

LEX CERTA U POREDBENOM PRAVU

Izv. prof. dr. sc. Ivan Vukušić*

UDK: 343.211:340.5

343.2.01(73.4)

DOI: 10.3935/zpfz.73.1.04

Pregledni znanstveni rad

Primljeno: rujan 2022.

U radu se analizira dio načela zakonitosti koji se odnosi na zahtjev nullum crimen nulla poena sine lege certa u kaznenom pravu. S obzirom na prijepore koje ovaj pojam nosi sa sobom i različite pravne sustave i njihove specifičnosti, objašnjena je iznimnost pojma i sadržaja lex certa u različitim pravnim poredcima. U pravu SAD-a naglasak je stavljen na 5. amandman koji proklamira due process klauzulu kojom se mora voditi kazneni zakonodavac. U pravu UK-a naglasak je na pojmu certainty. Navedena maksima polazi od individualne slobode adresata kako će prilagoditi svoje ponašanje i pravne određenosti, te se u političkom pravu pravna određenost analizira kroz rule of law. U pravu EU-a, gdje je kaznena nadležnost ograničena, načelo određenosti razmatra se kao double addressed norm kojim se obvezuje EU, ali i nacionalnog zakonodavca. U pravu VE-a je kroz praksu ESLJP-a detaljno razrađen pojam bića kaznenog djela, jasnoće i predvidljivosti te načina davanja pravnog savjeta.

Ključne riječi: kazneno pravo, lex certa, Sjedinjene Američke Države, Ujedinjeno Kraljevstvo, Europska unija, Vijeće Europe

* Dr. sc. Ivan Vukušić, izvanredni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, 21000 Split; ivan.vukusic@pravst.hr;
ORCID ID: orcid.org/0000-0001-7738-969X

1. UVOD

Kaznenopravna znanost je u obliku dogmatike usmjerena na tumačenje pravnih odredbi te slijedom navedenoga pojmovno i metodički prema znanstvenim premisama oblikuje kazneno pravo. Dogmatika ne definira pravni imperativ u smislu da nešto ne smiješ, nego primjenom važećega prava definira biće kaznenog djela kao pravno je zabranjeno nešto učiniti.¹ Preširoko tumačenje kaznenog propisa ignorira ograničenje postavljeno bićem kaznenog djela, te ne bi bilo zakonito jer ne postoji mogućnost opravdanja ni najmanje greške zakonodavca.²

Različiti teoretičari i filozofi daju svoje mišljenje o tome kakav treba biti zakon.³ Tako Bacon smatra da se u zakonu treba rabiti svakodnevni jezik, kako bi bio shvatljiv svakom običnom čovjeku⁴, Montesquieu smatra da stil zakona treba biti jezgrovit i prost te da zakoni ne smiju biti komplicirani te ne trebaju biti logički savršeni.⁵ Bentham preporučuje jasnoću i kratkoću.⁶ Welzel smatra da opasnost ne prijeti od analogije, nego od neodređenih pravnih propisa.⁷ Naučke tvrdi kako su kazneni propisi uvijek nejasni pa je zbog toga potrebno naći granicu da pravni propis ne bude protuustavan.⁸ Načelo određenosti (*lex certa*) mora odgovarati na pitanje za što će počinitelj biti kažnjen. Kažnjivost nekog ponašanja ovisi o društvenom kontekstu i društvenoj štetnosti određenog ponašanja odnosno nužnosti kažnjavanja povrede nekog pravnog dobra. Dakle, gleda se mjera društvene štetnosti ponašanja, a ne samo kažnjivost ponašanja.⁹ Načelu određenosti cilj je sprječavanje samovolje zakonodavca i trenutachne vlasti, osiguranje pravne sigurnosti i ostvarivanje zaštite legitimiteta pravne

¹ Kindhäuser, U., *Straf-Recht und ultima-ratio Prinzip*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 129, br. 2, 2017., str. 382.

² *Ibid.*, str. 384.

³ Detaljnije o različitim teoretičarima i filozofima i njihovu shvaćanju načela određenosti vidi više u: Borković, I., *Nomotehnika*, Pravni fakultet, Split, 1996., str. 66.

⁴ Manzo, S., *Certainty, laws and facts in Francis Bacon's jurisprudence*, Intellectual History Review, vol. 24, br. 4, 2014., str. 457 – 478.

⁵ Faure, M.; Goodwin, M.; Weber, F., *The Lex Certa Principle in Criminal Law: Reconciling Economics and Human Rights?*, Albany Law Journal of Science and Technology, vol. 24, br. 2, 2014., str. 363 – 364.

⁶ Bentham, J., *An Introduction to the Principle of Morals and Legislation*, <https://www.econlib.org/library/Bentham/bnthPML.html>, pristup 20. 9. 2022.

⁷ Roxin, C., *Strafrecht AT, Band I.*, C. H. Beck, München, 2006., str. 171 – 172.

⁸ *Ibid.*

⁹ Vogel, B., *Zur Bedeutung des Rechtsgut für das Gebot strafgesetzlicher Bestimmtheit*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 128, br. 1, 2016., str. 144.

odredbe. Biće kaznenog djela mora biti koncipirano na način da obilježja bića kaznenog djela odražavaju njegov cilj i svrhu. To znači da nije uvijek nužno gledati značenje riječi u svakodnevnom govoru. Određenost i predvidljivost nužne su kako bi građani razumjeli i planirali svoje ponašanje. Može se slobodno reći da postoji ljudski instinkt borbe protiv nesigurnosti.

Ustav ne govori izričito o načelu određenosti nego se to načelo može iščitati iz načela zakonitosti. Prvi spomen načela zakonitosti je u Deklaraciji o pravima čovjeka i građanina iz Francuske 1789., da bi zatim bilo recipirano u Bavarski StGB iz 1813. i Pruski StGB iz 1851. i tako dalje, dok se načelo *nulla poena sine lege* pripisuje Anselmu von Feuerbachu.¹⁰ Načelo *ultima ratio* polazi od toga da je potrebno zaštititi kaznenim pravom samo ona pravna dobra od kojih ovisi međusoban suživot u društvenoj zajednici.¹¹ Unatoč tomu, sudska praksa teži ekstenzivnom tumačenju kaznenih odredbi bića kaznenog djela.¹²

Neodređeni pravni propis ne može pomoći u generalnoj prevenciji jer pojedinac ne može znati što je zabranjeno, ali nije rijetkost u propisima naići na nejasne pojmove kojima tumačenjem treba dati jasno značenje.¹³ Nejasne pojmove potrebno je gledati s aspekta cijelog zakonodavstva pa ako ih zakonodavstvo pojašnjava, onda oni neće biti protuustavni. Problem je kod materijalne protuustavnosti jer ustavotvorac često ne daje jasne granice do koje mjere se neko pravno dobro štiti. Naime, ustavne odredbe su same po sebi poopćene.¹⁴ Tko se slaže sa shvaćanjem pojma pravnog dobra, treba znati da ovaj pojam već dugo vremena služi zakonodavcu kao sredstvo za zakonodavni korak u skladu s društvenom adekvatnošću.¹⁵ Sudovi trebaju tumačiti pravnu normu uzimajući u obzir pravno dobro koje se pravnom normom štiti i s pomoću pravne norme odrediti u kojoj mjeri se štiti pravno dobro. Pomoć u tome daje im obilježje koje se rabilo u biću kaznenog djela, pri čemu treba biti oprezan jer se značenje normativnog obilježja bića kaznenog djela može tijekom vremena mijenjati.¹⁶ Preciziranje volje zakonodavca može se odvijati samo u okviru zaštitnog cilja

¹⁰ Kurtović Mišić, A.; Krstulović Dragičević, A., *Kazneno pravo*, Pravni fakultet, Split, 2014., str. 47 – 48.

¹¹ BverfGE 88, 203 (258) prema Satzger, H.; Schmitt, B.; Widmaier, G., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, Heymanns Carl Verlag, Cologne, 2009., par. 13, rb. 5.

¹² Hassemer, W.; Kargl, W. u: Kindhäuser, U.; Neumann, U.; Paeffgen, H. U., *Kommentar, Strafgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 2010., par. 1, rb. 93.

¹³ Roxin, *op. cit.* u bilj. 7, str. 172.

¹⁴ Prittwitz, C., *Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 129, br. 2, 2017., str. 394.

¹⁵ Kindhäuser, *op. cit.* u bilj. 1, str. 386.

¹⁶ Vogel, *op. cit.* u bilj. 9, str. 149.

postavljenog pravnom normom. Problem je ako se pojam pravnog dobra nađe u biću kaznenog djela kao obilježje kaznenog djela jer pojam pravnog dobra nikad nije dovoljno konkretiziran, a pravna norma bića kaznenog djela služi tomu da konkretizira pravno dobro. Pitanje je u kojoj mjeri je određena okolnost prepoznata od strane pravnog poretka da služi zaštiti pravnog dobra. Isto tako pojam neprava nikad ne treba normirati u obliku obilježja bića kaznenog djela¹⁷ jer će pojmovi biti određeni i jasni ako je vidljiv pravni interes koji se određenom pravnom odredbom štiti. Potrebno je da sudac može iščitati sadržaj dvoznačnog pojma iz konteksta zakona, kada takav pojam prestaje biti dvoznačan. Ako je neki pojam sporan javnosti, neće nužno biti sporan sucu koji ima pravnu izobrazbu.¹⁸ Bilo je autora koji su nastojali neodređenost analizirati u postotcima, ali ne smijemo zaboraviti da je načelo određenosti kvalitativno, a ne kvantitativno pitanje. Stoga možemo zaključiti da je pravni propis nejasan ako njime nije postavljen zaštitni cilj i ako uporabljeni pojmovi tumačenjem još ne postavljaju jasne granice razgraničenja od drugih propisa. Radnja u biću kaznenog djela mora biti opisana kompletno, precizno i nedvojbeno. Potreban je dovoljan stupanj preciznosti i kompletnosti zakonskih formulacija koja predstavlja koherentnost zakonskog teksta, a ne kontradiktornost.¹⁹ Načelo određenosti legitimira niz pravnih posljedica koje se vežu uz postojanje bića kaznenog djela, jer je moguće da je zakonodavac namjerno ostavio neka pitanja otvorena kako bi se konkretizirala sudskom praksom i pravnom teorijom.²⁰ Zakonodavac ne bi trebao unositi zabrane u Kazneni zakon koje javnost ne podupire. Zakonodavac ne bi trebao kažnjavati nevaljala djela, odnosno ne bi trebao legalizirati moralnost. Naime, to su granične situacije pri opisu što je dobro a što je zlo, jer i u samom društvu postoji debata i neslaganje u vezi sa sadržajem ovog pojma, odnosno koje sve radnje obuhvaća.²¹ Slijedom navedenoga, dalje će se u radu referirati na pravo Sjedinjenih Američkih Država, Ujedinjenog Kraljevstva, Europske unije i Vijeća Europe.²²

¹⁷ *Ibid.*, str. 158.

¹⁸ Roxin, *op. cit.* u bilj. 7, str. 174.

¹⁹ Kordela, M., *The principle of Legal Certainty as a Fundamental Element of the Formal Concept of the Rule of Law*, *Revue du Notariat*, vol. 110, br. 2, 2008., str. 602.

²⁰ Roxin, *op. cit.* u bilj. 7, str. 176.

²¹ Walker, N., *The Limits of Criminal Law*, <https://www.cliffsnotes.com/study-guides/criminal-justice/criminal-law/the-limits-of-criminal-law>, pristup 6. 6. 2022.

²² U radu se ne izlaže pregled načela određenosti u Republici Hrvatskoj kao primjeru kontinentalnog pravnog sustava obzirom na to da je predmetno načelo detaljno analizirano u Horvatić, Ž.; Derenčinović, D.; Cvitanović, L., *Kazneno pravo Opći dio I*, Pravni fakultet, Zagreb, 2016., str. 133 – 135; Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet, Osijek, 2016., str. 55 – 57.

2. DUE PROCESS KLAUZULA I NAČELO ZAKONITOSTI U SAD-u

SAD je federalna država u kojoj svaka država ima zaseban pravni sustav te je zabranjeno stvaranje novih kaznenih djela od strane sudova.²³ Ipak, neki se kazneni zakони koriste kaznenim djelima *common lawa*, pa se *common law* često rabi za pojašnjenje spornih pojmova.²⁴ Za razliku od UK-a koji nema pisani ustav, SAD ga ima. Stoga je Vrhovni sud najviše tijelo u SAD-u nadležno za analiziranje ustavnosti federalnih zakona. Stoga su suci ti koji provjeravaju je li ispunjeno načelo određenosti u oblikovanju zakonske odredbe. U pravnoj literaturi SAD-a se često može pronaći spominjanje načela zakonitosti čime se pravno htjelo odvojiti od *common law* sustava. Zakonitost nastoji ostvariti vladavinu prava i ograničiti ovlasti vladajućih. Stoga je potrebno da definicije pojedinog kaznenog djela budu jasne i precizne.²⁵

Petim amandmanom Ustava SAD-a zajamčena je *due process* klauzula prema kojoj sudovi analiziraju je li zakonodavac osigurao adekvatnu definiciju kaznenog djela i je li jasno propisano na koga se primjenjuje (*void for vagueness*).²⁶ Nastojeći regulirati svaki aspekt društvenog života, načelo određenosti i zabrana neodređenih pojmova sve više dolazi do izražaja.²⁷ *Vagueness* je koncept koji se odnosi na situaciju testa *I know it when I see it*, gdje se najprije donosi zaključak, a zatim se pronalaze racionalni argumenti za takav zaključak. *Vagueness* podrazumijeva subjektivnu stranu zaključivanja.²⁸ Iz tog razloga, svaka pravna praznina ili višeznačnost nekog pravnog izraza u definiciji pojedinog kaznenog djela ide u korist optuženika (*rule of lenity*).²⁹ Odredba *vague* specificirani je standard ponašanja, dok dvosmislenost ili višeznačnost norme podrazumijeva uporabu izraza ili primjenu tih izraza na određeno ponašanje, ali ipak čija primjena je nejasna po pitanju određenih ponašanja. Ako je odredba nejasna (*vague*), tada je riječ o neustavnosti propisa i ona će biti poništena, ali ako je odredba dvoznačna, tada se primjenjuje *rule of lenity* (*strict construction*). Iako se na prvi pogled pravilom *rule of lenity* primjenjuje pravo u korist optuženika, pitanje je

²³ Burnham, W., *Introduction to the Law and Legal system of the US*, West Group, Berkeley, 1999., str.2.

²⁴ Robinson, P. H., *Criminal Law*, e-book, New York, 1997., str. 65 – 68.

²⁵ *Ibid.*, str. 74 – 75.

²⁶ Sartori, D., *The Lex certa principle from the italian constitution to the European Convention on Human Rights*, Università degli studi di Trento, Trento, 2013., str. 105.

²⁷ Aigler, W. R., *Legislation in Vague or General Terms*, Michigan Law Review, vol. 21, br. 8, 1923., str. 831.

²⁸ Decker, J. F., *Adressing Vagueness, Ambiguity, and Other Uncertainty in American Criminal Laws*, Denver University Law Review, vol. 80, br. 2, 2002., str. 243.

²⁹ Sartori, *op. cit.* u bilj. 26, str. 106.

u kojoj mjeri je tim pravilom osigurana pravna sigurnost i ostvarenje načela zakonitosti. Znamo da se načelo određenosti primjenjuje na zakonodavca pa si onda i zakonodavac, znajući da višeznačni zakonski termini neće biti poništeni, neće dati toliko truda prigodom formuliranja pravne norme. Premda načelo određenosti nastoji spriječiti arbitrarnost zakonodavca, pri uporabi višeznačnih pojmova ide se u korist upravo arbitrarnosti i nezakonitosti.

Potrebno je da zakoni u SAD-u predstavljaju *fair warning* (*notice*) za pojedinca kako bi se spriječila arbitrarnost i diskriminacija pružajući izričite standarde koji se primjenjuju na pojedince.³⁰ Tako se u pravu SAD-a razmatra *fair warning* koji se može shvatiti kao mogućnost pojedinca da sazna da je njegovo djelo pravno zabranjeno, a koje se može analizirati u kontinentalnom pravnom sustavu kao zabluda o protupravnosti (otklonjiva ili neotklonjiva).³¹ Međutim, ako je zakon nejasan, sud može utvrditi da je protivan kaluzuli *due process* jer nije dovoljno izričit o tome što se smatra zabranjenim. Uzimajući u obzir da zabluda ipak može dovesti do kažnjivosti, ako je riječ o otklonjivoj zabludi, a protivnost pravne odredbe klauzuli *due process* može dovesti do poništenja propisa i nekažnjivosti, ovdje se svakako pokazuje nedostatak učinka klauzule *due process* koja kao da ne uzima u obzir činjenicu da je svaka pravna norma po prirodi stvari dijelom neodređena, pa onda i zakonodavac, kada propisuje kažnjivost nekog ponašanja, treba iznaći prikladne načine popunjavanja pravnih praznina. Prethodno je spomenut test *I know it when I see it* čime se u počecima zakonodavne inicijative u SAD-u nastojalo spriječiti subjektivnu stranu zaključivanja. Stoga, da bi se izbjegli navedeni nedostaci, a uzimajući u obzir višestoljetni napredak u formalnoj pravničkoj naobrazbi i razvojem različitih oblika pravnog tumačenja, potrebno je primijeniti generalne klauzule kao najbolji način za popunjavanje pravnih praznina.

Ako se polazi od *fair warning*, tada se test odnosi na pitanje jezika koji u dovoljnoj mjeri definira upozorenje kao propisano ponašanje koje se mjeri u uobičajenom razumijevanju i praksi. Kad je fokus na *arbitrary and discriminatory enforcement*, tada se razmatra je li zakonodavstvo utvrdilo minimalna pravila i smjernice za primjenu prava. Vrhovni sud je svjestan da je nemoguće postići matematičku sigurnost prigodom uporabe izraza.³² Ipak, Vrhovni sud došao je do zaključka da ako propis koji zabranjuje ili zahtijeva određeno ponašanje rabi pojmove na način da ih prosječan razuman čovjek ne može razumjeti, odnosno da treba pogađati njegovo značenje ili postoji razlika u pravnoj primjeni toga

³⁰ Grayned, 408 U.S. prema Decker, *op. cit.* u bilj. 28, str. 246.

³¹ Boutrous, T. J., *The enduring and universal principle of "fair notice"*, Southern California Law Review, vol. 86, br. 2, 2013., str. 195.

³² Sartori, *op. cit.* u bilj. 26, str. 109.

izraza, tada se krši *due process of law*.³³ Ovdje svakako treba uputiti kritiku ovom stajalištu jer iz navedenoga proizlazi da se zakon ne smije koristiti pravnom terminologijom jer upravo pravna terminologija neće biti razumljiva prosječnom razumnom čovjeku koji nema pravnu naobrazbu. Danas Vrhovni sud SAD-a polazi od zahtjeva da zakonodavstvo utvrdi minimalna pravila i smjernice za primjenu zakona prosječnom razumnom čovjeku pa se u pravu SAD-a govori i o *ascertainable standard of guilt*.³⁴ Odsutnost određenog standarda daje policiji i državnim odvjetnicima preveliku diskreciju u primjeni zakona koja može dovesti do samovolje i arbitrarnosti. Tako su sudovi zaključili da u slučaju pojma *uses or carries a firearm* nije dovoljno da netko ima kod sebe pištolj prigodom ilegalne aktivnosti, nego pojedinac mora uporabiti pištolj da bi uspio izvesti ilegalnu aktivnost gdje se traži da je pištolj *actively used*.³⁵ Ponekad se i rječnik domaćeg jezika rabi u razjašnjavanju značenja pojmova, pa tako izraz *mixture* podrazumijeva da u težinu psihotropnih tvari ulazi i papir u koji su one zamotane.³⁶ Iz navedenoga proizlazi da se onda i težina izrečene kazne prigodom odmjerenja određuje i prema težini papira koji je uporabljen za držanje psihotropnih tvari, što je svakako neprihvatljivo. Znači li to da će primjerice uporaba teških metalnih ili keramičkih posuda dovesti do još težega kažnjavanja optuženika? Svakako bi mjesto i način prenošenja i čuvanja psihotropnih tvari, lukavstvo u njihovoj distribuciji ako upućuju na veću količinu nepravda trebalo kazniti, ali u okviru otegotnih okolnosti jer je izražena teža zločinačka volja za transport, čuvanje ili distribuciju takvih materijala. Isto takav je primjer pojma *loitering*, u slučaju *City of Chicago v. Morales*, gdje je utvrđen kao nezakonit i nejasan jer nije dovoljno specificirano koja kažnjiva ponašanja predstavlja pojam *loitering* u nastojanju da se spriječi okupljanje bandi na ulicama.³⁷

Potrebno je analizirati koje ponašanje je kazneno zabranjeno i na koga se odnosi. Ako prosječni razuman pojedinac mora nagađati koje je značenje nekog pojma, odnosno ako zabrane nisu jasno definirane, tada se krši *due process of law*.³⁸ Da bi se moglo govoriti o tome da je određeni dokument *vague*, treba analizirati značenje nekog pravnog dokumenta, nužnost uporabe višeznačnosti u postizanju svrhe zakona i utjecaj zakonodavstva na zaštićeno ili željeno ponašanje.³⁹

³³ *Collins v. Commonwealth of Kentucky*, 234 US 634,638, 58 L Ed 1510 (1914.).

³⁴ *Kolender*, 461 U.S. 358. prema: *Boutrous, op. cit.* u bilj. 31, str. 195.

³⁵ *Grayned*, 408 U.S. prema *Decker, op. cit.* u bilj. 28, str. 294.

³⁶ *Chapman*, 500 U.S. 456-57 prema *Ibid.*, str. 301.

³⁷ *Boutrous, op. cit.* u bilj. 31, str. 196.

³⁸ *Grayned v. City of Rockford*, 408 US 104 (1972); *Decker, op. cit.* u bilj. 28, str. 245.

³⁹ *Decker, op. cit.* u bilj. 28, str. 249.

Vrhovni je sud utvrdio da u propisivanju zabranjenih ponašanja u obliku kaznenih djela treba izbjegavati izraze s dvostrukim značenjem te da definicije kaznenih djela moraju biti izražene jezikom koji neće dovesti u zabludu razumnog čovjeka.⁴⁰ Tako je primjerice uporaba latinskih pojmova kao *fellatio* i *cunnilingus* dovoljna za poništavanje zakona ako se ne daju pojašnjenja u zakonskoj odredbi.⁴¹ Vrhovni sud neće utvrditi nezakonitost ako utvrdi da postoji značenje određenog izraza tijekom povijesti, ili analizirajući značenje riječi u tehničkom ili profesionalnom polju, ili ako se pozivaju na izraze i njihovo uobičajeno značenje u društvu. Vrhovni sud analizira i pridržavaju li se niži sudovi sudske prakse Vrhovnog suda. Kada se analiziraju činjenične okolnosti, potrebno je uzeti u obzir trenutačno činjenično stanje. Ako se i rabe široki pojmovi, oni su dopušteni ako se interpretiraju putem drugih propisa kao što su primjerice etički standardi u određenoj profesiji.⁴²

U SAD-u je naglašeno da je potrebno analizirati namjeru zakonodavca uz uporabu izraza koji ne izazivaju sumnju u njihovo značenje. U slučaju *Railroad Co v. Railroad Comm* utvrđeno je kako zakon mora sadržavati kriterije za određivanje određenog pojma, a ne da o tome odlučuje porota. Stoga nije dopuštena uporaba pojmova kao primjerice razumljivo i nerazumno. Potrebno je utvrditi kriterije za te pojmove.⁴³ Kada Vrhovni sud navodi da treba konkretizirati pojmove, tada ne daje smjernice na koji način bi to trebalo biti učinjeno. Tu dolazi u obzir proširivanje zakonskog opisa bića kaznenog djela uporabom zakonskih definicija ili detaljnijim obrazloženjem nacrtu teksta dotičnog kaznenog zakona pri njegovu donošenju. Svakako je vidljivo, a što je i ispravno, da preciziranje teksta treba biti učinjeno od strane zakonodavca, a ne od strane suda. Naime, da je Vrhovni sud stajališta da navedeno treba učiniti sud, onda bi on sam to učinio ili bi to već prije učinili niži sudovi. Iz navedenoga je vidljivo da se tumačenje načela određenosti u pravu SAD-a približava kontinentalnom pravnom sustavu. Već je spomenuto da se u zakonima dopuštaju tehnički izrazi iz pojedine znanstvene discipline, pa se postavlja pitanje hoće li ti pojmovi uistinu biti razumljivi prosječnom razumnom čovjeku. Kontradiktorno je da se dopušta uporaba stručnih tehničkih izraza iz različitih znanstvenih disciplina, ali stručne pravne izraze treba maksimalno konkretizirati. To nije prihvatljivo jer je zadatak suda da tumači pravni izraz i kada je višeznačan tražeći ispravno značenje navedenog pojma, a ne da se automatski primjenjuje *rule of lenity*. Dobro je i da kada sud tumači nejasne odredbe, polazi od teleološkog tumačenja,

⁴⁰ U.S. V. Reese, 92 US 214-220, 23 L Ed 563 (1875).

⁴¹ Aigler, *op. cit.* u bilj. 27, str. 833.

⁴² *Ibid.*, str. 845.

⁴³ *Ibid.*, str. 837.

međutim, iluzorno je za očekivati da će zakonodavac moći predvidjeti sve kriterije za određene pravne pojmove kojima se koristi zakonodavac. Uzimajući u obzir navedeno, vidljivo je da na ovaj način pravo SAD-a ne ide za unificiranjem prava i terminologije na području cijele federacije, jer bi u suprotnom Vrhovni sud nastojao popuniti pravne praznine samostalno i na taj način ostvariti harmonizaciju u pojedinim državama.

3. CERTAINTY U UJEDINJENOM KRALJEVSTVU

Od normanskih osvajanja, pravni sustav UK-a temeljen je na vladavini prava (*rule of law*). Ako se pojedinci ravnaju prema *rule of law*, pravo mora biti takvo da se može poštovati. *Rule of law* zahtijeva fiksna, poznata i određena pravila.⁴⁴ To znači da mora postojati *legal certainty*.⁴⁵ Taj se pojam spominje tek od 1953. i do danas nije jasno definiran kao načelo kaznenog prava. Pravni sustav UK-a se dugo vremena temeljio na odlukama sudova i mišljenjima pravnih praktičara.⁴⁶ Načelo određenosti se u pravu UK-a nije razvijalo kao u kontinentalnom pravnom sustavu. Pravna određenost razvila se kao zaseban koncept izvan pojma načela zakonitosti. Stoga se u pravu UK-a govori o *maximum certainty*.⁴⁷ Navedena maksima polazi od individualne slobode adresata kako će prilagoditi svoje ponašanje i pravne određenosti. U političkom pravu se pravna određenost analizira putem *rule of law*.⁴⁸ Ovdje se vrlo lako može izgubiti iz vida da adresat ne smije imati slobodu pri tumačenju pravne norme i slijedom toga prilagođavati svoje ponašanje. Kao da se gubi iz vida da prigodom tumačenja pravne norme treba primijeniti pravila tumačenja i pronaći ispravno tumačenje i upravo takvo ponašanje zahtijevati od adresata. Naime, pitanje je u kojoj se mjeri mogu dopuštati slobode pojedincu u slučaju kaznenog prava koje je supsidijarno u svojoj primjeni, odnosno ako pravne norme druge pravne grane ne mogu ispuniti zadanu svrhu. Restriktivno tumačenje kaznenopravnih odredbi utvrđeno je i razvijeno od strane sudova u Engleskoj tijekom 17. stoljeća. Takva odredba nije bila u vezi s dvoznačnim terminima nego sa supsidijarnom primjenom teških kaznenih sankcija. Takvo restriktivno tumačenje kaznenopravnih odredbi

⁴⁴ Raz, J., *The Authority of the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979., str. 214 – 216.

⁴⁵ Loveland, I., *Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012., str. 74.

⁴⁶ Ashworth, A., *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009., str. 8.

⁴⁷ Klipp, A. (ur.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu Publ, Antwerpen, 2011., str. 74.

⁴⁸ Dworkin, R., *A matter of principle*, Harvard University Press, Harvard, 1985., str. 10 – 20.

ponovljeno je u više sudskih presuda.⁴⁹ Kazneno pravo Engleske i Walesa je uglavnom statutarno, a opći dio kaznenog prava u potpunosti regulira *common law*.⁵⁰ Presude *High Court of Justice*, *Court of Appeal* i *House of Lords* obvezuju niže sudove. Godine 1887. *Court of Appeal* utvrdio je načelo da nema kaznene odgovornosti ako izričaj izraza nije tako jasan da se konkretni slučaj može supsumirati pod njega, tako da je to *well-settled rule* kaznenog prava. Ovakvo stajalište svakako treba potvrditi, jer ako se neko ponašanje ne može supsumirati pod pravnu normu koja naizgled zabranjuje neko ponašanje, tada treba isključiti kaznenu odgovornost. Ako su propisi koje donosi lokalna vlast na temelju ovlasti Parlamenta takvi da ne poštuju načelo određenosti, tada su oni nevažeći jer su *ultra vires*. Ipak, u praksi je neodređenost rijetko dovela do toga da propis bude nevažeći i neprimjenjiv.⁵¹ *Court of Appeal* je utvrdio kako je dostatna dovoljna određenost, ne traži se apsolutna određenost. Ovdje se svakako vidi da je *Court of Appeal* spustio kriterij s maksimalne određenosti na dovoljnu određenost jer je vjerojatno uzeo u obzir teškoće zakonodavca prigodom formuliranja pravne norme, što ne treba odobriti. Naime, pravo UK-a polazi od maksimalne određenosti, ali u nedostatku maksimalne određenosti, dostatna je dovoljna određenost. Ovakvo stajalište vodi do arbitrarnosti i samovolje te potrebe za pretjeranom kažnjivosti, odnosno primjenjivanja svih mogućih tumačenja kako bi se izbjeglo donošenje oslobađajuće presude. To nije ispravno sa stajališta načela određenosti, a ni sa stajališta prava okrivljenika, pa proizlazi da pravo UK-a nastoji osigurati kažnjivost optuženika bez obzira na kriterije. Nejasni zakoni su nepoželjni i u ekstremnim slučajevima njihova nejasnoća može predstavljati nemogućnost identificiranja ponašanja koje je zabranjeno kaznenim pravom. Stoga je načelo određenosti prekršeno jedino ako sud mora pogađati koji slučajevi se mogu supsumirati pod određeni pojam.⁵² Ako je potrebno nagađanje, to znači da odredba nije jasna i da nije ispunjen zahtjev načela određenosti. Iako se načelo određenosti primjenjuje na zakonodavca, ovakvo stajalište govori u prilog činjenici da i ako se određeno ponašanje može dijelom supsumirati pod pravnu normu, ali ne u cijelosti, tada je potrebno donijeti osuđujuću presudu za optuženika jer je osigurana dovoljna određenost, iz čega bi proizlazilo da je samovolja i arbitrarnost u pravu UK-a ozakonjena po pitanju načela određenosti.

⁴⁹ Kadish, S.; Schulhofer, S.; Steiker, S.; Barkow, R., *Criminal Law and its Processes: Cases and Materials*, Wolters Kluwer, New York, 2012., str. 159 – 160.

⁵⁰ Baker, D. J., *Glanville Williams Textbook of Criminal Law*, Sweet & Maxwell, London, 2015., str. 578.

⁵¹ Sartori, *op. cit.* u bilj. 26, str. 95.

⁵² Herring, J., *Criminal law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2012., str. 274 – 276.

U presudama postoji zapis načela određenosti pa se može reći da je zbog toga pravna određenost kodificirana.⁵³ Postoji očekivanje da parlament poštuje načelo određenosti, a kada se u pravu UK-a govori o preciznosti pravne norme, onda se misli na uravnoteženje interesa i načela.⁵⁴ U pravu UK-a nema hijerarhijskog sustava pravnih normi. Stoga, Ashworth analizira načelo pravne određenosti i načelo društvene obrane kao dva suprotna načela. Pravo društvene obrane zahtijeva da se društveni interesi zaštite s pomoću apstraktnih pravnih normi, a dominantnost jednog ili drugog načela ovisi o konkretnom slučaju. Ovdje se odvija sukob prevencije kriminaliteta i zaštite prava pojedinca. Stoga se u pravu UK-a ne može govoriti o *prohibition of vagueness*.⁵⁵ Pravo UK-a zasnovano je na suverenosti parlamenta tako da engleski parlament nije vezan višim načelima kojih se mora pridržavati. Stoga se zakonodavca ne može obvezati na način da mora donositi određene pravne norme. Ako postoji nejasan pojam u zakonu, sudac ga mora tumačiti u konkretnom kontekstu. Stoga se načelo *maximum certainty* odnosi samo na *common law* kaznena djela, jer *common law* je izvor kaznene odgovornosti u UK-u, na način da ne bi trebalo propisivati nejasna kaznena djela i ponašanja koja nisu predvidljivo zabranjena.⁵⁶

Ipak, pod utjecajem prava EU-a i Vijeća Europe, načelo određenosti kako se shvaća u kontinentalnom pravu uvezeno je u UK. To je potaknulo raspravu o pojmu parlamentarne suverenosti, a pod utjecajem sudske prakse Europskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: ESLJP) i *Human Rights Acta* iz 1998. I prije primjene Europske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu: EKLJP) britanski su sudovi poznavali pravilo *common lawa* prema kojem nitko ne bi trebao biti kažnjen ako ono nije dovoljno jasno i određeno da mu omogući da zna koje ponašanje je zabranjeno prije nego što ga poduzme.⁵⁷ Propis je dovoljno jasan i određen i u slučaju ako se pojedinac mora savjetovati s pravnom strukom. Naravno, ovo je stajalište i ESLJP-a pa mu se upućuje prigovor jer ako se pojedinac mora savjetovati s pravnom strukom, tada propis nije dovoljno jasan.⁵⁸ *Common law* je u skladu s čl. 7. EKLJP-a tako sadržaj pojedinog kaznenog djela *common lawa* proširio “korak po korak” a ne “velikim skokom”.⁵⁹ Nejasne i kompleksne pravne odredbe vode tomu da

⁵³ *Hashmann and Harrup v. UK*, 25594/94 (ECHR 25. 11. 1999.).

⁵⁴ Klipp, *op. cit.* u bilj. 47, str. 75.

⁵⁵ U pravu SAD –a i razvojem Ustavne tradicije došlo se do pojma *void for vagueness*.

⁵⁶ Klipp, *op. cit.* u bilj. 47, str. 74.

⁵⁷ Sartori, *op. cit.* u bilj. 26, str. 100.

⁵⁸ Reid, K., *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, Sweet and Maxwell, London, 2011., str. 181.

⁵⁹ O *Marital Rape Exemption* u slučaju *SW i CR protiv UK* vidi više u: Krstulović Dragičević, A., *Načelo zakonitosti u praksi Europskog suda za ljudska prava*, Hrvatski

se ne primjenjuje načelo određenosti, ali i tomu da se ne poduzima dovoljno kaznenog progona. Načelo određenosti dobilo je na važnosti od 2001. godine po pitanju kaznenih djela *common lawa*. Tako je *Court of Appeal* razmatrao neodređenost kroz primjenu načela neodređenosti vezano uz pojam “pijanstva” u zrakoplovu⁶⁰ i pojam osobnog bankrota. U tom je slučaju napomenuto da je kockanje izvan kontrole kockara, i stoga nepredvidljivo. *Court of Appeal* utvrdio je da se ne smije miješati činjenična nesigurnost, o čemu je bila riječ u ovom slučaju, s pravnom nesigurnosti.⁶¹ U drugom je slučaju bilo sporno definiranje pojma opscenosti jer je tužitelj smatrao da taj pojam nije u dovoljnoj mjeri određen jer o njegovom sadržaju odlučuje porota. *Court of Appeal* pozvao se na slučaj *Hoare v UK*⁶² gdje je taj pojam utvrđen kao zakonit.

Ako su odredbe pravnog akta višeznačne, sud treba uzeti u obzir razumnu interpretaciju kako bi optuženik izbjegao kaznu.⁶³ Pod utjecajem ESLJP-a se u pravu UK-a prebacilo težište s potrebe i inzistiranja na kažnjivosti pojedinca do situacije da optuženik izbjegne kaznu. Pravni akt bit će utvrđen kao nepredvidljiv ako sudovi nemaju ovlasti za propisivanje novih kaznenih djela i ukidanje postojećih. Također se postavilo pitanje određenosti pravnog pojma koji je kažnjavao posjedovanje snimki informacija koje su takve prirode da mogu biti korisne osobi koja čini ili planira radnju terorizma. Sporan je bio pojam *likely to be of use to*. *Court of Appeal* zaključio je da taj izraz podrazumijeva postojanje opravdane sumnje da se predmet namjeravao koristiti u pripremi ili počinjenju terorizma.⁶⁴ *Court of Appeal* zaključio je da ovakvo tumačenje nije teško zaključiti te da je pravna odredba jasna.⁶⁵ Ovdje je pravo UK-a pošlo od kriterija prosječnog razumnog čovjeka pri tumačenju predvidljivosti pravne norme, kombinirajući ga s dopuštenim zahtjevom ESLJP-a da je pravna norma određena i kada je potrebno tražiti pravni savjet. Svakako treba pohvaliti korake prava UK-a u preciziranju načela određenosti u svom pravnom sustavu jer i dalje postoji borba između duge tradicije (*common law*), koja se sastojala u osudi svakog optuženika ako postoji samo dovoljna određenost pravne norme, i standarda ESLJP-a. Ispravno je utvrditi kažnjivost optuženika kada se njegovo ponašanje može u potpunosti supsumirati pod pravnu normu, a ne i kada

ljetopis za kaznene znanosti i praksu, vol. 23, br. 2, 2016., str. 416.

⁶⁰ R v Tag, 1 Cr App R2 (2002).

⁶¹ Grearty, C., *Principles of human rights adjudication*, Oxford University Press, USA, 2004., str. 152.

⁶² *Hoare v UK*, 31211/96 (ECHR 2. 7. 1997.), par. 40-45.

⁶³ *Fawcett Properties LTD v Buckingham County Council*, AC 636 – 662 (1961), prema Sartori, *op. cit.* u bilj. 26, str. 101.

⁶⁴ R v K, 2 Cr App R 7 (2008), prema: *ibid.*, str. 99 – 100.

⁶⁵ *Ibid.*, str. 99.

se ponašanje optuženika može samo dijelom supsumirati pod pravnu normu. Unatoč velikim naporima i borbama u pravu UK-a s načelom određenosti, bilo bi poželjno da ovaj pravni sustav zadrži maksimalnu određenost, a da ne luta od dovoljne određenosti do apsolutne određenosti jer oba ta oblika svakako trebaju predstavljati dvije nedopuštene krajnosti.

4. EUROPSKA UNIJA

Cilj je EU-a harmonizacija kaznenopravnih sustava država članica i stvaranje jedinstvenog kaznenopravnog prostora slobode, sigurnosti i pravde, u kojem bi se mogućnosti da počinitelji teških kaznenih djela izbjegnu progon i kažnjavanje svele na minimum.⁶⁶ Prema Raitiou, u pravu Unije, načelo određenosti odnosi se na načelo neretroaktivnosti, zaštite legitimnih očekivanja, zaštite stečenih prava, pitanja proceduralnih rokova i neposredne primjene zakona, kao i uporabe razumljivog jezika u pravu Unije.⁶⁷ U pravu EU-a načelo određenosti razmatra se kao *double addressed norm* kojim se obvezuje EU, ali i nacionalnog zakonodavca. Međutim, članstvo u EU-u stvorilo je situaciju u kojoj država više nije jedini izvor zakonitosti. Osim ostalih čimbenika (poput razvoja socijalne države usmjerene na zaštitu građana od rizika socijalne skrbi), tu je i mnoštvo pravnih poredaka za koje se smatra da imaju istodobnu valjanost i primjenu i koji kao takvi nedvojbeno pridonose smanjenoj ulozi načela zakonitosti.

Stoga je neizbježna i nužna posljedica općeg prihvaćanja načela pravne određenosti to što jača kaznenopravni aspekt sigurnosti, tj. zakonitosti. To je osobito važno kada se EU koristi svojim pravom *ius puniendi* da bi intervenirao, posebice u slučaju "moći definiranja" kaznenih djela. U slučaju direktiva, osigurava se postupak domaćeg transponiranja potrebnim stupnjem određenosti, jer europska norma ne raspolaže istim stupnjem zakonitosti kao nacionalna kaznenopravna norma.⁶⁸ Ovo je prvi nedostatak prava EU-a ako pravna norma na razini EU-a ne raspolaže istim stupnjem zakonitosti kao nacionalna kaznenopravna norma. Pitanje je kako će se uspostaviti jedinstvena primjena načela određenosti u svim državama članicama kada su instrumenti EU-a u području kaznenog prava direktive. Činjenica da je sadržaj pravne norme EU-a dostupan

⁶⁶ Vuletić, I., *Recepcija europskih kaznenopravnih tekovina u hrvatskome materijalnom kaznenom pravu*, u: Barbić, J. (ur.), *Europska budućnost hrvatskoga kaznenog pravosuđa*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2018., str. 119.

⁶⁷ Raitio, J., *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Kluwer Academic Publishers, e-book, 2003., str. 382.

⁶⁸ Karsai, K., *The legality of criminal law and the new competences of the TFEU*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, br. 1, 2016., str. 24 – 27.

pojedincima u različitim državama članicama ne znači da će taj sadržaj biti i jednako transponiran u svakoj državi članici, pa se postavlja pitanje je li harmonizacija kaznenopravnog sustava država članica i stvaranje jedinstvenog kaznenopravnog prostora slobode, sigurnosti i pravde samo iluzija. ESP je utvrdio potrebu konformnog tumačenja nacionalnog prava u svjetlu prava EU-a⁶⁹ pa tako načelo određenosti podrazumijeva da su načela kaznene odgovornosti dostupna pojedincima. Tako u pravu EU-a propisi moraju biti objavljeni u službenom listu. Iznimno, ako je zbog javne sigurnosti potrebno regulirati neko ponašanje i držati ga neobjavljenim, dopušteno je i to.⁷⁰ Sljedeći uvjet je da dokumenti EU-a budu objavljeni na jeziku pojedine države članice. Kad je riječ o jeziku i određenosti pravne norme, ESP se vodi praksom ESLJP-a u vezi s načelom određenosti. Ipak, ovdje je potrebno uzeti u obzir da nacionalni zakonodavac implementira pravne propise, a pravo EU-a propisuje minimalne zahtjeve pravnog normiranja. Pitanje je i jesu li minimalni zahtjevi pravnog normiranja uistinu osigurani, jer sama činjenica različitih jezika u EU-u i transponiranja direktive neminovno dovodi i do odstupanja u pojedinim državama članicama. Iako se direktive objavljuju na različitim jezicima, jasno je da se direktiva u postupku donošenja formulira na radnoj skupini na jednom jeziku, da bi se potom prevodila na jezike država članica. Tada nije pitanje osiguravaju li se minimalni zahtjevi pravnog normiranja, nego se osigurava minimum od minimalnih zahtjeva pravnog normiranja. Tako kada EU zakonodavac kreira direktivu, ona je namijenjena pojedinoj državi članici, pa se postavlja pitanje kako tu direktivu primijeniti na pojedinog građanina.⁷¹ Pitanje izravne primjene odnosno učinka prava EU-a s kaznenim sadržajem nije jednostavno. Direktiva ima vertikalnu izravnu primjenu nakon isteka roka za provedbu; u ovom se slučaju osoba (bilo ona fizička ili pravna) može pozvati na tekst direktive protiv države članice na sudu. ESP⁷² je utvrdio nekoliko uvjeta kako bi se pojedinac mogao pozvati na direktivu pred sudovima, posebice ako su odredbe direktive bezuvjetne i dovoljno precizne i ako direktiva još nije ili nije ispravno implementirana do unaprijed određenog roka. Nadalje, ova pravna konstrukcija isključuje mogućnost uvođenja običajnih prava ili sudskih presedana (*lex scripta*) u sudskim postupcima. U slučaju smjernica iz čl. 82. ili 83. UFEU-a, cilj je EU-a da se uspostave minimalna pravila u pogledu definicija kaznenih djela i sankcija za posebno teška kaznena djela, koja obično imaju prekograničnu dimenziju koja proizlazi iz prirode ili utjecaja takvih djela ili iz posebne potrebe

⁶⁹ *Criminal proceedings against Maria Pupino*, C-105/03, ECLI:EU:C: 2005:386, par. 30.

⁷⁰ Regulation 1448/2006 od 29. rujna 2006., OJ L 271, 30. 9. 2006., str. 31 – 32.

⁷¹ *Intertanko and Others v. Secretary of State for Transport*, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312, par. 69-72.

⁷² *Becker vs. Finanzamt Münster-Innenstadt*, C- 8/81, ECLI:EU:C:1982:7, par. 53.

za zajedničkom borbom protiv njih. Izdavanjem direktive Unija može definirati minimalne zakonske elemente određenih kaznenih djela i minimalna pravila za izricanje sankcija. To ovisi o tome kakvi su regulatorni minimumi koje država nije integrirala ili nije pravilno integrirala u svoj pravni sustav. Različiti čimbenici moraju biti uzeti u obzir, i to:⁷³ utječe li minimum zahtjeva koje propisuje EU na pozitivni ili negativni element kaznene odgovornosti; sadržava li nacionalni zakon (bez izmjena i dopuna ili je stupio na snagu bez odgovarajućeg transponiranja) odgovornost više ili manje strogu u odnosu na direktivu; postoji li prema direktivi izričita zabrana kriminalizacije (možda zabrana koja se može proširiti pravnim tumačenjem) te pruža li direktiva prostor za diskreciju. Ako direktiva sadržava samo minimalne standarde i države članice ih nisu provele ili ih nisu provele pravilno, tada pogođena osoba ne može ostvariti povoljan pravni položaj oslanjajući se na direktivu. Naime, minimalni elementi zakonskih kaznenih djela ponuđenih pravnom normom EU-a nisu utvrđivanje praga za nekažnjavanje, nego praga za kažnjavanje. Definicija kaznenih djela, tj. opis ponašanja koje se smatra kaznenim, uvijek obuhvaća ponašanje glavnog počinitelja, ali i u većini slučajeva i sporedni doprinos poput poticanja i pomaganja, a ponekad i pokušaj i nehajno postupanje glavnog počinitelja. To znači da EU nema ovlast utvrditi apsolutno biće kaznenog djela, nego samo njegove minimalne uvjete. Stoga, ondje gdje direktiva sadržava minimalne uvjete nije ju moguće izravno primijeniti, jer bi to bilo nerazumno u usporedbi s postojećim kaznenopravnim sustavom država članica. Direktive su u ostalim pravnim granama izravno primjenjive, što znači da postaju sastavni dio unutarnjeg pravnog poretka ako nisu implementirane u zadanom roku. Takav učinak nije moguć u kaznenom pravu zato što kaznene odredbe reguliraju tzv. obrnute vertikalne odnose kod kojih pojedinac ima obvezu prema državi.⁷⁴ Iz toga proizlazi da je propisivanje kaznenih djela i kaznenopravnih sankcija u suštini ostalo dio suverenih ovlasti država članica. Direktiva ima izravni učinak samo ako regulira tzv. vertikalni odnos u smislu odnosa u kojem država ima obvezu prema pojedincu. Ako postoji obveza pojedinca prema državi, tada direktiva nema izravan učinak jer je riječ o obrnuto vertikalnom odnosu, a nacionalnom sudu zabranjeno je primijeniti eurokomforno tumačenje.⁷⁵ Što je manja razina slobode u provedbi dokumenata EU-a, važnije je da europski zakonodavni akti udovoljavaju zahtjevu načela određenosti. Ako određeni europski pravni instrument nastoji u potpunosti uskladiti propise u državama članicama, trebao bi udovo-

⁷³ Karsai, *op. cit.* u bilj. 68, str. 29.

⁷⁴ Vuletić, *op. cit.* u bilj. 66, str. 132.

⁷⁵ Vuletić, I., *Domesti i granice utjecaja prava EU-a na opći dio nacionalnih kaznenih prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 37, br. 2, 2016., str. 953 – 965.

ljavati zahtjevu načela određenosti na isti način kao da je kaznenopravna odredba države članice. ESP je, nevezano uz kazneno pravo, utvrdio da je, kada direktiva rabi širok pojam kao što je primjerice javni moral, to s ciljem da se ostavi prostora kako bi nacionalni zakonodavac prilagodio direktivu nacionalnom sustavu.⁷⁶ Problem načela određenosti i direktive jest to što se one ne odnose na pojedinca, nego na državu i država ih treba transponirati. Transponiranjem se konkretizira pravna norma. Prema praksi ESP-a, direktiva ne može biti osnova za kazneni progon.⁷⁷ Sada se postavlja pitanje zašto bismo primijenili načelo određenosti na direktivu kada nema izravan učinak u kaznenim stvarima. ESP je uspostavio pravila za transponiranje dokumenata EU-a, i to na način da je potrebno uzeti u obzir oblik i metode transponiranja, te rezultate koji trebaju biti ostvareni na učinkovit način u skladu s ciljevima direktive. Potrebno je da implementacijske odredbe direktive budu obvezujuće u nacionalnom zakonodavstvu, a ne *lex imperfecta*, i to na način da su jasne i pravno određene. Transponiranje direktive ne podrazumijeva uporabu istih izraza koje rabi direktiva, nego obuhvaćanje općeg konteksta. Ali ako se obuhvaća samo opći kontekst, onda se ne može govoriti o ispunjavanju zahtjeva načela određenosti, jer se načelo određenosti ne odnosi na opći kontekst, nego na preciznost, jasnoću i predvidljivost pravne norme i budućih konkretnih situacija. Pojam opći kontekst, ako nije vezan uz teleološko tumačenje, svakako slabi načelo određenosti. Direktive trebaju biti transponirane u roku koji je njima propisan⁷⁸, pa iz toga proizlazi da je u ovim smjernicama da transponiranje mora biti učinkovito.⁷⁹ Ipak, prigodom transponiranja direktive u nacionalni sustav, nacionalni zakonodavac nastoji u najvećoj mogućoj mjeri zaštititi pojmove koji se nalaze u direktivi. Većinom pri transponiranju direktive dolazi do metode *copy paste*, tako da će nejasnoće u direktivi ući u nacionalni zakonski tekst. Problem je i kada se kod blanketnih kaznenih djela upućuje na članak direktive. Unatoč tomu, moguće je da direktiva ne sadržava samo regulatorne ciljeve (tj. obvezuje države članice na postizanje određenih rezultata, ali im ne ostavlja slobodu da

⁷⁶ *Netherlands v. European Parliament and Council*, C-377/98, ECLI:EU:C:2001:329, par. 10-25.

⁷⁷ Marin, L., *C-80/86, Kolpinghuis Nijmegen, The General Principles of European (Criminal) Law as Limitation to the Enforcement of EU Law: The Kolpinghuis Nijmegen Rule*, www.researchgate.net, pristup 06. 6. 2022.

⁷⁸ Report from the Commission based on Article 14 of Council framework Decision of 28 May 2001. Combating fraud and counterfeiting of non-cash means of payment, COM (2004) 346 final, 30. 4. 2004, point 1.2.2.: C - 300/81 Commission v Italy, 1 March 1983.

⁷⁹ Peristeridou, C., *The principle of legality in European criminal law*, Intersentia, Cambridge, 2015., str. 205.

odrede značenje izraza kojima se koriste), nego da obuhvaća jasne definicije, a da nacionalnim zakonodavcima države članice ne ostavlja bilo kakvu slobodu pri transponiranju. Iako supsidijarni karakter rada na usklađivanju na razini EU-a nužno zahtijeva da države članice imaju određeni stupanj diskrecije u izradbi detalja o provedbi (što podrazumijeva određeni stupanj neodređenosti u pogledu europskih zakonodavnih akata), zahtjev načela određenosti je unatoč tomu važan za pravne instrumente EU-a kao opće načelo zakona i temeljni element bilo kojeg kaznenopravnog sustava koji se temelji na vladavini prava.⁸⁰ Definicija jasnih pravila omogućuje mogućnost izravne primjene direktiva radi nadležnosti ESP-a. ESP je utvrdio da postoji obveza EU-a da donosi direktive i tada (Okvirne odluke) u skladu s načelom određenosti, ali se *de facto* obveza odnosi na nacionalne države jer su one te koje trebaju konkretizirati zabranjeno ponašanje. Ipak, na razini EU-a nema zajedničke definicije namjere, poticanja, pomaganja i pokušaja. Okvirne odluke ili direktive propisuju da je potrebno kažnjavanje nehaja, poticanja ili pokušaja, a da ne daju definiciju tih pojmova. Ipak, Komisija je u svom Anexu propisala u Okvirnoj odluci o sprječavanju terorizma da je potrebno vidjeti primjerice poticanje u pravu Italije, Španjolske, Francuske i UK-a.⁸¹ Također, u slučaju *Intertanko*, jasno je da EU zakonodavac ne daje značenje pojma *serious negligence*, pa je pitanje kako će ga nacionalni zakonodavci pojedinih država interpretirati i implementirati.⁸² U presudi *Intertanko*, ESP je utvrdio da EU ne krši načelo određenosti kada ne definira pojedine pojmove, jer je na zakonodavcu nacionalne države da taj pojam implementira i definira. Ipak, ESP je istodobno dao vlastitu definiciju pojma *serious negligence* koji rabi dokument EU-a, pa se postavlja pitanje zašto u samom dokumentu EU-a nije mogla stajati ta definicija. Nadalje, ESP je jasno istaknuo da Okvirne odluke neće udovoljavati pragu postavljenom načelom zakonitosti prema zakonu država članica, jer u slučaju *Advocaten voor de Wereld*, pitanje nije bilo ništa manje važno nego zadovoljava li propis o “kaznenim djelima iz kataloga” u Okvirnoj odluci o europskom uhidbenom nalogu standarde postavljene zahtjevom načela određenosti, s obzirom na kaznenu zakonitost. Cilj odlučivanja zasnovan je na neizbježnoj potrebi provedbe, kao i na isključivanju bilo kakve izravne primjene Okvirne odluke. Zaključak je bio da Okvirna odluka ne nastoji uskladiti kaznena djela EU-a u vezi s njihovim konstitutivnim elementima ili kaznama.⁸³ Postoje zemlje u kojima se provedba dokumenata EU izvršava na jednostavan način nekritički preuzimanjem kataloga Okvirne odluke ili direkti-

⁸⁰ Karsai, *op. cit.* u bilj. 68, str. 26.

⁸¹ Peristeridou, *op. cit.* u bilj. 79, str. 201.

⁸² Klipp, *op. cit.* u bilj. 47, str. 89.

⁸³ *Advocaten voor de Wereld* VZW, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261.

ve, i druge koje su provele popis uspostavljanjem izravnih veza s kaznenim djelima u nacionalnom zakonodavstvu. Ondje gdje je potrebno utvrditi opseg odgovornosti u kaznenom pravu koji proizlazi iz zakona usvojenog za svrhu provedbe direktive, načelo da se odredba kaznenog zakona ne smije široko primjenjivati na štetu okrivljenika, što je posljedica načela zakonitosti u odnosu na kazneno djelo i kaznu i općenito načelo pravne sigurnosti, isključuje pokretanje kaznenog postupka zbog ponašanja koje nije jasno definirano kao zabranjeno zakonom.⁸⁴

5. VIJEĆE EUROPE

Sadržaj kaznenog djela može se analizirati uzimajući u obzir ideju kojom se zakonodavac vodio propisujući neko ponašanje kao zabranjeno, odnosno *ratio legis*. Ipak, pojam sadržaja kaznenog djela preširok je i ne može služiti kao učinkovito sredstvo u borbi protiv sudačke samovolje jer mu nedostaje objektivnost u njezinu ograničavanju. Iako se predvidljivost analizira u okviru bića kaznenog djela i načela određenosti, moramo uzeti u obzir da nesvjesnost zabranjenosti može dovesti do zablude. Relevantno pravo mora biti dovoljno jasno kako bi omogućilo učinkovita jamstva protiv arbitrarne optužbe, osude ili kažnjavanja.⁸⁵ Ako biće kaznenog djela sadržava negiranje prava na pošteno suđenje ili primjerice kršenje prava na život, tada takav se propis ne može opisati kao pravo u smislu čl. 7. EKLJP-a sukladno Radbruchovoj formuli *lex iniusta non est lex*. ESLJP zauzeo je stajalište o značenju pojma “pravo” (*law*) pridajući mu autonomno značenje u smislu EKLJP, a koje obuhvaća zakonsko i precedentno (*case-law*) pravo te podrazumijeva kvalitativne uvjete dostupnosti i predvidljivosti. U konvencijski pojam prava uključeni su i propisi nižeg ranga od zakona, kao i nacionalno pravo “u cijelosti”, uključujući i način na koji se primjenjivalo u predmetnom razdoblju. S druge strane, državna praksa koja se protivi propisima pisanog prava na snazi i koja u biti isključuje zakonodavstvo na kojem se trebala zasnivati ne može biti kvalificirana kao “pravo” u smislu čl. 7. EKLJP.⁸⁶

ESLJP je prigodom analiziranja EKLJP svoje zaključke temeljio na općim načelima međunarodnog prava, ali i na Europskoj društvenoj povelji, EU Povelji o ljudskim pravima, Oviedo konvenciji, Općoj deklaraciji o ljudskim pravima

⁸⁴ *Criminal proceedings against X*, C-74/95, C-129/95, ECLI:EU:C:1996:491.

⁸⁵ *Vasiliauskas v. Lithuania*, 35343/05 (ECHR 17.6.2009.), par. 153.

⁸⁶ Vidi više u Derenčinović, D., *U povodu presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 8, br. 2, 2001., str. 147 – 170; Krstulović Dragičević, *op. cit.* u bilj. 59, str. 407.

UN-a, Protokolima Palermo konvenciji i mnogim drugima.⁸⁷ Zaključak je kako treba paziti da tzv. *relevant rules* međunarodnog prava ne smiju prijeći ili ograničiti doseg ili učinak odredbe, tj. bića za razjašnjavanje kojega se rabi. Unatoč spajanju i približavanju pravnih sustava ne može se reći da uvijek postoji uniformna definicija u međunarodnom pravu.⁸⁸ Tako je ESLJP tumačio pojam nadležnosti države izvan svojeg teritorija drugačije nego što ga shvaća međunarodno pravo⁸⁹, pa se postavlja opravdano pitanje je li ESLJP uistinu *de facto* zaštitnik drugih međunarodnih ugovora koje je spomenuo u svojim zaključcima.

5.1. Biće

ESLJP polazi od toga da je potrebno uzeti u obzir i ona obilježja koja nisu dio bića kaznenog djela u slučaju da predstavljaju njegov opis. Njemačka pravna teorija rabi pojam *Garantietatbestand* (jamstveni sadržaj kaznenog djela) da bi obuhvatila objektivne i subjektivne elemente ali, dodatno, i nezakonitost.⁹⁰ Stoga predvidljivost prema ESLJP-u može imati objektivnu komponentu i subjektivnu. Objektivna se odnosi na pravo kao sredstvo koje regulira odnos između ovlasti države i građana, jer je država ta koja mora osigurati učinkovita jamstva protiv arbitrarnog postupanja, osude ili kazne. Subjektivni element vezan je uz krivnju, odnosno svijest počinitelja o protupravnoj radnji zbog koje su građani odgovorni. Ipak ne smijemo zaboraviti da EKLJP rabi široke pojmove kao nužan alat kako bi se pravne odredbe mogle prilagoditi društvenom razvoju.⁹¹ Ipak, ovakav neformalan pristup načelu *nullum crimen* kritiziran je od strane pravnik kontinentalnog pravnog kruga koji će potkopati formalna jamstva načela zakonitosti.⁹² Valja naglasiti da novinarsko izvještavanje ne može zamijeniti službeni dokument objave propisa jer samo službeni izvor može dati adekvatni i pouzdani indicij pravnih pravila koja će se primijeniti u konkretnom slučaju.⁹³ Ipak, u određenim slučajevima nije potrebno da pravo bude

⁸⁷ Letsas, G., *Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer*, The European Journal of International Law, vol. 21, br. 3, 2010., str. 523.

⁸⁸ Vuletić, *op. cit.* u bilj. 66, str. 124.

⁸⁹ *Banković and Others v. Belgium*, 52207/99 (ECHR 12. 12. 2001.), par. 56.

⁹⁰ Rychlewska, A., *The nullum crimen sine lege principle in the European Convention of Human Rights: The Actual Scope of Guarantees*, Polish Yearbook of International Law, vol. 36, 2016., str. 176.

⁹¹ Sartori, *op. cit.* u bilj. 26, str. 82.

⁹² Huerta Tocildo, S., *The Weekend Concept of the European Principle of Criminal Legality* u: Roca, J.; Santolaya, P. (ur.), *Europe of Rights: A Compendium of the European Convention on Human Rights*, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2012., str. 80.

⁹³ *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, 26261/05, 26377/06 (ECHR 14. 03. 2013.), par 92 – 93.

formalno objavljeno kada je riječ o međunarodnom pravu.⁹⁴ Tako je ESLJP utvrdio u jednom slučaju da je načelo određenosti ostvareno i kada smjernice Vijeća za medije propisuju način izvještavanja u masovnim medijima koji je stroži i od samog kaznenog propisa pa, čak i ako nisu obvezujuće, ispunjavaju uvjet predvidljivosti i u skladu su s načelom *nullum crimen sine lege*.⁹⁵ Ovdje ESLJP gubi iz vida da definicija zakonitosti na latinskom glasi: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. ESLJP zaboravlja da je načelo određenosti vezano uz kažnjivost te da zajedno ispunjavaju svrhu načela zakonitosti. Pravne odredbe trebaju biti jasno napisane koristeći svakodnevni govor, a važno je i to može li se kaznena odgovornost objektivno očekivati u pravnom sustavu.⁹⁶ Svaka-ko nije zadovoljavajuća tvrdnja da se kaznena odgovornost objektivno može očekivati u pravnom sustavu, jer je neodređena i jer objektivno neočekivanje kažnjivosti može predstavljati zabludu o protupravnosti. Nepostojanje svijesti o obilježjima kaznenog djela predstavlja zabludu o biću kaznenog djela. Pravni sadržaj i pravni učinci navedenih zabluda različiti su. Glavno težište treba biti na jasnoći pravne norme kako se adresati ne bi mogli pozivati na zabludu o biću kaznenog djela.

5.2. Jasnoća i predvidljivost

Pravne odredbe razumljive su kada pojedinci sami mogu protumačiti što je dopušteno, a što je zabranjeno ili kada moraju zatražiti pravni savjet.⁹⁷ Potrebno je naglasiti da se ovaj test analizira lakše kada je riječ o kaznenim djelima *mala in se*. Ipak, izmjena kaznenih djela ne smije biti takva da se dovodi u pitanje kažnjivost, posebice za ona ponašanja koja prije nisu bila kažnjiva.⁹⁸ Tijekom razvoja pravnih standarda, nova pravila tumačenja ne mogu biti usvojena u kratkom vremenu, nego je potrebno da se adresati upoznaju s njima. Stoga promjena tumačenja prava mora biti predvidljiva za pojedince.⁹⁹ Određenost se

⁹⁴ *Kononov v. Latvia (GC)*, 36376/04 (ECHR 24. 07. 2008.), par. 237. O problematičnosti *lex certa* u međunarodnom pravu vidi više u: Derenčinović, D.; Horvatić, Ž. (ur.), *Teorija zajedničkog zločinačkog pothvata i međunarodno kazneno pravo – izazovi i kontroverze*, Akademija pravnih znanosti Hrvatske, Zagreb, 2011., str. 66.

⁹⁵ *Flinkkilä and Others v. Finland*, 25576/04 (ECHR 06. 07. 2010.), par. 68 – 69.

⁹⁶ Peristedou, *op. cit.* u bilj. 79, str. 100.

⁹⁷ *Coëme and Others v. Belgium*, 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96 (ECHR 18. 10. 2000), par. 145.

⁹⁸ Zdravković, A., *Few Questions Yet to Be Answered in Regard to the Article 7 of the European Convention on Human Rights*, ECLIC, Pravni fakultet Osijek, 2020., str. 676.

⁹⁹ *Korbely v. Hungary*, 9174/02 (ECHR 19. 9. 2008.), par. 70; *Del Rio Prada v. Spain*, 42750/09 (ECHR 21. 10. 2013.), par. 125.

mora odnositi na definiciju kaznenog djela i sankciju.¹⁰⁰ Predvidljivost se odnosi i na međunarodna kaznena djela, jer je teško zamislivo da je neko ponašanje zabranjeno u međunarodnom pravu, a nije zabranjeno u nacionalnom.¹⁰¹ Predvidljivost zahtijeva da pojedinac ima prosječnu svijest i razum o pravima i običajima, kako u nacionalnom tako i u međunarodnom pravu. Osobne okolnosti i mogućnosti su također relevantne¹⁰², a načelo određenosti može se kršiti i primjenom analogije.¹⁰³ Ipak, i analogija je dopuštena u situacijama ako je u pravnoj teoriji prošireno tumačenje bilo dopušteno. To se analizira u okviru tzv. *progressive development of law through judicial interpretation*. Tako je BGH SR Njemačke utvrdio kako se tumačenjem i električna struja može podvesti pod pojam stvari i analizirati u okviru krađe bez mijenjanja pravnog opisa.¹⁰⁴ ESLJP je utvrdio da se tijekom vremena promjenom činjeničnih okolnosti u društvu može utvrditi kaznena odgovornost i da se ne mijenja definicija kaznenog djela. Odnosno, može se utvrditi da postoji pravni kontinuitet. Iako ESLJP traži stupanj predvidljivosti za kažnjavanje, vidljivo je da je moguće da postoji kažnjivost i bez obzira na stupanj predvidljivosti kaznene odgovornosti jer pojam pravo obuhvaća pisano pravo, ali i nepisano.¹⁰⁵ Važno je da radnja adresata bude opisana u biću kaznenog djela s dovoljnim stupnjem dostupnosti i predvidljivosti prema domaćem ili međunarodnom pravu.¹⁰⁶ Tu je riječ o kvalitativnim zahtjevima koji moraju biti ispunjeni.¹⁰⁷ Stoga je potrebno tekst zakona čitati u svjetlu sudske prakse koja ga prati. Ako su izrazi koje rabi zakonodavac neodređeni i višeznačni, potrebno je vidjeti jesu li ti sporni pojmovi barem rasvijetljeni sudskom praksom. Da bi bila riječ o predvidljivosti, mora se raditi o konzistentnoj sudskoj praksi glede nekog bića kaznenog djela¹⁰⁸, a stvaranje prava sudskom praksom treba biti unutar razumnih ograničenja postavljenih bićem kaznenog djela.¹⁰⁹ Ako se biće kaznenog djela ne primjenjuje zbog dugotrajne prakse tolerancije takvog ponašanja propisanog u biću kaznenog djela, tada se može raditi o *de facto* dekriminalizaciji.¹¹⁰ Ipak, nepostojanje prethodnih

¹⁰⁰ *Achour v. France*, 67335/01 (ECHR 29. 03. 2006.), par. 41.

¹⁰¹ Zdravković, *op. cit.* u bilj. 99, str. 678.

¹⁰² *Soros v. France*, 50425/06 (ECHR 6. 10. 2011.), par. 53.

¹⁰³ *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey*, 23536/94, 24408/94 (ECHR 08. 07. 1999.), par. 42-43.

¹⁰⁴ Rychlewska, *op. cit.* u bilj. 91, str. 174.

¹⁰⁵ *Vasiliauskas v. Lithuania*, par. 154.

¹⁰⁶ *Kononov v. Latvia*, par. 185-186.

¹⁰⁷ *Del Rio Prada v. Spain*, par. 91.

¹⁰⁸ *Žaja v. Croatia*, 37462/09 (ECHR 04. 01. 2017), par. 102-103.

¹⁰⁹ *Dallas v. The UK*, 38395/12 (ECHR 11 February 2016), par. 74-77.

¹¹⁰ *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia (No. 2)*, 51111/07, 42757/07 (ECHR 14. 05. 2020.) par. 817-820.

sudskih odluka u vezi s nekom pravnom odredbom ne znači da je ta odredba suprotna čl. 7. EKLJP¹¹¹ jer to samo znači da se nacionalne države još nisu susrele s takvim slučajevima.¹¹² Traži se samo razumna predvidljivost. ESLJP je utvrdio i elemente važne za utvrđivanje predvidljivosti pravnog propisa.¹¹³ Tako polazi od političkog sustava pa se pravo razmatra i razvija u okviru određenog političkog sustava u demokratskom režimu. U slučaju promjene suvereniteta nad teritorijem ili promjenom političkog poretka, država je ovlaštena u skladu s vladavinom prava razmatrati optužbu za nedjela koja su počinjena za drugog režima.¹¹⁴ Polazi se od općih načela međunarodnog prava i činjenice da postojeći pravni sustav ne kažnjava i ne tolerira djela koja su propisana kao kažnjiva međunarodnim pravom ili međunarodnim ugovorima ili običajnim pravom, ali to ne znači da se takvi počinitelji ne mogu procesuirati pred sudovima.¹¹⁵ Polazi se i od standarda ESLJP-a. Ovdje se analizira načelo vladavine prava, načelo pravne određenosti i fundamentalnih ciljeva EKLJP-a, odnosno sadržaja kaznenog djela u odnosu na ljudsko dostojanstvo i slobodu.¹¹⁶ Polazi se od pravne literature i tumačenja pravnih normi koje ovisi o autoritarnosti i relevantnosti doktrinarnog tumačenja.¹¹⁷ Određeni stupanj fleksibilnosti mora postojati pri formiranju bića kaznenih djela. Ipak, kada se reguliraju izvanredne okolnosti, tada se ne traži visok stupanj detaljnosti.¹¹⁸ ESLJP priznaje i konkretizaciju kaznenih djela upućivanjem na druge pravne propise (blanketna kaznena djela).¹¹⁹ Razvoj kaznenog prava kroz sudsko stvaranje prava smatra se nužnim dijelom pravne tradicije neke države¹²⁰ čime ESLJP tom tvrdnjom u ovom slučaju podriva načelo zakonitosti. Na zakonodavcu je da stvara biće kaznenog djela, a na sudu je da tumači elemente bića kaznenog djela. Naime, ESLJP nastoji brisati granice između zakonodavca i primjenjivača pravne norme, a trebao bi ih samo učiniti prilagodljivima. Biće kaznenog djela trebalo bi biti takvo da obuhvaća opće poznavanje i široko podrazumijevanu zabranjenu prirodu

¹¹¹ *K.A. and A.D. v. Belgium*, 42758/98 i 45558/99 (ECHR 17. 02. 2005), par. 55.

¹¹² *Soros v. France*, par. 57-58.

¹¹³ Vidi više u Omejec, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava*, Novi informator, Zagreb, 2014.

¹¹⁴ *Vasiliauskas v. Lithuania*, par. 159.

¹¹⁵ O problemu *lex certa* u međunarodnom pravu vidi više u: Derenčinović, *op. cit.* u bilj. 87, str. 147 – 170; *Vasiliauskas v. Lithuania*, par. 58.

¹¹⁶ *Rohlena v. The Czech Republic*, 59552/08, (ECHR 27. 01. 2015.), par. 71.

¹¹⁷ *Khodorkovkiy and Lebedev*, par. 794., *K.A. and A.D. v. Belgium*, par. 59.

¹¹⁸ *Ocalan v. Turkey (no. 2)*, 24069/03 (ECHR 18. 03. 2014.), par. 187.

¹¹⁹ *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, 26261/05, 26377/06 (ECHR 14. 06. 2013.), par. 82.

¹²⁰ *Kafkaris v. Cyprus*, 21906/04 (ECHR 12. 02. 2008.), par. 141.

neko ponašanja u skladu s pravnom evolucijom nekog društva.¹²¹ Stvaranjem novog bića kaznenog djela uvijek će postojati pravna nesigurnost i početna neodređenost sve do prve interpretacije pravnog propisa te ona nije protivna čl. 7.¹²² ESLJP ovdje čak pokazuje buduću tendenciju u svom tumačenju i primjeni EKLJP podrivajući načelo zakonitosti u njegovoj suštini, te zaboravlja da je sebi za pravo davao stvaranje novog bića kaznenog djela tumačenjem postojećih odredbi EKLJP. Naime, ESLJP nedovoljno razdvaja konvencijsko pravo od nacionalnoga, koje ima pravo stvarati nova bića kaznenih djela, te želi svojom sudskom praksom *a priori* obuhvatiti i one slučajeve koje formalnim pristupom ne bi mogao. ESLJP neformalnim pristupom u svojoj sudskoj praksi želi pristupiti tumačenju kaznenih odredbi i na taj način stvarati nova kažnjiva ponašanja. Naime, sve definicije u kaznenom pravu imaju s razlogom formalni i materijalni aspekt te se ta dva aspekta trebaju međusobno nadopunjavati, te se ne smije ostvariti primat samo jednoga od navedenih aspekata, što pokušava ESLJP. Iako je ESLJP ispravno napomenuo u nekim presudama da se tumačenje treba odvijati unutar razumnih ograničenja postavljenih bićem kaznenog djela, na nekim mjestima svoj ispravni zaključak gubi iz vida. Počinitelj se ne može pozivati na zabludu ako je riječ o očito nezakonitoj prirodi nekog ponašanja¹²³, ali je potrebno izbjeći pretjeranu rigidnost pravne norme jer treba održavati korak s promijenjenim okolnostima budući da tumačenje pravne norme većinom ovisi o sudskoj praksi.¹²⁴ Neodređeni pravni pojmovi su takvi i samo se u iznimnim slučajevima može reći da su neodređeni.¹²⁵ Sud u SR Njemačkoj utvrdio je da zakon nije nevažeći kada se nejasnoće moraju i mogu rasvijetliti presudom.¹²⁶ U različitim presudama ESLJP ističe potrebu za ostvarenjem načela određenosti u biću kaznenog djela, a sve kroz aspekt predvidljivosti pravne norme. Također, ESLJP je svjestan činjenice da kaznena pravna norma predstavlja rezultat generalizirajuće apstrakcije pa postoji i problem u vezi s preciznosti pravne odredbe, što u konačnici sud treba tumačiti služeći se kriterijima u zakonu i precizirati sukladno potrebama društva.¹²⁷ Slijedom navedenoga, ESLJP štiti adresate jer je u nekim slučajevima, zbog promjene pravnog shvaćanja suda u vezi s tumačenjem određene pravne norme utvrdio povredu čl. 7.

¹²¹ *Ashlarba v. Georgia*, 4554/08 (ECHR 15. 07. 2014.), par. 36.

¹²² *Hachette Filipacchi Associés v. France*, 71111/01 (ECHR 14. 06. 2007.), par 32.

¹²³ *K.-H.W. v. Germany*, 17167/11 (ECHR 17. 02. 2014.), par. 75.

¹²⁴ *Kokkinakis v. Greece*, 14307/88 (ECHR 25. 05. 1993.), par. 40.

¹²⁵ Hammen, H., *Insiderstrafrecht und Bestimmtheitsgebot – Eine Polemik*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsgematik, vol. 9, br. 7-8, 2014., str. 306.

¹²⁶ BverfGE 14, 245 (253).

¹²⁷ Krstulović Dragičević, *op. cit.* u bilj. 59, str. 410 – 411.

zbog nepredvidljivosti pravne norme.¹²⁸ Iako se proklamira jasnoća i predvidljivost pravne norme te se navedeni izrazi često rabe kumulativno u sudskim presudama ESLJP-a, ESLJP je svjestan da zbog opće primjene prava, pravna norma ne može uvijek biti precizna. Na ovaj način ESLJP kao da je dignuo ruke od načela određenosti. Zahtjevom ESLJP-a da se pravna norma prilagođava potrebama društva kao da se gubi iz vida kaznena odredba u nacionalnom pravu. To bi značilo i da potencijalno izvršna vlast može tumačiti pravne odredbe u skladu sa svojim autoritarnim ciljevima u kriznim situacijama. Naime, odredbe EKLJP pisane su općenito, ali odredbe nacionalnog prava u KZ-u pisane su restriktivno ili, da budemo precizniji, trebale bi biti pisane restriktivno. Štoviše, vidljivo je kako ESLJP nastoji staviti naglasak na razvoj kaznenog prava kroz sudsku interpretaciju pa onda možemo reći da ESLJP zanemaruje načelo određenosti u nacionalnom pravu te stavlja naglasak samo na odredbe EKLJP i svoju sudsku praksu.

5.3. Pravni savjet

Primjena pravne norme mora biti u skladu sa sadržajem kaznenog djela (*essence of an offence*).¹²⁹ Adresatu mora moći biti vidljivo već iz same odredbe što je zabranjeno, a što je dopušteno. Ipak, ako se i sam pravni stručnjak mora savjetovati u vezi sa sadržajem nekog propisa, tada Rychlewska smatra da je načelo određenosti problematično.¹³⁰ Doseg koncepta predvidljivosti i dostupnosti ovisi o znatnom stupnju instrumenta koji se rabi u zaštiti nekog pravnog dobra, području koje pokriva i broju i statusu adresata, odnosno osoba kojima je pravna norma upućena.¹³¹ ESLJP ne analizira samo predvidljivost nego i zaštitu drugih prava, kao primjerice slobodu na vjeroispovijest, pa je utvrdio da pojam prozelitizma u grčkom zakonodavstvu nije neodređen, ali da krši pravo na slobodu vjeroispovijesti jer ne postoji *pressing social need* za kriminalizaciju takva ponašanja.¹³² Iako ESLJP nastoji utvrditi kriterije za jasnoću i predvidljivost, nije lako i s aspekta pravnog savjeta predvidjeti očekivani ishod određenog problemskog slučaja. Treba imati na umu i da postoje različite naddržavne organizacije kojih su države ujedno i članice i koje često donose međunarodne ugovore u svrhu borbe protiv određene vrste kaznenih djela (UN, EU, GRECO), pa onda te iste

¹²⁸ *Ibid.*, str. 413.

¹²⁹ Bassiouni, M. C.; Millitelo, V.; Satzger, H. (ur.), *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, Cedam, Padova, 2008., str. 100 – 102.

¹³⁰ Rychlewska, *op. cit.* u bilj. 91, str. 168.

¹³¹ *Gropper Radio AG and Others v. Switzerland*, 10890/84 (ECHR 28. 03. 1990.), par. 67-69.

¹³² *Kokkinakis v. Greece*, 14307/88 (ECHR 25. 05. 1993.), par. 51-53.

države članice Vijeća Europe moraju osigurati načelo određenosti u skladu s tim drugim međunarodnim ugovorima u nacionalnom pravu, a ne samo s EKLJP. To svakako stavlja izazov pred zakonodavca i one koji daju pravni savjet jer, kako smo ranije vidjeli, ESLJP se poziva na dokumente navedenih organizacija, ali ponekad izražava različita shvaćanja od navedenih dokumenata.

5.4. Tumačenje

Prigodom formuliranja bića kaznenog djela potrebno je vidjeti i potencijalne načine tumačenja neke pravne odredbe. EKLJP je “živi instrument” koji treba tumačiti prema okolnostima današnjice.¹³³ Iz tog razloga izbjegava se povijesno tumačenje jer ono predstavlja volju stranaka u prošlosti, dok danas postoje sasvim drugačiji uvjeti. Stoga ESLJP najčešće rabi izraze kao što su živi instrument (*evolutive interpretation*), autonomni pojam (*autonomus interpretation*), praktično i učinkovito pravo (*practical and effective rights*).¹³⁴ Stoga je moguće pogrešno tumačiti ideje koje još nisu tako ukorijenjene u društvu, što je nedostatak tog tumačenja. Tumačenje EKLJP proširuje se i na prava koja nisu proklamirana EKLJP-om.¹³⁵ Stoga ESLJP ne tumači pravne pojmove prema značenju u pravnom sustavu država članica, za što je primjer presuda Engel i mnogi drugi autonomni koncepti koje je sud razvio u svojoj praksi, kao primjerice pojam žrtva, dom, udruženje.¹³⁶ Čl. 31., par 3. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora¹³⁷ tvrdi kako je svako naknadno tumačenje pojmova relevantno za značenje ugovora, pa je i praksa ESLJP-a relevantna za buduće slučajeve koji će se naći pred ESLJP-om.¹³⁸ Također, interpretativna metoda konsenzusa uzima se u obzir prigodom tumačenja EKLJP. Europski konsenzus podrazumijeva uniformnost u vezi s pravnim okvirima država članica Vijeća Europe o pojedinom pitanju. ESLJP rabi različite pojmove da bi izrazio ovaj smisao kao *any European consensus*, *common standard between Member States of the Council of Europe*, *Common European standard* ili pojam *general trend*. Nedostatak europskog konsenzusa daje veće ovlasti državama članicama u reguliranju nekog pravnog

¹³³ *Tyrer v. UK*, 5856/72 (ECHR 25. 04. 1978.), par. 31.

¹³⁴ Sartori, *op. cit.* u bilj. 26, str. 100.

¹³⁵ U slučaju *Young, James and Webster v. United Kingdom* iz 1989. utvrdio je da se pod čl. 11. EKLJP može supsumirati pravo na udruživanje u sindikat.

¹³⁶ *Engel and Others v. The Netherlands*, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 (ECHR 08. 06. 1976.).

¹³⁷ Narodne novine, br. 16/1993.

¹³⁸ Orakhelashvili, A., *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *European Journal of International Law*, vol. 14, br. 3, 2003., str. 535.

pojma. Pojam konsenzusa analizira se i s pomoću pravila i načela međunarodnog prava.¹³⁹ ESLJP uzima u obzir ovo načelo kako bi opravdao *wide margin of appreciation* država članica u slučaju nepostojanja konsenzusa, a kako bi razvio nove standarde. Što je uži stupanj konsenzusa među državama članicama, veći je stupanj *margin of appreciation* ostavljen državama. Stoga se taj koncept rabi kako bi ESLJP definirao neki pojam ili kako bi izbjegao njegovo definiranje.¹⁴⁰ Pojmom Europskog konsenzusa ESLJP se koristi kako bi razvijao sudsku praksu u određenom smjeru, što znači da su moguće i različite zlouporabe i samovoljna tumačenja. Pojam Europskog konsenzusa važan je i za legitimiranje zaključaka koje donosi ESLJP. I ako ne postoji europski konsenzus, tada je moguće da je neka od država pionir u izmjenama svog zakonskog teksta, ali tada treba paziti da poštuje *fair balance* između interesa o kojima je riječ.¹⁴¹ Tako postoji konsenzus u pitanjima kao što su pravo na ime, jednakost izvanbračne djece, elementi definicije silovanja, a ne postoji konsenzus u pitanju medicinski potpomognute oplodnje, pobačaja, pokazivanja religijskih simbola, prava na život (početak života i eutanazija), posvojenja (povlačenje pristanka). Isti je stav ESLJP primijenio i u svojoj jurisprudenciji kada je utvrdio da neće ispitivati tumačenje nacionalnih sudova, osim ako je riječ o samovolji prigodom primjene pravnih odredbi.¹⁴² Naime, prigodom primjene načela zakonitosti i kriterija nejasne pravne odredbe, ESLJP smatra da se i opći pojmovi kao što su “kriminalno podzemlje” i “šef kriminalnog podzemlja” mogu razumjeti jer je riječ o opće poznatim pojmovima kojih se dvojba oko tumačenja može rasvijetliti uz pravnu pomoć. Iz navedenoga je vidljivo da ESLJP ne ulazi u tumačenje nacionalnog prava, osim ako nije došlo do samovolje u primjeni prava. Ako su pravne odredbe EKLJP kao međunarodni ugovor iznad nacionalnog prava, tada proizlazi da je ESLJP marginalizirao načelo određenosti u nacionalnom pravnom sustavu. ESLJP se, s jedne strane, protivi samovolji u nacionalnom pravu koja je tipičan primjer kršenja načela određenosti, a s druge strane, različitim se izrazima (razumno, predvidljivo, evolucija društvenih prilika) nameće i u slučaju nejasnoća nacionalnog prava činjenicom da su odredbe EKLJP iznad nacionalnog prava.

¹³⁹ *Bayatyan v. Armenia (GC)*, 23459/03 (ECHR 07. 06. 2011.), par. 102.

¹⁴⁰ <https://www.coe.int/en/web/help/article-echr-case-law>, pristup 21. 03. 2021.

¹⁴¹ *S. And Marper v. UK (GC)*, 30562/04 (ECHR 4. 12. 2008.), par. 102, 122.

¹⁴² Krstulović Dragičević, *op. cit.* u bilj. 59, str. 411.

6. ZAKLJUČAK

Cilj rada bio je analizirati načelo određenosti i vidjeti koji pravni poredak može biti ogledni primjer pri jasnom i preciznom formuliranju bića kaznenog djela. Nažalost, analizirajući pravila ostvarivanja načela određenosti u različitim pravnim poredcima, naišlo se na mnoštvo kritika navedenih pravnih poredaka prigodom ostvarivanja načela određenosti. Unatoč kritikama i problemima, to svakako ne znači da treba odustati od načela određenosti. Iako je rad usmjeren primarno na biće kaznenog djela, načelo određenosti obuhvaća i subjektivne i objektivne elemente formalnog pojma kaznenog djela. Može se zaključiti da je iluzorno tražiti da svi elementi bića kaznenog djela budu precizni u Kaznenom zakonu jer je navedeni zahtjev suprotan suvremenim pravilima nomotehnike. Logično je da je načelo određenosti ispunjeno i kada se dopušta sudskoj praksi da odredi predvidljivost kaznenog djela koje se odnosi na doseg pravne norme, njezin sadržaj i smisao. Iako je primarni cilj načela određenosti zaštita građana od samovolje koja se odnosi na istragu, optužbu, osudu i kaznu, čime predstavlja spoj materijalnog i procesnog kaznenog prava, ne može se predočiti zaštita kasnijih stadija postupka, kad je zaštita zakazala već na biću kaznenog djela. Vidjeli smo da načelo određenosti ima za cilj isključivanje kažnjivosti sve dok pojedinac ne počini kazneno djelo, ali pritom optuženici moraju razumjeti optužbe protiv sebe i pripremiti učinkovitu obranu kojom će pobiti zahtijevane elemente potrebne za osudu, što se pokazuje kao nemoguće u slučaju nepostojanja maksimalne određenosti. Navedeno dovodi i do opasnosti da se nedovoljna određenost bića kaznenog djela započne "ispravljati" izricanjem lakših sankcija što može biti tendencija suda, a na tom je tragu i primjena pravila *lex mitior* u nekim pravnim sustavima, gdje se na *lex mitior* gleda kao na sredstvo za ispravljanje nedostataka u određenosti bića kaznenog djela, čime se podriiva načelo zakonitosti. Na taj se način ne ostvaruje individualna sloboda pojedinca da prilagodi svoje ponašanje pravnom poretku, a na individualnu slobodu pojedinca ne treba gledati kao na nešto suprotno načelu određenosti, kako to čini pravo UK-a. Iako uz kritike načina borbe za ostvarivanje načela određenosti, kao oblik načela zakonitosti ono ima za cilj ostvariti pravičnost prema optuženiku, žrtvi ali i javnosti. Jedino što je sigurno, u svim analiziranim pravnim poredcima, jest da je načelo određenosti imalo za cilj borbu protiv ekstenzivnog tumačenja te se oslanjalo na načelo *poenalia sunt restringenda*, što se mijenja utjecajem naddržavnih organizacija.

Analizirajući naddržavne organizacije VE i EU, jasno je da norme naddržavnih organizacija ne udovoljavaju zahtjevu načela određenosti zbog nikad uspješno reguliranog, kako je u radu vidljivo, odnosa između nacionalnog pravnog sustava u odnosu na naddržavnu organizaciju. Naime, načelo određenosti

nije ispunjeno ni unutar propisa naddržavne organizacije, jer su odredbe postavljene preširoko, pa je nemoguće očekivati da će navedene odredbe ostvariti načelo određenosti u nacionalnom pravnom sustavu. Stječe se dojam kao da naddržavne organizacije svoje *ius puniendi* u slučaju kršenja njihovih odredbi zamjenjuju za načelo određenosti. Nažalost, ne nedostaje primjera kada ESLJP odstupa od pravne norme na način da proširuje shvaćanje i tumačenje dotada nepoznato i nacionalnom pravu države članice ili sudskoj praksi ESLJP-a, što ne govori u prilog načelu određenosti. ESP je više puta zaključio da nova pravila koja su zamijenila starije pravilo mogu biti proširena i na situacije kada je vrijedilo starije pravilo ako je to svrhovito ili od javnog interesa, čime očigledno povređuje ne samo načelo određenosti nego i retroaktivnost. Slaba je utjeha uz ovakvu praksu činjenica da ESP primjenjuje načelo određenosti ondje gdje dokumenti EU-a zahtijevaju od država članica da nametnu kaznene sankcije. Ne treba zaboraviti da uz ovoliko pravnih normi i različitih pravnih poredaka unutar iste države ishod može biti zabluda optuženika, pa će načelo određenosti biti najmanji problem. Pozitivno je jedino što se neki dokumenti na razini EU-a pozivaju na praksu ESLJP-a, što daje tračak nade u ostvarivanje načela jedinstvenosti pravnog poretka. Cilj načela određenosti u pravu VE-a i EU-a učinkovito je rješenje koje će anulirati primjenu paralelnog prava naddržavnih organizacija i nacionalne države, u korist jednoga ili drugoga tijela.

Stoga treba primijeniti maksimalnu određenost, a ne apsolutnu određenost, pravne norme, uz mogućnost predvidljivosti i prilagodljivosti. Prilagodljivost treba osigurati na način da se ne negira predvidljivost, posebice danas kada primjerice nove tehnologije imaju svoju primjenu kao sredstvo počinjenja kaznenog djela. To je jedini način da kazneno pravo ne ostavi otvorena pitanja i probleme u regulaciji društvenih odnosa te načelo određenosti ostvari svoju svrhu koja se sastoji u generalnoj prevenciji.

LITERATURA

Knjige i časopisi

- Aigler, W. R., *Legislation in Vague or General Terms*, Michigan Law Review, vol. 21, br. 8, 1923., str. 831 – 851.
- Ashworth, A., *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Baker, D. J., *Glanville Williams Textbook of Criminal Law*, Sweet & Maxwell, London, 2015.
- Bassiouni, M. C.; Millitelo, V.; Satzger, H. (ur.), *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, Cedam, Padova, 2008.

- Borković, I., *Nomotehnika*, Pravni fakultet, Split, 1996.
- Boutros, T. J., *The enduring and universal principle of "fair notice"*, Southern California Law Review, vol. 86, br. 2, 2013., str. 193 – 204.
- Burnham, W., *Introduction to the Law and Legal system of the US*, West Group, Berkeley, 1999.
- Decker, J. F., *Adressing Vagueness, Ambiguity, and Other Uncertainty in American Criminal Laws*, Denver University Law Review, vol. 80, br. 2, 2002., str. 241 – 343.
- Derenčinović, D., *U povodu presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 8, br. 2, 2001., str. 147 – 170.
- Derenčinović, D.; Horvatić, Ž. (ur.), *Teorija zajedničkog zločinačkog pothvata i međunarodno kazneno pravo – izazovi i kontroverze*, Akademija pravnih znanosti Hrvatske, Zagreb, 2011.
- Dworkin, R., *A matter of principle*, Harvard University Press, Harvard, 1985.
- Faure, M.; Goodwin, M.; Weber, F., *The Lex Certa Principle in Criminal Law: Reconciling Economics and Human Rights?*, Albany Law Journal of Science and Technology, vol. 24, br. 2, 2014., str. 283 – 364. (DOI: 10.2139/ssrn.1986213)
- Grearty, C., *Principles of human rights adjudication*, Oxford University Press, USA, 2004.
- Hammen, H., *Insiderstrafrecht und Bestimmtheitsgebot – Eine Polemik*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, vol. 9, br. 7-8, 2014., str. 303 – 309.
- Herring, J., *Criminal law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2012. (DOI: 10.1093/he/9780198848479.001.0001)
- Horvatić, Ž.; Derenčinović, D.; Cvitanović, L., *Kazneno pravo Opći dio I*, Pravni fakultet, Zagreb, 2016.
- Kadish, S.; Schulhofer, S.; Steiker, S.; Barkow, R., *Criminal Law and its Processes: Cases and Materials*, Wolters Kluwer, New York, 2012.
- Karsai, K., *The legality of criminal law and the new competences of the TFEU*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, br. 1, 2016., str. 24 – 39.
- Kindhäuser, U., *Straf-Recht und ultima-ratio Prinzip*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 129, br. 2, 2017., str. 382 – 389. (DOI: 10.1515/zstw-2017-0016)
- Kindhäuser, U.; Neumann, U.; Paeffgen, H. U., *Kommentar, Strafgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 2010.

- Klipp, A. (ur.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu Publ, Antwerpen, 2011.
- Kordela, M., *The principle of Legal Certainty as a Fundamental Element of the Formal Concept of the Rule of Law*, *Revue du Notariat*, vol. 110, br. 2, 2008., str. 587 – 606. (DOI: 10.7202/1045553ar)
- Krstulović Dragičević, A., *Načelo zakonitosti u praksi Europskog suda za ljudska prava*, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol. 23, br. 2, 2016., str. 403 – 433.
- Kurtović Mišić, A.; Krstulović Dragičević, A., *Kazneno pravo*, Pravni fakultet, Split, 2014.
- Letsas, G., *Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer*, *The European Journal of International Law*, vol. 21, br. 3, 2010., str. 509 – 541. (DOI: 10.1093/ejil/chq056)
- Loveland, I., *Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Manzo, S., *Certainty, laws and facts in Francis Bacon's jurisprudence*, *Intellectual History Review*, vol. 24, br. 4, 2014., str. 457 – 478. (DOI: 10.1080/17496977.2014.914649)
- Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet, Osijek, 2016.
- Omejec, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava*, *Novi informator*, Zagreb, 2014.
- Orakhelashvili, A., *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *European Journal of International Law*, vol. 14, br. 3, 2003., str. 529 – 568.
- Peristeridou, C., *The principle of legality in European criminal law*, Intersentia, Cambridge, 2015. (DOI: 10.26481/dis.20151211cp)
- Prittwitz, C., *Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 129, br. 2, 2017., str. 390 – 400. (DOI: 10.1515/zstw-2017-0017)
- Raitio, J., *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Kluwer Academic Publishers, e-book, 2003. (DOI: 10.1007/978-94-017-0353-6)
- Raz, J., *The Authority of the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979.
- Reid, K., *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, Sweet and Maxwell, London, 2011.
- Report from the Commission based on Article 14 of Council framework Decision of 28 May 2001. Combating fraud and counterfeiting of non-cash means of payment, COM (2004) 346 final, 30.4.2004, point 1.2.2.: C – 300/81 Commission v Italy, 1 March 1983.

- Robinson, P. H., *Criminal Law*, New York, e-book, 1997.
- Roca, J.; Santolaya, P. (ur.), *Europe of Rights: a Compendium of the European Convention on Human Rights*, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2012. (DOI:10.1163/9789004219915)
- Roxin, C., *Strafrecht AT, Band I*, C.H. Beck, München, 2006.
- Rychlewska, A., *The nullum crimen sine lege principle in the European Convention of Human Rights: The Actual Scope of Guarantees*, Polish Yearbook of International Law, vol. 36, 2016., str. 163 – 186. (DOI: 10.7420/pyil2016h)
- Sartori, D., *The lex certa principle from the italian constitution to the European Convention on Human Rights*, Università degli studi di Trento, Trento, 2013.
- Satzger, H; Schmitt, B.; Widmaier, G., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, Heymanns Carl Verlag, Cologne, 2009.
- Vogel, B., *Zur Bedeutung des Rechtsgut für das Gebot strafgesetzlicher Bestimmtheit*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 128, br. 1, 2016., str. 138 – 172.
- Vuletić, I., *Dometi i granice utjecaja prava EU-a na opći dio nacionalnih kaznenih prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 37, br. 2, 2016., str. 953 – 965.
- Vuletić, I., *Recepcija europskih kaznenopravnih tekovina u hrvatskome materijalnom kaznenom pravu*, u: Barbić, J. (ur.), *Okrugli stol HAZU – Europska budućnost hrvatskoga kaznenog pravosuđa*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2018., str. 119 – 140.
- Zdravković, A., *Few Questions Yet to Be Answered in Regard to the Article 7 of the European Convention on Human Rights*, Eclis, Osijek, 2020., str. 670 – 698. (DOI: 10.25234/eclis/11921)

Mrežni izvori

- <https://www.coe.int/en/web/help/article-echr-case-law>, pristup 21. 3. 2021.
- Bentham, J., *An Introduction to the Principle of Morals and Legislation*, <https://www.econlib.org/library/Bentham/bnthPML.html>, pristup 20. 9. 2022.
- Marin, L., *C-80/86, Kolpinghuis Nijmegen, The General Principles of European (Criminal) Law as Limitation to the Enforcement of EU Law: The Kolpinghuis Nijmegen Rule*, www.researchgate.net, pristup 6. 6. 2022.
- Walker, N., *The Limits of Criminal Law*, <https://www.cliffsnotes.com/study-guides/criminal-justice/criminal-law/the-limits-of-criminal-law>, pristup 6. 6. 2022.

Summary

Ivan Vukušić*

LEX CERTA IN COMPARATIVE LAW

The paper analyzes the part of the principle of legality that refers to the demand of nullum crimen nulla poena sine lege certa. Given the controversies that this term carries with it and the different legal systems and their specifics, the uniqueness of the concept and content of the lex certa in different legal orders is explained. In U.S. law, emphasis is placed on the 5th Amendment, which proclaims a due process clause which the criminal legislator must consider. In UK law the emphasis is on the notion of certainty. This maxim starts from the individual freedom of the addressee as to how he will adjust his behaviour and legal determinations. In political law, legal certainty is analyzed through the rule of law. In EU law, where criminal jurisdiction is limited, the principle of certainty is considered a “double addressed norm” which binds the EU and the national legislator. In the law of the CoE, through the practice of the ECtHR, the notion of the definition of a criminal offense, clarity and predictability, and the manner of providing legal advice is elaborated in detail.

Keywords: lex certa; United States of America; United Kingdom; European Union; Council of Europe

* Ivan Vukušić, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Split, Domovinskog rata 8, 21000 Split; ivan.vukusic@pravst.hr;
ORCID ID: orcid.org/0000-0001-7738-969X