

Zbornik
Instituta za kriminološka i
sociološka istraživanja
2008 / Vol. XXVII / 1-2 / 127-151

Pregledni rad
UDK: 343.214:343.353(497.11)
ID broj: 153800972

KRIVIČNO DELO ZLOUPOTREBA SLUŽBENOG POLOŽAJA U SUPROTNOSTI SA PRINCIPIMA EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA I USTAVA REPUBLIKE SRBIJE*

Jovan Krstić*
Zamenik Republičkog javnog tužioca

Moderno tužilaštvo je uspostavljeno u Srbiji još po Zakonu o kazneno sudskom postupku od 20.02.1865. godine. Opšta kontrolna funkcija javnog tužilaštva je postepeno degradirana tokom istorije i sada je van zakonodavstva. U isto vreme demonstrirana je snažna politička volja da se manja Krivični zakonik kako bi se legitimisali nove institucije i vladavina prava.

Kasnije je ova nadležnost proširena na nadzor nad svim administrativnim aktima izvršnih organa vlasti, preduzimanje mera kod sudova i upravnih organa radi izvršavanja državnih planova i gonjenje učinilaca krivičnih dela (1946). Kontrolna funkcija zakonitosti koju vrši tužilaštvo nije iščezla ni po zakonu o javnom tužilaštvu iz 1954. godine. Po zakonu iz 1965. godine javno tužilaštvo je bilo dužno samo da prati i proučava društvene odnose i pojave koji su od značaja za ostvarenje javnotužilačke funkcije, a da o uočenim nezakonitostima upravo u slučajevima zloupotrebe službene dužnosti i devijantnim ponašanjima obavesti nadležne organe i organizacije radi preduzimanja mera.

U to vreme u materijalno krivično pravo uvedeno je krivično delo "zloupotreba službenog položaja" kao moćno pravno sredstvo da se sprečavaju svi unapred neidentifikovani udarci na službenu dužnost u državnoj administraciji, kao i u

* Ovaj tekst je objavljen verbatim, po specijalnom pozivu Uređivačkog odbora.

* Email: jovankrstic80@gmail.com

društvenim preduzećima. Ovo delo ima "blanketno biće" – određeni prazan prostor u okviru definicije samog krivičnog dela "iskorišćavanje službenog položaja" zbog nedostatka političke volje i represivne dogmatske svesti zakonodavca koji su još uvek smatrali da je potrebno da se primeni nehumana i neustavna odredba člana 359 KZ Republike Srbije

Po najnovijim rešenjima Narodna Skupština nema više obavezu da razmatra izveštaje javnog tužilaštva, već prima ove izveštaje na znanje.

Ali, na suprot tome, u domenu materijalnog krivičnog prava, u oblasti krivičnih dela, Javno tužilaštvo je obavezano da primenjuje zakon, dakle i krivično delo zloupotrebe službenog položaja u odnosu na subjekte u državnim organima i javnim organizacijama, kao i u privatnim preduzećima i u odnosu na njihov menadžment suprotno odredbi člana 82. Novog Ustava i odredbi 6. i 12. Glave Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Zašto je važno ovo napomenuti? Novi standardi znače da niko nema monopol na istinu, versku ili drugu ideološku veru i poštenje da čini bilo šta van nadležnosti datih Ustavom. Ne postoji nijedna neustavna tužilačka funkcija nadgledanja u odnosu na regulisanje društvenih odnosa i arbitriranja osim onog koje omogućuje primena inkriminacije po krivičnim delima koja su zasnovana na pogrešnom konceptu, i ovde se izlaže jedan akademski pristup da se mora diskutovati ovaj problem uzimajući u obzir da je stvarni izazov za zakonodavca u Srbiji da omogući da tržište funkcioniše u korist siromašnih. To znači da se stvore pogodnosti za siromašne u svakodnevnom životu nastale usled primene dobro sročениh zakona prilikom implementacije vladavine prava. Ovaj cilj je opravdan sa stanovišta zaštite ljudskih prava po Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i po Ustavu Republike Srbije i prema alternativnom zastupanju interesa građana od strane javnog tužilaštva, advokata, nevladinih organizacija i drugih relevantnih organizacija. Najvažniji rezultat ovakvog razvoja prava je opšti napredak u izgradnji nacionalnog pravnog sistema u skladu sa preporukama Saveta Evrope i drugih svetskih vizionarskih projekata. Dali smo primere kada je snažna poli-

Zbornik IKSI, 1-2/2008 – J. Krstić
„Krivično delo zloupotreba službenog položaja u suprotnosti sa principima
Evropske konvencije o ljudskim pravima i Ustava Republike Srbije”, (str. 127-151)

*tička volja pokretala promene u prošlosti, a sada je vreme
da ih isto tako snažna volja ponovo pokreće.*

*U članku su takođe diskutovana moguća zakonodavna re-
šenja imajući u vidu komparativnu analizu krivičnih i drugih
kaznjivih dela (administrativno kažnjavanje), zaštitu ustav-
nosti i zakonitosti, ljudskog prava i građanskih sloboda i
stavljanjem čoveka i građanina u sami centar zaštite umesto
države i raznih drugih kolektiviteta sve na osnovu Ustava,
zakona, ratifikovanih međunarodnih sporazuma i podzakon-
skih propisa donetih na osnovu zakona.*

*KLJUČNE REČI: Zloupotreba službene dužnosti / Krivična
dela / Ljudska prava / Dogmatska svest*

UVOD

Teorijsko razmatranje ranijih zakonodavnih rešenja mogla bi doprineti da se sada nađu još bolja zakonodavna rešenja posebno za krivična dela koja u sadašnjim uslovima nemaju etičku podlogu jer nisu u skladu sa standardima Evropske konvencije o ljudskim pravima. Takav je slučaj i sa krivičnim delom zloupotreba službenog položaja iz čl. 359. Krivičnog zakonika od 5. oktobra 2005. godine.¹

Oblikovanje sadašnjeg tipa krivično pravnog sistema je rezultat većeg uticaja političkih prilika koje su postojale u jednopartijskoj državi, a manje rezultat primene pravne teorije, a što se proporcionalno prenelo

¹„Službeni glasnik RS”, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005. Inače, modemo tužilaštvo je uspostavljeno u Srbiji još - po Zakonu o kazneno sudskom postupku od 10.02.1865. godine. Opšta kontrolna funkcija javnog tužilaštva koja je ideološki inspirisana je postepeno degradirana tokom istorije i sada je van zakonodavstva. Period socijalističke revolucije u bivšoj SFRJ je započeo fime što je tužilaštvo dobilo odgovarajuću revolucionarnu ulogu: 1) da goni učiniocce krivičnih dela i 2) "vrhovni nadzor nad tačnim ispunjavanjem zakona odnosno odluka sa zakonskom snagom od strane svih organa izvršne vlasti, kao i od strane pojedinih službenih osoba, a isto tako i od strane građana Jugoslavije"(Odluka Predsedništva AVNOJ a od 3.02.1945. god.). Kasnije je ova nadležnost proširena na nadzor nad svim administrativnim aktima izvršnih organa vlasti, preduzimanje mera kod sudova i upravnih organa radi izvršavanja državnih planova i gonjenje učinilaca krivičnih dela (1946). Kontrolna funkcija zakonitosti koju vrši tužilaštvo nije iščezla ni po zakonu o javnom tužilaštvu iz 1954. godine. Po zakonu iz 1965. godine javno tužilaštvo je bilo dužno samo da da prati i proučava društvene odnose i pojave koji su od značaja za ostvarenje javnotužilačke funkcije, a da o uočenim - nezakonitostima i devijantnim ponašanjima obavesti nadležne organe i organizacije radi preduzimanja mera. Reformama krivičnog postupka iz 1967. godine, oduzeta je javnom tužiocu mogućnost da sam konačno odluči o pokretanju krivičnog postupka u formi izviđaja.

i u višepartijsku državu. Konkretno govoreći, tzv. dezideologizacija krivičnog prava nakon 1953. godine, nije bila tako velika ili je ideologizacija bila sve više i više prikrivana, da bi i po najnovijem Ustavu i dalje ostala neravnoteža između zakonodavne, izvršne i sudske vlasti kao relikv prošliosti. Narodna skupština ima preveliki broj funkcija u odnosu na konkurentne vlasti kao da se nalazimo u sred preobražaja u "socijalističko samoupravno društvo," a ne pred vratima Evropske Unije. Nakon napuštanja sovjetskog modela krivičnog prava, sve ranije izmene u Krivičnom zakonu i u ZKP-u, principijelno posmatrano, i ako su bile pod uticajem ustavnih promena (Ustavni zakon iz 1953. godine, Amandmani na Ustav iz 1963., donošenje Ustava SFRJ iz 1974. godine, donošenje Ustava Republike Srbije 2006. godine²), nisu bitnije izmenile postojeće krivično pravo, odnosno krivično pravni sistem, a samim tim nisu izmenile ni pojedina krivična dela, kao što je, između ostalog, slučaj sa krivičnim delom zloupotreba službenog položaja koje je oblikovano u vreme postojanja državne svojine.

Veliki značaj ima postojanje plemenite etike kao podloge dobrih zakonodavnih rešenja i ovde moramo da pažljivo i metodično saopštimo argumente na kojima baziramo naše primedbe na konkretno zakonodavno rešenje, a da istovremeno pokažemo da ih isključivo zasnivamo na pravnoj nauci i na potrebi zaštite javnog interesa.

U bivšoj SFR Jugoslaviji je funkcija krivičnog gonjenja imala je širi "društveno-politički" značaj. Svaki uspešno sprovedeni krivični postupak značio je davanje pozitivnog primera i dalje učvršćenje nove vlasti i novih društveno-ekonomskih odnosa, a sada je to, po dogmatskoj logici nekih zakonodavaca, proces pridruživanja Evropskoj Uniji. Svrha ovog razmatranja je, između ostalog, da se ukoliko i ne bude delotvorno, upozori na činjenice koje ukazuju da se dogmatska svest zakonodavaca nije znatnije izmenila togom dugog istorijskog razvoja krivičnog prava.

Dok god je postojala politička volja, zakonodavac je pratio promene koje su se desile u društveno-ekonomskim i političkim odnosima čineći velike intervencije u pravnom sistemu. Prvi put to je učinjeno Zakonom o javnom tužilaštvu sa kojim je istovremeno stavljena van snage čitava Glave 14. Ustava FNRJ od 1946. godine. Od tada se

² "Službeni glasnik RS", br. 98/2006

Zbornik IKSI, 1-2/2008 – J. Krstić
„Krivično delo zloupotreba službenog položaja u suprotnosti sa principima
Evropske konvencije o ljudskim pravima i Ustava Republike Srbije”, (str. 127-151)

organizacija javne tužbe u Srbiji više puta menjala i zavisila je isključivo od jednopartijske političke volje zakonodavca.

Međutim, u oblasti materijalnog krivičnog prava kod nas, politička volja zakonodavca se nikako nije menjala, naročito u glavi Krivičnog zakonika za krivična dela protiv "naroda i države", sada krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti, a u glavi krivičnih dela protiv službene dužnosti, za krivično delo zloupotrebe službenog položaja. Javni tužioci su postupali za navedena krivična dela kao da se radi o nepromenljivim i nezamenljivim krivičnim delima, kao da se njihova primanja nikada neće dovesti u pitanje. U ovakvoj, svojevrsnoj ideološkoj pobožnosti, u teoriji krivičnog prava i u sudskoj praksi, protekao je čitav kraj 20. veka. U tako dugom periodu se skupilo veoma bogato negativno iskustvo u primeni ovih krivičnih dela.

Navešćemo primere ispoljavanja snažne političke volje zakonodavca da menja procesno i materijalno krivično pravo kada to zaista želi, kako kod nas tako i uporedno pravno i ukazati na to da politička volja nije neobuzdana u sistemu vladavine prava i da kada pravna nauka oceni da neka odredba Krivičnog zakonika nije u skladu sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, tada takva odredba nikada neće ni naći svoju "političku volju."

KRITIKA POSTOJEĆEG ZAKONODAVNOG REŠENJA

Krivično delo zloupotreba službenog položaja³ je predviđeno u glavi dvadeset prvoj «Krivična dela protiv službene dužnosti.» Radnja izvršenja glasi «ko iskorišćavanjem svog službenog položaja ili ovlašćenja, prekoračenjem granice svog službenog ovlašćenja ili

³ U "Službenom glasniku SRS", br. 26/77 od 30. juna 1977. godine objavljen je osnovni tekst Krivičnog zakona, sadašnji tekst glasi: Zloupotreba službenog položaja, Član 242.

(1) Službeno lice koje iskorišćavanjem svog službenog položaja ili ovlašćenja, prekoračenjem granice svog službenog ovlašćenja ili nevršenjem svoje službene dužnosti pribavi sebi ili drugom kakvu korist, drugom nanese kakvu štetu ili teže povredi drugog, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina.

(2) Ako je izvršenjem dela iz stava 1. ovog člana pribavljena imovinska korist u iznosu preko trista hiljada dinara, učinilac će se kazniti zatvorom od jedne do deset godina.

(3) Ako je izvršenjem dela iz stava 1. ovog člana pribavljena imovinska korist u iznosu preko osamsto pedeset hiljada dinara, učinilac će se kazniti zatvorom najmanje tri godine.

(4) Odgovorno lice u preduzeću, ustanovi ili drugoj organizaciji koje učini delo iz st. 1. i 3. ovog člana, kazniće se kaznom propisanom za to delo.

nevršenjem svoje službene dužnosti...» itd. Na formulaciju dela postoje dve najvažnije primedbe:

1. Logičko biće ovog krivičnog dela ne obezbeđuje njegovu distinkciju od velikog broja drugih krivičnih dela i omogućuje proizvoljnu primenu u praksi.

Primena čl. 359 KZ, sa blanketnim bićem krivičnog dela u koje mogu ući radnje izvršenja i drugih krivičnih dela, ali i neka unapred nedefinisana «radnja više» koju sva ostala krivična dela u Krivičnom zakoniku ne predviđaju, omogućuje kršenje Prava na pravično suđenje predviđeno u poglavlju VI Evropske konvencije o ljudskim pravima i to iz sledećih razloga:

Osnovna primedba na logičku konstrukciju ovog krivičnog dela se sastoji u tome što ovo delo predviđa kao radnju izvršenja "iskorišćavanje", dakle, zloupotrebu službenog položaja kao takvu i omogućuje da se u biću krivičnog dela otvara blanket koji može da sadrži neodređen broj i vrstu radnji izvršenja, budući da praktično radnja izvršenja nije logički definisana kao različita od drugih krivičnih dela, za razliku od posledice koja je delimično definisana i sastoji se od pribavljanja protivpravne imovinske koristi ili kakve koristi "za sebe ili drugoga".

Gramatičko i logičko biće krivičnog dela nije definisano precizno, tako da protivpravnost kao konstitutivni element bića ovog i svakog drugog krivičnog dela ne proizilazi iz opisa "radnje izvršenja", a koja "radnja" se sastoji u ponavljanju naslova krivičnog dela.

To je ono što je u praksi profesije javnog tužioca predstavljalo najveće profesionalno-etičko iskušenje, a što je decenijama tolerisano u sistemu autoritarne vladavine, a u sistemu vladavine prava je postalo neizdrživo i kriminogeno do te mere da se i sami javni tužioci mogu izložiti krivičnom progonu, a sastoji se u tome da se *protivpravnost, odnosno nezakonitost preduzetih radnji od strane izvršioca podrazumevalo, ali eksplicitno nije definisano kao takvo.*

"Iskorišćavanje" službenog položaja se poistovećivalo sa nezakonitim postupanjem službenog lica i preduzimanjem radnji koje nisu u interesu službe, tako da je definisanje protivpravnosti "pripadalo slobodnoj i tendencioznoj interpretaciji proistekloj iz teorije i sudske prakse u vre-

menu socijalizma".⁴ Ova vrsta "treger paragrafa" ili kako ga naziva Dr. Beljanski "omnibus propis" "i dalje je namenjen arbitrarnoj upotrebi za nivelisanje političkih interesa moćnih privrednih lobija".⁵ U ovoj naučnoj analizi sadržana je i diskretna kritika pravosuđa koje je u primeni odredbi ovog krivičnog dela bilo više puta instrumentalizovano za račun konkurentnih vlasti.

Drugačiji stavovi izneti u našoj pravnoj nauci svodili su se na, naizgled suprotan, zaključak da "sve države u cilju održavanja autoriteta državne i uopšte, javne vlasti i obezbeđenja poštovanja pravnog poretka i aksioma pravne države svim raspoloživim sredstvima suprotstavljaju načinima i oblicima ugrožavanja službene dužnosti".⁶ Ipak, i ovi naučni stavovi su samo apologija opisane logičke konstrukcije krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja, a ne suštinska analiza i kritika zakonodavnog rešenja.

U kojoj meri bi zadržavanje ovog krivičnog dela u Krivičnom zakoniku ubuduće kompromitovalo javnu tužbu i pravosuđe u celini teško je i zamisliti, ali nas negativna iskustva sa brojnim neuspesima u dosadašnjem krivičnom progonu za ovo krivično delo, kompromitacijama javne tužbe po osnovu političke, ekonomske i svake druge sektaške mržnje ili diskriminacije u prošlosti, upućuju da, ni kao pravni stručnjaci i pripadnici akademskih krugova, ni kao profesionalci praktičari, zakonodavcu nikad više ne pružimo šansu da ovako nepreciznim definisanjem krivičnog dela omogući da se krše osnovna ljudska prava garantovana Ustavom Republike Srbije, pre svega u životno najvažnijoj sferi - u privredi. Od nesloboda u ekonomskom životu generišu se neslobode, autoritarnost i nasilje u političkom i društvenom životu. U tom i takvom privrednom životu obični građani, mali i srednji preduzetnici, teško dobijaju slobodu razvoja i bankarske kredite, plaćaju mito i reket, prinuđeni su da rade pod monopolom velikih kompanija, itd.

Zato pojedine države koje se susreću sa sličnim problemima vrše zakonodavne intervencije radi oslobađanja tržišta. "Ljudska prava i

⁴ Dr Slobodan Beljanski, "Šta bi trebalo menjati u posebnom delu Krivičnog zakonika?", Zbornik radova, Okrugli sto "Prate li krivično zakonodavstvo i praksa u Srbiji društvene i ekonomske promene", Centar za ljudska prava, Beograd, 2008, st. 22.

⁵ Dr. S. Beljanski, isto str. 23.

⁶ Dr. Dragan Jovašević i Tarik Hašimbegović, "Zloupotreba službenog položaja", Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Grafiks trejd, Beograd, 2002. godine, str. 73.

Zbornik IKSI, 1-2/2008 – J. Krstić
„Krivično delo zloupotreba službenog položaja u suprotnosti sa principima
Evropske konvencije o ljudskim pravima i Ustava Republike Srbije”, (str. 127-151)

tržišna ekonomija kao reči nemaju mnogo veze, ali se kroz smisao snažno povezuju. Pravi izazov zakonodavaca je da učine da tržište radi za siromašne. To znači da se u svakodnevnom životu ubiraju plodovi dobro oblikovanih i nepristrasno primenjenih propisa i zakona. Ovo je taj cilj o kome svo vreme brinu branioci ljudskih prava i alternativna advokatura".⁷

Od slobodnog tržišta zavise i prava i slobode građana, a "da bi tržište funkcionisalo neophodno je postojanje prava vlasništva. Čin kupovine ili prodaje je u stvari, prenos prava vlasništva. Imanja sa jasno rešenim pravom vlasništva mogu postati kapital jer finansijski sektor tada može da stvori kredite upotrebljavajući to kao kolateralnu. Fizička kontrola nad imovinom bez postojanja prenosivih svojinskih prava, naprotiv ne omogućuje stvaranje kredita i tako ograničava investiranje i razvoj. Zato najveću smetnju koju siromašni imaju predstavlja to što nemaju dobro regulisana svojinska prava (kod nas nije završena privatizacija, denacionalizacija i restitucija), pa čak i kada imaju kontrolu nad nekom kolibom u predgrađu (kod nas bespravno izgrađena naselja). Davanje siromašnima pristupa vrlo dobro definisanom, efektivnom (i zaštićenom, dodali bi smo) pravu vlasništva kroz, na primer, zemljišnu reformu ili olakšavanje deliocima da budu titulari svojine, omogućava im se da investiraju u svoje vlasništvo i da dođu lakše do kredita. Studija zemljišne reforme (epohalna kao što je to denacionalizacija kod nas) na Filipinima je pokazala da je to zaista istinito."⁸

⁷ Friedrich Naumann Foundation (FNF) "Human Rights Lawyers Discuss Market Economy", - <http://www.fnf.org.ph/news/hr-lawyers-learn-basics-of-market-economy.htm>

"Human rights and market economy are two words normally not associated with each other, yet there is a strong connection. To discuss this, the Friedrich Naumann Foundation (FNF) conducted a half-day seminar for Ateneo Human Rights Center (AHRC) staff and interns on 14 May 2008 in Makati City (Philippines). The real challenge therefore is to make the market work for the poor. That means bringing the benefits of a well-designed and impartially implemented rule of law to their daily lives. This task is one that advocates of human rights and alternative lawyering have been concerned with all along".

⁸ Isto, Friedrich Naumann Foundation (FNF). "Moreover, for a market to function property rights is needed. The act of *buying and selling* is really a *transfer of property rights*. Assets with clear property rights can become capital because the *financial sector* can then - *create credit using these as collaterals*. *Physical control of assets without the existence of transferable property rights by contrast does not allow the creation of credit* and thus limits investment and growth. Thus, the *greatest obstruction* the poor have is they often - *do not have well-defined property rights* even if they control assets like a slum hut. Giving the poor access to efficient property rights through land reform or making it easier for squatters to have land titles would allow them to invest in their property and to

Zbornik IKSI, 1-2/2008 – J. Krstić
„Krivično delo zloupotreba službenog položaja u suprotnosti sa principima
Evropske konvencije o ljudskim pravima i Ustava Republike Srbije”, (str. 127-151)

Ono što najviše kompromituje napore javnog tužilaštva za efikasan krivični progon učinilaca krivičnih dela protiv službene dužnosti jeste povećan broj oslobađajućih presuda za krivično delo iz čl. 242. KZRS, odnosno čl. 359. KZ, i svojevrsan zastoj i zagušenje Okružnog suda u Beogradu, upravo kod ovih krivičnih dela zbog njihove nedokazivosti i to sve nakon društvenih promena od oktobra 2000. godine.

Društveni život i ekonomija nisu više zasnovani na društvenoj svojini i svesti o korporativnom vlasništvu, već na tržišnoj privredi zasnovanoj na privatnom vlasništvu, sa otvorenim i slobodnim tržištem, slobodnim preduzetništvom, samostalnim i ravnopravnim privrednim subjektima. Anahrone odredbe, kao što je odredba iz čl. 359. KZ, direktno su suprotne ustavnoj garanciji iz čl. 82. Ustava Republike Srbije i moraju biti brisane iz Krivičnog zakonika.

2. Prenošnje istovetne krivice sa službenih lica na odgovorna lica u preduzeću ili drugim licima sa svim konsekvencama vezanim za pribavljenu protivpravnu korist ili pričinjenu štetu.

Ova druga primedba potkrepljuje zaključak o povredi Evropske konvencije o ljudskim pravima, ovoga puta i u poglavlju XXII "Pravo na uživanje imovine". Povreda se sastoji u tome što je zakonodavac mehanički povezao službena lica u državnim organima sa odgovornim licima u preduzećima i drugim licima, kao izvršioce u istoj ravni, i ako se radi o subjektima koji su potencijalni izvršioce na štetu različitih grupnih zaštitnih objekata.

Problem je što zaštitni objekti u privredi predstavljaju privatno vlasništvo jednog lica (vlasnik preduzeća, država kao pravno lice ili drugo pravno lice) ili više lica (suosnivači preduzeća, akcionari, deponenti uloga, štediša, itd). Po čl. 112. KZ odgovornim licem se smatra i vlasnik preduzeća, tako da i on može biti optužen za protivpravno sticanje dohotka iz delatnosti za koju je preduzeće registrovao⁹, dakle, svojevrsnim «iskorišćavanjem vlasničkog položaja» može počinuti delo, a postoje u tužilačkoj praksi i optuženja protiv suvlasnika privatnih univerziteta ili predsednika kompanija po sličnom «osnovu», a dolazilo je i do konfuzije u optuženjima tako da je

access credit more easily. Studies of the land reform program in the Philippines have indeed found this to be true".

⁹ Dr S. Beljanski, isto, str. 22

Zbornik IKSI, 1-2/2008 – J. Krstić
„Krivično delo zloupotreba službenog položaja u suprotnosti sa principima
Evropske konvencije o ljudskim pravima i Ustava Republike Srbije”, (str. 127-151)

i propuštena dobit, kao šteta u građansko-pravnom smislu, tretirana kao maliciozno prouzrokovana šteta u krivično-pravnom smislu.

Javljuju se sledeći problemi u praksi: 1) kome sve izvršiocu ovog krivičnog dela pribavljaju imovinsku korist ili pričinjavaju štetu i naravno, 2) problem distinkcije logičkog bića krivičnog dela iz čl. 359. KZ - *da konfuzija bude veća sa bićem krivičnih dela iz sasvim druge glave KZ –a, iz glave XXII "Krivična dela protiv privrede", posebno sa bićima krivičnog dela zloupotreba ovlašćenja u privredi iz čl. 238. KZ i krivičnog dela nesavesan rad u privrednom poslovanju iz čl. 234 KZ.*

Zakonodavac je do sada samo uredno ažurirao imovinske cenzuse po kojima su ova lica odgovarala za osnovni oblik krivičnog dela iz st. 1 i kvalifikovani oblik iz st. 3, *nastojeći da ne popusti u represiji usled inflacije.* Tako se skupio impozantan broj izmena kojima ništa nije suštinski menjano. Do 1984. godine lice iz st. 4. je bilo ideološki definisano kao «odgovorno lice u organizaciji udruženog rada ili drugom društvenom pravnom licu ili u organu društvenog samoupravljanja».¹⁰

¹⁰ Ovaj član je, do izmene u "Sl. glasniku SRS" 24/84, glasio u stavu 4: «Odgovorno lice u organizaciji udruženog rada ili drugom društvenom pravnom licu ili u organu društvenog samoupravljanja koje...»

1. Izmena objavljena u u "Sl. glasniku SRS", br. 24/84 od 30. juna 1984. godine objavljene su IZMENE novčanih iznosa (primenjuju se od 1. jula 1984. godine), a ovaj član je, do izmene u 51/87, glasio: sto pedeset hiljada dinara

2. U "Sl. glasniku SRS", br. 51/87 od 28. decembra 1987. godine objavljene su izmene novčanih iznosa (primenjuju se od 1. januara 1988. godine), a ovaj član je, do izmene u 42/89, glasio: u stavu 4. milion i pet stotina hiljada

3. U "Sl. glasniku SRS", br. 42/89 od 28. septembra 1989. godine objavljene su izmene novčanih iznosa (primenjuju se od 15. oktobra 1989. godine), a ovaj član je, do izmene u 21/90, glasio: petnaest miliona dinara

5. U "Sl. glasniku RS", br. 16/90 od 3. decembra 1990. godine objavljene su izmene (stupaju na snagu osmog dana od dana objavljivanja), a ovaj član je, do izmene u 49/92, glasio: 50.000 dinara

4. U "Sl. glasniku SRS", br. 21/90 od 5. maja 1990. godine objavljene su izmene novčanih iznosa (stupaju na snagu osmog dana od dana objavljivanja), a ovaj član je, do izmene u 16/90 - RS, glasio petnaest hiljada dinara,

6. U "Sl. glasniku RS", br. 49/92 od 21. jula 1992. godine objavljene su izmene novčanih iznosa (stupaju na snagu osmog dana od dana objavljivanja), a ovaj član je, do izmene u 23/93, glasio: stav 2. preko sto pedeset hiljada u stavu 3. preko petsto hiljada

7. U "Sl. glasniku RS", br. 23/93 od 25. marta 1993. godine objavljene su izmene novčanih iznosa (stupaju na snagu osmog dana od dana objavljivanja), a ovaj član je, do izmene u 67/93, glasio: stav 2. petnaest miliona dinara, stav 3. pedeset miliona dinara

8. U "Sl. glasniku RS", br. 67/93 od 30. avgusta 1993. godine objavljene su izmene novčanih iznosa (stupaju na snagu osmog dana od dana objavljivanja), a ovaj član je, do izmene u 47/94, glasio: - stav 2. petnaest milijardi dinara (!) u stavu 3. pedeset milijardi dinara

9. U "Sl. glasniku RS", br. 47/94 od 14. jula 1994. godine objavljene su izmene (stupaju na snagu osmog dana od dana objavljivanja), a ovaj član je, do izmene u 44/98, glasio: u stavu 2. pet hiljada novih dinara, u stavu 3 petnaest hiljada novih dinara, u stavu 4. Odgovorno lice u preduzeću, ustanovi ili drugoj organizaciji koje itd...

Zbornik IKSI, 1-2/2008 – J. Krstić
„Krivično delo zloupotreba službenog položaja u suprotnosti sa principima
Evropske konvencije o ljudskim pravima i Ustava Republike Srbije”, (str. 127-151)

Ako postoji zloupotreba ovlašćenja u privredi, zašto postoji zloupotreba službenog položaja odgovornog lica u preduzeću, kada to lice ima ta ista ovlašćenja koja su predmet zloupotrebe?

Odgovor je upravo u onom pogrešnom zaključku pravne teorije o "svim raspoloživim sredstvima" kojima se brani država, a koja podrazumevaju i redundansu normiranja, povećavanje represije u društvu putem davanja mogućnosti nekontrolisane inkriminacije nedozvoljenih ponašanja bez prethodne taksacije, a time se omogućava i pritisak na pravosuđe jer laicima ova neprecizna norma omogućuje da u svakom nepravilnom vršenju službene dužnosti vide postojanje krivičnog dela, itd.

Na neopravdanost opisanog načina inkriminacije i praktičnu nedokazivost krivičnog dela iz čl. 359. KZ u novim društveno-ekonomskim uslovima ukazuje i Inicijativa Specijalnog tužioca za organizovani kriminal da se definiše krivica «odgovornih lica» iz stava 4, kao i «protivpravna imovinska korist» koju pribavljaju «sebi ili drugome»

Teze Specijalnog tužioca za organizovani kriminal za izmenu čl. 359. KZ Specijalni tužilac za organizovani kriminal obratio se Republičkom javnom tužilaštvu sa problemom inkriminacije za krivična dela uticajnih grupa, sa inicijativom za razmatranje za izmenu pravnog stava Krivičnog odeljenja Republičkog javnog tužilaštva od 15. 11. 1999. godine i obaveznog uputstva A br. 119/00 od 08. 06. 2000. godine, u kojoj je sadržan i predlog manjih izmena u čl. 359. KZ.¹¹

Sušтина problema po Specijalnom tužiocu je da je usled izmenjenih odnosa što se tiče vlasništva u pravnim licima, tj. strukture vlasništva pravnih lica, došlo do promene u imovinskoj koristi koja se pribavlja i u tome kome se pribavlja. Pitanje koje se postavlja je jednostavno, da li imovinska korist pripada pravnom licu ili odgovornom licu u pravnom licu i da li možemo da tumačimo odredbu čl. 238. KZ odnosno čl. 359. KZ kao pribavljenu korist drugome, odnosno da li je ta korist pribavljena i drugome, znači da li podrazumeva i samo pravno lice?

U navedenim dokumentima RJT čiju izmenu traži Specijalni tužilac, dato je jedno arhaično, ideološki inspirisan i diskriminatorско rešenje, a

10. U "Sl. glasniku RS", br. 44/98 od 8. decembra 1998. godine objavljene su izmene novčanih iznosa... itd.

¹¹ Inicijativa Specijalnog tužilaštva za organizovani kriminal Ktr S 68/08 od 26. 02. 2008. godine

Zbornik IKSI, 1-2/2008 – J. Krstić
„Krivično delo zloupotreba službenog položaja u suprotnosti sa principima
Evropske konvencije o ljudskim pravima i Ustava Republike Srbije”, (str. 127-151)

to je da se protivpravna imovinska korist može pribaviti samo stranom pravnom licu! U međuvremenu, praksa je nametnula neka druga razmišljanja i činjenica je da su usled promenjenih vlasničkih odnosa, došlo do drugačijeg tretiranja koristi koja se pribavlja. Ako se pribavlja pravnom licu koje ima svoj nezavisan subjektivitet u odnosu na fizičko lice, jer pravno lice ima i svoju imovinu, posebno se registruje itd, da li se kroz pribavljenu korist pravnom licu pribavlja korist fizičkim licima koja predstavljaju personalnu substancu tog pravnog lica i da li je na neki način i sam vlasnik pravnog lica, dobio za sebe ličnu protivpravnu imovinsku korist.

Svi argumenti koji su izneti u ovoj pravnoj inicijativi, sa stanovišta borbe protiv organizovanog kriminala stoje i nisu sporni uopšte. Vrlo stručno i analitički i tačno je opisano kako može kroz pravno lice da se stekne protivpravna korist i za vlasnika pravnog lica, kroz veće plate, kroz dividende, kroz rešavanje i stambenog pitanja, kroz povećanu vrednost akcija, zatim kroz prodaju svog suvlasničkog udela, odnosno svog dela vlasništva u tom pravnom licu, itd.

Jedan od ozbiljnih argumenata iznetih protiv dosadašnje tužilačke prakse je diskriminacija pravnih lica koju je inaugurisalo zastarelo obavezno uputstvo RJT, smatrajući korist pribavljenu protivpravno u smislu čl. 359. KZ, samo kada se pribavlja imovinska korist stranom pravnom licu, dok su domaća pravna lica potpadala pod krivično delo iz čl. 238. KZ, što je stavilo strana pravna lica u neravnopravni položaj u odnosu na domaća pravna lica, jer su se u sudskoj praksi samo u odnosu na njih radnje izvršenih krivičnih dela kvalifikovali kao zloupotrebu službenog položaja.

Činjenica je da je ovom inicijativom predloženo izjednačavanje svih oblika svojine i činjenica je da kada je krivično delo zloupotrebe službenog položaja uvedeno ovo delo 1959. godine, da je cilj bila zaštita državne odnosno društvene svojine, a ne privatne svojine. Ali se s obzirom na napred iznete naučne argumente, jasno vidi da čitavo delo iz čl. 359. treba da izgleda drugačije i da logičko biće tog krivičnog dela treba da ima svoje specifične oblike u drugim glavama KZ.

Sa jedne strane izneti su argumenti da neke zloupotrebe ovlašćenja u privredi, ili službenog položaja u državnim organima ne bi bile sankcionisane da nema ovih "omnibus dela", a sa druge strane postoji potpuna inkopatibilnost sadašnje njihove formulacije sa stanjem u

Zbornik IKSI, 1-2/2008 – J. Krstić
„Krivično delo zloupotreba službenog položaja u suprotnosti sa principima
Evropske konvencije o ljudskim pravima i Ustava Republike Srbije”, (str. 127-151)

privredi i u društvu. Na primer, postavilo se pitanje šta će se desiti sa krivičnim delom zloupotreba ovlašćenja u privredi, ako imamo neki drugi oblik koristi, a nije u pitanju imovinska korist, da li će takvo delo ostati nesankcionisano.¹² Očigledno je da treba da bude obratno.

U razmišljanju se išlo pragmatično, ali i dubiozno sa stanovišta pravne nauke. Na primer, da se započne krivični postupak u slučajevima kada su u pitanju javna preduzeća i veliki privredni sistemi i tamo gde je struktura vlasništva još uvek državna tj. društvena, da na takve situacije bude primenjeno krivično delo zloupotreba ovlašćenja u privredi, a tamo gde je izvršena vlasnička transformacija i kod pravnih lica koja ne spadaju u velike privredne sisteme, da se činjenično stanje pravno kvalifikuje kao zloupotrebu službenog položaja. Iznet je i stav da je neophodno da se proširi zakonodavni profil i kapacitet KZ sa stanovišta primene standarda iz međunarodnih konvencija, posebno Evropske konvencije o ljudskim pravima, "Sajberkrajm" konvencije, "Palermo" konvencije protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i drugih, jer je došlo do povećanog broja različitih nedozvoljenih radnji koje se teško svrstavaju u ovakvu inkriminaciju i radnji koje narušavaju jedinstveno tržište, slobodu utakmice na tržištu, zatim dala koja imaju za posledicu upotrebu visoko tehnoloških dostignuća u kriminalne svrhe, dela kojim se pojedini privredni kolektiviteti tretiraju kao kriminalne organizacije, a ne mogu da se krivično progone. Ogroman je broj zloupotreba vezanih za službenu dužnost, a koje bi trebalo da se posebno inkriminišu, umesto što sada postoji jedno delo zloupotreba službenog položaja, jer imamo problem zbog toga što ovo krivično delo ima blanketno biće.

Konstatovano je takođe da se ova inicijativa poklapa sa inicijativom Ministarstva pravde za izmene i korekcije KZ, da se na ove probleme ukaže zakonodavcu, pa će on odlučiti šta i kako hoće, jer je on taj koji to odlučuje i jedini koji ovde može da raspravlja da li smo zaštitili sve imovine podjednako. Na primer, kada se kaže "pribavlja se korist preduzeću i osnivačima i dr.", ako pare uđu u preduzeće, a sada je pitanje visine te koristi, nastaje problem ko će to da izračunava, pa problem pravne kvalifikacije dela, itd. Bilo bi tu puno detalja i da bez zakonodavnih promena ne možemo da menjamo praksu, jer se

¹² Zapisnik sa sednice krivičnog odeljenja Republičkog javnog tužilaštva, od 05. 07. 2008. godine

Zbornik IKSI, 1-2/2008 – J. Krstić
„Krivično delo zloupotreba službenog položaja u suprotnosti sa principima
Evropske konvencije o ljudskim pravima i Ustava Republike Srbije”, (str. 127-151)

diskusije svode u stvari, na tumačenje zakona za koje tumačenje treba da znamo kako bi ga promenili.

U pogledu problema razdvajanja logičkog bića krivičnog dela i stvaranja novih pravnih konstrukcija izneti su poznati argumenti protiv, sa obrazloženjem da možemo da formulišemo 30 raznih varijanata za zloupotrebu službenog položaja, "ali neko će u životu smisliti trideset prvu koja će ostati pravno nedefinisana." Kao što smo napred konstatovali navedena gramatička i logička konstrukcija krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja, sa blanketom u kome je samo sadržana naziv krivičnog dela, je suprotna visokim standardima koje postavlja Evropska konvencija o ljudskim pravima. Zaštita ljudskih prava ima primaran značaj u odnosu na interese bilo koje države u svetu. Jer države funkcionišu prvenstveno u interesu građana, pa tek u sopstvenom interesu. Otuda postoji i moralno pravilo bolje sto izvršilaca na slobodi, nego jedan nevin u zatvoru.¹³

UPOREDNA ANALIZA ZAKONODAVNIH REŠENJA

Uporedno pravna analiza potvrđuje da su zakonodavci u nekim državama imali u vidu činjenicu da logičko biće krivičnog dela zloupotrebe «službene dužnosti» treba da ima više oblika, kako bi se zaista razlikovalo od drugih krivičnih dela, definisana kao posebna krivična dela ili neimenovana dela ali taksativno navedena. Dakle, gotovo sva uporedna iskustva ukazuju na nedostatke postojeće definicije iz KZ-a Republike Srbije, vezana za izjednačavanje krivice subjekata u državnoj službi i u privredi.

U Kaznenom zakonu Bugarske iz 1968. godine, predviđena su četiri krivična dela zloupotrebe službene dužnosti u odeljku krivičnih dela protiv službe u glavi VIII, «Krivična dela protiv državnih organa i društvenih organizacija».¹⁴ I ovde, i ako se radi o zakonodavstvu koje

¹³ Zaključak Kolegijuma RJT je da ovu inicijativu Specijalnog tužilaštva uvrsti i u ovaj - predlog kao prateći, kao deo argumentacije RJT i da se uputi Radnoj grupi za izmene KZ-a, s obzirom na izmenjene odnose u vlasničkoj strukturi pravnih lica, s obzirom na stanje po pitanju stranih pravnih lica, gde praksa krivičnog progona nije dobra za rejting naše zemlje po pitanju ulaganja, naročito kada se pojavljuju preduzeća sa mešovitim - vlasništvom itd, jer bi to možda, u ovoj situaciji, bilo najdelotvornije.

¹⁴ Dr. D. Jovašević i T. Hašimbegović, isto, str. 76,

je trpelo snažan ideološki uticaj, za osnovno delo iz čl. 282. zahteva se kao uslov za krivični progon da su povredom prava drugih «mogle nastupiti teže posledice». Dakle ne bilo koja zloupotreba, niti protiv bilo koga, niti sa bilo kakvim posledicama, već samo kada je usled iskorišćavanja službenog položaja moglo doći do većeg narušavanja javnog interesa od onog nastalog narušavanjem parcijalnog interesa oštećenog. Prva agravacija ovog osnovnog dela se meri 1) «nastupanjem znatnih posledica» ili 2) ako je izvršeno od strane «naročito odgovornog lica». Druga agravacija se meri 3) «osobito teškim slučajem» i 4) kada je delo izvršeno u grupi ili od strane zločinačkog udruženja.

Po krivičnom zakoniku Grčke iz 1947. godine sa brojnim izmenama, u glavi XXII koja predviđa krivična dela protiv službene dužnosti, predviđena su dva precizno formulisana krivična dela, jedno opšte delo i jedno posebno. Opšte delo iz čl. 239. ima dva oblika, osnovni i teži oblik. Osnovno delo čini «službeno lice koje je ovlašćeno da postupa u sudskom progonu ili istrazi» ako u službi nezakonitom prinudom dobije pismenu ili usmenu izjavu ili iskaz od optuženog, svedoka ili veštaka. Teži oblik čini isto lice ukoliko sa umišljajem preduzme službenu radnju osnovnog dela i dozvoli da nevino lice bude pod istragom ili falsifikuje istražni postupak i usled toga dođe do kažnjavanja tog lica. U čl. 256 nalazi se krivično delo pod nazivom «Kršenje poverenja u službu» sa osnovnim i težim oblikom. Osnovno delo čini lice koje je ovlašćeno da skuplja takse, poreze, nagrade ili druga davanja u nameri da sebi pribavi korist ili za račun drugog isprazni fondove ili imovinu. Teži oblik postoji u dva slučaja: 1) ako izvršilac iscrpi fondove ili imovinu koja mu je poverena u znatnoj meri i 2) ako to čini na naročito lukav prepreden način.

Krivični zakon Italije iz 1930. godine sa brojnim izmenama, u glavi II poglavlju krivičnih dela javnih službenika protiv javne uprave predviđa takođe dva krivična dela. U čl. 323. je propisano da javni službenik (što je eventualno ekvivalentno službenom licu) koji zloupotrebi povereni položaj ili moć svoje funkcije radi pribavljanja koristi sebi ili drugome. U čl. 324. pod vrlo preciznom nazivu «Privatni interes u službenom delu» inkriminiše se bilo koja radnja preduzeta iz koristoljublja samo u okviru uprave u kojoj treba da obavlja određenu funkciju (dakle ne svaki službenik). Delo može biti izvršeno i donošenjem upravnog akta u organu uprave u kome obavlja funkciju.

Krivični zakonik Ruske Federacije iz 1996. godine, na «znatno drugačijim osnovama uređuje materiju krivičnog prava u odnosu na ranije zakonodavstvo SSSR-a», a koje drugačije osnove teorijski ne obrazlažu pojedini autori,¹⁵ ako da ih to nije navelo na razmišljanje u pravcu razvoja krivično-pravnih normi oblikovanih u cilju obezbeđenja zaštite ljudskih prava kao podjednako važnih prava u odnosu na državu kao kolektivitet. Naime, ovaj zakonik predviđa dva krivična dela u glavi XXX u grupi krivičnih dela «protiv državne vlasti, interesa državne službe i službe u organima lokalne samouprave.»

Krivično delo zloupotreba službenih ovlašćenja iz čl. 285. ima osnovno delo i dva teža oblika. Osnovno delo čini službeno lice koje koristi svoja ovlašćenja protivno interesima službe, a pri tome: postupa iz koristoljublja ili radi pribavljanja druge lične koristi i ako je pri tome «prouzrokovana povreda prava i zakonskih interesa građana ili organizacija ili zakonom zaštićenih interesa društva ili države». Teži oblik postoji s obzirom na svojstvo službenog lica, ako se nalazi na državnoj dužnosti Ruske Federacije ili državnoj dužnosti subjekta Ruske Federacije ili na mestu šefa organa lokalne samouprave. Najteže delo postoji ako se prouzrokuju «teže posledice» što je faktičko pitanje.

Krivično delo prekoračenje službenog ovlašćenja iz čl. 286. ima osnovno delo i dva teža oblika. Osnovno delo čini izvršilac koji preduzima radnju koja je očigledno van njegovih ovlašćenja i kojom radnjom je «prouzrokovana povreda prava i zakonskih interesa građana ili organizacija ili zakonom zaštićenih interesa društva ili države». Prvi teži oblik postoji ako je delo preduzeto od strane izvršioca sa posebnim svojstvima – lica koje je «na državnoj dužnosti Ruske Federacije ili državnoj dužnosti subjekta Ruske Federacije ili na mestu šefa organa lokalne samouprave». Najteži oblik dela postoji s obzirom na način izvršenja, ako je delo izvršeno nasiljem ili pretnjom primene nasilja, primenom oružja ili specijalnih sredstava ili ako je došlo do prouzrokovanja «teških posledica».

Kao što se vidi iz opisa krivičnih dela, ruski zakonodavci su imali moderniji pristup u konstrukciji ovog krivičnog dela i izjednačili uslove za inkriminaciju i granice inkriminacije time što su «prava i zakonske interese građana ili organizacija» stavili u istu ravan sa «zakonom zaštićenim interesima društva ili države». Ovo izjednačavanje ljudskih i

¹⁵ D. Jovašević i T. Hašimbegović, isto, str. 80.

građanskih prava građana i njihovih organizacija sa interesima društva i države i uslovljavanje da zloupotreba službenog položaja ima i to za posledicu, predstavlja dostignuće koje sprečava da se svako iskorišćavanje službenog položaja, pa i najbeznačajnije, može goniti kao krivično delo. To je smer u kome treba da ide logika zakonodavca kada usklađuje logičko i gramatičko biće krivičnog dela u skladu sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i garancijama koje daje Ustav.

U Krivičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine rešenje je slično kao i u bivšem KZ SRBiH, sa osnovnim delom i dva agravantna faktora i to 1) kada je pribavljena protivpravna imovinska korist preko 3000 KM (konvertibilnih maraka) i 2) kada je korist odnosno šteta, preko 10 000 KM.

U krivično-pravnom sistemu Republike Srpske ovo delo ima osnovni oblik i tri teža oblika. Za osnovni oblik dovoljno je da je štetna službena radnja maliciozna i nekoristoljubiva. Prvi teži oblik postoji kada je usled maliciozne radnje nastupila «znatna šteta», a drugi teži oblik kada je došlo do «teže povrede prava drugog». Najteži oblik je kada službeno lice preduzme ili ne preduzme bilo koju službenu radnju iz koristoljublja. U Krivičnom zakoniku Hrvatske i Makedonije je gotovo isto rešenje. Ovde se radi o očiglednom uticaju zakonodavstva bivše Jugoslavije.

Za razliku od jugoslovenske varijante krivičnog prava koja je u kodifikaciji normi, u oblasti dela protiv službene dužnosti ostala na nivou iz 1959. godine, razvijalo se krivično pravo zemalja koje su imale drugačije ideološko okruženje i uticaje. Tako u Krivičnom zakoniku Brazila postoji 25 različitih krivičnih dela koja se praktikuju kao krivična dela službenih lica protiv javne administracije (uprave). U glavi krivičnih dela pod nazivom « Krivična dela protiv javne uprave» ima 18 krivičnih dela koja tretiraju individualne napade na javnu upravu, 26 krivičnih dela protiv sudske uprave (vlasti) i 2 krivična dela ugrožavanje uprave strane države.

Poseban Federalni zakon br. 4898 iz 1965. godine predviđa 17 radnji izvršenja koje se mogu smatrati zloupotrebom službenog položaja.¹⁶ Čl. 3. opisuje zloupotrebu ovlašćenja kao «svaki pokušaj ugrožavanja» deset

¹⁶ "Lei do Abuso de Autoridade" (Law on Abuse of Power), Brazilian Federal Law 4898, Union Official Gazette of December 13, 1965. (regulates the civil, administrative and criminal responsibility in cases of abuse of power, and the Article 4 contains the description of 9 more actions, besides the 10 possibilities of the article 3.).

građanskih prava taksativno nabrojanih po latinskim slovima: a) sloboda kretanja, b) neprikosновенost stana, c) neprikosновенost poštanskog saobraćaja, d) sloboda savesti i veroispovesti, e) sloboda religioznih kultova, f) sloboda udruživanja, g) pravo glasa, h) sloboda okupljanja, i) pravo na fizički integritet, j) pravo na bavljenje profesijom. Čl. 4. taksativno se nabraja još 9 oblika zloupotrebe službenog položaja u specifičnim situacijama koje su opisane od latinskog «a» do «i». Tako na primer, policajac koji propusti da liši slobode neko lice po službenoj dužnosti čini krivično delo iz čl. 4. stav «c». Ovom treba dodati Vojni zakon i Administrativni zakon¹⁷ koji za sebe posebno predviđaju disciplinske prekršaje i sankcije koje predviđaju proterivanje iz javnog života, gubljenje političkih prava, gubljenje prava da bude javni službenik ili da učestvuje u političkom životu itd, sve do oduzimanja putne isprave.

U Brazilu je u toku parlamentarna inicijativa za izmenu zakonodavnog rešenja za krivično delo zloupotrebe službenog položaja. U odeljku pod naslovom "Zloupotreba ovlašćenja protiv odredbi i garancija fundamentalnih prava" ("Do abuso de autoridade contra direitos e Garantias fundamentais"), u čl. 2. nabrojane su sve garancije iz Ustava Brazila koje treba da su povređene od strane javnih službenika (agente público) iskorišćavanjem službenog položaja ili nevršenjem službene dužnosti ili oklevanjem i kašnjenjem sa vršenjem dužnosti u nameri da se krši ili izbegava da se primeni ili prejudicira u primeni neka od odredbi i garantovanih stalnih prava u glavi II Ustava, a posebno prekršiocima prava navedenih od stava 1. do stava 18. (napred nabrojani po ranijem zakonu iz 1965. godine, kao i osam novih iz Ustava). Novo zakonodavno rešenje sadrži jedan moderan i elokventan pristup u regulisanju ove vrste krivičnih dela protiv službene dužnosti, stavljajući građanina kao potencijalnu žrtvu izvršenja krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja direktno naspram države polazeći od korpusa Ustavom garantovanih prava i sloboda čoveka i građanina i konsekventnog sužavanja zone inkriminacije na ono što bitno narušava javni interes u ovoj oblasti.

¹⁷ Lei da Improbidade Administrativa 8.429/1992. (Administrative Law)

MOGUĆE NOVO ZAKONODAVNO REŠENJE

Uparedna analiza ovog dokumenta u nacrtu upućuje na zaključak da su se zakonodavci suočili sa problemom preciznijeg definisanja krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja i došli na ideju da se sve zloupotrebe javnih službenika vežu za povređivanje ustavom garantovanih prava i slobode građana. U odnosu na ovo zakonodavno rešenje, rusko zakonodavno rešenje je tek na sred puta od «omnibus» definicije do definicije u kojoj figuriraju osnovna ljudska i građanska prava kao jedini objekti ugrožavanja. Očigledno je da je u ovoj oblasti materijalnog krivičnog prava tendencija je da se zona inkriminacije sužava na korpus ljudskih prava i sloboda garantovanih Ustavom, dok se zloupotrebe u odnosu na društvo i državu i na samu službu sve više prepušta disciplin-skom (prekršajnom) kažnjavanju. To bi trebao da bude kurs modernog zakonodavstva koje nastoji da smanji represiju u društvu, a da poveća obaveze subjekata na polju prevencije kriminaliteta.

Sledeći ovu logiku, dolazimo do anglosaksonskog zakonodavstva koje je sudskoj vlasti dalo i pravo da sama kreira zakone i ove zakone nameće konkurentskim vlastima, što izgleda kao naučna fantastika u uslovima kada je po Ustavu Republike Srbije data skromna pozicija Vrhovnom kasacionom sudu u sistemu podele vlasti. U kompjuterskoj pretrazi američkog US Code-a po ključnim rečima ("abuse of power") srećemo se sa 7773 dokumenta. Naravno da to nisu krivična dela, ali su to dokumenti koji sadrže brojne propise koji imaju za cilj da obuzdaju samovolju administracije i službenih lica u njoj. Od pretrage ne treba odustajati jer bi se u tom slučaju uspelo u nastojanju da se nabroje krivična dela koja se bave zloupotrebama ovlašćenja u raznim oblastima društvenog života, na čije kreiranje je uticala bogata sudska praksa.

U ovom delu razmatranja daćemo primere kada je zakonodavac kod nas ispoljavao jasnu političku volju da menja materijalno krivično pravo. Tada je to zaista artikulisao kroz skupštinske odbore i javne rasprave i ekspertske analize. Jedan deo tih normi je u međuvremenu ukinut.¹⁸ Ono što je značajno jeste da je zakonodavac delio logičko i

¹⁸ Povreda samoupravljanja, Član 77. (1) Ko svesnim kršenjem propisa ili samoupravnih opštih akata ili na drugi protivpravni način sprečava u samoupravnoj organizaciji ili zajednici samoupravno orga-

gramatičko biće krivičnog dela zloupotreba službenog položaja, kada je to njemu, iz političkih razloga odgovaralo, pa su tako stvarana krivična dela nesavesno čuvanje društvene imovine, protivpravno otuđivanje ili pribavljanje društvene imovine, povreda prava na samoupravljanje, povreda samoupravljanja, zloupotreba prava samoupravljanja, zloupotreba položaja u organu upravljanja, itd. Neka od krivičnih dela i sad egzistiraju samostalno u KZ-u kao što je na primer, zloupotreba glasanja.¹⁹

Ne treba trošiti reči na kritiku dosadašnjeg rada zakonodavca, ali treba kritikovati one akademske krugove koji su učestvovali u izradi ovih, inače solidnih pravnih konstrukcija, a danas oklevaju da na temelju tih iskustava, učestvuju u radikalnoj reformi materijalnog krivičnog prava na bazi etike koju definišu međunarodne konvencije. Kako se kreira ta etika? Globalni ekonomski aspekti krivično-pravne zaštite su napredak u tehnologiji (razvoj Interneta, razvoj mikroprocesora) i napredak u ekonomiji (velika ulaganja u "Building Brand", globalna strategija poslovanja). Svetski cilj krivičnopravne zaštite je opšti razvoj. Globalne institucije zaštite su počev od UN, pa preko specijalizovanih organizacija, sve do regionalnog povezivanja i institucija pojedinih država, uređeni Poveljom UN, paktovi-

nizovanje, ili onemogućava ili teže ometa rad i odlučivanje organa samoupravljanja, kazniće se zatvorom do tri godine.

(2) Ako je delo iz stava 1. ovog člana izvršeno silom, pretnjom, na organizovan način, iskorišćavanjem društvenog položaja ili uticaja ili od strane službenog ili odgovornog lica zloupotrebom položaja ili ovlašćenja ili je izazvalo teži poremećaj samoupravljanja ili samoupravnih odnosa, učinilac će se kazniti zatvorom od šest meseci do pet godina. Ovaj član je, do izmene u 10/2002, glasio: stav 2. sedamdeset hiljada novih dinara stav 3. dvesta dvadeset hiljada novih dinara

"Nesavesno čuvanje društvene imovine Član 177.

(1) Ko očigledno nesavesno čuva stvari iz društvene imovine koje su mu poverene, iako je svestan ili bio dužan i mogao biti svestan da usled toga može nastupiti gubitak, uništenje ili oštećenje stvari, pa šteta nastupi u iznosu koji prelazi pet milijardi dinara, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine.

(2) Ako je usled dela iz stava 1. ovog člana nastupila imovinska šteta koja prelazi pedeset milijardi dinara, učinilac će se kazniti zatvorom od tri meseca do tri godine."

Protivpravno otuđivanje i pribavljanje društvene imovine Član 178.

(1) Ko na štetu društvene imovine da poklon, proviziju ili nagradu, ili na drugi način otuđi društvenu imovinu u korist drugoga u vrednosti koja je u očiglednoj nesrazmeri sa uložnim radom ili uopšte ne proizilazi iz rada, ako ne postoje obeležja nekog drugog krivičnog dela, kazniće se zatvorom do tri godine.

(2) Istom kaznom kazniće se ko u slučajevima iz stava 1. ovog člana primi novac ili drugu imovinsku korist, ako ne postoje obeležja drugog krivičnog dela."

Zloupotreba položaja u organu upravljanja. Član 86v Ko zloupotrebom svog položaja ili ovlašćenja u organu upravljanja utiče da organ upravljanja čiji je član donese odluku kojom se krši Ustav, zakon ili drugi propis ili opšti akt, pa usled toga takva odluka bude donesena, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina.

¹⁹ Zloupotreba prava glasanja iz član 82. KZ

ma i međunarodnim konvencijama. Ekonomije zemalja se utrkuju i one najrazvijenije ovladavaju upravljanjem znanjem i diplomatijom znanja. Čemu služi povećanje kapaciteta KZ Republike Srbije? Da poveže javni interes Srbije sa širim evropskim i svetskim interesima. Da li se sa sadašnjim stanjem u normiranju privrednog života u Srbiji može doprineti tim ciljevima? Ne može. Ovde se vidi da ne stoje argumenti nekih teoretičara da je Srbija u procesu tranzicije mogla da ima prednost u odnosu na druge bivše socijalističke države jer navodno, njen privredni sistem i pravo nisu bili toliko autoritarni kao u tim državama.²⁰

Iz ovoga sledi zaključak da se pitanje pravne konstrukcije i dokazivosti inkriminacije kod krivičnog dela zloupotreba službenog položaja može rešiti pažljivim formulisanjem:

- 1) logičkog bića više krivičnih dela ili
- 2) jednog krivičnog dela sa više oblika

Ova krivična dela ili oblici bi pokrili zonu inkriminacije svedenu na službena lica zaposlena u državnim organima i organizacijama koje vrše javna ovlašćenja u odnosu na ustavom garantovana prava i slobode uz gradaciju merila za ocenu stepena ugrožavanja korpusa ljudskih i građanskih prava. Naravno bez povezivanja krivice sa odgovornim licima u preduzećima, koja bi bila tamo gde treba da budu, u glavi krivičnih dela protiv privrede.

Tehnika normiranja treba da se prilagodi civilizacijskoj potrebi smanjenja represije u društvu. Tako da sa jedne strane, u biće krivičnog dela ne bi ulazile povrede nekih zakonom zaštićenih prava u delu u kome se radnjama službenog lica ne povređuje dati javni interes definisan kao "Corpus iuris", odnosno nije moglo doći do ugrožavanja tih visokih vrednosti u većem obimu (kako bi se to inkorporiralo u upravno pravo i rasteretilo krivični progon od bagatelnih dela u ovoj oblasti, radi rasterećenja krivičnog progona), dok bi se sa druge strane, uveli novi oblici i agravantni faktori koji bi nasilnike u javnom i političkom životu države i organizacija koje vrše javna ovlašćenja izvrgli mnogo strožijoj osudi nego što je to slučaj po sadašnjem KZ¹-u.

²⁰ Dr Momčilo Grubač, "Koliko je prostora za tranziciju u krivičnom pravu Srbije", Centar za ljudska prava, str. 3.

Svakako da ovde treba voditi računa i o nekim opštim otežavajućim okolnostima koje prate i inače krivična dela protiv bezbednosti i ustavnog uređenja, a to je kada se ova krivična dela protiv službene dužnosti vrše upotrebom govora mržnje ili su dela motivisana raznim vrstama mržnje. Danas u svetu samo u Kanadi i SAD je jasno definisan Kriminal mržnje (Hate Crime)²¹, dok se u drugim zemljama još uvek ovaj kriminal definiše i planski suzbija (Velika Britanija)²², dok neke zemlje, poput naše nemaju krivično-pravni koncept kriminala mržnje i različito reaguju na izazove ove vrste kriminala (SR Nemačka, Slovačka i dr.).²³

Primena agravanantnih faktora mržnje bi bio u stvari eho, transformisane glave krivičnih dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti države na ostala krivična dela, pa i dela protiv službene dužnosti. Dakle, posebno bi se teško kažnjavao motiv mržnje (ne samo verske, nacionalne i rasne) u vidu sektaštva, političke mržnje, ksenofobije, homofobije, transfobije, mržnje prema socijalno neintegrisanim ili hendikepiranim skupinama. I ako se radi o povredi Ustavom i zakonom zaštićenih interesa građana i njihovih organizacija, a koja povreda podrazumeva postojanje mržnje, javno ispoljavanje mržnje pri izvršenju ovih krivičnih dela treba da bude najteže sankcionisano. Upravo kako je to jasno rečeno još 1995. godine unutar knjige "Ciljevi i obim kaznene intervencije u svetlu društvenih promena", kojom se zahteva primeren odgovor izazovu novih, pa i delikata koji direktno pogađaju prava ljudi.²⁴

Takođe treba se držati i konsekvencionalne etike kad se vrši merenje težine posledica kao otežavajuće okolnosti i umanjiti proizvoljnost do najveće moguće mere, kako bi se broj faktičkih pitanja koje se utvrđuju bio što manji (radi lakšeg dokazivanja). Moralni autoritet, po modernim shvatanjima nalazi se u čoveku, a ne van njega (tako da ideologija i dogmatizam od koga još uvek patimo, gube na značaju), pa stoga

²¹ Combating to Hate Crimes in the OSCE Region: An Overview of Statistics, Legislation and National Initiatives, OSCE-ODIHR, Warsaw, 2005, str. 46.

²² Policy for Prosecuting Cases of Homophobic and Transphobic Crime, Crown Prosecution Service, London, 2007, "Public statement", Policu for Prosecuting Cases of Disability Hate Crime, Guidance of Prosecuting Cases of Religious and Racist Crime.

²³ Hate Crimes in OSCE Region: Incidents and Responses, Annual Report for 2006, Warsaw, 2007.

²⁴ Vidi bliže: Joldžić V.: 1995.; avgust 1995.; Ciljevi i obim kaznene intervencije u svetlu - društvenih promena; Beograd; Institut za kriminološka i sociološka istraživanja; 130 stranica; katalogizacija: CIP 343.2.01; 343.28/.29; ID=38919436.

Zbornik IKSI, 1-2/2008 – J. Krstić
„Krivično delo zloupotreba službenog položaja u suprotnosti sa principima
Evropske konvencije o ljudskim pravima i Ustava Republike Srbije”, (str. 127-151)

treba da bude promenjena i optika zakonodavca. Stavljanje ljudskih prava i sloboda u središte problema zaštite od zloupotreba službene dužnosti je jedan od najvažnijih zadataka zakonodavca u ovoj oblasti. U zaštiti ljudskih prava se ne može ići uže od profila Evropske konvencije o ljudskim pravima, ali zato zakonodavac može slobodno ići šire do granica koje određuje Ustav. Pri tome ustavne norme, koje su uobičajeno krute i rigidne, treba tumačiti, po pravilu, široko.

LITERATURA

- 1) BELJANSKI, S. (2008) "Šta bi trebalo menjati u posebnom delu Krivičnog zakonika?", Zbornik radova, Okrugli sto *Prate li krivično zakonodavstvo i praksa u Srbiji društvene i ekonomske promene*. Beograd: Centar za ljudska prava.
- 2) JOVAŠEVIĆ, D. & HAŠIMBEGOVIĆ, T. (2002) *Zloupotreba službenog položaja*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Grafiks trejd, Beograd.
- 3) GRUBAČ, M. *Koliko je prostora za tranziciju u krivičnom pravu Srbije*. Beograd: Centar za ljudska prava.
- 4) JOLDŽIĆ V. (1995) *Ciljevi i obim kaznene intervencije u svetlu društvenih promena*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.

CRIMINAL OFFENCE ABUSE OF POWER OPOSITE TO THE PRINCIPLES OF E C H R AND THE CONSTITUTION OF SERBIA

*Modern Prosecutorial Service was established in Serbia by the Law on the Criminal Court Proceedings from February 20, 1865. Since than, the decay of the General Supervisory Function of the Public Prosecution was slowly executed, and it now out of the Serbian Legal System. In the same time theree has been demonstrated the strrong political will to cahange Criminal Code in odrder to legitimate the new instituti-
ons and rule of law.*

Later on these competences were extended on the supervision on the al administrative acts of the executive, taking measures before the courts and executive state institutions in order to fulfill the State Plans and prosecution of criminal offenders (1946). Supervisory of legality function did not disappear even by the Law on the Public Prosecution from 1954. by the provisions of the Law from 1965, public prosecution

was obliged only to monitor and study society and the phenomenon that were important for the successful functioning of the prosecution, and to report to the competent state organs the noticed violations of law, abuses of power and incorrect behavior of state officials or the managers in public enterprises, and to report on the organization of the prosecution, in order for certain measures to be undertaken.

At that time in the material criminal law the criminal offence "Abuse of official duty" was introduced as the mighty legal tool to prevent all undefined strikes in the field of the official duties in the state administration or in the public enterprises. It has the "blanco body" - the space within the definition of "using the official duty or the position" where could have been put various infringements not being found out in any other specific criminal offence of the Penal Code.

The development of the material criminal law, was not following the changes in criminal proceedings because of the lack of the political will and the repressive dogmatic minded lawmakers who still find it necessary to apply not human and unconstitutional provisions of the Article 359 of the Criminal Code of Serbia.

According to the newest legislation National Parliament has no obligation to put in the session and adopt the Annual Report and other Reports of the Republican Public Prosecutor, but has only receiving them as the knowledge.

But in domain of positive criminal law, the criminal offences, Public Prosecution are obliged to apply the law, specifically the criminal offence of abuse of power to the subjects in the state and public organization administration and in private enterprises and their management in contrary to the Article 82 of the new Constitution of Serbia and the Chapters VI and XXII of ECHR.

Why is it so important? New standards mean that nobody has the monopoly on truth, religious or other ideology faith or honesty to do anything out of his Constitutional competences. There are no any of the Prosecutorial Supervisory Functions over the regulation of the social relations and arbitrary except those provided by some wrong concept crimes, and here is an academic approach saying that it should be discussed taking into the consideration that, the real challenge of Serbian lawmakers therefore is to make the market work for the poor. That means bringing the benefits of a well-designed and impartially implemented Rule of Law to their daily lives. This task is one that advocates of human rights by ECHR and Constitution of Serbia and alternative lawyering of the Public Prosecution and NGO,s

Zbornik IKSI, 1-2/2008 – J. Krstić

*„Krivično delo zloupotreba službenog položaja u suprotnosti sa principima
Evropske konvencije o ljudskim pravima i Ustava Republike Srbije”, (str. 127-151)*

and other relevant organizations. The most important result of this development is that the general improvement of the National Legal System is in accordance with the Recommendation of the Council of Europe and with other visionary global projects. We gave the examples of the strong political will moved changes in the past, now it is time to move them again.

Possible legal solutions were also discussed regarding the comparative analysis of criminal and other punishable offences (administrative punishment), protecting constitutionality and legality, human rights and civil liberties and putting the man and the citizen into the very spot of the protection instead of state and other collectivities, all on the grounds of the Constitution, Law, ratified international treaty and regulation passed on the grounds of the Law.

*KEY WORDS: Abuse of power / Criminal Offence /
Human Rights / Dogmatic mind*