

ДИСКРЕЦИОНО КРИВИЧНО ГОЊЕЊЕ

Апстракт: У раду се дискреционо кривично гоњење схвата као начело којим се решава питање обавезности гоњења за официјелна кривична дела, и то у маргинама јавног интереса. Тумачи се да је поље важења начела дискреционог гоњења искључиво везано за јавног тужиоца и официјелна кривична дела, а да је његов реални домашај претходно омеђен ширином законског концепта кривичног дела. У оквиру расправе о криминално политичким разлозима којима се у теорији правда начело опортунитета и разлозима који се у упоредном праву прописују за његову примену, изводи се закључак да је реч о једном диверзионом моделу, протканом идејама консесуалне и ресторативне правде, чија је сврха рационализација кривичног поступка и постизање неких ванпроцесних и политичких циљева. На бази анализе садржаја оба начела уређења кривичне тужбе, аутор указује на њихове разлике али и сличности, на чему заснива схватање да је начело дискреционог гоњења корективно и комлементарно начело у односу на начело легалитета кривичног гоњења, а не само супротстављено начело. Последњи део рада садржи критички интонирану анализу прописаних случајева дискреционог гоњења у српском кривичном законодавству.

Кључне речи: кривични поступак, кривично гоњење, начело дискреционог гоњења, одбацивање кривичне пријаве, обустава поступка.

1. Уопштено о дискреционом гоњењу учинилаца кривичних дела

Дискреционо кривично гоњење је данас једно од начела на којима је уређено гоњење учинилаца кривична дела, било као основно начело на коме се темељи уређење кривичне тужбе или као одступање од начела легалитета. Према начелу дискреционог гоњења, јавни тужилац је овлашћен да цени да ли је целисходно предузети кривично гоњење у конкретном случају и да од гоњења одустане из законом предвиђених разлога, иако су се стекли стварни и правни разлози за покретање кривичног поступка. Јавни тужилац најпре цени постоје ли стварни и правни разлози за покретање поступка, па ако су ти законски услови испуњени тек онда процењује целисходност гоњења. Отуда је могуће да кривично не гони иако су се стекле све законске претпоставке за покретање кривичног поступка, руководећи се обзирима целисходности за које нађе постоје. Међутим, ни начело дискреционог гоњења не даје овлашћење јавном тужиоцу да произвољно, по свом нахођењу решава о гоњењу или негоњењу учиниоца дела. Обзире целисходности мора да цени са становишта јавног интереса, тј. да ли је у јавном интересу да се учинилац кривично гони или не гони. Дискреционо гоњење, дакле, не значи самовољу јавног тужиоца иако му даје веома широко овлашћење, неупоредиво шире него начело легалитета.¹ Следи да је јавни тужилац и по начелу дискреционог гоњења обавезан да кривично гони кад се стекну законске претпоставке за покретање кривичног поступка ако је то према околностима случаја у јавном интересу. Стога је и разумљиво што се у процесној теорији начело дискреционог гоњења дефинише као *обавеза* органа кривичног гоњења „да врши функцију кривичног гоњења, ако су испуњени законом предвиђени услови и ако је то у конкретном случају *сврисходно с обзиром на јавни интерес*“.²

Имајући у виду да свака дефиниција, па и правна, представља какво правило о значењу израза,³ те да су правне дефиниције већином стипулативног карактера са прескриптивном функцијом, којима се

1 Никола Матовски, Гордана Лажетик-Бужаровска, *Казнено процесно право*, Скопје, 2009, стр. 71.

2 Snežana Cigler, *Načelo legaliteta i oportuniteta krivičnog gonjenja*“, Novi Sad, 1995, str. 23.

3 Nikola Visković, *Jezik prava*, Zagreb, 1989, str. 32.

стварају нова значења,⁴ из наведене дефиниције начела дискреционог кривичног гоњења може се закључити да оно има следеће значење: (а) начелом се решава питање *обавезности* кривичног гоњења; (б) оно *важи за јавног тужиоца*, тј. за државни орган коме је поверена функција кривичног гоњења; (в) за примену начела опортунитета неопходно је да се претходно *стекну законски услови* за покретање кривичног поступка; (г) као *исход* дискреционе оцене јавног тужиоца, обавеза на кривично гоњење може изостати у случајевима кад гоњење *са становишта јавног интереса* не би било целисходно.

Из овако одређеног појма и значења начела дискреционог гоњења следи да се оно примењује само на кривична дела која гони јавни тужилац. Кад се узме у обзир организовање кривичне тужбе, то значи да важи за кривична дела која надлежни државни орган гони по службеној дужности. Као и код начела легалитета кривичног гоњења, правило је, дакле, да се важење начела дискреционог гоњења распростире на поље омеђено начелом официјелности кривичног гоњења, коме је претпоставка систем јавне кривичне тужбе. Изван тога, где су воља оштећеног и приватни интереси доминирајући за кривично гоњење, њихова примена је, по природи ствари, искључена: за приватну тужбу и предлог оштећеног за гоњење, примерено је и важи *начело диспозитивности*. Пошто се начелом официјелности установљава овлашћење да кривично гони у јавном интересу за то установљени државни орган, и то по службеној дужности, и тиме кривично гоњење ослобађа од воље оштећеног, гоњење по приваној тужби и по предлогу оштећеног јављају се као одступања од начела официјелности а не од начела легалитета, те се не могу сматрати случајевима у којима важи начело опортунитета гоњења.⁵ У пољу где начело легалитета уопште не важи не може бити никаквих одступања од његовог важења. Изван тог поља, оштећени као приватни или супсидијарни тужилац или са предлогом за гоњење има *право располагања* (диспозиције) кривичном тужбом и предлогом за кривично гоњење, дакле, право али не и обавезу, па може али не мора да кривично гони, што је остављено његовом слободном нахођењу без икаквих правних ограничења.

⁴ Исто тако: S. Cigler, *Načelo legaliteta*, str. 21.

⁵ Супротно др Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд, 2008, стр. 100 и 101.

Реални домашјај начела дискреционог гоњења (и легалитета) претходно је омеђен и одређен појмом кривичног дела и зависи од ширине концепта кривичног дела.⁶ То ограничење произлази из правних услова који морају бити испуњени, поред стварних, да би наступило овлашћење и обавеза кривичног гоњења: недостатак било ког елемента кривичног дела спречава кривично гоњење. У вези с тим је значајан и начин регламентације општег појма кривичног дела и њему инхерентних основа којима се искључује постојање кривичног дела. Начелно, кад се узму у обзир законом одређена зона кажњавања и основи који искључују постојање кривичног дела, поље важења начела дискреционог гоњења проширује се формалним појмом кривичног дела због његове природе, док се материјалним појмом сужава, јер не може да важи у случајевима незнатне друштвене опасности. Поред утицаја на поље њиховог важења, установљавање формалног или материјалног појма кривичног дела одражава се и на избор начела на којима ће бити уређено кривично гоњење.

Сматра се да је начело дискреционог гоњења карактеристично за процесна законодавства оних земаља⁷ чије материјално право усваја формални, а не материјални појам кривичног дела. Зато што формални појам кривичног дела у себи не садржи друштвену опасност, учињено дело по свим спољашњим обележјима може представљати кривично дело (јер је противправно, у закону одређено као кривично дело и скривљено),⁸ а да дело буде сасвим малог значаја, којим је нанета незнатна штета или штете уопште нема а код учиниоца изражен низак степен кривице. У тим случајевима не би имало смисла предузимати кривично гоњење у јавном интересу. Због тога се за кривично гоњење установљава принцип дискреционог гоњења као основни и „нужан“⁹ по коме је јавни тужилац овлашћен да у таквим случајевима кривично не гони. Међутим, ову теоријску поставку да је начело опортунитета

6 Cf. Snežana Cigler, *Načelo legaliteta*, str. 33.

7 У Француској се кривично гоњење традиционално заснива на начелу опортунитета (види чл. 40. ЦПП), пошто је у материјалном праву усвојен формални појам кривичног дела.

8 Др Драган Јовашевић, *Кривично право – Општи део*, Београд, 2006, стр. 57-75.

9 Др Момчило Грубач, *Кривично процесно право – Увод и Општи део*, Београд, 2004, стр. 153.

везано за формални појам кривичног дела, релативизирају у последње време учињени легислативни захвати у српски кривични поступак.

Српски законодавац је од материјалног прешао на формални појам кривичног дела, али је и поред тога у кривичном процесном праву задржао начело легалитета кривичног гоњења а у материјалном кривичном праву задржао је дело малог значаја као основ који искључује постојање кривичног дела, као де се у дефинисању општег појма кривичног дела ништа није изменило. Услови који се уобичајено прописују за важење начела дискреционог гоњења¹⁰ кад се сврха кажњавања може постићи и без гоњења за багателна кривична дела, и даље су кривичним закоником предвиђени као кумулативни услови за „дело малог значаја“ (чл. 18. КЗ Србије)¹¹, које искључује постојање кривичног дела. Другим речима, уместо да због постојања елемената који једно дело чине „делом малог значаја“ не предузме гоњење јер то не би било у јавном интересу, што би била правила поступања кад се примењује начело дискреционог гоњења, јавни тужилац ће бити дужан да из истих тих разлога одустане од кривичног гоњења јер по закону нема кривичног дела. Иако код оба правна института изостаје кривично гоњење – и кад су елементи дела малог значаја услов за важење начела дискреционог гоњења и кад су кумулативно основ за искључење постојања кривичног дела, практичне и правне последице нису исте.

Кад због дела малог значаја по закону нема кривичног дела, јавни тужилац уопште не може да кривично гони па због тога ни условно да одложи кривично гоњење, по члану 236. ЗКП, налагањем осумњиченом да изврши неку законом прописану обавезу, нити да одбаци кривичну пријаву из разлога правичности (чл. 237). Међутим, питање је где се завршавају границе дела малог значаја, од којих је тек могуће поље важења начела опортунитета. Теоријски, тек кад на основу слободне оцене доказа јавни тужилац закључи да је криминална зона прекорачена, могуће је да на основу дискреционог расуђивања закључи да кривично гоњење у конкретном случају не би било у јавном интересу. Пошто те границе нису егзактне, контрола разлога одбацивања кривичне

¹⁰ Види §153а ст. 1. СтПо и чл. 175. ст. 1. ЗКП Хрватске.

¹¹ «Сл. гласник РС», бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009 и 111/2009.

пријаве остаће у сфери закључивања на коју се јавни тужилац позове. Не улазећи у даљу анализу и других релација, начелно се може рећи да дело малог значаја после увођења формалног појма кривичног дела компликује тумачење и примену начела опортунитета.

У супротном случају, кад дело малог значаја не би било прописано као основ који искључује постојање кривичног дела, то би након увођења формалног појма кривичног дела изискивало интервенцију у начела уређења кривичне тужбе. Једна од могућности била би увођење начела дискреционог гоњења кривичног гоњења уместо начела легалитета, што би био радикалан легислативни захват али концепцијски доследан формалном појму кривичног дела у материјалном кривичном праву. Међутим, с обзиром на српску правну традицију, такво законодавно решење је незамисливо. Друга могућност била би да конститутивни елементи дела малог значаја буду прописани у процесном законодавству као услови важења начела опортунитета, што би морало бити основно одступање од начела легалитета, усклађено са свим осталим одступањима. Иако би теоријски било принципјелније од сада важећег, овакво законско решење би изискивало прилагођавање правосудне праксе новој регулативи дела малог значаја као законског основа за примену начела опортунитета гоњења. Због тога би у почетку било са мање изгледа да осигура равноправност пред законом и правну сигурност, али би се уједначавањем правосудне праксе и та опасност временом могла отклонити.

2. Сврха дискреционог гоњења

Настанак и оправдање начела дискреционог гоњења везују се за законску дефиницију кривичног дела, установљени систем кривичне тужбе и теоријско поимање сврхе кажњавања, а сврха којој треба да служи и циљеви који се његовом применом настоје постићи такође се узимају као разлози којима се правда ово начело, а тичу се утицаја на кривични поступак извесних криминалополитичких или политичких разлога због којих у друштвеном интересу примена кривичног материјалног права треба да изостане.

Као што је већ речено, сматра се да је примена начела дискреционог гоњења нужна у оним кривичноправним системима

који усвајају формални појам кривичног дела,¹² да би се спречило вођење кривичног поступка за дела сасвим малог значаја, која су само формално кривична дела без потребног степена друштвене опасности, чије увођење у кривични поступак не би имало никаквог смисла. То је један од разлога за уређење кривичне тужбе искључиво на начелу опортунитета.

И теоријско схватање о сврси казне које преовлађује приликом уређења каквог кривичноправног система користи за оправдање или оповргавање потреба за начелом дискреционог гоњења. Апсолутним теоријама о сврси казне приписује се заслуга за настанак начела легалитета у окриљу германског права с краја ЦИЦ века, пошто смисао и оправдање казне траже у праведној одмазди, ретрибуцији и репресији.¹³ Разумљиво је што се апсолутним теоријама предодређује постојање начела легалитета кривичног гоњења јер ове теорије захтевају примену казне у сваком случају повреде права. Том захтеву не може да удовољи начело дискреционог гоњења, па је неизбежан закључак да је неспојиво са теоријом одмазде. Насупрот томе, релативне теорије не искључују примену начела дискреционог кривичног гоњења, будући да се темељи на идеји сврсисходности (оне не противрече ни начелу легалитета). Од тих теорија у сагласју с начелом дискреционог гоњења су оне које одликује идеја о специјалној превенцији.

Установљавање и постојање начела дискреционог гоњења се критикује као неправично, јер не смеју постојати грађани подвргнути кривичном праву и грађани од њега изузети, чиме се вређа принцип једнакости¹⁴ грађана пред законом. Међутим, такво гледиште је неприхватљиво пошто начело дискреционог гоњења управо омогућава да се различито поступа у различитим ситуацијама, па како ни кривични догађаји нису исти, изостајање гоњења у појединим случајевима служи идеји правичности кад на то упућују незнатне последице дела и околности вазане за личност или кривицу учиниоца, или какви други важни криминалнополитички разлози. Као типичан пример може се

¹² Др Момчило Грубач, *Кривично процесно право – Увод и Општи део*, Београд, 2004, стр. 153.

¹³ Види: Никола Матовски, Гордана Лажетик-Бужаровска, *Казнено процесно право*, Скопје, 2009, стр. 71.

¹⁴ Dr Tihomir Vasiljević, *Sistem ...*, str. 123.

навести одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности (чл. 237. ЗКП Србије). Овом, нешто старијем гледишту противречи и процесна стварност. Наиме, из истих тих разлога биле би неприхватљиве све диверзионе форме поступања у кривичним стварима, али се без њих не да замислити савремени кривични поступак, што оповргава наведено гледиште као превазиђено.

Као циљеви све већег одступања од начела легалитета наводе се убрзање претходног кривичног поступка и стварање нормативне основе за повећање ефикасности и поједностављења кривичног поступка,¹⁵ што уједно представља разлоге којима се правда увођење начела опортунитета у кривични поступак. Разуме се, да није реч о ефикасности поступка у кривичним стварима у којима се примењује дискреционо гоњење, јер ту даљег кривичног поступка и нема зато што је оно само по себи диверзиона форма. Реч је заправо о рационализацији кривичног поступка посматраног у целини која се постиже растерећењем судова¹⁶ за онај број кривичних предмета у којима јавни тужилац примени начело опортунитета уместо да захтева покретање кривичног поступка. Применом опортунитета код појединих, пре свега багателних кривичних дела и из одређених криминалополитичких разлога, смањује се притисак на судове, па се тиме осигурава да на главни претрес буду изнесени само сложени и тежи кривични случајеви. Једном речју, због овог циља, начело дискреционог кривичног гоњења кореспондира са идејама о рационализацији кривичног поступка.

У прилог начелу дискреционог гоњења говори и чињеница да се скоро све реформе процесног законодавства спроведене у европским земљама протеклих деценију-две одликују увођењем нових одступања од начела легалитета, чак би се могло рећи да је завладала инфекција начелом дискреционог гоњења, пошто се поље његове примене све више ширило, а разлози целисходности гоњења постајали све бројнији и разнороднији. Будући да је начело дискреционог гоњења у бити

15 Dr Sanko Bejatović, *Predlog Zakonika o krivičnom postupku i mere za povećanje efikasnosti i pojednostavljenje krivičnog postupka*, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2-3/2001, str. 64.

16 Ђорђе Лазин, *Одсупања од принципа легалитета у новом Законику о кривичном поступку*, у: *Практична примена новог југословенског Законика о кривичном поступку*, Београд, 2002, стр. 34.

један диверзиони модел којим се остварује сврха упрошћених форми кривичног поступка, проширење начела дискреционог гоњења у духу је Препоруке Р (87) 18 Комитета министара Савета Европе земљама чланицама у вези с поједностављењем кривичног правосуђа (усвојена од стране Комитета министара на 410. седници одржаној 17. септембра 1987. на нивоу заменика министара). Препоручено је да „начелу дискреционог гоњења треба прибегавати или се његова примена проширивати кад год историјски развој и устав земаља чланица то омогућавају; иначе треба донети мере која имају исти циљ“ (Иа. 1).

Начело дискреционог гоњења може се уредити тако да буде веома погодан правни пут до ресторативне правде. С тим циљем, код сваког условљавања примене начела опортунитета гоњења, законом треба предвидети обавезну заштиту оштећеног, пошто он у тим случајевима по самом закону не може стећи својство супсидијарног тужиоца и захтевати покретање кривичног поступка. За постизање сагласности или обештећења жртве, приликом уређења сваког случаја дискреционог гоњења има смисла предвидети *поступак медијације* између оштећеног и учиниоца, али тако да се не претвори у препреку која ће спречавати примену опортунитета гоњења.

Из наведених разлога којима се правда увођење и постојање начела дискреционог гоњења видљива је и сврха којој начело треба да служи. Ипак се основна сврха дискреционог гоњења најчешће види у повећању ефикасности поступка и растерећењу судова. Зарад прецизности и свеобухватнијег сагледавања, може се рећи да дискреционо кривично гоњење у бити представља *диверзиони модел, проткан идејама консесуалне и ресторативне правде*, чија је сврха *рационализација* кривичног поступка и постизање неких ванпроцесних и политичких циљева. У том смислу се као циљ увођења дискреционог гоњења у кривични поступак наводи проналажење ефикаснијих и хуманијих мера социјалне и правне реакције према појединим учиниоцима кривичних дела.¹⁷ У упоредном праву се прописују случајеви дискреционог гоњења ради постизања и неких политичких циљева или ефеката сличних оним које производи примена појединих кривичноправних института због које изостаје кажњавање у окончаним

¹⁷ Т. Васиљевић – М. Грубач, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд, 2002, стр. 453, белешка 1.

кривичним поступцима. Дискреционо гоњење из *политичких разлога* предвиђа се кад би гоњењем настала опасност за настанак велике штете по државу, кад је осумњиченом изречена мера протеривања из земље или ради очувања добрих међудржавних односа и из сличних политичких разлога. За другопоменути правац везују се случајеви дискреционог гоњења код којих се као разлог за негоњење узима *оčekивани исход* кривичног поступка (ослобођење од казне, небитне споредне казне и сл).

Као разлози целисходности који уједно детерминишу сврху дискреционог гоњења још се наводе: мали значај кривичног дела, „дејство кривичног поступка на јавност“¹⁸, „потреба благодиклоног поступања према окривљеном из криминалнополитичких разлога“¹⁹, разлози процесне економије, обзире према породици учиниоца кривичног дела, „обзире према захтевима државне политике у међународним односима“²⁰ и слично.

За подстрек јавним тужиоцима да примењују опортунитет било би од користи *објављивање посебних збирки* случајева у којима је примењен опортунитет. Одлуке о примени и разлози за примену опортунитета садржани у тим збиркама могли би послужити као идеја водиља за смелију и ширу практичну примену опортунитета гоњења.

3. Однос између начела легалитета и дискреционог гоњења

Будући да оба начела важе у пољу официјелности и да могу паралелно егзистирати у истом систему јавне кривичне тужбе, од принципијелног и практичног је значаја у каквом се односу налазе начело легалитета и начело дискреционог гоњења. Поред корелације са законском дефиницијом кривичног дела, за исправан суд о томе у каквом се односу налазе начело легалитета и начело дискреционог кривичног гоњења, пре свега, да ли су то супротстављена или су начела

¹⁸ Др Тома Живановић, *Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права (поступка)*, ИИ. Одељак, Београд 1941 стр. 31.

¹⁹ Др Тихомир Васиљевић, *Систем ...*, стр. 122.

²⁰ Др Момчило Грубач, *Кривично процесно право – Увод и Општи део*, Београд, 2004, стр. 152.

која се допуњују, потребна је подробна анализа њихових сличности и разлика.

Разлике између начела легалитета и начела дискреционог кривичног гоњења највидљивије су у њиховом процесноправном садржају. Начело легалитета овлашћује јавног тужиоца да оцењује само законитост покретања кривичног поступка: да ли предузета радња подлеже кривичноправној репресији, тј. да ли се на радњу извршења дела распростире важење материјалног кривичног права. Начело дискреционог гоњења је обимнијег садржаја. Јавни тужилац је овлашћен да оцењује и легалност и опортуност покретања кривичног поступка. Најпре оцењује важење материјалног права на дати случај, па ако су испуњене све стварне и правне претпоставке, оцењује је ли целисходно из криминалнополитичких разлога, дакле, са становишта јавног интереса, да се кривично гони учинилац и да се у покренутом поступку обезбеди примена кривичног материјалног права, што се, у крајњем, своди на примену кривичне санкције. Из ове разлике у предмету оцене јавног тужиоца, као темељне претпоставке за активирање функције гоњења, извире, по логици ствари и по правном исходу, и друга, видљивија процесноправна разлика, садржана у могућем резултату те оцене. Та разлика у могућем резултату оцене само законитости (по начелу легалитета) или сукцесивно и законитости и целисходности кривичног гоњења (по начелу дискреционог гоњења) – своди се на питање обавезности покретања поступка, тог међаша за супротстављање ових двају начела у теорији кривичног процесног права. По начелу легалитета, јавни тужилац је обавезан да предузме гоњење ако закључи да су испуњени стварни и правни услови за покретање поступка, док по начелу дискреционог гоњења може али не мора кривично да гони, зависно од процене јавног интереса.

Осим разлика у процесноправном садржају начела легалитета и начела дискреционог гоњења, веома значајна је и разлика у дејству које производи примена једног или другог начела. Свако од ових начела производи различито дејство на примену материјалног права. Начелом легалитета се обезбеђује примена материјалног права у свим случајевима за које је установљено да оно важи (поред испуњености осталих услова). Њиме се, у суштини, обезбеђује утврђивање важења материјалног права и извесност његове примене. Због тог апсолутног

дејства, да се мора применити материјално право (изрицањем кривичноправних мера, надасве казне) кад се утврди да важи за конкретни случај, начело легалитета не утиче на зону кажњавања. Доследно обезбеђује, правно гледано, остваривање оног обима зоне кажњавања који је одређен у кривичном закону (изузимајући фактичка одступања). Начело дискреционог гоњења, међутим, „раскида везу са теоријом апсолутног кажњавања“²¹, јер не осигурава примену кривичног права у обиму у коме важи. Учиниолац кривичног дела не мора бити и кажњен ако је то у јавном интересу, што процењује јавни тужилац. То значи да се начелом опортунитета ограничава зона кажњавања, прецизније, зона примене кривичног материјалног права.

Ове разлике су у основи теоријског поимања начела легалитета и начела дискреционог гоњења као двају супротстављених начела; полазиште су, а не ретко и исходиште тумачења њиховог међусобног односа. Међутим, уочљиве су и заједничке одлике у садржају и значењу ових начела. И у самим разликама постоје одређени елементи сличности. Неопходно је и њих узети у обзир да би се дао, колико-толико, исправан вредносни суд.

Оба начела везана су за функцију кривичног гоњења, и то за гоњење које се предузима по службеној дужности од за то установљених државних органа. Примењују се у *пољу важења начела официјелности*, коме је претпоставка систем јавне кривичне тужбе. Изван тога, где је приватни интерес доминирајући за кривично гоњење, њихова примена је, по природи ствари, искључена: за приватну тужбу, као што је речено, примерено је и важи начело диспозитивности.

Друга важна зједничка одлика начела легалитета и начела дискреционог гоњења је *сврха* којој служе, због које су и установљена. Јављају се као процесна средства за остварење кривичне репресије, у циљу заштите друштва од криминалитета. То им је крајњи циљ, до кога се стиже путем оцене јавног интереса, али различитим методима: једном је јавни интерес претпостављен (оцењен) у самом кривичном закону (начело легалитета), а у другом случају јавни интерес процењује државни орган надлежан да кривично гони (начело дискреционог гоњења). Ниједан од ових двају начела не омогућава

21 Dr Momčilo Grubač, *Načelo legaliteta u krivičnom procesnom pravu SFRJ*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, 1988, br. 3, str. 79.

кривичноправну репресију противно јавном интересу, и обрнуто, кад је установљено да за њу постоји јавни интерес (у самом закону или на основу оцене разлога целисходности), репресија је нужна и не сме изостати. Различит је само степен флексибилности ових начела у остваривању функција материјалног кривичног права. Док гарантивну функцију кривичног права осигуравају оба начела, заштитну функцију (извесност кажњавања) обезбеђују: начело легалитета – аутоматски, а начело опортунитета – кад је то потребно у јавном интересу. Такво дејство начела опортунитета не противречи ефикасној кривичноправној заштити. Извесност кажњавања у јавном интересу пројектована приликом доношења закона, трансформише се у извесност кажњавања у моменту важења закона за дати случај. Разуме се да начело опортунитета, као што је већ речено, ограничава примену материјалног кривичног права, али постоје и друга ограничења, у самом кривичном закону и изван њега, али се за њих не сматра да слабе ефикасност кривичноправне заштите.

Елемената сличности има и у оцени постојања основа за наступање кривичног прогона. Дужност органа гоњења да открива кривична дела и учиниоце и да прикупља доказни материјал на коме ће се заснивати кривична тужба, претпоставка је за оба начела. Оцена да ли постоји кривично дело и учинилац и да ли има довољно основа за покретање поступка, императив је који следи из оба начела. Том приликом примењују се исти методи: методи тумачења права (за утврђивање постојања правних услова) и метод слободне оцене доказа (за утврђивање стварних, чињеничних услова). Слободна оцена јавног тужиоца није искључена ни по начелу легалитета, али је то оцена разлога целисходности чисто процесног карактера, док се по начелу дискреционог гоњења врши оцена разлога целисходности који стоје изван процесног права и »особито су политичке природе«. ²² Оба начела, значи, налажу оцену процесне целисходности покретања поступка, а начело дискреционог гоњења након тога и оцену целисходности гоњења са становишта јавног интереса.

Код утврђивања дела малог значаја, као основа који искључује постојање кривичног дела према позитивном праву Србије, обе ове

²² Dr Toma Živanović, *Osnovni problemi Krivičnog i Građanskog procesnog prava (postupka)*, II. Odeljak, Beograd, 1941, str.33. i 34.

оцене целисходности међусобно се преплићу: низак степен кривице учиниоца, незнатне или сасвим одсутне штетне последице и став јавног тужиоца да општа сврха кривичних санкција не захтева изрицање кривичне санкције – служе за оцену да нема кривичног дела (начело легалитета) или да дело по закону постоји, али није целисходно из тих разлога кривично гонити (начело дискреционог гоњења). Разлика је, значи, у домену закључивања. Оцена да је дело малог значаја основ је за закључак о правној квалификацији, да дела нема (по начелу легалитета), или за закључак о квалификацији јавног интереса, да је нецелисходно кривично гонити, кад се радња претходно већ кваликује као кривично дело (по начелу дискреционог гоњења). Међутим, питање је да ли се у практичној примени начела легалитета у случају дела малог значаја, јавни тужилац руководи само разлозима правне природе, а не и дискреционим разлозима на које се из прагматичних разлога не позива.

Имајући у виду суштину начела легалитета и начела дискреционог гоњења, њихове разлике и сличности, особито циљеве због којих се установљавају, може се закључити да се она међусобно *сасвим не искључују*. Кад се тако тумачи њихов однос, постаје разумљиво зашто данас скоро да нема законодавства које установљава важење једног или другог начела у чистом облику, без икаквих одступања. Ова два, у време настанка посве супротстављена система – систем кривичног гоњења заснован на начелу легалитета и систем заснован на начелу дискреционог гоњења, претрпела су, поред односа према законској дефиницији (о чему је било речи), и друге значајне промене у свом развоју, најпре у практичној примени а потом и на законодавном плану. Законодавци су у случајевима несагласја усвојеног начела и јавног интереса, посезали за правним инструмента ограничења тог начела (у систему кривичног гоњења заснованом на начелу дискреционог гоњења) или за прописивањем изузетака од његове примене (у систему заснованом на начелу легалитета), те се може рећи да данас пре постоји *тенеденција њиховог приближавања* него супротстављања. Временом је и нетрпељивост заговорника једног и другог начела све више сплашњавала.

У системима уређења кривичне тужбе који нису утемељени на начелу дискреционог гоњења ово начело је *корективно и*

комплементарно²³ начело кривичног гоњења у односу на основно – начело легалитета. Јавља се, наиме, као одступање од начела легалитета и као његова допуна, али само кад је у закону предвиђено, кад је у самом закону оцењено да је то потребно. Одступања²⁴ се везују за поједина кривична дела или узраст учиниоца, или једновремено за обоје, или за посебне процесне ситуације, или за сличне критеријуме,²⁵ што зависи од циља²⁶ који се настоји постићи. Тумачење да то нису супротстављена начела која се међусобно искључују и да је у систему уређења кривичног гоњења на начелу легалитета, начело опортунитета корективног и комплементарног карактера, није значајно само са теоријског становишта већ и са практичног. Имајући у виду правнички начин мишљења у правосудној пракси, схватање да се начело опортунитета и начело легалитета међусобно искључују јер су то супротстављена начела, одвраћа да се у пракси примењују законом прописани случајеви дискреционог гоњења, док поимање дискреционог гоњења као корективног и комплементарног начела његову практичну примену поспешује, или бар, у најгорем случају, не одвраћа правне практичаре да га примењују.

У вези са односом начела легалитета и начела дискреционог гоњења интересантно је сагледати ново законско решење српског законодавца о условном одлагању кривичног гоњења, установљено последњом новелом процесног законика. Наиме, може се поставити питање да ли на однос ових начела утиче новоустановљена обавеза

23 Pihler smatra, analizirajući paralelnu primenu principa legaliteta i oportuniteta u istom procesnom zakonodavstvu, da se „oni pre dopunjuju nego što se isključuju“ (dr Stanko Pihler, *Neka pitanja u vezi sa načelom legaliteta u krivičnom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1989, br. 1-3, str. 234).

24 Опширније о одступањима од начела легалитета у кривичном поступку Србије, види: Ч. Стевановић – В. Ђурђић, *Кривично процесно право – Општи део*, Ниш, 2006, стр. 72-75.

25 В. Ђурђић, *Начело опортунитета*, Правни живот, тематски број “Постојеће и будуће право”, 1996, бр. 9, стр. 421-437.

26 Као циљ увођења нових одступања од начела опортунитета процесним закоником из 2001. године наводи се стварање нормативне основе за побољшање ефикасности и поједностављење кривичног поступка (Vidi: Dr Sanko Bejatović, *Predlog Zakonika o krivičnom postupku i mere za povećanje efikasnosti i pojednostavljenje krivičnog postupka*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2-3/2001, str. 64). Циљ је, у ствари, рационализација кривичног поступка путем растерећења судова.

јавног тужиоца да пре сваког покретања судског поступка (за кривична дела са запрећеном новчаном казном или казном затвора до три године) испита има ли могућности за примену условног одлагања гоњења (чл. 236. ст. 9. ЗКП Србије). Према слову закона, након пријема кривичне пријаве, пре него подигне оптужни предлог или предложи спровођење неке истражне радње, јавни тужилац је дужан да испита постоји ли могућност за одлагање кривичног гоњења. У ту сврху јавни тужилац може обавити разговор са осумњиченим, оштећеним и другим лицима и прикупити друге потребне податке. О резултату испитивања и предузетим радњама дужан је да састави службену белешку.

Пре него приступи испитивању могућности за условно одлагање гоњења, јавни тужилац мора да установи да постоје основана сумња да је лице извршило кривично дело које му у пријави ставља на терет. Без те претходне оцене, испитивање могућности за одлагање гоњења нема никаквог смисла. Кад установи да основана сумња постоји, јавни тужилац би требало да поступи по начелу легалитета (чл. 20) и да поднесе оптужни акт. Међутим, то је само правило, што значи да јавни тужилац не мора тако поступити ако је законом другачије предвиђено. Зато се најпре мора решити питање да ли је поменутом одредбом члана 236. ст. 9. предвиђено нешто другачије поступање јавног тужиоца. Чини се да јесте: јавни тужилац је обавезан најпре да испита има ли места условном одлагању гоњења, па тек кад закључи да се овај облик дискреционог гоњења не може применити, подиже оптужни акт. На први поглед, изгледа да је овом обавезом дерогирано начело легалитета, јер јавни тужилац није обавезан да кривично гони иако су се стекли законски услови за покретање кривичног поступка. Следствено, то би значило да за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до три године начело легалитета није основно начело а начело дискреционог гоњења комплементарно, како је у претходном излагању теоријски постављен њихов однос. Овакав закључак учвршћује се сазнањем да у закону нема експлицитне одредбе да се дискреционо гоњење примењује у јавном интересу ни одредбе којом се дефинише сврха његове примене, нити су прописани било какви услови за примену дискреционог гоњења, па јавни тужилац по слову закона није обавезан да процењује нити да образлаже јавни интерес ни сврху условног одлагања гоњења у конкретном случају.

Због тога није јасно на основу чега ће јавни тужилац „испитивати могућности за одлагање гоњења“. Практично се то испитивање своди на проверу да ли би осумњичени прихватио неку од мера за условно одлагање гоњења. Како нема прописаних ни посебних законских услова чије би испуњење морао образлагати, остаје да јавни тужилац по сопственом нахођењу примени или непримени правила о условном одлагању гоњења у сваком конкретном случају, руководећи се личним искуством.

Управо оваква законска регулатива по којој јавни тужилац не мора утврђивати ни образлагати зашто даље гоњење није сврсисходно, обавезу јавног тужиоца да само испита могућности примене условног одлагања гоњења по свакој кривичној пријави, трансформише у фактичку али обавезну примену начела дискреционог гоњења: јавни тужилац најпре разматра могућност хоће ли применити правила о условном одлагању гоњења, без икаквих законских ограничења, па тек ако се не определи за ту опцију, и то констатује у службеној белешци, подиже оптужни акт. Тиме начело опортунитета гоњења постаје основно начело за кривична дела са прописаном новчаном казном или казном затвора до три године. То је значајно концепцијско одступање: до последње новеле процесног законика руковођење начелом опортунитета било је могуће за поједино кривично дело са запређеном казном затвора до три године, зависно од околности конкретног случаја, а сада је обавезно за свако од ових дела. Сада је јавни тужилац дужан да процењује да ли је целисходно кривично гоњење за свако од тих кривичних дела, а разуме се, резултат те процене целисходности може бити различит – да је целисходно, кад подиже оптужни акт, или да није целисходно, у ком случају примењује правила за условно одлагање кривичног гоњења. Ову интерпретацију не доводи у питање ни услов да осумњичени прихвати неку од мера за условно одлагање гоњења. Осумњичени може одбити понуду да се гоњење условно одложи, али се и у том случају јавни тужилац руководио начелом дискреционог гоњења јер је претходно морао оценити да је то целисходно, па је једино из тог разлога и могао понудити окривљеном да прихвати неку од мера за условно одлагање гоњења. Да није процењивао целисходност, јавни тужилац не би ни могао предложити осумњиченом прихватање мера за условно одлагање гоњења.

4. Дискреционо кривично гоњење у кривичном поступку Србије

У теорији се различито тумачи која су то законска одступања од начела легалитета. Као законом предвиђени случајеви дискреционог гоњења у редовном кривичном поступку против пунолетних лица најчешће се наводе одобрење за кривично гоњење и примена дискреционог гоњења у поступку екстрадиције, али строго узев у тим случајевима није реч о начелу дискреционог гоњења јер оцену да ли је гоњење у јавном интересу, тј оцену целисходности кривичног гоњења не врши јавни тужилац већ неки други државни орган (изузев одобрења за гоњење учинилаца кривичног дела из чл. 175. КЗ Србије, које даје републички јавни тужилац). У одступања од начела легалитета често се увршћује и уступање кривичног гоњења страни држави. Ипак, треба сматрати да су у процесном законодавству Србије као типични случајеви начела опортунитета предвиђени: (а) условно одлагање кривичног гоњења (б) условно одустајање од оптужбе на главном претресу и (ц) одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности.

а) Условно одлагање кривичног гоњења.

За кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до три године, а по одобрењу већа позивних судија и за дела са запређеном казном до пет година затвора, законик допушта да јавни тужилац одложи кривично гоњење, претпоставља се (пошто то у закону не стоји) кад оцени да је испуњење одређених, законом прописаних обавеза које наложи осумњиченом сврсисходније од вођења кривичног поступка (чл. 236. ст. 1. и 2). Услов је да осумњичени прихвати једну или више од следећих мера: (1) да отклони штетну последицу насталу извршењем кривичног дела или да накнади причињену штету, (2) да плати одређени новчани износ у хуманитарне сврхе, каквој хуманитарној организацији, фонду или јавној установи, (3) да обави друштвено корисни или хуманитарни рад, (4) да испуни доспеле обавезе издржавања, (5) да се подвргне одвикавању од алкохола или опојних дрога, (6) да се подвргне психосоцијалној терапији, (7) да изврши обавезу установљену правноснажном одлуком суда, односно поштује ограничење утврђено правноснажном судском одлуком и (8)

да положи возачки испит, обави додатну возачку обуку или заврши други одговарајући курс.

У случају кад оцени да је то сврсисходно, јавни тужилац може својим решењем наложити осумњиченом да изврши једну или више од ових наведених обавеза, и то у одређеном року, који не може бити дужи од шест месеци. Уколико то осумњичени прихвати, јавни тужилац одлаже гоњење до истека рока за извршење обавеза. Уколико осумњичени у остављеном року изврши наложене обавезе, јавни тужилац је дужан да донесе решење о одбацивању кривичне пријаве, иако постоје формални законски услови да захтева покретање кривичног поступка. У овом случају оштећени није овлашћен да преузме кривично гоњење, а свој имовинскоправни захтев може остваривати у парничном поступку. Ако пак осумњичени не изврши наложене обавезе у року који му је одређен, јавни тужилац је дужан да захтева покретање кривичног поступка, подношењем оптужног предлога или предлога за предузимање појединих истражних радњи.

За одступање од начела легалитета потребно је, дакле, да се испуне следеће претпоставке: да јавни тужилац оцени да је условно одлагање гоњења сврсисходно и да осумњичени у остављеном року добровољно изврши обавезе које му наложи јавни тужилац. Кад се налаже испуњење обавезе горе означене под (2) и (3), поред ова два услова потребна је још сагласност оштећеног.

Новелом из 2009. године предвиђено је да суд може својом одлуком надоместити сагласност оштећеног, под одређеним условима: (а) да је осумњичени у потпуности накнадио штету оштећеном, (б) да оштећени избегава давање сагласности из очигледно неоправданих разлога и (в) да јавни тужилац оцени да је целисходно²⁷ извршење обавеза које налаже окривљеном (чл. 236. ст. 5. ЗКП Србије). Интерпретација првог услова може ићи у два смера – или да јавни тужилац има обавезу да суду понуди доказ да је осумњичени у потпуности оштећеном надокнадио штету или да у свом захтеву то само констатује. Који су то оштећеникови разлози очигледно неоправдани, што се јавља

²⁷ Код условног одлагања кривичног гоњења, који се јавља као основни случај опортунитета (чл. 236. ст. 1. КЗ Србије), законодавац уопште не помиње целисходност као законски услов, нити уопште одређује сврху примене начела опортунитета кривичног гоњења.

као други законски услов, остаје да цени суд у сваком конкретном случају. Међутим, априори се намеће питање који би то разлог оштећеног био оправдан ако му је осумњичени већ у потпуности накнадио штету. Уместо да наводи оправдане разлоге због којих не жели да да сагласност, оштећени може једноставним постављањем нереално високог одштетног захтева да спречи условног одлагања кривичног гоњења. Зато се чини да би далеко разумљивије било да су ова два услова алтернативно постављена. У погледу трећег законског услова није јасно на бази чега ће суд ценити да је јавни тужилац „нашао“ да је целисходно извршење обавеза које налаже окривљеном. Будући да је условно одагање гоњења у ствари основни облик начела опортунитета, логично је закључити да је јавни тужилац већ оценио да таква целисходност постоји у саком случају кад затражи од суда да својом одлуком надомести сагласност оштећеног. Не изгледа разумно да би јавни тужилац могао тражити одлуку суда којом ће надоместити сагласност оштећеног на условно одлагање гоњења, иако сматра да је нецелисходно извршење обавеза које би наложио осумњиченом. Излаз из ове унутрашње противречности правне норме могао би се потражити у изналагању циља установљавања овог законског услова. Сврха би могла бити да јавни тужилац образложи суду зашто је целисходно одлагање кривичног гоњења у конкретном случају. На основу поднетог захтева, веће позивних судија својим решењем може одобрити извршење обавеза које ће бити наложене осумњиченом. Решење већа позивних судија надомешта сагласност оштећеног, па даљи поступак одлагања кривичног гоњења тече као да је сагласност дао сам оштећени, који се не може јавити у својству супсидијарног тужиоца за случај да јавни тужилац одбаци кривичну пријаву пошто окривљени испуни наложене му обавезе.

За законско уређење условног одлагања гоњења, као главног и у пракси најчешће примењиваног случаја опортунитета гоњења, може се рећи да није нарочито добро осмишљено и уређено. Поред критике да има доста правних празнина, законској регулативи могу се упутити и друге суштинске примедбе. Најпре, из законске формулације *уопште се не види обавеза јавног тужиоца да цени јавни интерес*. Нигде се у закону не наводи да су одступања од начела легалитета предвиђена у јавном интересу, па остаје да јавни тужиоци ту оцену у пракси врше

ослањајући се на теоријску дефиницију начела опортунитета. Ценећи целисходност гоњења у конкретном случају примене, они треба да закључе да извршење наложених обавеза осумњиченом (код условног одлагања гоњења) надомешта и сасвим одстрањује²⁸ јавни интерес за кривичним гоњењем осумњиченог, али је то законском нормом требало и предвидети.

Нису одређени ни законски услови за примену условног одлагања гоњења већ само кривична дела, тачније тежина кривичних дела код којих је оно допуштено. Уобичајено се као услови за примену начела опортунитета предвиђају неке околности везане за само кривично дело или за учиниоца. Чини се да би барем низак степен кривице било нужно прописати као законски услов за овај случај опортунитета. Овако, без икаквих законских услова и без законске обавезе да јавни тужилац цени надомешта ли јавни интерес обавеза која се налаже осумњиченом, изгледа да он може условно одложити гоњење без икаквих правних ограничења, па и независно од јавног интереса, што је, разуме се, погрешно и стога неприхватљиво. На нивоу практичне примене то значи да јавни тужиоци уопште нису дужни да образлажу да ли је изостанак кривичног гоњења у јавном интересу, нити да ли су испуњени законски услови за одлагање гоњења, па се због тих непознаница повећава ризик условног одлагања гоњења, поготову са становишта јавног мњења о непривилегованом, објективном гоњењу сваког осумњиченог, што делује као фактор који одвраћа јавне тужиоце од примене начела опортунитета. А кад се и поред ризика осмеле и одлуче да условно одложе гоњење, руководећи се теоријским поимањем начела опортунитета, остају им на располагању само кривичноправни инструменти везани за индивидуализацију казне које по аналогiji могу применити, као што су лична својства учиниоца и околности које суд узима у обзир приликом одмеравања казне, а особито околности за ублажавање казне или за ослобођење од казне.

Поред реченог, *није прописан ни циљ* који треба да се оствари применом начела дискреционог гоњења код условног одлагања кривичног гоњења, мада се он, мање-више, посредно назире из природе обавеза које јавни тужилац може наложити осумњиченом. Зато се не сме губити из вида да је циљ условног одлагања кривичног

²⁸ Види § 153а процесног законика Немачке.

гоњења да се сврха кажњавања постигне налагањем одређених обавеза осумњиченом уместо изрицањем кривичних санкција.

Пређашња критика се базира на оним елементима који законом нису уређени а морали би бити. Насупрот томе, након увођења обавезног испитивања могућности примене условног одлагања гоњења (чл. 236. ст. 9. ЗКП Србије), што је учињено последњом новелом процесног законика, отвара се питање да ли је то уопште било потребно. Наиме, поставља се питање сврхе обавезног испитивања могућности примене условног одлагања гоњења, поред концепцијске дубиозности, о чему је било речи. Изгледа да је основни циљ увођења ове норме да се по свакој кривичној пријави о томе сачини службена белешка. Она нема никакво процесно дејство на будући кривични поступак: и кад јавни тужилац констатује у службеној белешци да нема места примени условног одлагања гоњења, кривичног поступка не мора бити – све док не подигне оптужни акт јавни тужилац може променити мишљење или одустати од гоњења из неког другог разлога. Таква службена белешка може да служи само за контролу рада јавног тужиоца. Тиме што се јавном тужиоцу намеће обавеза да у службеној белешци констатује да нема места условном одлагању гоњења, њега законодавац фактички присиљава или барем поспешује да примењује дискреционо гоњење (опортунитет), што је изгледа и била замисао законописаца. Управо због такве сврхе, новоустановљеној обавези јавног тужиоца је пре место у општем упутству републичког јавног тужиоца него у закону.

У вези с обавезним испитивањем могућности примене условног одлагања гоњења, интересантно је сагледати да ли јавни тужилац након службене белешке да одлагању нема места, себи затвара пут да се руководи начелом дискреционог гоњења на главном претресу, примењујући одредбе става 6. члана 236. Пошто службена белешка нема никакво процено дејство, са тог становишта, формалноправно гледано, она не искључује примену дискреционог гоњења на главном претресу. Ни у садржинском погледу таква могућност није искључена. Могуће је да јавни тужилац тек на главном претресу сазна за околности које оправдавају одустанак од оптужбе из разлога целисходности. Међутим, да ли ће бојазан од контроле утицати да јавни тужиоци не мењају свој став засведочен у службеној белешци, или ће их преваљивање одговорности на суд охрабрити да чешће прибегавају

начелу опортунитета на главном претресу, остаје да одговоре да правосудна пракса.

б) Условно одустајање од оптужбе на главном претресу.

То је нови вид примене начела дискреционог гоњења али у већ започетом кривичном поступку, установљен последњом новелом српског процесног законика из 2009. године. Према слову закона, кад се ради о кривичним делима за која је прописана новчана казна или казна затвора до три године, јавни тужилац може „одустати од кривичног гоњења“ под следећим условима: (а) да се „води главни претрес“ пред надлежним судом, (б) да јавни тужилац претходно прибави сагласност „суда пред којим се води главни претрес“ и (ц) да „осумњичени испуни једну или више мера прописаних за условно одлагање кривичног гоњења. Међутим, када се ради о мерама из члана 236. става 1. тач. 2. и 3, потребна је и „сагласност оштећеног“ или одлука већа позивних судија којом се под законским условима надомешта та сагласност. Уколико се испуне сви ти услови па јавни тужилац одустане „од кривичног гоњења“, суд доноси пресуду којом се оптужба одбија. Оштећени нема право да преузме оптужбу у својству супсидијарног тужиоца (чл. 236. ст. 8).

Осим што садржи недопустиво много суштинских и номотехничких грешака, нова законска регулатива овог облика дискреционог гоњења непотпуна је, са потпуно нејасним правилима о поступку примене, о чијем се току може само нагађати.

Погрешно су законописци означили да јавни тужилац на главном претресу може одустати од „кривичног гоњења“ ако „осумњичени“ испуни једну или више мера. Након подизања оптужног акта, а особито после почетка главног претреса, јавни тужилац може одустати само од оптужног акта, тј. од оптужбе. Недопустиво је да одредбама истог члана закона (чл. 236) али у различитим ставовима (ст. 6. и 8), па чак и у једном ставу тог члана закона (ст. 8), буде предвиђено да тужилац на главном претресу одустаје од гоњења а да суд због тога доноси пресуду којом се *оптужба одбија*. Ни лице против кога започне кривични судски поступак није *осумњичени*²⁹, а поготову то не може бити на

²⁹ Према аутентичном тумачењу у самом закону, „осумњичени је лице према коме је *пре покретања кривичног поступка* надлежни државни орган предузео

главном претресу,³⁰ већ оптужени или окривљени у најширем смислу речи (сагласно члану 221. ст. 3. и 5). Поред реченог, у законској норми погрешно је предвиђено да је јавном тужиоцу потребна сагласност суда да одустане од оптужбе уместо сагласности да се окривљеном наложе неке од мера за условно одлагање гоњења. Не сме се губити из вида да је по оптужном начелу оптужба у потпуној власти тужиоца па зато суд нема никаквог утицаја на одустанак од оптужбе, ни кад се јавни тужилац руководи начелом легалитета ни кад се руководи начелом дискреционог гоњења. Установљавање сагласности суда на одустајање јавног тужиоца од оптужбе супротно је оптужном начелу и начелу мутабилитета, на којима је уређен српски кривични поступак. Зато је требало прописати да је јавном тужиоцу потребна сагласност суда да се окривљеном наложе неке од законом предвиђених обавеза, како би, за случај да их окривљени изврши, одустао од оптужбе јер би то било целисходније са становишта јавног интереса. Судска одлука је потребна да би се застало са кривичним поступком док окривљени не изврши наложене обавезе.

Из законског текста не може се докучити концепција одустајања јавног тужиоца од оптужбе на главном претресу по основу дискреционог гоњења (опортунитета), поступак је непотпуно уређен, а они његови сегменти који су прописани, нејасно су или погрешно уређени. У вези с тим у закону нема одговора на нека питања: Који судски орган даје сагласност? Који државни орган налаже окривљеном мере – суд или јавни тужилац? Каква је судбина главног претреса док тече рок остављен окривљеном за извршење наложених мера?

И поред овако непотпуне законске регулативе, са бројним правотехничким недостацима, закон се у пракси мора примењивати. Стога, полазећи од правила која се односе на условно одлагање гоњења, ослањајући се на пређашњу интерпретацију законског решења новоустановљеног условног одустајања од оптужбе на главном претресу, поступак би се могао спровести кроз следеће етапе: (1) *Оцена*

неку радњу због постојања основа сумње да је извршило кривично дело“ (чл. 221. ст. 1. ЗКП Србије).

30 Очито се норма односи на оптуженог на главном претресу, јер да је осумњиченом јавни тужилац раније наложио извршење каквих обавеза и да их је он у року извршио, јавни тужилац не би ни подизао оптужни акт већ би одбацио кривичну пријаву позивајући се на став 4. члана 236.

целисходности даљег вођења кривичног поступка; (2) Прибављање изјава окривљеног и оштећеног; (3) Сагласност судије појединца; (4) Одређивање мера окривљеном; (5) Одлагање главног претреса; (6) Обавештавање судије појединца о извршењу обавеза наложених окривљеном; (7) Рочиште за настављање главног претреса.³¹

За објашњени новоустановљени случај примене дискреционог гоњења (опортунитета), означен као *условно одустајање од оптужбе*, законом је постављен лимит да важи за кривична дела дела са прописаном новчном казном или казном затвора до три године. Међутим, законом је допуштено да се овај облик дискреционог гоњења може применити и на кривична дела *са запрећеном казном затвора до пет година*, под једним условом – да веће позивних судија својом одлуком то одобри. Иако наизглед једноставно законско решење, уведено најпре за случај условног одлагања кривичног гоњења, изазива пажњу с принципијелног и практичног становишта. Принципијелно се може поставити питање зашто се одлука о управљању поступком поверева неком другом судском органу а не оном пред којим тече главни претрес. Да је реч о претходном поступку, увођење овог судског органа у управљање поступком можда би се могло и разумети (по узору на уређење неслагања између јавног тужиоца и истражног судије), али на главном претресу ти аргументи губе снагу. Осим овог нарушавања архитектонику, дубиозно је какво дејство може имати одобрење овог већа – какво дејство има по закону, а како ће фактички утицати на судију појединца. Наиме, питање је да ли ова одлука већа супсумира одлуку суда којом се на главном претресу даје сагласност на условно одлагање одустајања од оптужбе. Ако је одговор негативан, па се тумачи да судија појединац тек након одобрења већа треба да донесе одлуку да ли се саглашава са налагањем алтернативних мера окривљеном, отварају се даља питања – да ли судија појединац може претходно учествовати у раду већа и какав ће фактички утицај имати одлука већа на његову одлуку о давању сагласности. Разлози и околности због којих веће треба да одобри примену начела дискреционог гоњења на главном претресу за тежа кривична дела, не могу бити неки други него исти они на које ће се јавни тужилац на главном претресу позвати у предлогу

³¹ Опширније: В. Ђурђић – Д. Суботић, *Процесни положај јавног тужиоца и ефикасност кривичног поступка*, Београд, 2010, стр. 57-59.

судији појединцу да се окривљеном наложе неке од мера прописане за условно одлагање гоњења. Пошто се ти разлози, по логици ствари, не могу разликовати, зато се и поставља питање сврхе одлуке судије појединца након одобрења већа позивних судија. Да би имале смисао, те одлуке треба тумачити по принципу односа општег и посебног: због висине запрећене казне, веће својом одлуком треба уопштено да одобри примену мера према неком окривљеном, а судија појединац да својом одлуком окривљеном наложи примену појединих, тачно одређених мера и да одреди рок за њихову примену.

И поред недостатака законске регулативе, дискреционо гоњење на главном претресу и за дела са запрећеном казном до пет година затвора, треба тумачити тако да у пракси буде примењивано без већих тешкоћа и да постигне сврху због које је и установљено. След радњи које јавни тужилац и суд предузимају, треба да осигура континуитет поступка и да створи реалне претпоставке за примену и успех сваке од тих радњи, предузетих у циљу примене начела дискреционог гоњења на главном претресу.³²

На крају, осим што се теоријски доводи у питање читава концепција начела опортунитета на главном претресу и што ће тумачење нејасних и непотпуних законских правила изазвати не мале тешкоће, прети опасност да у пракси јавни тужиоци превале одговорност на суд за одустајање од оптужбе. Уместо да сами примене начело дискреционог гоњења у преткривичном поступку и сами донесу одлуку о условном одлагању кривичног гоњења, може се догодити да чешће подигну оптужни акт, па тек након тога, у тим истим случајевима и из истих разлога, да затраже „сагласност суда за одустанак од оптужбе“, што је далеко мањи ризик за јавног тужиоца, а одговорност подељена.

ц) Одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности.

Јавни тужилац је овлашћен да не предузме кривично гоњење и из разлога правичности, под одређеним условима, али само за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до три године. Да би се јавни тужилац руководио начелом дискреционог гоњења, потребно је да буду испуњени следећи услови: (1) да се осумњичени стварно каје, (2) да је због тога спречио наступање штете или је штету

³² *Amplius*: В. Ђурђић – Д. Суботић, *op. cit.*, str. 59.

већ у потпуности накнадио и (3) да јавни тужилац оцени да изрицање кривичне санкције не би било правично.

Само ако су испуњена сва три услова, јавни тужилац може да донесе решење о одбацивању кривичне пријаве, а да ли ће то и учинити, остављено је јавном тужиоцу да цени према околностима конкретног случаја. Управо зато што јавни тужилац може али не мора да одбаци кривичну пријаву кад су испуњени услови за покретање кривичног поступка, реч је о изостајању кривичног гоњења из разлога целисходности. И у овом случају, кад јавни тужилац одбаци кривичну пријаву, оштећени такође нема право да преузме кривично гоњење у својству супсидијарног тужиоца.

За разлику од претходног, овај случај дискреционог гоњења мање се примењује у пракси, али се таква примена не би могла објаснити мањим обимом извршених кривичних дела код којих је тај случај дискреционог гоњења по закону допуштен и с обзиром на остварење дела могућ.

THE DISCRETION OF CRIMINAL PROSECUTION

Summary

In this paper, the discretion of criminal prosecution is understood as a principle which addresses the issue of mandatory character of prosecution for the ex-officio crimes, within the margins of public interest. It is interpreted that the scope of application of the discretion principle is exclusively related to the public prosecutor and the ex-officio crimes, and that its 'actual reach' is limited by the broadness of the legal concept of the crime. In the course of discussion on criminal policy reasons by which the theory justifies the discretion principle and on the application requirements in comparative legal systems, the author identifies it as a divertive model, based on consensual and restorative justice ideas, whose purpose is rationalization of the criminal procedure and accomplishment of some extra-procedural and political goals. On the grounds of the content analysis of both guiding principles of criminal actions, the author points out their differences and similarities, and concludes that the opportunity principle is corrective and complementary to the legality principle, and not only its counterpart. The last part of paper contains critical analysis of the legislatively enumerated cases of the discretionary prosecution in Serbian criminal law.

Keywords: *criminal procedure, criminal prosecution, discretion principle, rejection of criminal charges, termination of proceedings.*