcija. Na nešto drugačiji način pojam krivičnog djela (član 17) definiše Krivični zakonik Republike Srpske⁴. Prema ovom zakonskom rješenju, krivično djelo je protivpravno djelo kojim se povređuju ili ugrožavaju zaštićene vrijednosti i koje je zbog svoje opasnosti ili štetnosti u zakonu određeno kao krivično djelo i za njega propisana krivična sankcija⁵.

U osnovi svih ovih pojavnih određenja krivičnog djela proizlazi osnovni princip savremenog krivičnog prava – princip (na-

¹ Krivični zakon Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15, 35/18, 46/21, 31/23 i 47/23.

² Krivični zakon Federacije BiH, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 36/03, 21/04, 69/04, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17 i 31/23.

³ Krivični zakon Brčko distrikta BiH, *Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, broj 19/20.

⁴ Krivični zakonik Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 64/17, 104/18, 15/21 i 89/21.

⁵ Vid. M.Babić, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, Grafomark, Banja Luka 2021, 35-37.

čelo) zakonitosti. Princip zakonitosti⁶ je ne samo osnovni princip krivičnog prava, već predstavlja i jedan od standarda međunarodnog prava ljudskih prava (član 7 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁷). Na njegov značaj ukazuje činjenica da nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivična sankcija za djelo koje prije nego što je bilo učinjeno, zakonom nije bilo određeno kao krivično djelo, niti mu se može izreći kazna ili druga krivična sankcija koja zakonom nije bila propisana prije nego što je krivično djelo učinjeno. Najčešće se ovaj princip izražava maksimumom *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (krivičnog djela, ni kazne, nema bez zakona). U osnovi ovog principa⁸ se nalazi ostvarenje garantivne (zaštitne) funkcije krivičnog prava gdje se garantuje zaštita sloboda i prava učiniocu krivičnog djela čime se postavlja efikasna brana arbitrnosti, samovolji i eventualnim zloupotrebama organa krivične represije.

U smislu poštovanja principa zakonitosti krivična djela i krivičnopravne sankcije propisuju se samo zakonom. Tako, nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana kazna (član 3 KZ BiH). Na istovjetan način član 4 KZ Federacije BiH, odnosno član 4 KZ Brčko distrikta BiH ili član 2 KZ Republike Srpske garantuju ovaj princip.

U pravnoj teoriji se ističe da princip zakonitosti ima višestruko dejstvo⁹:

a) isključuje primjenu nepisanog, običajnog prava (*nullum crimen sine lege scripta*),

b) zabranjuje retroaktivnu (povratnu) primjenu zakona na slučajeve koji su se desili prije njegovog stupanja na snagu (pri čemu ovaj princip trpi određene izuzetke u slučaju primjene najblažeg zakona),

c) zahtijeva da norme kojima se određuju obilježja bića

krivičnih djela budu jasne, razumljive, konkretne i precizne kako bi se nedvosmisleno moglo zaključiti u kojim slučajevima postoji i koje krivično djelo (*nullum crimen sine lege certa*),

d) isključuje primjenu analogije (*nullum crimen sine stricta*)¹⁰. Upravo se na ovom principu danas u velikoj mjeri zasniava pozitivno krivično zakonodavstvo uopšte, pa tako i krivično zakonodavstvo Bosne i Hercegovine.

OPŠTI I POSEBNI POJAM I ELEMENTI KRIVIČNOG DJELA

Opšti (osnovni) elementi sadržani su u svakom krivičnom djelu i bez njih, odnosno u odsustvu jednog, i to bilo koga od njih, nema uopšte krivičnog djela kao javnopravnog delikta. Oni čine njegovo opšte biće¹¹. Posebni elementi su specifični, posebni za svako pojedino krivično djelo predviđeno u posebnom dijelu krivičnog zakona. Upravo po tim posebnim elementima se međusobno i razlikuju krivična djela koja sadrže iste opšte, osnovne elemente. Praktično, kroz posebne elemente svakog krivičnog djela se pojavno manifestuju njegovi opšti elementi¹².

Opšti pojam krivičnog djela čine sljedeći objektivni elementi¹³: a) djelo čovjeka (posljedica prouzrokovana ljudskom radnjom), b) protivpravnost djela i c) određenost djela u zakonu. Ovi elementi mogu biti: a) materijalni (realni) i b) formalni (normativni) elementi. Takođe se razlikuju: a) deskriptivni (opisni) elementi krivičnog djela – tjelesne ili psihičke okolnosti koje se mogu razumjeti na osnovu svakodnevnog iskustva i b) normativni elementi krivičnog djela – okolnosti koje uključuju pravnu ili kulturološku normu i podrazumijevaju neko vrednovanje¹⁴.

S druge strane, posebni elementi krivičnog djela javljaju se samo kod nekih krivičnih djela, a kod drugih djela ih nema. To su nestalni, varijabilni elementi koji čine biće krivičnog djela kao skup posebnih elemenata koji karakterišu određeno krivično djelo¹⁵. To je, zapravo, zakonski pojam određenog krivičnog djela. Naime, svako krivično djelo ima svoje posebne elemente po kojima se razlikuje od drugih krivičnih djela. Ti posebni elementi čine njegovu posebnu fizionomiju i specifičnost. Biće krivičnog djela stvara se utvrđivanjem zajedničkih karakteristika koje se u životu

⁶ Vid. V. Grozdanić, M. Škorić, *Uvod u kazneno pravo, Opšti dio*, Pravni fakultet, Rijeka 2009, 23-24.

⁷ Ova konvencija je potpisana u Rimu 4. novembra 1950. godine, a stupila je na snagu 3. septembra 1953. godine. Bosna i Hercegovina je ratifikovala ovu konvenciju 12. jula 2002. godine. Konvencija je objavljena u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine*, broj 6/99. U ovom radu Konvencija se koristi u tekstu koji je izmijenjen odredbama Protokola broj 14 (CETS broj 194) od dana njegovog stupanja na snagu 1. juna 2010. godine. Tekst Konvencije ranije je izmijenjen u skladu s odredbama Protokola broj 3 (ETS broj 45) koji je stupio na snagu 21. septembra 1970. godine, Protokola broj 5 (ETS broj 55) koji je stupio na snagu 20. decembra 1971. godine i Protokola broj 8 (ETS broj 118) koji je stupio na snagu 1. januara 1990. godine, te sadrži i tekst Protokola broj 2 (ETS broj 44) koji je, u skladu s članom 5. stav 3. istog Protokola, postao sastavni dio Konvencije od njenog stupanja na snagu 21. septembra 1970. godine. Sve odredbe koje su bile izmijenjene ili dodate ovim protokolima zamijenjene su Protokolom broj 11 (ETS broj 155) danom njegovog stupanja na snagu 1. novembra 1998. godine. Od tog datuma ukinut je Protokol broj 9 (ETS broj 140) koji je stupio na snagu 1. oktobra 1994. godine, a Protokol broj 10 (ETS broj 146) je izgubio svoju svrhu.

⁸ Vid. D. Jovašević, „Princip zakonitosti u krivičnom pravu“, *Perjanik*, Podgorica 27/2012, 17–26.

⁹ Vid. B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb 2007, 39-43.

¹⁰ Vid. D. Jovašević, „Princip zakonitosti od Valtazara Bogišića do današnjih dana“, *Spomenica Valtazaru Bogišiću*, Knjiga prva, Institut za uporedno pravo, Beograd 2011, 395–408.

¹¹ K. Turković *et al.*, *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb 2013, 28-29.

¹² Ž. Horvatić, *Kazneno pravo, Opći dio I*, Pravni fakultet, Zagreb 2003, 8-9.

¹³ Vid. Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti dio*, Dosije, Beograd 2022, 90-93.

¹⁴ P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet, Zagreb 2004, 128.

¹⁵ U pravnoj teoriji ima shvatanja prema kojima se izraz „biće krivičnog djela“ može zamijeniti izrazom „zakonski opis krivičnog djela“ (B. Zlatarić, M. Damaška, *Rječnik krivičnog prava i postupka*, Informator, Zagreb 1966, 35).

pojavljuju kod istog djela u različitim oblicima pojavnog ispoljavanja. Uopštavanjem tih karakteristika dobijaju se elementi, a njihovim sažimanjem i povezivanjem dobija se biće određenog krivičnog djela.

Biće krivičnog djela (zakonsko biće) je skup posebnih obilježja krivičnog djela.¹⁶ To je ukupnost obaveznih posebnih obilježja određenog krivičnog djela po kojima se ono razlikuje od svih drugih djela u zakonu. Ili je to skup različitih obilježja koji opredjeljuju određeno, konkretno krivično djelo i razlikuju ga od drugih djela¹⁷. U teoriji se skup elemenata krivičnog djela naziva njegovim bićem, tijelom ili sastavom (*corpus*). No, pojam biće krivičnog djela (*corpus delicti*) može da se shvati i u procesnom smislu. To je skup fizičkih sastojaka krivičnog djela kao sredstva njegovog izvršenja, proizvoda krivičnog djela, a naročito tragovi krivičnog djela¹⁸. To znači da je biće krivičnog djela ostvareno ako činjenični kompleks konkretnog slučaja odgovara zakonskom opisu tog krivičnog djela. Biće, dakle, proizlazi iz zakonskog pojma krivičnog djela¹⁹. Biće krivičnog djela obuhvata sva obilježja određenog krivičnog djela i ono ispoljava u čemu se sastoji zabranjeno ponašanje²⁰.

U pravnoj teoriji se razlikuju shvatanja o odnosu bića krivičnog djela i zakonskog opisa djela. Tako, prema jednom shvatanju, biće krivičnog djela treba razlikovati od „zakonskog opisa krivičnog djela“. Naime, zakonski opis djela mora da sadrži biće krivičnog djela, ali on može šire da obuhvata i druge elemente koji ne ulaze u obilježja bića (npr. objektivni uslov inkriminacije)²¹. Prema drugom shvatanju se izraz „biće krivičnog djela“ može zamijeniti izrazom „zakonski opis krivičnog djela“²². To je, zapravo, zakonski pojam određenog krivičnog djela.

Gotovo svako krivično djelo ima svoje posebne elemente po kojima se razlikuje od drugih krivičnih djela. Ti posebni elementi čine njegovu posebnu fizionomiju i specifičnost. Biće krivičnog djela stvara se utvrđivanjem zajedničkih karakteristika koje se u životu pojavljuju kod istog djela - u različitim oblicima pojavnog ispoljavanja²³. Uopštavanjem tih karakteristika dobijaju se elementi, a njihovim sažimanjem i povezivanjem dobija se biće određenog krivičnog djela²⁴. Biće krivičnog djela izražava u čemu

se sastoji zabranjeno ponašanje, šta je sadržina „neprava“ krivičnog djela. Ono sadrži sve ono što je tipično za neko krivično djelo²⁵.

Razlikuju se dvije vrste posebnih elemenata bića krivičnog djela²⁶: a) obavezni posebni elementi – radnja, posljedica, subjekt i objekt krivičnog djela i b) mogući posebni elementi – način, sredstvo, vrijeme i mjesto izvršenja, lični odnosi i okolnosti učinioca, posebna namjera, objektivni uslov inkriminacije. Dalje, sva obilježja bića krivičnog djela mogu da se podijele na: a) deskriptivna (opisna) – koja se mogu čulima razumjeti opažanjem na osnovu iskustva i b) normativna – koja se odnose na neki pravni pojam²⁷. Prema jednom drugom shvatanju u pravnoj teoriji, razlikuju se: a) objektivni (spoljni) elementi bića krivičnog djela – predmet radnje, posljedica, sredstvo, način, mjesto i vrijeme izvršenja, lično svojstvo, odnos ili okolnost učinioca i b) subjektivni (unutrašnji) elementi bića krivičnog djela – umišljaj, nehat, namjera, pobuda.

Odnos između opštih i posebnih elemenata krivičnog djela je sličan odnosu između opšteg i konkretnog. Opšti elementi se konkretizuju kroz posebne. Tako, djelo kao opšti element konkretizuje se kroz tačno određenu radnju (djelatnost, vrijeme, mjesto, način i sredstvo) i posljedice (povreda ili ugrožavanje). I ta konkretizacija radnje i posljedice čini posebnost jednog krivičnog djela i odvaja ga od drugog njemu sličnog djela. I drugi opšti elementi pojma krivičnog djela mogu se konkretizovati na različite načine.

Utvrđivanje bića krivičnog djela od strane suda u konkretnom slučaju predstavlja njegovu pravnu kvalifikaciju, odnosno to je podvođenje životnog slučaja (krivične stvari – *causa criminalis*) pod odgovarajuću zakonsku normu sadržanu u krivičnim zakonima²⁸. Upravo je djelatnost pravne kvalifikacije događaja iz spoljnog svijeta osnovna djelatnost organa krivičnog pravosuđa, u prvom redu krivičnog suda. U osnovi pravne kvalifikacije krivičnog djela se nalazi sudsko tumačenje zakona, kao osnovnog formalnog izvora krivičnopravnih normi.

3.MJESTO I ULOGA IZVORA KRIVIČNOG PRAVA

Izvor krivičnog prava može se shvatiti dvojako: a) u formalnom i b) u materijalnom smislu. U formalnom smislu (*fontes iuris cognoscendi*) izvor krivičnog prava čine pravni akti (izražajni oblici) koji sadrže krivičnopravne norme kojima se društveni odnosi prinudno uređuju, bilo da se određena ponašanja zabranjuju ili da se nalažu, odnosno kojima se određuju krivična djela i krivične sankcije. U materijalnom smislu (*fontes iuris essendi*) izvor krivičnog prava

Beograd 1934, 94-99.

²⁵ Vid. P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet, Zagreb 2004, 124-126.

²⁶ Vid. B. Čejović, *Krivično pravo, Opšti dio*, Službeni list, Beograd 2002, 100-104.

²⁷ N. Mrvić Petrović, (2005), 72.

²⁸ Vid. D. Jovašević, V. Ikanović, *Krivično pravo Republike Srpske, Opšti dio*, Univerzitet Apeiron, Banja Luka 2012, 78-82.

¹⁶ M. Radovanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Savremena administracija, Beograd 1975, 61-62.

¹⁷ N. Mrvić Petrović, *Krivično pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2005, 72.

¹⁸ M. Radovanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Savremena administracija, Beograd 1975, 62.

¹⁹ Z. Tomić, *Krivično pravo, Krivično djelo*, Pravni fakultet, Sarajevo 2007, 90.

²⁰ V. Grozdanić, M. Škorić, *Uvod u kazneno pravo, Opći dio*, Pravni fakultet, Rijeka 2009, 78-79.

²¹ N. Mrvić Petrović, (2005), 72.

²² B. Zlatarić, M. Damaška, (1966), 35.

²³ B. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, *Krivično pravo 1*, Pravni fakultet, Sarajevo 2015, 116.

²⁴ Vid. T. Živanović, *Osnovni problemi krivičnog prava*, Geca Kon,

va jesu društveni odnosi regulisani putem krivičnopravnih normi. Međutim, iako se pojam izvora krivičnog prava izražava u materijalnom i formalnom smislu, obično se pod izvorom prava podrazumijeva formalni izvor – zakon kao osnovni pravni akt koji sadrži krivičnopravne norme²⁹.

Izvori krivičnog prava se dijele na: a) osnovne (neposredne) izvore koji neposredno propisuju pojedina krivična djela i krivične sankcije za njihove učinioce, gdje spada zakon i b) dopunske (pomoćne ili posredne) izvore. Dopunski izvori sadrže odredbe krivičnopravnog sadržaja, ali se primjenjuju samo u slučaju kada zakon upućuje na njihovu primjenu. To su: a) normativni akti državnih organa, b) međunarodni ugovori, c) običajno pravo, d) sudska praksa i e) pravna nauka (doktrina)³⁰.

Sa aspekta pravne kvalifikacije pojedinih krivičnih djela, poseban značaj imaju dopunski izvori, posebno kada se radi o različitim oblicima pravnih praznina³¹. Radi se, naime, o propisivanju pojedinih obilježja krivičnih djela samo u opštim zakonskim okvirima, dok se upotunjavanje ili preciziranje njihove sadržine vrši upravo putem dopunskih izvora krivičnog prava.

Na prvom mjestu, u okviru dopunskih izvora krivičnog prava, izdvajaju se normativni (podzakonski) akti državnih i drugih organa. Oni, zapravo, predstavljaju posredni izvor krivičnog prava u slučaju „blanketnih normi“ kada krivični zakon upućuje na njihovu primjenu³². To su norme koje ne predviđaju sva obilježja krivičnog djela ili sankciju, već daju opšti okvir, a radi utvrđivanja osnovnih ili dopunskih obilježja tog krivičnog djela ili sankcije upućuju na podzakonski akt. Takva su krivična djela kod kojih se radnja izvršenja sastoji u „postupanju protivno propisima, odlukama ili naredbama državnih organa“ kao što je slučaj kod krivičnih djela protiv: privrede, zdravlja ljudi, životne sredine, bezbjednosti javnog saobraćaja, opšte sigurnosti ljudi i imovine i sl.

U okviru dopunskih izvora krivičnog prava, kojima se ne dovodi u pitanje princip zakonitosti, već se on naprotiv potvrđuje i dopunjuje - spadaju zapravo norme običajnog prava³³. To je nepisani izvor prava (*ius non scriptum*) koji je istina dugo bio jedini regulator društvenih odnosa, počev od prvobitne zajednice do pojave pisanih pravnih spomenika³⁴. Značaj primjene običajnih pravnih pravila u savremenom krivičnom pravu se posebno ogleda u periodima

izgradnje pozitivnog zakonodavstva, posebno u državama koje ranije nisu imale razvijenu pravnu tradiciju (kao što je slučaj sa Bosnom i Hercegovinom koja je tek 2003. godine po prvi put dobila cjelokupno reformisano krivično zakonodavstvo).

U Bosni i Hercegovini (kao i drugim državama kontinentalnog pravnog sistema), gdje je vladajući princip zakonitosti, običajno pravo može se takođe javiti kao dopunski izvor krivičnog prava posebno u slučajevima kod utvrđivanja pravog značenja, sadržine (tumačenja) pojedinih pojmova i instituta (u prvom redu kod pravne kvalifikacije pojedinih krivičnih djela), naročito onih koji su regulisani uzansama (dobrim poslovnim običajima – *bona fides*). To može da bude od uticaja kod utvrđivanja okolnosti pod kojima je izvršeno neko konkretno krivično djelo protiv imovine ili privrede, odnosno u oblasti krivičnih djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, gdje se pojedina međunarodna krivična djela sastoje u kršenju pravila međunarodnog (humanitarnog – haškog ili ženevskog prava) – ratni zločini (čl.173-175 ili član 177 ili čl. 181-183 KZ BiH ili u povredi „zakona i običaja rata“ – povreda zakona ili običaja rata (član 179 KZ BiH).

I sudska praksa je od najstarijih vremena imala veliki značaj ne samo u procesu stvaranju normi krivičnog prava, već još više u njegovom tumačenju radi efikasnije primjene u svakodnevnom životnim situacijama, posebno prilikom pravne kvalifikacije učinjenih krivičnih djela od strane organa krivičnog pravosuđa³⁵. Naime, primjenjujući krivičnopravne propise, sudovi zauzimaju odgovarajuća pravna shvatanja o njima s ciljem zakonite, efikasne i kvalitetne primjene, pri čemu ih popunjavaju socijalnom/društvenom sadržinom. Zapravo, sudska primjena zakonskih propisa nije mehanička, već je naprotiv stvaralačka, kreativna i dinamična. Stoga, ne iznenađuje da sudska praksa, zajedno s pravnom naukom/doktrinom, prilikom rješavanja brojne slučajeve iz prakse: a) ima ulogu pri utvrđivanju pravog smisla/značenja pojedinih krivičnopravnih pojmova i b) stvara opšte pojmove i institute krivičnog prava kao što su: produženo krivično djelo, trajno krivično djelo, posredno izvršilaštvo i sl. Sličan uticaj ima pravna nauka na stvaranje, tumačenje i neposrednu primjenu krivičnopravnih propisa.

ULOGA TUMAČENJA I ANALOGIJE U KRIVIČNOM PRAVU

U vezi sa izvorima (neposrednim i posrednim) krivičnog prava poseban značaj ima sudska uloga suda pri pravnoj kvalifikaciji pojma, elemenata, sadržine, karakteristika, te oblika/vidova ispoljavanja pojedinih krivičnih djela propisanih pozitivnim krivičnim zakonodavstvom. Pri obavljanju ove pravosudne funkcije se posebno naglašava pitanje tumačenja (interpretacije) zakona. To je logička, misaona, psihološka djelatnost kojom se utvrđuje sadržaj,

²⁹ Z. Stojanović, (2022), 44-48.

³⁰ Vid. D. Jovašević, „Sporedno krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta“, Zbornik radova, *Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Brčko 2011, 213–228.

³¹ Vid. D. Jovašević, „Sporedno krivično zakonodavstvo u Republici Srbiji“, *Vojno delo*, Beograd 7/2019, 9-101.

³² Vid. V. Grozdanić, M. Škorić, I. Martinović, *Kazneno pravo, Opći dio*, Pravni fakultet, Rijeka 2013, 40-44.

³³ Vid. I. Vuković, *Krivično pravo, Opšti deo*, Pravni fakultet, Beograd 2021, 22-25.

³⁴ Vid. B. Čejović, (2002), 197-199.

³⁵ Vid. M. Babić, I. Marković, *Krivično pravo, Opšti dio*, Pravni fakultet, Banja Luka 2008, 82-84.

pravi smisao i značenje krivičnopravne odredbe kako bi se mogla primijeniti na konkretan slučaj³⁶.

Svaki zakon, pa tako i krivični zakon zahtijeva tumačenje radi njegove pravilne, zakonite, efikasne i kvalitetne primjene³⁷. To je razumljivo jer je tekst zakona, kao opšteg pravnog akta koji treba da se primjenjuje na konkretne krivične stvari - individualno neodređene slučajeve koji se eventualno mogu pojaviti u svakodnevnim životnim situacijama u dugom periodu, suviše uopšten, apstraktan, dvosmislen (višesmislen). Iz toga proizlazi da se zakonski tekst može shvatiti različito zbog nesavršenosti jezika, upotrebe neadekvatnih izraza ili izraza s više značenja, zbog neodređenosti upotrijebljenih pojmova i visokog stepena nomotehničke apstrakcije i generalizacije³⁸.

Na taj način se tumačenjem zato apstraktnoj, uopštenoj, „suvoparnoj“ pravnoj normi daje socijalna sadržina jer se ona primjenjuje na stvarni događaj, na konkretni slučaj izvršenog krivičnog djela – *causa criminalis*. Time se daje pravi i potpuni smisao zakona, odnosno utvrđuje se „volja“ zakonodavca. Tako se pronalazi i cilj, svrha koji se želi postići neposrednom primjenom zakona u svakodnevnoj sudskoj praksi organa krivičnog pravosuđa. Pri tome, treba imati u vidu da se tumačenje ne obavlja po „slobodnom nahođenju i uvjerenju“ suda, već se ono vrši upravo u skladu s principom zakonitosti. Na taj način se osigurava pravna sigurnost građana i njihova jednakost pred zakonom³⁹.

Iako se u pravnoj teoriji razlikuje više vrsta tumačenja prava kao što su⁴⁰: a) autentično, b) sudsko i c) doktrinarno - najveći praktičan značaj ima upravo sudsko tumačenje. Naime, sud u svakom konkretnom slučaju, prilikom primjene zakonskih propisa na neposrednu krivičnu stvar (životni događaj koji upućuje na pojam, elemente i obilježja krivičnog djela) tumači zakonske norme. Takvo njegovo tumačenje ga ne obavezuje kasnije pri rješavanju drugog identičnog slučaja, kao što ne obavezuje ni druge sudove. Iako ono nema obavezujuću snagu za sud ubuduće, ipak na posredan način utiče na praksu sudova svojom ubjedljivošću, snagom logike i pravne argumentacije⁴¹. Ali, ovakvo shvatanje – tumačenje može da utiče i na zakonodavca prilikom predlaganja novih, izmjene ili ukidanja pojedinih zakonskih rješenja⁴².

Jedan od specifičnih oblika sudskog tumačenja u primjeni krivičnopravnih propisa se javlja u obliku primjene analogije. Naime, brojni zakonski propisi u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine posredno upućuju na primjenu analogije.

Tako, Krivični zakon BiH, primjera radi, analogiju predviđa u sledećim slučajevima kod krivičnih djela: a) izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti (član 145a) - ko javno izaziva ili raspiruje nacionalnu, rasnu ili vjersku mržnju, razdor ili netrpeljivost među konstitutivnim narodima i ostalima, kao *i drugima* koji žive ili borave u Bosni i Hercegovini, b) protivpravno lišenje slobode (član 147) - službeno ili odgovorno lice u institucijama Bosne i Hercegovine koje drugog protivpravno zatvori, drži zatvorenog ili mu na *drugi način* oduzme slobodu kretanja, c) povreda slobode opredeljenja birača (član 151) - ko silom, ozbiljnom pretnjom, prisudom, podmićivanjem ili korištenjem njegovog teškog ekonomskog stanja *ili na drugi protivpravan* način utiče na birača u Bosni i Hercegovini, d) izborna prevara (član 154.) - ko krivotvori rezultate izbora ili glasanja za institucije Bosne i Hercegovine dodavanjem, oduzimanjem ili brisanjem glasova ili potpisa, netačnim brojanjem glasova, neistinitim upisivanjem rezultata u izborne isprave ili *na drugi način*, e) napad na ustavni poredak (član 156.) - ko upotrebom sile ili prijetnjom upotrebe sile *ili na neki drugi protivpravan način* pokuša da promijeni ustavni poredak, f) ugrožavanje teritorijalne cjeline (član 157) - ko upotrebom sile ili prijetnjom upotrebe sile ili *na neki drugi protivpravan način* pokuša da otcijepi dio teritorije Bosne i Hercegovine, g) otmica aviona ili broda ili zauzimanje fiksne platform (član 197) - ko silom ili pretnjom da će upotrijebiti silu ili *drugim oblikom* zastrašivanja, preuzme ili vrši kontrolu nad avionom i sl.

I Krivični zakon Federacije BiH u brojnim svojim odredbama prilikom propisivanja pojedinih krivičnih djela upućuje na shodnu primjenu analogije prilikom tumačenja zakonskih propisa kao što su npr.: a) nesavesno liječenje (član 229) - doktor medicine ili doktor stomatologije koji obavljajući svoju aktivnost primijeni *očito neprikladno* sredstvo ili *očito neprikladan način* liječenja ili ne primijeni *odgovarajuće* higijenske mjere, b) služenje alkoholnih pića mlađim maloljetnicima (član 237) - ko u ugostiteljskom objektu *ili drugom objektu* u kojem se prodaju alkoholna pića, c) nesavesno pružanje veterinarske pomoći (član 308) - veterinar ili ovlašteni veterinarski pomoćnik koji pri pružanju veterinarske pomoći propiše ili primeni *očito neprikladno sredstvo ili očito nepravilan način* liječenja ili *uopšte* nesavesno postupa i sl.

Analogija⁴³, kao oblik tumačenja krivičnopravnih zakonskih propisa, metod je zaključivanja i rješavanja konkretnih slučajeva koji nisu zakonom regulisani na osnovu sličnosti. Pravni propisi ne mogu da obuhvate sve situacije i slučajeve koji se mogu javiti u razvoju društvenih odnosa jer su pravni propisi statični, a društveni odnosi dinamični. Ta nesaglasnost dovodi do toga da se u stvarnom životu rađaju slučajevi i situacije koji nisu regulisani pravnim propisima, a koji moraju biti riješeni. Pošto ne postoje propisi koji regulišu ovakve slučajeve, to se pristupa analogiji, pa

³⁶ Vid. I. Vuković, (2021), 15-18.

³⁷ Vid. Lj. Selinšek, *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela*, GV Založba, Ljubljana 2007, 87-89.

³⁸ Vid. M. Babić, I. Marković, (2008), 84-87.

³⁹ Vid. Lj. Jovanović, D. Jovašević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Policijska akademija, Beograd 2003, 119-122.

⁴⁰ Vid. V. Grozdanić, M. Škorić, *Uvod u kazneno pravo, Opšti dio*, Pravni fakultet, Rijeka 2009, 25-32.

⁴¹ Vid. Lj. Selinšek, (2007), 91-93.

⁴² Vid. V. Grozdanić, M. Škorić, I. Martinović, (2013), 52-55.

⁴³ Vid. V. Grozdanić, M. Škorić, I. Martinović, (2013), 55-57.

se za njihovo rješavanje primjenjuju propisi koji regulišu slične slučajeve⁴⁴.

U pravnoj teoriji se razlikuju dvije vrste analogije⁴⁵: a) zakonska i b) pravna. Za temu našeg rada posebnu ulogu ima zakonska analogija (*analogia legis*) koja označava situaciju kada se zakonom izričito nepredviđeni slučaj koji sadrži zakonski termin "na drugi sličan način, drugim sredstvom i sl" - rješava primjenom zakonskog propisa koji reguliše sličan slučaj. S druge strane, pravna analogija (*analogia iuris*) označava situaciju kada se zakonom izričito nepropisani slučaj rješava upravo primjenom principa/načela na kojima se zasnivaju propisi cjelokupnog krivičnog prava ili primjenom principa na kojima se zasniva cjelokupni pravni sistem države.

Praktično, podvođenje (supsumiranje) zakonom izričito nepropisanih slučajeva pod tumačenje kojim se uređuju, shvataju drugi slični slučajevi i njihovo rješavanje na osnovu tih propisa predstavlja analogiju kao vid stvaranja prava (*creation analogique*)⁴⁶. Pored nje, postoji i analogija kao vid tumačenja prava (*interpretation analogique*) koja na osnovu sličnosti rješava konkretan slučaj u okviru zakona (*intra legem*), tj. proširivanjem smisla propisa koji reguliše najbližnje slučajeve. Ona je slična ekstenzivnom (širem) tumačenju zakona.

U pravnoj teoriji⁴⁷ mogu se naći shvatanja prema kojima se razlika između ova dva načina tumačenja uočava jer se pri „ekstenzivnom tumačenju ostaje u okviru upotrijebljenih riječi i termina (s njihovim širim značenjem)“, dok se analogija logičnom operacijom utvrđivanja sličnosti udaljuje od pravih značenja upotrijebljenih izraza i termina u nastojanju da se ostane u skladu s voljom zakonodavca i njegovom intencijom⁴⁸. Analogija kojom se stvara pravo je protivna principu zakonitosti. Ona se izuzetno primjenjuje u krivičnom pravu, i to u periodu njegove izgradnje (stvaranja). Analogija, kao oblik/forma tumačenja prava, primjenjuje se i u krivičnom pravu, primjera radi, u slučajevima kada sam zakon upućuje na njenu primjenu upotrebom termina: "na drugi način, drugim sredstvom i sl."⁴⁹

POJAM I ELEMENTI KRIVIČNOG DJELA U MEĐUNARODNOM KRIVIČNOM PRAVU

Na sličan način, kao u unutrašnjem (internom, nacionalnom) krivičnom pravu, pojam i elemente krivičnog djela određuje i međunarodno krivično pravo⁵⁰. Ono se zato

⁴⁴ Vid. V. Kambovski, *Kazneno pravo, Opšt del, 2*, Skopje 2006, 199-201.

⁴⁵ N. Srzentić, A. Stajić, *Krivično pravo, Opšti deo*, Savremena administracija, Beograd 1966, 82.

⁴⁶ Vid. B. Čejović, (2002), 207-210.

⁴⁷ Vid. V. Kambovski, (2006), 199-201.

⁴⁸ Vid. J. Tahović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Naučna knjiga, Beograd 1961, 145-147.

⁴⁹ Vid. Lj. Selinšek, (2007), 91-93.

⁵⁰ Iako ima shvatanja u krivičnopravnoj literaturi prema kojima opšti deo materijalnog međunarodnog krivičnog prava nije ni blizu onako razvijen kao što je to slučaj sa unutrašnjim krivičnim pravom, mišljenja smo da se i u okviru

naziva "međunarodno krivično djelo"⁵¹. U određivanju pojma, elemenata i karakteristika međunarodnog krivičnog djela u pravnoj teoriji se razlikuje više shvatanja⁵².

Prema jednom shvatanju, međunarodno krivično djelo predstavlja činjenje koje je upereno protiv međunarodnog pravnog poretka čija je kažnjivost predviđena neposredno normama međunarodnog prava koje na to ponašanje nadovezuje pravne posljedice u vidu sankcija u svrhu sigurnosti i popravljaja. Drugi autori pojam međunarodnog krivičnog djela određuju kao napad na osnove međunarodnih odnosa koji je predviđen međunarodnim aktom⁵³. Prema trećem shvatanju, međunarodno krivično djelo je djelo koje je izvršeno sa namjerom da se povrijede osnovni interesi zaštićeni međunarodnim pravom ili sa znanjem da će djelo vjerovatno provrijediti takav interes i koje ne može biti adekvatno kažnjeno putem normalne krivične jurisdikcije svake države. Njime se napada na socijalnu svijest čovječanstva u cjelini⁵⁴.

Zbog značaja izloženih karakteristika, u pravnoj teoriji se izdvaja sljedeća definicija međunarodnog krivičnog djela koju čini pet opštih, temeljnih elemenata. To su⁵⁵: a) zabranjena radnja je od značajnog međunarodnog interesa, posebno ako se njome ugrožava međunarodni mir i bezbjednost, b) zabranjena radnja predstavlja izuzetan napad na vrijednosti koje uobičajeno važe u međunarodnoj zajednici, pa se takav napad smatra udarom na osjećaj humanosti, odnosno opšteljudsku svijest, c) zabranjena radnja ima transnacionalne implikacije što podrazumijeva uključenost više od jedne države ili se posljedice ili se planiranje, pripremanje ili izvršenje djela prostiru na području više država, odnosno postoji razlika u državljanstvu žrtava ili upotrijebljena sredstva premašuju nacionalne granice, d) zabranjena radnja je štetna po međunarodno zaštićena lica ili interese i e) zabranjena radnja krši međunarodno zaštićene interese.

Međunarodno krivično djelo (zločin) predstavlja kršenje međunarodnih pravila koja povlače individualnu

ove grane prava može konstituisati nauka opšteg dijela materijalnog prava sa osnovnim institutima: međunarodno krivično djelo, krivična odgovornost i krivična sankcija (Vid. D. Jovašević, V. Ikanović, *Međunarodno krivično pravo*, Univerzitet Apeiron, Banja Luka 2015, 46-69).

⁵¹ U pravnoj teoriji se ističe da opšti dio međunarodnog krivičnog prava čini skup pravila koja predviđaju subjektivne elemente bića krivičnih djela, oblike i vrste krivične odgovornosti, uslove koji isključuju krivičnu odgovornost i sistem krivičnih sankcija (Vid. A. Cassese, *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2005, 21).

⁵² Vid. B. Petrović, D. Jovašević, *Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio*, Sarajevo 2005, 127-129.

⁵³ A. Trajnin, "Učenje o biću krivičnog dela", Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1949, 190.

⁵⁴ Vid. M. Milojević, "Obaveza kažnjavanja za međunarodna krivična dela", *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd 2/1969, 227-229.

⁵⁵ Vid. B. Petrović, D. Jovašević, *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet, Sarajevo 2010, 119-121.

krivičnu odgovornost pojedinca. Ovaj pojam čine sljedeći elementi⁵⁶: a) kršenje međunarodnih običajnih pravila, b) ova pravila imaju za svrhu da štite vrijednosti koje cijela međunarodna zajednica smatra važnim i koja obavezuje sve države i sve pojedince, c) postoji univerzalni interes za suzbijanje tih krivičnih djela, pa svaka država može u načelu goniti i kažnjavati učinioce takvih djela bez obzira na to gdje su oni izvršeni, od strane čijih državljana i na čiju štetu su takva djela izvršena i d) ako je izvršilac djelovao u nekom službenom svojstvu (kao državni ili vojni zvaničnik), ne može se pozivati na imunitet od građanske ili krivične jurisdikcije.

Prema opšteusvojenoj definiciji pojma krivičnog djela u nacionalnim krivičnim zakonodavstvima (koja je kompleksna objektivno-subjektivna i materijalno-formalna), međunarodno krivično djelo⁵⁷ se može odrediti kao protivpravno ponašanje krivično odgovornog (vinog) učinioca kojim se povređuju ili ugrožavaju dobra zaštićena međunarodnim pravom, mir među narodima i bezbjednost čovječanstva, koje je propisima određeno kao krivično djelo i za čijeg učinioca je propisana krivična sankcija⁵⁸. Slična ovoj je i definicija⁵⁹ koja kao međunarodno krivično djelo smatra onu protivpravnu i skrivljenu radnju koja je, u cilju zaštite određenog dobra koje se na nivou međunarodne zajednice smatra univerzalnim, odnosno kome se od strane većeg broja država priznaje neophodnost krivičnopravne zaštite, zakonima tih država u istovjetnom ili veoma sličnom obliku predviđena kao krivično djelo⁶⁰.

Prema članu 19 Nacrta Pravila o odgovornosti država koji je pripremila Komisija za međunarodno pravo OUN iz 1976. godine, međunarodno krivično djelo je ono protivpravno djelo koje proizilazi iz povrede od strane neke države međunarodne obaveze koja je toliko bitna za zaštitu osnovnih interesa međunarodne zajednice da je njena povreda priznata međunarodnim zločinom od te zajednice u njenoj cjelini i predstavlja međunarodni zločin⁶¹.

Među opštim elementima pojma međunarodnog krivičnog djela poseban značaj ima protivpravnost u smislu protivnosti međunarodnog krivičnog djela pravnim propisima pozitivnog pravnog sistema (kao formalni, objektivni elemenat). To znači da se na ovaj način krše norme i zabrane utvrđene propisima međunarodnog ratnog i hu-

manitarnog prava koje su upravo i postavljene u cilju zaštite određenih društvenih vrijednosti ili dobara⁶². Ovo je formalni, objektivni elemenat pojma međunarodnog krivičnog djela. Stoga se najčešće međunarodno krivično djelo i sastoji u kršenju normi međunarodnog prava ili u postupanju protivno pravilima sadržanim u ovoj grani prava⁶³. To dalje znači da umišljaj učinioca kod ovih djela mora da obuhvati i svijest o protivpravnosti postupanja takvog lica.

S druge strane, određenost međunarodnog krivičnog djela u propisima⁶⁴ znači da njegova obilježja bića, kao i vrsta i visina krivičnih sankcija za njegovog učinioca moraju biti određeni u odgovarajućim propisima. Dvije su vrste propisa koje ih određuju. To su: a) propisi u okviru međunarodnih akata kao što su: Statut Međunarodnog vojnog suda, Statut Haškog tribunala, Statut krivičnog tribunala za Ruandu i Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda, kao i odgovarajući akti samog međunarodnog suda (npr. Pravila postupka i dokazivanja, Elementi zločina i dr) i b) propisi nacionalnog krivičnog zakonodavstva.

U pogledu elementa određenosti (zakonitosti krivičnog djela i kazne) u pravnoj teoriji, ali i praksi isticani su brojni prigovori vezani za⁶⁵: a) retroaktivnu primjenu krivičnopravnih propisa, posebno u vezi sa presudama Njernberškog i Tokijskog suda, kao i za b) odstupanja od načela propisanosti i određenosti kazne za međunarodna krivična djela u propisima. Tome treba dodati i primjenu običajnog prava i analogije pri utrdivanju krivične odgovornosti za međunarodna krivična djela, što sve predstavlja odstupanje od strogog poštovanja principa zakonitosti⁶⁶. Brojni prigovori ove vrste su konačno otklonjeni Rimskim statutom Međunarodnog krivičnog suda koji izričito predviđa zabranu retroaktivnosti krivičnopravnih normi (član 11 - nadležnost *ratione temporis* i član 24 - zabrana retroaktivnosti *ratione personae*), zabranu analogije (član 22 stav 2) i izričito propisuje određenost krivičnog djela i kazne u propisima (*nullum crimen, nulla poena sine lege* – čl. 22 i 23).

ULOGA TUMAČENJA I ANALOGIJE MEĐU IZVORIMA MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG PRAVA

Statut Međunarodnog krivičnog suda⁶⁷ (Rimski statut) iz jula 1998. godine među principima međunarodnog krivičnog prava, na prvom mjestu, ističe princip zakonitosti

⁵⁶ Vid. A. Cassese, (2005), 26-28.

⁵⁷ Vid. D. Jovašević, *Međunarodna krivična dela – odgovornost i kažnjivost*, Pravni fakultet, Niš 2010, 131-137.

⁵⁸ Vid. D. Jovašević, *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet, Niš, 2011, 89-91.

⁵⁹ M. Škulić, *Pojam međunarodnog krivičnog dela*, Zbornik radova, "Primena međunarodnog krivičnog prava od strane međunarodnih i nacionalnih sudova", Udruženje za međunarodno krivično pravo, Tara 2006, 92.

⁶⁰ Vid. D. Jovašević, "Pojam i elementi krivičnog dela", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Beograd 1-2/2009, 41-48.

⁶¹ V.Đ. Degan, B. Pavišić, *Međunarodno kazneno pravo*, Pravni fakultet, Rijeka 2005, 182.

⁶² Vid. I. Josipović, "Marginalije povodom mogućeg procesuiranja ratnih zločina počinjenih u ratu u Hrvatskoj", *Zakonitost*, Zagreb 11-12/1991, 1294-1303.

⁶³ Vid. K. Turković, "The Contribution of the Statute of the Ad hoc International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia to the Development of International Humanitarian Law", *Croatian International Relations Review*, Zagreb 2/1996, 95-123.

⁶⁴ Vid. B. Petrović, D. Jovašević, (2005), 153-155.

⁶⁵ D. Jovašević, (2010), 149-150.

⁶⁶ D. Jovašević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Dosije, Beograd 2017, 74-75.

⁶⁷ Vid. K. Wellens, *International Law: Theory and Practice*, Kluwer, Hague 1998, 119-132.

krivičnog djela i kazne⁶⁸ (čl. 22 i 23), prema kome niko ne može biti kažnjen za djelo koje je učinio ako prije toga ono nije bilo predviđeno kao krivično djelo i za njegovog učinioa nije bila propisana krivična sankcija. To dalje znači da sud učiniocu krivičnog djela može izreći samo onu kaznu po vrsti i mjeri koja je propisana za to djelo. Opisi bića pojedinih međunarodnih krivičnih djela su jasno izgrađeni i ne mogu se proširivati primjenom analogije (tumačenjem po sličnosti). U težnji da obezbijedi strogo poštovanje ovog osnovnog principa krivičnog prava uopšte, u stavu 2 člana 22 Rimski statut propisuje dužnost suda da bića krivičnih djela tumači restriktivno.

Materijalni izvor međunarodnog prava leži u snazi međunarodne ravnoteže. Pod međunarodnom ravnotežom treba u svakom posebnom momentu i u svakom posebnom odnosu podrazumijevati cjelokupni proces međunarodnog opštenja sa svim protivtežnjama i vjerovatnim zaključkom o posljedicama upotrebe prinude. Tako se razlikuju dvije vrste ovih izvora. To su: a) međunarodni i b) nacionalni izvori. U teoriji krivičnog prava javljaju se i takva shvatanja prema kojima izvori ove grane prava predstavljaju kombinaciju krivičnopravnih i međunarodnih načela.

Na osnovu člana 38 Statuta Međunarodnog suda pravde, kao izvori međunarodnog krivičnog prava smatraju se: a) međunarodne konvencije, b) međunarodni običaji (običajno ili nepisano pravo), c) opšta pravna načela i d) sudske odluke (sudska praksa) i učenja pravnika (pravna nauka). Sa aspekta teme našega rada, među izvorima međunarodnog krivičnog prava poseban značaj imaju međunarodni običaji kao dokaz opšte prakse koja je prihvaćena kao pravo – pravila običajnog prava (*opinio iuris*). Ovi običaji nastaju ponavljanjem vršenja (praksom) država i drugih subjekata međunarodnog prava koja čini njegov objektivni elemenat. No, u stvaranju običajnih pravila određenu ulogu ima i subjektivni (psihički) elemenat. On se ogleda u uvjerenju ili svijesti većine država da je utvrđena “praksa” zaista i obavezna. To je zapravo svijest donosilaca političkih odluka u pojedinim državama (*opinio iuris sive necessitatis*) da je postavljena praksa obavezna za njihovu državu.

Pri tome se razlikuju dvije vrste običajnih prava. To su: a) opšta pravila - koja obavezuju sve države ili najveći broj subjekata međunarodne zajednice i b) partikularna pravila - koja obavezuju samo krug određenih država. Opšta pravna načela koja priznaju civilizovani (prosvijećeni) narodi nisu nastala sa namjerom da urede i regulišu konkretne odnose u međunarodnoj zajednici u određenom vremenskom periodu, ali bez njih pravni poredak (međunarodni, transnacionalni, supranacionani ili unutrašnji) ne bi bio moguć, niti bi mogao efikasno djelovati. Ona su nastala u dugotrajnom istorijskom razvoju, i to prvo u unutrašnjem pravnom poretku pojedinih država. Ujednačeni razvoj kri-

vičnih zakonodavstava velikog broja država, počev od 19. vijeka naovamo, precizirao je sadržaj brojnih opštih načela krivičnog prava i krivičnog procesnog prava koja su danas postala *ius cogens* i smatraju se zajedničkom baštinom evropskih naroda.

O značaju običaja u međunarodnom pravu govori i shvatanje Međunarodnog suda pravde prema kome: „Ne samo da akti o kojima je riječ predstavljaju stalnu praksu, već svojom prirodom ili načinom na koji su preduzimana treba da svjedoče o tome da je riječ o ubjeđenju da je ova praksa postala obavezna na osnovu pravnog pravila. Nužnost takvog ubjeđenja, tj. postojanje subjektivnog elementa pretpostavlja se u samom pojmu *opinio iuris sive necessitatis*. Stoga, zainteresovane države treba da se povinuju nečemu što odgovara pravnoj obavezi. Nisu dovoljni ni učestalost, ni uobičajenost takvih akata”⁶⁹.

Na sličan način, sudske odluke i učenja najpoznatijih stručnjaka međunarodnog javnog prava su pomoćno sredstvo za utvrđivanje pravnih pravila⁷⁰ u granicama odredbe člana 59 Rimskog statuta.

ZAKLJUČAK

I u domaćem nacionalnom, internom krivičnom pravu (pravu Bosne i Hercegovine), kao i u međunarodnom krivičnom pravu koje početkom trećeg milenijuma dobija “pravo građanstva” stupanjem na pravnu snagu Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda - “princip zakonitosti, legaliteta” se javlja kao jedan od osnovnih principa ili rukovodnih načela. To znači, da se krivično djelo (nacionalno ili međunarodno) propisuje samo “zakonom” upravo prije nego što je takvo protivpravno ponašanje uopšte preduzeto od strane nekog lica. Na ovaj način se određuju opšti, ali i posebni pojam (biće) krivičnog djela (zakonski opis) kao najteža vrsta kažnjivog, javnopravnog delikta.

To ukazuje i da osnovni izvor savremenog nacionalnog (internog) krivičnog prava, ne samo u Bosni i Hercegovini, već i u drugim razvijenim državama, te u međunarodnom krivičnom pravu - predstavlja upravo zakon (krivični i drugi sporedni). Iako je tako ograničena, u većoj ili manjoj mjeri, primjena nepisanog (običajnog) prava, sudske prakse, kao i analogije, kao izvora krivičnopravnih propisa, to ipak ne znači da je njihova primjena isključena posebno u sferi tumačenja krivičnopravnih normi, odnosno u slučaju popunjavanja pravnih praznina ili prilagođavanja pravnih propisa socijalnoj sadržini.

Ovo naročito dolazi do izražaja u postupku pravne kvalifikacije pojedinih krivičnih djela od strane organa krivičnog pravosuđa. Tom prilikom se životni događaj, konkretna krivična stvar sa pojedinačno ispoljenim oblicima/vidovima ispoljavanja, podvodi pod određeni krivičnopravni propis u cilju utvrđivanja da li je određeno lice izvršilo kri-

⁶⁸ Vid. D. Derenčinović, “Implementacija materijalno pravnih odredbi Statuta Međunarodnog kaznenog suda (Rimski statut) u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu”, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb 2/2003, 877-906.

⁶⁹ Vid. V. Dimitrijević, O. Račić, V. Đerić, T. Papić, V. Petrović, S. Obradović, *Osnovi međunarodnog javnog prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 1997, 149-154.

⁷⁰ Vid. V.Đ. Degan, B. Pavišić, (2005), 19-21,

vično djelo, koje krivično djelo, te radi utvrđivanja njegove krivične odgovornosti (krivice) i izricanju kazne ili druge krivične sankcije.

U postupku pravne kvalifikacije krivičnog djela sloboda nahođenja krivičnog suda je ispoljena u većem ili manjem obimu, zavisno od vrste, prirode i karakteristika krivičnopravne norme koje ga određuje (definiše). Upravo se tu nalazi mogućnost primjene dopunskih, pomoćnih izvora krivičnog prava, kako u nacionalnom, tako i u međunarodnom krivičnom pravu, iako je njihova primjena izuzetna, opravdana, cjelishodna i racionalna, te svedena na najmanju moguću mjeru. Naime, kod pravne kvalifikacije pojedinih krivičnih djela u konkretnim slučajevima, od strane organa krivičnog (nacionalnog ili međunarodnog) pravosuđa, često se mogu javiti situacije, bilo u pogledu elemenata bića, bilo kod utvrđivanja postojanja uslova kažnjivosti, gdje je primjena dopunskih izvora (sudske prakse, pravne nauke, običajnih pravila i sl.) neophodno potrebna i opravdana, ali uvijek zasnovana na strogoj poštovanju principa zakonitosti.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

- Асагур, А.А., „Развитие международного уголовного права и деятельность международных уголовных судов“, *Московский журнал международного права*, 2, Москва 2000.
- Babić, Miloš, Marković, Ivanka, *Krivično pravo, Opšti dio*, Pravni fakultet, Banja Luka 2008.
- Babić, Miloš, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, Grafomark, Banja Luka 2021.
- Блищенко Игорь Павлович, Фисенко И.В., *Международный уголовный суд*, М.: Закон и право, ЮНИТИ 1998.
- Cassese, Antonio, *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2005.
- Cassese, Antonio, „International Criminal Justice in Historical Perspective: The Tension between States' Interests and the Pursuit of International Justice“, in *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, 131, Oxford 2009.
- Chamey, Jonathan I. „International criminal law and the role of domestic courts“, *American journal of international law*, 1, 2001.
- Čejović, Bora, *Krivično pravo, Opšti dio*, Službeni list, Beograd 2002.
- Dale, Elizabeth, *Criminal Justice in the United States 1789–1939*, Cambridge University Press, 2011.
- Degan, Vladimir Đuro, Pavišić, Berislav, *Međunarodno kazneno pravo*, Pravni fakultet, Rijeka 2005.
- Derenčinović, D., „Implementacija materijalnopravnih odredbi Statuta Međunarodnog kaznenog suda (Rimski statut) u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb 2/2003.
- Dimitrijević, Vojin, Račić, Obrad, Đerić, Vladimir, Papić, Tatjana, Petrović, Vesna, Obradović, Saša, *Osnovi međunarodnog javnog prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 1997.
- Dubber, Markus, *Comparative Criminal Law*. In: Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (Hrsg.): *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford 2006.
- Dubber, Markus, Hörnle, Tatjana (Hrsg.), *Criminal Law: A Comparative Approach*. Oxford University Press, Oxford 2014.
- Gao, Mingxuan, *Prinzip des Strafrechts*, Band 1. China Renmin University Press, Peking 1993.
- Grozđanić, Velinka, Škorić, Marissabell, *Uvod u kazneno pravo, Opšti dio*, Pravni fakultet, Rijeka 2009.
- Grozđanić, Velinka, Škorić, Marissabell, Martinović, Igor, *Kazneno pravo, Opšti dio*, Pravni fakultet, Rijeka 2013.
- Hall, Jerome, *General principles of criminal law, 2d ed.*, Bobbs-Merrill, Indianapolis 1960.
- Heller, Kevin Jon, Dubber, Markus D. (Hrsg.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*. Stanford University Press, 2010.
- Horvatić, Željko, *Kazneno pravo, Opšti dio I*, Pravni fakultet, Zagreb 2003.
- Jefferson, Michael, *Criminal Law, 12th Edition*, Pearson Education Limited, 2015.
- Josipović, Ivo, „Marginalije povodom mogućeg procesuiranja ratnih zločina počinjenih u ratu u Hrvatskoj“, *Zakonitost*, Zagreb 11-12/1991
- Jovanović, Ljubiša, Jovašević, Dragan, *Krivično pravo, Opšti dio*, Policijska akademija, Beograd 2003.
- Jovašević, Dragan, „Pojam i elementi krivičnog dela“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Beograd 1-2/2009.
- Jovašević, Dragan, *Međunarodna krivična dela – odgovornost i kažnjivost*, Pravni fakultet, Niš, 2010.
- Jovašević, Dragan, *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet, Niš, 2011.
- Jovašević, Dragan, „Sporedno krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta“, Zbornik radova, *Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Brčko 2011.
- Jovašević, Dragan, „Princip zakonitosti od Valtazara Bogišića do današnjih dana“, *Spomenica Valtazaru Bogišiću*, Knjiga prva, Institut za uporedno pravo, Beograd 2011.
- Jovašević, Dragan, „Princip zakonitosti u krivičnom pravu“, *Perjanik*, Podgorica 27/2012.
- Jovašević, Dragan, Ikanović, Veljko, *Krivično pravo Republike Srpske, Opšti dio*, Univerzitet Apeiron, Banja Luka 2012.
- Jovašević, Dragan, Ikanović, Veljko, *Međunarodno krivično pravo*, Univerzitet Apeiron, Banja Luka 2015.
- Jovašević, Dragan, *Krivično pravo, Opšti dio*, Dosije, Beograd 2017.
- Jovašević, Dragan, „Sporedno krivično zakonodavstvo u Republici Srbiji“, *Vojno delo*, Beograd 7/2019.
- Kambovski, Vlado, *Kazneno pravo, Opšti del*, Skopje 2006.
- Milojević, Momir, „Obaveza kažnjavanja za međunarodna krivična djela“, *Jugoslavenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd 2/1969
- Mrvić Petrović, Nataša, *Krivično pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2005.
- Nemeth, Charles P., *Criminal Law, Second edition*, CRC Press, Boca Raton 2012 .

- Novoselec, Petar, *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet, Zagreb 2004.
- O'Sullivan, Julie, "The Federal Criminal Code is a Disgrace: Obstruction Statutes as Case Study", *Journal of Criminal Law & Criminology*, Northwestern University School of Law, 62/2006.
- Pavišić, Berislav, Grozdanić, Velinka, Veić, Petar, *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb 2007.
- Petrović, Borislav, Jovašević, Dragan, *Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio*, Pravni fakultet, Sarajevo 2005.
- Petrović, Borislav, Jovašević, Dragan, *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet, Sarajevo 2010.
- Petrović, Borislav, Jovašević, Dragan, Ferhatović, Amila, *Krivično pravo 1*, Pravni fakultet, Sarajevo 2015.
- Pradel, Jean, Corsten, Geert, Vermeulen, Gert, *Droit pénal européen*, 3e édition, Dalloz 2009.
- Radovanović, M., *Krivično pravo, Opšti deo*, Savremena administracija, Beograd 1975.
- Schomburg, Wolfgang, „Development of Human Rights before International Criminal Tribunals”, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol. 17, 2, Zagreb 2010.
- Selinšek, Liljana, *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega djela*, GV Založba, Ljubljana 2007.
- Simović, Miodrag, Simović, M. Vladimir, Govedarica, Mladenka, *Krivično procesno pravo - uvod i opšti dio, šesto izdanje (izmijenjeno i dopunjeno)*, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać 2021.
- Simović, Miodrag, Simović, M. Vladimir, *Krivično pravo Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine - posebni dio*, Grafomark, Laktaši - Banja Luka 2021.
- Simović, Miodrag, Simović, M. Vladimir, Govedarica, Mladenka, *Krivično procesno pravo II, peto izdanje (izmijenjeno i dopunjeno)*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo 2021.
- Simović, Miodrag, Blagojević, Milan, Simović, M. Vladimir, *Međunarodno krivično pravo, 3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet, Univerziteta u Istočnom Sarajevu -2023.
- Simović, Miodrag, Simović, M. Marina, Simović, M. Vladimir, Simović, Milena, *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Istraživački centar Banja Luka, Banja Luka 2023.
- Srzić, Nikola, Stajić, Aleksandar, *Krivično pravo, Opšti deo*, Savremena administracija, Beograd 1966.
- Stojanović, Zoran, *Krivično pravo, Opšti deo*, Dosije, Beograd 2022.
- Škulić, Milan Pojam međunarodnog krivičnog djela, Zbornik radova, "Primena međunarodnog krivičnog prava od strane međunarodnih i nacionalnih sudova", Udruženje za međunarodno krivično pravo, Tara 2006.
- Tahović, Janko, *Krivično pravo, Opšti deo*, Naučna knjiga, Beograd 1961.
- Tomić, Zvonimir, *Krivično pravo, Krivično djelo*, Pravni fakultet, Sarajevo 2007.
- Trajnin, Aron Naumović, *Učenje o biću krivičnog djela*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1949.
- Turković, Ksenija, "The Contribution of the Statute of the Ad hoc International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia to the Development of International Humanitarian Law", *Croatian International Relations Review*, 2/1996 Zagreb.
- Turković, Ksenija et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb 2013.
- Vuković, Igor, *Krivično pravo, Opšti deo*, Pravni fakultet, Beograd 2021.
- Zlatarić, Bogdan, Damaška, Mirjan, *Rječnik krivičnog prava i postupka*, Informator, Zagreb 1966.
- Živanović, Toma, *Osnovni problemi krivičnog prava*, Geca Kon, Beograd 1934.
- Wellens, Karel, *International Law: Theory and Practice*, Kluwer, Hague 1998.
- Wilson, William, *Criminal law (6th ed.)*, England, Harlow 2017.

Pravni propisi

1. Krivični zakon Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15, 35/18, 46/21, 31/23 i 47/23.
2. Krivični zakon Brčko distrikta BiH, *Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, broj 19/20.
3. Krivični zakon Federacije BiH, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 36/03, 21/04, 69/04, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17 i 31/23.
4. Krivični zakonik Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 64/17, 104/18, 15/21 i 89/21.

Legal Qualification of the Criminal Offense and Principle of Legality in Criminal Law

Academician prof. dr Miodrag N. Simović

Academician, full member of the Academy of Sciences and Arts of Bosnia and Herzegovina, full professor at the Faculty of Law, University of Bihać, professor emeritus, msimovic@anubih.ba; <https://orcid.org/0000-0001-5116-680X>.

Prof. dr Vladimir M. Simović

prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina, full professor at the Faculty of Security and Protection Independent University in Banja Luka, vlado_s@blic.net, <https://orcid.org/0009-0002-9640-6488>.

Abstract: *Laws (criminal and other secondary) are the basic source of modern national (internal) criminal law not only in Bosnia and Herzegovina, but also in other developed countries. In this way, the application of unwritten (common) law, court practice, or analogy in the creation of criminal law norms is excluded, even in the case of legal gaps. However, these supplementary, auxiliary sources of criminal law have not lost their importance even today, both in national criminal law and in international criminal law, especially if their application is exceptional, justified, purposeful and rational, and reduced to the minimum possible extent. Namely, with the legal qualification of certain criminal offenses in specific cases by the criminal (national or international) justice bodies, situations can often arise, either with regard to the elements of being, when determining the existence of the conditions for punishment, where the application of additional sources (jurisprudence, legal science, common law rules, etc.) is absolutely necessary and justified, but always based on strict respect for the principle of legality.*

In the paper, the authors analyze the most significant aspects of the application of certain sources of legal norms in legal qualification of criminal offenses (criminal matter) before criminal justice bodies in domestic and international criminal law, that is, the problems that may arise in concrete practice, and ways of solving them. General and specific concept and elements of a criminal offense, the place and role of sources of criminal law and the role of interpretation and analogy in criminal law are considered in particular. As a necessary precondition for solving this problem, the concept and elements of criminal offense in international criminal law and the role of interpretation and analogy among the sources of international criminal law are considered.

Key words: Sources; Criminal Law; Court; Criminal offense; Interpretation.