

ДИВЕРЗИОНИ МОДЕЛИ У ПРЕДИСТРАЖНОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: Усвајајући становишта да је креирање рационалног кривичног поступка један од императива савремене кривичнопроцесне науке, а диференцијација процесних форми основно оруђе за испуњење тог захтева, аутор се у овом раду посветио анализи процесних потенцијала све популарнијих диверзионих модела. Пошто је констатовао да су „мирење странака“ и „обештећење жртве“, два најчешћа манифестациона облика диверзије, своју пуну афирмацију доживела тек инкорпорирањем у састав начела опортунитета, аутор је своју пажњу усмерио на актуелне тенденције у развоју дискреционог кривичног гоњења. Доцнија разматрања, у чијем је средишту динамичан однос између два принципа организовања јавне кривичне тужбе, завршавају констатацијом да гипкија садржина начела опортунитета више погодује савременим трендовима развоја кривичног поступка. Други део рада заузела су одмеравања аргумената којима се афирмише, односно оспорава, шира примена опортунитетног гоњења, а свој епилог су нашла у ставу, да само коректно нормирано, ово начело може бити погодно средство рационализације кривичног поступка. Да је тако, сматра аутор, рељефно се исказује у домаћем законодавству и судској пракси.

Кључне речи: диверзија, опортунитет, начела, кривична тужба.

Увод

Већ и површан преглед стручне литературе указује да у актуелним расправама о кривичном правосуђу доминара став да оно не испуњава очекивања, која савремено друштво пред њега поставља.¹ Узроци његове све израженије нефункционалности траже се, између осталог, и у организацији

¹ З. Стојановић, „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције”, у: *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, Београд, 2009, стр. 15.

кривичног поступка, при чему у први план избијају захтеви ефикасности и економичности. Хронична преоптерећеност органа кривичног правосуђа и дуго трајање кривичног поступка наметнули су проблем његове рационализације, као једно од најважнијих питања савременог кривичног процесног права.

У ствари, ради се о томе да се сада и у структури кривичног поступка јасно читава оно што је много раније дошло до изражаја у другим сегментима друштвене стварности. Давно је примећено да велика друштва не могу опстати на дужи период, ако подстичу искључиво униформност. Француски социолог Диркем, први је у свом делу *О подели друштвеног рада* указао на то да само веома једноставна друштва, као она примитивних народа, могу функционисати на основу хомогености и униформности. Јер, „што је сложенија подела друштвеног рада“ – констатује Манхајм – „то је већа потреба за диференцијацијом типова. Интеграција и јединство великог друштва не постижу се униформним понашањем већ кроз узајамну комплементарност функција.“²

Потреба да се структура кривичног поступка адаптира све комплекснијим друштвеним условима узрок је актуелног тренда продубљене процесне диференцијације, који се одликује експанзијом поједностављених процесних форми, али и широког афирмисања диверзионих модела, чији је циљ скретање кривичног поступка, које се окончава применом других мера, а не кривичних санкција. Своју пажњу овај ће рад задржати на потоњем средству рационализације кривичног поступка.

Појам и циљеви диверзије

Развијање диверзионих модела један је вид реакције на сазнање да казна (а нарочито казна затвора) често више шкоди него што доприноси реализацији циљева, које кривично право поставља.³ Иначе, ови облици обухватају свако скретање од уобичајеног тока поступка, углавном у стадијуму пре оптужења, како би се мимоишло ангажовање суда, а окривљени, уместо пеналној институционализацији, подвргао одређеном ванпеналном третману. Тако се диверзија јавља као својеврсни коректив редовне процедуре - избегавањем кривичног поступка избегавају се стигматизујући ефекти и ефикасније удовољава интересима жртве, а све уз минимално ангажовање органа кривичног правосуђа. Управо овим карактеристикама детерминисани су и њени циљеви замена кривичног судског поступка и кривичних санкција ефикаснијим и хуманијим мерама према учиниоцима кривичних дела и смањење хроничне преоптерећености система кривичног правосуђа.⁴ Своје манифестационе облике,

2 К. Манхајм, *Дијагноза нашег доба*, Mediteran publishing, Нови Сад, 2009, стр. 21.

3 З. Стојановић, *op.cit.*, стр. 21.

4 Снежана Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004, стр. 149.

диверзија најчешће налази у *мирењу странака и обештећењу жртве*. Мирење се сматра најефикаснијим и најприроднијим начином решавања спорова, јер најбрже води поновном успостављању нарушене друштвене хармоније.⁵ Међутим, неподељено досадашње искуство великог броја земаља показује да протежирање овог алтернативног вансудског облика није дало очекиване плодове. Што се тиче репарације, њеној растућој популарности доприниси то што је, после дугог потискивања на маргине кривичног права, дошло до рестаурације положаја жртве у кривичном поступку.

Описаном правцу еволуције кривичног поступка у великој мери погодује организовање кривичног гоњења на принципу опортунитета. Две напред апострофиране вансудске форме, чија самостална примена није имала приметније резултате, доживеле су своју пуну афирмацију тек као интегрални делови, односно појавни облици, начела опортунитета. Тако се потрага за могућим начинима растерећења правосудног система све чешће ослања на ширу примену начела опортунитета, „као једног диверзионог модела којим се остварује сврха упрошћених форми кривичног поступка.“⁶ Због тога ће даља разматрања бити посвећена испитивању потенцијалног доприноса овог начела захтевима рационализације кривичног поступка.

Дискреционо кривично гоњење пунолетних учиналаца кривичних дела

Значај кривичне тужбе (као акта којим се поступак покреће и одређује тема расправљања) рефлектује се и на огроман утицај, који начела, на којима је она организована, имају на кривични поступак и његову ефикасност.⁷ Тек са успостављањем јавне кривичне тужбе поставило се питање начина њеног уређења. До тада се судски поступак за сва дела покретао искључиво по приватној иницијативи. Процес је био безусловно контрадикторан и представљао је праву парницу или препирку између странака, док је судија био само ћутљиви сведок таквог правног двобоја. Када је држава од оштећеног преузела функцију кривичног гоњења, искрсло је питање обавезе покретања судског поступка, а одговор је нађен у принципу легалитета, односно опортунитета. Дакле, важење начела официјелности представља предуслов за деловање ових начела. Насупрот томе, питање обавезности кривичног гоњења се не поставља

⁵ С. Бркић, *op. cit.*, стр. 152.

⁶ В. Ђурђић, „Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења”, у: *Опортунитет кривичног гоњења*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009, стр. 27.

⁷ В. Ђурђић, „Начела кривичног гоњења и њихов допринос ефикасности кривичног поступка”, *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, Београд, 2009, стр. 105.

у условима неофицијелног гоњења, где је доминантан приватни интерес и које стога подлеже начелу диспозитивности.

Принципи легалитета и опортунитета представљају дакле два основна модела организовања јавне кривичне тужбе. Начело легалитета се најпре појавило у немачком праву, под утицајем апсолутних теорија о казни, које су у праведној одмазди налазиле њено оправдање и смисао, а доживљавано је као гаранција доследне примене одредаба материјалног кривичног права, у свим случајевима познатих учинилаца кривичног дела.⁸ С друге стране, у земљама француске правне традиције, у којима се идеје о оваквом смислу казне нису примиле, као модел уређења кривичне тужбе прихваћено је начело опортунитета (целисходности). Оно се у правној теорији дефинише као „обавеза органа кривичног гоњења да врши функцију кривичног гоњења, ако су испуњени законом предвиђени услови и ако је то у конкретном случају сврсисходно с обзиром на јавни интерес.“⁹ У прихваћеној дефиницији препознају се четири битна елемента овог начела: а) обавеза кривичног гоњења, б) носилац обавезе кривичног гоњења, ц) услови наступања обавезе гоњења и д) исходиште обавезе кривичног гоњења. Прва три елемента својствена су и начелу легалитета, будући да оба принципа установљавају обавезу кривичног гоњења, оба важе за државни орган коме је поверена функција кривичног гоњења (јавног тужиоца) и оба почињу да делују, тек са испуњењем законом предвиђених услова (стварне и правне природе). Њихова разлика читава се у четвртном елементу. Наиме, иако оба начела успостављају обавезу кривичног гоњења, њено исходиште је различито. Код принципа легалитета, она извире директно из закона, па је јавни тужилац обавезан да предузме гоњење увек кад постоје стварни и правни услови за покретање поступка. Начело опортунитета је нешто шире и овлашћује јавног тужиоца да у сваком конкретном случају, кад се стекну стварни и правни услови, уважавањем јавног интереса, оцењује целисходност покретања кривичног поступка. Наравно, овлашћење на дискрециону оцену не подразумева апсолутну слободу, нити се може поистоветити са самовољом, јер се врши искључиво са становишта заштите јавног интереса. Ипак, управо захваљујући описаној еластичности, принцип опортунитета је препознат као важно оруђе у креирању рационалнијег кривичног поступка. Стога, и у системима који кривично гоњење заснивају на *легалитету*, све више израза узима корективни и комплементарни карактер начела опортунитета.¹⁰ Иначе, еволуцију ових, у првој фази развоја оштро супростављених начела, карактерише тенденција њиховог приближавања. Додуше, ово „приближавање“ углавном се одликује ерозијом

⁸ Д. Крапац, *Казнено процесно право, прва књига: Институције*, Народне новине, Загреб, 2010, стр. 93.

⁹ С. Циглер, „Однос начела легалитета и опортунитета кривичног гоњења према другим правним начелима”, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, Нови Сад, бр. 4/1994, стр. 5.

¹⁰ С. Циглер, *op. cit.*, стр. 22.

начела легалитета и томе сразмерној експанзији некада супротног принципа. Тако је тренд сужавања подручја примене начела легалитета одлика свих реформи процесног законодавства спроведених у европским земљама, у последњих неколико деценија. У широкој примени принципа опортунитета пронађен је добар механизам за селекцију случајева, које је на самом почетку поступка могуће елиминисати из судског процеса и тиме допринети растерећењу судских органа од предмета багателног значаја. У том контексту је најилустративнији пример немачког законодавства, у којем се са ограничавањем владајућег начела легалитета отишло тако далеко, да је тешко одредити шта је правило, а шта изузетак.¹¹

Прогресију опортунитетског гоњења одликује стално повећавање броја ситуација које дозвољавају процену целисходности гоњења, а самим тим и пораст броја његових појавних облика од којих су најчешћи:

- *непредузимање кривичног гоњења за багателна кривична дела.*

Уобичајено је да се уступци начелу опортунитета пре свега чине у сфери багателног криминалитета. То су она дела код којих потреба за казном не постоји, због незнатности или непостојања штетних последица и ниског степена кривице. Додатни услов тиче се непрепознавања јавног интереса, који се може огледати у разлозима специјалне и генералне превенције, потреби расветљавања криминогене позадине конкретног дела, заинтересованости заједнице за то дело и сл.¹²

- *условни (привремени) одустанак од кривичног гоњења.* У основи ове установе лежи идеја да се у сфери ситног криминалитета скретањем кривичног поступка смањи притисак на судове, како би се могли бавити „тежим” предметима. Да би се могла применити, најчешће се захтева: а) да су у питању лакша кривична дела, б) низак степен кривице, в) непостојање интереса за гоњење, због спремности окривљеног да изврши одређене налоге и обавезе, д) да окривљени изврши преузете обавезе (санирање проузроковане штете, извршавање обавезе идржавања, обављање одређених опште корисних дела и сл. и, е) сагласност, најчешће оштећеног или вишег тужиоца, а каткад и суда.¹³

11 Без претеривања се може констатовати да је начело опортунитета једно од најважнијих начела у немачком кривичнопроцесном законодавству. Веома широке законске могућности коришћења овог изузетка обилато се употребљавају у пракси тако да се ово начело примењује у преко 25% свих кривичних случајева, односно у преко 50% случајева, кад је у питању лакши и ситан криминалитет.

12 С. Циглер, *Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења (магистарски рад)*, Правни факултет, Нови Сад, 1992, стр. 80.

13 Давање ове надлежности суду дискутабилно је са становишта природе и суштине начела опортунитета кривичног гоњења, због чега је у Немачкој, у којој је прихваћено овакво решење, предмет бројних стручних расправа.

Поступак се обуставља, најпре привремено, са издавањем обавеза и налога, а потом и коначно, са њиховим испуњавањем;

- одустанак од кривичног гоњења због могућности ослобођења од казне.

Услов за примену овог облика је да су испуњене претпоставке под којима суд може ослободити окривљеног од казне;

- *непредузимање кривичног гоњења из политичких разлога*. Основи за коришћење овог облика налазе се у процени да би спровођење поступка за одређена дела (углавном против државе) створило опасност настанка тешке штете по земљу односно у постојању важних јавних интереса, који се супростављају гоњењу;

- *небитност споредне казне као основ могућности коришћења начела опортунитета кривичног гоњења*. Примена овог модела могућа је у два случаја: а) када је очекивана казна без значаја поред већ постојеће казне, изречене због извршења другог кривичног дела и б) када се окончање кривичног поступка не очекује у примереном року, а казна која је изречена, или се очекује због извршења другог кривичног дела, има довољан утицај на окривљеног односно заштиту јавног интереса;

- *кривична дела принуде и изнуде као основ начела опортунитета кривичног гоњења*. Ако је према неком учињено кривично дело принуде или изнуде, претњом да ће се обелоданити неко кривично дело, јавни тужилац може одустати од гоњења за дело чијим се пријављивањем претило, уколико због тежине дела није неопходно његово кажњавање. Овај изузетак указује на спремност државе да због заштите добара веће вредности одустане од доследне примене репресивног механизма за мање значајна дела;¹⁴

- *у односу на лица која се налазе на издржавању казне затвора*. Јавни тужилац може одустати од гоњења већ осуђеног лица, ако се ради о безначајном делу, а запређена казна чини сувишним поновно кажњавање.

У регламентацији овог полиморфног начела у конкретном процесноправном систему, не долазе увек до изражаја сви наведени облици. Множином својих облика истиче се пример немачког процесног права, који се *grosso modo* могу сврстати у три категорије: а) у првој су они видови чија се примена везује за тежину кривичног дела, цењену са аспекта прописане кривичне санкције (изостајање гоњења за багателна кривична дела – преступе, условни одустанак од кривичног гоњења), б) другу категорију чине облици, који за основ имају очекиван исход кривичног поступка (одустанак од кривичног гоњења због могућности ослобађања од казне) и, в) у трећој групи су облици, који за основ примене имају политичке разлоге.¹⁵ Но, и тамо се примена овог начела најчешће

14 С. Циглер, *Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења* (магистарски рад), *op. cit.*, стр. 93.

15 С. Бејатовић, „Начело опортунитета кривичног гоњења у кривичном процесном праву”, у: *Опортунитет кривичног гоњења*, Српско удружење за кривичноправну теорију

испољава у виду непредузимања кривичног гоњења за багателна кривична дела,¹⁶ што је могуће под следећим условима: 1) да је предмет поступка преступ,¹⁷ 2) да је кривица учиноца незнатана, 3) да не постоји јавни интерес за гоњење и 4) да постоји сагласност суда.

Уопште узев, значајну карактеристику постојећих упоредноправних решења представљају готово изједначени услови примене начела опортунитета који се, готово без изузетка, односе на низак степен кривице и непостојање јавног интереса за кривично гоњење, али и на неке друге околности везане за кривично дело и учиниоца.

Pro et contra

Може се прихватити да опортунитет кривичног гоњења у бити представља диверзиони модел, проткан идејама консенсуалне и ресторативне правде, чија је сврха рационализација кривичног поступка.¹⁸ Тако схваћено начело опортунитета у потпуности се подудара са општим трендом у савременим законодавствима, који крактеришу напори у правцу продубљене диференцијације судског поступка, условљени пре свега, проблемом преоптерећења кривичног правосуђа и променама у обиму и структури криминалитета.

Опоненти оваквих тенденција приговарају да начело опортунитета вређа принцип једнакости, јер отвара могућност неоснованог одустајања од гоњења и тиме незаслуженог привилеговања појединаца или група, док у широким дискреционим овлашћењима тужилаца препознају констатан извор неправде. Чини се ипак да снага ових аргумената није таква да би могла довести у питање даљу афирмацију опортунитета кривичног гоњења. Управо могућност неједнаког поступања у различитим ситуацијама може верније послужити идеји правичности. Овлашћењем да се по испуњењу законских услова нека лица гоне а нека не, не вређа се нужно уставно начело једнакости, будући да разлике, које се овде чине, почивају на различитом чињеничном стању сваког појединог случаја. Даље, дискреционо право није истовремено и право на произвољан избор између гоњења и негоњења, већ је вишеструко ограничено потребом заштите јавног интереса, односно обавезом да се поштују мањевише прецизни законски услови за примену ове установе. Дакле, дискрециона оцена не предствља апсолутну слободу избора, већ слободу унутар правом одређених граница, будући да је јавни тужилац везан: а) у погледу овлашћења

и праксу, Београд, 2009, стр. 129.

16 У преко 60% свих случајева примене начела опортунитета кривичног гоњења у Немачкој он се користи управо по овом основу.

17 Кривична дела у Немачкој се деле на злочине (*verbrechen*) и преступе (*vergehen*).

18 В. Ђурђић, „Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења”, *op. cit.*, стр. 28.

на опортунисање, које мора бити законом установљено, б) у погледу граница тог овлашћења, које су такође одређене у закону (у том смислу он се слободно креће само између законом понуђених алтернатива, пре свега с обзиром на питања *дали* (гоњење-негоњење) и *како* (услован-безуслован одустанак од гоњења)), в) у погледу минималних услова (основана сумња, елементи кривичног дела које се гони по службеној дужности, процесне претпоставке), који чине доњу границу испод које опортунисања не може бити, г) у погледу утврђивања чињеничног стања и правног квалификовања дела, д) у погледу правила поступка и е) у погледу самог начина опортунисања који, додуше, није подвргнут правним, али јесте правилима целисходности, јер се врши с обзиром на јавни интерес.¹⁹ На крају крајева, сам развој кривичног процесног права учинио је овакве приговоре анахроним, будући да би њихово доследно усвајање значило уклањање свих диверзионих форми, без којих се, међутим, савремени кривични поступак не може замислити.²⁰

С друге стране, ни начело легалитета не представља безусловну гаранцију примене права у сваком случају. Пракса је показала да ни најстрожа владавина овог начела није лишена извесног слободног кретања органа кривичног гоњења, те „да се испод његове фасаде крије значајно фактичко опортунирање“.²¹ До тога долази приликом оцене испуњености стварних и правних услова за гоњење²² (који су исти за оба начела), а врши се под окриљем слободне оцене доказа и тумачењем неодређених правних појмова, за шта је нарочито подобан растегљиви услов „основане сумње“. Слободно деловање органа гоњења испољава се и приликом правне квалификације дела. Дакле, ни увођење принципа легалитета није само по себи гарант једнакости пред законом. Шта више, његово стриктно примењивање може произвести супротне ефекте, тако што ће преоптерећено правосуђе тражити друге, мање рационалне путеве свог растерећења који опет воде неједнаком третману окривљених.²³ Уколико пракса показује тенденције да изобличава правила, која на одређеном правном подручју важе, неупоредиво

19 С. Циглер, *Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења* (магистарски рад), *op. cit.*, стр. 62.

20 В. Ђурђић, *Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења*, *op. cit.*, стр. 26.

21 С. Циглер, *Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења* (магистарски рад), *op. cit.*, стр. 110.

22 Једно истраживање у Финској указало је на веома честе обуставе истраге због недостатка доказа баш код багателних деликата. Тешко је, међутим, одржива теза да се баш код тих дела појављују непремостиве тешкоће у доказивању.

23 Хроничну преоптерећеност правосуђа Италија је својевремено покушала решити масовним помиловањима и обуставама поступка због застарелости. Слична појава догађала се код нас у последњој деценији прошлог века, а и до данас није сасвим ишчезла само у првих девет месеци 2005. године, застарелост је наступила у 625 кривичних предмета.

је боље такве тежње каналисати одговарајућом законском регулативом, него их игнорисати. У складу с тим, у упоредном праву је правило да се тамо, где би инсистирање на доследној примени важећег начела легалитета уродило негативним ефектима, прибегава његовом ограничавању и установљавању изузетака.

Осим тога, не постоји установа, која се не би могла злоупотребити. Зато бојазан од злоупотребе не може бити разлог да се потенцијално корисна решења *a priori* искључе из правног система. Нешто већа опасност, која у том смислу постоји код принципа опортунитета, једино намеће потребу за адекватним моделима и контролним механизмима овог начела. Спречавање неоправданог изостанка гоњења може се постићи различитим мерама, почев од унутрашње контроле засноване на хијерархијској структури јавног тужилаштва, из које извиру принципи супституције и деволуције, преко обавезне сагласности оштећеног, што је углавном постојеће решење у компаративном кривичнопроцесном законодавству, до условљавања давањем претходне сагласности суда. Истом циљу може допринети и прецизно нормирање разлога за примену начела опортунитета, одговарајућа заштита интереса оштећеног и сл. Правилну примена принципа опортунитета у великој мери обезбеђује и самосталност и независност органа кривичног гоњења. Заштићеност од уплива других грана власти треба да осигура да се оцена целисходности покретања кривичног поступка, у сваком конкретном случају, врши искључиво са аспекта функције кривичног гоњења.

Најзад, неподизање оптужбе ни у ком случају не значи ослобађање учиниоца од свих последица његовог дела. Условним одлагањем гоњења, које је у пракси најчешће испољавани облик начела опортунитета, окривљеном се намеће испуњење одређених дужности, изражених у обавези репарације штете проузроковане кривичним делом, плаћања одређеног новчаног износа у корист неке установе од општег значаја или извршавању других опште корисних дела. Терет ових налога није без ефекта на циљеве, како специјалне, тако и генералне превенције. Наметањем адекватних обавеза постиже се да се окривљени суочи са последицама свог дела, можда у већој мери него што се то дешава у случајевима изрицања условне осуде (од стране наших судова убедљиво најчешће изрицане санкције), или судске опомене (потпуно изопштене из исте праксе).

Садржина условног одлагања гоњења веома је блиска циљевима ресторативне правде.²⁴ Већ је речено да примена овог института најчешће подразумева отклањање штетних последица кривичног дела, чиме се врши својеврсно мирење окривљеног и оштећеног. Осим тога, испуњењем преузетих обавеза, окривљени манифестује свест о одговорности и спремност на мењање свог понашања. У прилог примене начела опортунитета иде и предвидљивост

²⁴ В. Ђурђић, „Начела кривичног гоњења и њихов допринос ефикасности кривичног поступка”, *op. cit.*, стр. 112.

исхода суђења у поступцима за лакша кривична дела. Такви случајеви најчешће се окончавају после неколико одржаних, односно одложених, рочишта за главни претрес и изрицањем већ поменути условне осуде. За такве се случајеве, са становишта процесне економије, показује оправданим прописивање неког од бројних облика начела опортунитета. На тај се начин постиже рационализација кривичног поступка, посматраног у целини, растерећењем судова за онај број кривичних предмета у којима јавни тужилац примени начело опортунитета, уместо да захтева покретање кривичног поступка.²⁵

Понекад баш одустанак од гоњења може допринети ефикаснијој кривичноправној заштити других вредности. Такав је случај код: а) кривичног дела изнуде, за чије се постојање, по правилу, може сазнати једино преко жртве, па се, ако изнуђач прети да ће пријавити неко дело оштећеног, може одустати од гоњења за то лакше кривично дело у циљу откривања учиниоца тежег дела (овај се изузетак од начела легалитета предвиђа у великом законодавстава) и, б) код кажњивог покушаја или припремања кривичног дела, од којих се још увек може одустати или могу отклонити последице, што се поспешује стављањем у изглед могућег одустајања од гоњења.

Ширем афирмисању начела опортунитета највише доприносе резултати његове примене у упоредном праву. Без обзира на одређене теоријске контроверзе, његов опстанак се не доводи у питање. Напротив, поље његове примене се стално шири, а приметна су настојања да се сталним законодавним корекцијама побољшају ефекти овог института. Стога нема разлога да се с подозрењем гледа на оно што се показало као добро у правним системима, у којима је заштита људских слобода и права на већем нивоу него код нас. У том смислу треба схватити и Препоруку Р(87) 18 Комитета министара Савета Европе земљама чланицама, у вези са поједностављењем кривичног правосуђа,²⁶ која у поглављу, посвећеном дискреционом гоњењу, истиче да истом „треба прибегавати или његову примену проширивати, кад год историјски развој и устав земаља чланица то омогућују. Одлука о одрицању од гоњења према овом начелу“ – наводи се још - „доноси се само ако орган који гони располаже одговарајућим доказима кривице. Даље, надлежни орган при вршењу ових овлашћења треба да се, у складу са домаћим законима, руководи начелом једнакости свих грађана пред законом и индивидуализацијом кривице, посебно озбиљношћу, природом, околностима и последицама кривичног дела, личношћу наводног починиоца, вероватном пресудом суда, ефектом казне на наводног починиоца и положајем жртве“.

25 Ђ. Лазин, „Одступања од начела легалитета у новом Законику о кривичном поступку”, у: *Практична примена новог југословенског законика о кривичном поступку*, Београд, 2002, стр. 34.

26 Усвојена од стране Комитета министара на 410. седници одржаној 17. септембра 1987. године.

О неким проблемима у примени начела опортунитета у позитивном праву

Законик о кривичном поступку из 2002. године²⁷ увео је принцип опортунитета, који је до тада постојао само за малолетнике, у ограниченом обиму и за пунолетна лица. Ради се, пре свега, о одредбама чл. 236 и 237 ЗКП, којима је уведена могућност да, под извесним околностима, јавни тужилац одложи кривично гоњење, односно од њега одустане. У одступање од начела легалитета може се још уврстити и уступање кривичног гоњења страни држави (чл. 536 ЗКП).²⁸ Актуелни облик означеним одредбама дала је законска новела из 2010. године²⁹ којом је законодавац, због ретког коришћења ове процесне могућности, тужиоцима експлицитно наредио да увек пре иницирања кривичног поступка, за дела за која је као главна казна прописан затвор до три године или новчана казна, испитају постојање могућности за одлагање кривичног гоњења. Уз то, од тада се опсег примене начела опортунитета може, уз сагласност суда, проширити до граница које важе за скраћени поступак. У сличном облику, ово начело је нашло место и у најновијем Законику о кривичном поступку.³⁰ Овде је оно већ у свом основном облику, без уплива суда, разасртно на дела која потпадају под режим важећег скраћеног поступка. Суд је потпуно избачен из процеса оцене целисходности гоњења, док је са тужиоца скинуто бреме неизоставног испитивања постоје ли услови за одлагање гоњења кривичних дела одређене категорије.

Свакој од понуђених опција регламентације начела опортунитета могу се ставити плаузибилни теоријски приговори. Такође, одређене аномалије идентификоване су и у досадашњој практичној примени овог института. Начелне примедбе генерисане су дисхармонијом која карактерише однос између материјалноправних кривичних одредби и правила процесног права. Наиме, узима се да је начело опортунитета корелат формалном појму кривичног дела. Кривични закони, који за конструкцију кривичног дела не захтевају друштвену опасност, не прописују ни основе којима се искључује постојање кривичног дела због његовог малог значаја. Следом тога, кривичним делом се сматра свако дело које противправно, у закону одређено као кривично дело и скривљено, без обзира што је истовремено сасвим малог значаја, штета незнатна или је нема, а степен кривице учиниоца низак. Предузимање кривичног гоњења за таква дела било би депласирано, а њихова елиминација се постиже увођењем процесног принципа опортунитета, који овлашћује јавног тужиоца да у тим

²⁷ Законик о кривичном поступку, „Сл. лист СРЈ”, бр. 68/2002.

²⁸ В. Ђурђић, „Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења” *op. cit.*, стр. 23.

²⁹ Законик о кривичном поступку, „Сл. гласник РС”, бр. 76/2010.

³⁰ Законик о кривичном поступку, „Сл. гласник РС” бр. 72/2011.

случајевима не покреће кривични поступак.³¹ Дакле, разлози за увођење начела опортунитета су исти они разлози због којих се уводи незнатна друштвена опасност, кад се усвоји материјални појам кривичног дела.³² Домаћи законодавац је усвојио формални појам кривичног дела, али га није доследно спровео. По инерцији је (у материјалном кривичном праву) задржано дело малог значаја, институт инкомпатибилан оваквој конструкцији кривичног дела. С друге стране, кривично гоњење је и даље организовано на начелу легалитета, али не у чистом облику, већ са одступањима у појединим, законом предвиђеним случајевима, за које је прописано важење начела опортунитета. Међутим, поље распрострања устављеног начела опортунитета у највећој мери се поклапа са опсегом појма дела малог значаја, због чега се коегзистенција двају института показује узроком не мале теоријске конфузије. Веће практичне импликације има једно друго „преклапање“, изазвано истовременим промовисањем поравнања странака као разлога за невођење кривичног поступка и као основа за ослобођење од казне. Овим нису исцрпљена сва спорна питања разграничења између материјалног и процесног кривичног права. Наиме, инсистирање на обавезној примени начела опортунитета за одређену категорију кривичних дела отвара питање оправданости егзистирања ових инкриминација у кривичном закону. Овај проблем постаје сразмерно комплекснији, ако се прихвате тезе да систематски и доследно спроведена декриминализација представља средство растерећења кривичног правосуђа, те да се границе кривичноправне заштите пре свега имају одредити кривичним материјалним (а не процесним правом).³³ То није све. Интезивна експлоатација условног одлагања гоњења, подстакнута тужиоцевом обавезом да увек прво испита могућност примене ове установе, у пракси се извржава у механизам за наметање осумњиченом обавеза, које се у перцепцији тужилаца (и суда) поистовећују са кривичном санкцијом. Овакво форсирање претвара условно одлагање гоњења у мандатно кажњавање, на које се осумњичени (независно од кривице) све више навикавају.

Следећа значајна примедба односи се на непотпуну законску регулативу условног одлагања кривичног гоњења. Већ је поменуто да се у упоредном праву овај облик опортунитета обично везује за одређене услове везане за природу и тежину дела, степен кривице, непостојање јавног интереса за гоњење и сл. Али се и поред тога у тим земљама као најкрупнији приговор овој установи истиче прописивање услова примене неодређеним појмовима као што су „мала кривица“ и „јавни интерес“. Домаће законодавство, међутим, не садржи ни такве, условно речено „непрецизне“ одреднице. Последица оваквог нормирања

31 М. Грубач, *Кривично процесно право – увод и општи део*, Службени гласник, Београд, 2004, стр. 153.

32 В. Ђурђић, „Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења“, у: *Опортунитет кривичног гоњења*, стр. 13-28, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009, стр. 16.

33 Зоран Стојановић, *op. cit.*, стр. 21-22.

је могућност условног одлагања гоњења без икаквих правних ограничења, па и независно од јавног интереса и степена кривице.

На квалитет примене ове диверзионе форме посредно утичу и други фактори. Један од њих се огледа у недовољној стручној оспособљености јавнотужилачког и судског кадра. Одавно је уочено да се „за остваривање многобројних и сложених циљева кривичног поступка све више траже општа, правна, етичка и политичка култура правосудног кадра”.³⁴ Супротно томе, у домаћој стручној литератури данас су све учесталији приговори да се због неспособности правосуђа да се привикне на примену добрих закона, закони једноставно прилагођавају лошем правосуђу.³⁵ Одређене негативне рефлексије производи и сама организација јавног тужилаштва. Уставне норме о уређењу јавног тужилаштва не пружају довољне гаранције за његову самосталност и заштиту од политичких утицаја, пре свега од уплива извршне власти.³⁶ Оно је код нас уређено „као крута пирамидална грађевина, успостављена на принципима чврсте хијерархије и монократског уређења,“ а искуства из упоредног права управо показују да што је јавно тужилаштво екстерно више подложно извршној власти, то су израженије црте његове хијерархијске организације на унутрашњем плану.³⁷ Позивањем на последње две примедбе могу се објаснити многе неправилности у операционализацији начела опортунитета.

Закључне напомене

Начела легалитета и опортунитета представљају два легитимна модела организовања кривичног гоњења. Међутим, актуелне тенденције у развоју савременог кривичнопроцесног права бележе да се у правним системима, у којима је кривична тужба устројена на начелу легалитета, све више шири примена принципа опортунитета, чија гипкија садржина истовремено омогућује његово комплементарно и корективно деловање. Овакво схваћено начело опортунитета представља један од кључних инструмената за стварање

34 Цит. према: С. Циглер, *Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења*, *loc. cit.*

35 С. Бељански, „Кривични поступак између права и политике”, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 02/07, стр. 578. Слично сматра и В. Ђурђић, кад тврди да би принципијелно концепцијско спровођење начела опортунитета „изискивало прилагођавање правосудне праксе, па би због тога било са мање изгледа за равноправност пред законом и правну сигурност” (В. Ђурђић, „Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења”, *op. cit.*, стр. 18).

36 Избор и разрешење јавних тужилаца предлаже Влада, а одлуке доноси народна скупштина. Ни састав Државног већа тужилаца није у функцији његове улоге да „обезбеђује и гарантује самосталност“ (чл. 164 ст. 1 Устава) носилаца јавнотужилачке функције, пошто у њему преовлађују представници политичке већине у парламенту.

37 В. Ђурђић, „У сусрет реформи кривичног правосуђа – између захтева друштвене стварности и правних препрека”, у: *Зборнику радова Правног факултета у Нишу* „Приступ правосуђу“, Ниш, 2008, стр. 309-310.

рационалнијег поступка и растерећење хронично преоптерећеног правосуђа, а одликује га мноштво облика прилагођених различитим ситуацијама, у којима се примат даје разлозима целисходности кривичног гоњења.

Искуства из упоредног права представљају добру препоруку за ширу афирмацију принципа опортунитета и у домаћем законодавству. Пракса је тамо оправдала процесне реформе и показала да коректно нормирано начело опортунитета може бити веома погодно средство за убрзање и поједностављење кривичног поступка. На истој је линији и Препорука Комитета министара Савета Европе, којом се шири примена дискреционог гоњења пропагира као један од предуслова рационалнијег кривичног поступка. Међутим, ни пут рационализације кривичног поступка није без својих замки. Несумњиви потенцијали опортунитетског гоњења постају изражени само уколико се оно концепцијски доследно нормира. У супротном, добијају се релативни и лако оспорљиви резултати.

Литература

Бејатовић С., „Начело опортунитета кривичног гоњења у немачком кривичном процесном праву”, у: *Опортунитет кривичног гоњења*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.

Бељански С., „Кривични поступак између права и политике”, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 02/07.

Бркић С., *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004.

Циглер С., „Однос начела легалитета и опортунитета кривичног гоњења према другим правним начелима”, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, Нови Сад, 1994.

Циглер С., *Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења (магистарски рад)*, Правни факултет, Нови Сад, 1992.

Ђурђић В., „Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења”, у: *Опортунитет кривичног гоњења*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009, стр. 13-28.

Ђурђић В., „У сусрет реформи кривичног правосуђа – између захтева друштвене стварности и правних препрека”, у: *Тематски број Зборника радова Правног факултета у Нишу*, Приступ правосуђу, Ниш, стр. 301-319.

Грубач М., *Кривично процесно право*, Београд, Службени гласник, 2004.

Крапац Д., *Казнено процесно право*, Књига прва: Институције, Народне новине, Загреб, 2010.

Лазин Ђ., „Одступања од начела легалитета у новом Законнику о кривичном поступку”, у: *Практична примена новог југословенског законика о кривичном поступку*, Београд, 2002.

Манхајм К., *Дијагноза нашег доба*, Mediteran publishing, Нови Сад, 2009.

Стојановић З., „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције”, у: *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, Београд, 2009.

Strahinja Davidov, LL.B.

Post-graduate student,

Faculty of Law, University of Niš

DIVERSION MODELS IN THE PRE-TRIAL INVESTIGATION PROCEEDINGS

Summary

Taking into account the standpoints that creating a rational criminal procedure is one of the imperatives of the contemporary science on criminal procedure and that a differentiation of procedural forms is a basic means for fulfilling this requirement, the author of this paper analyzes the procedural potentials of increasingly popular diversion models. Given that the two most common forms of diversion (“conciliation of the parties” and “indemnification of the victim”) have been fully affirmed only after introducing the principle of opportunity, the author focuses on the latest tendencies in the development of the discretionary criminal prosecution. Further on, the author explores the dynamic relationship between the two principles of organizing public criminal prosecution, concluding that a more flexible content of opportunity principle may be more appropriate for the contemporary tendencies in the development of criminal procedure. In the second part of this paper, the author evaluates the contrasted arguments which either affirm or dispute a wider application of the opportunity principle in prosecution. The epilogue of this debate is the standpoint that the only adequate means of rationalizing the criminal procedure may be the appropriate standardization of the opportunity principle. In the author’s opinion, this standpoint is clearly reflected the national legislation and case law.

Key words: *diversion, principle of opportunity, principles, criminal charge*

