

Проф. др Војислав Ђурђић, редовни професор

Правни факултет Универзитета у Нишу

Доц. др Марко Трајковић, доцент

Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 343.2/.7:340.12

ДА ЛИ ЈЕ ДОПУШТЕНА АНАЛОГИЈА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ?

Апстракт: У првом делу рада аутор износи опште учење о аналогији и најпре аналогију посматра као врсту закључивања, тумачећи да је аналогијски закључак на претходној индукцији заснована дедуција, а потом као врсту тумачења права, излажући ставове опште теорије права о законској и правној аналогији. У вези с расправом о месту аналогије у теорији права, аутор подсећа на схватање пандектиста да је аналогија поступак који се налази у средини између тумачења права у строгом смислу речи и самог стварања права. Први део рада се завршава излагањем противречних гледишта о постојању правних празнина, којим доминира ауторов став да се од свог настанка, аналогија у праву везује за правне празнине и служи као средство за њихово попуњавање. Допуштеност аналогије у материјалном кривичном праву предмет је свеобухватне расправе у другом, централном делу рада. Из детаљне анализе њиховог међусобног односа, изводи се закључак да начело легалитета одређује лимите допуштености и примене аналогије у кривичном праву. На тим темељима је изграђен закључак да је у савременом кривичном праву правна аналогија увек забрањена пошто је директно супротна начелу легалитета, а примена законске аналогије се не искључује изван забрањене зоне, детерминисане овим начелом. Посебну пажњу аутор посвећује аналогији *intra legem*, коју поима као трећи вид аналогије и сматра је допуштеним методом тумачења кривичноправних норми. Интерпретира је као начин тумачења закона којим се на основу сличности решава конкретан случај у оквиру закона, кад сам закон упућује на аргумент сличности.

Кључне речи: кривично право, тумачење права, правне празнине, аналогија, аналогија *intra legem*.

1. УОПШТЕНО О АНАЛОГИЈИ

У правној литератури се о аналогiji уобичајено расправља у излагањима везаним за тумачење права. У тој области је аналогija настала и за њу је значајна. Из историјског раздобља правног развитка, негде с почетка двадесетог века, кад је аналогija била актуелни изазов за правну науку да се теоријски уобличи, остало је забележено да „поставити питање тумачења значи поставити питање аналогije“¹ Сасвим је разумљив мотив којим је инспирисан настанак ове сентенце о значају аналогije, ако се узме у обзир да је поређење „сама суштина поимања и, по том основу, да би се завео ред међу стварима, да би се оне разумеле и прилагодили нашем схватању, аналогija је неопходна.“²

Појам „аналогija“ потиче од грчке речи *analogía* којим се означава „делимична сличност између две појаве или појма, истоверност, подударност“.³ Полазећи од оваквог значења, аналогija се може објаснити као закључивање од сличног на слично. У суштини је резонувања путем аналогije да се по запаженој сличности између двеју ствари у једној или више тачака, изводи закључак да су оне сличне још по неком непримећеном обележју. Зато се и сматра да аналогija закључује из сличности двеју ствари у извесним тачкама, на њихову сличност у осталом (Кант), те да представља само предвиђање о ономе што би посматрање и резонување могли непосредно открити да су околности то допуштале (Лиар)⁴.

У правној теорији се аналогija посматра као *врста закључивања* или као *врста тумачења* права.⁵ Уистину, с обзиром на различита гледишта о томе да ли се аналогijом само тумачи право или ствара правна норма, има и оних који је разврставају у „техничке методе стварања права“⁶.

а) Аналогija као врста закључивања

Осим уобичајеног значења делимичне сличности међу објектима, аналогija означава и једну *особену врсту закључивања*: аналогija је закључивање из *делимичне* сличности два различита објекта на даљу њихову сличност или и на њихову *потпуну, апсолутну* сличност (на њихов *идентитет*).⁷ Ствари које се подударају у више односа (обележја) подударају се и у другим. Међутим, ако би било ма и једног обележја које противречи аналогijском закључку („инстанца

1 Живан Спасојевић, Аналогija и тумачење – прилог проучавању метода у приватном праву, (репринт), Београд, 1996, стр. 15.

2 Ж. Спасојевић, *op. cit.*, стр. 18.

3 „Аналогija“ у: *Велики речник страних речи и израза*, „Прометеј“, Нови Сад, 2008.

4 Hamelin, L'analogie, L'année philosophique de 1902. (цитирано према Ж. Спасојевићу, *op. cit.* str. 18).

5 Др Тома Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, Београд, 1959, стр. 833.

6 Радомир Д. Лукић, *Методологија права*, Београд, 1983, стр. 127.

7 Т. Живановић, *Систем ...*, стр. 833.

против њега“), овај би био неважећи. Данас превладава гледиште да је аналогички закључак *на претходној индукцији заснована дедукција*.

Ни о вредности аналогичког закључка нема јединственог гледишта. По једном мишљењу закључак изведен на основу аналогичке исто толико је поуздан као и сваки други дедуктиван закључак, разуме се уколико му је тачна премиса. Ипак се овај суд донекле релативизује пошто се прихвата да је аналогички закључак индуктивно-дедуктиван. Непоузданост аналогичког закључка изједначава се на непоузданост индуктивног закључка, одакле и потиче. Из чињенице што су у једном случају два обележја тако везана да једно проистиче из другог није сасвим поуздано закључити да су и у свим осталим случајевима та два обележја исто тако повезана. Ту не помаже ни логика јер се постојање тезе везе између два обележја као и да је она општа за све такве случајеве, утврђује социолошким анализом. Тек кад се то утврди логика служи да се из тако добијеног индуктивног закључка на основу сличности изведе закључак. Међутим, социолошка анализа је емпиријска па стога никад не може бити поуздана као чисто логички дедуктиван закључак.

Други теоретичари су категорични у ставу да се не може изједначити вредност закључка аналогичким са индуктивним закључком, сматрајући да је закључак по аналогички најчешће мање сигуран од индуктивног закључка. Док је дедуктиван закључак потпуно сигуран, а индуктиван вероватан – закључак по аналогички је мање-више несигуран. И поред тога што аналогички закључак није потпуно изван, њему се придаје велики значај за развој наука, где даје бар правац истраживања и проналажења.⁸

Из самог логичког појма аналогичке јасно је да се закључивање мора вршити по битним особинама два објекта да би било тачно. Што је број сличних особина два објекта на основу којих се изводи конклузија већи, вероватност конклузивног закључка по аналогички је све већа. Тиме аналогички закључак постаје поузданији и зато му је вредност већа.

б) Аналогичка као врста тумачења или стварања права

(1) Појам и врсте аналогичке у праву

У расправи о аналогички најпре треба утврдити има ли јој места у праву и шта она представља. Ова питања су тесно везана за тумачење, једну од најдискутабилнијих области у праву.

Тумачење уопште (тј. херменевтика) се поима као „делатност којом се утврђује значење (смисао) неке материјалне појаве, која је употребљена као знак да би се дотично значење саопштило“.⁹ Циљ је тумачења да нешто нејасно објасни, учини јасним, разумљивим и схватљивим, па се „увек састоји у утврђивању

⁸ Види: Т. Живановић, *Систем ...*, стр. 834.

⁹ Р. Лукић, Б. Кошутић, Д. Митровић, *Увод у право*, Београд, 2000, стр.503.

смисла неке појаве¹⁰. Тумачење права је само једна врста тумачења уопште и представља *утврђивање правог значења правне норме*. То је „закључивање из даних законских текстова, којима се има да утврди смисао (значење, дух) или разлог“.¹¹

У теорији права разликује се тумачење у ужем и ширем смислу. *Тумачење у ужем смислу* постоји кад је непосредни предмет тумачења једна норма или неколико тесно повезаних норми. Означавала се као право тумачење зато што се тумачи норма која постоји. Међутим, како је значење сваке норме везано за низ других норми и за цео систем права, тумачење неке правне норме јавља се као тумачење неког позитивног права као целине. За разлику од правог тумачења, изналажење једне појединачне норме за случај правне празнине представља *тумачење у ширем смислу*. По једнима, то и није право тумачење јер тумач у овом случају тумачи правну норму која такорећи и не постоји. Уистину он се ослања на постојеће норме па изгледа као да их тумачи мада се стварно само угледа на њих.¹² Према супротном гледишту, и код тумачења у ширем смислу непосредни предмет тумачења су правне норме, али не једна норма већ један или више скупова правних норми или читав правни систем. Зато се и за ово тумачење каже да представља тумачење норми које постоје а не оних које не постоје, али да је тумачење система права на основу његовог „духа“ веома ретко.¹³

Аналогија је управо везана за ову другу врсту тумачења – за тумачење права у ширем смислу. Интерпретација права помоћу аналогије одговор је и критика идеја о свеобухватности закона које су водиле ка *непокретности права*. Учења о аналогији везују се за појаву еволуционистичких и социолошких школа које су тражиле нове путеве за примену и проучавање права, наместо старе егзегетичке школе, која се искључиво користила формалном и дедуктивном логиком заснованом на законским текстовима. Једно од најпознатијих дела из тог времена, не само у нашој правној књижевности, јесте докторска теза „Аналогија и тумачење – прилог проучавању метода у приватном праву“ Живојина Спасојевића, браћена на париском правном факултету 1911. године. Зато као најбоља илустрација разлога и начина настанка аналогије нека послуже његови ставови из докторске тезе: (1) У временима непосредно после кодификације „она се примењивала а да се није схватала и на скоро истоветан начин“, а уколико се удаљавамо од тренутка израде и проглашења закона, њена употреба постаје све чешћа, њена нужност и њена примена се наговештавају, пошто „нужност суђења, пуноћа закона и аналогија чине само једно“. (2) У раздобљу после тог времена више се не прихвата догма о законодавчевој вољи као апсолутној исти-

10 Драган М. Митровић, *Увод у право*, Београд, 2009, стр. 297.

11 Т. Живановић, *Систем ...*, стр. 834.

12 Р. Лукић, *Теорија ...*, стр. 265.

13 Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 300.

ни, почиње се ићи за судском праксом и признаје се умерена дедукција, што показује да правно резонување не подноси ону крутост из претхоног времена; поимање аналогije се проширује са појавом идеје да је циљ који треба постићи оно што утиче на њену примену.¹⁴

Од свог настанка све до данас аналогija се уобичајено схвата као главно средство за попуњавање правних празнина. У бити је аналогije тумачење по сличности: *на један случај који није уређен правном нормом, па због тога представља правну празнину, примењује се правна норма којом је уређен неки други случај битно сличан овом који представља правну празнину*. Два случаја су битно слична ако су им сличне битне а различите оне споредне особине. Да би се применила аналогija потребно је да у оба случаја, правно регулисаном и нерегулисаном, постоји исти друштвени интерес који се штити правном нормом која ће се помоћу аналогije применити. Аналогija је могућа само кад се утврди да у случају који представља правну празнину постоји исти друштвени интерес као у правно регулисаном случају. У противном, аналогiji нема места. Утврдити друштвени интерес значи утврдити *ratio legis*, тј законски разлог због којег је конкретна норма донета, што се постиже помоћу циљног тумачења. То значи да се телеолошким тумачењем открива постоји ли друштвени интерес да се и на случај који представља правну празнину примени правна норма која је управо из истог тог законског разлога донета за сличан случај. Битна сличност између правном нормом регулисаног и правно нерегулисаног случаја, као услова за приемну аналогije, своди се на идентичност интереса и циљева (*ratio legis*) који се правном нормом штите, а утврђује се циљним тумачењем.¹⁵ Може се закључити да се аналогijом правна норма којом је регулисан један случај проширује и на други правно нерегулисани зато што у оба случаја постоји исти законски разлог.

Уобичајено се аналогija дели на законску (*analogia legis*) и правну (*analogia iuris*). Код законске аналогije се конкретна правна норма предвиђена за један случај примењује на други сличан, нерегулисани случај, а као логичко средство представља закључивање *од посебног сличног на слично посебно*. Код законске аналогije се из једног конкретнијег правила изводи једно апстрактније: из једног законског прописа који се односи на изврстан случај, издвајају се оне карактеристике тог случаја због којих је тај пропис и донет, потом се утврђује да те исте карактеристике постоје и код другог случаја, о којем нема никаквог прописа, онда се закључује да се постојећи пропис не односи само на случај који се у њему помиње него и на све случајеве у којима постоје исте битне карактеристике.¹⁶

14 Ж. Спасојевић, *op. cit.*, стр. 25. и 26.

15 Р. Степанов, Г. Вукадиновић, *Теорија права II*, Нови Сад, 2002, стр. 117. и 118.

16 Радомир Лукић, *Теорија државе и права – II Теорија права*, Београд, 1991, стр.271.

Кад се на правну празнину примењује опште правно начело изведено из више норми или целог правног система, то је *правна аналогија*. У бити је правне аналогије примена извесног *принципа* изведеног из низа законских прописа по његовој сличности с духом тих прописа.¹⁷ Код правне аналогије се општа начела изводе из масе конкретних норми којима се регулишу разни конкретни случајеви и примењују на случајеве необухваћене тим конкретним нормама. Од обичне примене општих начела која су као таква непосредно формулисана (прописана), аналогија се разликује по томе што код ње тумач сам изводи та општа начела.¹⁸

Будући да се законска аналогија везује за конкретну норму из истог закона који се тумачи а правна аналогија за масу правних норми или за систем права у целини, сматра се да законској аналогији има места *кад је закон нејасан* а правној кад у закону постоји *правна празнина*.

Кад се посматра као логичко средство, аналогија у свом генусу значи закључивање од сличног на слично. **Законска:** *од посебног сличног на слично посебно*, **правна:** *од сличног општег на слично појединачно*.

Постоји још подела аналогије на: (а) *делимичну* и (б) *потпуну*. Код делимичне аналогије (*analogia partialis*) општа правна норма се изводи из неколико посебних норми. Код потпуне аналогије (*analogia totalis*) она се изводи из „духа“ целокупног права и представља опште правно начело. По питању ове класификације, једни сматрају да је у питању подела правне аналогије,¹⁹ док су други мишљења да се она у доброј мери подудара са поделом аналогије на законску и правну.

На крају још треба рећи да се аналогија много више употребљава у *common law* систему пошто га одликује прецедентно право које садржи много мање апстрактних правних норми него кодификовано континентално право,²⁰ тј. мање општих принципа него закони.²¹

(2) Да ли је аналогија облик тумачења или начин стварања права?

У теоријским схватањима најчешће се аналогија везује за тумачење права и попуњавање правних празнина. Насупрот реченом, у правној теорији има и оних који аналогију измештају изван поља тумачења права. Ти теоретичари постављају као претходно питање да ли се правне празнине уопште попуњавају тумачењем права. Тумаче се у правом смислу норме, разуме се норме које постоје, кажу они, али како је могуће тумачити непостојеће норме. Код попуњавања

17 Т. Живановић, *Систем ...*, стр. 835.

18 Р. Лукић, *Теорија...*, стр. 272.

19 Р. Лукић, Б. Кошутић, Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 566.

20 Р. Лукић, *Теорија ...*, стр. 272.

21 Др Ђорђе Тасић, *Аналогија*, Бранич, бр. 5/1934, стр. 254.

правних празнина заиста и нема тумачења у правом смислу него тобожњи тумач ствара право. Приликом примене аналогије (и правила *agrumentum a contrario*) он се ослања на постојеће норме представљајући себи да их се придржава, да их тумачи, а у ствари се само угледа на њих при стварању сопствене норме. Зато, по њиховом мишљењу, попуњавање правних празнина, па и методом аналогије, спада у стварање или примену права (претежно у стварање), а не у тумачење права.²² И законска аналогија, према овом схватњу, представља „слободно стварање права“, пре него примену норме.²³ По њиховом мишљењу, два су разлога због којих се меша попуњавање правних празнина са тумачењем права: Прво, зато што тумачење теоријски није довољно разграничено од стварања, на једној, и примене права, на другој страни. Друго, зато што се заступа гледиште да онај који примењује право треба уистину да га примењује тумачећи га, али не и да га ствара јер би се тиме кршио принцип поделе власти, па се стога стварање права представља као тумачење, односно примена.²⁴

У вези с расправом о месту аналогије у теорији права, треба подсетити да се још у Виндшјајдовим пандектама, аналогија схватала као поступак који се налази у средини између тумачења у строгом смислу речи и самог стварања права. С једне стране, она се ослања на писани закон и захваљујући претпоставци органског јединства закона, покушава да отклони недостатке мисли и да попуни празнине законског прописа. С друге стране, аналогија која закључује из целине општех духа правног система, нужно се уздиже изнад законског текста и тражи начела у природи позитивних ствари. Како се аналогија, с једне стране ослања на писани текст, а с друге, неминовно даје судији улогу „да сам кроји правну норму“, у вези с тим изгледа да је тачна она Хегелова мисао да у последицама наше делатности има навек нечега више од онога што се хтело.²⁵

(3) Однос аналогије и екстензивног тумачења

Аналогија је аргумент логичког изналажења правог значења норме, а екстензивно тумачење је засновано на ширини значења законске норме. Пошто су у питању појмовно различите категорије, о њиховом разграничењу има смисла расправљати у делу у ком се преклапају, у коме су сличне. Априори посматрано, те заједничке или додирне тачке могле би се пронаћи у случајевима и обиму примене ова два облика тумачења права. Екстензивним тумачењем се вишезначним речима у правној норми даје шире значење и то значење утврђује као оно право пошто највише одговара циљу норме која се тумачи. За разлику од тога, аналогијом се правна норма којом је регулисан један случај проширује и на други правно нерегулисани случај.

22 Р. Лукић, *Методологија ...*, стр. 127.

23 Радомир Лукић, *Теорија државе и права – II Теорија права*, Београд, 1991, стр.272.

24 Р. Лукић, *Методологија ...*, стр. 127.

25 Види М. Туцаковић, II, стр. 82.

Управо у оваквом њиховом поимању се може наћи полазиште да се разлуче: за екстензивно тумачење потребно је да постоји *вишезначна норма*, а за примену аналогије, *правна празнина*. И ово могуће упориште доводи се у питање схватањем да правној аналогији има места кад постоје правне празнине а законској, кад је закон нејасан, чиме се ова друга може стопити са случајевима који исцискују екстензивно тумачење. Али и независно од тог схватања, тешко је утврдити кад се тумач креће унутар закона, јер се не може прецизно одредити кад се ширим значењем норме излази изван закона, а с друге стране, не зна се увек у којој је мери аналогија потчињена законским изразима, на страну што се и ти изрази могу уже и шире тумачити. За егзактно разликовање аналогије и екстензивног тумачења засад није предложено неки објективни универзални критеријум па се може рећи да је та граница флуидна.

Објашњење ове разлике у правној теорији се везује за питање да ли се случај може подвести под граматички смисао норме. О екстензивном тумачењу је реч кад се тачан смисао норме налази помоћу проширивања граматичког смисла норме која се примењује баш на случај који је у њој *предвиђен*, док се код аналогије правни пропис примењује „баш на случај за који је тачно утврђено да га *норма не обухвата*“.²⁶ Другим речима, аналогија се разликује од екстензивног тумачења по томе што се екстензивним тумачењем не може прећи преко садржине самог прописа, тачније преко могућег значења које садрже речи. Код екстензивног тумачења су, дакле, ствари и ситуације садржане у законском тексту. Код тумачења помоћу аналогије, међутим, иде се преко тога, на ствари и ситуације законом *непредвиђене*. Ипак, између њих не могу се поставити чврсте границе јер се једној речи може дати и посве „неуобичајено“ значење, у ком случају се та граница лако брише.²⁷

Разликовање између екстензивног тумачења и аналогије значајно је првенствено с теоријског аспекта и нема неке велике практичне важности, изузев за кривично право где то може бити од користи, пошто је, начелно узев, примена аналогије у кривичном праву забрањена.²⁸

ц) Правне празнине и аргумент аналогије

Од свог настанка, аналогија у праву везује се за правне празнине. Појавила се у правној пракси и правној теорији као средство за њихово попуњавање.

Правним празнинама се сматрају друштвени односи који нису регулисани правом, иако би због друштвеног интереса требало да јесу.²⁹ Реч је о важним и конфликтним друштвеним односима који или нису уопште уређени, или су

26 Р. Лукић, *Теорија ...*, стр. 272.

27 Ђ. Тасић, *Аналогија ...*, стр. 255.

28 Исто тако Ђ. Тасић, *Аналогија ...*, стр. 255.

29 Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 301.

непотпуно уређени правним нормама, а требало би да буду.³⁰ Кад законописци и други нормотворци не уоче одређене друштвене односе које треба регулисати, или их уоче али им не придају већу важност па остану правно нерегулисани, такви односи представљају правне празнине. Најкраће речено, правна празнина је „све оно на шта нема одговора у закону“, а што се „јави пред судом [или другим органом] на решење“.³¹

Правне празнине треба разликовати од других односа који нису регулисани правом а не представљају правне празнине. За то не постоји критеријум за егзактно разликовање у сваком појединачном случају. Ти односи се не могу апсолутно разграничити па су могуће и грешке. За њихово разграничење као општа препорука је да се пажљиво анализирају ти друштвени односи с циљем да се утврди шта је корисније за право – да се однос препусти слободном регулисању или да се попуни појединачном нормом како би се у понашању мање грешило. Сматра се да је за такву процену важније правилно утврђивање циља од строгог придржавања начела законитости, а такво поступање оцењује се као допуштено пошто се ради о односу који није регулисан правом.³² Управо је ова аргументација још један разлог против примене аналогије у кривичном праву.

У погледу правних празнина, као основно питање поставља се да ли оне уопште постоје. Расправа о томе се води дуго и оштро, а резултат су два супротстављена гледишта. Према једном гледишту, правних празнина уопште нема, а свој став образлажу двама главним, међусобно посве супротним разлозима. Прво, правних празнина нема зато што је право потпун систем – оно што није непосредно прописано, регулисано је посредно, вишом, апстрактнијом нормом, што се утврђује логичким путем пошто је право логички затворен и заокружен систем. Друго, правних празнина нема зато што нерегулисано и не потпада под право.³³

Схватања да правне празнине не постоје, без бзира о којој теорији је реч, неприхватљива су будући да су оне неминовност – „право никад не може потпуно да обухвати живот који је увек сложенији и бржи од права“.³⁴ Разлози су, дакле, двојаки: (1) пошто су живот и стварност врло *сложени*, законописци не могу да обухвате све што треба да обухвате, нити да „*виде* све што постоји и што мора да се правно регулише“; (2) живот и стварност су поред тога и *динамични*, па није могуће све *предвидети* што ће се временом као ново појавити и развити, те законодавац зато не може ни да то правно регулише.³⁵ Зато што

30 Н. Висковић, *op. cit.*, стр. 260.

31 М. Туцаковић, I, стр. 25.

32 Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 301.

33 Види: Радомир Лукић, *Методологија права*, Београд, 1983, стр.126.

34 Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 301.

35 Р. Лукић, *Теорија ...*, 265.

се тај несклад не може предупредити, правних празнина несумњиво има и мора их бити у сваком правном поретку. „Да би један правни поредак био без правних празнина, морао би да сваки однос који долази у право садржи један правни пропис, а то је немогуће, а с друге стране, да правни поредак буде тако променљив да се мења паралелно с променама живота, што би опет било и технички немогуће и некорисно“.³⁶ Празнине су неизбежне посебно приликом великих кодификација, „које садрже бесконачно много решења поводом сваке мисли писаца закона који се на њима нису могли увек довољно задржавати да би разјаснили све појединости“.³⁷

Према времену настанка празнине се деле на *почетне* (примарне), које настају *ab initio* – у време доношења правног прописа, и *накнадне* (секундарне) које настају тек после доношења прописа. Првим је узрок људски немар а другим људска несавршеност.³⁸ Ма како законодавац и законописци савршено радили, закон остаје продукт једне нарочите вештине – законодавне технике, и „као такав он је само једна апроксимација онога што у ствари постоји, али никад права слика реалности“ (Ж. Спасојевић, *О јуриспруденцији*, Архив, 1912).

Према обиму правне нерегулисаности друштвених односа, правне празнине могу бити *праве* и *неправе*. *Праве* празнине настају у случају кад је неки друштвени однос регулисан општом правном нормом али неки његов саставни део није регулисан. *Неправе* пак постоје кад читава област није регулисана општим нормама па се несметано могу примењивати норме којима се регулишу неке друге области.³⁹

У правној теорији се раличито интерпретира како се попуњавају правне празнине. Ипак, већина је сагласна у једном: правне празнине се попуњавају накнадно, и то појединачним правним нормама. Једни сматрају да се попуњавање правних празнина врши тако што се суд или други орган ослања на судску или другу правну праксу, правну науку, обичаје, морална схватања, итд.⁴⁰ Други пак прецизирају начине попуњавања правних празнина уочавајући да суду, државном органу или коме другом овлашћеном на примену права, за попуњавање правних празнина стоје на располагању: (1) аналогија (или *argumentum a contrario*), (2) обичајно право и (3) самостално стварање правне норме – управо по наведеном редоследу.⁴¹ Као критеријум за овакву класификацију начина попуњавања правних празнина називу се правни извори – закон, обичај и прецедент.

36 Р. Лукић, *Теорија ...*, стр. 265.

37 Ж. Спасојевић, *op. cit.*, стр. 15.

38 Д. Митровић, *op. cit.*, стр. 301.

39 *Ibidem*.

40 *Ibidem*.

41 Р. Лукић, *Теорија ...*, стр. 266.

2. ДОПУШТЕНОСТ АНАЛОГИЈЕ У ТУМАЧЕЊУ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА

а) Начело легалитета – лимит за примену аналогije у кривичном праву

Аналогија се више примењује у оним правним областима које су мање изграђене (нпр. у области употребе копутера, заштите потрошача и сл.), а има и грана законодавства у којима је посве из других разлога забрањена њена примена, попут кривичног законодавства. За разлику од других грана права, примена аналогије као облика логичког тумачења кривичноправних норми „сведена је на најмању меру“;⁴² због важења начела легалитета: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. У кривичном материјалном праву начело легалитета је неприкосновено – оно одређује границе тумачења кривичног закона уопште, па и логичког тумачења помоћу аргумента аналогије.

За разумевање на који начин и у ком обиму је начело легалитета препрека за примену аналогије у материјалном кривичном праву, потребно је указати на његово дејство уопште и његов утицај на одређивање граница тумачења кривичноправних норми.

Начело легалитета има вишеструко дејство а огледа се у следећем: (1) само закон може бити извор кривичног права (*nullum crimen sine lege scripta*), чиме се искључује примена обичајног права; (2) искључено је стварање нових инкриминација путем аналогије (*nullum crimen sine lege stricta*); (3) меродаван је само закон који важи у време извршења кривичног дела: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (овај захтев се још у теорији означава као принцип забране ретроактивног дејства кривичног закона - *nullum crimen sine lege praevia*); (4) описи бића кривичних дела у законским нормама морају бити јасни и прецизни.⁴³ Овако схваћено начело законитости осигурава гарантивну функцију кривичног права – заштиту слобода и права човека.

Својим дејством начело легалитета одређује и границе тумачења кривичних норми. Најпре, због важења овог начела посебно је изражен захтев да је законски текст почетак и основ сваког тумачења. *Верност законском тексту* доводи тумачење до правог смисла и граница закона – што више га поштовати а што мање се удаљавати од њега. Међутим, пошто би потпуно робовање тексту закона отежало осавремењавање закона у судској пракси и занемарило би значење константних друштвених промена, у кривичноправној науци превладава залагање за слободнијим утврђивањем смисла закона. Разуме се да је сам текст граница тумачењу у смислу да спречава став који би у бити био

⁴² Н. Срнзетић - А. Стајић – Љ. Лазаревић, *Кривично право – Општи део*, Београд, 1978, стр. 106.

⁴³ Cf. Франjo Ваџић, *Кривично право – Општи део*, Zagreb, 1978, стр. 100; Зоран Стојановић, *Кривично право – Општи део*, Београд, 2004, стр. 40.

супротан ономе што значе саме речи законског текста.⁴⁴ Следећа специфичност тумачења инкриминација везана је за основну функцију кривичног права – заштиту одређених вредности, која се не сме губити из вида при сваком тумачењу. *Утврђивање заштитног објекта* темељна је претпоставка за исправно тумачење кривичног закона. Откривањем објекта заштите сазнајемо шта хоће законодавац да заштити неком кривичном нормом, шта је њен циљ. Том спознајом објекта заштите, постаје јасан прави смисао и значење норме која се тумачи. Отуда је ово тумачење према објекту заштите особена одлика телеолошког тумачења у кривичном праву. Поред објекта, за тумачење кривичног закона значајан је и *обим кривичноправне заштите*. Фрагментарни, парцијални карактер кривичноправне заштите одређује границе до којих се може ићи у тумачењу: за утврђивање правога смисла норме мора се знати у ком обиму норма која се тумачи пружа заштиту неком добру (заштићено добро не ужива кривичноправну заштиту од свих напада већ само неких, по правилу најтежих). За утврђивање односа између законских бића појединих кривичних дела, нарочито међусобно блиских, значајна је и *висина запрећене казне*. На крају, забрањено је свако тумачење противно суштини и сврси начела легалитета у кривичном праву, као гаранту правне сигурности при тумачењу кривичног закона.

Изнето тумачење граница примене аналогије доминира савременим кривичним законодавствима, а ако се узму у обзир општи историјски развој кривичног права и појединачна решења у упоредном праву, може се закључити да законодавци по том питању имају или су имали различите ставове: (1) да је аналогија *изричито забрањена*, али је овакав законодавни поступак веома редак; (2) да нема изричите забране него се *прописује начело легалитета*, па из прописане садржине и дикције норме о овом неприкосновеном начелу произлази да је аналогија забрањена; (3) да се уношењем тзв. генералних клаузула у диспозицију кривичноправне норме у појединим одредбама предвиђа аналогија *intra legem*; (4) да законску или правну аналогију или обе заједно, дотично законодавство познаје као *општи правни институт*.⁴⁵

б) *Оправдање и поље важења забране аналогије у кривичном материјалном праву*

Кривичноправним прописима се штите најважнија добра људи и за њихово кршење прописују најтеже санкције, па се неприкосновено важење принципа законитости јавља као нужно за осигурање правне сигурности грађана.⁴⁶ То је и основни разлог да се забрани аналогија у кривичном праву, као средство стварања нових кривичних дела, пошто је директно супротна смислу и фун-

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

45 Cf. Станко Пихлер, *Аналогија у кривичном праву*, *Анали*, бр. 1-2/1971, стр. 152. и 152.

46 Упореди: Р. Лукић, *Теорија...*, стр. 272.

кцији овог основног принципа кривичног права.⁴⁷ И у нашем кривичном праву таква аналогија је забрањена. Није допуштено да суд квалификује као кривично дело неку радњу ако у кривичном закону није предвиђена као кривично дело иако је слична неком законом предвиђеном кривичном делу. Таква забрана није изричито прописана али произлази из одредбе чл. 1. КЗ о начелу легалитета: „Никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено“. Принцип легалитета подигнут је на ранг уставног начела и важи за сва кажњива дела, а регулисан је у одредбама о *праву на правну сигурност у казненом праву* (чл. 34. ст. 1. Устава). Из гаранције да нема кривичног дела ни казне без закона, која се означава као принцип одређености дела и казне у закону, применом правила *argumentum a contrario*, као облика логичког тумачења, закључује се да кривично дело и казна не могу бити одређени нормом изван закона, што значи ни нормом насталом у поступку стварања права применом аналогије. *Забрањена је, дакле, она аналогија којом се стварају нова кривична дела*: не може се квалификовати као кривично дело неко понашање човека, ма колико било друштвено опасно и штетно, ако законом није предвиђено као кривично дело. Таква аналогија се искључује из кривичног права као директно супротна начелу легалитета јер ствара правну несигурност и омогућава самовољу, арбитрерност и злоупотребе од стране судских органа. Управо заштита слобода и права човека од сваке произвољности и могућих злоупотреба од стране суда, преставља одлучујући мотив за забрану аналогије којом се стварају ново кривично дело, макар оно било и слично с неким од законом предвиђених. Укратко речено, значење и функција начела легалитета одређују обим важења, границе и забрањену зону аналогије у кривичном праву.

Забарана аналогије у кривичном праву није сама себи циљ, па стога не представља апсолутну забрану. Та забрана служи да се предупредује и онемогуће арбитрерност и злоупотребе којима се угрожавају слободе и права човека. Аналогија у кривичном праву само не сме да буде средство којим ће се довести у питање законитост рада судова, правна сигурност и уставом и међународним документима гарантоване слободе и права човека, и то у границама које осигурава начело легалитета. Тиме су постављене границе забрањене аналогије у кривичном праву.

Полазећи од овако одређене сврхе и граница забране аналогије, у кривичноправној књижевности се сматра да забрана обухвата нарочито:

- забрану оне аналогије којом се ствара ново кривично дело применом кривичних прописа којима се регулише најсличнији случај (нпр. кад би неко

⁴⁷ О принципима кривичног права види: Др Драган Јовашевић, *Кривично право – Општи део*, Београд, 2006, стр. 30-32.

понашање које у закону није предвиђено као кривично, суд квалификовало као кривично дело применом оне законске одредбе којом је неко сасвим слично понашање инкриминисано као кривично дело);

- забрану да се аналогијом стварају нови квалификовани облици неког основног кривичног дела (нпр. проглашавањем неке околности квалификаторном а која као таква није превиђена код тог кривичног дела али је иста или слична са неком квалификаторном околношћу предвиђеном код неког другог сличног или сродног кривичног дела;

- забрану да се тумачењем по аналогији казна поштри; и

- забрану правне аналогије, тј забрану да се кривично дело или казна створи појединачном правном нормом на основу општих принципа кривичног законодавства или духа читавог правног поретка.⁴⁸ У свим овим случајевима применом аналогије закон се мења и допуњава на штету окривљеног, што је у директној супротности са начелом законитости у кривичном праву, па се зато ти случајеви налазе у зони забрањене аналогије.

У прве три поменуте ситуације очигледно је реч о законској аналогији која је забрањена, па би се могло закључити да је у савременом кривичном праву *правна аналогија увек забрањена* пошто је директно супротна начелу легалитета, а *примена законске аналогије се не искључује* изван забрањене зоне, детерминисане истим овим начелом.

Данас се правна аналогија сматра недопуштеном, али ни та забрана није апсолутна ни универзална. У историји кривичног законодавства познато је да је Немачка у једном периоду свог правног развитка изричито прописивала у свом кривичном законодавству и могућност примене правне аналогије. У време фашистичке немачке државе у њеном кривичном законодавству била је дозвољена и законска и правна аналогија. Правна аналогија уведена је 1935. године доношењем Закона о изменама Кривичног законика. Одредбама § 2 овог кривичног кодекса предвиђено је да ће се казнити свако ко учини дело које је закон прогласио кажњивим или које према *основном духу* неког кривичног закона и *здравом схватању народа* заслужује казну. „Основни дух закона“ и „здрово народно схватање“ су веома широки појмови под које је могла да се подведе свака радња која је на било који начин угрожавала националсоцијалистички поредак, што је судовима и административним органима дало одрешене руке у одређивању кажњивих дела. Реакција на овакво решење била је веома оштра тако да је ово питање дошло пред највиши међународни форум, па је Стални суд међународне правде ову немачку новелу кривичног законика одбацио као законско решење.⁴⁹

⁴⁸ Ф. Вајић, *op. cit.*, стр. 111. и 112; упореди: Н. Срниетић, А. Стајић, Ј. Лазаревић, *Кривично право – Општи део*, Београд, 1978, стр. 106.

⁴⁹ Опширније: С. Пихлер, *Аналогија у кривичном праву*, *Анали*, бр. 1-2/1971, стр. 152.

ц) Аналогија *intra legem*

Изван граница поља забрањене аналогије које су, као што смо објаснили, одређене начелом легалитета, и у кривичном законодавству допуштено је тумаче помоћу аналогије као средства логичког тумачења.

У кривичноправној теорији допуштеном се сматра „аналогија као начин тумачења закона“ којим се на основу сличности решава конкретан случај у оквиру закона (*intra legem*). Ова аналогија постоји онда када законодавац у конкретној норми кривичног закона прецизно не предвиди све ситуације у којима се та норма има директно примењивати већ оставља норму отвореном и изричито упућује да се на исти начин као у законом одређеној ситуацији има примењивати норма и на сличне ситуације али које законом нису прецизно одређене. Има мишљења да је оваква аналогија блиска екстензивном тумачењу, али с њим није истоветна, а „налази се на прелазу од екстензивног тумачења једног постојећег законског текста ка аналогији којом се ствара право“.⁵⁰ Тако се у кривичноправној теорији, поред законске и правне аналогије, додаје и трећи облик тумачења права путем аналогије – аналогија *intra legem*.⁵¹

Општеприхваћено је становиште да аналогији има места у кривичном праву у свим случајевима кад сам закон упућује на аргумент сличности, на околности, понашања и ситуације које су сличне онима описаним у бићу кривичног дела. У тим случајевима бића кривичних дела одређена су у закону помоћу тзв. *генералне клаузуле*. За означавање сличности, у диспозицији норме користи се израз „други“ за опис радње кривичног дела, средства или објекта радње и сл., са значењем истоветан или сличан. Примера ради, код кривичног дела отмице радња овог дела одређена је егземпларним навођењем и упућивањем на аналогију: „ко силом, претњом, обманом *или на други начин* одведе или задржи неко лице“ (чл. 134. КЗ). У Посебном делу нашег Кривичног законика, као тзв. генерална клаузула веома често је коришћена синтагма „на други начин“ (чак код 52 кривична дела) или „на други сличан начин“, а у употреби су још синтагме којима се прецизира на који се сегмент сличности начина извршења дела мисли: „на други противправан начин“, на „други недозвољен“, „други одговарајући“ или „други преваран“ начин итд.

Иако су употребљене генералне клаузуле прилично широке, конструкције диспозиције кривичне норме не допуштају да се било која делатност, нарочито не неодговарајућа, подведе под законско биће кривичног дела. Најпре, навођењем више појмова којима се одређује опис дела у самој норми која се тумачи, с којима нове ситуације морају бити сличне, одређују се поље сличности и границе у којима тумач може тражити смисао и значење те кривичноправне норме. Поред

50 Н. Срниетић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, *op. cit.*, стр. 106.

51 Види: Станко Пихлер, *Процес примене аналогије у кривичном праву*, Наша законитост, бр. 9/1970, стр. 673- 678.

тога, свака од тих делатности мора одговарати и свим осталим елементима бића кривичног дела које се тумачи. Из реченог следи да је тумач двоструко ограничен: с једне стране у самој норми наведени су појмови који одређују границе сличности, а с друге стране, та нова слична делатност мора одговарати и свим осталим елементима посебног бића кривичног дела које се тумачи. И поред своје општости, дакле, овакве формуле искључују могућност да се под биће кривичног дела које је помоћу њих одређено, подведу ситуације које би имале садржај који не одговара смислу и значењу инкриминације која се тумачи. Тиме су довољно чврсто одређене границе тумачења које осигуравају да се приликом изналагања правог смисла кривичноправне норме не изиђе изван законског текста неоправдано широко.

Овакве законске конструкције диспозиције кривичноправне норме помоћу тзв. генералне клаузуле коришћене су и у Општем делу КЗ. Тако, код скривљене неурачунљивости (*akciones libere in causa*), приликом одређивања како се неко може довести у стање у којем не може да схвати значај свог дела или да управља својим поступцима, у закону је наведено: „употребом алкохола, дрога или **на други начин**“ (чл. 20. КЗ). Упућивања на аргумент сличности има и у одредбама о другим општим институтима кривичног права, на пример: код одговорности уредника – „друго јавно гласило“ (чл. 38. КЗ); код одговорности за дела учињена аудитивним и видео средствима – кад одговара произвођач тих „или *сличних средстава* намењених ширем кругу лица“ (чл. 39. КЗ); код условног отпуста – „друге околности“ које показују да је постигнута сврха кажњавања, односно које указују на оправданост опозивања условног отпуста. (чл. 46. и 47. КЗ); код општих правила о одмеравању казне – „и друге околности које се односе на личност учиниоца“ (чл. 54. КЗ); итд. Таквих законских формула које упућују на примену аналогије у Општем делу Кривичног законика има у одредбама двадесет пет чланова. У којој мери се тзв. генерална клаузула користи у Општем делу КЗ можда најбоље одсликавају одредбе чл. 112. КЗ у којима су дата значења употребљених законских израза – од тридесетак ставова овог члана, којима се по правилу дефинишу коришћени појмови, у једној трећини је употребљен појам „други“ са значењем „сличан“ или „истоветан“. Ови квантитативни подаци показују да се не може занемарити квантум упућивања на аналогију *intra legem* у законским дефиницијама општих кривичноправних института и да је има у општем а не само у посебном делу КЗ, како се то уобичајено наводи у кривичноправној литератури.

И код општих института се у диспозицији са тзв. генералном клаузулом по правилу наводи више појмова с којима нова ситуација мора бити слична. Наведени појмови помажу тумачу да одреди право значење норме али истовремено одређују границе сличности. Изван сличности с тим појмовима норма се не може тумачити, чиме се значење клаузуле сужава и уједно одеђује дозвољени обим примене аналогије *intra legem*.

Без обзира да ли је реч о законском дефинисању општих института кривичног права или о законском опису посебних бића кривичних дела, законске конструкције помоћу тзв. генералних клаузула по правилу довољно прецизно одређују значење кривичноправне норме и уједно обим примене ове врсте аналогije. На тај начин је омогућено да се кривичним нормама обухвате разнолике и многобројне ситуацији из живота и све оно оново што настане а треба да подлеже кривичним прописима, а с друге стране да довољно одређено изражавају садржај и значење норме која се тумачи. Међутим, проблем настаје онда кад није прецизно форилисана ни сама диспозиција норме на коју генерална клаузула треба да се наслања. Осим што сама по себи не би била довољно прецизна, диспозиција постаје још непрецизнија законским упућивањем на сличне ситуације. Због те опасности, може се поставити питање да ли таква одређеност дела и казне не противрече начелу легалитета.

Што је кривичноправна норма непрецизнија све смо ближи примени аналогije као методу стварања а не тумачења права, а све даље од гаранција које пружа начело легалитета. Зато се у кривичноправној литератури с правом инсистира да кривична дела морају бити јасна, прецизна и што више конкретна, како би се међусобно разликовала и како би одговарала начелу легалитета. Међутим, одређени ниво општости норми је нужан због сложености живота и динамичног развоја друштва. То су два супротстављена захтева која се постављају пред законодавца, који за собом повлаче и две међусобно супротне опасности. Инсистирање на прецизности и конкретности норме може одвести законодавца у непрегледну казуистику а да се опет не обухвате све ситуације које треба подвести под кривичне прописе. Насупрот томе, претерано инсистирање на општости норме, како би се обухватило богатство животних ситуација које постоје или ће тек настати, ствара опасност да кривичноправне норме постану у толикој мери апстрактне да се не види њихов прави смисао. Ова друга опасност управо је изражена код тумачења по аналогiji на коју сам закон упућује: једновременом употребом „каучук појмова“ за опис дела и тзв. генералне клаузуле, која приликом изналажења значења треба да се на њих ослони, настала би опасност од стварања „каучук параграфа“ због чијег би се високог нивоа општости могло закључити да таква законска конструкција не задовољава захтев одређености дела у закону. Отуда су те непрецизне, нејасне и прешироко одређене диспозиције у директној супротности с начелом легалитета у кривичном праву.

У вези с неодређеношћу дела у закону, насталој због непрецизних, нејасних и сувише апстрактних норми у кривичном законодавству, може се поставити питање постоји ли каква правна заштита од таквих законодавчевих поступака. То питање су још одавно поставили наши кривичноправни теоретичари и уједно изразили очекивање да ће процес даље демократизације кривичног права довести да се и овој компоненти начела легалитета осигура заштита пред

уставним судом.⁵² Уколико је о овом другом случају реч, може се тумачити да је због неодређености дела и казне у закону директно повређено начело легалитета, предвиђено у чл. 1. Кривичног законика а такође и у уставним одредбама. У Уставу је ово неприкосновено начело кривичног права регулисано у одељку о људским правима и слободама, одредбама члана 34. којима се прокламују гаранције *права на правну сигурност*: „Нико се не може огласити кривим за дело које, пре него што је учињено, законом или другим прописом заснованим на закону није било предвиђено као кажњиво, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена“ (ст. 1); „Кривична дела и кривичне санкције одређују се законом“ (ст.2). Отуда се може тумачити да је неодређеност дела и казне због непрецизне, нејасне или посве апстрактне формулације неког посебног бића кривичног дела, без обзира на узроке па и кад је томе узрок законско упућивање на аналогију, директно супротно начелу легалитета. Таква повреда начела легалитета представљала би грубо кршење основног људског права означеног као „правна сигурност у казненом праву“. И поред очигледне повреде уставних норми у таквим случајевима, ипак се намеће питање има ли правног пута за уставноправну заштиту, мисли се изван редовног поступка за оцену уставности неког закона, па и кривичног.

У трагању за одговором на ово питање, као једино средство дошла би у обзир уставна жаба. Међутим, уставна жалба је допуштена једино против појединачног правног акта државног органа којим је повређено или ускраћено неко основно људско право ако су испуњена или ил или уопште нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту (чл.170. Устава). Отуда се уставном жалбом не би могао побијати кривични закон који при одређивању неког посебног бића кривичног дела не задовољава захтев одређености дела у закону, али би она била могућа ако се кривичном пресудом повреди уставом гарантовано људско право везано за тај захтев. Таква могућност би могла настати у случају ако је у кривичној пресуди примењена законска одредба којом је посебно биће кривичног дела нејасно, непрецизно или апстрактно одређено, или је такав опис дела настао применом аналогије *intra legem*, па се због тога може оценити да је неодређеност дела у тој мери изражена да је у директној супротности с начелом легалитета, тј. да је повређена одредаба члана 34. став 1. Устава, под даљим условом да су против такве судске одлуке исцрпљени сви редовни и ванредни правни лекови. Поједностављено речено, против кривичне пресуде највише судске инстанце којом је повређено начело легалитета због нејасног и непрецизног одређивања бића кривичног дела могућа је уставна жалба због повреде права на правну сигурност у казненом праву. Она је могућа против кривичне пресуде због неодређености описа кривичног дела, било да та неодређеност постоји у самом закону или је настала применом аналогije *intra*

52 Ф. Бачић, *op. cit.*, стр. 101.

legem. Тим пре је уставна жаба допуштена кад кривични суд примени законску или правну аналогију (мада се примена ове последње не да замислити).

Због неодређености дела (и казне) у закону може се покренути и поступак пред Европским судом за људска права у Стразбуру због повреде члана 7. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода којим, којим је гарантовано „кажњавање само на основу закона“. И Европски суд стоји на становишту да орган судске власти који примењује кривични закон не сме га тумачити прешироко, тј. аналогијом, изузев ако таква примена закона иде у корист окривљеном, па због тога законодавства држава морају јасно формулисати норму кривичног закона и имати одредбе довољно предвидиве и приступачне.⁵³

д) Законска аналогија у кривичном праву

У општој историји кривичног законодавства било је и законодавстава која су познавала и експлиците предвиђала примену законске аналогије. У тим законодавствима законска аналогија је била дефинисана као општи институт кривичног права. Могућност примене аналогије најпре је била предвиђена у Совјетском Савезу, непуну деценију после Октобарске револуције. У руском Кривичном законнику из 1926. године (који је ступио на снагу 01. 01. 1927) аналогија је била формулисана на следећи начин: „Ако неко друштвено опасно дело није директно предвиђено овим Закоником, онда се основи и границе одговорности за њ’ одређују према оним члановима Законика који предвиђају најсличнија по врсти кривична дела“ (чл. 16. КЗРСФСР). Из овакве законске формулације јасно произлази да је била уведена законска аналогија, али се из цитиране законске дефиниције уочава да је у приличној мери њен појам проширен. Уношењем у дефиницију такве клаузуле којом се допушта да се на законом непредвиђено кривично дело примене кривични прописи који се односе на кривично дело „најсличније *по врсти*“, начелно узев, обим примене законске аналогије проширен је тако да се приближава правној аналогији. Треба рећи да се у кривичном законодавству Совјетског Савеза аналогија задржала прилично дуго, читаве три деценије. Тек је укинута доношењем Основа кривичног законодавства СССР-а из 1958. године.

И наше кривично законодавство, истина у веома кратком историјском раздобљу, познавало је законску аналогију. Кривичним законом ФНРЈ из 1948. године⁵⁴ уведена је аналогија као општи институт. Тешко је рећи „колико су практичне, правнополитичке потребе, а колико утицаји совјетског кривичног законодавства“⁵⁵ условили њено увођење у наше кривично законодавство

53 Случај *G v. France*, presuda od 27. septembra 1995.

54 „Службени лист ФНРЈ“ бр. 106/1947, од 13. децембра 1947.

55 С. Пихлер, *Аналогија у кривичном праву*, Анали, бр. 1-2/1971, стр. 153.

после Другог светског рата. Уведена је у поглављу о кривичној одговорности, одредбама члана 5. ст. 3. поменутог закона, а формулација је гласила: „За оно друштвено опасно дело које, иако није изричито одређено у закону, *по сличности својих обележја одговара* кривичном делу које је у закону изричито дређено, постоји кривична одговорност. У таквом случају основи одговорности и границе кажњивости утврђују се по прописима за оно кривично дело према чијим је обележјима установљена кривична одговорност“. Пошто је предвиђена аналогна примена прописа за најсличније кривично дело, а не примена оних „законских чланова“ који се односе на кривично дело „најсличније по врсти“, очигледно је реч о законској аналогiji. Била је кратког века – постојала је и примењивала се у судској пракси свега три године. Законска аналогija је укинута Кривичним закоником ФНРЈ из 1951. године.

Савремена кривична законодавства изричито не предвиђају примену законске аналогije али се сматра да законска аналогija није тотално забрањена и да је њена примена ипак могућа у пољу тумачења и примене кривичних прописа, у границама одређеним начелом легалитета. Ради проналажења недостајућих решења у закону, допуштена је примена законске аналогije ако то иде у корист окривљеног а не противречи другим кривичним прописима и кривичноправним принципима. Примера ради, суд се може послужити оваквом аналогijом нарочито у материји о искључењу противправности, пошто та област у већем делу није довољно регулисана.⁵⁶

За примену законске аналогije залажу се и у другим кривичноправним областима. Има мишљења да је изузетно могуће применити ову врсту аналогije кад се тумаче законске одредбе: (1) о основима који искључују постојање кривичног дела, (2) о основима који искључују кажњивост или служе за одмеравање казне, и (3) које се односе на све оне околности које стварају повољну ситуацију за окривљеног.⁵⁷

3. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

На темељу теоријске расправе о аналогiji као врсти закључивања и врсти тумачења права, која је у раду приказана, заузет је став да се од свог настанка, аналогija у праву везује за правне празнине и да служи као средство за њихово попуњавање. У расправи о месту аналогije у теорији права, изнети аргументи инспирисани су идејом да аналогija представља поступак који се налази у средини између тумачења права у строгом, ужем смислу речи и самог стварања права.

⁵⁶ Ф. Ваџић, *op. cit.*, стр. 112.

⁵⁷ Ј. Таховић, *Коментар кривичног законика*, Београд, 1962, стр. 10.

Поље важења аналогије у кривичном материјалном праву ограничено је начелом легалитета - *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Савремена кривичноправна доктрина стоји на становишту да је правна аналогија увек забрањена, пошто је директно супротна начелу легалитета, а да се примена законске аналогије не искључује изван забрањене зоне, детерминисане овим начелом. Допуштеном се, пак, сматра аналогија *intra legem* у чијој бити је начин тумачења закона којим се на основу сличности решава конкретан случај у оквиру закона. Има јој места ка су законске конструкције диспозиције кривичноправне норме изграђене помоћу тзв. генералне клаузуле, тј. кад сам закон упућује на аргумент сличности.

Сврха је расправе о аналогији, изложене у овом раду, и да укаже на потребу да се кривичноправна доктрина посвети и општим питањима теорије права везаним за тумачење кривичноправних норми.

Prof. Vojislav Đurđić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Doc. Marko Trajković, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Admissibility of Analogy In Criminal Law

Summary

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

In the central part of the paper, the authors provide a comprehensive discussion on the admissibility of analogy in the substantive criminal law. Relying upon the detailed analysis of their mutual relations, the authors conclude that the principle of

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

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