

*Душица Миладиновић**

ОСВРТ НА КОНЦЕПТ ПОМИЛОВАЊА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ

Апстракт

Старост института помиловања и његова континуирана присутност у праву Србије, која се може пратити од периода средњег века до позитивног права, не треба да буду препреке критичком сагледавању овог института, јер сами по себи не морају донети савршеност нормативног уређења. Тако се, по мишљењу ауторке, и у материјалној и у процесној сфери помиловања могу пронаћи одређени недостаци и нелогичности, почевши од неубичајено широке садржине, где се као посебно споран елемент јавља аболација, све до амбивалентног положаја првостепеног суда и изостанка механизма контроле.

Кључне речи: *садржина помиловања, покретање и обустављање поступка, хитност, првостепени суд, комисија за помиловања*

I.

Помиловање спада у ред института кривичног права са дугом и богатом историјом, чији се развој може пратити од најстаријих познатих правних извора. Прво регулисање помиловања у праву Србије датира из периода средњег века,¹ када су и настали најзначајнији акти, при чему се не мисли само на доношење чувеног Душановог законика, већ и на превод и прераду у оно доба најновијег и најбољег византијског зборника –

* Асистент-приправник на Правном факултету у Нишу.

¹ Нажалост, о периоду раног средњег века, када је и формирана српска држава, нема довољно података. Може се само претпоставити да је примењивано данас недовољно познато обичајно право, као и да је преовладала приватна реакција, која је са јачањем државе почела да уступа место јавној.

Синтагме јеромонаха Матије Властара из 1335. године. Дуг историјски развој, сам по себи, намеће питање да ли су старост и континуирана присутност института у домаћем правном систему изнедриле добра решења, или још увек постоје недостаци који остављају простор за даље усавршавање, изградњу исправнијег и логичнијег концепта помиловања.

II.

Константу у послератном развоју помиловања код нас представља стално проширивање садржине, која је обухватила не само друге кривичне санкције, попут мера безбедности, већ и неке кривичноправне мере, чиме се помиловање прилично удаљило од класичног појма, по којем представља основ за гашење казне.² Посебно споран елемент садржине, који је некако измакао пажњи домаћој теорији, представља ослобођење од кривичног гоњења. У компаративном праву се овакво дејство ретко везује за помиловање, јер је по правилу дато другом институту тј. амнестији.³ Разумљиви су разлози наведених решења; аболиција искључује примену закона на конкретни случај, спречава вођење кривичног поступка према одређеном лицу, иако су за то испуњене правне претпоставке. Природније је тако значајно и изузетно овлашћење дати законодавном телу, оно ствара законе и може да искључи њихову примену. Закон може да стави закон ван снаге, неоправдано је да се такво дејство постиже појединачним актом органа управе.⁴ На основу изнетог, може се рећи да обухватање аболиције

² Кривични закон из 1947. године (*Службени лист ФНРЈ, бр. 106/47*) дефинисао је помиловање као потпуно или делимично ослобођење од извршења правноснажно изречене казне или замену изречене казне блажом. Новим Кривичним законом из 1951. године (*Службени лист ФНРЈ, бр. 13/51*) садржина је допуњена ослобођењем од кривичног гоњења и укидањем правних последица осуде, док Кривични закон СФРЈ (*Службени лист СФРЈ, бр. 44/76*), иначе темељ позитивноправних решења, омогућава замену казне условном осудом, одређивање краћег трајања правних последица осуде, укидање и одређивање краћег трајања одређених мера безбедности и брисање осуде.

³ Такве примере налазимо у законодавствима Француске, Италије, Немачке, Белгије, Аустрије, Грчке, Швајцарске, Русије. Неке бивше републике СФРЈ, после реформе кривичног законодавства избацују аболицију из окриља помиловања, попут Хрватске и Босне и Херцеговине. Чак и када поједини системи дозвољавају ослобођење од кривичног гоњења помиловањем, редовно постављају и неке додатне услове, као што је потврда законодавног тела, у неким државама САД. Детаљније о правном дејству помиловања у упоредном праву видети L. Sebba: *The Pardoning Power, A World Survey, The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 66, no. 1, 1977, стр. 85. и надаље.

⁴ Интересантно је да у оквиру расправе о сагласности помиловања са начелом поделе власти Бекарија износи став да је читаво овлашћење да опрашта казне погрешно дато извршној власти: "треба имати на уму да је милост врлина законодавца, а не онога који законе примењује" Ч. Бекарија: *О злочинима и казнама*, Сплит, 1984. године, стр. 132.

доводи до замагљивања класичног појма помиловања и његовог тежег одвајања од амнестије, као прерогативе законодавног тела. Разлика између помиловања и амнестије у позитивном праву постоји у домену надлежности,⁵ али је изгледа заборављено да подела надлежности није само случајност или пука формална чињеница, већ је изникла из битно различите садржине и природе ових института. Ово тим пре треба поменути, јер Кривични законик Србије⁶ неоправдано још више приближава амнестију и помиловање у материјалном смислу.

У прилог брисања аболиције из садржаја помиловања може се навести и захтев спречавања дискриминације. Није тешко замислити случај у којем би неким учесницима у кривичном делу било дато ослобођење од кривичног гоњења, а другима не, што је последица неекстензивног дејства помиловања односно непостојања последице спајања (*beneficium cohaesionis*) предвиђене у процесном праву. Не чини се баш оправданим да привилегију опраштања ужива учинилац кривичног дела, а не и његов саучесник, помагач на пример. Сасвим је друга ствар са амнестијом, она представља општи правни акт, закон и у формалном и у материјалном смислу (истина *lex specialis*), којим се искључује примена важећих правних норми, тако да се њоме обухватају сви учиниоци у кривичном делу, како извршилац, тако и саучесници.

Коначно, треба се запитати да ли је ослобођење од кривичног гоњења у складу са презумпцијом невиности, по којој се лице сматра невиним све док се кривица не докаже правноснажном судском одлуком. Проблем искрсава из чињенице да је акт аболиције потпуно индиферентан када је у питању кривична одговорност лица на које се односи. Из њега се, логично, не може сазнати да ли је помиловани крив или не, па остаје, слободно названа, "неправна" сумња у његову кривицу. Треба додати и да је ослобођење од кривичног гоњења трајно, против истог лица за исто кривично дело се не може поново покренути поступак, чак и када би само аболирано лице то желело, јер има интерес да докаже своју невиност, а и када би се тако нешто десило био би истакнут приговор *res iudicata*. Тако испада да се од аболиције, иако је у питању акт *in favorem* једног лица, може претрпети морална, нематеријална штета услед несагласности правног и фактичког положаја аболираног лица. Отуда је у нашој старијој

⁵ За разлику од права Краљевине Југославије, на пример, где су и помиловање и амнестија спадали у надлежност монарха, дакле извршне власти. Прим. аут.

⁶ Службени гласник РС, бр. 86/05.

теорији настао предлог да се тражи његова сагласност,⁷ што је тешко прихватити кад се узме у обзир да је једна од основних карактеристика помиловања управо обавезност, која се управо манифестује у томе што уопште не зависи од воље лица на које се односи.

Заступаној тези иде у прилог и један аргумент чисто практичне природе. Наиме, и домаћа и страна пракса указују на често коришћење аболиције ради превазилажења и решавања политичких напетости и криза.⁸ Јасно је само по себи да се такав циљ неупоредиво ефикасније и лакше остварује доношењем општег акта, него читавим низом појединачних аката помиловања.

Почетна напомена о изостанку критичког преиспитивања аболиције у домаћој теорији кривичног права не важи за нека друга дејства из садржине овог института. Поједини аутори су приметили неспојивост помиловања и мера безбедности.⁹ Ако се пође од прихваћеног става да су мере безбедности, за разлику од казне, санкције неретрибутивне природе, усмерене ка отклањању стања или услова који могу утицати да учинилац убудуће врши кривична дела, закључује се да њима нема места под окриљем помиловања. Такође, помиловање (у овом контексту читати милосрђе!) нужно логички претпоставља да постоји какво зло или макар претња злом у односу на активног субјекта кривичног дела. Полазећи од наведених премиса да се извести алтернативно постављен закључак: или је концепт помиловања у нашем праву противречан општој идеји помиловања или прихваћеном концепту мера безбедности! Из истих разлога се препоручује и преиспитивање дејства помиловања на правне последице осуде односно брисање осуде.¹⁰

⁷ Из наведених разлога аболиција је окарактерисана као најгори облик помиловања, мада је истовремено сматрана прихватљивом једино код политичких деликвената. М. Аћимовић: *Кривично право, Општи део, Књига I*, Суботица, 1937. године, стр. 174.

⁸ Илустративни примери политичке употребе помиловања налазе се код В. Hoffstadt: *Normalizing the Federal Clemency Power*, Tex. L. Review, vol. 79, is. 3, 2001. године, стр. 589. и Р. S. Ruckman: *Keys to Clemency Reform; Knowledge, Transparency*, 2001. године, стр. 2. Извор: <http://www.jurist.law.pitt.edu/pardonop5.htm>, а исту појаву помињу и неки домаћи аутори: Т. Живановић: *Кривично право Краљевине Југославије, Општи део*, Београд, 1937. године, стр. 400, Б. Чејовић и В. Миладиновић: *Кривично право, Општи део*, Ниш, 1995. године, стр. 551, З. Стојановић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 2003. године, стр. 371. и др.

⁹ С. Пихлер: *Прилог расправи о помиловању*, Правни живот, бр. 6-7, Београд, 1987. године, стр. 695.

¹⁰ Исто и Ђ. Марјановић: *О суштини правних последица осуде*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр. 1-2, 1982. године, стр. 39. и надаље, и Д. Јаковљевић: *Брисање осуде*, Правни живот, бр. 2, 1982. године, стр. 186.

Даља анализа садржине помиловања наводи на закључак да ни концепт замене условном осудом не представља добро решење, ваљда зато и представља реткост у упоредном праву.¹¹ Посебно треба додати да у домаћем позитивном праву, услед укидања ранијег савезног Закона о помиловању¹², више нема изричитих одступања од општег режима, па може бити дискутабилно како сада изгледа условна осуда дата помиловањем. Хипотетички, будуће допуне материје помиловања се гранају у три потпуно различита правца – постављање одступања у односу на општи режим, пратећи линију старих решења (искључење могућности заштитног надзора и налагања посебних обавеза, фиксирање рока проверавања); предвиђање обавезе да се приликом замене поштују општа правила Кривичног законика¹³, што би у крајњем довело до опозивости помиловања; или у најрадикалнијој верзији, укидање могућности да се казна замени условном осудом. Трећа солуција се чини врло логичном, јер се тако избегава контрадикторност, да се помиловањем може дати условна осуда, али да се истовремено не може опозвати, јер је само помиловање неопозиво. На такав начин институт условне осуде губи своју суштину и не може да оствари основну идеју на којој почива, да се претња казном остварује, ако осуђени не поштује одређене услове. И друга алтернатива има неко своје оправдање, доносилац одлуке о помиловању не треба да ужива апсолутну слободу, већ мора да поступа у складу са општим начелима и правилима кривичног законодавства, док прва изгледа као најмање добро решење.

Посебан проблем представља рехабилитација. Доношење Кривичног законика, како је већ истакнуто, нису пратиле очекиване промене у материји помиловања, тако да није јасно да ли се услови везани за овај институт примењују и у случају милости. Будућим изменама би требало изричито да искључити њихово важење, што би омогућило превремену рехабилитацију која не би, за разлику од "редовне", зависила од протекла рокова. Истовремено били би одбачени и услови да се рехабилитација не може дати ако споредна казна још није извршена или

¹¹ Замена казне условном осудом је изгледа реликт из ранијег законодавства СФРЈ, тако да се поменуто решење редовно налази у законодавствима њених бивших чланица, са изузетком БиХ (видети Закон о помиловању, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 9/96, 13/97, 47/01, 28/04).

¹² Укинут је Законом о престанку важења појединих закона, *Службени лист СЦГ*, бр. 135/04.

¹³ Поједина права изричито намећу обавезу примењивања одредаба општег дела КЗ-а и у случају замене казне блажом. Видети на пример Закон о помиловању, *Народне новине Републике Хрватске*, бр. 175/03, Закон о pomilostitvi, *Uradni list Republike Slovenije*, бр. 45/95, 86/04. и 23/05.

још трају мере безбедности, односно да се рехабилитација даје само лицима која раније нису била осуђивана или се по закону сматрају неосуђиваним,¹⁴ када се ради о осудама из круга законске рехабилитације. Ово тим пре што нема општег правила које повратницима одузима привилегију опраштања, па нема разлога да се такво ограничење постави за било који вид помиловања појединачно.

Могућност замене казне новоуведеним казнама – радом у јавном интересу (чл. 52. КЗ-а) и одузимањем возачке дозволе (чл. 53 КЗ-а) такође припада кругу спорних питања. Овлашћење да казну замени радом у јавном интересу дато је прво суду, ако се ради о кривичним делима за која је прописана казна затвора до три године или новчана казна, узимајући у обзир врсту учињеног дела, личност учиниоца и његову спремност да обавља рад. Из свега следи да је нова казна намењена учиниоцима кривичних дела "којима се не остварује тежа последица и чија личност указује да за остваривање сврхе кажњавања није потребно изрицати казну затвора или новчану казну".¹⁵ Поставља се питање да ли треба поштовати постављена ограничења и код одлучивања о помиловању или треба дати пуну слободу надлежном органу? Природа рада у јавном интересу и сврха коју му је законодавац наменио, упућују на неоправданост замене без поштовања постављених услова. И на овом примеру са још једном показује потреба постојања такве норме у Закону о помиловању, којом би била постављена обавеза поштовања општих правила предвиђених Кривичним закоником у случају замене казне, чиме би се избегле евентуалне дилеме приликом тумачења и примене помиловања. Нажалост, ово није једини проблем хипотетичке замене. Не сме се заборавити да се рад у јавном интересу изриче само уз пристанак учиниоца кривичног дела, што је последица забране принудног рада,¹⁶ из чега проистиче да би се у случају евентуалне замене морао тражити пристанак лица на које се односи, што је противно основном правилу да помиловање не зависи од воље помилованог лица. Са друге стране, замена без пристанка би акт

¹⁴ Ради појашњења, неосуђиваним се по Закоником сматрају лица којим је као самостална санкција изречена васпитна мера, мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, мера безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи, односно лице којем је за раније кривично дело наступила рехабилитација.

¹⁵ Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2006. године, стр. 329.

¹⁶ Принудни рад је изричито забрањен Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама (чл. 13.) *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03. и Европском конвенцијом за заштиту људских права и грађанских слобода (чл. 4), *Службени лист СЦГ*, *Међународни уговори*, бр. 9/03.

помиловања учинила неуставним. Па и када би дозволили тражење пристанка, проблем не би био решен, јер би остало питање шта би се десило ако помиловани не врши рад. Да ли ће помиловање бити опозвано, упркос јединственом ставу свих аутора у домаћој теорији, да је неопозиво?

Раније законодавство није познавало ни казну одузимања возачке дозволе, која је тако нормативно постављена, да ако се изриче као главна заправо представља супститут казне затвора до две године, услед правила да се за једно кривично дело не могу изрећи две главне казне. Ако се суд определио да изрекне казну затвора као главну, када се ради о кривичном делу у вези са чијим извршењем или припремањем је коришћено моторно возило, да ли има простора да се помиловањем изречена казна замени одузимањем возачке дозволе, као блажом? Потврдан одговор треба да буде праћен напоменом да приликом замене мора бити поштован предвиђени минимум и максимум за ову врсту казне, која не може да траје краће од једне нити дуже од три године. И ако прихватимо да замена сама по себи и изоловано није спорна, проблем у примени помиловања се може јавити касније, ако лице којем је казна замењена одузимањем возачке дозволе управља возилом док траје казна. Да ли ће сада она, по општем правилу (чл. 53. ст. 4. КЗ-а), бити замењена казном затвора, што претпоставља опозив помиловања? *Circulus vitiosus*, какав постоји и у случају замене казне радом у јавном интересу или условном осудом, још једном сугерише потребу детаљног преиспитивања ових законских решења супротних класичном концепту помиловања. Можда се може рећи да је решавање ових проблема пре везано за преиспитивање легислативног уређења наведених санкција него легислативног уређења самог помиловања. Сама природа ових санкција је таква да има више оправдања да буду сврстане у парапеналне мере, него да им се додели статус казне, како је Закоником учињено, а на тај начин би отпале и све нелогичности и дилеме везане за случај када се изречена казна њима замењује.

Врло значајно питање о којем уопште није расправљано у домаћој теорији јесте тзв. општи домен примене помиловања. Са аспекта позитивног права, он је одређен формулацијом "за кривична дела прописана законима Србије", тако да се предмет помиловања одређује према критеријуму предвиђености дела. Нека права, која на исти начин одређују домен помиловања, садрже и допунска правила, по којим се помиловање даје и за кривична дела предвиђена страним законима, ако је учинилац домаћи држављанин и ако је то предвиђено међународним уговорима, са изузетком лица осуђених од стране Међународног

кривичног суда.¹⁷ Али, упоредно право пружа и другачије примере. Домен се може одредити полазећи од кривичне санкције, изречене од домаћих судова или које се извршавају у земљи (подразумева се да су обухваћене и правне последице проистекле из ових санкција).¹⁸ Не може остати незапажено да би се тако подручје примене помиловања проширило на сва лица која у Републици Србији издржавају санкцију, без обзира на то који је суд и на основу којег закона донео првостепену пресуду. Такође, оваква одредба би истовремено представљала законско утемељење помиловања за кривична дела предвиђена законима који су укинута.

На крају, треба поменути и неке друге предлоге за реформисање помиловања, изнете у домаћој кривичноправној теорији. По мишљењу појединих аутора логичка веза између казне и помиловања (милости) нужно отвара још једну дилему. Казна је, као облик формалне друштвене реакције, предвиђена не само за кривична дела, већ и друге јавноправне деликте – привредне преступе и прекршаје. Да ли то значи да би помиловање требало да има примену у оквиру права привредних преступа односно прекршајног права? Неколико разлога је истакнуто у прилог овој тези.¹⁹ Прво, није немогуће да се за привредни преступ односно за прекршај изрекне тежа казна него на пример за неко лакше кривично дело. Где наћи оправдање за то да лакша казна може да ужива привилегију опраштања, а тежа не? Друго, апсурдно је да учинилац кривичног дела које у себи обухвата обележја неког преступа или прекршаја, има повољнији положај због могућег помиловања, у односу на учиниоца "чистог" привредног преступа тј. прекршаја. Треће, исте оне околности које помиловање за кривично дело чине оправданим, могу се стећи и код учинилаца других јавноправних деликата. Међутим, ма како разложно деловали аргументи у прилог преношења института из кривичног права у прекршајно право и право привредних преступа, ипак не би требало одустајати од општеприхваћеног решења, јер би тиме још више био закомпликован и онако непотребно оптерећен концепт помиловања.

Поједини аутори заступају став да материју помиловања треба допунити постављањем услова за његову примену. Ради се о предлозима супротним природи овог института, који би онемогућили и спутали

¹⁷ Такав случај постоји рецимо у кривичном законодавству Словеније (чл. 1. ст. 2. и 3. *Zakona o pomilostivi*). Изузимање лица осуђених које је осудио Међународни кривични суд је потекло из Римског статута, који изричито забрањује државама где се издржава казна да ослободе лице пре истека изречене казне (чл. 110. ст. 3).

¹⁸ Видети чл. 1. ст. 2. Закона о помиловању Републике Хрватске.

¹⁹ Детаљније о томе Р. Свилар: *Ограничење права на помиловање на привредне преступе и прекршаје*, Правни живот, бр. 2, Београд, 1982. године, стр. 243.

еластичност, неопходну ради остваривања функција ради којих је и учињен делом система кривичног права. Негативне стране таквог решења не леже само у томе што води рестриктивнијој примени института, него и у његовом поистовећивању и непотребном преплитању са неким другим институтима кривичног права.

Истој групи неприхватљивих предлога припада и захтев за преиспитивање правила о субјективној универзалности института, на основу које се може применити на све категорије учинилаца, па и на вишеструке повратнике или учиниоце појединих кривичних дела на пример. Ограничења ове врсте су одавно део историје помиловања. Евентуално ускраћивање помиловања на националном нивоу за учиниоце кривичних дела против међународног права не представља ускраћивање у правом смислу, они уживају погодност помиловања, само што је другачије и на другом (наднационалном) нивоу остварују.

Једна од идеја истакнутих у домаћој теорији у вези са реформисањем помиловања, јесте и проширивање његове примене на условну осуду. Ако се помиловање схвати као инструмент за гашење казне, онда нема разлога да се обухвати само изречена казна, а да се казна утврђена условном осудом остави по страни. Међутим, мора се приметити да би овај вид проширења садржаја помиловања представљао само још један у низу излишних експеримената. Неоправдано је изречену казну поредити са утврђеном казном, јер је прва реалност и она се редовно извршава, док је друга само евентуална будућа реалност, могућност која се може али уопште и не мора остварити. Како постоји став да се помиловањем постиже и олакшавање казни, треба се запитати није ли онда захтев за стављање условне осуде у његове оквире, сликовито речено, у истој равни са захтевом умишљеног болесника ад прими терапију иако не показује симптоме болести? Полазећи са филозофскоправног аспекта, треба приметити да услед извршења условне осуде не настају такво зло и трпљење, који изискују и оправдавају примену милости, како би били олакшани.²⁰

²⁰ Исти разлог се може навести у прилог ускраћивању могућности да се покрене поступак помиловања у току трајања условног отпуста. Ако се инсистира на потпуној доследности и чистоти правног уређења помиловања такво правило се намеће само по себи. *Code of Federal Regulation* (у даљем тексту CFR), акт којим је регулисан поступак помиловања у САД, искључује могућност покретања поступка за време док се осуђени налази на условном отпусту или на пробацији, као и у свим случајевима када је осуђеном на располагању неки други вид управне или судске коректуре изречене казне (§ 1.2. CFR). Извор:<http://www.usdoj.gov/pardon/clemencyregulations.htm>

III.

Поступак помиловања, такође, пружа одређени простор за даљи развој. Најзначајнија измена у процесној сфери односила би се на улогу суда, јер се основано може тврдити да је његов положај, по позитивноправним решењима, најблаже речено, веома деликатан. Пошто је донео одлуку у првом степену, суд у поступку помиловања прво прикупља и проверава све чињенице, релевантне за доношење одлуке. Поставља се питање да ли је оправдано суду доделити улогу припремања материјала за доношење одлуке о помиловању и на тај начин га начинити "сервисом" органа управе. Чак би се могло рећи да таква улога доводи, у извесном смислу, до деградације судова.

Са друге стране, још је проблематичнија његова обавеза да даје своје мишљење о оправданости помиловања, где се може издвојити више спорних момената. Први се састоји у томе што се суд нагони да два пута разматра исту ствар, али са дијаметрално различитих полазишта. Док је првостепену одлуку донео поштујући принцип законитости, мишљење о оправданости молбе, логично мора да заснује на принципу целисходности. Суд наравно тиме не трансформише сопствену одлуку, али процењује опортуност њеног даљег извршавања, поступајући као орган управе, односно као да и сам има дискреционо овлашћење. *Inter alia*, треба поменути и реалну могућност несагласности мишљења суда и одлуке о помиловању, када незавидан положај суда још интензивније долази до изражаја. Ако помиловање буде дато упркос негативном мишљењу (или обрнуто) није искључено да суд у оваквом случају одлуку о помиловању на неки начин доживи као управну корекцију сопственог рада. Није неосновано ни довести у сумњу квалитет судског мишљења о предмету, о којем је већ коначно дао свој став доношењем првостепене одлуке. Логично је упитати се колико суд може да буде објективан и непристрасан у ситуацији где практично процењује сопствени рад, поготову што се мишљење заснива на мање-више сличним чињеницама, узетим у обзир током судског поступка.

Преуређивање улоге суда у поступку помиловања *de lege ferenda* може бити изведено на различите начине. Основна измена би се односила на искључивање обавезе суда да оцењује оправданост, али му се истовремено може оставити право да, уколико сматра потребним, да своје мишљење поводом молбе.²¹ Искључивањем суда из претходног поступка,

²¹ Такво решење постоји у америчком моделу, где надлежни орган (гувернер или председник) само обавештава првостепени суд о поднетој молби, који може ако то сматра потребним да да своје мишљење или неке информације о конкретном случају.

остаје упражњена функција припремања одлуке, па се отвара питање коме је поверити. Овде се практично отварају две могућности, на које указују и решења из компаративног права. Тако претходни поступак може да спроводи посебно тело формирано при Министарству правде (попут *Office of Pardon Attorney* у америчком праву), које би било овлашћено да прикупи и провери све релевантне чињенице, сачини предлог одлуке и упути је Председнику. У другој варијанти ова обавеза би прешла са суда на државно тужилаштво, аналогно решењима у француском праву, где Министарство правосуђа увек доставља молбу тужилаштву надлежног суда, које отвара досије, скупља све чињенице и даје мишљење о оправданости.²²

Промене у положају суда се чине заиста оправданим. Помиловање свакако треба одвојити од правосуђа, јер се оно даје не само из различитих разлога, од оних разматраних у поступку по жалби на пример, већ и у другој врсти поступка, а све у циљу добијања логичнијег и чистијег решења.

Укидање ослобођења од кривичног гоњења, као промена у материјалној, садржинској страни помиловања, повлачи са собом и промену у поступку. Наиме, аболиција је једини случај покретања поступка по службеној дужности, па би се њеним укидањем, поступак логично покретао само молбом. Но, овде настаје дилема да ли би требало задржати покретање *ex officio*, с тим што би сада било везано за неки други случај помиловања. Раније је по службеној дужности увек покретан поступак помиловања у случају осуде на смртну казну, али како је она укинута, поставља се питање да ли овакав начин покретања поступка треба везати за њен супститут, тј. казну затвора од четрдесет година, или сада најтежу казну у нашем систему, казну затвора од тридесет до четрдесет година. Иако има и таквих размишљања, чини се неоправданим поистовећивање казне затвора и смртне казне, тим пре што нема никаквих препрека да само осуђено или друго овлашћено лице поднесе молбу и тако оствари модификацију казне у поступку извршења. Немогућност покретања поступка по службеној дужности решава истовремено и раније присутни спор о томе ко може покренути иницијативу односно дати предлог за помиловање *ex officio*. Из свега логично следи да би се молба будуће могла поднети само након правноснажности пресуде.

²² Детаљније о поступку помиловања у Француској Р. Conte, Р. М. Chambon: *Droit Penal Général*; Paris, 2002. године, стр. 349, М. L. Rassat: *Droit Pénal*, Paris, 1987. године, стр. 369. и А. Chavanne: *Le Droit Français- extinction des peines*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, no. 3-4, vol. 61, 1990. године, стр. 552.

Када се већ говори о покретању поступка помиловања, уочен је недостатак позитивног права у вези са кругом лица овлашћених за подношење молбе. Логично решење подразумева да сва лица, активно легитимисана за подношење жалбе у корист осуђеног, имају и овлашћење да понесу молбу за помиловање. Аналогно изнетом ставу, круг овлашћених лица би био проширен укључивањем браниоца осуђеног. Његово изостављање није логично, пошто бранилац на пример може да изјави жалбу у корист оптуженог и без његовог посебног овлашћења, мада не и против његове воље, а од општег правила је постављен и један изузетак, када је оптуженом изречена казна затвора од четрдесет година, када се не би могао одрећи права на жалбу нити одустати од већ изјављене жалбе (чл. 364. ст. 6. ЗКП-а). Бранилац малолетника је овлашћен да изјави жалбу чак и против његове воље, што је последица посебног процесног положаја малолетника, предвиђеног у циљу његове заштите. Наша пракса је, иначе, прихватала молбе браниоца, али само ако су поднете на основу специјалног овлашћења осуђеног.²³ Несумњиво је да би давање законског овлашћења браниоцу поједноставило покретање поступка, а истовремено би се тиме се посредно утицало и на ефикасност поступка помиловања. Ако је бранилац поднео молбу у име осуђеног лица, иако за то није имао посебно овлашћење, суд ће је третирати као недозвољену, мада је неће одмах одбацити, већ ће оставити разуман рок браниоцу да прибави овлашћење. Практика је чак изградила правило по коме бранилац може да тражи продужење рока, ако из оправданих разлога није био у могућности да добије овлашћење.²⁴

Такође, када се већ говори о лицима овлашћеним за покретање поступка помиловања, има идеја да се у овај круг уведе и ванбрачни друг осуђеника, што је у складу са интенцијом изједначавања правног положаја брачне и ванбрачне заједнице.

Детаљна анализа процесних одредаба указује на постојање правне празнине, када се ради о обустављању поступка. Тако су без правила остали сви они случајеви, када након подношења молбе престају да постоје процесне претпоставке за даље вођење поступка. Тако би, као основе обустављања, требало предвидети оне околности које даље вођење поступка чине бесмисленим и беспредметним. У листу основа би свакако требало уврстити: смрт осуђеника, повлачење молбе, али и околност да је

²³ Д. Јовашевић: *Амнестија и помиловање*, Београд, 2001. године, стр. 49. и М. Петровић, С. Батрићевић: *Коментар Закона о помиловању СФРЈ и Коментар Закона о помиловању СРС*, Београд, 1986. године, стр. 7.

²⁴ М. Петровић, С. Батрићевић: *op. cit.*, стр. 11.

кривична санкција већ у потпуности извршена, односно да је престала правна последица осуде.

Можда највећа разлика између материје помиловања у правном поретку Србије и проучаваним порецима других земаља, постоји у сегменту контроле. Домаће позитивно право не предвиђа ниједан механизам контроле, што уопште није оправдано. Многи су приметили да је ова установа јако "згодна" за различите злоупотребе, услед тога што не зависи од испуњења материјално-правних услова, а и сама одлука о помиловању не садржи образложење, тако да се из ње не може сазнати којим се разлозима надлежни орган руководи приликом њеног доношења.²⁵ Подаци о пракси помиловања код нас су врло оскудни, а одлуке о помиловању углавном обавијене велом тајне, као да се ради о приватном, а не о јавном поступку. Иако би се оправдано могло очекивати да се макар елементарне информације о примени института могу наћи у званичним статистикама, то код нас није случај. Недоступност ових података је помало чудна и збуњујућа, када се узме у обзир да спадамо у ред земаља са прилично отвореним системом информисања о чињеницама које се, на пример, региструју у оквиру судске статистике. На основу недоступности, међутим не би ваљало исхитрено извући закључак да се примена помиловања не прати и не проучава. Врло је вероватно да се тако нешто дешава у оквиру одговарајућих ресора, али то нажалост није познато ни стручној ни широј јавности. Једини доступни подаци јесу они дати средствима јавног информисања, уз констатацију да се то чини врло ретко и врло штуро.²⁶

Са друге стране, природа помиловања не допушта претерано правно уобличавање, јер би се тиме спутало и гушило остваривање

²⁵ Уочене злоупотребе у примени помиловања инспирисале су размишљања о успостављању механизма контроле. Упоредно право указује на четири могућа начина ограничења примене помиловања, која се остварују кроз деловање законодавне, судске, других органа извршне власти, док се као четврти механизам може јавити сам утицај јавности, који има пре свега политички значај и претпоставља постојање развијених демократских механизма као и сензибилитет јавности на учињене злоупотребе.

²⁶ Из штампе је познато да је председник Тадић од почетка свог мандата помиловао укупно 97 људи. Од 720 примљених молби за помиловање одбијено је 590, док 33 молбе уопште нису узете у разматрање, јер су осуђени у међувремену издржали читав износ казне. Исти извор расветљава и околности, које се узимају као оправдане за давање помиловања. Актуелна председница Комисије за помиловања наводи да Комисија генерално уважава следеће разлоге: да је дело учињено из нехата, да је осуђени издржао већи део казне, да се ради о делу које по новом закону више не постоји или је његова друштвена опасност током времена смањена, да је осуђени у међувремену оболео од тешке, неизлечиве болести, односно да постоје петиције грађана и организација за његово ослобођење. Извор: <http://www.blic.co.yu/arhiva/2006-02-06/strane/politika.htm>

његових функција, што компликује дилему који механизам контроле усвојити. Он треба да помири крајње различите захтеве, да остави довољно слободног простора за одлучивање, али и да спречи прерастање ове председничке прерогативе у самовољу. Наведени разлози иду у прилог постављања јавности, као механизма контроле, па би убудуће све одлуке о помиловању требало да буду објављене у службеном гласилу. Тиме би се отворио пут политичкој контроли помиловања, о којој се сада само говори, али која због објективних препрека није могла да заживи.

Друга крупна разлика, о којој је можда прво требало говорити, јер се идући хронолошки кроз поступак помиловања, примећује пре него недостатак механизма контроле, јесте непостојање правила о Комисији за помиловања. Компаративно посматрано, саветодавна, консултативна тела су обично правно уобличена, познат је и њихов састав и обавезе у поступку помиловања. Закон о помиловању²⁷ и Упутство о поступању судова и установа за издржавање казне у поступку помиловања²⁸ ни у једној одредби не помињу Комисију, која тако готово да прераста у "фантомски" орган у поступку.²⁹ Када се свему дода претпоставка да је њено мишљење у пракси вероватно врло значајно, да не кажемо одлучујуће, тешко је наћи речи оправдања за постојање овакве правне празнине. Треба ли допустити да овако "уређена" Комисија практично води главну реч, треба ли свести надлежни орган само на пуког потписника и формалног доносиоца одлуке, пошто је вероватно да се због обима послова он не може детаљно бавити преиспитивањем предлога Комисије и разлога на којима је он заснован?

Ранија нормативна решења садржала су одредбу о хитности поступка помиловања. Позитивно право нема начелно правило о овом питању, нити прецизно постављане рокове за већину радњи, али се зато у неким одредбама, којима се поједине од њих регулишу, наводи да морају бити учињене "без одлагања". Општа назнака о хитности би можда одиграла одређену улогу у случају када се помиловање тражи за кратке казне затвора или за кратак остатак казне, да би се предупредила пат позиција у којој одуговлачење поступка доводи до немогућности и осујећења примене помиловања услед потпуног извршења казне.

²⁷ *Службени гласник РС, бр. 49/95. и 50/95.*

²⁸ *Службени гласник РС, бр. 6/98. и 7/98.*

²⁹ Али, то не значи да је њено укључивање у поступак противно праву, оно је утемељено на уставној одредби да Председник Републике има право да "образује стручне и друге службе за послове из своје надлежности" (чл. 83. тач. 11. Устава Републике Србије, *Службени гласник РС, бр. 1/90.*)

IV.

Закључна реч разматрања о недостацима и могућим правцима развоја института помиловања може се изразити констатацијом да листа приговора, навођењем претходних, вероватно није исцрпљена, као и да понуђена решења не претендују да буду једина и искључиво исправна. Сигурно је само да је концепт помиловања оптерећен многим сумњама и проблемима, који намећу нужност темељног преиспитивања постојећих решења.

Dušica Miladinović, Assistant

REVIEW OF CONCEPT OF PARDON IN SERBIAN CRIMINAL LEGISLATION

Summary

The institute of pardon's age and its continuous presence in Serbian Law, which can be tracked down from the medieval period and followed through the positive legislation, should not be obstacles to critical analysis of this institute, since they don't necessarily bring about the perfection in normative regulation. Hence, in author's opinion, both in substantive and procedural sphere of pardon certain flaws and illogicalities may be found, starting from uncommonly broad contents, where particularly controversial element is abolition, to ambivalent position of the first instance court and lack of control mechanisms.

Key words: content of pardon, initiation and termination of proceedings, urgency, first instance court, pardon commission