

UDK: 343.24/.29
izvorni znanstveni rad
primljen 26. studenoga 2001.

Dr. sc. Sabrina Horović,
izvanredni profesor Pravnog fakulteta u Mostaru

ANTIKORUPCIJSKE INKRIMINACIJE U POSEBNOM DIJELU KZ BiH - POSTOJEĆE STANJE I PRIJEDLOZI DE LEGE FERENDA

Uz općenita izlaganja o korupciji i promjenama u biću korupcije u naše vrijeme autorica posebnu pozornost posvećuje detaljnoj analizi antikorupcijskih inkriminacija u Kaznenom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine kao i problemu inkriminiranja korupcije s elementom inozemnosti. Na kraju je dano i nekoliko prijedloga za dopune Kaznenog zakona na ovom području.

1. U svim društvima i kulturama korupcija je nešto nezakonito i nemoralno. Uzima se da je borba protiv korupcije prioritarna socijalnopolitička zadaća. Fenomenom korupcije već se godinama bavi Transparency International, međunarodna nevladina udruga sa sjedištem u Berlinu, koja svake godine sastavlja i objavljuje indeks korupcije velikog broja država.¹ Za korupciju se kaže da je ključna prijetnja pravnoj državi i da izravno utječe na sposobnost i stabilnost države. Korupcija je nepogrešivo upozorenje da je društvo izgubilo pretpostavljene vrline. Tako, Aristotel govori o kvarenju političkih poredaka, o koruptivnim formama država. Machiavelli analizira gubitak valjanosti građanskog morala i uzoritosti vodećih ljudi, a Montesquieu, analizirajući uzroke pada Rima, navodi korupciju kao proces koji je u tome ne samo potpomogao nego i bio glavni znak gubitka moralne superiornosti Rima pred barbarima.²

Korupcija se može smatrati univerzalno sramotnom. Isto tako, gotovo da nema kaznenog zakonodavstva u svijetu koje ne tretira korupciju i kao kaznenopravni pojam. Za razliku od onih kaznenih djela koja se počinjaju bez osobitog moralnog odnosa prema kršenju zakona, korupcija u svim svojim oblicima implicira moralne posljedice.

¹ Transparency International redovito objavljuje rezultate međunarodnih istraživanja korupcije. Indeks percepcije o stupnju korumpiranosti javnih službi temelji se na sedam međunarodnih statističkih preglednika sastavljenih na osnovi mišljenja poslovnih ljudi koji su imali osobnih iskustava s javnim administracijama država s kojima su financijski poslovali, potom ekonomskih i političkih analitičara i javnoga mnijenja. Indeks 10 predstavlja državu u kojoj nema korupcije, a indeks 0 potpuno korumpiranu državu. Opširno o T.I. vidi na Internet adresi <http://www.transparency.de>.

² Brünner C., *Korruption und Kontrolle*, Graz, Böhlau 1981, str. 40.

Tihi paktovi u zločinu, bez određene, ali određive žrtve, određuju moralnu odioznost korupcije.³ S pravom se ističe da je korupcija most između politike, vlasti i gospodarstva i samoga organiziranog kriminaliteta. Ne radi se samo o skandalima u razvijenim zemljama (Italija, Francuska, Belgija), već i činjenici da je korupcija u pojedinim područjima svijeta postala endemsko patološko obilježje države i prodrla u mnoge pore društvenog života. Posebno je osjetljiva situacija u zemljama tranzicije, gdje korupcija postaje prvorazredno političko pitanje. Za razliku od drugih poduzetnika koji čekaju da se u tim zemljama uspostavi pravna država kako bi počeli investirati, zločinačke organizacije upravo koriste slabosti tranzicijskih država, njihovo siromaštvo, upropašteno gospodarstvo i u pretvorbi kapitala nastupaju na širokoj fronti, na mnogim područjima od velikog općeg interesa. Korupcija je prisutna u fiskalnim, carinskim i burzovnim operacijama, kod dobivanja koncesija, ugovora, građevinskih i drugih dozvola, kredita, nabave robe, odlučivanja o većim izvođačkim radovima, odobravanju sredstava za investicije, i sl. Prema izvješćima Transparency International, godišnji troškovi svjetske trgovine zbog korupcije veći su za oko 600 milijardi USD. Značajan opseg korupcije predstavlja razvidnu posljedicu djelovanja velikih multinacionalnih korporacija gospodarski vodećih država svijeta koje se služe različitim oblicima korupcije radi stjecanja monopolističkog položaja na nerazvijenim tržištima zemalja u razvoju i zemalja u tranziciji. Više se ne može ignorirati činjenica o utjecaju globalizacije na stanje korupcije u svijetu. Rezultati brojnih istraživanja ukazuju na povezanost visokog stupnja korumpiranosti javnog sektora u zemljama trećeg svijeta i nezakonita utjecaja privatnog sektora najrazvijenijih država svijeta.

2. Danas je korupcija na dnevnom redu brojnih nacionalnih i međunarodnih skupova. O njoj se donose međunarodne konvencije, primjerice, Europska konvencija protiv korupcije iz 1997. godine, Konvencija o suzbijanju podmićivanja stranih javnih službenika u međunarodnom poslovnom prometu iz 1999. godine. Ne treba zanemariti niti aktivnosti ostalih međunarodnih organizacija na ovom području, primjerice: OUN, Europske unije, Organizacije američkih država, Svjetske banke, Međunarodnog monetarnog fonda, Svjetske trgovinske organizacije, Europske banke za obnovu i razvoj, itd. Međunarodno udruženje za društvenu obranu 1996. g. u Italiji (Lecce) je organiziralo 13. kongres o temi "Društvena obrana, korupcija i osiguranje javnih službi i neovisnosti pravosuđa", Međunarodno udruženje za kazneno pravo (AIDP) u rujnu 1999.g. je u Budimpešti organiziralo kongres o temi "Kaznenopravni sustav suočen s izazovom organiziranog kriminaliteta". Korupcija je bila tema i X. kongresa UN-a za prevenciju kaznenih djela i tretman delinkvenata, Beč, travanj 2000. godine. Osim toga, određeni su korupcijski delikti uvršteni u neke od najautoritativnijih zbirki Međunarodnog kaznenog prava, čime je posebno, osobito nakon donošenja Rimskog statuta za utemeljenje stalnog međunarodnog kaznenog suda, istaknuto njihovo značenje u sustavu najtežih povreda vrijednosti zaštićenih pravom međunarodne zajednice.

3. Kazneno pravo je neizostavno sredstvo za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta. Antikorupcijske inkriminacije u posebnom dijelu Kaznenog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (KZ FBiH), kao kaznenopravni koncept suzbijanja

³ Noonan, J. T., *Bribes*, New York 1984, str. 702.

korupcije i kao pojedina kaznena djela obuhvaćaju one inkriminacije kod kojih je korupcija izražena izravno u biću osnovnog ili kvalificiranog oblika djela. Klasični korupcijski delikti nalaze se u glavi kaznenih djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti. Međutim, treba upozoriti da se kaznena djela u kojima je inkriminirana korupcija nalaze i u ostalim glavama KZ-a (primjerice: kazneno djelo zloupotrebe ovlasti u gospodarstvu iz čl. 259. st. 2. KZ-a, ili kazneno djelo zaključenje štetnog ugovora iz čl. 260. st. 2. KZ-a). Ratio legis inkriminiranja većine kaznenih djela u glavi XXXI. KZ-a je suzbijanje korupcije kao nepoželjne društvene pojave koja dovodi do slabljenja povjerenja građana u rad uprave, kao i slabljenja povjerenja građana u zakone i vlast.

Ne postoji suglasje oko jedinstvene definicije korupcije, već samo oko bitnih odrednica tog pojma koje se uglavnom svode na službeničko poduzimanje nedopuštenih oblika utjecaja radi ostvarivanja određenih materijalnih probitaka ili koristi.

Korupcijske inkriminacije su one u čl. 362. KZ-a (primanje mita), čl. 363. KZ-a (davanje mita), čl. 364. KZ-a (protuzakonito posredovanje) i čl. 358. KZ-a (zloupotreba položaja ili ovlasti).

a) Kazneno djelo primanje mita (čl. 362.) predstavlja klasični korupcijski delikt - pasivno podmićivanje.

Kod pravog pasivnog podmićivanja (čl. 362. st. 1) radi se o mitu za buduće ili istodobne s mitom kaznene postupke. Radnja počinjenja određena je alternativno kao: zahtijevanje dara ili kakve druge koristi, ili primanje dara ili kakve druge koristi, ili primanje obećanja dara ili kakve koristi. "Zahtijevanje" podrazumijeva jednostranu ponudu službene osobe, "primanje" je faktički čin koji svjedoči o dogovoru, a "primanje obećanja" pretpostavlja zaključenje dogovora o nedopuštenom postupku. Radi se o formalnom kaznenom djelu koje je dovršeno i proizvodi pravne učinke od trenutka sklapanja izričitog ili prešutnog dogovora između podmićivača i podmićenog, da službena ili odgovorna osoba u sklopu svoje ovlasti izvrši radnju koju ne bi smjela izvršiti ili da ne izvrši radnju koju bi morala izvršiti. Za postojanje kaznenog djela nije od značenja je li službena ili odgovorna osoba obavila radnju radi koje je zahtijevala dar ili kakvu drugu korist ili primila dar ili kakvu drugu korist ili primila obećanje dara ili kakve koristi. Izvršenje same radnje od korumpirane službene ili odgovorne osobe nije više dio zakonskog opisa djela, ali u biće djela ta radnja ulazi kao predmet dogovora podmićivača i podmićenog. Upravo ta spremnost, potkupljivost, podmitljivost su društveno opasne da ugroze zaštićene vrijednosti unutar ove glave kaznenih djela. Ako je počinitelj poduzeo nedopuštenu radnju, ona ostaje kao otegotna okolnost. Ako je takva radnja samostalno kazneno djelo, postojat će stjecaj kaznenog djela primanja mita i tog kaznenog djela.

Izričiti ili prešutni sporazum koji se odnosi na mito sadrži odnos razmjene između protudužnosne radnje službene ili odgovorne osobe i neke koristi za podmićivača, jedan "do ut des" odnos, ekvivalencija činidbe i protučinidbe, nedopuštena razmjena između podmićivača i podmićenog. Taj sporazum pretpostavlja da na obje strane postoji svijest o svim obilježjima iz bića djela, a osobito svijest o usluzi i protu-usluzi. Ne mora se znati koja će se točno radnja tražiti, ali se zna da je kupljena i plaćena službena radnja iz kruga službenih djelatnosti odnosno službene ili odgovorne osobe.

Objekt kaznenopravne zaštite je zakonitost i ispravnost rada, najprije državne administracije, ali i drugih službi koje su preuzele javna ovlaštenja.

Kazneno djelo primanje mita pojavljuje se u dijelu zakonskog opisa iz stavka 1. ovog članka kao tzv. delikt susretanja, gdje je nužno za postojanje djela sudjelovanje barem dvije osobe od kojih svaka ima status počinitelja djela (primanja mita iz čl. 362. i davanja mita iz čl. 363. KZ-a). Izuzetak je onaj dio zakonskog opisa kada službena ili odgovorna osoba zahtijeva dar ili kakvu drugu korist, a osoba kojoj je zahtjev upućen to ne uvaži. Takva osoba nema status počinitelja kaznenog djela davanja mita iz čl. 363. KZ-a.

Dar ili kakvu drugu korist počinitelj može zahtijevati za sebe ili drugog. Djelo postoji bez obzira na visinu mita, osim ako su to uobičajeni darovi. Kod podmićivanja uvijek treba utvrditi da je radnja kaznenog djela izvršena baš zbog podmićivanja.

Počinitelj kaznenog djela je službena ili odgovorna osoba, čiji je pojam utvrđen u čl. 136. toč. 2. i 3. KZ-a. Radi se o pravom službeničkom kaznenom djelu i svojstvo počinitelja je bitni element ovog kaznenog djela.

Oblik krivnje je uvijek neposredni umišljaj, što proizlazi i iz najšireg određenja pojma korupcije kao "korištenja javne službe radi ostvarivanja privatnih probitaka". Bit neprava je u spremnosti počinitelja da za nagradu nezakonito postupi, u tome što se dao "kupiti".

Prema st. 2. ovog članka kažnjava se službena ili odgovorna osoba koja zahtijeva ili primi dar ili kakvu korist, ili koja primi obećanje dara ili kakve koristi, da u sklopu svoje ovlasti izvrši radnju koju bi morala izvršiti ili da ne izvrši radnju koju ne bi smjela izvršiti. Radi se o djelu nepravog pasivnog podmićivanja.

Sva izlaganja o djelu iz st. 1. ovog članka vrijede i ovdje, jer je struktura zakonskih bića ovih djela jednaka, osim što se kod kaznenog djela iz st. 1. radi o mitu za nezakonitu radnju, a kod kaznenog djela iz st. 2. o mitu za redovitu zakonitu službenu radnju. Ipak, kazneno djelo iz st. 2. sadrži veliku dozu društvene opasnosti baš zbog osobitosti privatizacije službe radi ostvarenja osobnih koristi. Pojedinci u službi neće raditi ono što im je dužnost ako im zainteresirana strana za to ne plati. To je upravo put za pravu korupciju, jer iako je ovdje u pitanju mito za zakonito postupanje službene ili odgovorne osobe, istodobno je obavljanje službe izvor za osobno bogaćenje počinitelja djela. Kazneno su odgovorni ovdje i službena ili odgovorna osoba i to za kazneno djelo iz čl. 362. st. 2. i davatelj mita za kazneno djelo iz čl. 363. KZ-a.

Prema st. 3. članka 362. KZ-a kažnjava se službena ili odgovorna osoba koja poslije izvršenja, odnosno neizvršenja radnje navedene u st. 1. i 2. ovog članka, a u vezi s njom, zahtijeva ili primi dar ili kakvu drugu korist. Radi se o naknadnom pasivnom podmićivanju. Ovo djelo odnosi se na slučaj kada je službena ili odgovorna osoba prethodno poduzela neku nezakonitu radnju, ili nije obavila službenu ili drugu radnju koju je morala obaviti, ili kada je obavila nešto što je ionako morala obaviti, ili nije obavila radnju koju i inače nije smjela obaviti. Vremenski razmak od učinjene glavne radnje do traženja ili primanja mita nije relevantan kao element ovog oblika kaznenog djela. Bitno je za ovu kvalifikaciju da mito nije bilo prethodno ni zahtijevano, ni obećano. Nije uvjet za kaznenu odgovornost da je počinitelj u vrijeme poduzimanja radnje imao na umu naknadno tražiti mito.

U st. 4. je propisano oduzimanje dara ili imovinske koristi pribavljene počinjenjem kaznenih djela iz st. 1. do 3. ovog članka.

Kazneni zakon ne precizira što se ima smatrati "darom", a što "kakvom drugom koristi". Prema Mažuraniću, pojam dara zapravo je sinonim za pojam mita.⁴

Pod "kakvom drugom koristi", kao alternacijom "dara" se ne smatra samo novac, već i drugi materijalni probitci (pokretne i nepokretne stvari, oproštaj duga, plaćanje odmora, boravka u inozemstvu, davanje kredita pod povoljnijim uvjetima, brže napredovanje u službi, honorarno zaposlenje ili druga zarada, besplatno obavljanje usluga, itd.). Vrlo često mito se daje u prikrivenim formama, kao neka dopuštena naknada ili nagrada (fiktivni honorari, fiktivne dnevnice, izmišljene nagrade za prekovremeni rad, itd.). Sporno: uzima se da se može raditi i o nematerijalnoj koristi, primjerice, obljuba s nekim. Oduzima se samo ono što je stvarno primljeno kao mito, a ne i ono što je samo bilo obećano.

b) Kazneno djelo davanje mita (čl. 363.) je antipod kaznenom djelu primanje mita iz čl. 362. KZ-a i predstavlja "drugu stranu" korupcijskih delikata u užem smislu.

Osnovni oblik kaznenog djela davanje mita, pravog aktivnog podmićivanja iz st. 1. ovog članka sastoji se u činjenju ili obećanju dara ili kakve druge koristi službenoj ili odgovornoj osobi da u sklopu svoje ovlasti izvrši radnju koju ne bi smjela izvršiti ili da ne izvrši radnju koju bi morala izvršiti ili u posredovanju pri ovakvom podmićivanju službene ili odgovorne osobe.

Kazneno djelo davanja mita vrlo je usko, gotovo neraskidivo vezano s kaznenim djelom primanja mita. Sudionici procesa nedopuštene razmjene, aktivni i pasivni podmićivač, gotovo se uvijek pojavljuju zajedno u faktičkom zaključivanju i izvršavanju tihog saveza u kojem se javna služba koristi u cilju ostvarivanja osobnih probitaka. Bez obzira na konkretnog inicijatora nedopuštene razmjene, uglavnom dvosmjerni proces korupcije podrazumijeva jednu kriminalnu figuru koja obećava ili daje kakvu materijalnu ili drugu korist službenoj ili odgovornoj osobi radi ostvarivanja nekih vlastitih ciljeva i drugu kriminalnu figuru, utjelovljenu upravo u toj službenoj ili odgovornoj osobi, koja u granicama ovlaštenja krši načelo jednakosti dajući prednost prvome, ili pak, izlazi izvan granica svoga ovlaštenja u njegovu korist. Radi se o deliktima susretanja, kao jednom obliku nužnog suučesništva, kao multilateralnog delikta. Iznimka od ovog su situacije kada se radi o jednostranim očitovanjima volje službene ili odgovorne osobe nedostatnim za uspostavljanje korupcijskog saveza. Okolnost da službena ili odgovorna osoba zahtijeva dar ili kakvu drugu korist na drugoj strani ne korespondira bilo kakvo očitovanje potencijalnog davatelja mita. Isto vrijedi i obratno, kada davatelj mita obeća službenoj ili odgovornoj osobi da će joj dati dar ili kakvu drugu korist, a službena ili odgovorna osoba na to ne pristane, već učini prijavu. Davatelj će biti odgovoran premda ne samo da nije ništa dao u zamjenu za traženu uslugu već do korupcijskog saveza nije niti došlo, jer na njega nije pristala osoba na koju se obećanje odnosilo.

⁴ "Mit, mito, vectigal, merces, corruptela, carina, porez, malta, plaća, ali napose dar, da se sklone oblastnik da povoljno rieši u korist darovatelja koji čin službeni.", Mažuranić, V., *Prinosi za hrvatski pravno povijesni rječnik*, Zagreb, pretisak 1975, str. 662.

Djelo posredovanja u davanju mita u biti je pomaganje počinitelju djela aktivnog podmićivanja, koje se ne tretira kao suučesništvo, nego kao samostalno djelo.

Počinitelj kaznenog djela iz čl. 363. KZ-a može biti svaka osoba, radi se o općem kaznenom djelu (*delicta communia*).

Kazneno djelo davanja mita svrstano je u glavu kaznenih djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti. Ratio legis uvrštavanja ovog kaznenog djela u navedenu glavu izraz je nastojanja zakonodavca da osigura poštenu i nekorumpiranu administraciju i to ne samo inkriminiranjem onih ponašanja koja to onemogućavaju u okvirima same te administracije već i svim nedopuštenim posezima u te okvire koji dolaze izvana. Iz tih razloga je davanje mita, iako se ne radi o službeničkom kaznenom djelu, uvršteno u glavu kaznenih djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti. Ono je izdvojeno kao zasebno kazneno djelo i zbog jednog posve praktičnog razloga. Kada bi ono bilo supsumirano u formi poticanja na počinjenje kaznenog djela primanja mita, tada bi, zbog koncepta limitirane akcesornosti suučesništva, neuspjelo poticanje ostalo izvan kaznenopravne zone.

Drugi oblik ovoga kaznenog djela propisan je u st. 2. ovog članka i predstavlja nepravo aktivno podmićivanje. Čini ga osoba koja službenoj ili odgovornoj osobi učini ili obeća dar ili kakvu drugu korist da u sklopu svoje ovlasti izvrši radnju koju bi morala izvršiti ili da ne izvrši radnju koju ne bi smjela izvršiti ili koja posreduje pri ovakvom podmićivanju službene ili odgovorne osobe.

Kazneno djelo iz čl. 363., za razliku od kaznenog djela iz čl. 362. KZ-a, nije predviđeno kao naknadno aktivno podmićivanje.

Prema odredbi st. 3. ovog članka, počinitelj djela davanja mita koji je dao mito na zahtjev službene ili odgovorne osobe i prijavio djelo prije njegova otkrivanja ili prije saznanja da je djelo otkriveno, može se osloboditi od kazne. Radi "ohrabrenja" prijavljivanja korupcije od strane građana i davanja snažnije potpore tijelima kaznenog pravosuđa, umjesto fakultativnog oslobodenja od kazne, ovdje bi trebalo propisati novom odredbom, ukidanje postojanja djela za počinitelja koji djelo prijavi.

Ukoliko se ostvare uvjeti iz st. 3., u st. 4. je propisano da će se dar ili imovinska korist vratiti osobi koja je dala mito.

c) Kazneno djelo protuzakonito posredovanje (čl. 364.) predstavlja još jedan od korupcijskih delikata u užem smislu.

Djelo iz st. 1. ovog članka čini tko primi nagradu ili kakvu drugu korist da korištenjem svog službenog ili društvenog položaja i utjecaja posreduje da se izvrši ili ne izvrši neka službena radnja.

Djelo iz st. 2. razlikuje se od osnovnog oblika djela iz st. 1. po tome što se posreduje radi obavljanja službene radnje koja se ne bi smjela izvršiti ili da se ne izvrši službena radnja koja bi se morala izvršiti. Ono je teže, prema odredbi st. 3. ukoliko je počinitelj za posredovanje primio nagradu ili kakvu drugu korist.

Samo ovo djelo je inkriminacija zabranjenih intervencija kod mjerodavne službene osobe u interesu treće osobe. Pri tome se razlikuje traži li se intervencijom da se inače zakonito postupi (st. 1.) ili je intervencija usmjerena na traženje nekog nezakonitog postupka (st. 2.).

Posredovati ovdje znači utjecati na službenu osobu u vezi s radnjama iz njezina službenog djelokruga, u korist treće osobe koja je zainteresirana da se jedna takva radnja izvrši ili ne izvrši. Sam utjecaj na službenu osobu sastoji se u korištenju počiniteljeva službenog ili društvenog položaja i utjecaja, autoriteta koji se zasniva na položaju počinitelja u službi ili u društvu, u političkim strankama, itd. i onda na računici da su mnogi iz državnog aparata i drugdje spremni izaći u susret takvim osobama, kako zbog njihova položaja i ugleda, tako i zbog toga što i sami računaju da bi im u nekoj prilici te osobe mogle biti od koristi.

Ovo kazneno djelo razlikuje se od kaznenog djela davanja mita, jer ovdje počinitelj ne daje službenoj osobi nikakvo mito, već samo na nju utječe svojim položajem, ugledom i autoritetom.

Razlika između kaznenih djela iz st. 1. i 2. je u tome što se djelo iz st. 1. ne odnosi na posredovanje radi nezakonite radnje, a glavni razlog zašto se takvo posredovanje kažnjava je u tome što je počinitelj za to posredovanje primio nagradu.

Djelo je dovršeno samim primanjem nagrade ili koristi. Ne traži se da je došlo do intervencije, a još manje da je ona bila uspješna. Kod djela iz st. 2. za dovršenje se ne traži ni da je počinitelj primio nagradu, a ako je primio nagradu, bit će strože kažnjen po st. 3. ovog članka.

Ovom kaznenom djelu moglo bi se načelno prigovoriti da ne obuhvaća i tzv. aktivno protuzakonito posredovanje, već samo tzv. pasivno protuzakonito posredovanje. Inkriminirano je, naime, samo postupanje posrednika, koji koristi svoj službeni ili društveni položaj, a ne i postupanje osobe u čiju se korist kod trećeg posreduje. Ta bi osoba možda mogla odgovarati kao poticatelj ili pomagatelj u djelu glavnog počinitelja, no takvo rješenje nije najbolje zbog akcesornosti suučesništva prema kojem je pretpostavka kaznene odgovornosti suučesnika protupravno ostvarenje djela glavnog počinitelja, tako da bi moglo doći do nekažnjavanja jedne od ključnih figura u protukonitom posredovanju.

Počinitelj ovog kaznenog djela može biti svaka osoba koja temeljem svog službenog ili društvenog položaja (formalni kriterij) i utjecaja (materijalni kriterij) posreduje da se obavi ili ne obavi neka službena radnja.

Za sve oblike počinjenja ovog kaznenog djela potrebno je postupanje s umišljajem.

d) Kazneno djelo zloupotrebe položaja ili ovlasti (čl. 358.) je pravo službeničko djelo koje je općeg i supsidijarnog karaktera u odnosu na sva ostala službenička kaznena djela iz glave kaznenih djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti.

Kazneno djelo iz st. 1. čini službena ili odgovorna osoba koja iskorištavanjem svog službenog položaja ili ovlaštenja, prekoračenjem granica svog službenog ovlaštenja ili nevršenjem svoje službene dužnosti pribavi sebi ili drugom kakvu korist, drugom nanese kakvu štetu ili teže povrijedi prava drugog. Dovoljno je da službena ili odgovorna osoba ostvari samo jedno od opisanih ponašanja i to u namjeri da sebi ili drugom pribavi kakvu korist, drugom nanese kakvu štetu ili teže povrijedi prava drugog.

Iskorištavanje službenog položaja ili ovlaštenja postoji onda kada službena ili odgovorna osoba djeluje u sklopu službenog položaja ili ovlaštenja, ali ne u interesu službe, nego zlorabljuje svoje diskrecijske ovlasti radi ostvarenja osobnih interesa.

Prekoračenje granica službenog ovlaštenja postoji kada službena ili odgovorna osoba poduzima službene radnje koje nisu obuhvaćene njezinim službenim ovlaštenjem, bilo da su te radnje predmetom poduzimanja u sklopu neke druge službe ili da su one u granicama ovlasti neke druge službene osobe u sklopu iste službe.

Nevršenje službene dužnosti je svjesno i voljno propuštanje službene radnje koju je službena ili odgovorna osoba dužna poduzeti u sklopu službene dužnosti. I ovdje je potrebno utvrditi subjektivni uzrok tog propuštanja, namjeru počinitelja da tim propuštanjem sebi ili drugome pribavi kakvu korist, drugom nanese kakvu štetu ili teže povrijedi prava drugog.

Subjektivna strana kaznenog djela iz st. 1. ovog članka sastoji se u namjeri sebi ili drugom pribaviti kakvu korist, drugom nanijeti štetu ili teže povrijediti prava drugog. Korist ne smije biti imovinske prirode, jer će se u tom slučaju raditi o djelu iz st. 2. ili st. 3. ovog članka, ovisno o visini pribavljene imovinske koristi. Nanošenje štete drugom obuhvaća različite materijalne štete (koje se odražavaju na imovini oštećenika) i nematerijalne štete (kao povrede subjektivnih neimovinskih prava i interesa primarno vezanih uz osobu). Teža povreda prava drugog procjenjuje se u svakom konkretnom slučaju prema prirodi prava koje je povrijeđeno i u mjeri u kojoj je povrijeđeno.

U st. 2. i 3. ovog članka predviđeni su teži oblici osnovnog kaznenog djela ako je pribavljena imovinska korist preko 3.000 KM (st. 2.), odnosno preko 10.000 KM (st. 3.).

Ovo kazneno djelo je dovršeno u trenutku poduzimanja radnje počinjenja, a ostvarena korist i šteta nanescena drugoj osobi ili teža povreda prava drugog nisu okolnosti bića djela i mogu samo biti od utjecaja kod izbora vrste i mjere kazne.

Počinitelj kaznenog djela može biti samo službena ili odgovorna osoba; radi se o pravom službeničkom kaznenom djelu, kod kojeg je svojstvo počinitelja konstitutivno obilježje kaznenog djela.

Osim navedenih, KZ FBiH propisuje još neka kaznena djela kod kojih je korupcija izražena izravno u biću osnovnog ili kvalificiranog oblika djela. To su, kronološkim redoslijedom zakona, kaznena djela iz čl. 201. (povreda slobode opredjeljenja birača), čl. 255. st. 2. (povreda ravnopravnosti u obavljanju gospodarske djelatnosti), čl. 259. st. 2. (zloupotreba ovlasti u gospodarstvu), čl. 260. st. 2. (zaključenje štetnog ugovora) i čl. 329. (sprječavanje dokazivanja).

4. Krajem 1998. g., sukladno Programu akcije protiv korupcije Vijeća Europe⁵, donesena je Kaznenopravna konvencija o korupciji⁶. Navedenom konvencijom regulira se podmićivanje javnih službenika (kako aktivno, tako i pasivno), kao i podmićivanje članova stranih predstavničkih tijela, službenika međunarodnih organizacija, članova međunarodnih parlamentarnih skupština, te sudaca i službenika međunarodnih sudova. Konvencijom je predviđena obveza njezina uzakonjivanja u državama članicama Vijeća Europe, ali i u onim državama koje to nisu, ali su odlučile ratificirati Konvenciju.

⁵ Council of Europe, Multidisciplinary Group on Corruption (GMC), Programme of Action Against Corruption, Strasbourg, 10.7.1995, GMC (95) 49, str.15.

⁶ Council of Europe, Criminal Law Convention on Corruption, Provisional Edition, December 1998, GMC (98) 41.

Pitanje je mogu li se odredbe o korupcijskim deliktima iz KZ FBiH, bez dodatnih zakonskih izmjena ili tumačenja, primijeniti na pojavne oblike korupcije s elementom inozemnosti, posebno one predviđene u Kaznenopravnoj konvenciji o korupciji. Može li se, primjerice, primjenom odredaba čl. 362. i 363. KZ-a kazniti domaćeg državljanina koji u inozemstvu podmiti ili pokuša podmititi stranoga javnog službenika (kao i ostale kategorije osoba iz Konvencije), odnosno kazniti stranog javnog službenika (ili ostale kategorije osoba iz Konvencije) koji zahtijeva ili primi mito ili obećanje mita od našeg državljanina ili državljanina druge države. Činjenica je da podmićivanje stranih javnih službenika (i ostalih kategorija osoba iz Konvencije) ni na aktivnoj, ni na pasivnoj strani ne predstavlja samostalno kazneno djelo, niti kvalificirani oblik osnovnog kaznenog djela iz čl. 362. i 363. KZ-a. Kako bi se stvorile pretpostavke za kazneni progon korupcije s elementom inozemnosti moguće je postupiti na dva načina. Prvi način bi bio propisati posebna kaznena djela podmićivanja (aktivnog i pasivnog) onih kategorija osoba predviđenih u Konvenciji, ili kao samostalna kaznena djela, ili kao kvalificirane oblike kaznenih djela iz čl. 362. i 363. KZ-a. Drugi način bi bio, članak 136. toč. 2., u kojem je definiran pojam službene osobe, dopuniti tako da se kao službena osoba smatra i određena strana službena osoba (javni službenik, član stranih predstavničkih tijela, službenik međunarodnih organizacija, član međunarodnih parlamentarnih skupština, suci i službenici međunarodnih sudova).

Prvi način može dovesti do inkriminatorne inflacije, nepotrebnog multipliciranja i narušavanja konzistencije sustava kataloga inkriminacija posebnog dijela KZ-a. Stoga se proširenje pojma službene osobe iz čl. 136. toč. 2. i na kategorije osoba predviđene Konvencijom VE čini nomotehnički opravdanim. Međutim, i ovom rješenju se mogu uputiti određeni prigovori. Djela domaćih službenih osoba su djela protiv njihovih službenih dužnosti, na crti nacionalnih interesa za čistoćom naših službi. Ne bi se moglo reći da strana službena osoba, koja je izjednačena s domaćom službenom osobom, čini kaznena djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti iz glave XXXI. KZ-a. Kod njihovih kaznenih djela radi se o drugom zaštićenom dobru, različitom od onoga kada su u pitanju naše službene osobe.

5. Prema svemu do sada iznesenom, slijedi nekoliko prijedloga za eventualne dopune KZ-a FBiH.

- Ako se prihvati kod kaznenog djela iz čl. 362. KZ-a stajalište da su stranke suglasne da je mito protučinidba za bilo koju službenu radnju iz kruga službenih ovlaštenja podmićene službene ili odgovorne osobe, bilo bi korisno inkriminirati i one djelatnosti koje u biti znače pripremanje za stvarne radnje podmićivanja. Radi se o takvim pripremnim djelatnostima koje obuhvaćaju stvaranje klime za buduće pravo podmićivanje, testiranje spremnosti službene ili odgovorne osobe za podmićivanje, davanje koristi bez (privedno) protučinidbe, itd.

- Predvidjeti da se kod aktivnog podmićivanja iz čl. 363. st. 3. KZ-a uvede nova odredba po kojoj se, umjesto fakultativnog oslobođenja od kazne počinitelja koji prijavi djelo, ukida postojanje kaznenog djela, što bi svakako pridonijelo redukciji tamne brojke koja je na ovom području vrlo velika.

- U vezi s korupcijskim deliktima moralo bi se uvidjeti da je potrebno uvođenje kaznene odgovornosti pravne osobe. Upravo kod ovih delikata one izvlače velike koristi.

- Treba izjednačiti u kažnjavanju aktivno i pasivno podmićivanje, kao i propisati kažnjavanje za pokušaj kaznenog djela iz čl. 363. st. 2. KZ-a.

- U st. 1. čl. 364. KZ-a treba precizirati da se posreduje radi poduzimanja jedne zakonite radnje ili radi neizvršenja neke službene ili druge radnje koja se ionako ne bi smjela izvršiti.

- St. 3. čl. 364. KZ-a, iako to nije sasvim jasno iz zakonskog teksta, obuhvaća slučaj kada je počinitelj prije posredovanja primio nagradu ili kakvu drugu korist, ili kad ju je primio nakon posredovanja. U prvom slučaju radi se o dvoaktnom djelu, primanju nagrade i radnji posredovanja, pa će u situaciji kada je počinitelj primio nagradu radi posredovanja, a još nije počeo izvršavati samo posredovanje, postojati pokušaj djela iz st. 3. ovog članka.

- Kaznenim djelom iz čl. 364. KZ-a također treba obuhvatiti i tzv. aktivno protuzakonito posredovanje.

- U vezi s dopunama pojma službene osobe, da taj pojam obuhvati i određene strane službene osobe, posebno u vezi s međunarodnom korupcijom, to bi trebalo učiniti posebnom odredbom, a ne dopunom pojma domaće službene osobe.

ANTI - CORRUPTION INCRIMINATIONS IN THE SPECIAL PART OF THE CRIMINAL LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA - CURRENT STATE AND SUGGESTIONS DE LEGE FERENDA

Summary

Together with the general representations on corruption and changes in the corruption being, the author directs her special attention to the detailed analysis of the anti-corruption incriminations in the Criminal Law of the Federation of Bosnia and Herzegovina, as well as the problem of incrimination of corruption with the element of foreign character. In the end, several suggestions on amendments of Criminal Law in this area are given.