

Анђела Ристић,¹

Докторанд,²

Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 343.3/7(497.11)

Прегледни научни чланак

Примљен: 22. 05. 2023.

Прихваћен: 02. 06. 2023.

ОПСТАЈАЊЕ ДЕЛА МАЛОГ ЗНАЧАЈА У СРПСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ: О ПОТРЕБИ РЕШАВАЊА ДУБЉИХ КРИВИЧНОПРАВНИХ ПИТАЊА

Апстракт: Дело малог значаја представља основ искључења противправности и преображени југословенски институт незнатне друштвене опасности. Због свог порекла у домаћој науци кривичног права овај институт је окарактерисан као превазиђен и непотребан. Овом ставу још више иду у прилог ефекти и широка, учестала примена начела опортунитета кривичног гоњења у пракси. Поред и упркос бројним критикама дела малог значаја у научној литератури, законодавац није битно мењао одредбу о делу малог значаја нити се одлучио за брисање овог института из нашег система у потпуности. Ако се законодавац не одриче кривичноматеријалног механизма решавања на багателни криминалитет, зашто то чини јуриспруденција? Разлози могу бити вишеструки и имати корен у проблемима кривичног процесног и/или кривичног материјалног права. У борби између начела опортунитета и дела малог значаја најважније је одлучити се – ефикасност или правна сигурност. Док са једне стране недостаци начела опортунитета могу имати директне практичне негативне последице, проблеми који се везују за дело малог значаја углавном су теоријске природе и њихов утицај не досеже до правосудне праксе. У овом раду ће бити изложени и образложени бројни процени и материјални, теоријски и практични аргументи да би се могао дати одговор на питање: да ли је дело малог значаја бреме српског кривичног права?

Кључне речи: дело малог значаја, противправност, друштвена опасност, начело опортунитета, багателни криминалитет.

¹andjela.rist@gmail.com

² Стипендиста Министарства науке, технолошког развоја и иновација

1. Увод

Дело малог значаја је институт српског кривичног права нормиран у члану 18. Кривичног законика Србије³. Реч је о основу који искључује противправност, то јест о објективном основу искључења кривичног дела. У првом ставу 18. члана Кривичног законика каже се да није кривично дело оно дело које, иако садржи обележја кривичног дела, представља дело малог значаја. Услови за постојање дела малог значаја и примену овог института у пракси су материјални – степен кривичне учиниоца који није висок, одсутне или незнатне штетне последице и то да општа сврха кривичних санкција не захтева изрицање кривичне санкције, али и формални – да је по среди кривично дело за које је у законнику прописана казна затвора до три године или новчана казна. Бит и сврха овог института јесте кривичноматеријална реакција на багателни криминалитет, односно механизам којим кривично материјално право даје одговор на конкретно остварена дела чији криминалнополитички значај није велик.

Овако нормативно постављен институт задобио је бројне критике у домаћој науци кривичног права у протеклих десетак година. Домаћи аутори бавили су се делом малог значаја врло интензивно пре десет до дванаест година (о чему сведоче бројни научни чланци баш из овог периода), сагледавши институт из различитих аспеката, да би у периоду који следи до данас, чини се, ова тема изашла из фокуса и сфере интересовања научне и стручне јавности. Дело малог значаја окарактерисано је као превазиђен и у нашем систему непотребан институт, нарочито због све учесталије примене опортунитета кривичног гоњења. Иако је сврха опортунитета кривичног гоњења истоветна сврси дела малог значаја – а то је адекватна реакција на багателни криминалитет, ови институти разликују се по својој суштини и дејствима. За почетак, дело малог значаја је институт материјалног, а опортунитет кривичног гоњења институт процесног кривичног права. Опортунитет кривичног гоњења, као овлашћење јавног тужиоца у предистражном поступку, важи за савремен, ефикасан, прикладан и најпожељнији приступ багателним кривичним делима. На аргументацији о већој ефикасности процесноправних механизма ношења са багателим криминалитетом се даље темељи став о излишности постојања дела малог значаја у нашем кривичном праву.

³Кривични законик, *Службени гласник*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

Предмет овог рада је сагледавање дела малог значаја са кривичноматеријалне и кривичнопроцесне стране и са теоријске и практичне стране, критичко сагледавање проблема који се непосредно и посредно тичу овог института, те предочавање аргумената за и против опстајања института дела малог значаја у српском кривичном праву. Циљ овог рада јесте да се покаже да дело малог значаја не представља терет за кривичноправну праксу, да је прогрешно одрицати га се, нарочито не без претходног покушаја његове реконструкције и усклађивања са другим сродним установама, уколико је то потребно. Поред овог непосредног, овај рад има и посредни циљ – да укаже на то да проблеми у вези са делом малог значаја, који су претежно теоријског карактера, треба да буду схваћени као симптоми и жаришта других дубљих како теоријских тако и практичних проблема у целокупном кривичноправном систему наше земље.

Методи који ће бити употребљени у тумачењу и образлагању теза јесу преваходно нормативни и догматски, систематски и телеолошки, а на пригодним местима одредбе кривичног права биће тумачене и језички, логички и историјски.

2. За и против дела малог значаја

Средишњи и најважнији део овог рада биће посвећен сагледавању кривичнопроцесних и кривичноматеријалних погледа на институт дела малог значаја. Међутим, постоје аргументи који су врло често били изношени у научној литератури, а који се не би могли подвести под процесноправне ни под материјалноправне аргументе, те их је потребно издвојити и изложити у посебној целини овог рада. Иако природа ставова који ће на овом месту бити изнети није правна, то не умањује њихов значај, већ напротив – доприноси свестранијем и свеобухватнијем сагледавању теме која је пред нама.

Најпре, потребно је приметити да су чешћи разлози против дела малог значаја, него што су изношени ставови који иду у прилог овом институту. Ставови „за“ дело малог значаја су прилично имплицитни, нису јасно изражени и морају се изводити из других ставова и поступака судске праксе, јуриспруденције и законодавства. За почетак, иако је било доста прилика, при уношењу крупнијих измена и допуна у Кривични законик Србије, наш законодавац није битно изменио услове за примену дела малог значаја, нити је изопштио, денормирао овај институт. Законодавац у Образложењу Закона о изменама и допунама Кривичног

законика⁴ из 2016. године, у трећем одељку који је посвећен објашњењу основних правних института и појединачних решења наводи следеће: „Иако би се могли истаћи и разлози у прилог укидању института дела малог значаја (укинуле су га Словенија и Црна Гора, а у западноевропским земљама оно и не постоји), умеренији приступ иде у прилог томе да се у члану 18. Кривичног законика врати решење пре измена и допуна овог законика из 2009. године, а то је да се примена овог основа искључења противправности дозволи само код дела за која је прописана казна затвора до три године или новчана казна. Тешко је бранити став да и дела за која је запређена казна затвора до пет година, како је предвиђено постојећим решењем, у конкретном случају могу да се испоље у тако лакој облику да их и не треба сматрати кривичним делом. Сврха овог института јесте да се кривично правосуђе растерети једног дела онога што се уобичајено сврстава у тзв. багателни криминалитет. Осим начела опортунитета на процесном плану, има аргумената да се ово питање решава и на плану материјалног кривичног права, али се ни широким схватањем појма багателног криминалитета у њега не могу сврстати и она кривична дела која су запређена казном затвора у трајању од пет година. Треба имати у виду и то да сувише широко постављен институт дела малог значаја може да доведе у питање пуно остваривање начела законитости у кривичном праву.“⁵

Дакле, став законодавца је јасан, мада недоречен – у средишту је била иземна формалног услова, те је примена дела малог значаја сужена, а и један материјални услов је добио другачију формулацију – услов да је степен кривице учиниоца низак преформулисан је у услов да степен кривице учиниоца није висок. Са друге стране, законодавац не износи изричито који су то аргументи у прилог опстајању дела малог значаја у нашем систему, упоредо са или упркос постојању и широкој примени опортунитета кривичног гоњења. Са правом се може поставити питање да ли ових аргумената уствари нема или су они толико скривени у теорији да их је тешко наћи и образложити, или законодавац једноставно избегава да предузме тако радикалан чин као што је укидање овог института.

Са друге стране, због оваквог поступања или боље речено непоступања законодавца, можемо се запитати и над квалитетом до тада изнетих

⁴ Закон о изменама и допунама кривичног законика, *Службени гласник*, број 94/16

⁵ Образложење Закона о изменама и допунама Кривичног законика из 2016. године преузето са сајта Министарства правде Републике Србије: <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/gadne-verzije-propisa.php>, приступ 11. и 12. 4. 2023. године.

ставова против дела малог значаја. Дакле, на законодавном нивоу сагледавања дела малог значаја могуће су следеће ситуације: или законодавац нема довољно „храбрости“ за овако радикалне промене⁶ или на сматра довољно убедљивом аргументацију за укидање овог института. Могући одговори на постављено питање зашто дело малог значаја до сада није брисано из Кривичног законика дати су под претпоставком да законодавац прати научне токове и уважава или барем узима у разматрање мишљења стручне јавности и јуриспруденције.

Као отежавајућа околност за опстанак дела малог значаја може бити и често бива узето и порекло које овај институт води из совјетског кривичног права, где је први пут уведен, да би касније нашао своје место и у другим кривичним законодавствима социјалистичких земаља. Као што је познато, у југословенском кривичном праву је до доношења важећег Кривичног законика из 2006. године овај институт био присутан под називом незнатна друштвена опасност и поред нешто другачије постављених услова примене, имао је исто дејство – искључење постојања кривичног дела.⁷ Да ли због његовог порекла или због идеолошких промена које су бројне земље Европе претрпеле после пада Берлинског зида у својим политичким и правним системима, дело малог значаја сматра се превазиђеним институтом. Због своје ефикасности, доприноса који даје економичности, брзини и поједностављењу кривичног поступка, начело опортунитета кривичног гоњења је то које је превазишло дело малог значаја. (Тешовић, 2014: 94)

Наведеном аргументу може се замерити његов идеолошки призив. Ако се друштвена опасност, као бивши елемент општег појма кривичног дела у југословенском кривичном праву и носећи институт других кривичноправних система социјалистичких земаља, схвати као демаркациона линија између ових правних система и правних система

⁶ Радикалним или коренитим би се могле назвати и измене Кривичног законика које су уследиле 2019. године када је поново у казни систем уведена казна доживотног затвора. Имајући у виду и све друштвене околности које су допринеле управо уношењу ове новине у кривично законодавство наше земље, намеће се следећи закључак – или је корените промене лакше направити уношењем нових одредби у кодекс него брисањем старих, нарочито одредаба из општег дела законика, или је питање дела малог значаја као основа искључења противправности мањег значаја од измене казног система и „може да сачека“. Остаје нејасно до када ће дело малог значаја чекати на своју пресуду – измена или потпуно укидање, ако потребе за изменом уопште има.

⁷ Подробно излагање о условима за примену незнатне друштвене опасности у југословенском кривичном праву код: Љ. Радуловић, *Незнатна друштвена опасност – један од законских основа који искључује постојање кривичног дела*, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, 4/1991.

буржоаских земаља, стиче се утисак да је беспоговорно одрицање од овог института и његових „наследника“ у позитивном кривичном праву такође идеолошки обојено. Тачније, третирање дела малог значаја као бремена претходног система и његово уклањање из позитивног права могло би да значи тежњу ка сврставању нашег кривичног права у групу модерних западноевропских кривичних система који се багателни криминалитет решавају процесноправним механизмима.⁸ Међутим, не би било исправно нашем позитивном кривичном праву одузети епитет савременог само зато што и даље садржи установе социјалистичког порекла.

Ако се узме да је дело малог значаја, то јест незнатна друштвена опасност као социјалистички кривични институт *par excellence*, који је стран буржоаским правним порецима који су навикли да питање багателног криминала решавају процесним средствима (Радуловић, 1991: 408) идеолошки превазиђено, онда је чудно што су од свих бивших социјалистичких земаља овај основ искључења кривичног дела укинуле само Црна Гора и Словенија. Друге бивше социјалистичке државе су и након промене друштвеног, политичког и правног система задржале ову норму, а интересантно је да је овај основ искључења кривичног дела познат и кривичном праву Аустрије која никада није била социјалистичка земља. Било би изазовно испитати разлоге који су допринели томе да аустријско кривично право по овом питању пре наликује на кривичноправне системе словенских социјалистичких земаља, него на немачки систем са којим у сваком погледу има веома чврсте везе. Иако аустријско кривично законодавство не нормира појам кривичног дела, већ то препушта науци кривичног права, овај институт је постојао у кривичном кодексу ове земље до 2007. године под називом „дело недостојно кажњавања“ и представљао је основ искључења кажњивости. С обзиром на то да на сличном нормативном и теоријском становишту стоји и хрватско кривично право, које је нашем правном систему блиско због заједничке југословенске правне традиције, има мишљења да треба размотрити преображај дејства дела малог значаја из основа који искључује кривично дело у основ који искључује кажњивост. (Ђоровић, Турањанин, Шемовић, 2017: 193) О томе да ли би оваква трансформација била најпре потребна, а још важније – прикладна за наш правни систем биће посебно речи у деловима овог рада који следе.

⁸ „Опортунитет је традиционални принцип француског кривичнопроцесног права којим јавни тужилац потпуно слободно одлучује да ли ће користити своје законско право и дужност гоњења учинилаца кривичних деле или не, руководећи се искључиво нивоом угрожености државног интереса. Он цени несамо законитост него и опортунитет гоњења“ (Васиљевић 1981, 122). Цитат преузет од: (Лечић, 2021: 232)

Став да је дело малог значаја превазиђен институт зато што води порекло из кривичноправног система који више не постоји не може опстати у српском кривичном праву. Ово је нарочито случај након 2019. године када је новелама Кривичног законика враћен у кривично законодавство наше земље институт вишеструког поврата. Овај институт данас је нормиран чланом 55а Кривичног законика, а некада је постојао у кривичном законодавству СФРЈ, мада није нашао место у Кривичном законнику из 2006. године. О томе који су то мотиви нашег законодавца навели да баш 2019. године рецептира ову норму југословенског кривичног права не може се пуно сазнати, јер о томе нема речи у Образложењу Закона о изменама и допунама Кривичног законика из 2019. године⁹. У овом документу се само догматски и нормативно тумачи новоуведена одредба о вишеструком поврату, који сада представља својеврсно правило за одмеравање казне, а не факултативни основ поштравања казне. Важно је приметити да је у модерно српско кривично законодавство југословенски институт ушао преображене природе и дејства, што и јесте у духу садашњих тенденција и циљева кривичног права које не познаје основе поштравања казне изнад посебног максимума. Ипак, чини се да овом институту нешто недостаје, а то је важан елемент субјективне природе – склоност учиниоца ка вршењу кривичних дела. Овај елемент би се, са криминолошке тачке гледишта, могао назвати и носећим стубом норме, који показује у којој су мери ранији третман и реакција на друштвено непожељна понашања појединца били (не)успешни у остваривању сврхе кажњавања. Због тога одредба о вишеструком поврату остаје недовршена и као целина незаокружена.

Пример вишеструког поврата и његово релативно скоро увођење у позитивно кривично право Србије сведочи о томе да аргумент идеолошке и концепцијске превазиђености правних института не би могао да опстане ни у погледу дела малог значаја. Јасно је да норме могу да преживе системске политичке и правне промене, уз правилну, доследну и целисходну реконструкцију. У овом смислу члан 55а је и позитиван и негативан пример реконструисане норме: добро је то што ова правила немају факултативно поштравајуће дејство на прописану казну као раније, већ воде својеврсном сужењу посебног казног опсега, а лоше је то што је без објашњења изостављен важан елемент и услов за правилну и сврсисходну примену овог института. На примеру вишеструког поврата могу се сагледати евентуални будући кораци у преобликовању норме о делу малог значаја. Наравно, о овоме се може даље говорити уколико се покаже да дело малог значаја заиста није вишак, непотребан институт у нашем кривичном праву.

⁹ Закон о изменама и допунама Кривичног законика, *Службени гласник*, 35/2019.

Такође, треба дати одговор на аргументе о (не)примени дела малог значаја у пракси домаћих судова. Наиме, у стручној литератури се не наилази на примере лоше, погрешне примене овог института или на став о немогућности његове примене због лоше постављених услова и елемената. Присутан је став да се овај институт јако ретко примењује у пракси.¹⁰ Овакво тврђење је емпиријски и статистички провериво и све су прилике да је оно исправно, нарочито ако се има у виду одавно распрострањена пракса примене начела опортунитета. Због тога се у овом раду не изражава сумња у тачност таквих података. Међутим, стоји се на становишту да је и више него јасно да чињеница о неучесталом примењивању овог института у домаћој пракси, са једне стране, и добро функционисање страних правних система који се уместо на једну овакву фигуру ослањају на процесне механизме, са друге стране, и даље нису довољни аргументи да би се дело малог значаја прогласило излишним инситутом или некаквим теретом за српско кривично право.

На овом месту је интересантно предочити два става истог аутора по питању примене и (не)потребности члана 18. КЗ-а. „Не само да теоријски разлози иду уприлог таквом решењу (*брисање члана 18. КЗ, курзив аутора*), већ ни потребе праксе више не захтевају један овакав институт. Он више није неопходан због могућности које сада пружа начело опортунитета кривичног гоњења.“ (Стојановић, 2013: 139) „Сувише широко постављање института дела малог значаја које дозвољава могућност примене и у односу на тежа кривична дела може да доведе у питање пуно остваривање начела законитости у кривичном праву. Међутим у односу на сужено поље примене, тј. само у односу на лака кривична дела, има оправдања да се овај институт шире примењује него што је то до сада чинила судска пракса.“ (Стојановић, 2021: 116)

Проблеми које дело малог значаја носи са собом, по свему судећи, нису практичне природе. Иако због дискреционих овлашћења која јавно тужилаштво има у предистражном поступку дело малог значаја пада у сенку, члан 18. Кривичног законика се и даље у судској

¹⁰ „...а посебно имајући у виду чињеницу да се у великом обиму јавни тужиоци и њихови заменици користе наведеним начелом опортунитета, да имају законску установљену обавезу процене целисходности вођења поступка у случају ситног криминалитета, односно кривичних дела која су мањег значаја, као и околност да се наведени материјалноправни институт *све мање у пракси од стране судова користи*, с обзиром да се претходно од стране тужилаштва у великом броју случајева извршила неопходна филтризација багателних случајева.“ (Тешовић, 2014: 99), као и став: „... дело малог значаја: институт који се, за разлику од незнатне друштвене опасности, доста ретко примењује и поред проширења услова за његову примену Новелом КЗ из 2009. године...“ (Стојановић, 2012: 10)

пракси примењује. Наука критикује овај институт и предлаже најлакше решење - брисање, што законодавац никако да усвоји нити да се о овом проблему конкретније изјасни. Због тога ће у деловима овог рада који следе бити изнети ставови и правна, материјална и процесна, аргументација која иде у прилог опстанку дела малог значаја у српском кривичном праву, али и предлози за разрешење неких теоријских проблема.

3. Кривичнопроцесни поглед на дело малог значаја

Главни такмац делу малог значаја у борби против багателног криминалитета је опортунитет кривичног гоњења. Због тога се у литератури ови институти врло често заједно сагледавају и упоређују се њихови допирноси истом циљу. Као што је већ речено, опортунитету кривичног гоњења даје предност његова ефикасност, која несумњиво води јако жељеној економичности кривичног поступка. Економичност, природно, значи и растерећење судова од предмета који не носе велики криминалополитички значај. Међутим, ово је само једна страна медаље. У кривичном процесном праву постоје бројна друга питања која за собом повлачи опортунитет кривичног гоњења и која се зато последично тичу положаја дела малог значаја у нашем систему. У овом одељку рада ће дело малог значаја, тачније разлози за његово задржавање у кривичном праву Србије, бити сагледани кроз призму кривичнопроцесних питања.

Наспрам обавезе јавног тужиоца да, када и уколико су испуњени сви прописани услови, предузме кривичног гоњење, која обавеза је оличена у начелу легалитета, стоји дискреционо овлашћење овог правосудног органа да процењује целисходност кривичног гоњења (Кнежевић, 2015: 53-54). Начело опортунитета је механизам на коме почива концепција о диверзији у кривичном поступку. Суштина диверзионих модела јесте скретање са редовног пута кривичног поступка и уопште заобилажење кривичноправне реакције на криминално понашање (Кнежевић, 2011: 873). Диверзија се схвата шире или уже: шира концепција подразумева сваки вид ванправног одговорана криминалитет који се схвата као својеврсан конфликт, односно скретање реакције са кривичноправних инструмената на подручје управног и грађанског права¹¹, док ужа

¹¹ Умеренија страна шире концепције диверзије прихвата и кривичноправну реакцију на криминалитет, али и реакцију алтернативним врстама кривичних санкција попут друштвено корисног рада или пробације. Са друге стране, најекстремније подручје шире концепције диверзије представља радикални аболиционизам, који иде у правцу потпуне замене кривичних санкција другим правним и ванправним облицима реаговања на кривично дело. Детаљније о томе: Мрвић, Н. (1994). Диверزيونи концепт кривичноправног система – реалностили утопија. *Социолошки преглед*. 1(вол. 28). 99-105.

концепција диверзије само поставља циљ – да не дође до покретања кривичног поступка, а ако дође до тога, да не уследи оптужење и касније осуде – „циљ је гашење кривичне тужбе у раној фази кривичног поступка“ (Илић, 2018: 374). Такође, теорија препознаје једноставну и сложену диверзију, при чему је једноставна диверзија уствари безусловни, а сложена диверзија условни опортунитет кривичног гоњења. Сложена диверзија има за последицу примену непеналних мера и мада је у начелу потребан пристанак осумњиченог на примену таквих мера, оне се ипак могу окарактерисати као парапеналне, псеудоказнене мере којима се интервенише, утиче на понашање једног лица кроз одређене обавезе, на које је он, додуше, пристао (Илић, 2018: 376).

У српском кривичном процесном праву начело опортунитета може се применити према пунолетним, малолентим и према правним лицима као учиниоцима кривичних дела. Предмет разматрања биће опортунитет према пунолетним учиниоцима, и то одредбе Законика о кривичном поступку¹² о условном одлагању кривичног гоњења (члан 283 ЗКП-а) и одбацавање кривичне пријаве из разлога правичности (члан 284 став 3 ЗКП-а). До 2002. године начело опортунитета познавало је само малолетничко кривично право, при чему се оно могло примењивати у ограниченом обиму и на пунолетне учиниоце, да би 2002. године опортунитет добио ранг општег начела, предвиђањем оваквих дискреционих овлашћења јавног тужиоца у процесном кодексу из те године. (Давидов, 2012: 165).

Према члану 284 ЗКП-а, уколико је извршено кривично дело за које је у КЗ-у предвиђена новчана или казна затвора до пет година, а учинилац прихвати једну или више обавеза предвиђених у истом члану процесног кодекса, јавни тужилац ће наредбом одложити кривично гоњење. Решење о одбацавању кривичне пријаве јавни тужилац ће донети уколико осумњичени прописно изврши све обавезе које је преузео у року који је био одређен наредбом. О овом решењу јавни тужилац ће обавестити оштећеног. Са друге стране, уколико је у питању кривично дело за које је прописана казна затвора до три године, јавни тужилац из разлога правичности може одмах, дакле безусловно одбацити кривичну пријаву. Законик прописује да би било правично одбацити кривичну пријаву с обзиром на околности случаја, које цени јавни тужилац, а да је при томе осумњичени услед стварног кајања спречио наступање штете или је штету већ у потпуности надокнадио. За даљи

¹²Законик о кривичном поступку, *Службени гласник*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 5/2014, 35/2019, 27/2021 - одлука УС и 62/2021 - одлука УС

ток овог разматрања потребно је нарочито нагласити следеће: реч је о овалашћењима која су јавном тужиоцу дата у предистражном поступку и у оба случаја дискреционог поступања органа кривичног гоњења искључена је примена члана 51 става 2 Законика о кривичном поступку.

Пороцес сагледавања дела малог значаја кроз кривичнопроцесну призму може се трасирати на следећи начин: кроз проблем јавнотужилачке истраге, проблем пресуђене ствари и кроз питање доследности принципима ресторативне правде. После више од десет година важења актуелног Законика о кривичном поступку и бројних критика његових решења, чини се да, као што сви путеви воде у Рим, сви кривичнопроцесни проблеми воде или, боље речено, имају корен у концепту јавнотужилачке истраге. Зато је одбрану дела малог значаја као института кривичног материјалног права природно започети критиком јавнотужилачке истраге и одредаба о дискреционим овлашћењима јавног тужиоца.

3.1. О квазисудским овлашћењима јавног тужиоца

Јавни тужилац је руководиолац предистражног поступка у коме му је дато овлашћење да примењује опортунитет кривичног гоњења. Ово је недвосмислено прописано у другом ставу 43. члана и првом ставу 285. члана Законика о кривичном поступку. У овој фази поступка се проблем не огледа превасходно у положају јавног тужиоца, нити у чињеници да ће се тај положај драматично и суштински променити на предлазу из фазе претходног кривичног поступка у судећу фазу, већ је проблем у самој природи овлашћења која су овом органу додељена. Дискрециона овлашћења јавног тужиоца у предистражном поступку неспојива су са функцијом органа кривичног гоњења – дајући могућност јавном тужиоцу да својом одлуком оконча кривични поступак законодавац је нарушио принцип монофункционалности (Кнежевић, 2011: 875). Процењујући целисходност кривичног гоњења, одређујући услове за одлагање кривичног гоњења, одбацујући условно или из разлога правичности кривичну пријаву, јавни тужилац уствари врши квазисудску функцију.

Проблематична је и природа мера чијим прихватањем и извршењем јавни тужилац условљава одлагање кривичног гоњења. Законодавац употребљава термин *обавеза* коју осумњичени мора најпре да прихвати, а потом и испуни. Међутим, под притиском захтева за што већу ефикасност и растерећење прилично оптерећених судова, јавни тужилац може поступати тако као да је процена испуњености услова за примену

налеча опортунита његова обавеза, а не дискреционо овлашћење. Због тога, није немогуће замислити ситуацију у којој је пристанак осумњиченог на обавезе предвиђене законом само формалан, а не и суштински, да је у служби смањења обима посла и испуњавања правосудних норми и да је дат са намером да се избегне „веће зло“ – кривични поступак и казна. Када су обавезе, како их законик назива, предложене и прихваћене у том духу, а не са циљем поправљања и отклањања штетних последица произашлих из кривичног дела и када није било намере да се кроз њихово испуњење истински преузме одговорност за своје понашање, онда одредбе о опортунитету губе своју сврху и бивају злоупотребљене, а обавезе више нису обавезе већ квазипеналне мере. Ако се узме у обзир овакав фактицитет и чињеница да је пристанак осумњиченог уствари празан – неиспуњен суштином, јасно је да обавезе имају скоро па принудни карактер. „Оваквофорсирање претвара условно одлагање гоњења у мандатно кажњавање, на којесе осумњичени (независно од кривице) све више навикавају.“ (Давидов, 2012: 166). Навика о којој је овде реч врло је опасна и несумњиво подрива циљеве кривичног права, како генералну, тако и специјалну превенцију кривичних дела. Ако једно лице зна да за своје криминално понашање може да се „извуче“, рачунајући на процесне механизме, тешко да ће га запрећена казна која и није тако блага – рецимо три или пет година, одвратити од такве недозвољене делатности.

Опет, јасно је да у оваквим случајевима неприлике не ствара сама норма и њени евентуални правни недостаци или неуобличеност, већ начин на који она применом губи свој смисао. Међутим, не може се рећи да нормативних недостатака нема – „у овом случају се осумњиченом изричеједна врста парасанкција које по многим карактеристикама одговарају кривичним санкцијама, а да је претходно утврђено само постојање *основа сумње* и то од стране *несудског државног органа*.“ (Илић, 2018: 376 и Илић, 2010: 405–434)

У теорији се сматра да је за примену условног опортунитета потребно испуњење два општа услова – тежина кривичног дела, тј. врста и висина запрећене казне и оцена јавног тужиоца, његов став о нецелисходности вођења поступка. (Кнежевић, 2015: 56) О престанку осумњиченог на предвиђене обавезе било је напред већ речи и он се такође може сматрати условом примене начела условног опортунитета. На овом месту постављају се следећа питања: да ли јавни тужилац још једном крши начело монофункционалности тиме што утврђује чињенице у кривичном поступку, односно ван кривичног поступка и да ли он уопште утврђује неке чињенице или само констатује испуњеност законом

прописаних услова. Потребно је нагласити да се приклањамо становишту присутном у кривичноправној науци даје утврђивање чињеница у кривичном поступку у искључивој надлежности суда. (Илић, 2018: 367) Због тога је и постављено питање о вишеструком кршењу начела монофункционалности.

Чак и ако се претпостави да јавни тужилац примењујући начело опортунитета не присваја за себе судску функцију и не утврђује чињенице, већ да само констатује испуњеност законом предвиђених услова, то не прекида низ спорних питања. Напротив, јавља се ново теоријско питање – како онда, на основу чега јавни тужилац стиче уверење о томе да поступак није сврсисходно, целисходно или правично покретати. Питање је теоријско јер произилази из природе и сврхе опортунитета и јер ЗКП оцену целисходности вођења кривичног поступка нигде експлицитно не поставља за услов. Ипак, није спорно да оцена целисходности вођења кривичног поступка зависи од процене јавног интереса, али и од других околности везаних за кривично дело и учиниоца. (Лечић, 2021: 232) Зато, неодрживим се чини закључак да примена оба облика опортунитета зависи само од испуњености формалних услова попут врсте и висине казне. Такав став имплицира да су кривична дела за која је запређена новчана казна или казна затвора до три, односно до пет година криминалополитички занемарива, да је непотребна кривичноправна реакција на њих или да нека од ових кривичних дела треба декриминализовати и препустити другим гранама права да на њих примењују своје инструменте. Како су овакви екстремни, радикално аболиционистички ставови неприхватљиви, стојимо на становишту да јавни тужилац ипак мора некако проценити сврсисходност вођења кривичног поступка, упоредо са оценом испуњености формалних услова. Следствено томе, јасно је да јавни тужилац мора имати увида у неке субјективне и објективне околности и чињенице да би правилно проценио могућност за своје дискреционо поступање.

Са друге стране, код безусловног одбацивања кривичне пријаве због правичности, ситуација је мало јаснија – законодавац наводи да, поред осталог (што се може, кривичноматеријалним језиком речено, свести на држање учиниоца после кривичног дела и изражавање стварног кајања кроз конкретно понашање), јавни тужилац правичност процењује и *према околностима случаја*. Дакле, јавни тужилац ипак мора познатавати околности извршења кривичног дела. Код овог облика опортунитета тај закључак је непосреднији, јер се изводи из онога што је у норми написано, а не посредно – правилима логике. Међутим, постоји мишљење, са којим се саглашавамо, да је синтагма „околности

случаја“ по својој природи правни стандард који може водити ка арбитрности, нарочито када је у питању примена овог начела код вишеструких повратника. (Кнежевић, 2015: 57)

3.2. О правној (не)сигурности, својству пресуђене ствари

У научној литератури може се наћи став да јавни тужилац приликом примене условног опортунитета не утврђује чињенице, „већ је реч о једној врсти *нагодбе* између јавног тужиоца и осумњиченог, која има за циљ да не дође до кривичног поступка. Осумњичени прихватањем условљеног опортунитета пристаје да утврђивање чињеница у кривичном поступку у потпуности изостане.“ (Илић, 2018: 377) Ако се осумњичени таквим пристанком одрекао права на суђење, а самим тим и потпуног и свестраног осветљавања кривичне ствари и мериторне одлуке која би из таквог поступка уследила, да ли је тиме он више добио него што је изгубио? Да ли је осигурао свој положај? Тачније, да ли се он налази у правно извесној ситуацији, *de facto* и *de iure*?

Одговор на ово питање је одричан. Разлог томе је чињеница да одлуке јавног тужиоца које су последица поступања према начелу опортунитета – решења о одбацивању кривичне пријаве не стичу својство *пресуђене ствари*, те за њих не важи *забрана двоструке угрожености*. Ово представља највећи проблем у погледу примене опортунитета, јер може имати прилично негативне практичне последице. Ово због тога што се начело *ne bis in idem* поима као гарант правне сигурности у домаћем кривичном праву.¹³ (Кнежевић, 2014: 257) За разлику од раније ситуације у кривичном процесном праву, када процесним закоником није била одређена форма одлуке о условном одлагању кривичног поступка (Кнежевић, 2011: 876), оно што данас представља проблем јесте дејство те одлуке и непостојање корективних механизма.

Најпре, треба се сетити да је начело *ne bis in idem* нашем кривичном процесном праву регулисано у четвртом члану ЗКП-а где је написано: нико не може бити гоњен за кривично дело за које је одлуком суда правноснажно ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или је поступак правноснажно обустављен. Оваква забрана

¹³ „Суштина међународноправно верификованог права на правну сигурност огледа се у немогућности поновног покретања кривичног поступка против лица, које је у поступку, заснованом на идентичном чињеничном супстрату, осуђено или ослобођено.“ Кнежевић С. (2014). Међународноправни стандарди забране двоструке угрожености. У: П. Станојевић (Ур.), *Право и друштвена стварност*. (стр. 257- 270). Косовска Митровица: Правни факултет.

има следећа дејства: „Прво, забрана поновног суђења везује се за одлуке донете у покренутом и окончаном кривичном поступку. Друго, из употребљених појмова и дикције правне норме следи да су основ забране само судске одлуке, а не и евентуалне одлуке других органа поступка. И треће, забрана се односи на мериторне и процесне одлуке којима се окончава започети кривични поступак“ (Ристић Везенковић, 2019: 287).

Нема спора о томе да одлука о одбацивању кривичне пријаве, било на основу условног опортунитета или из разлога правичности, нема карактер судске одлуке. Мада је у питању процесна одлука, њоме се кривични поступак не окончава, јер кривични поступак није ни отпочео – ову одлуку јавни тужилац доноси у предистражном поступку, а кривични поступак отпочиње доношењем наредбе о спровођењу истраге. Дакле, решење о одбацивању кривичне пријаве не стиче својство пресуђене ствари, није *res iudicatai* нема сметњи да се према истом лицу за исто кривично дело касније покрене кривични поступак, под закоником предвиђеним условима. Ово значи да је захтев за процесном ефикасношћу превагнуо у односу на насушну потребу за правном сигурношћу и извесношћу.

Ако се кривични поступак може покренути против лица за које је раније кривична пријава већ била одбачена из неког од разлога из првог става 284. члана ЗКП-а, а који разлози говоре о непостојању основа за примену начела легалитета, тим пре се кривични поступак може покренути против лица на које је раније било примењено начело опортунитета. Не треба заборавити да су у сваком случају примене опортунитета испуњени истовремено захтеви начела легалитета и да постоји основ за кривично гоњење, али да је у конкретном случају, услед испуњености других додатних услова, та обавеза јавног тужиоца релативизиована и препуштена његовој процени. Начело опортунитета се не може примењивати на оне случајеве у којима иначе нема основа за кривично гоњење.¹⁴ Тако, уколико касније, све до наступања застарелости кривичног гоњења, буду предочени нови докази и на основу тих доказа буде постигнут основ сумње да је лице извршило кривично дело које

¹⁴ „Док у првом случају кривичног поступка уопште није могло бити, јер недостају законске претпоставке или постоје процесне сметње, у случају примене опортунитета кривични поступак би се могао покренути јер за то има законских услова, али јавни тужилац процењује да је то нецелисходно са становишта јавног интереса. То значи да одлука јавног тужиоца донета у диверзином поступку „замењује“ судску одлуку која би била донета у кривичном поступку.“ Више о томе код: Ристић Везенковић М. (2019). *Положај јавног тужиоца у реформисаном кривичном поступку Србије - докторска дисертација*, 286.

се гони по службеној дужности – биће покренута истрага, то јест кривични поступак (Кнежевић, 2019: 10).

Без обзира на то што се у литератури могу наћи ставови да је оваква ситуација практично незамислива, јер би флагрантно значила злоупотребу овлашћења, она није немогућа – ни фактички ни нормативно. Штавише, о томе не говоре само већ изнети аргументи који се тичу својства пресуђене ствари, већ и устројство јавног тужилаштва и начела на којима функционисање овог правосудног органа почива – нарочито начело хијерархијског устројства, деволуције и супституције. (Кнежевић, 2015: 143-145) Ако сукоб интереса или савест спречавају јавног тужиоца који је применио начело опортунитета у једном случају да против истог лица за исто кривично дело касније покрене кривични поступак, нема сметњи да поступање у тој ствари буде поверено другом јавном тужиоцу.

Несигурност правног положаја осумњиченог према коме је примењен условни опортунитет не огледа се само у чињеници да против њега ипак може касније бити покренут кривични поступак, већ и то што је упитно како ће се у том кривичном поступку гледати на његово раније прихватање обавеза из првог става 283. члана ЗКП-а. Тешко да се ово прихватање обавеза може поистоветити са признањем кривичног дела које је, на пример, дато при закључењу неког од споразума јавног тужиоца и окривљеног и тим пре је природа тог пристанка и прихватања обавеза неизвеснија. Међутим, можда би се и могла извући паралела између примене консензуалних и диверзионих форми у погледу третирања пристанка на обавезе, уколико се прихвати раније изнет и цитиран став да је условни опортунитет једна врста нагодбе између јавног тужиоца и осумњиченог. Чак и у том случају природа, тачније дејство прихватања обавеза остаје правна празнина и питање је да ли је могуће попуњавати је аналогијом са природом и ефектима признања код споразума у кривичном поступку.

3.3. О механизмима контроле примене начела опортунитета и о ресторативној правди

Иако се начело опортунитета може сагледавати и кроз интерес осумњиченог да избегне кривични поступак и осуду, не сме се занемарити ни интерес осумњиченог да кривична ствар која је управљена против њега буде мериторно решена. Овај интерес обезбеђује одлука којом се кривична ствар решава, било мериторно било процесно, и која би могла стећи својство пресуђене ствари. Имајући у виду све напред изнете

аргументе и стање позитивноправне кривичнопроцесне регулативе, све су прилике да оба ова интереса никако не могу истовремено бити остварена. Или ће трпети процесна економичност и ефикасност или ће трпети правна сигурност и извесност.

Поред интереса осумњиченог да кривична ствар буде мериторно решена, постоји и интерес оштећеног који иде у истом правцу. Ако ништа друго, онда због оставрења имовинскоправног захтева, а других разлога несумњиво има још. Посматрајући опортунитет кривичног гоњења очима оштећеног издвајају се следеће тезе за разматрање – пристанак оштећеног као услов за примену условног опортунитета и приговор оштећеног на одлуку о одбацивању кривичне пријаве.

Није неразумно запитати се зашто законодавац није предвидео пристанак оштећеног као услов за примену условног опортунитета, поготову имајући у виду сврху овог механизма, природу обавеза које су предвиђене и концепцију ресторативне правде која тежи да буде инкорпорирана у наш кривичноправни систем. Овај приговор би се могао односити на обавезе које осумњичени преузима, а које се непосредно тичу оштећеног или директно утичу на његов положај,¹⁵ као на пример обавеза накнаде штете или отклањања штетних последица кривичног дела. Ранијим законским решењима пристанак оштећеног био је потребан код извршења других обавеза - приликом уплате одређеног новчаног износа у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе и при обављању одређеног друштвенокорисног или хуманитарног рада (Кнежевић, 2011:875).

Оно што посебно привлачи пажњу и што не сме бити изостављено при анализи предметне проблематике јесте изричито предвиђање непримене члана 51 став 2 ЗКП-а у случајевима условног и опортунитета из разлога правичности. Дакле, при доношењу решења о одбацивању кривичне пријаве услед примене начела опортунитета, јавни тужилац је у обавези да о томе обавести оштећеног, али оштећени тада нема право да поднесе приговор у законом датим роковима. Приговор оштећеног који се може схватити као својеврсан вид надзора над радом јавног тужиоца, или коректив¹⁶, и који редовно може бити поднет у случајевима

¹⁵ Исти став изнет и у: Кнежевић С. (2011) Консесуалне форме одлучивања у преткривичном и кривичном поступку. *Правни живот*. бр. 9. 875.

¹⁶ „У правосудној пракси се сматра да двостепеност у одлучивању и могућа хијерархијска контрола одлуке јавног тужиоца поводом приговора оштећеног, управо „потврђују закључак да је одбацивање кривичнепријаве интерна одлука јавног тужиоца“, која по приговору оштећеног или изузетно након прибављања нових доказа

одбацивања кривичне пријаве, обуставе истраге или одустанка од кривичног гоњења, у овом случају изричито је искључен као могућност.

Став да начело опортунитета даје јавном тужиоцу неспутану власт да одлучује о судбини једне кривичне ствари поткрепљује и чињеница да оваква одлука органа кривичног гоњења не подлеже судској контроли. Да ли икаква контрола и корективни механизми постоје? Чини се да је одговор поново одричан – оштећени нема могућност приговора на одлуку о одбацивању кривичне пријаве, нити та одлука подлеже судској контроли или потврди, а не постоји ни могућност наступања супсидијарне тужбе. Пажњу привлачи и чињеница да је дејство опортунитета било условљено сагласношћу суда на одлуку јавног тужиоца изменама и допунама процесног Законика из 2004. године. Ово се односило на кривична дела за која је запрећена казна затвора од три до пет година. Ни пре ни после тога, ни у једној верзији законика, сагласност или судска потврда одлуке јавног тужиоца није била предвиђена. Стање је овакво – непромењено, упркос недвосмислено израженим ставовима који позивају на то да примену опортунитета треба условити судском контролом и потврдом, а који ставови су у науци кривичног процесног права срећу већ дужи низ година (Кнежевић, 2011: 876).

Опортунитет кривичног гоњења, као диверзиони механизам, може се поимати као један од инструмената за спровођење ресторативне правде у пракси. Уз то, унутар ресторативне парадигме, насупрот ретрибутивној правди, кривично дело се схвата као конфликт, у чијем решавању треба активно да учествују све стране које су њиме повезане и погођене – учинилац кривичног дела, оштећени – пасивни субјект и друштвена заједница чије су вредности општећене или повређена. (Костић, 2006, 65) Чудно је то што ресторативни приступ критикује пасивност оштећеног као процесног субјекта и његов положај који му је дат позитивним нормама кривичног процесног права, а да са друге стране одредбе о опортунитету кривичног гоњења додатно пазивизују тај положај изричитим искључењем средстава које оштећени редовно има на располагању. Јасно је, дакле, да је положај оштећеног у случајевима примене опортунитета кривичног гоњења прилично неповољан, јер је његова улога значајно и додатно пасивизована и не може се рећи

може бити промењена.“ Више о томе: Илић Г. (2014). Преглед измена и допуна Закона о јавном тужилаштву и нови ЗКП. У: *Реформа кривичног права* (Београд: Удружење јавних тужилаца). 196. Цитат преузет од: Ристић Везенковић М. (2019). *Положај јавног тужиоца у реформисаном кривичном поступку Србије - докторска дисертација*, 286.

да овакво стање иде у прилог остварењу циљева ресторативне правде, којој савремена наука кривичног права толико тежи.¹⁷

Дакле, може се закључити да слабости начела опортунитета представљају предност института материјалног кривичног права – дела малог значаја. Критика није упућена начелу опортунитета као таквом, нити идеји о процесноправним механизмима реакције на багателни криминалитет у начелу, већ нормативном уређењу ових института и механизма у домаћем кривичном процесном праву. Као што је излагање у овом одељку рада показало, нормативно решење опортунитета кривичног гоњења у нашем систему има бројне недостатке, противречности и празнине који онемогућавају правилно остварење идеје и циља са којим су, верујемо, ови институти уведени у српско кривично право. Могућност решавања овог проблема постоји и може се постићи на неколико начина: проширењем круга одлука које стичу својство пресуђене ствари или предвиђањем судске потврде, сагласности или контроле одлуке о условном одлагању кривичног гоњења и одбацивању кривичне пријаве. Ово су само почетне идеје и решења која се могу спровести без упуштања у системску реформу кривичног процесног права наше земље и оне не решавају друга бројна отворена питања који исходују из концепције јавнотужилачке истраге и сложеног положаја јавног тужиоца кроз различите фазе кривичног поступка. До тада, сматрамо, да ефикасности и економичност кривичног поступка која се постиже на овакав начин не може бити аргумент против дела малог значаја нити повод за проглашење дела малог значаја баластом српског кривичног права и искључењем из њега.

4. Кривичноматеријални поглед на дело малог значаја

Дело малог значаја је основ искључења противправности, а самим тим и објективни основ искључења кривичног дела. По среди је институт материјалног кривичног права и то је најосновнији разлог зашто дело малог значаја треба и мора бити детаљно сагледано са кривичноматеријалне тачке гледишта. Апсурдно би било бранити институт материјалног кривичног права искључиво процесноправним аргументима, мада се на први поглед може учинити да ових аргумената има више. Сагледавање дела малог значаја са кривичноматеријалне стране треба отпочети нормативним и догматским тумачењем члана 18 Кривичног законика, како би се поступно и прегледно могли изложити

¹⁷ Више о томе: Ђопић С. (2007). Појам и основни принципи ресторативне правде. Темида. 1. 25-35.

сви проблеми на које теорија указује и како би се могли размотрити ставови о сваком питању појединачно. Посебно ће бити разматрана следећа питања – неодређеност природе дела малог значаја, критика формалном услову, недоумице у вези са материјалним субјективним условом. Поред ових питања која се непосредно тичу института, предмет анализе биће и становишта која из ове теме извиру, али имају непосреднију везу са неким другим институтима кривичног права, а то су: однос противправности и одређености дела у закону као општих елемената кривичног дела, положај друштвене опасности у позитивном кривичном праву и кажњивост као прикривени елемент општег појма кривичног дела.

4.1. О природи и дејству дела малог значаја

Иако у домаћој науци кривичног права постоји устаљено мишљење да је дело малог значаја основ искључења противправности кривичног дела, у литератури се среће став да има основа бранити тезу да „у нашем праву дело малог значаја ипак искључује кажњивост“ (Ђоровић, Турањанин, Шемовић, 2017: 196). Шанса која се пружа оваквом погледу на дело малог значаја произилази из недоумица које ствара субјективни материјални услов за његову примену, али и трећи услов који се тиче процене сврхе кривичних санкција. Полемика о трећем услову иде чак и у смеру прихватања да је сврха кривичних санкција, то јест кажњивост елемент општег појма кривичног дела.

Најпре, треба почети од разматрања природе дела малог значаја – да ли је по среди основ искључења противправности или основ искључења кажњивости. Ако се пође од одредби Законика о основима који искључују постојање кривичног дела у трећој глави општег дела, доћи ће се до закључка да нормативно не постоји разлика између основа искључења противправности и кажњивости. Употребљена је иста формулација: „није кривично дело оно дело које...“ и код дела малог значаја и нужне одбране и крајње нужде, али и код силе и претње и неурачунљивости и стварне и правне заблуде. Реч је о члановима 18, 19, 20, 21, 23, 28 и 29 Кривичног законика. Теорија је та која прави разлику између објективних и субјективних основа искључења кривичног дела, која подела почива на карактеру општег елемента кривичног дела – противправности и кривици. (Јовашевић, 2018: 99) Искључујући опште елементе – противправност и кривицу, поменути основи самим тим искључују и постојање кривичног дела. Такође, основи који искључују кривицу се називају и основима искључења кажњивости. Разлог томе је чињеница

да је кривица у нашем кривичном праву, поред тога што је општи елемент кривичног дела, основ кажњивости и кривичне одговорности (Јовашевић, 2018: 120-123, 149). Ово потврђује и максима *nullum crimen, nulla poena sine culpa*.

На овом месту неопходно је направити разлику између формулација које законодавац употребљава у трећој глави Законика и у 112. члану где аутентично тумачи одређене појмове. Реч је о синтагмама: „није кривично дело“ и „неће се казнити“. Језичко и циљно тумачење ових израза искоришћено је као аргумент у прилог ставу да је дело малог значаја основ искључења кажњивости, а не противправности. (Ђоровић, Турањанин, Шемовић, 2017: 196) Чак и ако се прихвати становиште да обе формулације имају иста дејства, да служе истом циљу – некажњавању, није оправдано ставити знак једнакости између њих. У тумачењу правних одредби увек се полази од језичких правила, а телеолошко тумачење је последње у низу метода тумачења која се примењују да би се дао коначан одговор о томе који је прави смисао једне норме.¹⁸ Пре него што се приступи циљном тумачењу ових израза, не треба прескочити ни систематско тумачење, нарочито не топографски аргумент. Једну норму мугуће је тумачити и на основу места на коме се она налази у правном акту. (Лукић, 1961: 115-116; Харашић, 2009: 324) У овом духу треба тумачити и изразе у поменутиим одредбама треће главе КЗ-а и израз „неће се казнити“ у 29. ставу 112. члана Законика.

При обликовању услова и основа за искључења кривичног дела законодавац је био изричит и доследан у употреби формулације „није кривично дело оно дело које...“ код свих основа, било субјективних, било објективних. Са друге стране, у одредби о аутентичном тумачењу стоји да израз „неће се казнити“ значи да у том случају нема кривичног дела. Поставља се питање – где би израз „неће се казнити“ могао бити употребљен, ако се зна да је у општем делу Законика, чак и код основа искључења кривице – кажњивости употребљена друга формулација. Одоговор је – у одредбама посебног дела Кривичног законика. Тако на пример, формулацију „неће се казнити“ налазимо у четвртном ставу 180 члана КЗ-а, где је искључено кажњавања учиниоца кривичног дела обљубе са дететом у оним случајевима када између учиниоца и детета не постоји значајнија разлика у душевној и телесној зрелости. Иста формулација налази се у одредбама о кривичним делима неовлашћено откривање тајне, увреде, недавања издржавања, непријављивања

¹⁸ Овај став заснован је на систематици, садржини и свеукупном духу ових научних дела: Лукић Р. (2003). Методологија права – пето издање. Београд. ИП Јустинијан и Лукић Р. (1961). Тумачење права. Београд. Савремена администрација.

припремања кривичног дела, и тако даље. Приметна је заједничка одлика свим поменутих одредбама у којима се налази синтагма „неће се казнити“ – реч је о посебним основима искључења кривичног дела, односно кажњивости. Наука и теорија кривичног права такође познају поделу на опште и посебне основе искључења кривичних дела (Јовашевић, 2018: 99-100).

Такође, пажљивим тумачењем 29. става 112. члана долази се до недвосмисленог закључка да је законодавац изразу „неће се казнити“, који се среће у посебном делу Законика, дао значење „нема кривичног дела“, што не значи да је изразу из општег дела – „није кривично дело“ дао значење „неће се казнити“. Због тога, погрешно би било ове појмове изједначити и у одредбама општег дела, чиме што би се код основа искључења противправности изразу „није кривично дело“ наметнуло значење „неће се казнити“. Код основа искључења кривице овакво изједначавање не би представљало тако значајну грешку, али само из тог разлога што је кривица основ кажњивости. Додуше, ова логичка грешка нема тако страшне импликације ни у случају основа за искључење противправности, све док се на њој не темељи или док не служи подупирању става да је кажњивост, сврха кривичне санкције елеменат општег биће кривичног дела. Због тога је било нужно изнети логички и нормативно утемељену аргументацију супротну од гледишта да: „законско тумачењесинтагме „неће се казнити“ дозвољава закључак да је (и) кажњивост општи елеменат бића кривичног дела, тј. саставни део његове (законске)дефиниције (argumentum a contratio).“ (Пихлер, 2005: 49) У овој мери екстензивно тумачење општег појма кривичног дела и члана 14 КЗ-а на коме почива целокупна догматика кривичног права дела не може се прихватити.¹⁹

4.2. О условима за примену дела малог значаја

Кореном напред изнетог става, да је дело малог значаја основ искључења кажњивости, се пре може сматрати тумачење трећег услова за примену дела малог значаја – „ако општа сврха кривичних санкција не захтева изрицање кривичне санкције“. У науци кривичног права не налази се често на подробну и широку елаборацију овог услова. Устаљен

¹⁹ Схватање да је кажњивост посебан, самосталан елеменат општег појма кривичног дела није стран српској, односно југословенској науци кривичног права. Овај став је заступао Фрањо Бачић у својим делима, мада је често истицан и супротан став – да је одређивање кривичног дела као кажњивог дела у ствари таутологија. (Јовашевић, 2018: 87, фн. 131) Због тога се кажњивост неретко означава као обележје одређености дела у закону. (Ђоровић, Турањанин, Шемовић, 2017: 196)

је и уједначен став да је овај услов прилично широко постављен, што говори о томе да ће процена његове испуњености зависити од оцене суда у већој мери него што је то случај код претходна два услова код којих се оцена о испуњености може лакше објективизовати. Оцена о испуњености трећег услова ће зависити и од бројних других објективних и субјективних околности везаних за кривично дело и учиниоца, при чему суд мора бити веома пажљив при доношењу закључка нарочито у оном делу који се тиче непотребности изрицања кривичне санкције са становишта генералне превенције.²⁰

О природи овог, трећег услова може говорити и његов однос према друга два материјална услова која му претходе. Потребно је обратити пажњу на који начин је законодавац услове распоредио. Да ли према значају или према редоследу утврђивања? Темелјни, примарни услов је свакако формални услов, а испуњеност материјалних услова било би смислено у пракси утврђивати оним редоследом како их је законодавац и наводио. Овакав приступ води закључку да је сврху изрицања кривичне санкције у датом случају потребно процењивати тек онда када се утврди да степен кривице није висок и да су штетне последице кривичног дела одсутне или незнатне. Односно, то значи да сама чињеница да степен кривице није висок и да су штетне последице одсутне или незнатне не води нужно примени овог института или да ће „механички водити суду о одсуству оправданости примене кривичноправне принуде.“ (Ђокић, 2010: 290) Прва два услова јесу нужна, али не и довољна, јер процена испуњености трећег услова не зависи само од њих већ и од других субјективних и објективних околности. При томе, потребно је водити рачуна које ће се околности узети у обзир при процени испуњености овог услова, јер постоји опасност да се поједини фактори могу двоструко ценити и при разматрању овог и друга два материјална услова. (Ђокић, 2010: 290) Намеће се закључак, из предочених ставова и погледа, да одлуку о оправданости примене дела малог значаја у сваком датом случају треба степеновати, што посредно може значити да је дело малог значаја алгоритамски устројена структура код које испуњеност једног услова зависи у знатној мери од испуњености претходног услова. Тако, јасно је да нема места примене овог института на кривично дело за које је прописана казна затвора од пет година, а ако конкретно дело улази у опсег примене дела малог значаја беспредметно је процењивати сврсисходност кажњавања у датом случају пре оцене степена кривице и последице остварене делом.

²⁰ На овај начин на тећи услов за остварење дела малог значаја гледају аутори: Јовашевић, Стојановић и Ђокић. (Јовашевић, 2018: 101) (Стојановић, 2021: 115) (Ђокић, 2010: 290)

Дакле, исправније је трећи услов – непотребност кривичног санкционисања схватити као фактор који овом институту даје карактер факултативности, него у њему видети притајени пети елеменат општег појма кривичног дела. С тим у вези, излажемо неслагање са ставом: „Јер, ако сврха кривичне санкције може бити услов за постојање кривичног дела, тада је она на неки начин и услов за постојање кривичног дела, тј. сврха санкције је у бићу дела.“ (Пихлер, 2005: 49) Ако је већ нужно одредити место и положај кажњивости у општем појму кривичног дела, нема потребе ићи толико далеко у тумачењу других института кривичног права, већ је довољно осврнути се на кривицу која је, како је већ много пута у овом раду наведено, општи субјективни елеменат кривичног дела који истовремено представља основ кажњивости. Са друге стране, одређеност кривичног дела у закону такође говори о кажњивости – проценивши апстрактну тежину једног дела, законодавац је закључио да је потребно инкриминисати га и законом предвидети његово кажњавање. Коначно, ако се прихвати поглед на трећи услов као на фактор факултативности овог института, то даље значи да је чланом 18 Кривичног законика суду дато дискреционо овлашћење да процењује сврсисходност и целисходност казнене реакције на поједина кривична дела. У том случају, уочава се још једна веза и сличност са начелом опортунитета и аргумент о крутости материјалнокривичних инструмената отпада.

Материјални услови нису постављени тако да онемогућавају примену овог института. Нису противречни и не чини се да су у нескладу, што значи да није проблем у условима као таквим. Оно што изазива недоумице јесте импликација ових услова на природу дела малог значаја, што је и показано у претходним деловима овог рада. Параметри који утичу на то да се донесе закључак о малој криминалној количини оствареног неправа и малом криминалнополитичком значају дела јесу остварена последица кривичног дела и степен кривице учиниоца. Јасно је да природа и обим остварене последице кривичног дела на најнепосреднији начин говоре о тежини кривичног дела *in concreto*. Због тога је овај услов, у односу на све остале изазивао најмање дилема и критика. Збуњује, али само на први поглед, то што је примена објективног основа искључења кривичног дела условљена проценом субјективног материјалног услова – степена кривице учиниоца. Ипак, то што је дело малог значаја основ којим је искључен један формални, објективни елеменат општег појма кривичног дела, не значи да овај институт не може бити конципиран као објективно-субјективна категорија и да је за процену његове остварености у датом случају неопходно водити рачуна само

о објективним околностима, а занемарити субјективне (Стојановић, 2021: 114).

Међутим, и поред овог објашњења, присуство степена кривице међу материјалним условима за примену члана 18. КЗ-а наставља да ствара дилеме у науци. Родила се и живи сумња да дело малог значаја у ствари није основ искључења кривичног дела већ основ искључења кажњивости. „Поред тога, постојећој одредби може се спочитати да дело малог значаја не може искључивати противправност, јер се као један од услова за његову примену наводи кривица, а видели смо да КЗ²¹ прави разлику између основа искључења противправности и основа искључења кривице.“ (Ђоровић, Турањанин, Шемовић, 2017: 195) Дакле, по среди је још један аргумент (поред тумачења формулација „неће се казнити“ и „није кривично дело“ и прешироког тумачења трећег услова) који иде у прилог квалификовању дела малог значаја као основа искључења кажњивости, а не противправности. Овај аргумент сматра се неприхватљивим. Иако се у науци²² ретко говори о субјективној страни противправности и основа које је искључују, а када се и говори онда су у фокусу пре нужна одбрана и крајња нужда него дело малог значаја, то не представља сметњу да се у том светлу посматра и степен кривице као услов за примену дела малог значаја. У нашој теорији кривичног права не негира се потреба за упоредним постојањем и деловањем субјективних и објективних обележја противправности.²³

Интересантно је сагледати какво практично дејство има први услов, односно шта фактички значи да степен кривице није висок. Да ли то значи да је примена дела малог значаја искључена према сваком умишљајном кривичном делу? Не, то није случај. Постоји став чије су значајне импликације на правосудну праксу, а то је да се и директан умишљај може сматрати степеном кривице који није висок, наравно у

²¹ Језичким тумачењем одредаба о основима искључења кривичног дела не може се доћи до закључка да Законик прави разлику између основа. Наука је та која јасно диференцира субјективне од објективних основа.

²² Противправност је објективни, формални елеменат општег појма кривичног дела. Ипак, то не значи да овај елеменат нема своју материјалну и субјективну страну. Материјална страма, социјална садржина противправности огледа се у друштвеној опасности дела (Јовашевић, 2018: 84 и 85). Са друге стране, о субјективним обележјима противправности у науци је ретко било говора, али више о томе: Вуковић И. (2011). О субјективним обележјима противправности у кривичном праву. *Анали Правног факултета у Београду*. бр. 2. 122-141.

²³ Више о правним последицама уношења субјективних обележја противправности код: Вуковић И. (2011). О субјективним обележјима противправности у кривичном праву. *Анали Правног факултета у Београду*. бр. 2. 136.

контексту примене дела малог значаја. Директан умишљај се сам по себи неће сматрати високим степеном кривице, уколико нису „у конкретном случају приликом извршења кривичног дела код учиниоца на субјективном плану биле присутне и неке друге околности као што су нарочито изражена упорност, безобзирност, одлучност, хладнокрвност планирања и слично“²⁴ (Стојановић, 2021: 115).

На крају, након сагледавања проблематике везане за материјалне услове из члана 18 Кривичног законика, потребно је осврнути се и на формални услов из трећег става овог члана. Иако је предвиђен у последњим ставу одредбе о делу малог значаја, формални услов је уствари примаран – он је граница између кривичних дела која се могу сматрати багателним и тежих кривичних дела на која се не може применити овај основ искључења противправности, па ако он није испуњен, нема смисле процењивати даље испуњеност материјалних услова.

Законодавац је често мењао формални услов – ограничавајући примену дела малог значаја најпре на кривична дела за која се може изрећи новчана казна или казна затвора до три године, да би затим Новелама КЗ-а из 2009. године уследило проширење тог опсега на кривична дела за која се може изрећи казна затвора до пет година, при чему нове измене и допуне законика из 2016. године враћају стари формални услов, који је иницијално био постављем. Примедбе које су се овом услову упућивале тицале су се угрожавања начела законитости. Прешироко постављена граница (већ код кривичних дела за која је предвиђена казна затвора до пет година) примене овог основа искључења кривичног дела давало би исувише велику шансу и прилику за арбитрерност и самим тим отварало могућност за злоупотребу овог основа. Не само да би прешироко постављена граница могла озбиљно угрозити начело законитости, него је и у директној диспропорцији са смислом и суштином овог института и циљевима са којима је уведен.

Наиме, у теорији кривичног права може се наћи мишљење да је бит, суштина дела малог значаја да искључи постојање кривичног дела у оним случајевима у којима га ни законодавац не би предвидео као кривично дело. (Стојановић, 2021: 116) Дакле, примена дела малог значаја има смисла само код оних кривичних дела која по својој природи могу бити остварена у тако лако облику да се може сматрати да законодавац тако лако облик и не би предвидео као кривично дело.²⁵ Због тога је

²⁴ „...што све даје основа и за нормативну оцену степена кривице у облику јачине социјално-етичког прекора који му се због тога може упутити.“ (наставак цитата)

²⁵ „Тешко је бранити став да и дела за која је забрањена казна затвора до пет година

примереније ограничити примену овог основа само на кривична дела за која се може изрећи новчана казна и казна затвора до три године. Као критеријум за разграничење лаких од тежих или тешких кривичних дела свакако се може узети посебан максимум. Међутим, З. Стојановић примећује да критеријум може бити и одређеност посебног минимума код одређених кривичних дела и наводи да законодавац кривична дела код којих је горња граница посебног казног распона три године затвора оставља без посебног минимума, што даје основа за ублажавање казне и по врсти, не само по мери, а што није случај са кривичним делима за која се може изрећи казна затвора до пет године. Код таквих кривичних дела законодавац прописује и посебан минимум. (Стојановић, 2021: 116) Мада се после поновног сужења формалног услова њему више не упућују критике да нарушава начело законитости, има мишљења да је овај услов могао бити постављен тако да је дело малог значаја могуће применити само код кривичних дела за које није прописан посебни минимум.

4.3. О одређености дела у закону, противправности и друштвеној опасности

Досадашњом анализом дела малог значаја је показано да се проблем у вези са овим институтом не тиче његове примене или немогућности примене у пракси, јер услови сами по себи и њихово нормативно уобличење не представљају препреку за практичну примену.²⁶ Положај овог института у ствари значајно усложњавају теоријске импликације и тумачење самих услова. Са више страна, из више различитих полазних премиса је извлачен закључак о томе да је дело малог значаја основ искључења кажњивости, а не противправности, при чему је овај закључак даље коришћен као нова премиса у доказивању постојања петог, прикривеног, притајеног елемента општег појма кривичног дела – кажњивости. Ово су проблеми који се непосредно тичу дела малог значаја, мада на његов овако сложен положај утиче и неразрешеност других, дубљих и општијих питања. На терену дела малог значаја се најјасније уочавају негативне последице теоријски неразрешеног

у конкретном случају могу да се испоље у тако лаког облику да их не треба сматрати кривичним делом.“ (Стојановић, 2021: 116)

²⁶ Нису услови из члана 18. КЗ-а разлог томе што је дело малог значаја ређе примењивано у пракси, већ је узрок томе широка примена начела опортунитета кривичног гоњења, због које велика већина кривичних дела за која се може изрећи казна затвора до три године или новчана казна и не стигне у судећу фазу поступка где би се могла процењивати оправданост примене дела малог значаја.

односа формалних елемената кривичног дела – противправности и одређености дела у закону, али и последице избегавања дефинисања положаја друштвене опасности и суочавања са тиме да она и даље постоји и игра значајну улогу у савременом српском кривичном праву.

У науци кривичном права се заступа став да су четири елемента општег појма кривичног дела „истовремено и четири степена која карактерише прогресивност приликом њиховог утврђивања у конкретном случају, што треба да допринесе и бољој и исправнијој примени кривичног права.“ (Стојановић, 2021:68) Ако знамо да су елементи поређани редоследом – дело (човека), одређено у закону као кривично дело, противправно и скривљено, закључује се да противправност зависи од одређености дела у закону. Тачније, „предвиђеност може да постоји без противправности, али не и обрнуто²⁷; противправност претпоставља претходну испуњеност законског описа.“ (Марковић, 2015: 287) Насупрот томе, постојање основа који искључују противправност или, како се још називају, оправдавајућих основа омогућава постојање одређености дела у закону без противправности. Однос између одређености дела у закону и противправности се може схватити различито, при чему ни један поглед не би требало да искључује други. Тако, одређеност дела у закону се поима као разлог постојања противправности²⁸, као индиција противправности или средство за препознавање противправности. (Марковић, 2015: 287-290) Очито, веза ових елемената јевешеструка и

²⁷ Са друге стране, среће се и мишљење да није немогуће замислити ситуацију у којој је извршено кривично дело које је противправно, али није одређено у закону као кривично дело. (Јовашевић, 2018: 86) Друго гледиште оправдава се чињеницом да је „противправност противност норми садржаној у било ком правном пропису.“ (Јовашевић, 2018: 86) Дакле, могуће је замислити да је нечијим радњама, понашањем повређена норма било које гране права, што би чинило такво дело противним тој норми, противправним, а да истовремено таква радња није инкриминисана кривичним кодексом и да се не може сматрати кривичним делом. Није новитет то да право каска за животом и реалитетом свакодневнице, као ни то да се различите гране права развијају различитим темпом, због чега је начелно могуће постојање противправности, без одређености дела у закону. Наравно, у оваквим мисаоним експериментима противправност је схваћена шире од *кривичне противправности* – општег елемента кривичног дела.

²⁸ „Оствареност битних обележја бића неког кривичног дела заснива противправност. ... Према томе, утврђивање противправности у кривичном праву врши се на основу бића кривичног дела. Ако неко понашање испуњава сва обележја кривичног дела, оно ће, по правилу бити и противправно.“ (Стојановић, 2021: 96-97) „Најпре, говори се о томе да је предвиђеност у закону ратио есенди (разлог постојања) противправности,⁷ из чега произлази да смо утврђивањем испуњености законског описа утврдили да је понашање противправно.“ (Маркович, 2015: 287)

сложена, али без обзира на то не би било исправно стављати знак једнакости између њих. Због тога, прецизно одређивање тачака везивања или тачака пресека омогућава да се правилно утврде границе између ових елемената, а што је све у служби разрешења теоретских проблема који постоје у датим околностима вежећег кривичног законодавства.

Противправност се најједноставније може одредити као противност норми која је садржана у било ком позитивном правном пропису једне земље. (Јовашевић, 2018: 83) Она (противправност) има своју формалну и материјалну страну, односно садржину. Обе стране противправности уско су повезане са одређеношћу дела у закону. Тако, у формално смислу противправност зависи од „свог елемента претходника“ – од одређености у закону, јер „противправно може битисамо оно понашање човека које је у законском опису кривичног дела одређено као забрањено и кажњиво.“ (Марковић, 2015: 291) Формално схватање противправности је засновано и ограничено начелом законитости у кривичном праву. Упоредо, веза одређености дела у закону и материјалне стране противправности очитује се у друштвеној опасности, која представља и социјалну садржину противправности и законодавни мотив кажњавања. О материјалном и формалној страни противправности говоре и бројни други аутори поред већ цитираних – Тома Живановић, Новоселец, Лист, Мезгер²⁹ и сагласни су у једном, а то је да је формална страна противправности његова позитивноправна димензија, а да је материјална страна криминалнополитичка категорија.³⁰ Занимљиво је и мишљење да је противправност (*у својој укупности, прим. аут.*) правни основ за одређивање кривичних дела. Ово мишљење се образлаже чињеницом да се норме које се кривичним делима крше по правилу налазе у прописима других грана права и да служе као основ за инкриминацију кривичних дела у закону. (Јовашевић, 2018: 83)

Прихватајући напред изложену аргументацију, јасно је да нема ничег спорног у односу формалне противправности и одређености дела у закону. Оно што представља жариште проблема, који захвата и дело малог значаја, јесте материјална страна противправности – друштвена опасност. У литератури се срећу ставови попут овог: „ По схватању једног дела српске (југословенске) теорије материјална страна противправности се очитује у друштвеној опасности/штетности. Недостатак

²⁹ Детаљније о погледима ових аутора на противправност код: Јовашевић Д. (2018). Кривично право – општи део, пето измењено и допуњено издање. Београд. Досије студио, стр. 83-84.

³⁰ Мишљење које је потекло од Листа, преузето од: Марковић И. (2015). Нека основна питања у вези са објективном страном противправности. Стр. 291, фуснота 33.

овог схватања се огледа у томе што се код нас, данас, углавном заступа схватање да је, као што је речено, друштвена опасност материјална страна предвиђености у закону, а не противправности.“ (Ђоровић, Турањанин, Шемовић, 2017: 194) Овако изражен става рађа следећа питања: ко од домаћих аутора заступа свако од изложених гледишта и зашто би једно гледиште искључивало друго? Док се на прво питање одговор не налази, јер изјава о преовлађивању једног гледишта на другим није поткрепљена ставовима већ изложеним у јуриспруденцији, на друго питање је одговор једноставан – друштвена опасност може истовремено представљати законодавни мотив инкриминисања и социјалну садржину противправности.

„Ни из чега не произлази да се друштвена опасност мора нужно „определити за једну страну“, тј. приписати само једном елементу, посебно ако су та два елемента толико уско повезана као што су то предвиђеност узакону и противправност.“ (Марковић, 2015: 292)

Иако више није општи елемент кривичног дела, друштвена опасност и даље има свој значај у српском кривичном праву. Противправност је на неки начин заменила друштвену опасност у општем појму кривичних дела, али је није сасвим истиснула. Штавише, неспорно је да је сада друштвена опасност саставни елемент противправности. Мада се ова промена може образложити и идеолошким аргументима, сврха новоуведеног елемента противправности није таквог карактера. Разлог за подизање противправности у ранг општег елемента кривичног дела, према једном схватању, лежи управо у основима искључења противправности. (Стојановић, 2021: 96) На тај начин законодавац је посредно и негативно одредио противправност – као одсуство основа који га искључују. Ови основи искључења противправности имају оправдавајуће дејство, које свој корен има управо у материјалној страни овог елемента – у друштвеној опасности. Тиме се фактички враћамо на почетак и закључујемо да је друштвена опасност не само саставно, већ и конститутивно обележје противправности. Она такође утиче и на формулисање општих принципа на којима почивају основи искључења противправности и игра важну улогу у циљном тумачењу норми при кривичноправној квалификацији понашања којима се може дати различити смисао у различитим контекстима. Најнепосредније дејство друштвене опасности јесте оно које ова фигура, назовимо је тако, има на одмеравање казне. Друштвена опасност утиче директно на нивелисање неправда, тиме што у сваком конкретном случају оствареној последици и психичком односу учиниоца према делу придаје друштвени значај, на основу чега суд даље процењује којом врстом и

мером кривичне санкције не потребно реаговати да би се постигла и генерална и специјална превенција.³¹ (Марковић, 2015: 292) Знајући ово, круг се затвара и материјални услови за примену дела малог значаја добијају свој смисао – јасно је зашто степен кривице који није висок и незнатне или одсутне штетне последице дају делу мали (криминално-политички) значај (али само под условом да су и други материјални и формални услови испуњени).

За разлику од друштвене опасности као елемента противправности, када се она процењује *in concreto*, друштвена опасност као законодавни мотив кажњавања се сагледава *in abstracto*. Апстрактна друштвена опасност је најпре законодавчев мотив да инкриминише одређене делатности, а затим је и оријентир при прописивању посебног казненог оквира за та дела. Са друге стране, како би се у сваком појединачном случају правилно и адекватно одмерила казна у оквиру посебног минимума и максимума, потребно је утврдити конкретну тежину, друштвену опасност оствареног дела. Чак и ако суд то не чини свесно и експлицитно, он ипак утврђује противправност сваког кривичног дела понаособ и то не само констатацијом да у датом случају нема основа које је искључују, већ се одмеравање казне може схватати и као степеновање, одмеравање противправности – друштвене опасности кривичног дела.

На крају, може се закључити да однос између противправности и одређености дела у закону није тако проблематичан као што се на први поглед чини. Вишеслојан свакако јесте, али није необјашњив и несагледив, а оно што је јако важно – није опасан по судску праксу. Овај проблем је толико теоријски и апстрактан, да је просто немогуће да он буде узрок неправилне примене појединих института или узрок неуједначене праксе или правне несигурности. Јасно је да дилеме у науци изазива друштвена опасност – њен положај, дејства и значај, те у разрешењу тих питања лежи и одговор на најважније питање – да ли је у овом тренутку, због оваквих теоријских неслагања потребно упуштати се у реформу општег дела кривичног материјалног права.

³¹ Дакле, са формалне тачне гледишта, и крађа пар десетина хиљада динара и крађа пар стотина хиљада динара су противправе. Формална противправност није флексибилна категорија, док материјална страна јесте – „материјална противправност крађе 200.000 динара надмашује противправност крађе 20.000 динара десет пута“ и то ће несумњиво утицати на изречену казну. (Марковић, 2015: 292) Јасно је да учиниоце ових кривичних дела крађе, не би било праведно казнити истом мером казне, иако је у оба случаја остварен основни облик кривичног дела. Не треба заборавити и друге околности које суд мора узети у обзир при одмеравању казне.

Различитих виђења исте ствари и различитих мишљења ће у науци увек бити и она су као таква потребна и корисна, јер се након буре њиховог сучељавања погледи избистре, али не сме се сметнути с ума да, и поред богате полемике, ове области општег дела нису претрпеле значајније промене и да дело малог значаја и даље у пракси опстаје. Ако опстаје у пракси, зашто онда овај основ не би опстао и у законодавству?

5. Закључак

У прилог опстајању, опстанку дела малог значаја у српском кривичном праву иду следећи закључци. Не може се рећи да постоји проблем у примени дела малог значаја у пракси. Унутар саме норме не постоје противречности и несклад између услова који би онемогућавали правилну примену ове установе. По среди је само ређа примена дела малог значаја због широке и честе примене процесноправног механизма – опортунитета кривичног гоњења. Сама чињеница да овакав процесноправни механизам постоји и да је он ефикасан не чини једну установу материјалног кривичног права изличном. Не постоје никакве препреке за постојање и адекватну паралелну примену два механизма за решавање питања багателног криминалитета. Дуалитет средстава која на различите начине служе истом циљу требало би да буде схваћен као предност нашег ситета, а не као терет и мана.

Не може се оспорити чињеница да примена начела опортунитета не растеређује правосудне органе и не чини њихов рад ефикаснијим и економичнијим. Међутим, ова одлика опортунитета не може се сматрати његовом значајном предношћу и аргументом у прилог денормирању дела малог значаја све док борба за ефикасност и економичност угрожава, макар начелно и теоретски, правну сигурност и извесност. Крупан недостатак процесноправног механизма за борбу против ситног криминалитета јесте то што одлука о одбацивању кривичне пријаве на темељу опортунитета не стиче својство пресуђене ствари, чиме је створена препрека за деловање начела *ne bis in idem*. Уколико јошувек није дошао тренутак за обимнију реформу кривичног процесног права којом би се коначно отклонили сви недостаци јавнотужилачке истраге, могле би се унети промене само у погледу опортунитета кривичног гоњења, који је, по свему судећи, недовршен институт. Док год круг одлука које стичу својство пресуђене ствари не буде проширен и у њега укључена и одлука јавног тужиоца о примени начела опортунитета, неприхватљиво је означавати дело малог значаја као превазиђен и непотребан институт. Чак и у случају да превагну аргументи против

првог решења, због природе и функције органа који на основу опортунитета доноси одлуку, могуће је предвидети механизме контроле опортунитета: било судску потврду одлуке код овог диверзионог модела поступања, слично као код консензуалних форми или оштећеном дати средства којима би иницирао контролу ове одлуке од стране непосредно вишег јавног тужиоца, као што је таква могућност дата код одбацивања пријаве или обуставе истраге из других разлога.

Са друге стране, упитно је да ли дело малог значаја изискује било какву измену или дораду у кривичноматеријалном смислу. У овом раду изнети су аргументи који показују да је одредба о делу малог значаја добро конципирана. Иако се законодавац у више наврата колебао у погледу формалног услова, ова граница за примену установе је од 2016. године устаљена, уподобљена сврси овог института и чак усклађена са формалним условима за примену једног од видова опортунитета и у науци није оспоравана. Показано је и да су материјални услови смислено постављени и да адекватно служе циљевима који применом овог основа за искључење кривичног дела треба да буду постигнути. Проблеми који су постојали око дела малог значаја су, како је закључено, преваходно теоријске природе и потичу од прешироког тумачења појединих материјалних услова, нарочито степена кривице и сврсисходности кажњавања. Иако се на први поглед могло учинити да је сумња у природу дејства дела малог значаја основана и да постоје разлози да се оно сматра основом искључења кажњивости, на крају је ипак једини исправан закључак тај да је дело малог значаја основ искључења противправности.

Чак и у случају да процесноправни проблеми буду решени на предложени или неки други погоднији начин и чак и да друштвена опасност настави да у стручној јавности изазива недоумице и расправе о односу формалних елемената општег појма кривичног дела, дело малог значаја не треба брисати из српског кривичног законодавства. Ова установа је већ прилично укорењена у домаћој правној науци и пракси, и поред бројних преображаја и измена, и кад је већ до сада опстала, не треба је схватати као бремене, већ као резервно средство у реакцији на багателни криминалитет.

Литература

Васиљевић, Т. (1981). *Систем кривичног процесног права СФРЈ*. Београд. Савремена администрација;

Вуковић, И. (2011). О субјективним обележјима противправности у кривичном праву. *Анали Правног факултета у Београду*. бр. 2. 122-141;

Давидов, С. (2012). Диверзиони модели у предистражном поступку. *Савремене тенденције у развоју правног система Републике Србије*. LX. 155-169;

Ђокић, И. (2010). *Minima non curat praetor* – Институт из члана 18. Кривичног законика. У: Ђ. Игњатовић (Ур.), *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, IV део - тематска монографија*. (стр. 281-298). Београд: Правни факултет;

Илић, Г. (2014). Преглед измена и допуна Закона о јавном тужилаштву и нови ЗКП. У: Реформа кривичног права (Београд: Удружење јавних тужилаца);

Илић, И. (2018). Утицај консензуалних процесних норми на утврђивање и доказивање чињеница у кривичном поступку. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 80(LVII). 363-380;

Илић, И. (2010). Условно одлагање кривичног гоњења. *Пристап правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије: тематски зборник радова*. Књ. 5. 405-434;

Јовашевић, Д. (2018). *Кривично право – општи део, пето измењено и допуњено издање*. Београд. Досије студио;

Кнежевић, С. (2011) Консесуалне форме одлучивања у преткривичном и кривичном поступку. *Правни живот*. 9. 873-886;

Кнежевић, С. (2014). Међународноправни стандарди забране двоструке угрожености. У: П. Станојевић (Ур.), *Право и друштвена стварност*. (стр. 257- 270). Косовска Митровица: Правни факултет;

Кнежевић, С. (2015). *Кривично процесно право - општи део*. Ниш. Центар за публикације Правног факултета у Нишу;

Кнежевић, С. (2019). *Кривично процесно право – посебни део*. Ниш. Центар за публикације Правног факултета у Нишу;

Костић, М. (2006). Ресторативна правда у домаћем законодавству. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 47. 63-76;

Лечић, Б. (2021). Начело опортунитета кривичног гоњења – правно теоријски аспект. *Култура полиса*. 46(XVIII). 231-248;

Лукић, Р. (1961). *Тумачење права*. Београд. Савремена администрација;

Лукић, Р. (2003). *Методологија права – пето издање*. Београд. ИП Јустинијан;

Марковић, И. (2015). Нека основна питања у вези са објективном страном противправности. У: Ђ. Игњатовић (Ур.), *Казнена реакција у Србији, V део - тематска монографија*. (стр. 285-300). Београд: Правни факултет;

Мрвић, Н. (1994). Диверзиони концепт кривичноправног система – реалност или утопија. *Социолошки преглед*. 1(вол. 28). 99-105;

Пихлер, С. (2005). Новеле општих установа у кривичном законодавству Србије (Поводом Кривичног законика РС од 29. септембра 2005. г.). Зборник радова Правног факултета у Новом саду. бр. 3. 41-58;

Радуловић, Љ. (1991). Незнатна друштвена опасност – један од законских основа који искључује постојање кривичног дела. *Анали Правног факултета у Београду*. 4/1991. 408-416;

Ристић Везенковић, М. (2019). *Положај јавног тужиоца у реформисаном кривичном поступку Србије - докторска дисертација*;

Стојановић, З. (2021). *Коментар Кривичног законика – једанаесто допуњено издање*. Београд. Службени гласник;

Стојановић, З. (2013). Да ли је Србији потребна реформа кривичног законодавства. *Crimen*.2(IV). 119–143;

Стојановић, З. (2012). Казнена политика у Србији: сукоб законодавца и судске праксе. У: Ђ. Игњатовић (Ур.), *Казнена реакција у Србији, II део - тематска монографија*. (стр. 1-17). Београд: Правни факултет;

Тешовић, О. (2014). Дело малог значаја и опортунитет кривичног гоњења. *Crimen*. (V), 1/2014. 89-102;

Ђопић, С. (2007). Појам и основни принципи ресторативне правде. *Темида*. 1. 25-35;

Ђоровић, Е., Турањанин, В., Шемовић, А. (2017). Дело малог значаја и начело опортунитета кривичног гоњења (норма и пракса). *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после): кривичноправни аспекти*. LVII Редовно годишње саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу. 191-206;

Харашћић, Ж. (2009). Домети систематског тумачења у праву. Зборник радова Правног факултета у Сплиту. 46 (2). 315-335.

Правни прописи

Кривични законик, *Службени гласник*, бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

Закон о изменама и допунама кривичног законика, *Службени гласник*, број 94/16

Закон о изменама и допунама Кривичног законика, *Службени гласник*, 35/2019.

Законик о кривичном поступку, *Службени гласник*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 5/2014, 35/2019, 27/2021 - одлука УС и 62/2021 – одлука УС

Интернет извори

Ministarstvo pravde RS (2023): Radne verzije propisa; (приступ 11. и 12. 4. 2023); <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

Andela Ristić, LL.M.,
PhD Candidate,
Faculty of Law, University of Niš

**SUBSISTENCE OF PETTY OFFENSES IN SERBIAN CRIMINAL LAW: ON THE
NEED TO RESOLVE FUNDAMENTAL CRIMINAL LAW ISSUES**

Summary

Minor or petty crimes are the ground for excluding unlawfulness because these offences of minor significance entail inconsequential harm or insignificant social danger. Being a reception from the former SFRY legislation and due to its origin in domestic criminal law science, this criminal law institute has been characterized as outdated and unnecessary. This stance is further supported by the widespread application and effects of the principle of prosecutorial discretion in practice. Despite ample criticism in scientific literature on the offenses of minor significance, the legislator has not significantly amended the provision on minor/petty offences nor decided to completely remove this institute from our legal system. If the legislator has not abandoned the substantive criminal law mechanism of responding to petty crimes, why does jurisprudence do so? The reasons could be multiple and rooted in issues pertaining to criminal procedure law and/or substantive criminal law. In the battle between the principle of prosecutorial discretion and minor/petty criminal offences, the most important decision is to choose between efficiency and legal certainty. On the one hand, deficiencies of the principle of prosecutorial discretion can have direct negative consequences in practice; on the other hand, problems related to minor/petty offences are mainly theoretical in their nature, and their impact does not reach the judicial practice. This paper aims to present and explain different theoretical and practical, as well as substantive and procedural arguments, in order to provide an answer to the question: is the offense of minor significance a burden on Serbian criminal law?

Keywords: *minor/petty crimes, offense of minor significance, unlawfulness, social danger, principle of prosecutorial discretion.*