

др Љубиша Лазаревић,
редовни професор Правног факултета у Београду

ОДНОС ИЗМЕЂУ КРИМИНАЛНЕ ПОЛИТИКЕ И КРИВИЧНОГ ПРАВА - ПРИЛОГ СХВАТАЊИМА ПРОФЕСОРА МИЛУТИНОВИЋА

Рад је посвећен односу криминалне политике и кривичног права, са посебним освртом на идеје које су о томе заступане у радовима професора Милана Милутиновића. Ово питање разматрано је кроз анализу примене начела легалитета, легитимитета и индивидуализације кривичне санкције у југословенском кривичном законодавству.

Кључне речи: *Кривично право. - Криминална политика. - Начела кривичног права. - Легалитет. - Легитимитет. - Индивидуализација кривичних санкција.*

І КРИМИНАЛНА ПОЛИТИКА И КРИВИЧНО ПРАВО

1. Криминална политика спада у ред оних научних дисциплина о којој у кривичноправној и социолошкој теорији постоје различита схватања, можда и због тога што се она релативно касно афирмисала као самостална научна област, а и због неких проблема који се јављају када је треба разграничити од кривичног права и криминологије. Није споран њен циљ који се, глобално узевши, може одредити као спречавање и сузбијање криминалитета, али су схватања доста различита када треба одредити њену садржину. Свакако је у праву М. Анцел када је дефинише као "науку и уметност, односно вештину супротстављања криминалитету", али је то више пластичан израз за одређивање циља криминалне политике, а не прецизирање њене садржине. Дуго времена се садржина криминалне политике везивала за законодавну политику у области кривичног права и кривичног правосуђа, дакле за креирање нормативног система борбе против криминалитета и његово спровођење преко надлежних државних органа. Касније се поље криминалне политике проширује и на друге државне и друштвене органе који се баве појавама друштвено-девијантних понашања. Тиме је пребачен мост на једну другу област која ће заузети значајно место у појму криминалне политике - на друштвену превенцију криминалитета. Сумирајући ове тенденције у одређивању садржине криминалне поли-

тике проф. Милутиновић констатује: "Може се рећи да у савременој литератури постоје два гледања на криминалну политику - једно традиционално и уже, а друго, савремено и шире. Ово прво се односи на критичку анализу улоге кривичног законодавства, кривичног права и правосуђа у погледу његове подобности у борби против криминалитета, а у циљу њиховог усавршавања и оспособљавања за ту борбу, као и на анализу криминално-политичког организовања и повезивања апарата кривичног правосуђа са свим њеним социјалним и криминалним службама. Ово схватање се све више напушта у прилог другог, ширег схватања, које обухвата сваку активност која је оријентисана на сузбијање и спречавање ове појаве, тј. и ван државног апарата за сузбијање криминалитета. То значи, када се помене термин криминална политика, мисли се на све активности које су укључене у процес сузбијања криминалитета... За ово схватање се може рећи да добија све више присталица и постаје, такорећи, доминантно у савременој литератури" (1).

Своје схватање појма криминалне политике проф. Милутиновић гради на одређивању циља и предмета ове научне дисциплине. Одбацујући схватања грађанске социологије о томе да је криминалитет константан и перманентан свакој друштвеној заједници, па да је према томе "неуништив" и да је могуће говорити само о његовом смањењу, али и схватања криминологије у бившим социјалистичким земљама о "пролазности криминалитета и напорима за његово потпуно елиминисање", он као основни циљ криминалне политике одређује "сузбијање и спречавање криминалитета и деликвенције", а о самом појму криминалне политике каже: "Криминална политика се може дефинисати као теоријско-практична дисциплина која има две димензије - једну теоријску, а другу практичну. Теоријска димензија се односи, узев начелно, на теоријском концепирању криминалне политике као кохерентног и разрађеног система реаговања на друштвено опасна понашања, који се остварује у складу са друштвеном стварношћу и на основу резултата научне мисли у области криминологије, социологије, социјалне патологије, кривичног права и других наука и коришћења постојећих искустава на бази њиховог вредновања. У оквиру овог теоријског приступа полази се најпре од анализе уставних, законодавних и политичких ставова у односу на криминална понашања и даје оцена њиховог значаја у циљу концепирања у начелна опредељења и детерминанте, на основу којих се врши теоријско осмишљавање метода успешнијег вођења борбе против криминалитета и изграђује кохерентан практични систем који би требало да се спроводи у антикриминалној пракси. Практична димензија криминалне политике обухвата осмишљавање и спровођење у живот друштвених акција, метода и мера-репресивног или превентивног карактера, на основу изграђене теорије о циљевима криминалне политике и могућности које пружа друштвена стварност. То је, у ствари, спровођење у живот кривичних и профилактичних односно друштвено-превентивних мера, као и усмеравање ад-

(1) М. Милутиновић, *Криминална политика*, "Савремена администрација", Београд, 1984, стр. 128 и 129.

министрације кривичног правосуђа и других државних и друштвених органа и тела у правцу успешног спровођења у живот метода и мера практичне криминалне политике” (2).

2. Разлике у одређивању појма и садржине криминалне политике заснивале су се углавном на томе да ли се она ограничава само на кривичноправни аспект борбе против криминалитета, рачунајући како нормативни систем тако и правосудну организацију, или га треба проширити и на друге аспекте борбе против криминалитета, који су обухваћени општим појмом друштвене превенције. Евулитивност ове научне дисциплине кретала се од првог, ужег, ка другом, ширем схватању. Али, узета у ма ком концепту, криминална политика је и у свом теоретском значењу и као пракса борбе против криминалитета увек била тесно повезана са кривичним правом и кривичним правосуђем. Реч је о дисциплинама које су циљно и функционално повезане и условљене; могло би се рећи да су кривично законодавство и његова практична примена један од основних облика испољавања криминалне политике, а да је она узвратно идејна и политичка основа за изградњу кривичног законодавства. Тиме се наравно не жели умањити друштвена превенција као једна од основних компоненти криминалне политике, али је друштвена реалност и у нас и у свету да се данас борба против криминалитета углавном води применом мера кривичног права. ”Кривично право, са својим кривичним законодавством, има у савременим условима велики односно незамењив криминално-политички значај и утицај, јер се оно концепира и развија у духу постизања криминално-политичких циљева. У кривичном законодавству и кривичном праву је, тако рећи, изражен кривично-правни облик криминалне политике сваке земље, који је данас доминантан у свим земљама... С друге стране, и криминална политика као самостална кривичноправна дисциплина, испољава свој утицај на кривичноправну науку, на њен развој, на њено теоријско неговање и усавршавање. Кратко речено, криминална политика се формира и развија на основу ставова у кривичном праву да би, с друге стране, отворила пут у научно истраживање и послужила усмеравању кривичног права на најефикаснија решења са криминално-политичког становишта и његовом сталном приближавању практичном животу” (3).

II КРИМИНАЛНА ПОЛИТИКА И ОСНОВНА НАЧЕЛА КРИВИЧНОГ ПРАВА

Криминална политика и кривично право су, као што је констатовано, у међусобној функционалној повезаности. Та повезаност је интегрална и у том смислу може се рећи да је кривично право у својој потпуности у функцији остваривања циљева криминалне политике односно да нема ниједне области или института кривичног права који не би могао бити преиспитиван и верификован са аспекта криминалне политике. У неким сегментима та повезаност је израженија, као што је случај са системом кривичних санкција или са системом инкрими-

(2) М. Милутиновић, *ibid.*, стр. 135 и 136.

(3) М. Милутиновић, *ibid.*, стр. 138.

нација, али се и Општи и Посебни део кривичног права узети у целини, као и правосудна организација преко које се они практично реализују, мора изграђивати и усавршавати на основу прихваћених криминално-политичких концепција. Требало би међутим написати читаву студију о овој релацији; подсетићу да је капитално дело проф. Милутиновића из ове области "Криминална политика" без обзира на мноштво и разноврсност питања о којима се у њему расправља, скоро у целини прожето и инспирирано међусобном условљеношћу кривичног права и криминалне политике. У жељи и потреби да ту релацију сведем на нужну меру, ограничићу се само на нека питања кривичног права која су од посебног криминално-политичког значаја. Она би се могла груписати око неколико значајнијих начела кривичног права која су истовремено и начела криминалне политике, као што су: легалитет, легитимитет, индивидуализација кривичних санкција, хуманост, једнакост грађана пред законом и др. Критичка обрада сваког од ових начела предимензионирала би обим овога рада, па ћу се ограничити само на три начела - легалитета, легитимитета и индивидуализације, за која се може рећи да чине суштинске основе криминалне политике кад је реч о њеној "репресивној" компоненти. Уз то, реч је и о начелима која се међусобно повезују и допуњују.

1. Начело легалитета

1. За овај правни принцип може се рећи да представља камен темељац правног система једне државе. Не може се замислити функционисање правне државе ако она није заснована на начелу уставности и законитости. И не само то; законитост се не ограничава само на своју правну функцију, већ има и посебан друштвено-политички значај. То посебно долази до изражаја у сфери кривичног права која покрива заштиту основних друштвених и индивидуалних вредности. "Принцип легалитета одређује друштвени положај човека и границе његовог слободног деловања. Тај принцип је у исто време гаранција за остваривање слобода и права човека и брана против произвољне, самовољне и арбитрарне принуде према човеку" (4). Начело законитости је гарант друштвене стабилности и, како констатује Ф. Бачић" увјет за демократичност свакодневног живота, за културно и слободно деловање и комуницирање. Законитост значи потврду постојања и нужност владавине права насупротив арбитрерности и самовоље кад су у питању основне вредности човека и друштва" (5). Говорећи о криминално-политичком значају начела законитости проф. Милутиновић посебно указује на његову социолошку димензију. "Овде је реч о поштовању закона и других правних норми од стране друштвених и државних органа и организација, службених лица и грађана, у интересу утврђивања и развијања друштвеног система, тенденција његовог даљег развоја и заштите друштвених вредности које су уграђене у основе датог друштва... Међутим, принцип законитости се не може, узев

(4) Н. Срзентић, *Принципи кривичног законодавства - основа за одређивање кривичне репресије*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву бр. XXXVI, стр. 278.

(5) Ф. Бачић, *Кривично правосудје и уставност и законитост*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр. 4/87, стр. 11.

садржајно, сводити само на обавезу придржавања законских норми тј. на правну страну проблема, иако је она веома важна и значајна. То питање има ширу друштвену димензију. У сваком друштву које се залаже за законитост у понашању државних и друштвених органа и грађана она изражава одређени интерес у социолошком и политичком смислу. Ближе речено, она брани своју друштвену структуру, свој друштвено-политички систем и слободу човека које из њега извиру” (6).

2. За успостављање правилне и рационалне релације између криминалне политике и кривичног права од посебног је значаја за утврђивање како је начело законитости реализовано у конституисању кривичноправног система и у којој мери се оно респектује у његовој практичној примени.

Оцена о остваривању принципа законитости у конституисању кривичноправног система може се учинити и компетентније и потпуније на основу његове критичке анализе. При томе се мора поћи од тога да се значај овог начела у кривичном праву не може свести само на законитост у прописивању кривичних санкција и одређивању система инкриминација. Ово начело мора се шире тумачити и садржајно схватити као: *nullum crimen sine lege scripta*, *nullum crimen sine lege stricta*, *nullum crimen sine lege praevia*, *nullum crimen sine lege certa* i *nulla poena sine lege*.

У којој је мери остварен принцип законитости, узет у свом ширем значењу, у нашем кривичном законодавству? Прихватајући у основи оцену да је југословенско кривично законодавство ”релативно модерно, демократско и хумано” (7), сасвим је сигурно да се оно не може сматрати потпуно усавршеним и да нема ни потребе ни могућности за његову даљу доградњу. Не улазећи дубље у обим и садржину једне перспективне реформе југословенског кривичног права (8) ограничићу се на указивање неколико могућих праваца његовог критичног преиспитивања, управо са аспекта адекватније примене начела законитости.

а) *Прецизно одређивање законских обележја кривичних дела.* Основни императив у законском одређивању бића кривичних дела је да њихова обележја буду одређена до тог степена прецизности и потпуности да законско решење представља стабилну основу за судску праксу. Суштина кривичног дела, његово реално значење, морају бити јасни како ономе ко дело врши тако и ономе ко примењује закон. Овај императив је, међутим, лакше поставити него остварити. И кривично право се мора, у одређеној мери, служити апстракцијама и генерализацијама, а у неким случајевима је чак и неопходно да се избегну претеране конкретизације. Међутим, критичка анализа система ин-

(6) М. Милутиновић, *ibid.*, стр. 207.

(7) Н. Срзентић, *Развој југословенског кривичног законодавства*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1-2/86; Љ. Бавцон, *Десет година новог кривичног законодавства у СФРЈ*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр. 1/88, стр. 39.

(8) Ову проблематику опширније сам разматрао и изложио у својим радовима: *Могући правци даље изградње кривичног законодавства у СР Србији*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр. 3/89; и *Основи и правци будућег развоја југословенског материјалног казненог законодавства*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр. 4/89.

криминација, како оног у савезном тако и у републичком кривичном законодавству, указује да су, у не малом броју случајева, обележја појединих кривичних дела непрецизно или непотпуно одређена, што ствара одређене проблеме у судској пракси. То се односи на: радњу кривичног дела, последицу кривичног дела, квалификаторне околности, одређивање објективних услова инкриминације, разграничење бића међусобно сличних кривичних дела и др.

б) *Отклањање несклада у примени неких института Општег дела у Посебном делу.* Одредбе Општег дела кривичног права су универзалног карактера и имају обавезујући значај у конституисању система инкриминација. Оне се у Посебном делу морају примењивати према свом правом и криминално-политичком значењу, одређеном нормама Општег дела кривичног права. Ово законско правило (члан 7. КЗЈ) није доследно спроведено; код појединих кривичних дела њихова обележја или квалификаторне околности одређиване су и применом неких института Општег дела, али у другачијем значењу. Такав је случај са саучесништвом, стицајем кривичних дела и прописивањем казне затвора од 20 година за дела за која се она не може прописати.

в) *Усклађивање прописаних казних оквира са реалном друштвеном опасношћу појединих кривичних дела.* Казнени оквири представљају "Ахилову пету" југословенског кривичног законодавства. За њих су својствене две карактеристике: прихватање доста високих посебних минимума и максимума и потпуна арбитрерност у њиховом прописивању. Начело законитости одређивању кривичних санкција не изражава се само у утврђивању система кривичних санкција и услова за њихову примену, већ и у њиховом прописивању за поједина кривична дела. Прописана казна не сме бити арбитрерно одређена; она мора одговарати реалној друштвеној опасности прописаног дела и на неки начин бити резултанта његових могућих облика. Наша судска пракса већ дуго указује да овај услов није адекватно остварен; изречене ефективне казне су далеко испод прописаног посебног максимума и у великој мери се приближавају посебном минимуму, а у скоро 40% случајева изричу се, применом ублажавања казне, испод тог минимума. Велики распон између посебног минимума и максимума скоро да води неодређености казне за извршено дело.

г) *Преиспитивање споредног кривичног законодавства.* Реч је, о кривичноправним одредбама које се налазе у ванкривичним прописима, којима се прописују одређена кривична дела. Мада је пожељно да сви кривичноправни прописи буду кодификовани у кривичним законима, споредно кривично законодавство се не може избећи, али би га требало свести на нужни минимум. Наиме, реч је о кривичним делима која су садржајно везана за остале прописе садржане у закону; она су, по правилу бланкетног карактера, без конкретизовања њиховог бића, тако да се садржина дела изводи из осталих прописа. Проблем је, међутим, у томе што је пракса споредног кривичног законодавства у нас све чешћа и што се у његовом креирању не води много рачуна о потреби да буде усклађен са општим кривичноправним системом, тако да ова дела у погледу своје конструкције и прецизности далеко заостају за делима садржаним у кривичном законодавству, чиме се нарушава начело легалитета. То нарочито важи за законодавство Републике Србије; скоро да

нема закона донетог у пар задњих година који нема казнене одредбе са прописивањем нових кривичних дела.

д) Најзад, остваривање начела легалитета везано је, у нашим условима, и за прецизно разграничење законодавне надлежности у области кривичног права. Ово питање, актуелно иначе за државе са федеративним уређењем, било је у нашем уставноправном систему регулисано на различите начине. Може се рећи да је све од 1971. године била, у основи, прихваћена концепција јединствене законодавне надлежности у кривичном законодавству; федерација је, скоро у целини, својим законима регулисала ову материју, уз веома ограничена овлашћења република да прописују кривична дела која су за њих специфична. Уставним Амандманима из 1971. године, а касније Уставном СФРЈ из 1974. године, напушта се овакво решење и прихвата концепција подељене законодавне надлежности између федерације с једне стране, и република односно покрајина с друге стране. Прихватање оваквог решења није било детерминисано никаквим криминално-политичким разлозима; напротив, оно је стварало низ тешкоћа у примени закона, а југословенска стручна јавност била је у целини против њега. Радило се о чисто политичком потезу који се уклапао у тадашњи тренд преношења законодавних овлашћења са федерације на федералне јединице. Са стварањем нове Југославије и доношењем новог Устава очекивало се напуштање концепције о подељеној законодавној надлежности. Та очекивања нису се међутим остварила. Устав СРЈ не само да задржава, у основи, раније решење, већ је у погледу одређивања компетенција федерације и разграничења са надлежношћу федералних јединица, доста непрецизније од решења прихваћеног у Уставу из 1974. године. На основу одредаба члана 78. Устава СРЈ врло је тешко, скоро и немогуће, прецизно одредити које области из Општег и Посебног дела кривичног права регулише федерација својим законом.

2. Начело легитимности кривичне репресије

1. Принципом легалитета постављају се законске основе и оквири за примену кривичноправних мера, али се тиме не обезбеђује да се одреди реална и друштвено оправдана зона кажњивости и да се мере принуде примењују када је то нужно и у мери која је неопходна. Овај императив демократске криминалне политике треба да се оствари преко начела легитимности кривичноправне репресије. Реч је о два функционално повезана начела. Прво је, међутим, прихваћено и законодавно формулисано много раније и друштвено је много више вредновано, а теорија кривичног права посвећивала му је више пажње. О начелу легитимности почело се свестраније расправљати доста касније, а ретка су кривична законодавства која су изричито прокламовала овај принцип; он више произлази из читавог кривичног система, а посебно из његове примене. Принцип легитимности више је циљ који инспирише кривично законодавство и криминалну политику. Отуда и његова велика актуелност и потреба за његовом што потпунијом афирмацијом.

2. Суштина принципа легитимности примене репресивних мера је да се, с једне стране, разграничи зона нужног и оправданог реаговања

принудним мерама од могуће примене других мера економског, социјалног, идејног или образовног карактера, а у случају кад је на опасна понашања неопходно реаговати кривичним санкцијама, да се изабере она врста и количина мере која је најмање ретрибутивна и у датом случају је неопходна и оправдана. У том смислу, примена овога принципа рефлектује се на законодавном плану, у пракси правосудних органа и кроз извршење изречних кривичних санкција. Неопходно је међутим, претходно се осврнути на једно начелно питање, а то је да ли је примена кривичноправних мера уопште легитимна, а посебно да ли одговара једном демократском друштву. То је стари и добро познат проблем о коме су изражени различити ставови. Ипак, мислим да су се и у свету и код нас у овом погледу искристалисала бар два начелна става. Први је, да кривичноправна принуда није, или не треба да буде, основни вид борбе против криминалитета нити је она најефикаснији начин његовог сузбијања. Друго, борба против криминалитета мора се остваривати променом једног синхронизованог и разноврсног система мера, у коме доминантна улога припада мерама опште и специјалне превенције. У том смислу се изјашњава и проф. Милутиновић. "Ако се успешна заштита друштва и човека може постићи само помоћу кривичних санкција, онда је нужна примена кривичних мера, државне репресије. Али, ако се та заштита може успешније остварити другим друштвеним мерама, репресивне мере губе свој друштвени смисао, па је стога нужно сужавати поље њихове примене и проширивати поље примене друштвених, нерепресивних мера" (9). Нико дакле, не негира примарни значај превентивних мера, али један објективни приступ криминалној политици, у њеној прошлости и садашњости, несумњиво упућује на то да је у највећем броју земаља организована превенција тек у рудиментарном облику или је пак научни постулат и друштвени идеал. И друго, ниједно друштво није се ни у прошлости ни у садашњости одрекло мера кривичноправне принуде, па ни у облику казне. "Реч је најпре о недовољној развијености социјалне превенције, о одсуству потребног планирања превенције на основу прогнозирања кретања криминалитета, о помањкању смисла за развијање превенције криминалитета у оквиру друштвених активности које се не баве официјелно овим проблемима, и њиховом повезивању у јединствен систем политике спречавања криминалитета, о одсуству потребне и рационалне основе ове превенције и слично. То се односи у великој мери и на посебну, криминолошку превенцију која се развија на бази знања и спречавања дејства криминогених фактора у датој средини... Разуме се, овакво стање на подручју превенције мора имати за последицу давање већег простора кривичноправној димензији борбе против криминалитета" (10). Аболиционистичке идеје и нека схватања радикалне криминологије о укидању кривичног права или његовој потпуној трансформацији, нису наишле на велики број присталица и веома су далеко од њихове практичне реализације. Тренд је изгледа супротан (11). Стога сматрам да дилема савременог кривичног права, па и нашег, није

(9) М. Милутиновић, *ibid.*, стр. 220.

(10) М. Милутиновић, *ibid.*, стр. 106.

(11) О томе опширније видети: З. Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Савремена Администрација, Београд, 1987.

у томе да ли је оно уопште легитимно, него да ли је зона кажњивости легитимно постављена и да ли су све мере којима се оно користи легитимне.

3. Легислативни аспект начела легитимности рефлектује се углавном на две кривичноправне области - на обим захвата кривичноправне репресије (проблем декриминализације) и на садржину репресије (систем кривичних санкција).

а) *Декриминализација* подразумева "изузимање из надлежности кривичног система одређених понашања (чињења и нечињења) која су инкриминисана од стране кривичног права и њихово оглашавање неинкриминисаним. То је уствари легализовање неких понашања која су инкриминисана у Кривичном закону, а која скоро нико не сматра да треба да буду предмет казнене реакције" (12). Ако се пође од оваквог схватања појма декриминализације, поставља се питање какве су могућности за такве процесе у нашем кривичном законодавству. У одговору на то питање треба имати у виду неколико околности. Прво, наш кривичноправни систем је традиционалан, могло би се рећи да је још постреволуционаран, јер се углавном заснива на решењима из Кривичног законика од 1951. године. Друго, све значајније измене нашег кривичног законодавства, осим оних из 1959. године, нису битно задирале у систем инкриминација, а поготову не у смислу декриминализације. И треће, нема никакве сумње да имамо један хипертрофирани систем кривичноправних прописа, са веома широко постављеном зоном кажњавања. Све то указује да се отвара широко поље за декриминализацију, а тиме и јачу афирмацију начела легитимности кривичноправне принуде.

б) *Систем кривичних санкција* је од посебног значаја за остварење циљева криминалне политике у сфери репресије и представља његову законску основу. "Савремена криминална политика, иако се оријентише све више на социјалну превентивну акцију и ресоцијализацију, не напушта функцију која припада кривичним санкцијама, казнама и органима који те законе и казне примењују и извршавају" (13). Међутим, систем кривичних санкција је значајан и са аспекта легитимности кривичноправне принуде. Питање оправданости примене ових мера, њихове садржине и циља старо је колико и само кривично право. За ову област кривичног права везани су многи теоретски и практични проблеми, посебно они који се односе на регулацију услова примене појединих санкција, њихову садржину и циљеве (14). Овде ћу се ограничити само на пар питања везаних за легитимност постојања неких од њих.

Питање даљег задржавања *смртне казне* као мере кривичноправног реаговања на најтеже облике криминалног понашања, биће увек актуелно. Разлози у прилог и против ове санкције добро су познати.

(12) М. Милутиновић, *ibid.*, стр. 236.

(13) М. Милутиновић, *ibid.*, стр. 208.

(14) Видети о томе Љ. Лазаревић, *Систем кривичних санкција*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право бр. 2/87; Б. Чејовић, *Систем кривичних санкција и будући развој југословенског кривичног законодавства*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право бр. 4/89; З. Шепаровић, *Кривичне санкције и измене у КЗ СФРЈ*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право бр. 2-3/85.

Њена легитимност се не може априори одбацити, али је сасвим сигурно да је у демократским и цивилизованим државама изразита аболитионистичка тенденција ка њеном укидању или максималном ограничавању законских могућности за њено изрицање. Наш кривичноправни систем предвиђа ову казну у систему кривичних санкција, а у посебном делу прописује за одређени број најтежих кривичних дела. Сада је међутим, настала занимљива уставно-правна ситуација у погледу смртне казне. Наиме, Устав Републике Србије садржи одредбу преузету из бившег Устава СФРЈ да се смртна казна може прописати само за тешка кривична дела и изрећи за најтеже обике тих дела. Исту одредбу садржи и Устав Републике Црне Горе који је донет после Устава СР Југославије. Међутим, Устав Југославије (члан 17.) предвиђа да се смртна казна не може предвидети за кривична дела прописана савезним законом. Тиме је створена једна парадоксална ситуација. Наиме, решење прихваћено у Уставу СРЈ изазива неколико дилема. Прво, не би требало бити спорно да се под кривичним законодавством Југославије подразумевају не само кривичноправне одредбе садржане у савезним прописима, већ и одредбе из републичких закона. Стога, устав једне државе, без обзира колико је у њој претежан федерални или конфедерални елеменат, мора да се децидирано изјасни о томе да ли се њеним законодавством може прописивати смртна казна или не. Уместо таквог приступа, Устав СРЈ се ограничио на забрану прописивања ове санкције само за кривична дела прописана савезним законом; ограничење је учињено по једном формалном критеријуму - природи прописа којим се одређују кривична дела, а не природом и тежином дела. Из оваквог решења произлази да савезни устав не предвиђа никаква ограничења у прописивању смртне казне за дела која се регулишу републичким кривичним законодавством, што значи да би у том погледу могле лимитирајуће да делују само одговарајуће одредбе републичких устава, а те одредбе, као што је речено, дозвољавају прописивање смртне казне за тешка кривична дела. Практична последица оваквог решења је да се нпр. смртна казна не би могла прописати за дела геноцида и ратних злочина, ако и даље остану у надлежности федералног законодавства, а могла би се прописати за убиство и још нека дела која су прописана у републичким кривичним законима. Прихваћено решење је спорно и са аспекта законодавне надлежности. Наиме, смртна казна као капитална санкција је саставни део система кривичних санкција, дакле питање Општег дела кривичног права. Одредбе Општег дела су универзалног карактера, оне имају обавезујући значај за све друге кривичноправне одредбе, без обзира да ли су садржане у савезним или републичким прописима. Ако ова казна не би била предвиђена у систему кривичних санкција, она се не би могла прописивати ни за дела из републичког кривичног законодавства. Ова дилема разрешена је тако што је Законом о изменама и допунама Кривичног закона СРЈ од 16. јула 1993. године у став 1 члана 34. поред речи "смртна казна" додато "кад је прописана законом републике". То практично значи да ова санкције и даље егзистира у југословенском кривичном законодавству. Утолико је чудније што су наведеним законом брисане одредбе члана 37 КЗЈ која се односе на ограничење у погледу прописивања и извршења смртне казне.

Начело легитимности кривичноправне принуде изискује преиспитивање система кривичних санкција у вези са увођењем тзв. *алтернативних мера* као замене казне затвора. Те могућности наше право предвиђа преко условне осуде, судске опомене, ослобођење од казне и изрицања васпитне мере млађем пунолетном лицу уместо казне. Тиме се међутим, не исцрпљује могућност прихватања и других мера које познаје савремено кривично законодавство, као што су кауција о добром владању, викенд затварање, добровољни рад, рад изван затворске ус-танове и др.

3. Начело индивидуализације кривичне санкције

1. Тешко је одредити које од начела кривичног права има већи или мањи значај за реализовање криминалне политике; свако од њих има своје место у том процесу и на одређени начин представља основу или се надовезује за друго начело. Ипак, не умањујући вредност начела легалитета и легитимности, неће се погрешити у констатацији да "душу" криминалне политике чини начело индивидуализације. Са наслоном на законитост и легитимност кривичне принуде, индивидуализација кривичне санкције представља онај процес кроз који се долази до оне кривичноправне мере за коју се, у конкретном случају, сматра да ће се њеном применом најефикасније и најцелисходније остварити циљеви криминалне политике. "Концепт индивидуализације налаже суду да се, у процесу изрицања кривичних санкција, не руководи варљивим импресијама и опсервацијама, да не ради по логици рутине и шаблона, да не доноси пресуду по заслуги, по нормама класичне правичности и слепим антихуманим и репресивним критеријумима и прегаженим циљевима прошлости. Да би суд могао да реализује овај концепт он мора бити сам ослобођен од традиционалних идеја, оптерећења и илузија и еманципован у духу нових сазнања социологије, социјалне патологије, криминологије, пенологије и других наука као и напредних друштвених струјања, преображаја и тенденција" (15).

Израз "индивидуализација казне" одговарао је оном периоду и стању кривичног законодавства када је казна представљала основну и једину кривичну санкцију. Данас се може говорити само о "индивидуализацији кривичне санкције", јер се ово начело управо реализује кроз две фазе; у првој суд одлучује којом врстом кривичне санкције ће реаговати на криминално понашање (казном, мером безбедности, васпитном мером или неком парапепалном мером), а потом унутар одређене врсте врши избор конкретне санкције и одређује меру њеног трајања (ако су у питању казне или неке мере безбедности).

2. О индивидуализацији кривичних санкција написана је у теорији кривичног права и криминалне политике огромна литература. Ја ћу се ограничити да укратко изложим само један од аспеката везаних за широку проблематику индивидуализације, за који ми се чини да је од посебног начелног и практичног значаја. Реч је о *основним претпоставкама* за правилно и ефикасно остварење овог начела. Схваћена као једна од битних компоненти судског одлучивања о избору оне врсте и

(15) М. Милутиновић, *ibid.*, стр. 235.

мере кривичноправне принуде са којом ће се најбоље остварити циљеви криминалне политике, индивидуализација није неки аутономан, сам себи довољан процес, већ је условљена многим кривичноправним, па и другим, решењима која као детерминанте проширују или сужавају могућност избора. Та решења бисмо могли назвати и претпоставкама за остварење индивидуализације кривичне санкције, од којих посебан значај имају:

а) *Развијен систем кривичних санкција*. Избор врсте и мере кривичне принуде претпоставља да за то постоји задовољавајућа законска основа, да кривично законодавство располаже богатим и разноврсним системом кривичних санкција. Ширина или ускост тог система дају веће или мање могућности за реализовање принципа индивидуализације. Логично је да се мора радити о санкцијама које се садржајно и по непосредним циљевима који се желе постићи њиховом применом међусобно значајно разликују. "Кад је реч о хуманој и апликативној страни кривичног права, треба имати у виду да се концепт индивидуализације може адекватно применити у пракси казнене политике само ако судији стоји на располагању широки круг кривичних санкција, мера и института кривичног права, које он може да селекционише и примењује у складу са потребама сваког конкретног случаја и захтевима за постизање максималног успеха у казненој политици" (16). Историја кривичног права показује да је систем кривичних санкција његов најдинамичнији део; од монистичког система који је доминирао током XVIII и XIX века, дошло се до савременог плуралистичког система који се углавном заснива на четири врсте кривичних санкција: казнама, мерама безбедности, васпитним мерама и тзв. парапеналним мерама. Овај еволутивни пут прошло је и наше послератно кривично законодавство. Наша криминална политика располаже данас у сфери репресивног вида борбе против криминалитета са бројним, садржајно различитим санкцијама које обухватају четири казне, седам мера безбедности, осам васпитних мера и условну осуду односно судску опомену као специфичне кривичне санкције. То је задовољавајућа законска основа за адекватну примену принципа индивидуализације.

б) *Законске могућности за остваривање индивидуализације*. Богати систем разноврсних кривичних санкција је неопходна претпоставка за адекватну примену начела индивидуализације. Он мора, међутим, бити праћен одговарајућим законским решењима која ће омогућити суду да изврши правилан избор врсте и мере кривичноправне принуде у конкретном случају. Посматрано са тог аспекта, за наше кривично законодавство могло би се рећи да садржи низ могућих опција чијом се применом може одговорити на оне основне захтеве криминалне политике у вези са применом индивидуализације. Илустрације ради указаћу на неке од њих. Тако, применом олакшавајућих или отежавајућих околности индивидуализира се казна у границама прописаног минимума и максимума. Од посебног је значаја институт ублажавања казне који се у пракси веома често примењује, као и институт поштравања казне за случај вишеструког поврата, чија је практична примена веома ограничена. У функцији индивидуализације су и одредбе о одмеравању

(16) М. Милутиновић, *ibid.*, стр. 235.

казне у случају стицаја кривичних дела. Треба истаћи и могућност избегавања кажњавања и кад постоје дело и кривична одговорност, применом института ослобођења од казне. Међутим, посебан значај за индивидуализацију кривичне санкције у правом смислу речи има примена тзв. парапеналних мера односно оних санкција чија је основна сврха да замене казну лишења слободе, нарочито ону кратког трајања. То су условна осуда и судска опомена. Најзад, на линији индивидуализације кривичне санкције је и овлашћење суда да млађем пунолетном учиниоцу кривичног дела изрекне уместо казне васпитну меру.

ц) *Одређивање услова за примену појединих санкција.* Услови за избор врсте и одређивање мере поједине санкције такође су од утицаја на примену принципа индивидуализације. Прихватањем еластичнијих решења проширује се домен могуће примене овог принципа и обратно. У том погледу законодавац је различито поступао, зависно од тога о којој врсти санкције је реч. Само су казне стриктно прописане за свако одређено дело, док су код осталих санкција одређени или општи услови за њихову примену или посебни услови за одређену кривично-правну меру. Тако, кад је реч о васпитним мерама, осим услова да је извршено кривично дело и да је учинилац у време извршења дела био малолетан (односно млађи пунолетник) не предвиђају се никакви посебни услови за њихову примену, тако да суд може изрећи малолетном делинквенту сваку од прописаних мера. Супротна је ситуација код мера безбедности; изрицање сваке мере везано је за постојање одређених објективних и субјективних услова. Такво решење је разумљиво кад се имају у виду специфични циљеви сваке мере безбедности. Примена условне осуде и судске опомене такође је везана за одређене услове, али су они веома еластично постављени тако да омогућују веома широку примену ових мера. Слично је и са изрицањем васпитних мера млађим пунолетницима.

д) *Упознавање личности учиниоца кривичног дела.* Реч је о претпоставци која је веома пожељна у поступку индивидуализације, али је за сада више жеља и императив науке него законска могућност. Логично је и криминално-политички скоро императивно да се избор кривичне санкције не заснива искључиво на природи и тежини извршеног дела, већ да у том процесу посебан значај има личност учиниоца. Суди се човеку, а не делу; није ли онда разумљиво да судија зна коме суди, да што више упозна његову личност пре него што се одлучи за кривично-правну меру. То упознавање не може се ограничити само на генералије учиниоца и субјективне околности под којима је дело учињено (ранији живот учиниоца, личне прилике, држање после извршеног дела). Наука је истакла захтев да упознавање личности делинквентна обухвата његово медико-психолошко и социјално испитивање, чији би резултати формирали тзв. досије о личности и послужили, уз извршено дело, као основ за избор кривичне санкције.

Ова идеја није до сада потпуно реализована ни у једном кривичном законодавству. Само за малолетне делинквенте постоје законске могућности да буду подвргнути оваквом испитивању, док се у односу на пунолетне делинквенте испитивање њихове личности ограничава углавном на утврђивање урачунљивости односно неурачунљивост.

е) *Овлашћења суда у избору врсте и мере кривичне санкције*. Са одговарајућим системом кривичних санкција и законским могућностима за њихову индивидуализацију тесно је повезано и питање овлашћења кривичног суда да их користи. Суд се свакако мора кретати у оквиру закона, али то не искључује и одређени домен за деловање слободног судијског уверења. Индивидуализација кривичних санкција управо и претпоставља одређени степен слободног судијског деловања у процени целисходности примене појединих законских решења. За наше кривично законодавство може се слободно рећи да у том погледу даје суду веома широке могућности. Оне се крећу у избору мере казне унутар великог распона између минимума и максимума и у процени да ли ће у поступку индивидуализације користити неке од законских могућности наведених под б). Суд је једино обавезан да цени олакшавајуће и отежавајуће околности, док је примена ублажавања казне, ослобођења од казне, поштравање казне, замена казне условном осудом или судском опоменом односно васпитном мером, увек факултативна и у крајњој линији зависи од процене суда. Ова широка овлашћења повлаче, с једне стране, велику одговорност суда, а с друге стране не смеју се претворити у судску арбитражност.

(Примљено 27. априла 1993)

*Dr. Ljubiša Lazarević,
Professor of the Faculty of Law in Belgrade*

THE RELATIONSHIP BETWEEN CRIMINAL POLICY AND CRIMINAL LAW
- A CONTRIBUTION TO THE CONCEPTIONS OF PROFESSOR
MILUTINOVIĆ

Summary

The relationship is analyzed between criminal policy and criminal law - conceived as mutual functional connection, where criminal legislation represents one of the bases for building up criminal policy. The author considers that the function of criminal law in realizing the aims of criminal policy is best reflected through putting into effect some basic principles of criminal law. Related to this issue are the problems connected to three principles, namely: legality, legitimacy, criminal-law compulsion and individualisation of criminal sanctions. After pointing out at their theoretical and practical significance, the author analyzes in a critical manner the implementation of these principles in Yugoslav criminal legislation and submits proposals of a corresponding reform.

Key words: *Criminal law. - Criminal policy. - Principles of criminal law. - Individualisation of criminal sanctions.*

Ljubiša Lazarević,
professeur à la Faculté de droit de Belgrade

LE RAPPORT ENTRE LA POLITIQUE CRIMINELLE ET LE DROIT PÉNAL
- UNE CONTRIBUTION AUX CONCEPTS DU PROFESSEUR MILUTINOVIC

Résumé

L'auteur analyse dans son travail le rapport entre la politique criminelle et le droit pénal. Comprenant ce rapport comme une interaction et un conditionnement mutuellement fonctionnels, où la législation pénale représente une des bases sur lesquelles s'édifie la politique criminelle, l'auteur considère que la fonction du droit pénal dans la réalisation des objectifs de la politique criminelle se reflète le mieux à travers la réalisation de certains principes élémentaires du droit pénal. C'est dans ce sens qu'il s'occupe de problèmes liés à trois principes: la légalité, la légitimité, la contrainte pénale et juridique et l'individualisation des sanctions pénales. Après avoir souligné leur importance théorique et pratique, l'auteur procède à une analyse critique de l'application de ces principes dans la législation pénale yougoslave, y compris les projets de réforme de ce domaine du droit.

Mots clé: *Le droit pénal. - La politique criminelle. - Les principes du droit pénal. - L'individualisation des sanctions pénales.*