

СУДСКО ТУМАЧЕЊЕ И ПРАВНА СИГУРНОСТ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ**

Сажетак: У раду је анализиран растући значај судског тумачења у примени јемстава која се везују за правну сигурност у кривичном праву. Размотрени су основни чиниоци који доводе до непрецизности, противуречности и постојања правних празнина у кривичној материји. Указано је на начине за превазилажење тих потешкоћа, при чему је централно место у раду посвећено разматрању улоге суда у тумачењу кривичне норме. Аутор подсећа на текстуална и друштвена ограничења с којим се сусреће судија приликом тумачења правне норме. Закључак до којег аутор долази јесте да се судска креативност испољава по правилу као утврђивање правног правила, а само изузетно као успостављање правног правила. Тај изузетак ће постојати у случају када се судија сусретне с правном празнином, при чему се у свом поступању мора ослонити на право као целину, као и на друштвени контекст у којем доноси одлуку. У том смислу се може говорити о подељеној надлежности између закона и судске праксе у стварању правних норми.

Кључне речи: судско тумачење, правна сигурност, кривично право, правно правило, судска креативност

I

Да су којим случајем у наслову овог рада уместо речи *тумачење* употребљене речи *стварање права* био би *in medias res* назначен правац у којем је анализиран однос судског поступања и захтева за правном сигурношћу у кривичном праву. То ипак није учињено из неколико разлога.

Наш правни поредак спада у континенталне правне системе у којима је судски допринос правној сигурности свођен најчешће на улогу судије који, Монтеѕкјеовим (*Montesquieu*) речима казано, представља „уста закона“. У складу с тим је заступано гледиште да судско тумачење не може имати ствара-

* gilic@ius.bg.ac.rs ; goran.ilic@ustavni.sud.rs

** Чланак је написан у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду.

лачки домашај, већ се судија појављује као посредник између опште правне норме и њене примене на конкретан случај. То се чини уз помоћ правног силонизма, тј. заључивања у оквиру којег виши суд (*praemissa maior*) представља сама норма, нижи суд (*praemissa minor*) је суд о постојању чињеница предвиђених у норми, а закључак је да се норма има применити на општи случај (Лукић, 1983: 233).

И начело законитости у кривичном праву (*Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, praevia, certa et stricta*) схваћено на традиционалан начин искључује могућност за било какав стваралачки допринос судије у овој правној области. Уставни значај овог начела (члан 34 ст. 1 и 2 Устава)¹ и чињеница да је садржано у међународним документима о људским правима и основним слободама од којих треба поменути члан 7 Европске конвенције о људским правима,² наводе на закључак да у кривичноправној материји има места само за судско тумачење правне норме. Међутим, стање ствари је данас у великој мери измењено.

Друштвени процеси који се у последњих неколико деценија одвијају на европском правном простору довели су до значајног слабљења овог темељног принципа кривичног права. Не треба трошити превише речи на то да кривични закон не представља само опис одређеног понашања које чини биће кривичног дела, већ изражава и друштвене вредности које законодавац, путем кривичноправне заштите као *ultima ratio* механизма, настоји да очува. Управо у том продору моралних односно етичких чинилаца поједини аутори (Dubaggy, 2007: 2) виде основни разлог због којег опада значај начела законитости у кривичном праву. Они сматрају да кривични закон нема више само декларативни карактер, већ постаје инструмент за начелно усмеравање понашања појединаца. У том циљу се уводе правни стандарди који остављају простор за својеврсну културну комуникацију кривичне норме сачињене од појмова и вредности једног еволутивног тренутка, с појмовима и вредностима будућности (Мајић, 2009а: 36).

Чиниоци који доводе до опадања значаја начела легалитета у кривичном праву могу се разврстати на унутрашње и спољашње (Rebut, 2003: 512). Основни унутрашњи узрок који доприноси опадању значаја овог начела јесте квалитет закона, односно све већа недореченост и непрецизност законске норме (Van de Kerchove, 2000: 9). Овај узрок је у тесној вези с чиниоцима који споља поткопавају важност начела законитости: све већи број извора кривичног права који се одликују *подзаконским* и *надзаконским* карактером, као и пречесто инкриминисање које отвара пут ка примени кривичноправне норме противно захтевима нужности и сразмерности (Илић, 2011: 27).³

¹ Устав Републике Србије – Устав, *Службени гласник РС*, 98/06.

² Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода измењена у складу с Протоколом 11 и Протоколима 1, 4, 6, 7, 12 и 13, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, 9/03, 5/05 и 7/05-исправка и *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 12/10 и 10/15.

³ С правом је примећено да свођење кривичноправне реакције на свакодневну раван расипа симболичку снагу *ultima ratio* заштите основних вредности сваког друштва (Rebut, 2003: 514, 515).

Када је реч о деловању наведених спољашњих чинилаца унутар националног правног система, у доктрини се указује на учестало доношење „бланкетних“ кривичних закона (*les lois pénales „en blanc“*) који прописују само кривичну санкцију и истовремено упућују на општи правни акт нижег ранга у којем су садржани конститутивни елементи бића кривичног дела (Pradel, 2016: 814, 815). Услед тога долази до фактичког и временског раздвајања диспозиције и санкције које садржи кривична норма, а уз то се ослобађа простор за уплив извршне власти у област прописивања кривичних дела и санкција.

Донекле слична ствар се догађа и у оквиру Европске уније у којој постоји и сваким даном добија на значају систем одредаба које су државе чланице обавезне да поштују. С обзиром да је Унија надлежна да доноси прописе у области материјалног и процесног кривичног права, настаје обавеза за чланице да их се придржавају бар у мери која обезбеђује исти ниво заштите како на националном, тако и на европском нивоу (Marguery, 2013: 300). Иако већ само постојање наднационалних прописа чини сложенијим унутрашњи кривичноправни систем, основни проблем је у томе што се европске институције углавном ограничавају на доношење одредаба које прописују понашања, док се државама чланицама препушта да заокруже кривичну норму, тј. да диспозицији наднационалног карактера додају „националну“ кривичну санкцију (Pradel, 2016: 816).⁴

Услед деловања наведених спољашњих чинилаца долази до опадања квалитета кривичног закона, што утиче на ниво испуњености захтева за предвидљивошћу, нужношћу и сразмерношћу кривичних дела и санкција. Данас је чест случај да се приликом номотехничке редакције кривичне норме посеже за концептима „нејасног“ или „променљивог“ садржаја. На тај начин творац норме настоји да обухвати што више сличних друштвених односа (Мајић, 2009б: 47) и да оствари ефикаснију заштиту основних друштвених вредности.

Због тога се у оквиру континенталног правног система придаје све већи значај судском одлучивању, што је у државама англо-америчког система одувек био случај. Наиме, у *common law* систему судски прецедент изворно представља метод уз помоћ којег се појединачна норма чини суштински општом, иако формално задржава свој карактер појединачне норме (Лукић, 1983: 187). Ни прихватање судског прецедента није лишено дилеме у вези с различитим улогама и одговорности у процесу судског одлучивања, при чему се издавају два супростављена виђења судског одлучивања – доктрина текстуализма и доктрина активне слободe (Gur-Ari, 2006: 14-16).⁵

⁴ Док се случај подељене надлежности између законодавне и извршне власти приликом доношења кривичних норми може анализирати у светлу система поделе власти као основног уставног начела, расподела надлежности између европских и националних органа указује на то да се држава лишава своје суверености у области доношења кривичноправних прописа. Анализа ових питања заслужује посебан осврт који превазилази оквире овог текста.

⁵ Заговорници текстуализма сматрају да судска надлежност у области уставног права треба да буде ограничена на правна питања која је могуће решити на основу језика самог Устава. Правна питања која обухватају друштвену политику или одмеравање супростављених норми представљају искључиво домен политике: Конгреса тј. демократски изабраних представника народа. На

У *civil law* правном окружењу се, под одређеним условима, до сада углавном говорило о судској пракси као методу помоћу којег се ствара право општим нормама у облику појединачних. Овај метод претпоставља да се право и даље ствара искључиво појединачним нормама приликом решавања конкретних случајева, и то претежно изрицањем санкција. Такве норме постепено постају опште, јер се временом устаљује истоветна пракса у истоветним случајевима (Лукић, 1983: 187).

Поред тога, класичној теорији о судској функцији као искључивој примени права упућивана је критика с неколико различитих аспеката (Тропер, 2014; 103-105). Указивано је да судска одлука ствара право јер прописује понашање. При томе судија није чврсто везан нормом коју примењује, већ му виша норма најчешће допушта да одреди, у оквирима неких граница, садржину пресуде. На крају, али не мање важно, пре изрицања пресуде суд је позван да протумачи законски текст који је вишезначан и да се определи за једно од значења. Тумачење није акт сазнања већ акт воље, што би значило да судија одређује и горњу и доњу премису судског силогизма.

Велики допринос промени која је наступила у вези са значајем судског одлучивања за правну сигурност у кривичном праву дао је Европски суд за људска права. С обзиром на то да начело законитости прожима читаву Европску конвенцију о људским правима, одредба члана 7. ЕКЉП представља посебан случај примене темељног начела правне државе у кривичној материји (Илић, 2016: 117). Појам закона има аутономно значење у пракси Европског суда за људска права, а то значи да му Суд придаје посебно значење које се може разликовати од значења које има у националним правним системима држава уговорница (Поповић, 2009: 123).

Европски суд за људска права се приликом тумачења појма закон не задржава на „формалном“ значењу појма, већ га тумачи у „материјалном“ смислу (Renucci, 2012: 880), тако да поред писаног закона, обухвата и судску праксу (*Sunday Times против Уједињеног Краљевства*, 6538/74, 26. 4. 1979, § 47). Штавише, појмом „закон“ су обухваћени и подзаконски акти, као и неписано право (*Kafkaris против Кипра*, 21906/04, 12. 2. 2008, § 139). На основу тога се може рећи да „закон“ представља важећу одредбу како су је протумачили надлежни судови (*Kruslin против Француске*, 11801/85, 24. 4. 1990, § 29).

У излагању које следи биће размотрена улога суда приликом тумачења одредаба које се односе на испуњеност услова за постојање кривичног дела, на кривичну санкцију и на кривични поступак.

другој страни, став присталица доктрине активне слободе јесте Устав треба читати у светлу остварења његових далекосежних циљева: стварања и очувања партиципативног демократског друштва. У складу с тим, судије су обавезне да користе начела која ће најделотворније остварити темељне уставне вредности: демократску самоуправу.

II

Када је реч о улози судије у вези с оценом услова за постојање кривичног дела може се рећи да је, упркос неких примера из прошлости који се везују за земље англо-америчке правне традиције,⁶ судијска функција ограничена на тумачење кривичне одредбе и да нема стваралачки карактер (Pradel, 2016: 836, 841). Судско тумачење представља нужан коректив уз помоћ којег би кривичним одредбама требало „повратити“ одлике предвидљивости, сразмерности и нужности. У том смислу и Европски суд за људска права допушта постепено разјашњавање правила о кривичној одговорности помоћу судског тумачења од случаја до случаја, „под условом да резултат буде у сагласности са суштином кривичног дела и да се може разумно предвидети“ (*Kafkaris protiv Kипpa*, § 141).

О предвидљивости судског тумачења може се говорити, између осталог, када се кривична одредба уз помоћ телеолошког тумачења прилагођава новом друштвеном тренутку. Телеолошки метод тумачења се заснива на претпоставци да постоји „раскорак“ између циља норме (који може бити схваћен као смисао одредбе или намера законодавца) и средства тј. речи уз помоћ којих је он остварен. Избором овог начина сазнања права судија добија могућност да прећутно заобиђе захтев за строгим тумачењем кривичне норме и да задре у поље законодавца (Dubarry, 2007: 9).

Тај задатак се може обавити утврђивањем актуелног значења правне норме (објективни приступ) или намере законодавца у време њеног доношења (субјективни приступ). Доктрина даје предност објективном приступу, јер он полази од важећег система вредности и у том оквиру утврђује право значење кривичне норме (Pradel, 2016: 843, 844).

Телеолошки метод поставља судију у положај законодавца, с том разликом што судија не доноси опште норме које уређују понашања појединаца, већ даје одговор на питање да ли одређено понашање може да се подведе под законску норму. Пошто се том приликом износи вредносни суд у вези с одређеним понашањем (уосталом, то чини и законодавац када одлучује да ли ће да инкриминише неко понашање), поједини аутори (Dubarry, 2007: 9) сматрају да судија добија од законодавца *нормативну надлежност*. Њена специфичност је у томе што се судија суочава с два ограничења (Поповић, 2013: 48). Прво је у вези с текстом који, иако пружа велики број могућности, ипак ограничава судију у избору који врши. Друго ограничење произилази из друштвених проблема које треба решити и идеја уз помоћ којих се то чини, као и начина живота и уобичајеног понашања у оквиру заједнице.

Поменуто је да Европски суд за људска права заступа гледиште да телеолошки метод тумачења кривичне норме омогућава да се она прилагоди новом

⁶ Један од последњих случајева (*Shaw против Директора јавних гоњења*, 1962, АС 220) у којем је улога суда имала стваралачки карактер односио се на објављивање годишњака с подацима о лондонским проституткама. Издавач је гоњен због завере за кварење јавног морала (*conspiracy to corrupt public morals*). Иако је у својој одбрани истицао да такво дело не постоји, став Дома лордова је био да иако дело заиста није постојало, постојаће будуће (Pradel, 2016: 837).

друштвеном тренутку. Штавише, уколико је испуњен овај услов није искључена могућност измене судске праксе, иако је одредба кривичног закона остала неизмењена. Тако је у два предмета (*S. W. против Уједињеног Краљевства*, 20166/92, 22. 11. 1995, § 44; *C. R. против Уједињеног Краљевства*, 20190/92, 22. 11. 1995, § 42) промена судске праксе у правцу кажњавања мужа за силовање властите супруге утемељена на цивилизованом концепту брака и основним циљевима Европске конвенције о људским правима, чија суштина јесте поштовање људског достојанства и људске слободе.

Иако се овом приступу не може упутити приговор са становишта заштите вредности на које се позвао Европски суд за људска права, неспорно је да се у конкретном случају радило о тумачењу кривичног закона *in malam partem* што отвара питање поштовања захтева *nulla poena sine lege stricta*. Реч је о забрани стварања кривичног права (тј. бића нових кривичних дела и нових кривичних санкција, а на основу сличности с кривичним делима и санкцијама предвиђеним у кривичном закону) на штету оптуженог путем аналогije.⁷

И упоредни правни системи забрањују без изузетка примену аналогije на штету оптуженог, али допуштају тумачење уз помоћ аналогije *in bonam partem*. Овај став се у доктрини објашњава *ultima ratio* карактером кривичног права, а примењују се у вези с постојањем околности које ублажавају или искључују одговорност или доводе до ублажавања или ослобођења од казне (Pradel, 2016: 849). Када је реч о казни, треба подсетити на став Европског суда за људска права (*Del Río Prada против Шпаније*, 42750/09, 21. 10. 2013, §§ 88, 103, 117, 118) да до повреде законитости у кажњавању може доћи и ретроактивном применом измењене судске праксе *in malam partem* (Илић *et al.*, 2016: 1036).⁸

За разлику од претходно анализираних случајева, судско поступање у вези с одредбама кривичног поступка није ограничено аналогijом, већ је судија слободан да испољи креативност приликом одлучивања. При томе се могу разликовати две ситуације, од којих прва подразумева постојање одговарајуће процесне одредбе, док се друга одликује одсуством правне нормe (Pradel, 2016: 850).

⁷ Специфичност наведених случајева је у томе што се једино уз помоћ ширег тумачења кривичног закона могла пружити заштита лицима која су оштећена кривичним делом силовања. У питању је темељни став Европског суда за људска права да Европска конвенција представља „уставни инструмент европског јавног поретка“ уз помоћ којег се *a priori* омогућава заштита права жртава од понашања која представљају озбиљне нападе на њихов телесни и душевни интегритет.

⁸ У овом предмету је размотрена разлика између „казне“ и мере која се односи на извршење „казне“. Да би се одредило да ли се нека мера односи искључиво на начин извршења казне или утиче на њено трајање, мора се од случаја до случаја размотрити шта изречена „казна“ стварно подразумева у унутрашњем праву у одређеном тренутку или, другим речима, која је њена суштинска природа. С обзиром на то да подносиатеља представке у тренутку изрицања казне затвора није могла да претпостави да ће судска пракса бити измењена на тај начин да јој у умањење казне неће бити урачунато време које је у току издржавања казне провела на раду у затвору (реч о периоду од скоро девет година), то је имало за последицу да је на њену штету измењена дужина изречене казне.

Чест је случај да су одредбе кривичног поступка непотпуне или да оставају одређене недоумице у вези с процесном установом коју уређују. Као пример таквог поступања може да буде поменут процесни институт познат као доктрина о „плодовима отровног дрвета“.⁹

Законик о кривичном поступку¹⁰ прописује да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су посредно, према начину прибављања, у супротности са Уставом, ЗКП, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима (члан 16 став 1 ЗКП). Иако је овом формулацијом у суштини прихваћена доктрина о „плодовима отровног дрвета“ у пракси редовних судова се могу наћи одлуке у којима је заузет супротан став. У једном таквом случају (*Уж-3650/2012*, 11. 12. 2014) Уставни суд је указао да је редовни суд, издвајањем записника о претресању из списка предмета као доказа на којем се не може заснивати судска одлука, улазак у стан и претресање које је након тога извршено у суштини оценио као незаконите. Такав недостатак се није могао отклонити саслушањем полицајаца који су извршили претрес стана и читањем потврде о одузетим предметима, јер је реч о доказима који не би постојали да није било незаконитог уласка у стан и извршеног претресања (Илић *et al.*, 2016: 302).

Друга ситуација у којој се судска активност одликује стваралачким карактером претпоставља да не постоји правна норма која уређује одређену процесну установу. Примера ради, у нашем кривичном поступку нема одредбе која би по угледу на члан 455 став 2 ЗКП ограничила могућност вишеструког укидања првостепеног решења. Због тога је став Уставног суда (*Уж-4554/13*, 19. 12. 2013) да је другостепени суд дужан, нарочито када је реч о одлучивању о жалби на решење о продужењу притвора, да се руководи уставним начелом да трајање притвора мора бити сведено на најкраће могуће време. Свако другачије поступање, а нарочито вишеструко пребацивање одговорности у погледу трајања притвора на првостепени суд у ситуацији када су испуњени услови за преиначење или поништење решења о продужењу притвора, у супротности је са суштином притвора, као изузетне мере којом се ограничава слобода окривљеног (Илић *et al.*, 2016: 1100).

Сличан начин закључивања примењен је и приликом разматрања случаја у којем је жалбени суд „усвојио“ жалбу и преиначио првостепено решење на штету подносиоца жалбе (Илић *et al.*, 2016: 1097). Уставни суд је пошао од максиме *tantum devolutum quantum appellatum* и подсетио да изузетак од наведеног правила мора бити законом прописан (*Уж-8937/13*, 9. 6. 2016). У одсу-

⁹ Настала у пракси Врховног суда Сједињених Америчких Држава (*Silverthorn Lumber Co. против Сједињених Држава*, 251 U.S. 385, 40 S.Ct. 182 (1920); *Wong Sun против Сједињених Држава*, 371 U.S. 471, 83 S.Ct. 407 (1963)), доктрина о „плодовима отровног дрвета“ искључује могућност да на суђењу буду изведени докази који су прибављени на незаконит начин или непрописним поступањем полиције, као и докази коју су прибављени уз помоћ таквог неваљаног доказа. Од овог правила постоје и изузеци који су утврђени у пракси америчког Врховног суда (Ducat, 2009: 536, 537).

¹⁰ Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС*, 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

тву таквог изузетка поступањем другостепеног суда на штету подносиоца жалбе доведено је у питање остваривање смисла права на жалбу, које је зајемчено чланом 36 став 2 Устава. Наиме, жалба се може усвојити само у корист подносиоца, јер би супротно поступање значило да се жалиоцу намеће ризик који је противан самој природи и смислу жалбе као изразу процесне воље њеног титулара.

III

На крају, али не мање важно, треба се осврнути на дијалог који се води између националних и међународних судова, а пре свега Европског суда за људска права. Такав дијалог је у данашње време неопходан и пожељан (Pradel, 2016: 853). Неопходан је јер постоји надређеност између различитих судова, тако да се уз помоћ дијалога успоставља одређена повезаност. Дијалог је пожељан будући да је свет све отворенији, а границе губе значај који су некада имале, па је корисно да се судије из различитих правних система познају и размењују мишљења.

Специфичност дијалога између националних судова и Европског суда за људска права испољава се на два начина (Поповић, 2013; 58, 59). Методи тумачења које примењује Европски суд за људска права (на пример, еволутивно тумачење, аутономни концепти или доктрина поља слободне процене) имају велики утицај на националне судове. На другој страни, национални судови се налазе под јаким утицајем стандарда који су настали у пракси Европског суда за људска права.

Услед тога национални судови посежу за усаглашеним тумачењем, као и кумулативном и комбинованом применом законских и одредаба Европске конвенције о људским правима (Dupré de Boulois, 2015: 3, 4, 6).¹¹ Усаглашено тумачење подразумева да судија тумачи закон тако да се може применити под условима који су сагласни са стандардима Европске конвенције о људским правима. На тај начин се проширује поље примене закона или употпуњује правни режим који је одређен законом.

Као пример за усаглашено тумачење може да буде наведен предмет (*IUz-1218/10*, 19. 4. 2012) у којем је Уставни суд изнео гледиште о значењу појма „средства општења“ (Илић, 2013: 187-190). Приликом анализе оспорених одредаба Закона о Војнобезбедносној агенцији и Војнообавештајној агенцији¹² Уставни суд се позвао на праксу Европског суда за људска права према којој појам „средства комуницирања“ обухвата не само непосредни садржај комуникација, већ и податке о томе ко је и са ким остварио комуникацију, или је то покушао, у које време, колико дуго је одређени разговор трајао, колико

¹¹ До кумулативне примене долази у случају када законска одредба није усаглашена са захтевима Европске конвенције о људским правима. Излаз из ове ситуације се проналази у истовременој примени правне норме која испуњава стандарде садржане у Европској конвенцији о људским правима. Одлика комбиноване примене јесте да се законска и конвенцијска норма суштински не разликују. Услед тога судија примењује истовремено обе одредбе или само једну од њих.

¹² Закон о Војнобезбедносној агенцији и Војнообавештајној агенцији, *Службени гласник РС*, 88/09.

учестало (фреквентно) је комуникација кроз преписку, разговоре или упућене поруке остваривана у одређеном периоду времена и са којих локација је вршена (*Malone против Уједињеног Краљевства*, 2. 8. 1984, § 84; *Copland против Уједињеног Краљевства*, 3. 4. 2007, § 43).¹³ С обзиром да у нашем правном систему једино одлука суда може представљати основ за одступање од јемства садржаних у члану 41 став 1 Устава, то важи и за податке које се не односе непосредно на садржај комуникације, јер они чине интегрални елемент заштићене тајности комуникације. На основу тога је Уставни суд утврдио да поједине одредбе Закона о Војнобезбедносној агенцији и Војнообавештајној агенцији нису у сагласности са Уставом.¹⁴

*
* *

У данашње време је судска пракса постала својеврсна конкуренција закону, с обзиром да објашњава, надахњује и ствара закон (Pradel, 2016: 864-865). Стваралачка улога судија се огледа у непосредном стварању позитивног права без обзира да ли је потребно да законодавац доноси или мења одређени закон. Вероватно најпознатији пример таквог поступања јесте одлука коју је 24. 2. 1803. године донео Врховни суд Сједињених Америчких Држава у предмету *Marbury против Madisona* (5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L.Ed. 60). Том одлуком је створено судско преиспитивање (*Judicial Review*) савезних закона, иако је Устав у члану VI предвиђао само судску контролу закона федералних јединица (Ducat, 2009: 3-11).¹⁵ У данашње време се као пример наводе одлуке Суда правде у Луксембургу (СЈСЕ, 10. 7. 1980, *Комисија против Француске*, случај

¹³ Европски суд за људска права не сматра да судска одлука представља услов *sine qua non* за прибављање листинга, података о базним станицама и других података који се не односе непосредно на садржај комуникације, већ, препуштајући државама да то питање уреде, испитује да ли је таква мера „предвиђена законом“ и „неоходна у демократском друштву“. Такво овлашћење може имати и полиција (*P.G. и J.H. против Уједињеног Краљевства*, 25. 9. 2001, §§ 13, 45-48).

¹⁴ Изложено становиште Уставног суда утицало је и на поступање органа кривичног гоњења у предистражном поступку. Наиме, изворна редакција члана 286 став 3 ЗКП предвиђала је да полиција по налогу јавног тужиоца може у циљу откривања кривичних дела и проналажења учинилаца да прибави евиденцију остварене телефонске комуникације, коришћених базних станица или извршити лоцирање места са којег се обавља комуникација. Пре него што је ова одредба унета у ЗКП став Врховног суда Србије (*Кж1. бр. 1274/04*, 23. 9. 2004) је био да „листинг“ учињених и примљених телефонских позива које воде овлашћене службе ПТТ представља регистровање телефонских бројева с којих су обављени разговори, а не прислушкивање и тонско снимање, те заснивањем пресуде на прибављеном „листингу“ као доказу, није учињена битна повреда одредаба кривичног поступка. Након одлуке Уставног суда отклоњене су дилеме да ли појам комуникације обухвата и задржане податке, тако да је судска пракса, након одређених недоумица, излаз пронашла у посебној доказној радњи рачунарско претраживање података, а након тога је измењена одредба члана 286 став 3 ЗКП и овлашћење за издавање налога је дато судији за претходни поступак.

¹⁵ Судско преиспитивање је доктрина, настала у Енглеској у XVII веку, према којој судови имају право да испитају уставност радње предузете од других грана власти. Иако је пракса била призната у случају др Бонама (*Dr. Bonham's Case*) из 1610, судско преиспитивање никада није прерасло у принцип који би ограничио законодавну власт у Великој Британији. Основни разлог за то јесте што судско преиспитивање почива на појму судске супремације, а он је у сукобу с принципом супремације парламента.

152-78) у којима је, без упоришта у уговорима о Заједницама и Европској унији, проглашен примат европског на националним правом (Pradel, 2016: 866).

Да ли се на основу изложених примера може рећи да судови имају стваралачку улогу у настаку права? Одговор би морао да буде позитиван, при чему не треба сметнути с ума да се судија среће с текстуалним и друштвеним ограничењима о којима је било речи.

Постоји схватање да се судска креативност може разумети као употпуњавање законских одредби и њихово претварање у правна правила (Поповић, 2013: 45). Процес судског одлучивања има стваралачки карактер, јер обична законска одредба на крају креативног процеса, који се састоји од тумачења, постаје правно правило. Једном речи, судије не успостављају правна правила, већ учествују у њиховом утврђивању.

У претходном излагању је поменуто гледиште које стваралачки карактер судске активности изводи из чињенице да судска одлука ствара право, да судија није строго везан нормом коју примењује и да тумачење законског текста представља акт воље, а не сазнања (Тропер, 2014; 103-105).

Завређује да буде наведено и схватање о правилима пресуђивања као врсти секундарних правила (поред којих постоје секундарна правила признања и промене, као и примарна правила о обавезама) (Харт, 2013: 156, 157). Систем који поседује правила пресуђења нужно поседује и правила признања, јер ако су судови овлашћени да доносе ауторитативне одлуке о прекршају правила, овакве одлуке морају бити ауторитативне и у погледу тога шта јесу правила, како она гласе.

На основу изложеног може се закључити да се судска кретивност испољава по правилу као *утврђивање* правог правила, а само *изузетно* као успостављање правог правила. Тај изузетак ће постојати у случају када се судија сусретне с правном празнином, при чему се у свом поступању мора ослонити на право као целину, као и на друштвени контекст у којем доноси одлуку. У том смислу се може говорити о подељеној надлежности између закона и судске праксе у стварању правних норми (Pradel, 2016: 866).

Литература:

1. Van de Kerchove, Michel (2000), „Éclatement et recomposition du droit pénal“, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1
2. Gur-Arie, Mira (2006), „Америчка jurisprudencija u trećem milenijumu - komentari“, *Америчка jurisprudencija XX века* (urednici G. Vukadinović, A. Kartag-Odri), Novosadska asocijacija za teoriju, etiku i filozofiju prava, Novi Sad
3. Dubarry, Julien (2007), „Quand le juge répressif fait la loi...“ „Wenn der Strafrichter das Recht schafft...“, Intervention en allemand à un séminaire de doctorants organisé par le Professeur Claus Kress (Université de Cologne) et Mme Dr. R. Rissing van Saan, présidente de la deuxième chambre criminelle de la Cour fédérale allemande (24 p. dactyl. version française améliorée, juillet 2007 PDF)
<http://www.droitcompare.fr/Resourcес/juge%20penal.pdf> (posećeno 10. septembra 2016)

4. Ducat, Craig R. (2009), *Constitutional Interpretation*, Ninth Edition, Wadsworth Cengage Learning, Boston
5. Dupré de Boulois, Xavier (2015), „Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l’homme“, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, n° 8
6. Ilić, Goran P. (2011), „Država versus kriminalitet i standardi ljudskih prava“, *Kriminal i državna reakcija – fenomenologija, mogućnosti, perspektive* (priredile L. Kron, B. Knežević), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd
7. Ilić, Goran P. (2013), „Uticaj prakse Ustavnog suda Srbije na standarde ljudskih prava u krivičnom postupku“, *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava 1963-2013*. (priredila B. M. Nenadić), Ustavni sud, Beograd
8. Ilić, Goran P. et al. (2016), *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Deveto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Prema stanju zakonodavstva od 15. septembra 2016. godine, Službeni glasnik, Beograd
10. Ilić, Goran P. (2016), „O predvidljivosti retroaktivne primene blažeg krivičnog zakona – osvrt na odluku Evropskog suda za ljudska prava: Mikulović i Vujić protiv Srbije“, *Identitetski preobražaj Srbije Prilozi projektu 2015 – kolektivna monografija* (priredile: R. Vasić, M. Polojac), Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet, Beograd
11. Lukić, Radomir (1983), *Metodologija prava*, Naučna knjiga, Beograd
12. Majić, Miodrag (2009a), „Načelo legaliteta – normativna i kulturna evolucija (II deo)“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, n° 2
13. Majić, Miodrag (2009b), „Načelo legaliteta – normativna i kulturna evolucija (I deo)“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, n° 1
14. Marguery, Tony (2013), „European Union Fundamental Rights and Member States Action in EU Criminal Law“, *20 Maastricht Journal*, n° 2
15. Popović, Dragoljub (2009), „Autonomni koncepti evropskog prava ljudskih prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, n° 4
16. Popović, Dragoljub (2013), *Postanak evropskog prava ljudskih prava Esej o sudskoj kreativnosti*, Službeni glasnik, Beograd
17. Pradel, Jean (2016), *Droit pénal comparé*, 4^e édition, Dalloz, Paris
18. Rebut, Didier (2003), „Le principe de la légalité des délits et des peines“, *Libertés et droits fondamentaux* (sous la direction de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet), 9^e édition revue et augmentée, Dalloz, Paris
19. Renucci, Jean-François (2012), *Traité de droit européen des droits de l’homme Droit européen des droits de l’homme*, 2^e édition, L.G.D.J, Paris
20. Troper, Mišel (2014), *Pravna teorija države*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd
21. Hart, Herbert (2013), *Pojam prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd

Правни прописи:

1. Ustav Republike Srbije – Ustav, *Službeni glasnik RS*, 98/06
2. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda izmenjena u skladu s Protokolom 11 i Protokolima 1, 4, 6, 7, 12 i 13, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, 9/03, 5/05 i 7/05-ispravka i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, 12/10 i 10/15
3. Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14
4. Zakon o Vojnobezbednosnoj agenciji i Vojnoobaveštajnoj agenciji, *Službeni glasnik RS*, 88/09

JUDICIAL INTERPRETATION AND LEGAL SECURITY IN CRIMINAL LAW

Summary: This paper analyzes the growing importance of judicial interpretation in the application of safeguards, which are related to legal security in criminal law. The main factors that lead to inaccuracies, contradictions and the existence of legal gap in the criminal matter are considered. It is pointed to the ways of overcoming these difficulties, whereby the central place in the work is devoted to the consideration of the court's role in the interpretation of criminal norms. The author recalls the text and social constraints faced by judges in the interpretation of legal rules. The conclusion to which the author comes is that the judicial creativity is manifested as a rule of fortification the legal rule, and only exceptionally as the establishment of legal rule. This exception will exist also in the case when the judge meets with a legal gap, whereby in its treatment must rely on the law as a whole, as well on the social context in which he makes the decision. In this sense we can speak about divided jurisdiction between legislation and judicial practice in the creation of legal rules.

Key words: judicial interpretation, legal security, criminal law, legal rule, judicial creativity