



Dr. sc. Davor Derenčinović*

KAZNENO DJELO DAVANJA MITA U HRVATSKOM I USPOREDNOM KAZNENOM ZAKONODAVSTVU I SUDSKOJ PRAKSI - KRITIČKA ANALIZA DIJELOVA INKRIMINACIJE I NEKOLIKO PRIJEDLOGA DE LEGE FERENDA

Kaznena djela s elementima korupcije kojima pripada i kazneno djelo davanja mita iz članka 348. Kaznenog zakona, u posljednje su vrijeme predmetom brojnih analiza. Razlog tome je svakako u sve intenzivnijoj normativnoj djelatnosti u okviru međunarodne zajednice kojoj je cilj inkriminiranje najrazličitijih pojava oblika korupcije. Uvidjevši da korupcija u svim svojim pojavnim oblicima, uz dakako organizirani kriminal, pranje novca itd., predstavlja jednu od temeljnih zapreka u ostvarivanju vrhunskih načela kao što su pravna država i vladavina prava, međunarodna je zajednica, kako globalno tako i regionalno, odlučila suzbijanje korupcije u svim njezinim pojavnostima odrediti jednim od prioriteta. U akciji koju je u tom smislu poduzela međunarodna zajednica, Hrvatska je također dobrim dijelom sudjelovala iskazujući pritom spremnost usvajanja nekih novih antikorupcijskih standarda i mjerila. Upravo ti novi antikorupcijski standardi i mjerila predmetom su ovoga rada, ali ne u cijelosti, već samo fragmentarno u dijelu koji se odnosi na samo jedan od korupcijskih delikata i to davanje mita.

1. O SVRSTAVANJU KAZNENOG DJELA DAVANJA MITA MEĐU KAZNENA DJELA PROTIV SLUŽBENE DUŽNOSTI

Kazneno djelo davanja mita propisano je u čl. 348. Kaznenog zakona.¹ Ono je tipično tzv. koruptivno kazneno djelo u užem smislu. Osim toga djela u tu skupinu ulazi još i primanje mita iz članka 347. KZ, protuzakonito posredovanje iz čl. 343. KZ i eventualno zlouporaba u

* Davor Derenčinović, asistent na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

¹ (1) "Tko službenoj ili odgovornoj osobi daje ili obeća dar ili kakvu drugu korist da u granicama svoje ovlasti obavi službenu ili drugu radnju koju ne bi smjela obaviti ili da ne obavi službenu ili drugu radnju koju bi morala obaviti, ili tko posreduje pri takvom podmićivanju službene ili odgovorne osobe, kaznit će se kaznom zatvora od tri mjeseca do tri godine.

(2) Tko službenoj ili odgovornoj osobi daje ili obeća dar ili kakvu drugu korist da u granicama svojeg ovlaštenja obavi službenu ili drugu radnju koju bi morala obaviti, ili da ne obavi službenu ili drugu radnju koju ne bi smjela obaviti, ili tko posreduje pri takvom podmićivanju službene ili odgovorne osobe, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine.

(3) Počinitelj kaznenog djela iz stavka 1. i 2. ovoga članka koji je dao mito na zahtjev službene ili odgovorne osobe i prijavio djelo prije njegova otkrivanja ili prije saznanja da je djelo otkriveno, oslobođit će se kazne.

(4) Dar ili imovinska korist u slučaju iz stavka 3. ovoga članka vratit će se davatelju.", Kazneni zakon, Narodne novine 110/97

obavljanju dužnosti državne vlasti iz čl. 338. KZ. To se kazneno djelo, koje se nalazi u gotovo svim katalozima inkriminacija posebnog dijela kaznenog zakona, naziva još i aktivnim podmićivanjem. Svrstano je, kao i kazneno djelo primanja mita, u glavu kaznenih djela protiv službene dužnosti. Time je jasno istaknut zaštitni objekt ovog kaznenog djela. To je službena dužnost odnosno služba u širem smislu riječi koja se zaštićuje od svih ugrožavanja odnosno povreda, bez obzira sa koje strane dolazili. *Ratio legis* uvrštavanja kaznenog djela davanja mita u kaznena djela protiv službene dužnosti izraz je nastojanja zakonodavca da osigura poštenu i nekorumpiranu administraciju ne samo inkriminiranjem onih ponašanja koja to onemogućavaju u okvirima same te administracije, već i svim nedozvoljenim posezima u te okvire koji dolaze izvana. Stoga je davanje mita, premda se ne radi o službeničkom kaznenom djelu, uvršteno u glavu kaznenih djela protiv službene dužnosti.

Povijesno gledano, kazneno djelo davanja mita svoju kaznenopravnu samostalnost stječe tek u novije vrijeme. Sve do početka XX. stoljeća davanje mita predstavljalo je jedan oblik kaznenog djela poticanja na primanje mita odnosno druge povrede službene dužnosti. Tako je npr. u Austrijskom kaznenom zakonu o zločinstvih, prestupcih i prekršajih iz 1852. godine, opis ponašanja koji sadržajno uglavnom odgovara suvremenoj inkriminaciji davanja mita bio sadržan u čl. 105. pod nazivom «Zavedenje na zlorabu vlasti uredovne»² - Inkriminacija poticanja na zlorabu službene dužnosti uglavnom je po svom smislu i sadržaju izjednačena sa kaznenim djelom davanja mita. Prema Šiloviću radi se o slučajevima tzv. aktivnoga podmićivanja koje predstavlja zločinstvo kada se radi o djelu počinjenom prema sucu, državnom odvjetniku ili nekom drugom službeniku prigodom podjeljivanja službe ili rješavanja javnih poslova.³ U svim ostalim situacijama radi se o prekršaju kažnjivom kaznom zatvora od jednog mjeseca do šest mjeseci. Konceptija prema kojoj se izbjegava izravno inkriminiranje davanja mita te se ono zamjenjuje posebnim kaznenim djelom koje zapravo predstavlja tzv. delikt poticanja upućivani su brojni, više ili manje osnovani prigovori. Prvi i najosnovniji glasio je da davanje mita nema kaznenopravnu samostalnost već je akcesorno kaznenom djelu primanja mita. Prema toj konceptiji aktivni je podmićivač zapravo bio sudionik u glavnom djelu pasivnog podmićivača (primatelja mita) i njegova je odgovornost (kao i samo postojanje djela) bila akcesorna, tj. ovisna o protupravnom ostvarenju zakonskog opisa kaznenog djela pasivnog podmićivača.⁴ S obzirom da je pravna priroda poticanja kao oblika sudioništva akcesorna, pokušaj poticanja nije bio kažnjiv. Stoga je uzakonjivanje samostalnog kaznenog djela davanja mita, prema nekim stajalištima, bilo posljedica zakonskih praznina akcesornog instituta poticanja na kazneno djelo primanja mita. Tom promjenom na legislativnom planu davatelj mita normativno je proglašen - aktivnim podmićivačem. Takvo stajalište ne bi se moglo prihvatiti, jer bez obzira na konstrukciju kaznenog djela poticanja (ili navođenja) na zlorabu uredovne vlasti, ono nije predstavljalo akcesorni delikt čija je sudbina ovisna o počinjenju glavnog djela (primanja mita), već je bilo moguće, kazneni postupak provesti i počinitelja kazniti i neovisno o kažnjavanju primatelja mita. To nesumnjivo proizlazi iz sadržaja te inkriminacije u kojoj nije bilo predviđeno da službena ili odgovorna osoba mora primiti mito da bi kazneno djelo poticanja bilo dovršeno. Radilo se o formalnom kaznenom djelu koje je bilo dovršeno poduzimanjem radnje počinjenja i za koje se nije tražilo nastupanje posljedice. To znači da dovršenje djela poticanja na zlorabu službene dužnosti nije bilo uvjetovano okolnošću da je službena osoba povrijedila službenu dužnost zbog primljenog dara. Kažnjavalo se, dakle, već radi samog nedozvoljenog utjecaja na nepristranost službenika u obavljanju njegove službe, bez obzira da li je do kršenja načela nepristranosti obavljanja javne službe uistinu i došlo.

Premda, dakle, iz ove perspektive nije moguće uputiti sadržajne prigovore kaznenom djelu poticanja na primanje mita, to je moguće iz perspektive kriminalnopolitičke opravdanosti postojanja zasebne inkriminacije koja u sebi ne sadrži elemente poticanja. Davanje mita koje se naziva još i aktivnim podmićivanjem ne predstavlja uvijek poticaj službenoj ili odgovornoj osobi da povrijedi ona načela koja su u osnovi obavljanja njezine funkcije. Poticaj je, naime, nešto inicijalno, početno, nešto što dovodi do izazivanja volje odnosno učvršćivanja volje kod druge osobe.

² «Koj darovi gleda da zavede na pristranost ili na povredu dužnosti uredovne ili sudca, budi civilnoga budi kaznenoga, ili državnog odvjetnika, ili prigodom podjeljivanja službe, ili rješavanja posala javnih, kojega god inoga urednika: čini se krivcem zločinstva; bio taj čin namišljen na korist njegovu ili tuđu; pošo mu namišljaj za rukom ili ne pošo. Kazan zavodenja toga jest tamnica od šest mjeseci do jedne godine dana; pri velikom lukavstvu ili pri znamenitoj šteti, u istinu prouzročenoj, težka tamnica od jedne do pet godina dana. Osim toga ima se dar ponuđen ili zbilja dat, položiti u zakladu ubožku onoga mjesta.», Kazneni zakon o zločinstvih, prestupcih i prekršajih od 27. svibnja 1852., uredio ŠILOVIĆ J., Zagreb, 1901., str. 98.

³ ŠILOVIĆ J., Kazneno pravo (po dru K. Janki), Zagreb, 1893., str. 328.

⁴ Za poticanje i pomaganje kao oblike sudioništva u kaznenom pravu vrijedi načelo limitirane akcesornosti što znači da su sudionici kaznenopravno odgovorni samo ukoliko je neposredni počinitelj ostvario zakonska obilježja kaznenoga djela, a ne postoji neki od razloga isključenja protupravnosti. HORVAT-NOVOSELEC, Kazneno pravo - Opći dio, Zagreb, 1999., str. 339.

Korupcijska razmjena, međutim, može biti inicirana i sa druge strane, dakle od osobe koja je normativno proglašena primateljem mita. Međutim, i davanje i primanje mita treba uzeti uvjetno jer se u biti i ne mora raditi o tome da su objekti razmjene uistinu dani odnosno primljeni. Bitna odrednica ovih kaznenih djela je tzv. "korupcijski savez", svojevrsni sporazum dviju strana kojim se manifestira opasnost za zaštićene vrijednosti (to je ovdje službena dužnost) bez ikakve konkretne promjene u fizičkom svijetu. Djelo je dovršeno kada je povrijeđeno načelo koje je u osnovi obavljanja službene dužnosti. U tom je smislu inicijativa za rečenu povredu sasvim relativne naravi. Ona može doći i sa strane davatelja mita i sa strane primatelja mita. Nisu, međutim, rijetke situacije u kojima je inicijativa zamijenjena «trenutnim sporazumom» koji čak ne mora biti verbalan (dovoljan je i prešutni sporazum, pa i konkludentnim radnjama). Premda ga zakon naziva aktivnim podmićivačem, davatelj mita nije uvijek i nužno inicijator niti poticatelj nedozvoljene razmjene. Razlaganje fenomenologije aktivnog podmićivanja kod individualne korupcije pokazuje da aktivna⁵ uloga u određenom procesu razmjene gotovo uvijek podrazumijeva određeni oblik inicijative. To znači da aktivni podmićivač (davatelj mita) jezikom zakona uvijek pokreće svojim davanjem, nuđenjem, ili obećanjem dara ili koristi, proces nedozvoljene razmjene. U funkciji pasivnog podmićivača (onoga tko na to pristaje) je prihvatanje inicijative aktivnoga podmićivača i pristajanje zaključivanja "sporazuma" o korupciji.⁶ Inicijativa pokretanja procesa zaključivanja sporazuma o korupciji jezikom je zakona samo izuzetno na strani pasivnog podmićivača (samo kada službena ili odgovorna osoba "zahtijeva" dar ili kakvu drugu korist). Kod individualne korupcije iz motrišta aktivnog koruptora radi se o tzv. defanzivnoj korupciji. Pasivni je koruptor akcesija sustava kojemu pripada, ali korist koju ostvaruje ili zahtijeva predstavlja njegovu osobnu korist, a ne kao kod nekih drugih pojavnih oblika korupcije, npr. sistemske ili posredne korupcije, korist njegova sustava. Kao što se aktivni koruptor brani argumentom defanzivne korupcije, tako se pasivni koruptor opravdava teorijom imitacije. Može se reći da su tehnike racionalizacije delikta na obje strane jednake. Bit opravdanja je gotovo uvijek "*vis maior*". O tome je, a osobito o posebnostima korupcijske pozicije aktivnoga podmićivača, moguće raspravljati sa zakonskog i moralnog stajališta.

Što otkriva moralna analiza fenomenologije aktivnoga podmićivača? Premda iz motrišta apstraktne zakonske norme nedvojbeno proizlazi hipotetski odnos u kome aktivni podmićivač inicira, a pasivni prihvaća zaključivanje "sporazuma o korupciji", moralna analiza odnosa aktivnoga i pasivnog podmićivača pokazuje da to ipak nije uvijek tako kada se radi o individualnoj korupciji.⁷ Aktivni podmićivač u dosta je situacija samo je uvjetno "aktivan" u smislu poduzimanja inicijative procesa nedozvoljene razmjene.⁸ Često isprovociran i potaknut aktivnostima (prethodna inicijativa pasivnog podmićivača koja je sporedna u normativnoj terminologiji zakonskoga opisa osim kad pasivna strana "zahtijeva...») najčešće posrednika (pomagača u kaznenom djelu davanja mita ili primanja mita), aktivni podmićivač jednostavno je prisiljen postati aktivan, odnosno trećoj osobi (pasivnom podmićivaču) izravno ili putem posrednika (pomagača) uputiti poruku koja se sastoji u davanju ili obećanju dara ili kakve druge koristi. Specifični položaj aktivnoga podmićivača koji u slučaju individualne korupcije može (ali i ne mora!) biti i do kraja faktično pasiviziran (jer inicijativa predstavlja poticaj djelovanju na temelju većeg broja neodređenih, ali odredivih mogućnosti, dakle slobodu izbora kojom aktivni podmićivač u navedenoj situaciji ne raspolaže), nameće i jedno drugo pitanje - da li aktivni podmićivač koji je često žrtva situacije kod individualne korupcije može predstavljati žrtvu vlastitog kaznenog djela!? Kaznenopravno to dakako nije opravdano, a čak i ukoliko su ispunjene pretpostavke za oslobođenje od kazne ne postoje pravne osnove prema kojima bi u individualnoj korupciji aktivnoga podmićivača mogli smatrati osobom oštećenom kaznenim djelom. Kriminološki i viktimološki, međutim, za takvo razmišljanje svakako ima temelja. Aktivni je podmićivač u opisanoj situaciji, ako ne žrtvom kaznenoga djela, tada svakako žrtvom situacije koja

⁵ aktivan, -vna, -vno - 1. djelatan, radin, vrijedan, marljiv, okretan, živ, živahan, djelotvoran, energičan, koji radi, koji je u službi, KLAIC B., Rječnik stranih riječi, Zagreb, 1990., str. 38.

⁶ "Službena ili odgovorna osoba koja zahtijeva ili primi dar ili kakvu drugu korist, ili koja primi obećanje dara ili kakve koristi da u granicama svoje ovlasti obavi službenu ili drugu radnju koju ne bi smjela obaviti, ili da ne obavi službenu ili drugu radnju koju bi morala obaviti, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.", čl. 347/ 1 Kaznenog zakona, Narodne novine b. 110/97,

⁷ ETCHEGOYEN A., Podmićivač i podmićeni, Split, 1997. str. 73.

⁸ Premda ga teorija kaznenoga prava naziva aktivnim podmićivačem, zakonski tekst davatelja mita apriorno smatra potencijalno "manje krivim" sudionikom u procesu korupcije. To proizlazi iz zapriječene kazne koja je niža od kazne za pasivnog podmićivača. Razlika u kriminalnoj količini koja se sastoji u tome da je pasivno podmićivanje delictum proprium (posebno kazneno djelo koje može počiniti samo službena ili odgovorna osoba), i da je ono socijalno predbacivije jer je uz to što predstavlja povredu grupnog zaštitnog objekta (službene dužnosti) poduzeto od strane osobe koja bi o tom objektu više od ostalih trebala voditi računa (službeničko kazneno djelo), ukazuje na to da je zakonodavac imao u vidu relativnost "inicijative" aktivnoga podmićivača.

je do toga djela dovela. Ekstenzivnim tumačenjem da je aktivni podmićivač zapravo žrtva situacije koja je dovela do korupcije mogli bismo se složiti samo pod jednim uvjetom. Moralo bi se, naime, raditi o imperativu djelovanja bez alternative koji je vrlo teško zamisliti na hipotetskoj razini, ali i prema testu praktičnoga iskustva. Ljudskoj je prirodi imanentno traženje alternative tako da je postojanje empirijski bezizlaznih situacija upitno. Aktivni podmićivač u individualnoj korupciji može se braniti dajući "ucijenjen okolnostima" postao žrtvom u vlastitom kaznenom djelu. Za takve bi slučajeve u kojima je značaj objektivnih okolnosti toliko neizbježan da je počiniteljev *animus corruptandi* nekriminalnoga porijekla, zakonski mogli predvidjeti osnovu za oslobođenje od krivnje. To stoga što je svaki ulazak u kriminalnu zonu (kada se radi o ubrojivom počinitelju koji postupa s namjerom) posljedica slobode izbora, koja kod situacija bliskih opisanom primjeru individualne korupcije ne postoji. Inicijativa pasivnoga podmićivača koju zakon spominje tek je izuzetno najčešća varijanta u nedozvoljenoj razmjeni kod individualne korupcije. Ona predstavlja poticanje na davanje mita čak i kada nije izričita.

2. ODNOS S PRIMANJEM MITA- RADI LI SE NUŽNO O DELIKTIMA SUSRETANJA?

Zbog svega navedenog davanje mita zaslužuje potpunu kaznenopravnu samostalnost, a ne tek tzv. poziciju satelita u odnosu na kazneno djelo primanja mita. Međutim, premda odvojeno, kazneno djelo davanja mita vrlo je usko, gotovo neraskidivo vezano s kaznenim djelom primanja mita. Sudionici procesa nedozvoljene razmjene, aktivni i pasivni podmićivač, gotovo se uvijek pojavljuju zajedno u faktičnom zaključivanju i izvršavanju «tihog saveza» u kojem se javna služba koristi u cilju ostvarivanja osobnih probitaka. U ogromnoj većini situacija kazneno djelo davanja mita pojavljuje se zajedno s kaznenim djelom primanja mita. Bez obzira na konkretnog inicijatora nedozvoljene 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 korist prvoga. Rječnikom kaznenoga prava davanje i primanje mita su tzv. delikti susretanja kao jedan oblik nužnog sudioništva kao multilateralnog delikta. Prema prevladavajućoj teoriji materijalnog kaznenog prava kod tog oblika nužnog sudioništva radi se o tome da zakonski opisi nekih kaznenih djela (op.a. davanja i primanja mita) izričito zahtijevaju u sudjelovanje više osoba od kojih svaka ima status počinitelja toga djela i svaka se kažnjava za to djelo kao počinitelj.⁹ Kritična točka delikta susretanja upravo je, prema uvriježenom shvaćanju, interes obiju strana. Bez tog interesa, smatra se, nije moguće govoriti o počinjenju bilo kaznenog djela davanja mita, bilo kaznenog djela primanja mita.

Prvo pitanje koje se tim povodom otvara glasi: da li je moguće ostvarivanje zakonskog opisa kaznenog djela primanja mita bez istovremenog ostvarivanja zakonskog opisa kaznenog djela davanja mita i obratno? To je pitanje, naime, osobito važno radi utvrđivanja kruga odgovornih osoba. Jer ako postoji osnovana sumnja da je počinjeno kazneno djelo primanja mita, istovremeno dostaju barem osnove sumnje da je tom prigodom počinjeno i kazneno djelo davanja mita i obratno. Kazneno djelo primanja mita iz čl. 347. st. 1. KZ dovršeno je kada: a) službena ili odgovorna osoba zahtijeva dar ili kakvu drugu korist da u granicama svoje ovlasti obavi službenu ili drugu radnju koju ne bi smjela obaviti ili da ne obavi službenu ili drugu radnju koju bi morala obaviti, b) službena ili odgovorna osoba primi dar ili kakvu drugu korist da u granicama svoje ovlasti obavi službenu ili drugu radnju koju ne bi smjela obaviti ili da ne obavi službenu ili drugu radnju koju bi morala obaviti, i c) primi obećanje dara ili kakve koristi da u granicama svoje ovlasti obavi službenu ili drugu radnju koju ne bi smjela obaviti ili da ne obavi službenu ili drugu radnju koju bi morala obaviti. Čini se da samo kod primanja dara ili kakve druge koristi može biti govora o nužnom sudioništvu prema kojem ostvarenje zakonskog opisa kaznenog djela primanja mita nije moguće bez istodobnog ostvarenja zakonskog opisa davanja mita. Isto vrijedi i obratno.¹⁰ Drugačije je, međutim, kada se radi o situacijama u kojima službena ili odgovorna osoba zahtijeva dar ili kakvu drugu korist, odnosno obećavanje dara ili kakve druge koristi da bi postupila na način opisan u st. 1. ili 2. čl. 347. KZ. U takvim se situacijama radi o jednostranim

⁹ supra note 4., str. 355.

¹⁰ NELSON A., Corruption and control observations from a Swedish viewpoint on constitutional law and public law measures, Responding to corruption; Social defense, corruption, and the protection of public administration and the independence of justice, Lecce, 1996., str. 304.

očitovanjima volje službene ili odgovorne osobe nedostatnima za uspostavljanje korupcijskog saveza. Okolnosti da službena ili odgovorna osoba zahtijeva dar ili kakvu drugu korist na drugoj strani ne korespondira bilo kakvo očitovanje potencijalnog davatelja mita. Iz jezičnog tumačenja zakonskog opisa kaznenog djela primanja mita zahtjev primatelja mita može biti izričit ili prešutan, izražen riječima, simbolima ili tek konkludentnim radnjama. Ako je, dakle, istaknut samo zahtjev službene ili odgovorne osobe kojim ona od određene osobe traži određeni dar ili kakvu drugu korist, tada kaznenom djelu primanja mita na (inače pasivnoj, ali ovom prilikom aktivnoj) strani ne korespondira kazneno djelo davanja mita. Isto vrijedi i obratno, dakle kada davatelj mita «obeća» službenoj ili odgovornoj osobi da će joj dati dar ili kakvu drugu korist, a službena ili odgovorna osoba koja na to ne pristane to prijavi, «davatelj» će biti odgovoran premda ne samo da nije ništa dao u zamjenu za traženi «servis» već do korupcijskog sporazuma nije niti došlo jer na njega nije pristala osoba na koju se «obećanje» odnosilo. Da bi obećanje davanja mita impliciralo i kaznenopravnu odgovornost primatelja mita, ono bi od strane primatelja moralo biti ozbiljno prihvaćeno. Bez toga nema tzv. «korupcijskog saveza» kao pretpostavke za istodobno postojanje oba delikta u smislu nužnog sudioništva kao multilateralnog delikta.

S prethodnim je u vezi pitanje trenutka dovršenja ovih kaznenih djela. Za oba je kaznena djela, naime, značajno to da su dovršena ili u trenutku sklapanja sporazuma, izričitog ili prešutnog, između davatelja i primatelja mita, ili kada je dovršeno jednostrano očitovanje volje jedne od strana u smislu zahtijevanja ili obećanja dara ili kakve druge koristi. Kasniji postupci primatelja mita, tj. izvršenje ili neizvršenje radnje koja je predmetom tzv. korupcijskoga saveza, nisu od značaja za postojanje kaznenog djela, ali mogu biti od utjecaja prilikom odmjerenja kazne. Tako npr. službena ili odgovorna osoba koja primi mito, no potom dragovoljno odustane od izvršenja radnje ili suzdržavanja od izvršenja radnje zbog koje je primila mito (bez obzira na motive), ne može biti oslobođena kazne radi dragovoljnog odustanka jer je već u trenutku primanja dara ili kakve druge koristi, primanja obećanja dara ili zahtijevanja dara dovršila kazneno djelo primanja mita. S obzirom na zapriječenu kaznu u čl. 347. st. 1. pokušaj primanja mita bio bi kažnjiv, no sudeći prema konstrukciji zakonskog opisa kaznenog djela primanja mita, pokušaj ovog kaznenog djela uopće nije moguć jer je djelo dovršeno već samim zahtijevanjem dara ili kakve druge koristi, primanjem obećanja dara ili kakve druge koristi ili samim primanjem istih. Djelo je dovršeno u trenutku izražavanja spremnosti za počinjenje povrede službene dužnosti (ako je jednostrano i radi se o zahtjevu), ili u trenutku sklapanja izričitog ili prešutnog saveza između aktivnog i pasivnog podmićivača. Stoga okolnost da je službena ili odgovorna osoba dovršila kazneno djelo primanja mita u formalnom smislu, ali nije ostvarila radnju zbog koje je primila mito, eventualno može biti od utjecaja pri izboru mjere kazne. To dakako ako sud utvrdi postojanje olakotnih okolnosti kao što su okolnost da je službena ili odgovorna osoba ubrzo nakon počinjenja djela isto sama prijavila prije no što je ono otkriveno ili prije no što je ona saznala da je otkrivena, ako se radilo o zahtijevanju, primanju ili primanju obećanja dara ili kakve druge koristi male vrijednosti (no ipak veće od beznačajnoga djela) itd. Pri postojanju tzv. osobito olakotnih okolnosti, službenoj ili odgovornoj osobi okrivljenoj za kazneno djelo primanja mita, sud bi eventualno mogao i ublažiti kaznu pod uvjetima koje predviđa zakon. Isto tako i kazneno djelo davanja mita dovršeno je u trenutku davanja dara ili neke druge koristi službenoj ili odgovornoj osobi, odnosno u trenutku obećanja toga dara ili neke druge koristi i sve su kasnije radnje davatelja mita irelevantne za postojanje inkriminacije, ali mogu utjecati na

kažnjavanje (ako su ispunjene pretpostavke iz čl. 348. st. 3. KZ o čemu detaljnije dalje u tekstu).¹¹

3. POSREDOVANJE U KAZNENOM DJELU DAVANJA MITA

S obzirom da je čitav zakonski opis kaznenog djela davanja mita pokriven namjernim oblikom krivnje, to je počinjenje toga djela posredovanjem kažnjivo samo ako je počinjeno s namjerom. Kod tzv. «lanaca korupcije» se i radi o tome da posrednici u korupcijskim razmjenama djeluju sasvim svjesni onoga što čine te upravo žele posljedicu iz zakonskog opisa djela. Sasvim iznimno može se raditi o neizravnoj namjeri. Moguće je pozivanje na stvarnu zabludu, kao npr. kada posrednik konačnom destinataru mita predaje određenu stvar koju mu

¹¹ «Samo obećanje dara uredniku, da bude pristran ili da povredi dužnost uredovnu, ako i nije obećanje držano, jest zločinstvo zavedenja za zlorabu uredovne vlasti, jer kod zločinstva ovoga normiranog ne ima pokušaja, te je sam pokušaj zavedenja već dovršeno zločinstvo. Zato ne postaje počinitelj bezkažnjivim time, što je od izvedenja svoje već izražene namjere odustao», Rješidba kasac, sudišta u Beču br. 627 od 9. svibnja 1879. g.

je u tu svrhu predao davatelj mita, no *tempore criminis* posrednik ne zna da se radi o mitu. Ako to uspije dokazati tada, s obzirom daje djelo moguće počiniti samo s namjerom, stvarna zabluda tj. zabluda o biću djela (najčešće će se raditi o *error in objecto*) isključuje krivnju, a time i postojanje kaznenog djela davanja mita. Posredovanje kao jedan oblik radnje počinjenja kaznenog djela davanja mita postoji i u brojnim drugim kaznenim zakonima. Tako npr. KZ Ruske federacije u čl. 291. inkriminira davanje mita «osobno ili preko posrednika»¹² I u Kaznenopravnoj konvenciji o korupciji inkriminirano je «neizravno» aktivno podmićivanje tj. one situacije u kojima transfer mita ne obavlja izravno davatelj mita već neka treća osoba, primjerice srodnik, organizacija kojoj službenik pripada ili politička stranka čiji je službenik član.¹³ U jednoj od ranijih radnih verzija Konvencije eksplicitno je bilo navedeno aktivno podmićivanje posredstvom treće osobe (*via third person*), ali je ta formulacija u konačnoj redakciji ispuštena. Za razliku od ovog modela izravnog propisivanja kažnjivosti posredovanja u davanju mita, u nekim kaznenim zakonima posredovanje pri davanju mita predstavlja posebno kazneno djelo. Tako je npr. u Bjeloruskom KZ u čl. 169/1 zasebno inkriminirano posredovanje u podmićivanju.¹⁴

Rješenje iz hrvatskog kaznenog zakona prema kojem je posredovanje dio zakonskog opisa kaznenog djela davanja mita predviđeno je i u čl. 363. Kaznenog zakona Federacije Bosne i Hercegovine.¹⁵ U onim zakonodavstvima koja ne propisuju posebnu inkriminaciju posredovanja u davanju mita, posredovanje je kao jedan od oblika pomaganja obuhvaćeno odredbama o kažnjivosti sudioništva.¹⁶ Tome se može prigovoriti da ne osigurava u dovoljnoj mjeri kažnjavanje posrednika jer je u većini europskih država prihvaćen koncept akcesornosti sudioništva prema kojem se postojanje djela, a iznimno i odgovornost sudionika čini ovisnim o počinjenju djela od strane glavnog počinitelja. Nedostatak takvog normativnog rješenja je u činjenici da je u većini kaznenih zakonodavstava pomaganje akcesorno počinjenju kaznenog djela, odnosno da su radnje sudionika u vezi s kaznenim djelom ovisne o radnji glavnog počinitelja. Prema teoriji limitirane akcesornosti, koja je prihvaćena i u našoj doktrini i sudskoj praksi, odgovornost glavnog počinitelja u smislu utvrđivanja njegove protupravne radnje, pretpostavka je za primjenu odredaba o odgovornosti sudionika.

Kada je riječ o obliku krivnje posrednika u davanju mita zanimljive su odredbe američkog Zakona o zabrani podmićivanja u inozemstvu (u daljnjem tekstu FCPA).¹⁷ U pogledu subjektivnog momenta posrednik mora postupati znajući (*knowing*) namjenu objekta razmjene.¹⁸ Prije izmjena i dopuna FCPA 1988. godine koncept odgovornosti posrednika bio je značajno širi - zabranjena su bila plaćanja trećim osobama od strane osobe koja je «znala ili imala razloga znati» da se radi o mitu. Zbog prigovora nejasnoće i pravne nesigurnosti ovaj je koncept u reformama 1988. godine napušten. To, međutim, nije riješilo dvojbe oko tumačenja sadržaja i opsega subjektivnog momenta kod posredovanja u davanju mita. Naime, prema jednom tumačenju taj element znanja (*knowledge*) obuhvaća ne samo situacije u kojima je posrednik svjestan nastupanja posljedice pa na nju pristaje (*recklessness*) već i situacije u kojima posrednik eventualno nije svjestan nastupanja posljedice, ali je to mogao biti da nije nastupao sa svjesnim ignoriranjem

¹² Criminal Code of the Russian Federation, Kluwer Law International, 1999., str. 166.

¹³ SALAZAR L., The Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption, Responding Corruption, Rim, 2000., str. 226.

¹⁴ Premda nije navedeno da se radi o posredovanju u davanju mita već općenito u posredovanju kod svih oblika podmićivanja, iz zapriječene kazne je vidljivo (gotovo istovjetan kazneni okvir kao i kod kaznenog djela davanja mita) da se radi o kaznenom djelu koje se zapravo «naslanja» na kazneno djelo davanja mita., Criminal Code of the Republic of Belarus, Adopted by the Supreme Soviet of the BSSR on December 29th, 1960 Put into force as of April 1, 1961 (with alterations and additions as for May 1, 1994), izv. <http://www.belarus.net/softinfo/lowcatal.htm>

¹⁵ «(1) Tko službenoj ili odgovornoj osobi učini ili obeća dar ili kakvu drugu korist da u okviru svoje ovlasti izvrši radnju koju ne bi smjela izvršiti ili da ne izvrši radnju koju bi morala izvršiti ili **tko posreduje** pri ovakvom podmićivanju službene ili odgovorne osobe, kaznit će se zatvorom od šest mjeseci do pet godina.

(2) Tko službenoj ili odgovornoj osobi učini ili obeća dar ili kakvu drugu korist da u okviru svoje ovlasti izvrši radnju koju bi morala izvršiti ili da ne izvrši radnju koju ne bi smjela izvršiti ili **tko posreduje** pri ovakvom podmićivanju službene ili odgovorne osobe, kaznit će se zatvorom do tri godine.», Kazneni zakon Federacije Bosne i Hercegovine (s napomenama, stvarnim kazalom i prilogima), priredio BUBALOVIĆ T., Sarajevo, 1998., str. 146.

¹⁶ Tako npr. u austrijskom StGB v. §307. (Bestechung) koji ne eksplicira počinjenje kaznenog djela davanja mita «posredovanjem», Strafgesetzbuch (StGB), Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen, (Strafgesetzbuch-StGB) BCB 1974/60 idF BGBl I 58/2000 Stand 1. August 2000, izv. http://www.sbg.ac.at/ssk/docs/stgb/stgb302_313.htm

¹⁷ FCPA, koji je donesen u okviru Omnibus Trade Acta u doba Carterove administracije, predstavlja prvi zakon kojim je kriminalizirana tzv. off-shore korupcija i koji zabranjuje podmićivanje stranih javnih službenika, stranih političkih stranaka, njihovih stranačkih službenika i kandidata za tijela državne vlasti u inozemstvu. O tome v. HEINMANN F., The United States Foreign Corrupt Practices Act, Corruption&Democracy, Budapest, 1994., str. 139.

¹⁸ BIALOS-HUSISIAN, The Foreign Corrupt Practices Act: Koping With Corruption in Transitional Economies, New York, 1997., str. 37.

(*conscious disregard*) u pogledu okolnosti koje bi prema testu «razumnog čovjeka» trebale ukazati na «visoku vjerojatnost» povrede Zakona. Zbog nekonzistentnosti standarda subjektivne odgovornosti za povredu FCPA posredovanjem u davanju mita stranom javnom službeniku, čini se da su granice te odgovornosti vrlo široke i vrlo bliske gotovo objektivnom standardu odgovornosti prema kojem se posljedice djela uračunavaju posredniku «ako je imao razloga znati» da se radi o korupcijskoj razmjeni.

Sljedeće zanimljivo pitanje jest kako razgraničiti pomaganje u primanju mita od davanja mita počinjenog posredovanjem? Naime, objektivna strana djela je u oba slučaja identična, pa bi razgraničenje trebalo provesti na subjektivnoj razini - ako je posrednik radio s namjerom pomoći primatelju mita tada bi trebalo uzeti da se radi o pomaganju u kaznenom djelu primanja mita. Ako je pak posrednikova namjera bila pomoći davatelju mita, radit će se o kaznenom djelu davanja mita. S tim u vezi može se raditi o situacijama u kojima se u ulozi posrednika pojavljuje službena ili odgovorna osoba. Tada je upitna osnova njezine odgovornosti - prema jednom stajalištu službena osoba bi mogla odgovarati ne za posredovanje u davanju mita već za protuzakonito posredovanje¹⁹, a još je radikalniji, i sasvim bez osnova koncept po kojem bi službena osoba tada odgovarala za davanje mita u idealnom stjecaju s protuzakonitim posredovanjem. Takvo stajalište nije opravdano jer je kod kaznenog djela protuzakonitog posredovanja upravo društveni položaj odnosno utjecaj ono čime se utječe na konačnog destinataru da povrijedi službenu dužnost. Kod kaznenog djela davanja mita supstitut službenom položaju odnosno utjecaju je sami objekt mita - to je kategorija koja utječe na kršenje načela koji su u ishodištu obavljanja javnih službi i na stvaranje tzv. korupcijskog saveza. Ako se radi o običnom, tzv. transmissijskom posredovanju u kojem sudjeluje službena osoba kao puka fizička veza između davatelja i primatelja mita koji su ranije uspostavili konkretni korupcijski savez, radit će se o kaznenom djelu davanja mita počinjenom posredovanjem. To stoga što je specifična razlika između protuzakonitog posredovanja i davanja mita posredovanjem službene osobe upravo u sadržaju angažmana te službene osobe koji se na odgovarajući način sankcionira blaže ili strože (za protuzakonito posredovanje, naime, predviđena je stroža kazna / pogotovo za stavak 3. / nego za kazneno djelo davanja mita). Kada se radi o faktičnom korištenju položaja ili utjecaja na obavljanje ili neobavljanje određene službene radnje, riječ je o protuzakonitom posredovanju koje zbog supsidijarnosti ne može biti u stjecaju s davanjem odnosno primanjem mita.²⁰ Kako u konkretnom slučaju nije ispunjen zahtjev iz st. 3., treba smatrati da postoji prividni stjecaj i da postoji samo kazneno djelo protuzakonitog posredovanja. S druge strane, kad se radi o običnom fizičkom posredovanju službene osobe (npr. ta službena osoba samo fizički uruči mito konačnom destinataru korupcijske razmjene) tada se radi samo o kaznenom djelu davanja mita počinjenom posredovanjem.

Ovdje se postavlja još jedno zanimljivo pitanje: što ako službena osoba za takvo posredovanje primi dio iznosa, npr. 5% od ukupnog iznosa mita namijenjenog konačnom destinataru. Može li tada, osim za davanje mita počinjeno posredovanjem, službena ili odgovorna osoba biti procesuirana i za kazneno djelo pasivnog podmićivanja? Čini se da ne može jer je osnovni preduvjet postojanja kaznenog djela primanja mita da se mito i daje, odnosno obećava da «službena ili odgovorna osoba **u granicama svoje ovlasti** obavi službenu radnju koju ne bi » Službena osoba koja posreduje u davanju mita i time ostvaruje zakonski opis kaznenog djela iz čl. 348. KZ, te koja

¹⁹ čl. 343. Kaznenog zakona «(1) Tko primi nagradu ili kakvu drugu korist da iskorištavanjem svog službenog ili društvenog položaja i utjecaja posreduje da se obavi ili ne obavi neka službena radnja, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do tri godine.

(2) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se tko iskorištavanjem svog službenog ili društvenog položaja i utjecaja posreduje da se obavi službena radnja koja se ne bi smjela obaviti ili da se ne obavi službena radnja koja bi se morala obaviti.

(3) Ako je za posredovanje iz stavka 2. ovoga članka primljena nagrada ili kakva druga korist, a ne radi se o počinjenju drugog kaznenog djela za koje je propisana teža kazna, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od jedne do pet godina."

²⁰ Kazneno djelo protuzakonitog posredovanja propisano je i u čl. 12. Kaznenopravne konvencije o korupciji Vijeća Europe. U zakonu o potvrđivanju te konvencije protuzakonito posredovanje prevedeno je kao «trgovanje utjecajem» što nije u potpunosti zadovoljavajući prijevod jer nije u suglasju sa sadržajem odredbe: «Svaka zemlja potpisnica donijet će one nužne pravne i druge mjere kojima se prema njenom tuzemnom zakonu, kaznenim djelom smatra namjerno obećavanje, davanje ili nudenje, izravno ili neizravno, bilo koje nepripadajuće koristi bilo kojoj osobi koja tvrdi ili potvrdi da je sposobna neprimjereno utjecati na odluku bilo koje druge osobe navedene u člancima 2., 4. do 6. i 9., do 11., neovisno o tomu je li nepripadajuća korist namijenjena toj osobi ili nekom drugom, kao i potraživanje, primanje ili prihvatanje ponude ili obećanja glede takve koristi, a u odnosu na vlastiti utjecaj, neovisno o tomu hoće li se takav utjecaj izvršiti i hoće li on dati željeni rezultat». Za razliku od našeg KZ u kojem je inkriminirano samo tzv. aktivno protuzakonito posredovanje, konvencija predviđa i tzv. pasivno protuzakonito posredovanje. Posljednje je u nas «pokriveno» primjenom odredaba o poticanju na aktivno protuzakonito posredovanje.

za svoje posredovanje (bilo ono odlučno ili samo transmissijske) dobiva određenu naknadu (postotak konačnog iznosa, ili izvan toga), ne čini i kazneno djelo primanja mita **jer postupa izvan granica svoje ovlasti**. Naime, postupanje službene ili odgovorne osobe u granicama ovlasti predstavlja konstitutivno obilježje kaznenog djela primanja mita. U tome upravo i jest *ratio* tog kaznenog djela. Mito je vezano za službenu radnju službene ili odgovorne osobe. U pitanju su uvijek radnje koje spadaju u krug službenih ovlaštenja date službene osobe, radnje koje opće uzevši spadaju u njegove službene zadatke, koje on može izvršiti po svom službenom položaju, s time što je u danom slučaju radnja - nedopuštena, objektivno protudužnosna, čime ne gubi karakter službene radnje (npr. protudužnosna je radnja kad policija neosnovano liši slobode nekog, ali to je ipak službena radnja). Ne bi bilo dovoljno kod ovog djela da se radi o mitu za radnje koje su počinjene samim nedopuštenim iskorištavanjem službenog položaja, tj. o radnjama koje nisu službene radnje, nego su to radnje koje je počinitelj učinio kad je u vršenju službe došao u priliku da ih izvrši (to bi bilo van smisla onog što je pravac zaštite kod ovog kaznenog djela).²¹ Kada se službenoj ili odgovornoj osobi daje mito da postupi izvan granica svoje ovlasti (npr. policajcu da pretuče neku osobu) radit će se, ako je do prekoračenja uistinu i došlo, o jednom od oblika kaznenog djela zlorabe položaja i ovlasti koje može, ovisno o okolnostima biti u stjecaju sa nekim drugim kaznenim djelom (u opisanom slučaju s kaznenim djelom tjelesne ozljede). Ako je posrednik u davanju mita osoba koja nema svojstvo službene ili odgovorne osobe, tada sva ova pitanja nisu relevantna i sasvim je jasno da ona odgovara za kazneno djelo davanja mita počinjeno posredovanjem.

4. «DAR ILI KAKVA DRUGA KORIST» - RAZGRANIČENJE KAZNENOPRAVNO RELEVANTNE KORUPCIJE I SUKOB INTERESA

Kazneno djelo davanja mita sastoji se od davanja ili obećanja «dara ili kakve druge koristi» službenoj ili odgovornoj osobi. Objekt radnje je, dakle, «dar ili kakva druga korist». S obzirom da Kazneni zakon ne precizira što se ima smatrati «darom», a što «kakvom drugom korišću», potrebno je, služeći se standardima sudske prakse domaćih i međunarodnih sudova, komparativnim kaznenopravnim rješenjima i osobito, uvažavanjem zakonodavstva tzv. sukoba interesa, utvrditi pravi sadržaj tih pojmova. Najprije nešto o daru. Prema Mažuraniću pojam «dara» je zapravo sinonim za pojam «mita».²² Poklon ili dar predstavlja, dakle, vrijednost kojom davatelj mita nastoji utjecati na službenu ili odgovornu osobu i na neki način pridobiti njezinu naklonost tj. kod nje izazvati spremnost na kršenje načela koja predstavljaju osnovu obavljanja službe. Zabrana primanja darova postoji u unutarnjem zakonodavstvu kada se radi o određenim kategorijama osoba koje obavljaju javne službe. Tako je prema hrvatskom Zakonu o obvezama i pravima državnih dužnosnika «dužnosnicima zabranjeno primiti bilo kakav dar, uslugu ili obećanje koje bi ih u obnašanju dužnosti moglo dovesti do ovisnosti o bilo kojoj domaćoj ili inozemnoj fizičkoj ili pravnoj osobi».²³ Kada je riječ o zabrani primanja darova javnim službenicima ili dužnosnicima, relevantne su odredbe tzv. zakonodavstva sukoba interesa. Radi se o takvim odredbama kojima se nastoji utjecati na sprječavanje sukoba interesa državnih dužnosnika te državnih službenika i namještenika, tj. stvaranja situacija u kojima bi te kategorije osoba mogle na štetu javnog interesa službe koju obnašaju ostvarivati neke osobne interese i probitke. U zakonodavstvu sukoba interesa postoje dvije koncepcije vezane uz primanje darova od strane dužnosnika odnosno javnih službenika. Prema prvoj stipulira se opća zabrana primanja darova i određuju iznimke pod kojima je primanje darova od strane tih kategorija osoba iznimno dopušteno. Prema drugoj koncepciji taksativno se navode darovi čije je primanje dopušteno i koji, od određene visine odnosno vrijednosti, impliciraju obvezu dužnosnika za deklariranjem takvih darova.²⁴

U ovom smislu je vrlo značajna odredba čl. 18. Model kodeksa ponašanja za javne službenike Vijeća Europe prema kojoj «javni službenik ne smije tražiti niti primiti dar ili neku

²¹ BAČIĆ-ŠEPAROVIC, Krivično pravo - posebni dio, Zagreb, 1992., str. 324.

²² «mit, m.i f., mita f., mito, n., vectigal, merces, donum, corruptela, carina, porez, malta, plaća, ali napose dar, da se sklone oblastnik, da povoljno riše i u korist darovatelja koji čin službeni.» MAŽURANIĆ V, Prilozi za pravno-povjesni rječnik, reprint, Zagreb, 1975.str.662.

²³ Zakon o pravima i obvezama državnih dužnosnika, Narodne novine 101/98, 135/98, 105/99, 25/2000 i 79/2000.

²⁴ Tako je npr. prema odredbi čl. 334. njemačkog StGB zabranjeno primanje svih materijalnih i nematerijalnih koristi - de *minimis* pravilo prema kojem bi davanje, pa time i primanje darova male vrijednosti bilo iznimno dozvoljeno, nije primjenjivo jer, prema tumačenjima, gdje god postoji koncept «kršenja dužnosti», nema mogućnosti isključenja protupravnosti kod darova male vrijednosti.

drugu korist za sebe ili druga koji utječu, ili bi mogli utjecati na obavljanje njegovih dužnosti».²⁵ Od ove općenite zabrane isključeni su darovi male vrijednosti (*minor gifts*) i tzv. uobičajeni znakovi pažnje (*conventional hospitality*). Odvojeno od opće zabrane primanja darova javnim službenicima može biti dozvoljeno primiti određene kategorije odnosno vrste darova tj. prednosti, kao npr. plaćanje troškova smještaja tj. objeda. Ipak i u takvim situacijama javni službenici moraju biti u mogućnosti prepoznati potencijalnu situaciju sukoba interesa i to prijaviti neposredno nadređenima. Kada postoji sumnja oko postojanja situacije sukoba interesa, službenici su obvezni zatražiti savjet, i to u pismenom obliku, od neposredno nadređenih osoba ili drugih osoba ili tijela nadležnih za postupanje. U obrazloženju stoji da se «darovima male vrijednosti» mogu smatrati npr. «poziv na piće ili ručak, kalendari i rokovnici, olovke manje vrijednosti i sl.». Ovaj kriterij, međutim, nije najpouzdaniji jer i «darovi male vrijednosti» mogu utjecati na nepristranost službenika. To osobito u situacijama kada se stvari male vrijednosti službeniku poklanjaju učestalo i od strane istih osoba. Tada i takvi darovi mogu dovesti do kršenja načela koja su u osnovi obavljanja javnih službi. Prema radnoj verziji Nacrta zakona o sprječavanju sukoba interesa u obnašanju javnih dužnosti²⁶ dužnosnicima je zabranjeno primiti osobne darove «pojedinačno u vrijednosti većoj od prosječne plaće u Republici Hrvatskoj tijekom prethodne godine.» Svaki dar preko te vrijednosti smatra se darom Republici Hrvatskoj i posebno se registrira. Propisana je i obveza dužnosnika da darove u vrijednosti prosječne plaće mora prijaviti nadležnom tijelu, a u slučaju sumnje o vrijednosti dara, dužan je darovatelja zamoliti za račun. Ne postoji, međutim, obveza prijavljivanja darova u vrijednosti do 500 kuna.²⁷ Ovaj Zakon, dakle, koristi samo termin «dar», a ne, kao npr. Kazneni zakon, «kakva druga korist» i čini se da sve stvari, predmete, prava supsumira pod pojam «dara». U čl. 17:7 švedskog KZ ne spominje se zabrana davanja «dara» već «mita», što se može smatrati sinonimom.²⁸ Uz zabranu davanja /i primanja/ mita stipulirana je i zabrana davanja druge nezakonite nagrade «*another illicit rewards*. U čl. 169. Bjeloruskog KZ također se ne spominje «dan» nego «materijalna vrijednost» ili akvizicija imovinske koristi» (*material values or an acquisition of benefits of the property nature provided to him exclusively in view of his official post*).²⁹ U KZ Ruske federacije u čl. 291. kojim se inkriminira davanje mita navodi se samo «mito», dok je u čl. 290. koji regulira zabranu primanja mita određeno da se mitom smatra «novac, vrijednosni papiri, ostala imovina ili prednosti imovinskoga karaktera».³⁰ Čl. 119. kanadskog KZ u nazivu sadrži mito a u sadržaju objektima korupcijske razmjene navodi «novac, kakvu drugu vrijednost, službu ili zaposlenje».³¹ U čl. 304. Bugarskog KZ inkriminirano je davanje «dara» kao i «druge materijalne koristi» javnom službeniku. U Finskom KZ u glavi 16, čl. 13. spominje se «dar ili druga korist» bez pobližeg označavanja što se može smatrati darom i da li ta druga korist može biti i nematerijalna.³² U Kaznenopravnoj konvenciji o korupciji u čl. 2. propisan je osnovni oblik aktivnog podmićivanja - podmićivanje domaćih javnih službenika. Aktivno podmićivanje svih ostalih kategorija osoba predviđenih Konvencijom temelji se na ovoj osnovnoj inkriminaciji (podmićivanje članova domaćih javnih skupština, stranih javnih službenika, članova stranih javnih skupština, aktivno podmićivanje u privatnom sektoru, podmićivanje službenika međunarodnih organizacija, članova međunarodnih parlamentarnih skupština i sudaca i službenika međunarodnih sudova). U temeljnoj inkriminaciji čl. 2. Konvencije također se ne govori o «daru» već samo o «nepripadajućoj koristi».³³

²⁵ Recommendation No. R(2000)10 of the Committee of Ministers to Member states on codes of conduct for public officials, Adopted by the Committee of Ministers at its 106th Session on 11 May 2000, CMC (2000) 26 Final, 16.10.2000., and Appendix to Recommendation No. R. (2000) 10, Model code of conduct for public officials.

²⁶ Radi se o prvoj radnoj verziji Nacrta prijedloga Zakona o sprječavanju sukoba interesa u obnašanju javnih dužnosti za kojeg je zamišljeno da potpunije i kvalitetnije od pozitivnog Zakona o pravima i obvezama državnih dužnosnika regulira složenu materiju sukoba interesa.

²⁷ U radnoj verziji spomenutog Zakona propisano je što se sve smatra darom: «Darom se smatra novac, stvari, prava ili usluge bez naknade, ili kakva druga izravna ili neizravna korist. Darom se bez iznimke smatra objed u restoranu, usluga noćenja, oprost duga ili obveze, putni trošak ili slična usluga, ulaznica, umjetnički predmet, suvenir, osiguranje ili slična usluga, liječnička ili slična usluga za koju dužnosnik nije osobi platio prema tržišnoj cijeni. Bez obzira na vrijednost, dužnosnik ne smije primiti nikakav predmet od dragocjenih kovina, novac ili drugu vrijednosnicu.»

²⁸ NILSSON H., Substantive Criminal Law, Corruption and Money Laundering, Corruption & Democracy, Budimpešta, 1994., str. 95.

²⁹ supra note 14.

³⁰ supra note 12.

³¹ Canadian Criminal Code, izv. <http://www.cancrimcode.lpt>

³² Battling International Bribery: Review of National Implementing Battling International Bribery, Released by the Bureau of Economic and Business Affairs, Washington, DC, July 1999.

³³ čl. 2. - Aktivno podmićivanje tuzemnih državnih službenika: «Svaka zemlja potpisnica donijet će one nužne pravne i druge mjere kojima se prema njenom tuzemnom zakonu, kaznim djelom smatra čin kada bilo koja osoba namjerno, izravno ili neizravno, obeća, nudi ili daje **bilo kakvu nepripadajuću korist** bilo kojem njenom državnom službeniku,

U svijetu se dopustivost primanja dara od strane javnih službenika uvjetuje s obzirom na različite okolnosti, a osobito vrijednost dara: nepisanim pravilom u Londonu se smatra dopustivost primanja dara koji je moguće popiti u roku od 24 sata (!?), u Maleziji je zabranjeno primanje darova čija vrijednost nije u pozitivnoj korelaciji sa svrhom zbog koje je dar učinjen, prema odredbama o dopustivim darovima Američke organizacije za etiku vlade saveznim je službenicima dozvoljeno primanje darova vrijednosti ispod 25 USD, s time da njihova ukupna vrijednost ne smije prijeći 100 USD u jednoj kalendarskoj godini itd. Ova odredba kojom se sankcionira veza između "zainteresiranog izvora" (*interested source*) i državnog dužnosnika u širem smislu obuhvaća i zabranu primanja povrata putnih troškova i troškova smještaja državnih dužnosnika od strane "zainteresiranog izvora", najčešće iz privatnog sektora. Brojni su slučajevi u kojima je ustanovljeno kršenje odredbe o zabrani primanja darova od strane "zainteresiranog izvora". Predstojnik odjela bivšeg američkog predsjednika Busha, John Sununu koji je 1991. godine iskoristio besplatnu avionsku kartu doniranu od strane "zainteresiranog izvora" radi obavljanja nekih privatnih poslova i trideset godina stariji primjer Shermana Adamsa koji je, obavljajući istu funkciju u uredu predsjednika Eisenhowera, primio čitav niz vrlo vrijednih i skupocjenih darova od strane privatnih osoba, samo su neki, najeklatantniji primjeri kršenja odredbe o zabrani primanja darova.³⁴

Osim problema oko utvrđivanja pojma «dar» postavlja se pitanje utvrđivanja pojma «kakva druga korist». Radi se o svim onim koristima koje ne ulaze u pojam dara. U tom je smislu zanimljiva jedna starija presuda Vrhovnog suda Hrvatske iz 1980. godine: «Primanje kakve druge koristi, kao element krivičnog djela primanja mita, osim primanja poklona, predstavlja i svako protupravno pogodovanje službene ili odgovorne osobe kad oni nešto kupuju za sebe, ako je to učinjeno radi toga da te osobe u granicama službenog ovlaštenja obave službenu ili drugu radnju koju ne bi smjeli obaviti ili da ne obave službenu ili drugu radnju koju bi morali obaviti. U konkretnom slučaju okrivljeni je kao komercijalni direktor jednoga poduzeća, kupnju određene robe za koju je bilo jasno da neće nikad biti proizvedena od određenog poduzeća uvjetovao time da mu to poduzeće od nekog trećeg poduzeća nabavi određeni osobni automobil iz uvoza uz manji iznos gotovinskog pologa, te duži rok i manje obročne iznose otplate preostalog dijela cijene automobila, što je i učinjeno nakon potpisa kupoprodajnog ugovora nekurentne, odnosno fiktivne robe. U obrazloženju presude, između ostalog, stoji: Bez obzira što se u ovome slučaju ne radi o primanju osobnog automobila na dar, nema nikakve dvojbe, a to se žalbom i ne dovodi u pitanje, da je u vezi s uvjetima uz koje je auto nabavljen riječ o pogodovanoj nabavci automobila, pa prema tome da je ipak riječ o stjecanju kakve koristi u vezi sa službenom djelatnosti optuženika.»³⁵ Ovo zanimljivo i posve ispravno stajalište Vrhovnog suda Hrvatske čini se posve aktualnim i općevrijednim. *Ratio* generalne klauzule «kakva druga korist» je u tome da se obuhvate sve one situacije korupcijske razmjene u kojem nema konkretnog materijalnog supstrata kao što je «dar», ali u kojima je supstitut tom materijalnom supstratu u određenoj **prednosti odnosno pogodnosti** koja se daje ili obećava službenoj ili odgovornoj osobi **u zamjenu** za njezino postupanje ili nepostupanje. Pritom nije opravdano tu korist ograničiti samo materijalnim kriterijima, jer su brojne situacije u kojima se za objektivno protudužnosne radnje službenih ili odgovornih osoba ovima daje ili obećava kakva neimovinska pa i nematerijalna korist. Premda to u zakonu nije eksplicirano «dar ili kakva druga korist» mogu biti obećani ili dani ne samo službenoj ili odgovornoj osobi već i nekoj drugoj osobi koja je s tom službenom ili odgovornom osobom u nekoj vezi. Tako npr. kad davatelj mita službenoj ili odgovornoj osobi obeća da će ako službena ili odgovorna osoba postupi prema dogovoru, upisati u školu njegovo ili njezino dijete premda ovo ne udovoljava uvjetima za upis. Moguće je, dakle, zaključiti da se pojmom «kakva druga korist» mislilo na sve vrste «stvarne prednosti ili pogodnosti» koje se dodjeljuju ili obećavaju službenoj ili odgovornoj osobi u zamjenu za njezin «servis». Objektima, materijalnim i nematerijalnim, nedozvoljene korupcijske razmjene, imaju se smatrati sve one vrijednosti koje su *in concreto* dovele ili su mogle dovesti do kršenja od strane službenika onih načela koja su u ishodištu obavljanja službe.

Prema odredbama FCPA predviđene su određene iznimke od zabrane davanja određenih stvari stranim javnim službenicima. Tako su, npr., dopuštena tzv. «small facilitating

namijenjenu njemu, njoj ili nekom drugom, ne bi li ta osoba djelovala ili se suzdržala od djelovanja tijekom obnašanja svoje dužnosti...» Riječ «nepripadajuća» ima cilj isključiti sve one koristi odnosno prednosti koje su dopuštene zakonom ili nekim drugim propisima po unutarnjem pravu država članica kao što su «darovi male vrijednosti ili socijalno prihvatljivi darovi», supra note 13., str. 226.

³⁴ DERENČINOVIĆ D., Kaznenopravni sadržaji u suprotstavljanju korupciji, doktorska disertacija, neobjavljeno, Zagreb, 2000., str. 256.

³⁵ Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Kž. 969/80, od 17.12.1980. godine.

payments» službenicima nižeg ranga³⁶ (za razliku od unutarnjeg kaznenog zakonodavstva koje zabranjuje sva plaćanja u cilju utjecaja na službenika u obavljanju njegovih dužnosti).³⁷ S obzirom na brojna pitanja koja su proizlazila iz ovakvog određenja dopustivosti određenih plaćanja javnim službenicima, 1988. godine FCPA je dopunjen u smislu da se mora raditi o plaćanjima koja su učinjena sa svrhom osiguranja nesmetanog obavljanja «routine governmental action». Tako npr. kada se radi o dobivanju određenih dozvola, licenci ili drugih službenih dokumenata koje je potrebno prikupiti radi obavljanja posla u stranoj državi, obradu dokumenata kao što su vize i radne dozvole, osiguranje policijske zaštite, podizanje i dostava pošte itd. te ostale slične akcije. Osim ovih izuzetaka FCPA izuzima od zabrane tzv. zakonite radnje prema stranom pravu. Tako npr. kad se radi o darovima male vrijednosti koji su vrlo često dopušteni po stranom pravu, kontribucije u političkim kampanjama u mjeri i uz uvjete koji su dopušteni po stranom pravu, zakonito lobiranje koje je također dopušteno stranim pravom itd. U treću kategoriju iznimaka po FCPA ulaze tzv. «razumni troškovi učinjeni u dobroj vjeri». Radi se, primjerice o putnim troškovima i troškovima hotelskog smještaja stranog javnog službenika ukoliko je to izravno povezano s promocijom, demonstracijom ili eksplanacijom određenih proizvoda ili usluga, ili izvršenjem ugovora sklopljenog sa stranom državom ili agencijom. Zanimljivo je da darovi, pa čak i kad se radi o darovima razumne vrijednosti učinjenima u znak zahvalnosti za gostoprimstvo, nisu dopušteni. Međutim, darovi kao što su uzorci proizvoda, ili ostali darovi male vrijednosti, u određenim okolnostima mogu biti dozvoljeni ako predstavljaju promotivne troškove učinjene u dobroj vjeri ili ako se radi o plaćanjima koja su zakonita prema stranom pravu.³⁸

Za primjenu kaznenog zakonodavstva posebno je značajno pitanje kako tretirati «darove male vrijednosti» ili «kakvu drugu korist koja nije značajna po sadržaju i opsegu». Ovdje se isprepliću norme kaznenoga prava, i to inkriminacija davanja mita i odredba o beznačajnom djelu, s normama iz područja sukoba interesa. S obzirom na to postavlja se pitanje kako razgraničiti tzv. dozvoljeno primanje darova predviđeno tim posebnim zakonodavstvom sukoba interesa od nedozvoljenog primanja darova inkriminiranog u Kaznenom zakon u. Najprije treba utvrditi da je dozvoljeno primanje darova po odredbama zakonodavstva sukoba interesa u korelaciji s kaznenopravnom zabranom primanja darova. Nije kaznenim pravom uspostavljena opća zabrana primanja darova službenim i odgovornim osobama, već je zabranjeno davanje darova ili kakvih drugih koristi (te obećanja istih) u cilju da službena ili odgovorna osoba u granicama svojih ovlasti ostvari opis kaznenog djela pravog ili nepravog pasivnog podmićivanja. S obzirom na to nisu u suprotnosti osnove zakonodavstva sukoba interesa i kaznenog zakonodavstva u dijelu koji inkriminira davanje i primanje mita. Kada se, međutim, radi o obećanju ili davanju «darova ili kakve druge koristi» sa ciljem (isključivost izravne namjere za davanje mita) da se utječe na službenu ili odgovornu osobu da ostvari zakonski opis djela pasivnog podmićivanja (u anglosaksonskom kaznenom zakonodavstvu za taj se dio inkriminacije rabi termin «corruptly»),³⁹ tada odredbe zakonodavstva sukoba interesa prestaju biti relevantnima i primjenjuju se isključivo kaznenopravne norme. To znači da su, pa čak i ako se radi o obećanju ili davanju nekog dara

³⁶ supra note 18., str. 42.

³⁷ v. 18. U.S.C. §201.

³⁸ U vezi s primjenom FCPA spominju se dva slučaja: 1. Kompanija je predložila slanje uzoraka govedine javnim službenicima u bivši Sovjetski Savez; Nije provedena pravna akcija jer su uzorci govedine, pojedinačno vrijedni oko 250 USD, bili upućeni stranim javnim službenicima radi inspekcije i testiranja radi toga da se uvjere u kvalitetu govedine. Bitno je to da je govedina njima bila upućena kao predstavnicima strane vlade, a ne kao privatnim osobama. 2. Isto tako nije provedena pravna akcija kada su Odjel za poljoprivredu savezne države Missouri i jedna privatna kompanija planirali platiti putne troškove jednom vladinom službeniku iz Singapura, a put je bio poduzet radi demonstriranja tom službeniku mogućnosti poljoprivredne proizvodnje u Missouriju. BEIMAIER&HOEFFNER, The Foreign Corrupt Practices Act, in White Collar Crime: Business and Regulatory Offenses, 1996., supra note 18., str. 30.

³⁹ U anglosaksonskom pravu takvim se općenito smatra ponašanje suprotno načelima časti i integriteta (poštenja). Za tumačenje pojma v. United States v. Liebo - «riječ corruptly znači da ponuda, obećanje plaćanja, plaćanje ili odobrenje plaćanja mora biti učinjeno sa namjerom utjecati na primatelja da zlouporabi svoju službenu poziciju ili utjecati na nekoga drugoga da to učini. Isto tako djelo je «corruptly» počinjeno ukoliko je poduzeto dobrovoljno i s namjerom, te sa zlom svrhom postizanja ili nezakonitih ciljeva ili zakonitih ciljeva nezakonitim metodama ili sredstvima. Nadalje, u United States v. Brewster instrukcija poroti bila je da «corruptly» predstavlja dobrovoljnu i sa zlom namjerom poduzetu radnju radi ostvarivanja nezakonitog rezultata. Isto tako i u United States v. Gjeli, ocijenjeno je da je «davatelj mita namjeravao da službenik iskoristi svoj status za postizanje nezakonitih ciljeva. Naprotiv, taj zakon zahtijeva da je davatelj mita namjeravao da vladin službenik iskoristi svoj status zaposlenika da bi realizirao nezakoniti cilj mita. Odsutnost takve namjere znači nepostojanje djela». Australsko antikorupcijsko zakonodavstvo umjesto termina «corruptly» rabi termin «dishonestly». Radna skupina za izradu izmjena antikorupcijskog zakonodavstva navodi da je taj termin ipak nešto širi od termina «corruptly», ali je i dovoljno fleksibilan da omogući poroti ocjenu okrivljenikova ponašanja koje je suprotno standardima običnih ljudi. Osim ovog elementa za postojanje inkriminacije davanja mita mora na strani davatelja postojati namjera dati određenu korist službeniku i namjera da ta korist utječe na obavljanje dužnosti tog službenika, ili da službenik nešto učini ili ne učini, ili da službenik pridobije svog nadređenog da nešto učini., ibid. str. 47.

male vrijednosti (npr. ako ostane sadašnji prijedlog u radnoj verziji Nacrta prijedloga Zakona o sprječavanju sukoba interesa u obnašanju javnih dužnosti da se takvim darom smatraju stvari u vrijednosti do 500,00 kn) službenoj ili odgovornoj osobi, ali s ciljem da se utječe na njezinu objektivnost i zakonito obavljanje službe u korist davatelja, ostvarena obilježja kaznenog djela davanja mita iz čl. 348. KZ. S druge strane i davanje dara velike vrijednosti ili kakve druge koristi u značajnom opsegu, premda predstavlja povredu prema odredbama zakonodavstva sukoba interesa, ne mora ujedno biti i kaznenopravno relevantno ako u trenutku počinjenja djela ne postoji i tzv. *animus corruptandi* tj. izravna namjera davatelja takvoga dara ili koristi, da se tim objektima utječe na službenu ili odgovornu osobu da u granicama svojih ovlasti ostvari zakonski opis kaznenog djela pasivnog podmićivanja. Upravo iz tog razloga predmeti korupcijske razmjene moraju biti posve konkretizirani. S jedne strane kontribucija davatelja mita učinjenog s koruptivnom namjerom, a s druge strane spremnost primatelja mita da za primljenu vrijednost davatelju uzvratu objektivno protudužnosnim obavljanjem službene ili druge radnje u granicama svoje ovlasti.

5. RAZMATRANJE KAZNENOPRAVNE REAKCIJE NA TZV. «NESKRIVLJENO DAVANJE MITA»

Korupcijska kaznena djela, osobito davanje i primanje mita, često se nazivaju tajnim kaznenim djelima. Tamna brojka kod ovih kaznenih djela osobito je velika, ponajprije stoga što niti jednoj od strana u nedozvoljenoj razmjeni nije u interesu tu razmjenu razotkriti. Prvo stoga što obje strane u korupcijskoj razmjeni mogu biti «zadovoljne» jer ostvaruju određene probitke i koristi, a drugo stoga što razotkrivanje djela i njegovo prijavljivanje dovodi do samoinkriminiranja tj. okolnosti da protiv prijavitelja bude pokrenut kazneni postupak i da isti bude osuđen. U fenomenologiji kaznenih djela s elementima korupcije, posebno u posljednje vrijeme, uočava se sve manje izvora saznanja o počinjenom kaznenom djelu. To, naime, nisu djela koja se čine pred svjedocima, materijalni tragovi izuzetno su rijetki zbog transakcija koje više nisu tradicionalne već sve više postaju distancijskim, gotovina je sve rjeđe objekt takvih transakcija itd. Stoga se u posljednje vrijeme aktualizira problematika dokazivanja kaznenih djela s elementima korupcije unošenjem tzv. pogodbenih elemenata u njihove zakonske opise. Ti se pogodbeni elementi odnose na obje strane u korupcijskoj razmjeni i sastoje se od brojnih obveznih ili fakultativnih pogodnosti koje se stranama (najčešće davatelju mita) stavljaju u izgled ovisno o njegovoj spremnosti suradnje s tijelima kaznenog pravosuđa u razotkrivanju konkretnog korupcijskog kaznenog djela. Međutim, oko tih elemenata koji u svom najkonsekventnijem obliku dovode i do obveznog oslobođenja od krivnje jedne od strana (najčešće aktivnog podmićivača) u komparativnom kaznenom zakonodavstvu, teoriji i praksi postoje brojni prijepori. Osnova kritike odnosi se na neprihvatljivost «trgovine sa pravdom» koja *in ultima linea* dovodi do nekažnjavanja krivaca zbog pragmatične zaštite pretežnijeg interesa. S druge strane, ratio utilitarističkog creda, čija se kriminalnopolitička opravdanost u posljednje vrijeme sve više potvrđuje, također je u funkciji zaštite pretežnijeg interesa. To se argumentira opravdanošću odstupanja od nekih tradicionalnih načela kaznenoga prava i postupka kada se radi o potrebi suzbijanja javnih oblika kriminala koji na posebno opasan način i u značajnom opsegu ugrožavaju najznačajnije vrijednosti pojedinca i zajednice. U takvim je okolnostima, a riječ je o organiziranom kriminalu, korupciji itd. posve opravdano afirmirati na normativnoj razini, ali i razini primjene zakona, određene faktične imunitete namijenjene sudionicima nezakonitih razmjena. Radi se, u prvom redu, o «imunitetima» pridržanim za aktivnog podmićivača odnosno davatelja mita pod određenim, zakonom propisanim uvjetima. Ti se faktični imuniteti mogu sastojati u obveznom oslobođenju od kazne davatelja mita koji dobrovoljno i pravovremeno prijavi djelo počinjeno na inicijativu primatelja mita, potom fakultativnom oslobođenju od kazne, obveznom oslobođenju od krivnje ili pak fakultativnom oslobođenju od krivnje. U komparativnom kaznenom zakonodavstvu postoje različita rješenja ovoga pitanja, i svakom od tih rješenja, koja imaju svojih dobrih i loših strana, mogu se uputiti određeni prigovori.

Prvi je model obveznog oslobođenja od krivnje davatelja mita koji počini djelo na inicijativu primatelja mita i to djelo dobrovoljno i pravovremeno prijavi nadležnom tijelu. Prema tom modelu davatelj mita se oslobađa od krivnje (donosi se Oslobođajuća presuda) ako su ispunjene sve zakonske pretpostavke za to. Zakonske pretpostavke za obvezno oslobođenje od krivnje davatelja mita mogu biti propisane alternativno i kumulativno. Tako je, npr. u KZ Ruske Federacije propisano obvezno oslobođenje od krivnje pod alternativnim uvjetom - ako je

davatelj mita bio prisiljen dati mito ili ako je dobrovoljno prijavio djelo nadležnom tijelu.⁴⁰ U pogledu prve okolnosti nije definirano kada se može smatrati daje davatelj mita «bio prisiljen dati mito» niti tko ga je na to prisilio. Treba uzeti da je irelevantno za ostvarenje ovog zakonskog opisa dolazi li prisila od strane primatelja mita ili od neke treće osobe. Silu treba tumačiti sukladno njezinoj definiciji u općem dijelu Kaznenog zakona tako da ona ne obuhvaća samo fizičku prisilu već i kompulzivnu silu. Drugi je uvjet, određen alternativno, daje okrivljeni djelo dobrovoljno prijavio nadležnom tijelu. Iz toga proizlazi da nije relevantno vrijeme prijavljivanja tako da i tzv. nepravovremeno prijavljivanje, dakle prijavljivanje kada je djelo već otkriveno (objektivni uvjet) ili nakon što je počinitelj saznao da je otkriven (subjektivni uvjet), obvezno implicira oslobođenje od krivnje davatelja mita. Ovome se mogu uputiti određeni prigovori. Osoba koja je dala mito pod prisilom ostvarila je zakonski opis kaznenog djela davanja mita, ali njezino djelo zbog postupanja u krajnjoj nuždi nije protupravno. Donošenje oslobađajuće presude za okrivljenog koji djeluje pod takvim okolnostima ne bi trebalo biti temeljeno na razlozima koji impliciraju redukciju krivnje, već isključenje protupravnosti. Ako je okrivljenik dao mito zbog toga što je na to bio prisiljen, može se, ovisno o okolnostima slučaja, smatrati da je ostvario «zlo» koje je «ili manje ili jednako zlu koje je prijetilo». Ocjena vrijednosti dobara provodi se prema ustavnopravnom izvoru rangiranja vrijednosti zaštićenih kaznenim pravom. Uvijek treba uzeti da se radi o krajnjoj nuždi kada je davatelj mita bio prisiljen počiniti djelo zbog opasnosti koja je postojala za njegov (ili njegove obitelji) život i tijelo, osobnu slobodu i sigurnost itd. S druge strane, okolnost da je davatelj mita djelo dobrovoljno prijavio, sama za sebe ne bi trebala obvezno implicirati njegov faktični imunitet. Uz dobrovoljnost trebalo bi kao dodatni kriterij propisati i pravovremenost prijavljivanja djela. Premda motivi prijavljivanja nisu odlučni, prijavljivanje samo zbog toga što je počinitelj saznao da je otkriven, ne bi trebalo biti dostatno za tako značajnu beneficiju kao što je obvezno oslobođenje od krivnje. Osim toga, ovakav pristup u potpunosti prejudicira instrumentalni značaj kaznenog djela davanja mita, i neosnovano apriorno favorizira samo jednu stranu u korupcijskoj razmjeni koja ne mora uvijek biti manje kriva. Uz ovu načelnu primjedu može se dodati i jedna sasvim praktične naravi - kada je sud obavezan u opisanim situacijama donijeti oslobađajuću presudu, on najčešće gubi jedinog potencijalnog svjedoka u kaznenom postupku protiv primatelja mita.

Prema drugom modelu davatelj mita pod određenim okolnostima može biti oslobođen od kazne. Taj odluka, ukoliko su ostvarene zakonske pretpostavke, uvijek na strani suda koji odlučuje da li će okrivljenik biti oslobođen od kazne ili neće. Diskrecijska ovlast suda da okrivljenika proglasi krivim no oslobodi od kazne, ograničena je zakonskim pretpostavkama za tu mogućnost, i podrazumijeva jedan značajan pogodbeni element. Premda sud okrivljenika može osloboditi od kazne i zbog postojanja brojnih iznimno olakotnih okolnosti, *ratio* ove odredbe je u nekoj vrsti pogodbe s davateljem mita kojem se obećava oslobođenje od kazne u zamjenu za njegovo svjedočenje protiv primatelja mita. Ovakvo rješenje omogućava sudu da ocijeni sve relevantne okolnosti slučaja i ovisno o tome, te posebno o spremnosti davatelja mita da surađuje sa kaznenim pravosuđem, da odluči o tome hoće li okrivljenika osloboditi od kazne ili neće. Pitanje je, međutim, koliko ova odredba može biti poticajna za potencijalne davatelje mita da prijave djelo, s obzirom da se prijavljivanjem izlažu ne samo opasnosti, već s obzirom na načelo legaliteta i izvjesnosti kaznenog progona njih samih. Teško je, naime, očekivati da netko prijavi kazneno djelo primanja mita, a samim tim i vlastito kazneno djelo davanja mita, znajući da će biti osuđen, zabilježen u kaznenoj evidenciji itd. Sustavi kod kojih je predviđeno ovakvo rješenje bilježe vrlo mali broj prijavljenih korupcijskih kaznenih djela od strane davatelja mita.⁴¹ Ovakva proširena varijanta koja ostavlja mogućnost sudu da oslobodi od kazne ne samo davatelja već i primatelja mita odnosno da jednom ili drugom izvanredno ublaži kaznu propisana je u čl. 243. poljskog KZ.⁴²

Slično prethodnom, ali ipak povoljnije za okrivljenika, je rješenje po kojem davatelj mita ako su ispunjene sve ostale zakonske pretpostavke, sud mora osloboditi od kazne. Takva odredba postoji u čl. 348. st. 3. hrvatskog Kaznenog zakona: «Počinitelj kaznenog djela iz stavka 1. i 2. ovoga članka koji je dao mito na zahtjev službene ili odgovorne osobe i prijavio djelo prije njegova otkrivanja ili prije saznanja da je djelo otkriveno, oslobodit će se kazne.» Pretpostavka primjene st. 3. je da sud utvrdi da je davatelj mita dao na zahtjev službene ili odgovorne osobe

⁴⁰ supra note 12.

⁴¹ Prema čl. 363. st. 3. Kaznenog zakona Federacije Bosne i Hercegovine «Učinitelj djela iz st. 1. i 2. ovoga članka koji je dao mito na zahtjev službene ili odgovorne osobe i prijavio djelo prije njegovog otkrivanja ili prije saznanja da je djelo otkriveno, može se osloboditi od kazne», supra note 15., str. 146.

⁴² Combating corruption in Poland, current situation and legal institutions in criminal law, Vice-presidents Conference on fighting corruption and safeguarding integrity among justice and security officials, Washington, 1999.

te da je pravovremeno prijavio djelo - prije njegova otkrivanja ili prije saznanja daje djelo otkriveno. Ne spominje se dobrovoljnost, ali je iz konstrukcije zakonskog opisa razvidno da se ona podrazumijeva. Osim u hrvatskom Kaznenom zakonu, odredba istovjetnog sadržaja postoji i u nekim drugim europskim kaznenim zakonima, npr. u mađarskom⁴³ KZ. Estonski KZ predviđa obvezno oslobođenje od kazne ne samo za davatelja već i za primatelja mita ako su ispunjene određene pretpostavke.⁴⁴ Ovome se mogu uputiti svi oni prigovori koji su upućeni mogućnosti fakultativnog oslobođenja od kazne za "neskrivljeno davanje mita", a u prvom redu da je davatelj mita nezainteresiran po ovakvom modelu prijaviti djelo radi opasnosti od samoopćuživanja. S druge strane, obvezno oslobođenje od kazne može dovesti do nekažnjavanja davatelja mita na čijoj strani ne postoje stvarne ili osobne okolnosti koje bi umanjivale njegovu krivnju. Moguće je, naime, da budu ispunjene sve pretpostavke koje zakon traži, dakle inicijativa službene ili odgovorne osobe, dobrovoljnost i pravovremenost prijavljivanja, no isto tako da davatelj mita djelo prijavi zbog toga što za ono što je "dao ili obećao" nije ništa dobio zauzvrat ili to nije bilo ono što je on očekivao. Obvezno oslobođenje od kazne takvog okrivljenika zasigurno nije u suglasju s onim stoje zakonodavac ovom odredbom namjeravao - potaknuti na prijavljivanje kaznenog djela osobe koje su bile "žrtvama" kriminalne situacije i tu participaciju honorirati na ovako značajan način.

Svakako najpovoljnije i kriminalnopolitički najopravdanije rješenje bilo bi u mogućnosti oslobođenja od krivnje tzv. «neskrivljenog» davatelja mita. Pod uvjetom da su ispunjene sve zakonske pretpostavke (inicijativa službene ili odgovorne osobe, pravovremenost i dobrovoljnost prijavljivanja djela), takvom bi okrivljeniku s obzirom i na neke dodatne okolnosti trebalo staviti u izgled mogućnost oslobođenja od krivnje. Pritom bi kod odlučivanja svakako trebalo voditi računa o sadržaju i značaju korupcijske razmjene ali i spremnosti davatelja mita na suradnju s tijelima kaznenog pravosuđa. Pod tom suradnjom može se smatrati pojavljivanje davatelja mita u ulozi svjedoka u kaznenom postupku protiv primatelja mita. Na tom su tragu i zaključci V. europske konferencije specijaliziranih službi za borbu protiv korupcije: «Značajna je debata o tome treba li ili ne predvidjeti oslobođenje od kaznenog progona ili ostale prednosti počiniteljima korupcijskih kaznenih djela koji prihvaćaju prekinuti «tajni savez» i djelo prijave vlastima. Davanje takvih prednosti pokazalo se učinkovitim u nekim državama, jer je omogućilo razotkrivanje korupcijskih kaznenih djela i kažnjavanje počinitelja. Treba, međutim, voditi računa i o mogućem riziku da se time afirmira sistem ucjenjivanja ili pogodbe među počiniteljima, što može rezultirati daljnjim kaznenim djelima. Postoji jednoglasnost u pogledu redukcija kazni za počinitelje koji surađuju s tijelima kaznenog pravosuđa. Međutim, potpuno oslobođenje od kazne i predviđanje imuniteta od kaznenog progona ostaje upitnim. Time se želi reći da se određene prednosti počiniteljima korupcijskih kaznenih djela mogu omogućiti samo pod striktno određenim zakonskim uvjetima i uz osiguranje da se te osobe pred sudom pojave kao svjedoci u konkretnom slučaju. Štoviše, odluka o oslobođenju od kaznenog progona ili kazne kad god za to postoje zakonske osnove, zahtijeva veliku pažnju tijela sudbene vlasti i ne smije u načelu biti omogućena onima koji su dali inicijativu za počinjenje djela, koji to nisu pravovremeno prijavili, kao i prema onima čije priznanje nije spontano već uvjetovano prijetnjom kaznenog progona».⁴⁵

6. ZAKLJUČAK

Počinitelj kaznenog djela davanja mita jedna je strana u tipičnoj korupcijskoj razmjeni. S obzirom na prirodu i karakter te razmjene proizlaze i brojna dogmatska, ali i praktična pitanja u vezi s inkriminacijom aktivnog podmićivanja. Prvo se pitanje odnosi na njegovo svrstavanje među kaznena djela protiv službene dužnosti. Premda je, povijesnopravno, kazneno djelo davanja mita bilo akcesorno pravom službeničkom deliktu primanja mita, ono u suvremenom

⁴³ U čl. 258B st. 3. mađarskog KZ predviđeno je obvezno oslobođenje od kazne za davatelja mita koji je «dao ili obećao mito na inicijativu službene osobe zbog straha od nezakonitih posljedica do kojih bi moglo dovesti njegovo odbijanje», Experiences in changing patterns of corruption and the main directions of combating corruption at the policing agencies supervised by the Minister of the Interior of the Republic of Hungary, Vice-presidents Conference on fighting corruption and safeguarding integrity among justice and security officials, Washington, 1999.

⁴⁴ Prema čl. 164. i 164.1. Estonskog KZ i davatelja i primatelja mita sud mora osloboditi od kazne pod određenim uvjetima. Kada je riječ o primatelju mita njega sud mora osloboditi od kazne ako je dobrovoljno i prije obavljanja ili neobavljanja radnje za koju je primio mito, pismeno prijavio djelo. Davatelj mita mora biti oslobođen od kazne ako je bio prisiljen dati mito ili ako je, prije no što je primatelj mita obavio ili propustio obaviti radnju u interesu davatelja mita, dobrovoljno pismeno prijavio djelo., izv. <http://www.legaltext.ee/tekstid/X/en/X30022K1.HTM>

⁴⁵ Draft Conclusions of the 5th European Conference of Specialised Services in the Fight against Corruption «Investigating, prosecuting and adjudicating corruption cases»,

komparativnom kaznenom zakonodavstvu ima potpunu kaznenopravu samostalnost. Premda davanje mita nije službeničke kazneno djelo, ono objektom zaštite u potpunosti opravdava svrstavanje u glavu kaznenih djela protiv službene dužnosti. *Ratio legis* je zaštita objektivnosti, nepristranosti i poštenog obavljanja javne službe i to kako od barijera koje su tim načelima nametnute unutar same službe tako i to svih nezakonitih posega koji dolaze izvana. Premda se kod davanja mita i primanja mita može govoriti o tzv. "učinku ogledala" prema kojem je davanje mita nužna sporedna posljedica primanja mita i obratno, cjelovita normativna raščlamba obaju zakonskih opisa potvrđuje mogućnost da se ne mora uvijek raditi o deliktima susretanja te da je moguće kazniti primatelja mita bez kaznene odgovornosti davatelja mita i obratno. U "lancima korupcije" koji u posljednje vrijeme postaju sve složeniji, a transferi korupcije distancijski, sve je više posrednika. Ponekad se, s obzirom na fenomenologiju, može pojaviti problem kaznenopravnog kvalificiranja tog oblika sudjelovanja u nedozvoljenoj razmjeni. U konkurenciji su kazneno djelo davanja mita počinjeno posredovanjem, protuzakonito posredovanje odnosno pomaganje u davanju ili primanju mita. Ovisno o okolnostima konkretnog slučaja, određuje se i kvalifikacija za koji od korupcijskih delikata. Službenim je osobama načelno zabranjeno primati darove u vezi s njihovom službom. To vrijedi kako za dužnosnike tako i za državne službenike odnosno namještenike. Međutim, primanje dara *in concreto* može predstavljati kršenje odredaba regulative sukoba interesa, a da istodobno ne predstavlja i kršenje kaznenopravne norme. Moguća je i inverzija. Odlučujuća determinanta je na subjektivnoj strani. Uvijek kada postoji namjera korupcije radit će se, bez obzira o vrijednosti objekta koruptivne razmjene, o koruptivnom kaznenom djelu. Pritom odredbu o bagatelnom kaznenom djelu treba tumačiti sasvim restriktivno. Naposljetku, premda ne manje važno, s obzirom na takve trendove koji su sveprisutni u komparativnom kaznenom zakonodavstvu, ostaje zakonski se odrediti prema tzv. "neskrivljenom davanju mita" i eventualno redefinirati kaznenopravnu poziciju aktivnog podmićivača koji je dao mito na zahtjev službene ili odgovorne osobe, pa je djelo pravovremeno prijavio, kako zbog upitne svrhe kažnjavanja takvog okrivljenika tako i zbog sasvim pragmatičnih interesa kaznenog postupka čiji je instrumentarij u otkrivanju i procesuiranju sudionika korupcijske razmjene još uvijek nedostatan i nedovoljno učinkovit.

Summary

Davor Derančinović: BRIBERY IN CROATIAN AND COMPARATIVE LAW AND PRACTICE - A CRITICAL ANALYSIS OF PARTS OF INCRIMINATION AND SOME SUGGESTIONS DE LEGE FERENDA

This paper is not an attempt to give an integral review of all moments related to the criminal act of bribery, but serves as a contribution in examination of certain elements of the act in view of changes occurred in international and comparative criminal law during past years. First change relates to a significant number of open questions raised by new regulation of conflict of interests which demands clearer determination of relationship between contributions to public officials according to such provisions and unlawful offerings ('gifts' and all other 'benefits and advantages'). Having in mind that corruptive exchanges tend to eradicate and that a growing number of agents are included in the process, the issue of criminal determination of agency in active bribery and its independent or accessory characteristic is raised. Furthermore, for application of so-called special investigative measures which restrict constitutional rights of citizens but which, according to comparative experiences represent a highly efficient means of collecting evidence in criminal procedure, it is of special importance to establish the relation of the act of giving or receiving of bribery, to determine when the act is deemed to be completed, if the attempted bribery is relevant, etc.

With that respect, the thesis of giving and receiving of bribery as so-called encountering offenses or the thesis of necessary accessory as multilateral offense are being reexamined. Finally, because of the 'gray' nature of the corruption offenses, particularly giving, but also receiving the bribery for which the participants in the unlawful exchange have no interest to report the crime, the idea to give total 'pardon' to one of the parties, mostly to the giver of the bribery, in exchange for his cooperation with bodies of criminal judiciary has been increasingly discussed.