

О МЕТОДУ ПРАВНОГ НОРМИРАЊА

— *запажања поводом припремања кривичних закона Федерације, република и покрајина —*

1. Новом расподелом надлежности између Федерације, република и покрајина, у надлежност Федерације у области материјалног кривичног права дати су општи део кривичног закона и одређене групе кривичних дела (чл. 281 тач. 12 Савезног устава).

Овако уређена надлежност захтева доношење девет нових кривичних закона (Савезног, шест републичких и два покрајинска) којим би се регулисала она материја која спада у њихову надлежност. Доношење ових закона везано је за рок, који је продужаван и који још тече.

Радови на припремању кривичних закона теку од 1974 године у оквиру стручних комисија, са консултацијама у ужем кругу. О дефинитивним решењима се још не може говорити, иако су нека довољно претресна и са свим изгледима да буду коначно усвојена, но свакако се може и треба говорити о методу коришћеном у припремању ових закона. Разговор о том методу би могао имати неког утицаја на даљи начин рада.

2. Задржавању у надлежности република и покрајина прописивања највећег броја кривичних дела и санкција за њих, био је циљ (поред основног политичког) омогућити републикама и покрајинама одређивање онаквих инкриминација и прописивање за њих онаквих санкција какве одговарају приликама републике односно покрајине (могло би се рећи: стварање прописа по мери, уместо конфекционираних).

У том правцу, посматрано објективно, имало је свакако шта да се ради, али не много. Кривични законик од 1951 године, није био наметнут. У доношењу Кривичног законика републике су учествовале преко својих представника, и при томе, сукоба, неслагања и спорова није било. С друге стране, санкције предвиђене у Кривичном законнику и прописани начин њиховог одмеравања, били су постављени тако широко и са таквим овлашћењем за судију, да је свака република односно покрајина могла постићи онаква криминалополитичка решења, каква јој одговарају. Према томе веће промене изостављањем појединих кривичних дела, уношењем нових кривичних дела или реконструкцијом постојећих кривичних дела, у овом моменту нису се могле очекивати.

У пракси се међутим догодило супротно: ако се узму у обзир одступања од досадањег Кривичног законика, укупно у свим нацртима кривичних закона република и покрајина, види се да је само мали број досадањих одредаба остао неизмењен — често изменама невеликог теоријског, и још мање практичног значаја. Добија се утисак да су измене више израз тежње за доказивање своје самосталности и државности, потврда оправданости стављања овог законодавства у надлежност република и покрајина, некад да су настале игром случаја или упоришћу неког од учесника у припремању нацрта, — него што су израз стварних потреба и специфичности средине. Тиме, а не специфичношћу прилика се само може објаснити велика сличност која постоји између нацрта кривичних закона Македоније и Словеније.

Одлукама република и покрајина да на овај начин поступе, не може се са правног становишта ништа приговорити. У пракси, многобројне, често непотребне, ситне, неусклађене измене, захтеваће у свакој републици један дужи период прилагођавања (учења новог и заборављања старог), онемогућаваће коришћење драгоценог искуства садржаног у пракси врховних судова, и отежаваће правни саобраћај између република и покрајина, у много већој мери од оне која се није могла избећи.

3. Сваки сложен и обиман нормативни акт, морао би бити надахнут одређеном, доследно спроведеном концепцијом, јединством принципа и јединством циљева које треба да оствари. Без тога уместо законика или закона, добија се механички скуп, идејно и циљно хетерогених делова, из којих се не може извући никаква општа линија, која би служила као директива пракси у њеном раду, скуп који контрадикторношћу ставова при решавању појединих ситуација збуњује и дезоријентише. Стављање у основе закона, и доследно спровођење кроз закон, одређене основне концепције, није само захтев теоријске идејне чистоте, нити захтев чистог задовољења форме при конструкцији закона, већ и важан захтев практичног реда.

Првобитни текст Кривичног законика од 1951 године, почивао је на једној доследно спроведеној концепцији. Крупне измене од 1959 године биле су такође израз одређене концепције, коју је било релативно лако укључити у законик, јер се састојала у уношењу већих целина (поглавља) у општи део Кривичног законика.

За остале многобројне измене и допуне, нарочито оне вршене у посебном делу Кривичног законика, то се не може рећи. Ситне, многобројне, временски раздвојене, са циљем да задовоље неку не много значајну потребу (некад и само уображену потребу), без вођења рачуна о целини, о репеккусијама на остале одредбе, и основним идејама законика, оне су одударале од те основне идеје и сударале се са осталим одредбама.

Припремање нових кривичних закона данас, омогућавало би да се при конструисању кривичноправних установа и инкриминацији појединих дела, доследно спроведе одређена концепција, али ће изгледа то и сада изостати, и још више, изгледа да ће се постојеће стање и погоршати.

Ради се и сада без икакве унапред утврђене концепције, идући од члана до члана досадашњег Кривичног законика, скоро физички нагнуто над текст, па се одузимају или додају делови реченица, речи или интерпункција, због тога и због неодмакнутости од текста губи се перспектива и неувива несклад између појединих решења. Упознат са тешкоћама са којима се овај рад обавља, и без и најмање намере да омаловажим напоре који се у њега улажу, мене тај начин неодољиво потсећа на Рјепинову слику „Запорошци пишу писмо турском султану“: група људи нагнула се над писаром, и сваки додаје по неку реч које се сети и за коју верује да ће добро доћи.

Осуство концепције доводи до противречних ставова: док се на једној страни остаје при досадањем решењу, да протек времена кушње код условне осуде нема значај законске рехабилитације, као што су првобитни текст КЗ и Кривични законик од 1929 године узимали, већ има само значај издржане казне, тј. инсистира се на трајној стигматизацији све до евентуалне судске рехабилитације, — на другој страни, у одредби о изрицању условне осуде, инсистира се на празном, компликованом вербализму: одбацује се изрицање казне, већ тражи само њено утврђивање, да би се избегло, уображено „стигматизирање“ окривљеног.

4. У досадашњем раду на овом послу доминирао је један логичко-апстрактан метод: решења су изналажена чисто логичким путем, стављањем прста на чело, са великим занемаривањем досадашњег искуства у примени установа Кривичног законика. То је искуство мало консултовано и коришћено. Убеђени смо међутим да би многе одредбе нацрта биле друкчије, ако би се узело у обзир искуство досадашње примене, ако би се знало да нека установа није примењивана, односно у којој је мери примењивана и са којим резултатима, а ако су резултати изостали, онда због чега су изостали. Признајемо да коришћење тога искуства није лако: систематског праћења живота једног нормативног акта и установа садржаних у њему, код нас не постоји, и упознавање са тим искуством захтева увећани труд и увећани утрошак времена, али није искључено.

Појачани надзор, на пример, као васпитна мера према малолетницима веома је широко изрицан (углавном због тога што његово извршење не повлачи никакве трошкове), његово извршење и постигнути резултати по правилу нису били праћени, а уколико су праћени нису били задовољавајући (мера се сводила на изрицање, без бриге за извршење). Нису чињени никакви покушаји да се недостаци проуче и отклоне. Упркос томе ова је мера проширена на млађа пунолетна лица (чл. 79ј КЗ), а сада се у виду заштитног надзора проширује и на условно осуђене. — По прописима који важе, васпитна мера изречена малолетнику, може за време њеног трајања, према резултатима који се покажу, бити замењена другом, погоднијом васпитном мером. Иако је та одредба остала мртва, могућност такве замене се сада предвиђа у погледу услова који се постављају осуђеном код условне осуде. — Такав рад, без вођења рачуна о нашем досадашњем искуству, је рад на слепо, из кога се могу очекивати разна изненађења.

5. Законодавац, односно стручни састављач нацрта није суверен у конструисању правних установа и изналажењу решења, водећи рачуна једино о рационалности решења. Конструкције правних установа мора да се поставе на шире и разноврсније основе криминолошке, социолошке, етичке и друге, и на расположење оних којима су намењене, да их прихвате. Законодавац не може да се ослања само на схватања маса, која могу бити погрешна, површна и примитивна, али не може ни потпуно да их занемари, јер та схватања и кад нису потпуно у складу са науком имају значај за односе у друштву. Од тога да ли ће се о њима водити рачуна или се неће водити, зависи да ли ће се створене установе и решења морати наметати масама или ће од њих бити прихваћене. Законик о кривичном поступку од 1953 године, водио је о томе рачуна, и још тада искључио примену медицинских интервенција према окривљеном и сведоцима, и употребу средстава којима би се утицало на вољу при давању исказа, — полазећи од тога да је, према стању духова, такав поступак неприхватљив у Југославији, без обзира да ли би се њим могао добити неки резултат користан за кривични поступак или не.

6. Свуда се приликом припреме нормативних аката преузимају у мери корисног, идеје и установе нормативних текстова других земаља. Преузимање може да користи ако се у исто време узму у обзир политичке, економске, кадровске и друге прилике једне и друге земље, култура и менталитет становништва, и што је нарочито важно, ако се располаже пуним сазнањем о искуству које те земље имају са установама, које смо спремни да преуземо. Колико год да су те установе апстрактно гледано савршене, важно је знати шта оне дају у пракси. У неким нацртима то искуство није у довољној мери узимано у обзир. У неким од њих предвиђа се стављање условно осуђеног под надзор његове радне организације, односно неког руководног радника у радној организацији, иако та мера у руском законодавству одакле је узета, није могла да се оствари у пракси.

У погледу коришћења идеја и установа страног права Југославија је данас у посебном положају. Друштвено политички систем, којим је условљен правни поредак, разликује се и смањује не само могућност коришћења права несоцијалистичких земаља, него знатно ограничава и могућност коришћења кривичног права појединих социјалистичких земаља (појединих земаља јер неког јединственог социјалистичког права нема). Поједине установе кривичног права неких социјалистичких земаља за нас су исто тако неприхватљиве, као и неке установе неких несоцијалистичких земаља, само из суштински различитих разлога. То чини да у место да се крећемо путевима које су други прокрчили, у великој мери сами морамо да крчимо путеве.

Угледање на стране узоре, може бити и штетно. Ако је неко решење прихваћено у више позитивних права, у релативно кратком времену, онда се јавља расположење да се другде прихвати, не толико због унутрашње вредности новог, већ зато „што сви то раде“, у некој врсти страха да се не заостане за прогресом.

Мислимо да би се под ову рубрику могло подвести свођење казне лишења слободе само на једну казну те врсте, што се код нас образлаже фактичним и правним непостојањем скоро никаквих разлика између казне затвора и казне строгог затвора. Но такво стање би пре могло упућивати на друго решење: начинити стварну разлику између ових казни. Та разлика већ постоји путем правних последица осуде, које се неједнако везују за затвор и строги затвор. Добра традиција европског законодавства у већем броју земаља је у постојању бар две казне лишења слободе, и то разликовање одговара поред осталог и односу јавности тј. степену неодобравања појединих кривичних дела. Разлике које се између појединих казни лишења слободе бришу у кривичним законима односно свођење тих казни, на само једну казну доводи до давања различитог садржаја тој јединственој казни приликом извршења, где казнено заводска администрација чини разликовања по својим мерилима, у место законодавца.

7. Допунама је потребно прописати нове инкриминације, које изазива савремени криминалитет, његови нови појавни облици и његове нове димензије (оружани препади на банке, организовани промет дрогама на велико, отмице лица у циљу изнуде, отмице авиона, трговина продајом деце, кривична дела у вези са трансплантациом делова људског тела и др.). Неке манифестације тога криминалитета се већ јављају у нашој земљи. Појава даљих може се очекивати са сигурношћу. То захтева конструисање нових кривичних дела (за неке је то већ било учињено), друга се морају реконструисати и погледу својих конститутивних елемената или у погледу санкције.

Даље измене и допуне односиле би се на постојеће установе које очигледно не дају оно што се од њих очекивало. На пр. циљ казне је дат у Кривичном законнику као циљ будућности: постизање ресоцијализације осуђеног учиниоца, и то свакако треба и да остане основни циљ, али кад нам свакодневна пракса показује да на известан број осуђених казна нема никаквог позитивног утицаја, да је окривљени на основу 10—12 узастопних пресуда био на издржавању казни лишења слободе, са краћим прекидима, десет и више година, и да наставља и даље са криминалном делатношћу — онда се мора узети у обзир таква стварност, и покушати са изналажењем других, ефикаснијих мера.

При стварању нових инкриминација у републичким односно покрајинским кривичним законима, и при каснијим допунама, морала би се избећи, из времена важења Кривичног законика, пракса која се састојала у томе да се под утиском једног конкретног случаја, који је одјекнуо у јавности, конструише посебно кривично дело, иако би се то чињенично стање не само лако могло подвести под једну постојећу ширу инкриминацију, под коју иначе спада, него би та широко предвиђена санкција задовољавала и све потребе и омогућавала адекватно кажњавање. Број кривичних дела се не би тако без потребе повећавао, избегли би се спорови при разграничавању између издвојеног и основног кривичног дела, а избегло би се исто тако да се касније, када се заборави на случај који

је изазвао нову инкриминацију, пита коме је пало на ум да доноси такву одредбу.

Требало би избегавати уколико је могуће уношење у кривичне законе оних инкриминација које предвиђају кажњавање због повреде прописа подложних по природи ствари честим променама (на пр. из области привредне политике). Промене чине да та кривична дела, после релативно кратког времена губе разлог за постојање и остају у кривичном закону као баласт без примене или захтевају измену закона да би била одстрањена.

Изгледа да би код стварања нових инкриминација требало бацити поглед у садашње прекршаје, и испитати потребу пребацавања неких прекршаја у категорију кривичних дела. Неки садашњи прекршаји у ствари су кривична дела, њихов опис се подудара или сасвим незнатно разликује од описа кривичног дела. Те радње нису квалификоване као прекршај грешком законодавца, већ по правилу свесно, да би се избегла примена неких установа Кривичних законика, односно да се омогући примена неких материјалноправних одредаба прекршајног права, а нарочито да се избегне примена одредаба Законика о кривичном поступку које су сматране неадекватним односно неефикасним.

8. Поставило се питање, у неким републикама расправљано, широко и веома оштро, брисања неких кривичних дела (декриминација), јер се сматра да кривичноправна заштита за односна правна добра није потребна, или чак да је штетна. Покушаји иду нарочито у правцу укидања појединих кривичних дела ради остварења потпуније слободе личности, у главном сексуалне слободе (на пр. противприродни блуд између лица мушког пола, родоскврњење и обрнуто, у том се циљу предлаже проширење појмова неких кривичних дела, на пр. принуда на обљубу брачног друга). Тај став је рефлекс принципијелног става, да кривичноправну реакцију треба свести на најнужнију меру, а на одребене појаве, које такође изазивају неодобравање јавности, деловати (превентивно или накнадно) другим некривичним мерама, које су у исто време и погодније. У начелу исправност те идеје је ван спора. Казна се користи данас не због тога што се верује у њену вредност, већ због тога што нерасполажемо бољим, али сматрамо да су поменута кривична дела лоше изабрана за примену ове идеје.

Потпуно је сигурно да југословенско друштво, данас не би било расположено да прихвати некажњавање ових радњи и њихово свођење на прост акт неодобравања јавности, без икакве кривичне санкције. Повод за инкриминисање ових радњи и прописивање санкција, има у осталом и друге циљеве, који излазе ван области личних слобода, и не могу се занемарити.

Мислим да не би било добро изоставити из кривичних закона поједине инкриминације, због тога што одредбе по њима нису примењиване или су ретко примењиване. Између потребе инкриминисања и учесталости појаве инкриминисане радње нема никакве везе зависности. Напротив инкриминација мора да постоји пре него што се случај, ма колико редак, појави.

Мало је кривичних дела (питање је да ли уопште има), која би могла бити укинута без претходног стварања одговарајуће кривичне мере, која би послужила оном циљу који се дотле покушавао постићи казном. Без тога настаје опасан вакум, у коме је кривични закон престао да важи, а његова замена још не делује.

9. Разумљиво је да законодавац иде на што савршенију дефиницију својих установа, на њихову што суптилнију разраду у закону. У теоријским наукама такав поступак потпуно је разумљив. У примењеним наукама, па и у кривичном праву морају постојати границе до којих се са тим може ићи. У противном добија се резултат супротан оном који се жели. Компликоване законске конструкције тешко је идентификовати у стварности. Теоријске дефиниције кривичне одговорности: умишљаја и разних варијаната умишљаја, нехата и разних варијаната нехата у кривичном праву, степеновање уверења судије у погледу доказаности чињеница на основу сумње, основану сумњу, вероватноћу, извесност, теоријски је потпуно оправдано и мора се поштовати, али је идентификовање таквих ситуација у пракси веома тешко, јер нема поузданих мерила за њихово утврђивање. Због тога, тамо где то није неопходно, као што је неопходно у наведеним случајевима, такве конструкције треба избегавати.

Сувишно инсистирање на захтевима теоријског реда, који се не могу или се само са великим напором или са произвољношћу могу остварити, захтевима који граниче са цепидлачењем, без већих користи, суђење постаје компликовано и споро, управо у време кад је под притиском пораста криминалитета, брзина суђења постала изузетно важан фактор, у толикој мери важан, да се нека кривична дела претварају, упркос својој природи у прекршаје, да би се добило брже суђење, у огромном броју случајева са објективном одговорношћу (кажњавање на лицу места, мандатне казне) по самом закону, или по пракси која се ствара у суђењу прекршаја. Тако је у нашем праву а тако је и у другим правима (треба видети установу *l'amande de composition* и *l'amande forfaitaire* — чл. 524—528 и 529 француског *СРР*, или *giudizio per decreto* — чл. 506 итал. ЗКП).

Наше је уверење да ће у догледно време морати да дође до прихватања објективне кривичне одговорности у кривичном праву за неке групе кривичних дела (на пр. за нека кривична дела угрожавања јавног саобраћаја) због њихове велике и све веће бројности, чије кажњавање и данас више почива на опасности радње него на виности учиниоца, природно уз измену карактера санкције. Квалификовање истих ситуација у погледу виности учиниоца ових кривичних дела у једној нашој републици по правилу као нехата, које се у, другим републикама квалификују као умишљај изгледа нам да већ чини извесно скретање у том правцу. У осталом код нас већ постоји изрицање кривичних санкција без утврђивања кривичне одговорности (утврђује се само материјални акт извршења), и замена кривичне одговорности утврђивањем опасности за будући развој учиниоца (малолетници) или примена санкције и поред утврђене кривичне неодговорности учиниоца (према учиниоцу неурачунљивом а, опасном за околину), где су у питању васпитне мере и мере безбедности.

10. Поред доктриране чистоте идеја, формалне дотераности, добре систематике, тј. онога што чини теоријску односно спољну страну у нормирању, особита пажња мора бити концентрисана на усвајање таквих материјалних решења која ће најсигурније, најбрже и најекономичније за заједницу и за учеснике поступка довести до циља. Позитивно право има одређени практични циљ, и вреди онолико колико омогућава остварење тога циља. Остваривање циља не зависи само од материјалног права; оно много више зависи од процедуре и организације правосудних органа, у првом реду суда. Са радом суда све мање су задовољни они који му се обраћају. У току је један лаган али продужен процес у коме се надлежност суда све више сужава, суд губи једну по једну своју надлежност, које прелазе на специјализоване судове, пред друге правосудне организме, и пред недржавне вансудске организме (фаворизовање мировних већа). Добија се утисак да се судске надлежности распадају. Судска материја се потискује из свог природног лежишта разним експедијентима, пред органе који дају мање гаранције за правилност суђења и за пуну заштиту права грађана, али за то одлучују брже и ефикасније. Заједница налази да је за општи интерес то боље, а често се то подудара и са интересима странака.

Данас се више не може говорити о судовима опште надлежности: постоји више судова са деловима судске надлежности. И сам закон не говори више о судовима опште надлежности, већ о редовним судовима. Претпоставља се излазак и пред друга судећа тела, ван судова, која су можда мање стручна, пред којима је могућност грешака у суђењу већа, али је суђење много ефикасније, и због тога се свесно улази у извесан ризик. Природно разлози за распадање судских надлежности нису само ови. Друкчије постављање надлежности за суђење последица је и усвојењих политичких принципа.

Нормативно окретање од суда, праћено је много опаснијим окретањем самих грађана од суда, не због сумње у савесност судија, већ због сумње да се помоћу тог механизма ствари дају корисно и благовремено расправити, а опасно је ако грађанин добе до уверења да своје право не може остварити на задовољавајући начин преко суда, и од свог права диже руке или покушава да га сам прибави.

Заључак је из овога да се ствар не може сматрати окончана ни доношењем најбољих републичких и покрајинских кривичних закона, ако се у исто време судови не организују тако да удовоље брзој и ефикасној примени тих закона.

11. Кривични Законик је отворио могућности за судску индивидуализацију казне, тј. за прилагођавање кривичне санкције учиниоцу, што претпоставља да суд има могућности потпуног упознавања личности окривљеног не само у моменту извршења кривичног дела. Такво потпуно упознавање је технички неизводљиво, а и непотребно код маловажних веома бројних кривичних дела, али код тешких кривичних дела то је неопходно. Кривични Законик нема за пунолетна лица о томе никаквих одредаба. Питање је пребачено на терен кривичног поступка. По чл. 160 ст. 1 ЗКП

истражни судија на завршетку истраге прибавља потребне податке о личности окривљеног. Истражни судија по правилу сматра да су довољни подаци из казнене евиденције, који о личности окривљеног не казују скоро ништа (преписи пресуда би могли да кажу много, ако би се њихови одговарајући делови користили на главном претресу). Тако је постављен у закону један значајан задатак, за чије остварење нису предвиђени одговарајући инструменти. У одредбама општег дела кривичног закона морало би наћи место одредба која би, у границама могућег, попунила ову празнину.

12. Систем кривичних санкција нашег Кривичног законика чиниле су казнене мере безбедности и васпитне мере. Њима је касније додата судска опомена, која је у Кривичном законнику означена просто као „мера” без неког ближег квалификатива. У теорији, судска опомена је означена као „специфична казнена мера у систему кривичних санкција”. Неки нацрти уводе у ред кривичних санкција сада и условну осуду. Мислимо да условна осуда није санкција, санкција је изречена казна, а условљавање је један модалитет извршења, са одређеним криминално-политичким циљем. Уложено је много труда да се покаже да је условна осуда санкција за себе, али нису чињени покушаји објашњења чему та конструкција треба да послужи.

У сваком случају и судска опомена и условна осуда ако буде уведена у систем санкција, не могу бити смештене у тај систем механички, већ се морају (ако је то уопште могуће) припојити једној од постојећих категорија санкција, или ако је то немогуће морају образовати нову категорију санкција за себе, чији би се појам одредио и поставили основи разликовања од осталих категорија санкција. Оне свакако не могу бити остављене да висе свака за себе неукључене у неки виши појам.

др Тихомир Васиљевић