

Доц. др Игор Петковић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

ШТА СЕ ДОГОДИЛО СА ГАРАНТИВНОМ ФУНКЦИЈОМ КРИВИЧНОГ ПРАВА?

Народна Скупштина Републике Српске Законом о измјенама и допунама Кривичног законика из 2021. године унијела је извјестан број промјена у законски текст из 2017. године. У овом раду анализираћемо једну од тих измјена која, како са теоријског тако и са практичног и искуственог становишта, ствара потешкоће. Законска могућност тзв. „откупа казне“ без сумње може бити подведена под „Противрјечја савременог права“ јер је у колизији са елементарним принципима на којима почива Кривично право.

Кључне ријечи: Кривично право; Гарантивна функција; „Откуп“ казне.

1. УВОД

Једна од важних функција Кривичног права је гарантивна функција,¹ која се сасвим упрошћено своди на самоограничавање државне самовоље кроз одредбе кривичног закона. Право државе на кажњавање или *ius puniendi*, уз јавноправни карактер кривичног права, његову фрагментарност и одређење да је оно *ultima ratio* има смисао и сврху само док постоје ограничења која ће онемогућити злоупотребу практичне могућности да доносиоци кривичног закона усвајају одредбе које им из неког разлога погодују или одговарају њиховим политичким интересима. Својевремено је аболиционистички покрет управо истицао да је кривично право средство за заштиту интереса владајуће мањине над већином кроз могућност доношења кривичних одредаба те да га управо зато, због озакоњења репресије и правне неједнакости доносиоца и грађана на које се примјењује, треба укинути. Овај покрет није понудио задовољавајућу алтернативу, односно није дао одговор шта ће бити *ultima ratio* кад се елиминише кривично право тако да је, као и све остале неу-

Игор Петковић, igor.petkovic@pravni.ues.rs.ba.

¹ М. Бабић, И. Марковић, *Кривично право, Општи дио*, Бања Лука 2019, 44.

темељене идеје којима се само критикује а не изналази рјешење, осуђен на неуспијех. Како су се мијењали облици друштвених уређења тако се могло наићи на трагове идеја овог учења.² Ова схватања су редовно сматрана ретроградним, а управо је истицање гарантивне функције кривичног права представљало указивање на срж цјелине кривичноправног учења и поступања којим се сви приговори ове врсте неутралишу, како у ситуацији када кривично право посматрамо самостално тако и када га посматрамо као незаобилазни дио правног система.

Вијек у коме живимо отворио је неслућене могућности за напредак, како технолошки тако и правни. Наведено нас је потакло да преиспитамо оправданост једног законског рјешења које по својој суштини нема правно прихватљиво објашњење и које по својој природи и практичним ефектима припада неком времену које смо давно оставили иза себе. То законско рјешење је супротно и свим оним вриједностима и циљевима којима се данас савремене демократије (бар) декларативно размећу. Из тог разлога, у упоредноправним системима не налазимо овакве или сличне законске приступе у рјешавању и регулисању конкретног питања.³

2. ТЕОРИЈСКЕ, ПРАКТИЧНЕ И ИСКУСТВЕНЕ ПОТЕШКОЋЕ КОЈЕ СТВАРА ПОСТОЈЕЋЕ ЗАКОНСКО РЈЕШЕЊЕ

Позитивноправно рјешење из члана 46а ЗИДКЗРС/2021 став 3, кумулира потешкоће и проблеме како приликом теоријског образлагања и оправдавања, тако и његове практичне примјене. Иако, релативно „младо“, ово законско рјешење већ је имало више практичних реализација кроз судске одлуке чиме је потврђена његова неприхватљивост и потреба за брисањем из текста Кривичног законика.⁴

Члан 46а ЗИДКЗРС/2021 Изузетност краткотрајне казне затвора, гласи:

² Вид. L. Hulsman, J. Vernat de Celis, *Изгубљене казне: кривични систем под знаком питања*, Правни факултет универзитета у Београду, Београд 2010.

³ Вид. Ж. Прадел, *Компаративно кривично право – Санкције* (превод О. Перић), Београд 2009.

⁴ Кривични закони у окружењу не садрже истоврсне одредбе, а евентуалне приговоре да слична законска рјешења познају преостала три кривична закона у Босни Херцеговини, одбијамо као недовољна за позитивну оцјену оваквог рјешења из два основна разлога. Први је да треба да стремимо бољем рјешењу које омогућава потпуније остварење основне сврхе кривичног права, а други можда битнији, у аргументовању разлога за и против, је у чињеници да у Босни и Херцеговини постоји паралелно-подијељена законодавна надлежност у области кривичног законодавства те да ентитети нису у правној обавези да своја законска рјешења усвајају по узору на КЗ БиХ. О проблематици у примјени члана 42а КЗ БиХ – Замјена казне затвора, вид. М. Бабић, *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, Графмарк, Бања Лука 2021, 343.

- (1) Казну затвора до шест мјесеци суд може изрећи само ако посебне околности дјела и учиниоца показују да се новчаном казном не може постићи сврха кажњавања или да се новчана казна неће моћи извршити.
- (2) Одредба става 1. овог члана не односи се на казну затвора као замјену за неплаћену новчану казну (члан 50. ст. 2. и 3), опозвану условну осуду (чл. 64, 65. и 66), неизвршени рад у јавном интересу (члан 70, став 7) и казну одузимања возачке дозволе (члан 51 став 5).
- (3) Изречена казна затвора која не прелази једну годину дана, може се на захтјев осуђеног замијенити новчаном казном, сходно одредби члана 50. ст. 2. и 3. овог законика.

На овом мјесту треба указати на проблематику краткотрајних казни затвора. Суштина проблема је у парадоксу времена трајања: прекинута да доведу до остварења сврхе специјалне превенције, а истовремено довољно дуге да за последицу имају тзв. “криминалну заразу“. Ослањајући се на законско одређење, краткотрајним се сматрају казне затвора до шест мјесеци. Према законском одређењу „изузетност“ њиховог изрицања условљена је постојањем посебних околности („само ако посебне околности“) на страни дјела и на страни учиниоца (дакле кумулативно: дјела и учиниоца) „показују да се новчаном казном не може постићи сврха кажњавања или да се новчана казна неће моћи извршити“. Овако формулисану одредбу одређујемо као ограничавајућу, јер су вишеструко одређени услови за могућност њене примјене. Ово подразумијева неопходност образлагања судске одлуке о тзв. „откупу казне“ и у оном дијелу који се тиче разлога неизрицања новчане казне.

Ако је законодавац сврху кажњавања (члан 43) одредио као специјалну (спречавање учиниоца да убудуће чини кривична дјела и његово преваспитавање) и генералну (утицај на друге да не чине кривична дјела) и тзв. позитивну генералну превенцију (изражавање друштвене осуде за кривично дјело, развијање и јачање одговорности и свијести код грађана о опасности и штетности кривичних дјела и оправданости кажњавања, те неопходности поштовања закона) какву сврху можемо постићи ако се нпр. кривични поступак за исту врсту кривичног дјела учињеног под сличним околностима води против, у једном случају пензионера, а у другом случају милионера? Шта се може постићи ако одредбама Кривичног законика „скинемо Јустисији повез са очију“, ако покажемо и законски омогућимо „трговину“ односно тзв. откуп казне?

Подјела на главне и споредне казне има свој значај и своје оправдање. Постојећом одредбом отворена је могућност изрицања казне за-

творца за лакша кривична дјела, а новчане казне за тежа кривична дјела. Овдје се ради о кривичним дјелима а не о имовинскоправним односима! Ово је опасно и лоше законско рјешење. Колико је лоше указала и је и пракса у неколико случајева од којих су неки и медијски пропраћени. Тако је бањалучка полицијска инспекторка откупила казну за корупцију, одлуком Окружног суда у Бања Луци, за кривично дјело Примања мита (у истрази коју је водила) у износу од 20.000 КМ, учињено у априлу, након закључења споразума о признању кривице.⁵ Случај који због узраста пасивног субјекта на недвосмислен начин указује на неприхватљивост законске могућности тзв. „откупа“ казне је и Пресуда основног суда у Вишеграду гдје је за квалификовани облик кривичног дјела Обљуба злоупотребом положаја, након ублажавања казне наставнику (64 године) који је кривично дјело извршио према својој ученици, Рјешењем Окружног суда о замјени омогућен „откуп“ изречене казне затвора (пресуда: 91 0 К 032549, рјешење о замјени казне: 91 0 К 032549). Додатни недостатак оваквог законског рјешења представља и непостојање огрличења у погледу врсте кривичних дјела или учинилаца у погледу којих се може примјењивати (нпр. вишеструких повратика, или кривичних дјела са прописаним посебним минимумом преко одређене висине). Пракса биљежи случајеве примјене могућности откупа казне чак за кривична дјела организованог криминала, пореске утаје и за случајеве ратних злочина.⁶

За разлику од неких других питања којима се бави кривично право, овдје није потребно ни ускостручно, ни општеправно знање да се види очигледност „неправедности“, дискриминације, неједнакости, несигурности и врата отворених за злоупотребе кроз различите модалитете „штивовања“ казни у циљу изрицања новчане казне за кривично дјело чија природа и конкретан случај то не оправдавају.⁷ На овај начин грађани губе повјерење у своју државу јер је она заборавила на своју обавезу: очување гарантивне функције.

Додатну правну несигурност представља неуједначеност судске праксе. Апсурд ове амандманске измјене ван сваке је сумње јер се иста ситуација рјешава на два различита начина у истом Кривичном законнику. Која је сврха законских одредаба о замјени казне затвора за рад у јавном интересу и одредбе о кућном затвору?

Кривичним закоником Републике Српске одређена су нека начела: хуманости, праведности, недискриминације.

⁵ „Глас Српске“ од 21.06.2021. године.

⁶ Вид. М. Бабић, *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, Графомарк, Бања Лука 2021, 343–344.

⁷ *Ibid.*

Начело једнакости учинилаца кривичних дјела (члан 5) прописује: Учиниоци кривичних дјела су равноправни и подлијежу кривичној одговорности независно од природе или врсте извршеног кривичног дјела, националне, расне или вјерске припадности, језика, вјерског или политичког увјерења, боје коже, пола или сексуалне оријентације, здравственог статуса или родног идентитета, поријекла, политичког или друштвеног положаја или било које друге околности. Ако под „другом околношћу“ сматрамо имовно стање учиниоца, долазимо до директне повреде овог начела.

Начело праведности и сразмјерности (члан 6): Казне и друге кривичноправне санкције које се примјењују према учиниоцима кривичних дјела треба да одговарају природи и тежини извршеног кривичног дјела, степену кривичне одговорности, околностима под којима је дјело извршено и личности учиниоца.

Ако се учиниоцу омогућава избор/изрицање врсте казне условљем његовим финансијским стањем и могућностима тзв. „откуп казне“, долази се у озбиљан сукоб са овим начелом. На примјер, долази ли се у сукоб са овим начелом у ситуацији када се службеном лицу, које је приликом вршења службене радње извршило коруптивно кривично дјело, омогући да „откупи“ казну затвора? Да ли то одговара природи и тежини извршеног кривичног дјела, одговара ли то степену кривичне одговорности учиниоца, одговара ли то околностима под којима је дјело извршено и личности учиниоца? Ми сматрамо да не, утолико прије што својство службеног лица представља квалификаторну околност код значајног броја кривичних дјела.

Питање је шта се постиже усвајањем јасно наведених и одређених начела у законском тексту која се неће поштовати у остатку Законика. Ако ће накнадно бити усвајане измјене које их потиру и које представљају њихову негацију, треба преиспитати оправданост њиховог уношења у законски текст. Укратко: оваквим законским одредбама не осигурава се ни праведност ни сразмјерност!

Начело поштовања људског достојанства и личности учиниоца: (1) У извршењу кривичних санкција учиниоцу кривичног дјела могу бити одузета или ограничена одређена права само уколико је то нужно за извршење одређене кривичне санкције и у мјери која одговара природи и садржају те санкције. (2) Кривичне санкције се извршавају на начин којим се обезбијеђује поштовање личности учиниоца и његово људско достојанство. (3) За вријеме издржавања казне лишења слободе неопходно је поштовати личност осуђеног лица, његов физички и духовни интегритет. Таква лица не смију бити подвргнута мучењу или другим

облицима окрутног, нечовјечног или понижавајућег поступања. У случају таквог поступања, мора им се обезбиједити судска заштита (члан 7).

У ситуацији кад један учинилац „откупи“ казну затвора која му је изречена, а други учинилац то не може због недостатка финансијских средстава (иако би то желио) о каквом поштовању личности и достојанству говоримо? Значи ли ово да потенцијални учинилац који због финансијске немогућности није могао „откупити“ своју казну може затражити гарантовану судску заштиту јер је изложен понижавајућем поступању што је оставило трага на његов психички интегритет, а посредно и физички, јер је издржавао казну лишења слободе која му је изречена због нужности – јер није располагао новчаним износом којим би је „откупио“ иако испуњава остале услове за „откуп“ изречене казне затвора. Да ли је законодавац под „нужношћу за извршење одређене кривичне санкције“ подразумијевао финансијске капацитете лица ком се санкција изриче или све елементе прописане националим прописима а усклађене са међународним стандардима о заштити личности?

3. ЗАКЉУЧАК

Народна Скупштина Републике Српске измијенила је Кривични законик на начин да је новоусвојеним законским рјешењем о тзв. „откупу казне“ директно пренебрегнула начела кривичног права и Кривичног законика прописана у истом законском тексту. На овај начин додатно је обесмишљен тренд појединачног побрајања начела на којима се заснива Кривични законик. Овим некритичким изузетком отворена су врата различитим врстама злоупотреба. Без намјере да анализирамо разлоге којима се руководио законодавац, констатујемо да је постојеће рјешење неприхватљиво на застрашујући начин. Судаћи по досадашњем поступању судова неоправданост постојећег рјешења је ван сваке сумње. Зато се ваља подсетити дугог и трновитог пута изградње кривичног права заснованог на принципима који омогућавају остварење његове гарантивне функције као есенцијалног услова за функционисање и одржање било ког државног облика.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Бабић, Милош, *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, Графомарк, Бања Лука 2021;
2. Бабић, Милош, Марковић, Иванка, *Кривично право, Општи дио*, Бања Лука 2019;

3. Прадел, Жан, *Компаративно кривично право – Санкције* (превод О. Перић), Београд 2009;
4. Hulsman, L., Bernat de Celis, J., *Изгубљене казне: кривични систем под знаком питања*, Правни факултет универзитета у Београду, Београд 2010.

Правни прописи

1. Кривични законик Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 64/17, 104/18, 15/21 и 89/21;
2. Кривични закон Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15 и 35/18.

Assistant Professor Igor Petković, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

WHAT HAPPENED TO THE GUARANTEED FUNCTION OF CRIMINAL LAW?

Summary

The National Assembly of the Republika Srpska, with the Law on Amendments to the Criminal Code from 2021, introduced a number of changes to the legal text from 2017. In this paper, we will analyze one of these changes, which, both from a theoretical and from a practical and experiential point of view, creates difficulties. The legal possibility of the so-called "Redemption of punishment" can undoubtedly be classified as "Contradictions of modern law" because it collides with the basic principles on which criminal law is based.

Key words: *Criminal law; Warranty function; "Redemption" of punishment.*