

Vojislav Đurđić*

DISKRECIONO GONJENJE UČINILACA KRIVIČNIH DELA

U radu se diskreciono krivično gonjenje shvata kao načelo kojim se rešava pitanje obaveznosti gonjenja za oficijelna krivična dela, i to u marginama javnog interesa. Tumači se da je polje važenja načela diskrecionog gonjenja isključivo vezano za javnog tužioca i oficijelna krivična dela, a da je njegov realni domašaj prethodno omeđen širinom zakonskog koncepta krivičnog dela. U okviru rasprave o kriminalnopolitičkim razlozima kojima se u teoriji pravda načelo oportuniteta i razlozima koji se u uporednom pravu propisuju za njegovu primenu, izvodi se zaključak da je reč o jednom diverzionom modelu, protkanom idejama konsesualne i restorativne pravde, čija je svrha racionalizacija krivičnog postupka i postizanje nekih vanprocesnih i političkih ciljeva. Na bazi analize sadržaja oba načela uređenja krivične tužbe, autor ukazuje na njihove razlike, ali i sličnosti, na čemu zasniva shvatanje da je načelo diskrecionog gonjenja korektivno i komplementarno načelo u odnosu na načelo legaliteta krivičnog gonjenja, a ne samo suprotstavljeno načelo. Poslednji deo rada sadrži kritički intoniranu analizu propisanih slučajeva diskrecionog gonjenja u srpskom krivičnom zakonodavstvu.

Ključne reči: krivično gonjenje, načelo legaliteta načelo diskrecionog gonjenja, odbacivanje krivične prijave, obustava postupka.

Uopšteno o diskrecionom gonjenju učinilaca krivičnih dela

Diskreciono krivično gonjenje je danas jedno od načela na kojima je uređeno gonjenje učinilaca krivična dela, bilo kao osnovno načelo na kome se temelji uređenje krivične tužbe ili kao odstupanje od načela legaliteta. Prema načelu diskrecionog gonjenja, javni tužilac je ovlašćen da ceni da li je celishodno preduzeti krivično gonjenje u konkretnom slu-

* Prof.dr., redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

čaju i da od gonjenja odustane iz zakonom predviđenih razloga, iako su se stekli stvarni i pravni razlozi za pokretanje krivičnog postupka. Javni tužilac najpre ceni postoje li stvarni i pravni razlozi za pokretanje postupka, pa ako su ti zakonski uslovi ispunjeni tek onda procenjuje celishodnost gonjenja. Otuda je moguće da krivično ne goni, iako su se stekle sve zakonske pretpostavke za pokretanje krivičnog postupka, rukovodeći se obzirima celishodnosti za koje nađe da postoje. Međutim, ni načelo diskrecionog gonjenja ne daje ovlašćenje javnom tužiocu da proizvoljno, po svom nahodjenju, rešava o gonjenju ili negonjenju učinioca dela. Obzire celishodnosti mora da ceni sa stanovišta javnog interesa, tj. da li je u javnom interesu da se učinilac krivično goni ili ne goni. Diskreciono gonjenje, dakle, ne znači samovolju javnog tužioca, iako mu daje veoma široko ovlašćenje, neuporedivo šire nego načelo legaliteta.¹ Sledi da je javni tužilac i po načelu diskrecionog gonjenja obavezan da krivično goni kad se steknu zakonske pretpostavke za pokretanje krivičnog postupka, ako je to prema okolnostima slučaja u javnom interesu. Stoga je i razumljivo što se u procesnoj teoriji načelo diskrecionog gonjenja definiše kao *obaveza organa krivičnog gonjenja „da vrši funkciju krivičnog gonjenja, ako su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi i ako je to u konkretnom slučaju sursishodno s obzirom na javni interes“*.²

Imajući u vidu da svaka definicija, pa i pravna, predstavlja kakvo pravilo o značenju izraza,³ te da su pravne definicije većinom stipulativnog karaktera sa preskriptivnom funkcijom, kojima se stvaraju nova značenja,⁴ iz navedene definicije načela diskrecionog krivičnog gonjenja može se zaključiti da ono ima sledeće značenje: (a) načelom se rešava pitanje *obaveznosti* krivičnog gonjenja; (b) ono *važi za javnog tužioca*, tj. za državni organ kome je poverena funkcija krivičnog gonjenja; (v) za primenu načela oportuniteta neophodno je da se prethodno *steknu zakonski uslovi*⁵ za pokretanje krivičnog postupka; (g) kao *ishod* diskrecione ocene javnog tužioca, obaveza na krivično gonjenje može izostati u slučajevima kad gonjenje *sa stanovišta javnog interesa* ne bi bilo celishodno.

Iz ovako određenog pojma i značenja načela diskrecionog gonjenja sledi da se ono primenjuje samo na krivična dela koja goni javni tužilac. Kad se uzme u obzir organizovanje krivične tužbe, to znači da važi za

¹ N. Matovski et al, *Kazneno procesno pravo*, Skopje 2009, 71.

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

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

⁴ Isto tako: S. Cigler, *Načelo legaliteta* ..., 21.

⁵ Otuda i naziv ovog načela: nlat. *legalitas* = u skladu sa zakonom, zakonitost. S obzirom na njegovu suštinu i opasnost da se zameni sa načelom zakonitosti pravnog sistema, ispravnije bi bilo da se ovo načelo označi kao načelo obaveznosti (obligatornosti) krivičnog gonjenja.

krivična dela koja nadležni državni organ goni po službenoj dužnosti. Kao i kod načela legaliteta krivičnog gonjenja, pravilo je, dakle, da se važenje načela diskrecionog gonjenja rasprostire na polje omeđeno načelom oficijelnosti krivičnog gonjenja, kome je pretpostavka sistem javne krivične tužbe. Izvan toga, gde su volja oštećenog i privatni interesi dominirajući za krivično gonjenje, njihova primena je, po prirodi stvari, isključena: za privatnu tužbu i predlog oštećenog za gonjenje, primereno je i važi *načelo dispozitivnosti*. Pošto se načelom oficijelnosti ustanovljava ovlašćenje da krivično goni u javnom interesu za to ustanovljeni državni organ, i to po službenoj dužnosti, i time krivično gonjenje oslobađa od volje oštećenog, gonjenje po privanoj tužbi i po predlogu oštećenog javljaju se kao odstupanja od načela oficijelnosti, a ne od načela legaliteta, te se ne mogu smatrati slučajevima u kojima važi načelo oportuniteta gonjenja.⁶ U polju gde načelo legaliteta uopšte ne važi, ne može biti nikakvih odstupanja od njegovog važenja. Izvan tog polja, oštećeni kao privatni ili supsidijarni tužilac ili sa predlogom za gonjenje ima *pravo raspolaganja* (dispozicije) krivičnom tužbom i predlogom za krivično gonjenje, dakle, pravo, ali ne i obavezu, pa može, ali ne mora da krivično goni, što je ostavljeno njegovom slobodnom nahodjenju bez ikakvih pravnih ograničenja.

Realni domašaj načela diskrecionog gonjenja (i legaliteta) prethodno je omeđen i određen pojmom krivičnog dela i zavisi od širine koncepta krivičnog dela.⁷ To ograničenje proizlazi iz pravnih uslova koji moraju biti ispunjeni, pored stvarnih, da bi nastupilo ovlašćenje i obaveza krivičnog gonjenja: nedostatak bilo kog elementa krivičnog dela sprečava krivično gonjenje. U vezi s tim je značajan i način reglementacije opšteg pojma krivičnog dela i njemu inherentnih osnova kojima se isključuje postojanje krivičnog dela. Načelno, kad se uzmu u obzir zakonom određena zona kažnjavanja i osnovi koji isključuju postojanje krivičnog dela, polje važenja načela diskrecionog gonjenja proširuje se formalnim pojmom krivičnog dela zbog njegove prirode, dok se materijalnim pojmom sužava, jer ne može da važi u slučajevima neznatne društvene opasnosti. Pored uticaja na polje njihovog važenja, ustanovljavanje formalnog ili materijalnog pojma krivičnog dela odražava se i na izbor načela na kojima će biti uređeno krivično gonjenje.

Smatra se da je načelo diskrecionog gonjenja karakteristično za procesna zakonodavstva onih zemalja⁸ čije materijalno pravo usvaja for-

⁶ Suprotno dr. Stanko Bejatović, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2008, 100 i 101.

⁷ Cf. Snežana Cigler, *Načelo legaliteta* ..., 33.

⁸ U Francuskoj se krivično gonjenje tradicionalno zasniva na načelu oportuniteta (vidi čl. 40. CPP), pošto je u materijalnom pravu usvojen formalni pojam krivičnog dela.

malni, a ne materijalni pojam krivičnog dela. Zato što formalni pojam krivičnog dela u sebi ne sadrži društvenu opasnost, učinjeno delo po svim spoljašnjim obeležjima može predstavljati krivično delo (jer je protivpravno, u zakonu određeno kao krivično delo i skrivljeno), a da delo bude sasvim malog značaja, kojim je naneta neznatna šteta ili štete uopšte nema, a da je kod učinioca izražen nizak stepen krivice. U tim slučajevima ne bi imalo smisla preduzimati krivično gonjenje u javnom interesu. Zbog toga se za krivično gonjenje ustanovljava princip diskrecionog gonjenja kao osnovni i „nužan“,⁹ po kome je javni tužilac ovlašćen da u takvim slučajevima krivično ne goni. Međutim, ovu teorijsku postavku da je načelo oportuniteta vezano za formalni pojam krivičnog dela, relativiziraju u poslednje vreme učinjeni legislativni zahvati u srpski krivični postupak.

Srpski zakonodavac je od materijalnog prešao na formalni pojam krivičnog dela, ali je i pored toga u krivičnom procesnom pravu zadržao načelo legaliteta krivičnog gonjenja, a u materijalnom krivičnom pravu zadržao je delo malog značaja kao osnov koji isključuje postojanje krivičnog dela, kao de se u definisanju opšteg pojma krivičnog dela ništa nije izmenilo. Uslovi koji se uobičajeno propisuju za važenje načela diskrecionog gonjenja¹⁰ kad se svrha kažnjavanja može postići i bez gonjenja za bagatelna krivična dela, i dalje su krivičnim zakonikom predviđeni kao kumulativni uslovi za „delo malog značaja“ (čl. 18. KZ Srbije)¹¹, koje isključuje postojanje krivičnog dela. Drugim rečima, umesto da zbog postojanja elemenata koji jedno delo čine „delom malog značaja“ ne preduzme gonjenje, jer to ne bi bilo u javnom interesu, što bi bila pravila postupanja kad se primenjuje načelo diskrecionog gonjenja, javni tužilac će biti dužan da iz istih tih razloga odustane od krivičnog gonjenja jer po zakonu nema krivičnog dela. Iako kod oba pravna instituta izostaje krivično gonjenje – i kad su elementi dela malog značaja uslov za važenje načela diskrecionog gonjenja i kad su kumulativno osnov za isključenje postojanja krivičnog dela, praktične i pravne posledice nisu iste.

Kad zbog dela malog značaja po zakonu nema krivičnog dela, javni tužilac uopšte ne može da krivično goni pa zbog toga ni uslovno da odloži krivično gonjenje, po članu 236. ZKP, nalaganjem osumnjičenom da izvrši neku zakonom propisanu obavezu, niti da odbaci krivičnu prijavu iz razloga pravičnosti (čl. 237). Međutim, pitanje je gde se završavaju granice dela malog značaja, od kojih je tek moguće polje važenja načela oportuniteta. Teorijski, tek kad na osnovu slobodne ocene dokaza javni tužilac zaključuje

⁹ Dr. Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo – Uvod i Opšti deo*, Beograd 2004, 153.

¹⁰ Vidi §153a st. 1. StPo.

¹¹ „Sl. glasnik RS”, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009 i 111/2009.

da je kriminalna zona prekoračena, moguće je da na osnovu diskrecionog rasuđivanja zaključi da krivično gonjenje u konkretnom slučaju ne bi bilo u javnom interesu. Pošto te granice nisu egzaktne, kontrola razloga odbacivanja krivične prijave ostaće u sferi zaključivanja na koju se javni tužilac pozove. Ne ulazeći u dalju analizu i drugih relacija, načelno se može reći da delo malog značaja posle uvođenja formalnog pojma krivičnog dela komplikuje tumačenje i primenu načela oportuniteta.

Kad delo malog značaja ne bi bilo propisano kao osnov koji isključuje postojanje krivičnog dela, to bi nakon uvođenja formalnog pojma krivičnog dela iziskivalo intervenciju u načela uređenja krivične tužbe. Jedna od mogućnosti bila bi uvođenje načela diskrecionog gonjenja krivičnog gonjenja umesto načela legaliteta, što bi bio radikalni legislativni zahvat, ali konceptijski dosledan formalnom pojmu krivičnog dela u materijalnom krivičnom pravu. Međutim, s obzirom na srpsku pravnu tradiciju, takvo zakonodavno rešenje je nezamislivo. Druga mogućnost bila bi da konstitutivni elementi dela malog značaja budu propisani u procesnom zakonodavstvu kao uslovi važenja načela oportuniteta, što bi moralo biti osnovno odstupanje od načela legaliteta, usklađeno sa svim ostalim odstupanjima. Iako bi teorijski bilo principijelnije od sada važećeg, ovakvo zakonsko rešenje bi iziskivalo prilagođavanje pravosudne prakse novoj regulativi dela malog značaja kao zakonskog osnova za primenu načela oportuniteta gonjenja. Zbog toga bi u početku bilo sa manje izgleda da osigura ravnopravnost pred zakonom i pravnu sigurnost, ali bi se ujednačavanjem pravosudne prakse i ta opasnost vremenom mogla otkloniti.

Ne ulazeći u teorijsku raspravu o disharmoniji „dela malog značaja“ sa zakonskom definicijom opšteg pojma krivičnog dela, čini se da taj krivičnopravni institut neće biti predmet pažnje ni u predstojećoj reviziji krivičnog (materijalnog) zakonodavstva, jer se tradicionalni način mišljenja i pravna baština javljaju kao prevelika prepreka da se klasični instituti izmene, a kamoli ukinu.

Svrha diskrecionog gonjenja

Nastanak i opravdanje načela diskrecionog gonjenja vezuju se za zakonsku definiciju krivičnog dela, ustanovljeni sistem krivične tužbe i teorijsko poimanje svrhe kažnjavanja, a svrha kojoj treba da služi i ciljevi koji se njegovom primenom nastoje postići takođe se uzimaju kao razlozi kojima se pravda ovo načelo, a tiču se uticaja na krivični postupak izvesnih kriminalnopolitičkih ili političkih razloga zbog kojih u društvenom interesu primena krivičnog materijalnog prava treba da izostane.

Kao što je već rečeno, smatra se da je primena načela diskrecionog gonjenja nužna u onim krivičnopравnim sistemima koji usvajaju formalni pojam krivičnog dela,¹² da bi se sprečilo vođenje krivičnog postupka za dela sasvim malog značaja, koja su samo formalno krivična dela bez potrebnog stepena društvene opasnosti, čije uvođenje u krivični postupak ne bi imalo nikakvog smisla. To je jedan od razloga za uređenje krivične tužbe isključivo na načelu oportuniteta.

I teorijsko shvatanje o svrsi kazne koje preovlađuje prilikom uređenja kakvog krivičnopравnog sistema koristi se za opravdanje ili opovrgavanje potrebe za načelom diskrecionog gonjenja. Apsolutnim teorijama o svrsi kazne pripisuje se zasluga za nastanak načela legaliteta u okrilju german-skog prava s kraja XIX veka, pošto smisao i opravdanje kazne traže u pravednoj odmazdi, retribuciji i represiji.¹³ Razumljivo je što se apsolutnim teorijama predodređuje postojanje načela legaliteta krivičnog gonjenja jer ove teorije zahtevaju primenu kazne u svakom slučaju povrede prava. Tom zahtevu ne može da udovolji načelo diskrecionog gonjenja, pa je neizbežan zaključak da je nespojivo sa teorijom odmazde. Nasuprot tome, relativne teorije ne isključuju primenu načela diskrecionog krivičnog gonjenja, budući da se temelji na ideji svrsishodnosti (ove teorije ne protivreče ni načelu legaliteta). Od tih teorija u saglasju s načelom diskrecionog gonjenja su one koje odlikuje ideja o specijalnoj prevenciji.

Ustanovljavanje i postojanje načela diskrecionog gonjenja se kritikuje¹⁴ kao nepravično, jer ne smeju postojati građani podvrgnuti krivičnom pravu i građani od njega izuzeti, čime se vređa princip jednakosti¹⁵ građana pred zakonom. Međutim, takvo gledište je neprihvatljivo pošto načelo diskrecionog gonjenja upravo omogućava da se različito postupa u različitim situacijama, pa kako ni krivični događaji nisu isti, izostajanje gonjenja u pojedinim slučajevima služi ideji pravičnosti kad na to upućuju neznatne posledice dela i okolnosti vazane za ličnost ili krivicu učinioca ili kakvi drugi važni kriminalnopolitički razlozi. Kao tipičan primer može se navesti odbacivanje krivične prijave iz razloga pravičnosti (čl. 237. ZKP Srbije). Ovom, nešto starijem gledištu protivreči i procesna stvarnost. Naime, iz istih tih razloga bile bi neprihvatljive sve diverzione forme postupanja u krivičnim stvarima, ali se bez njih ne da zamisliti savremeni krivični postu-

¹² Dr. Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo – Uvod i Opšti deo*, Beograd 2004, 153.

¹³ Vidi: N. Matovski i dr., *Kazneno procesno pravo*, Skopje 2009, 71.

¹⁴ Protiv načela oportuniteta kao argumenti još se navode nesklad s monopolom na krivično gonjenje i protivrečnost imperativu krivičnog prava izraženom u formulacijama „kazniće se“ (vidi: M. Simović, Načelo oportuniteta u krivičnom procesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine i Republike Hrvatske, u: V. Đurđić i dr., *Oportunitet krivičnog gonjenja*, Beograd, 2009, str. 511-152.

¹⁵ Dr. Tihomir Vasiljević, *Sistem ...*, 123.

pak, što opovrgava navedeno gledište kao prevaziđeno.

Kao ciljevi sve većeg odstupanja od načela legaliteta navode se ubrzanje prethodnog krivičnog postupka i stvaranje normativne osnove za povećanje efikasnosti i pojednostavljenje krivičnog postupka,¹⁶ što ujedno predstavlja razloge kojima se pravda uvođenje načela oportuniteta u krivični postupak. Razume se, da nije reč o efikasnosti postupka u krivičnim stvarima u kojima se primenjuje diskreciono gonjenje, jer tu daljeg krivičnog postupka i nema zato što je ono samo po sebi diverziona forma. Reč je zapravo o racionalizaciji krivičnog postupka posmatranog u celini koja se postiže rasterećenjem sudova¹⁷ za onaj broj krivičnih predmeta u kojima javni tužilac primeni načelo oportuniteta umesto da zahteva pokretanje krivičnog postupka. Primenom oportuniteta kod pojedinih, pre svega bagatelnih krivičnih dela i iz određenih kriminalnopolitičkih razloga, smanjuje se pritisak na sudove, pa se time osigurava da na glavni pretres budu izneseni samo složeni i teži krivični slučajevi. Jednom rečju, zbog ovog cilja, načelo diskrecionog krivičnog gonjenja korespondira sa idejama o racionalizaciji krivičnog postupka.

U prilog načelu diskrecionog gonjenja govori i činjenica da se skoro sve reforme procesnog zakonodavstva sprovedene u evropskim zemljama proteklih deceniju-dve odlikuju uvođenjem novih odstupanja od načela legaliteta, čak bi se moglo reći da je zavladao infekcija načelom diskrecionog gonjenja, pošto se polje njegove primene sve više širilo, a razlozi celishodnosti gonjenja postajali sve brojniji i raznorodniji. Budući da je načelo diskrecionog gonjenja u biti jedan diverzioni model kojim se ostvaruje svrha uprošćenih formi krivičnog postupka, proširenje načela diskrecionog gonjenja u duhu je Preporuke R (87) 18 Komiteta ministara Saveta Evrope zemljama članicama u vezi s pojednostavljenjem krivičnog pravosuđa (usvojena od strane Komiteta ministara na 410. sednici održanoj 17. septembra 1987. na nivou zamenika ministara). Preporučeno je da „načelu diskrecionog gonjenja treba pribegavati ili se njegova primena proširivati kad god istorijski razvoj i ustav zemalja članica to omogućavaju; inače treba doneti mere koje imaju isti cilj“ (Ia. 1).

Načelo diskrecionog gonjenja može se urediti tako da bude veoma pogodan pravni put do restorativne pravde. S tim ciljem, kod svakog uslovljavanja primene načela oportuniteta gonjenja, zakonom treba predvideti obaveznu zaštitu oštećenog, pošto on u tim slučajevima po samom zako-

¹⁶ 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, 64.

¹⁷ Đorđe Lazić, *Odsupanja od principa legaliteta u novom Zakoniku o krivičnom postupku, u: Praktična primena novog jugoslovenskog Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd 2002, 34.

nu ne može steći svojstvo supsidijarnog tužioca i zahtevati pokretanje krivičnog postupka. Za postizanje saglasnosti ili obeštećenja žrtve, prilikom uređenja svakog slučaja diskrecionog gonjenja ima smisla predvideti *postupak medijacije* između oštećenog i učinioca, ali tako da se ne pretvori u prepreku koja će sprečavati primenu oportuniteta gonjenja.

Iz navedenih razloga kojima se pravda uvođenje i postojanje načela diskrecionog gonjenja vidljiva je i svrha kojoj načelo treba da služi. Ipak se osnovna svrha diskrecionog gonjenja najčešće vidi u povećanju efikasnosti postupka i rasterećenju sudova. Zarad preciznosti i sveobuhvatnijeg sagledavanja, može se reći da diskreciono krivično gonjenje u biti predstavlja *diverzioni model, protkan idejama konsesualne i restorativne pravde*, čija je svrha *racionalizacija* krivičnog postupka i postizanje nekih vanprocesnih i političkih ciljeva. U tom smislu se kao cilj uvođenja diskrecionog gonjenja u krivični postupak navodi pronalaženje efikasnijih i humanijih mera socijalne i pravne reakcije prema pojedinim učiniocima krivičnih dela.¹⁸ U uporednom pravu¹⁹ se propisuju slučajevi diskrecionog gonjenja radi postizanja i nekih političkih ciljeva ili efekata sličnih onim koje proizvodi primena pojedinih krivičnopravnih instituta zbog koje izostaje kažnjavanje u okončanim krivičnim postupcima. Diskreciono gonjenje iz *političkih razloga* predviđa se kad bi gonjenjem nastala opasnost od velike štete po državu, kad je osumnjičenom izrečena mera proterivanja iz zemlje ili radi očuvanja dobrih međudržavnih dnosa i iz sličnih političkih razloga. Za drugopomenuti pravac vezuju se slučajevi diskrecionog gonjenja kod kojih se kao razlog za negonjenje uzima *očekivani ishod* krivičnog postupka (oslobođenje od kazne, nebitne sporedne kazne i sl).

Kao razlozi celishodnosti koji ujedno determinišu svrhu diskrecionog gonjenja još se navode: mali značaj krivičnog dela, „dejstvo krivičnog postupka na javnost“,²⁰ „potreba blagonaklonog postupanja prema okrivljenom iz kriminalnopolitičkih razloga“,²¹ razlozi procesne ekonomije, obziri prema porodici učinioca krivičnog dela, „obziri prema zahtevima državne politike u međunarodnim odnosima“,²² i slično.

Za podstrek javnim tužiocima da primenjuju oportunitet bilo bi od koristi *objavlivanje posebnih zbirki* slučajeva u kojima je primenjen oportunitet. Odluke o primeni i razlozi za primenu oportuniteta sadržani u tim

¹⁸ T. Vasiljević/M. Grubač, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd 2002, 453, beleška 1.

¹⁹ S. Bejatović, *Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja u nemačkom krivičnom procesnom pravu*, u: V. Đurđić i dr., *Oportunitet krivičnog gonjenja*, Beograd 2009, 128-143.

²⁰ Dr. Toma Živanović, *Osnovni problemi Krivičnog i Građanskog procesnog prava (postupka)*, II. Odeljak, Beograd 1941, 31.

²¹ Dr. Tihomir Vasiljević, *Sistem ...*, 122.

²² Dr. Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo – Uvod i Opšti deo*, Beograd 2004, 152.

zbirkama mogli bi poslužiti kao ideja vodilja za smeliju i širu praktičnu primenu oportuniteta gonjenja.

Odnos između načela legaliteta i diskrecionog gonjenja

Budući da oba načela važe u polju oficijelnosti i da mogu paralelno egzistirati u istom sistemu javne krivične tužbe, od principijelnog i praktičnog je značaja u kakvom se odnosu nalaze načelo legaliteta i načelo diskrecionog gonjenja. Pored korelacije sa zakonskom definicijom krivičnog dela, za ispravan sud o tome u kakvom se odnosu nalaze načelo legaliteta i načelo diskrecionog krivičnog gonjenja, pre svega, da li su to suprotstavljena ili su načela koja se dopunjuju, potrebna je podrobna analiza njihovih sličnosti i razlika.

Razlike između načela legaliteta i načela diskrecionog krivičnog gonjenja najvidljivije su u njihovom procesnopravnom sadržaju. Načelo legaliteta ovlašćuje javnog tužioca da ocenjuje samo zakonitost pokretanja krivičnog postupka: da li preduzeta radnja podleže krivičnopravnoj represiji, tj. da li se na radnju izvršenja dela rasprostire važenje materijalnog krivičnog prava. Načelo diskrecionog gonjenja je obimnijeg sadržaja. Javni tužilac je ovlašćen da ocenjuje i legalnost i oportunističnost pokretanja krivičnog postupka. Najpre ocenjuje važenje materijalnog prava na dati slučaj, pa ako su ispunjene sve stvarne i pravne pretpostavke, ocenjuje je li celishodno iz kriminalnopolitičkih razloga, dakle, sa stanovišta javnog interesa, da se krivično goni učinilac i da se u pokrenutom postupku obezbedi primena krivičnog materijalnog prava, što se, u krajnjem, svodi na primenu krivične sankcije. Iz ove razlike u predmetu ocene javnog tužioca, kao temeljne pretpostavke za aktiviranje funkcije gonjenja, izvire, po logici stvari i po pravnom ishodu, i druga, vidljivija procesnopravna razlika, sadržana u mogućem rezultatu te ocene. Ta razlika u mogućem rezultatu ocene samo zakonitosti (po načelu legaliteta) ili sukcesivno i zakonitosti i celishodnosti krivičnog gonjenja (po načelu diskrecionog gonjenja) – svodi se na pitanje obaveznosti pokretanja postupka, tog međaša za suprotstavljanje ovih dvaju načela u teoriji krivičnog procesnog prava. Po načelu legaliteta, javni tužilac je obavezan da preduzme gonjenje, ako zaključi da su ispunjeni stvarni i pravni uslovi za pokretanje postupka, dok po načelu diskrecionog gonjenja može, ali ne mora krivično da goni, zavisno od procene javnog interesa.

Osim razlika u procesnopravnom sadržaju načela legaliteta i načela diskrecionog gonjenja, veoma značajna je i razlika u dejstvu koje proizvodi primena jednog ili drugog načela. Svako od ovih načela proizvodi

različito dejstvo na primenu materijalnog prava. Načelom legaliteta se obezbeđuje primena materijalnog prava u svim slučajevima za koje je ustanovljeno da ono važi (pored ispunjenosti ostalih uslova). Njime se, u suštini, obezbeđuje utvrđivanje važenja materijalnog prava i izvesnost njegove primene. Zbog tog apsolutnog dejstva, da se mora primeniti materijalno pravo (izricanjem krivičnopravnih mera, nadasve kazne) kad se utvrdi da važi za konkretni slučaj, načelo legaliteta ne utiče na zonu kažnjavanja. Dosledno obezbeđuje, pravno gledano, ostvarivanje onog obima zone kažnjavanja koji je određen u krivičnom zakonu (izuzimajući faktička odstupanja). Načelo diskrecionog gonjenja, međutim, „raskida vezu sa teorijom apsolutnog kažnjavanja“²³, jer ne osigurava primenu krivičnog prava u obimu u kome važi. Učinilac krivičnog dela ne mora biti i kažnjen ako je to u javnom interesu, što procenjuje javni tužilac. To znači da se načelom oportuniteta ograničava zona kažnjavanja, preciznije, zona primene krivičnog materijalnog prava.

Ove razlike su u osnovi teorijskog poimanja načela legaliteta i načela diskrecionog gonjenja kao dvaju suprotstavljenih načela; polazište su, a ne retko i ishodište tumačenja njihovog međusobnog odnosa. Međutim, uočljive su i zajedničke odlike u sadržaju i značenju ovih načela. I u samim razlikama postoje određeni elementi sličnosti. Neophodno je i njih uzeti u obzir da bi se dao, koliko-toliko, ispravan vrednosni sud.

Oba načela vezana su za funkciju krivičnog gonjenja, i to za gonjenje koje se preduzima po službenoj dužnosti od za to ustanovljenih državnih organa. Primenjuju se u *polju vađenja načela oficijelnosti*, kome je pretpostavka sistem javne krivične tužbe. Izvan toga, gde je privatni interes dominirajući za krivično gonjenje, njihova primena je, po prirodi stvari, isključena: za privatnu tužbu, kao što je rečeno, primereno je i važi načelo dispozitivnosti.

Druga važna zajednička odlika načela legaliteta i načela diskrecionog gonjenja je *svrha* kojoj služe, zbog koje su i ustanovljena. Javljaju se kao procesna sredstva za ostvarenje krivične represije, u cilju zaštite društva od kriminaliteta. To im je krajnji cilj, do koga se stiže putem ocene javnog interesa, ali različitim metodima: jednom je javni interes pretpostavljen (ocenjen) u samom krivičnom zakonu (načelo legaliteta), a u drugom slučaju javni interes procenjuje državni organ nadležan da krivično goni (načelo diskrecionog gonjenja). Nijedan od ovih dvaju načela ne omogućava krivičnopravnu represiju protivno javnom interesu, i obrnuto, kad je ustanovljeno da za nju postoji javni interes (u samom zakonu ili

²³ Dr. Momčilo Grubač, "Načelo legaliteta u krivičnom procesnom pravu SFRJ", Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, 1988, br. 3, 79.

na osnovu ocene razloga celishodnosti), represija je nužna i ne sme izostati. Različiti je samo stepen fleksibilnosti ovih načela u ostvarivanju funkcija materijalnog krivičnog prava. Dok garantivnu funkciju krivičnog prava osiguravaju oba načela, zaštitnu funkciju (izvesnost kažnjavanja) obezbeđuju: načelo legaliteta – automatski, a načelo oportuniteta – kad je to potrebno u javnom interesu. Takvo dejstvo načela oportuniteta ne protivreči efikasnoj krivičnopravnoj zaštiti. Izvesnost kažnjavanja u javnom interesu projektovana prilikom donošenja zakona, transformiše se u izvesnost kažnjavanja u momentu važenja zakona za dati slučaj. Razume se da načelo oportuniteta, kao što je već rečeno, ograničava primenu materijalnog krivičnog prava. Međutim, postoje i druga ograničenja, u samom krivičnom zakonu i izvan njega, ali se za njih ne smatra da slabe efikasnost krivičnopravne zaštite.

Elementa sličnosti ima i u oceni postojanja osnova za nastupanje krivičnog progona. Dužnost organa gonjenja da otkriva krivična dela i učinioce i da prikuplja dokazni materijal na kome će se zasnivati krivična tužba, pretpostavka je za oba načela. Ocena da li postoji krivično delo i učinilac i da li ima dovoljno osnova za pokretanje postupka, imperativ je koji sledi iz oba načela. Tom prilikom primenjuju se isti metodi: metodi tumačenja prava (za utvrđivanje postojanja pravnih uslova) i metod slobodne ocene dokaza (za utvrđivanje stvarnih, činjeničnih uslova). Slobodna ocena javnog tužioca nije isključena ni po načelu legaliteta, ali je to ocena razloga celishodnosti čisto procesnog karaktera, dok se po načelu diskrecionog gonjenja vrši ocena razloga celishodnosti koji stoje izvan procesnog prava i »osobito su političke prirode«.²⁴ Oba načela, znači, nalažu ocenu procesne celishodnosti pokretanja postupka, a načelo diskrecionog gonjenja nakon toga i ocenu celishodnosti gonjenja sa stanovišta javnog interesa.

Kod utvrđivanja dela malog značaja, kao osnova koji isključuje postojanje krivičnog dela prema pozitivnom pravu Srbije, obe ove ocene celishodnosti međusobno se prepliću: nizak stepen krivice učinioca, neznatne ili sasvim odsutne štetne posledice i stav javnog tužioca da opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva izricanje krivične sankcije – služe za ocenu da nema krivičnog dela (načelo legaliteta) ili da delo po zakonu postoji, ali nije celishodno iz tih razloga krivično goniti (načelo diskrecionog gonjenja). Razlika je, znači, u domenu zaključivanja. Ocena da je delo malog značaja osnov je za zaključak o pravnoj kvalifikaciji, da dela nema (po načelu legaliteta), ili za zaključak o kvalifikaciji javnog

²⁴ Dr. Toma Živanović, *Osnovni problemi Krivičnog i Građanskog procesnog prava (postupka)*, II Odeljak, Beograd 1941, 33. i 34.

interesa, da je necelishodno krivično goniti, kad se radnja prethodno već kvalikuje kao krivično delo (po načelu diskrecionog gonjenja). Međutim, pitanje je da li se u praktičnoj primeni načela legaliteta u slučaju dela malog značaja, javni tužilac rukovodi samo razlozima pravne prirode, a ne i diskrecionim razlozima na koje se iz pragmatičnih razloga ne poziva.

Imajući u vidu suštinu načela legaliteta i načela diskrecionog gonjenja, njihove razlike i sličnosti, osobito ciljeve zbog kojih se ustanovljavaju, može se zaključiti da se ona međusobno *sasvim ne isključuju*. Kad se tako tumači njihov odnos, postaje razumljivo zašto danas skoro da nema zakonodavstva koje ustanovljava važenje jednog ili drugog načela u čistom obliku, bez ikakvih odstupanja. Ova dva, u vreme nastanka posve suprotstavljena sistema – sistem krivičnog gonjenja zasnovan na načelu legaliteta i sistem zasnovan na načelu diskrecionog gonjenja, pretrpela su, pored odnosa prema zakonskoj definiciji (o čemu je bilo reči), i druge značajne promene u svom razvoju, najpre u praktičnoj primeni, a potom i na zakonodavnom planu. Zakonodavci su u slučajevima nesaglasja usvojenog načela i javnog interesa, posezali za pravnim instrumenima ograničenja tog načela (u sistemu krivičnog gonjenja zasnovanom na načelu diskrecionog gonjenja) ili za propisivanjem izuzetaka od njegove primene (u sistemu zasnovanom na načelu legaliteta), te se može reći da danas pre postoji *tenedencija njihovog približavanja*, nego suprotstavljanja. Vremenom je i netrpeljivost zagovornika jednog i drugog načela sve više splašnjavala.

U sistemima uređenja krivične tužbe koji nisu utemeljeni na načelu diskrecionog gonjenja ovo načelo je *korektivno i komplementarno*²⁵ *načelo krivičnog gonjenja u odnosu na osnovno – načelo legaliteta*. *Javlja se, naime, kao odstupanje od načela legaliteta i kao njegova dopuna, ali samo kad je u zakonu predviđeno, kad je u samom zakonu ocenjeno da je to potrebno. Odstupanja*²⁶ *se vezuju za pojedina krivična dela ili uzrast učinioca ili jednovremeno za oboje ili za posebne procesne situacije ili za slične kriterijume,*²⁷ *što zavisi od cilja koji se nastoji postići. Tumačenje da to nisu suprotstavljena načela koja se međusobno isključuju i da je u sistemu uređenja krivičnog gonjenja na načelu legaliteta, načelo oportuniteta korektivnog i komplementarnog karaktera, nije značajno samo sa teorijskog stanovišta, već i sa praktičnog. Imajući u vidu pravnički način mišljenja u pravosudnoj praksi, shvatanje da se načelo oportuniteta i*

²⁵ Pihler smatra, analizirajući paralelnu primenu principa legaliteta i oprtuniteta 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, 234).

²⁶ Opširnije o odstupanjima od načela legaliteta u krivičnom postupku Srbije, vidi: Č. Stevanović/V. Đurđić, *Krivično procesno pravo – Opšti deo*, Niš 2006, 72-75.

²⁷ V. Đurđić, *Načelo oportuniteta*, Pravni život, tematski broj „Postojeće i buduće pravo“, 1996, br. 9, 421-437.

načelo legaliteta međusobno isključuju, jer su to suprotstavljena načela, odvrća da se u praksi primenjuju zakonom propisani slučajevi diskrecionog gonjenja, dok poimanje diskrecionog gonjenja kao korektivnog i komplementarnog načela njegovu praktičnu primenu pospešuje ili bar, u najgorem slučaju, ne odvrća pravne praktičare da ga primenjuju.

U vezi sa odnosom načela legaliteta i načela diskrecionog gonjenja interesantno je sagledati novo zakonsko rešenje srpskog zakonodavca o uslovnom odlaganju krivičnog gonjenja, ustanovljeno poslednjom novelom procesnog zakonika. Naime, može se postaviti pitanje da li na odnos ovih načela utiče novoustanovljena obaveza javnog tužioca da pre svakog pokretanja sudskog postupka (za krivična dela sa zaprećenom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine) ispita ima li mogućnosti za primenu uslovnog odlaganja gonjenja (čl. 236. st. 9. ZKP Srbije). Prema slovu zakona, nakon prijema krivične prijave, pre nego podigne optužni predlog ili predloži sprovođenje neke istražne radnje, javni tužilac je dužan da ispita postoji li mogućnost za odlaganje krivičnog gonjenja. U tu svrhu javni tužilac može obaviti razgovor sa osumnjičenim, oštećenim i drugim licima i prikupiti druge potrebne podatke. O rezultatu ispitivanja i preduzetim radnjama dužan je da sastavi službenu belešku.

Pre nego pristupi ispitivanju mogućnosti za uslovno odlaganje gonjenja, javni tužilac mora da ustanovi da postoje osnovana sumnja da je lice izvršilo krivično delo koje mu u prijavi stavlja na teret. Bez te prethodne ocene, ispitivanje mogućnosti za odlaganje gonjenja nema nikakvog smisla. Kad ustanovi da osnovana sumnja postoji, javni tužilac bi trebalo da postupi po načelu legaliteta (čl. 20.) i da podnese optužni akt. Međutim, to je samo pravilo, što znači da javni tužilac ne mora tako postupiti ako je zakonom drugačije predviđeno. Zato se najpre mora rešiti pitanje da li je pomenutom odredbom člana 236. st. 9. predviđeno nešto drugačije postupanje javnog tužioca. Čini se da jeste: javni tužilac je obavezan najpre da ispita ima li mesta uslovnom odlaganju gonjenja, pa tek kad zaključi da se ovaj oblik diskrecionog gonjenja ne može primeniti, podiže optužni akt. Na prvi pogled, izgleda da je ovom obavezom derogirano načelo legaliteta, jer javni tužilac nije obavezan da krivično goni, iako su se stekli zakonski uslovi za pokretanje krivičnog postupka. Sledstveno, to bi značilo da za krivična dela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, načelo legaliteta nije osnovno načelo, a načelo diskrecionog gonjenja komplementarno, kako je u prethodnom izlaganju teorijski postavljen njihov odnos. Ovakav zaključak učvršćuje se saznanjem da u zakonu nema eksplicitne odredbe da se diskreciono gonjenje primenjuje u javnom interesu ni odredbe ko-

jom se definiše svrha njegove primene, niti su propisani bilo kakvi uslovi za primenu diskrecionog gonjenja, pa javni tužilac po slovu zakona nije obavezan da procenjuje, niti da obrazlaže javni interes ni svrhu uslovnog odlaganja gonjenja u konkretnom slučaju. Zbog toga nije jasno na osnovu čega će javni tužilac „ispitivati *mogućnosti* za odlaganje gonjenja“. Praktično se to ispitivanje svodi na proveru da li bi osumnjičeni prihvatio neku od mera za uslovno odlaganje gonjenja. Kako nema propisanih ni posebnih zakonskih uslova čije bi ispunjenje morao obrazlagati, ostaje da javni tužilac po sopstvenom nahođenju primeni ili neprimeni pravila o uslovnom odlaganju gonjenja u svakom konkretnom slučaju, rukovodeći se ličnim iskustvom.

Upravo ovakva zakonska regulativa po kojoj javni tužilac ne mora utvrđivati ni obrazlagati zašto dalje gonjenje nije svrsishodno, obavezu javnog tužioca da samo ispita mogućnosti primene uslovnog odlaganja gonjenja po svakoj krivičnoj prijavi, transformiše u faktičku, ali obaveznu primenu načela diskrecionog gonjenja: javni tužilac najpre razmatra mogućnost hoće li primeniti pravila o uslovnom odlaganju gonjenja, bez ikakvih zakonskih ograničenja, pa tek ako se ne opredeli za tu opciju i to konstatuje u službenoj belešci, podiže optužni akt. Time načelo oportuniteta gonjenja postaje osnovno načelo za krivična dela sa propisanom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine. To je značajno konceptijsko odstupanje: do poslednje novele procesnog zakonika rukovođenje načelom oportuniteta bilo je moguće za pojedino krivično delo sa zaprećenom kaznom zatvora do tri godine, zavisno od okolnosti konkretnog slučaja, a sada je obavezno za svako od ovih dela. Sada je javni tužilac dužan da procenjuje da li je celishodno krivično gonjenje za svako od tih krivičnih dela, a razume se, rezultat te procene celishodnosti može biti različit – da je celishodno, kad podiže optužni akt ili da nije celishodno, u kom slučaju primenjuje pravila za uslovno odlaganje krivičnog gonjenja. Ovu interpretaciju ne dovodi u pitanje ni uslov da osumnjičeni prihvati neku od mera za uslovno odlaganje gonjenja. Osumnjičeni može odbiti ponudu da se gonjenje uslovno odloži, ali se i u tom slučaju javni tužilac rukovodio načelom diskrecionog gonjenja jer je prethodno morao oceniti da je to celishodno, pa je jedino iz tog razloga i mogao ponuditi okrivljenom da prihvati neku od mera za uslovno odlaganje gonjenja. Da nije procenjivao celishodnost, javni tužilac ne bi ni mogao predložiti osumnjičenom prihvatanje mera za uslovno odlaganje gonjenja.

Diskreciono krivično gonjenje u krivičnom postupku Srbije

U teoriji se različito tumači koja su to zakonska odstupanja od nače-

la legaliteta.²⁸ Kao zakonom predviđeni slučajevi diskrecionog gonjenja u redovnom krivičnom postupku protiv punoletnih lica najčešće se navode odobrenje za krivično gonjenje i primena diskrecionog gonjenja u postupku ekstradicije, ali strogo uzev u tim slučajevima nije reč o načelu diskrecionog gonjenja jer ocenu da li je gonjenje u javnom interesu, tj. ocenu celishodnosti krivičnog gonjenja ne vrši javni tužilac, već neki drugi državni organ (izuzev odobrenja za gonjenje učinilaca krivičnog dela iz čl. 175. KZ Srbije, koje daje republički javni tužilac). U odstupanja od načela legaliteta često se uvršćuje i ustupanje krivičnog gonjenja stranoj državi. Ipak, treba smatrati da su u procesnom zakonodavstvu Srbije kao tipični slučajevi načela oportuniteta predviđeni: (a) uslovno odlaganje krivičnog gonjenja (b) uslovno odustajanje od optužbe na glavnom pretresu i (c) odbacivanje krivične prijave iz razloga pravičnosti.

a) Uslovno odlaganje krivičnog gonjenja

Za krivična dela za koja je predviđena novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, a po odobrenju veća pozivnih sudija i za dela sa zaprećenom kaznom do pet godina zatvora, zakonik dopušta da javni tužilac odloži krivično gonjenje, pretpostavlja se (pošto to u zakonu ne stoji) kad oceni da je ispunjenje određenih, zakonom propisanih obaveza koje naloži osumnjičenom svrsishodnije od vođenja krivičnog postupka (čl. 236. st. 1. i 2). Uslov je da osumnjičeni prihvati jednu ili više od sledećih mera: (1) da otkloni štetnu posledicu nastalu izvršenjem krivičnog dela ili da naknadi pričinjenu štetu, (2) da plati određeni novčani iznos u humanitarne svrhe, kakvoj humanitarnoj organizaciji, fondu ili javnoj ustanovi, (3) da obavi društveno korisni ili humanitarni rad, (4) da ispuni dospele obaveze izdržavanja, (5) da se podvrgne odvikavanju od alkohola ili opojnih droga, (6) da se podvrgne psihosocijalnoj terapiji, (7) da izvrši obavezu ustanovljenu pravnosnažnom odlukom suda, odnosno poštuje ograničenje utvrđeno pravnosnažnom sudskom odlukom i (8) da položi vozački ispit, obavi dodatnu vozačku obuku ili završi drugi odgovarajući kurs.

U slučaju kad oceni da je to svrsishodno, javni tužilac može svojim rešenjem naložiti osumnjičenom da izvrši jednu ili više od ovih navedenih obaveza, i to u određenom roku, koji ne može biti duži od šest meseci. Ukoliko to osumnjičeni prihvati, javni tužilac odlaže gonjenje do isteka roka za izvršenje obaveza. Ukoliko osumnjičeni u ostavljenom roku izvrši

²⁸ Vidi: B. Pavišić, *Kazneno postupovno pravo*, Rijeka 2010, 99, M. Simović, *Krivično procesno pravo*, Banja Luka 2009, 100-102; S. Bejatović, *Krivično procesno pravo*, 2010, 99-101; D. Radulović, *Krivično procesno pravo*, Podgorica 2009, 56-58; H. Sijerčić-Čolić, *Krivično procesno pravo*, knjiga I, Sarajevo, 95-98; Č. Stevanović/V. Đurđić, *Krivično procesno pravo – Opšti deo*, Niš 2006, 72-75; N. Matovski et. al., *Kazneno procesno pravo*, Skopje 2009, 73-5.

naložene obaveze, javni tužilac je dužan da donese rešenje o odbacivanju krivične prijave, iako postoje formalni zakonski uslovi da zahteva pokretanje krivičnog postupka. U ovom slučaju oštećeni nije ovlašćen da preuzme krivično gonjenje, a svoj imovinskopravni zahtev može ostvarivati u parničnom postupku. Ako pak osumnjičeni ne izvrši naložene obaveze u roku koji mu je određen, javni tužilac je dužan da zahteva pokretanje krivičnog postupka, podnošenjem optužnog predloga ili predloga za preduzimanje pojedinih istražnih radnji.

Za odstupanje od načela legaliteta potrebno je, dakle, da se ispune sledeće pretpostavke: da javni tužilac oceni da je uslovno odlaganje gonjenja svrsishodno i da osumnjičeni u ostavljenom roku dobrovoljno izvrši obaveze koje mu naloži javni tužilac. Kad se nalaže ispunjenje obaveze gore označene pod (2) i (3), pored ova dva uslova potrebna je još saglasnost oštećenog.

Novelom iz 2009. godine predviđeno je da sud može svojom odlukom nadomestiti saglasnost oštećenog, pod određenim uslovima: (a) da je osumnjičeni u potpunosti naknadio štetu oštećenom, (b) da oštećeni izbegava davanje saglasnosti iz očigledno neopravdanih razloga i (v) da javni tužilac oceni da je celishodno²⁹ izvršenje obaveza koje nalaže okrivljenom (čl. 236. st. 5. ZKP Srbije). Interpretacija prvog uslova može ići u dva smera – ili da javni tužilac ima obavezu da sudu ponudi dokaz da je osumnjičeni u potpunosti oštećenom nadoknadio štetu ili da u svom zahtevu to samo konstatuje. Koji su to oštećenikovi razlozi očigledno neopravdani, što se javlja kao drugi zakonski uslov, ostaje da ceni sud u svakom konkretnom slučaju. Međutim, apriori se nameće pitanje koji bi to razlog oštećenog bio opravdan ako mu je osumnjičeni već u potpunosti naknadio štetu. Umesto da navodi opravdane razloge zbog kojih ne želi da da saglasnost, oštećeni može jednostavnim postavljanjem nerealno visokog odštetnog zahteva da spreči uslovnog odlaganja krivičnog gonjenja. Zato se čini da bi daleko razumljivije bilo da su ova dva uslova alternativno postavljena. U pogledu trećeg zakonskog uslova nije jasno na bazi čega će sud ceniti da je javni tužilac „našao“ da je celishodno izvršenje obaveza koje nalaže okrivljenom. Budući da je uslovno odaganje gonjenja u stvari osnovni oblik načela oportuniteta, logično je zaključiti da je javni tužilac već ocenio da takva celishodnost postoji u svakom slučaju kad zatraži od suda da svojom odlukom nadomesti saglasnost oštećenog. Ne izgleda razumno da bi javni tužilac mogao tražiti odluku suda kojom će nadomestiti saglasnost oštećenog na uslovno odlaganje gonjenja, iako smatra da je necelishodno izvršenje oba-

²⁹ Kod uslovnog odlaganja krivičnog gonjenja, koji se javlja kao osnovni slučaj oportuniteta (čl. 236. st. 1. KZ Srbije), zakonodavac uopšte ne pominje celishodnost kao zakonski uslov, niti uopšte određuje svrhu primene načela oportuniteta krivičnog gonjenja.

veza koje bi naložio osumnjičenom. Izlaz iz ove unutrašnje protivrečnosti pravne norme mogao bi se potražiti u iznalaženju cilja ustanovljavanja ovog zakonskog uslova. Svrha bi mogla biti da javni tužilac obrazloži sudu zašto je celishodno odlaganje krivičnog gonjenja u konkretnom slučaju. Na osnovu podnetog zahteva, veće pozivnih sudija svojim rešenjem može odobriti izvršenje obaveza koje će biti naložene osumnjičenom. Rešenje veća pozivnih sudija nadomešta saglasnost oštećenog, pa dalji postupak odlaganja krivičnog gonjenja teče kao da je saglasnost dao sam oštećeni, koji se ne može javiti u svojstvu supsidijarnog tužioca za slučaj da javni tužilac odbaci krivičnu prijavu pošto okrivljeni ispuni naložene mu obaveze.

Za zakonsko uređenje uslovnog odlaganja gonjenja, kao glavnog i u praksi najčešće primenjivanog slučaja oportuniteta gonjenja, može se reći da nije naročito dobro osmišljeno i uređeno. Pored kritike da ima dosta pravnih praznina, zakonskoj regulativi mogu se uputiti i druge suštinske primedbe. Najpre, iz zakonske formulacije *uopšte se ne vidi obaveza javnog tužioca da ceni javni interes*. Nigde se u zakonu ne navodi da su odstupanja od načela legaliteta predviđena u javnom interesu, pa ostaje da javni tužioci tu ocenu u praksi vrše oslanjajući se na teorijsku definiciju načela oportuniteta. Ceneći celishodnost gonjenja u konkretnom slučaju primene, oni treba da zaključe da izvršenje naloženih obaveza osumnjičenom (kod uslovnog odlaganja gonjenja) nadomešta i sasvim odstranjuje³⁰ javni interes za krivičnim gonjenjem osumnjičenog, ali je to zakonskom normom trebalo i predvideti.

Nisu određeni ni zakonski uslovi za primenu uslovnog odlaganja gonjenja već samo krivična dela, tačnije težina krivičnih dela kod kojih je ono dopušteno. Uobičajeno se kao uslovi za primenu načela oportuniteta predviđaju neke okolnosti vezane za samo krivično delo ili za učinioca. Čini se da bi barem nizak stepen krivice bilo nužno propisati kao zakonski uslov za ovaj slučaj oportuniteta. Ovako, bez ikakvih zakonskih uslova i bez zakonske obaveze da javni tužilac ceni nadomešta li javni interes obaveza koja se nalaže osumnjičenom, izgleda da on može uslovno odložiti gonjenje bez ikakvih pravnih ograničenja, pa i nezavisno od javnog interesa, što je, razume se, pogrešno i stoga neprihvatljivo. Na nivou praktične primene to znači da javni tužioci uopšte nisu dužni da obrazlažu da li je izostanak krivičnog gonjenja u javnom interesu, niti da li su ispunjeni zakonski uslovi za odlaganje gonjenja, pa se zbog tih nepoznanica povećava rizik uslovnog odlaganja gonjenja, pogotovu sa stanovišta javnog mnjenja o neprivilogovanom, objektivnom gonjenju svakog osumnjičenog, što deluje kao faktor koji odvraća javne tužioce od primene načela oportuniteta. A kad se i pored rizika osmele i odluče da uslovno odlože gonjenje,

³⁰ Vidi § 153a procesnog zakonika Nemačke.

rukovodeći se teorijskim poimanjem načela oportuniteta, ostaju im na raspolaganju samo krivičnopravni instrumenti vezani za individualizaciju kazne koje po analogiji mogu primeniti, kao što su lična svojstva učinioca i okolnosti koje sud uzima u obzir prilikom odmeravanja kazne, a osobito okolnosti za ublažavanje kazne ili za oslobođenje od kazne.

Pored rečenog, *nije propisan ni cilj* koji treba da se ostvari primenom načela diskrecionog gonjenja kod uslovnog odlaganja krivičnog gonjenja, mada se on, manje-više, posredno nazire iz prirode obaveza koje javni tužilac može naložiti osumnjičenom. Zato se ne sme gubiti iz vida da je cilj uslovnog odlaganja krivičnog gonjenja da se svrha kažnjavanja postigne nalaganjem određenih obaveza osumnjičenom umesto izricanjem krivičnih sankcija.

Pređašnja kritika se bazira na onim elementima koji zakonom nisu uređeni, a morali bi biti. Nasuprot tome, nakon uvođenja obaveznog ispitivanja mogućnosti primene uslovnog odlaganja gonjenja (čl. 236. st. 9. ZKP Srbije), što je učinjeno poslednjom novelom procesnog zakonika, otvara se pitanje da li je to uopšte bilo potrebno. Naime, postavlja se pitanje svrhe obaveznog ispitivanja mogućnosti primene uslovnog odlaganja gonjenja, pored koncepcijske dubioznosti, o čemu je bilo reči. Izgleda da je osnovni cilj uvođenja ove norme da se po svakoj krivičnoj prijavi o tome sačini službena beleška. Ona nema nikakvo procesno dejstvo na buduću krivični postupak: i kad javni tužilac konstatuje u službenoj belešci da nema mesta primeni uslovnog odlaganja gonjenja, krivičnog postupka ne mora biti – sve dok ne podigne optužni akt javni tužilac može promeniti mišljenje ili odustati od gonjenja iz nekog drugog razloga. Takva službena beleška može da služi samo za kontrolu rada javnog tužioca. Time što se javnom tužiocu nameće obaveza da u službenoj belešci konstatuje da nema mesta uslovnom odlaganju gonjenja, njega zakonodavac faktički prisiljava ili barem pospešuje da primenjuje diskreciono gonjenje (oportunitet), što je izgleda i bila zamisao zakonopisaca. Upravo zbog takve svrhe, novoustanovljenoj obavezi javnog tužioca je pre mesto u opštem uputstvu republičkog javnog tužioca nego u zakonu.

b) Uslovno odustajanje od optužbe na glavnom pretresu

To je novi vid primene načela diskrecionog gonjenja, ali u već započetoj krivičnom postupku, ustanovljen poslednjom novelom srpskog procesnog zakonika iz 2009. godine. Prema slovu zakona, kad se radi o krivičnim delima za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, javni tužilac može „odustati od krivičnog gonjenja“ pod sledećim uslovima: (a) da se „vodi glavni pretres“ pred nadležnim sudom, (b) da javni tužilac prethodno pribavi saglasnost „suda pred kojim se vodi glavni pretres“ i (c)

da „*osumnjičeni*“ ispuni jednu ili više mera propisanih za uslovno odlaganje krivičnog gonjenja. Međutim, kada se radi o merama iz člana 236. stava 1. tač. 2. i 3., potrebna je i „*saglasnost oštećenog*“ ili odluka veća pozivnih sudija kojom se pod zakonskim uslovima nadomešta ta saglasnost. Ukoliko se ispune svi ti uslovi pa javni tužilac odustane „od krivičnog gonjenja“, sud donosi presudu kojom se optužba odbija. Oštećeni nema pravo da preuzme optužbu u svojstvu supsidijarnog tužioca (čl. 236. st. 8.).

Osim što sadrži nedopustivo mnogo suštinskih i nomotehničkih grešaka, nova zakonska regulativa ovog oblika diskrecionog gonjenja nepotpuna je, sa potpuno nejasnim pravilima o postupku primene, o čijem se toku može samo nagađati.

Pogrešno su zakonopisci označili da javni tužilac na glavnom pretresu može odustati od „*krivičnog gonjenja*“ ako „*osumnjičeni*“ ispuni jednu ili više mera. Nakon podizanja optužnog akta, a osobito posle početka glavnog pretresa, javni tužilac može odustati samo od optužnog akta, tj. od optužbe. Nedopustivo je da odredbama istog člana zakona (čl. 236.), ali u različitim stavovima (st. 6. i 8.), pa čak i u jednom stavu tog člana zakona (st. 8.), bude predviđeno da tužilac na glavnom pretresu odustaje *od gonjenja*, a da sud zbog toga donosi presudu kojom se *optužba odbija*. Ni lice protiv koga započne krivični sudski postupak nije *osumnjičeni*³¹, a pogotovu to ne može biti na glavnom pretresu,³² već optuženi ili okrivljeni u najširem smislu reči (saglasno članu 221. st. 3. i 5.). Pored rečenog, u zakonskoj normi pogrešno je predviđeno da je javnom tužiocu potrebna saglasnost suda da odustane od optužbe, umesto saglasnosti da se okrivljenom nalože neke od mera za uslovno odlaganje gonjenja. Ne sme se gubiti iz vida da je po optužnom načelu optužba u potpunoj vlasti tužioca, pa zato sud nema nikakvog uticaja na odustanak od optužbe, ni kad se javni tužilac rukovodi načelom legaliteta ni kad se rukovodi načelom diskrecionog gonjenja. Ustanovljavanje saglasnosti suda na odustajanje javnog tužioca od optužbe suprotno je optužnom načelu i načelu mutabiliteta, na kojima je uređen srpski krivični postupak. Zato je trebalo propisati da je javnom tužiocu potrebna saglasnost suda da se okrivljenom nalože neke od zakonom predviđenih obaveza, kako bi, za slučaj da ih okrivljeni izvrši, odustao od optužbe, jer bi to bilo celishodnije sa stanovišta javnog interesa. Sudska odluka je potrebna da bi se zastalo sa krivičnim postupkom, dok okrivljeni ne izvrši naložene obaveze.

³¹ Prema autentičnom tumačenju u samom zakonu, „osumnjičeni je lice prema kome je pre pokretanja krivičnog postupka nadležni državni organ preduzeo neku radnju zbog postojanja osnova sumnje da je izvršilo krivično delo“ (čl. 221. st. 1. ZKP Srbije).

³² Očito se norma odnosi na optuženog na glavnom pretresu, jer da je osumnjičenom javni tužilac ranije naložio izvršenje kakvih obaveza i da ih je on u roku izvršio, javni tužilac ne bi ni podizao optužni akt, već bi odbacio krivičnu prijavu pozivajući se na stav 4. člana 236.

Iz zakonskog teksta ne može se dokučiti koncepcija odustajanja javnog tužioca od optužbe na glavnom pretresu po osnovu diskrecionog gonjenja (oportuniteta), postupak je nepotpuno uređen, a oni njegovi segmenti koji su propisani, nejasno su ili pogrešno uređeni. U vezi s tim u zakonu nema odgovora na neka pitanja: Koji sudski organ daje saglasnost? Koji državni organ nalaže okrivljenom mere – sud ili javni tužilac? Kakva je sudbina glavnog pretresa dok teče rok ostavljen okrivljenom za izvršenje naloženih mera?

I pored ovako nepotpune zakonske regulative, sa brojnim pravnotehničkim neodstacima, zakon se u praksi mora primenjivati. Stoga, polazeći od pravila koja se odnose na uslovno odlaganje gonjenja, oslanjajući se na pređašnju interpretaciju zakonskog rešenja novoustnovljenog uslovnog odustajanja od optužbe na glavnom pretresu, postupak bi se mogao sprovesti kroz sledeće etape: (1) *Ocena celishodnosti daljeg vođenja krivičnog postupka*; (2) *Pribavljanje izjava okrivljenog i oštećenog*; (3) *Saglasnost sudije pojedinca*; (4) *Određivanje mera okrivljenom*; (5) *Odlaganje glavnog pretresa*; (6) *Obaveštavanje sudije pojedinca o izvršenju obaveza naloženih okrivljenom*; (7) *Ročište za nastavljajanje glavnog pretresa*.³³

Za objašnjeni novoustanovljeni slučaj primene diskrecionog gonjenja (oportuniteta), označen kao *uslovno odustajanje od optužbe*, zakonom je postavljen limit da važi za krivična dela sa propisanom novčnom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine. Međutim, zakonom je dopušteno da se ovaj oblik diskrecionog gonjenja može primeniti i na krivična dela *sa zaprečenom kaznom zatvora do pet godina*, pod jednim uslovom – da veće pozivnih sudija svojom odlukom to odobri. Iako naizgled jednostavno zakonsko rešenje, uvedeno najpre za slučaj uslovnog odlaganja krivičnog gonjenja, izaziva pažnju s principijelnog i praktičnog stanovišta. Principijelno se može postaviti pitanje zašto se odluka o upravljanju postupkom povereva nekom drugom sudskom organu, a ne onom pred kojim teče glavni pretres. Da je reč o prethodnom postupku, uvođenje ovog sudskog organa u upravljanje postupkom možda bi se moglo i razumeti (po uzoru na uređenje neslaganja između javnog tužioca i istražnog sudije), ali na glavnom pretresu ti argumenti gube snagu. Osim ovog narušavanja arhitektonike, dubiozno je kakvo dejstvo može imati odobrenje ovog veća – kakvo dejstvo ima po zakonu, a kako će faktički uticati na sudiju pojedinca. Naime, pitanje je da li ova odluka veća supsumira odluku suda kojom se na glavnom pretresu daje saglasnost na uslovno odlaganje odustajanja od optužbe. Ako je odgovor negativan, pa se tumači da sudija pojedinac tek nakon odobrenja veća treba da donese odluku da li se saglašava sa nalažanjem alternativnih mera okrivljenom,

³³ Opširnije: V. Đurđić/D. Subotić, *Procesni položaj javnog tužioca i efikasnost krivičnog postupka*, Beograd 2010, 57-59.

otvaraju se dalja pitanja – da li sudija pojedinac može prethodno učestvovati u radu veća i kakav će faktički uticaj imati odluka veća na njegovu odluku o davanju saglasnosti. Razlozi i okolnosti zbog kojih veće treba da odobri primenu načela diskrecionog gonjenja na glavnom pretresu za teža krivična dela, ne mogu biti neki drugi nego isti oni na koje će se javni tužilac na glavnom pretresu pozvati u predlogu sudiji pojedincu da se okrivljenom nalože neke od mera propisane za uslovno odlaganje gonjenja. Pošto se ti razlozi, po logici stvari, ne mogu razlikovati, zato se i postavlja pitanje svrhe odluke sudije pojedinca nakon odobrenja veća pozivnih sudija. Da bi imale smisao, te odluke treba tumačiti po principu odnosa opšteg i posebnog: zbog visine zaprećene kazne, veće svojom odlukom treba uopšteno da odobri primenu mera prema nekom okrivljenom, a sudija pojedinac da svojom odlukom okrivljenom naloži primenu pojedinih, tačno određenih mera i da odredi rok za njihovu primenu.

I pored nedostataka zakonske regulative, diskreciono gonjenje na glavnom pretresu i za dela sa zaprećenom kaznom do pet godina zatvora, treba tumačiti tako da u praksi bude primenjivano bez većih teškoća i da postigne svrhu zbog koje je i ustanovljeno. Sled radnji koje javni tužilac i sud preduzimaju, treba da osigura kontinuitet postupka i da stvori realne pretpostavke za primenu i uspeh svake od tih radnji, preduzetih u cilju primene načela diskrecionog gonjenja na glavnom pretresu.³⁴

Na kraju, osim što se teorijski dovodi u pitanje čitava koncepcija načela oportuniteta na glavnom pretresu i što će tumačenje nejasnih i nepotpunih zakonskih pravila izazvati ne male teškoće, preti opasnost da u praksi javni tužioci prevale odgovornost na sud za odustajanje od optužbe. Umesto da sami primene načelo diskrecionog gonjenja u pretkrivičnom postupku i sami donesu odluku o uslovnom odlaganju krivičnog gonjenja, može se dogoditi da češće podignu optužni akt, pa tek nakon toga, u tim istim slučajevima i iz istih razloga, da zatraže „saglasnost suda za odustanak od optužbe“, što je daleko manji rizik za javnog tužioca, a odgovornost podeljena.

c) Odbacivanje krivične prijave iz razloga pravičnosti

Javni tužilac je ovlašćen da ne preduzme krivično gonjenje i iz razloga pravičnosti, pod određenim uslovima, ali samo za krivična dela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine. Da bi se javni tužilac rukovodio načelom diskrecionog gonjenja, potrebno je da budu ispunjeni sledeći uslovi: (1) da se osumnjičeni stvarno kaje, (2) da je zbog toga sprečio nastupanje štete ili je štetu već u potpunosti naknadio i (3) da

³⁴ Amplius: V. Đurđić/D. Subotić, op. cit., 59.

javni tužilac oceni da izricanje krivične sankcije ne bi bilo pravično.

Samo ako su ispunjena sva tri uslova, javni tužilac može da donese rešenje o odbacivanju krivične prijave, a da li će to i učiniti, ostavljeno je javnom tužiocu da ceni prema okolnostima konkretnog slučaja. Upravo zato što javni tužilac može, ali ne mora da odbaci krivičnu prijavu kad su ispunjeni uslovi za pokretanje krivičnog postupka, reč je o izostajanju krivičnog gonjenja iz razloga celishodnosti. I u ovom slučaju, kad javni tužilac odbaci krivičnu prijavu, oštećeni takođe nema pravo da preuzme krivično gonjenje u svojstvu supsidijarnog tužioca.

Za razliku od prethodnog, ovaj slučaj diskrecionog gonjenja manje se primenjuje u praksi, ali se takva primena ne bi mogla objasniti manjim obimom izvršenih krivičnih dela kod kojih je taj slučaj diskrecionog gonjenja po zakonu dopušten i s obzirom na ostvarenje dela moguć.

THE DISCRETION OF CRIMINAL PROSECUTION

ABSTRACT

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 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.

Key words: criminal prosecution, discretion principle, rejection of criminal charges, termination of proceedings.