

TM	Г. XXXV	Бр. 2	Стр. 403-420	Ниш	април - јун	2011.
----	---------	-------	--------------	-----	-------------	-------

UDK 343.13:343.137.5

Оригинални научни рад

Примљено: 26. 2. 2011.

Војислав Д. Ђурђић

Универзитет у Нишу

Правни факултет

Ниш

ДИСКРЕЦИОНО ГОЊЕЊЕ МАЛОЛЕТНИХ УЧИНИЛАЦА КРИВИЧНИХ ДЕЛА

Резиме

Први део рада садржи уопштено излагање о начелу легалитета и начелу опортунитета кривичног гоњења, у овину којег се дефинише појам и објашњава значење, обим примене и међусобни однос ових начела. Потом су анализирани сви законом прописани случајеви дискреционог кривичног гоњења у поступку према малолетницима Србије.

Иако је начело легалитета основно начело кривичног гоњења и у поступку према малолетницима, све је више прописаних одступања од овог начела, чиме се шири обим важења начела дискреционог гоњења. У раду су најпре анализирани законски услови за примену начела дискреционог гоњења пре покретања поступка према малолетницима: кад се ради о лакшим кривичним делима, кад се малолетник налази на извршењу казне и случај условног покретања поступка. Даље излагање се односи на примену дискреционог гоњења у покренутом поступку. Аутор тумачи да су то посебни законски основи за обуставу поступка, те их зато објашњава као обуставу поступка због нецелисходности и као условну обуставу поступка.

Кључне речи: кривично гоњење, начело легалитета, начело дискреционог гоњења, поступак према малолетницима, обустава поступка

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Поред бројних специфичности којима се одступа од опште форме кривичне процедуре, поступак према малолетницима у Срби-

ји се већ традиционално одликује бројнијим одступањима од начела легалитета него редовни кривични поступак. Са сваком новелом поступка према малолетницима у последњој деценији, све више се ширило дискреционо гоњење малолетних учинилаца кривичних дела. Дискреционо гоњење установљено је као овлашћење јавног тужиоца којим се може користити пре покретања судског поступка према малолетницима, али и у припремном стадијуму већ започетог поступка. Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника ("Сл. Гласник РС", бр. 85/2005) предвиђа пет случајева у којима кривично гоњење није обавезно већ је препуштено дискреционој оцени јавног тужиоца. Та одступања од начела легалитета кривичног гоњења могу се означити као: (1) дискреционо гоњење малолетника за лакша кривична дела, (2) дискреционо гоњење кад се малолетник већ налази на извршавању кривичне санкције, (3) условно покретање поступка према малолетницима, (4) обустава поступка због нецелисходности и (5) условна обустава поступка.

Сви побројани случајеви примене начела опортунитета у поступку према малолетницима анализирани су у овом раду, према позитивном праву Србије. Пре те расправе било је целисходно да се дефинишу начело легалитета и начело дискреционог гоњења, како се друкчије означава дискреционо гоњење, а затим објасни значење и обим примене ових начела, како би се боље разумела тумачења везана за ова начела у поступку према малолетницима.

УОПШТЕНО О НАЧЕЛУ ЛЕГАЛИТЕТА И НАЧЕЛУ ОПОРТУНИТЕТА

Начело легалитета важи само за кривичних дела која се гоне по службеној дужности и у бити значи обавезу јавног тужиоца да предузме кривично гоњење, тј. да захтева покретање кривичног поступка и да га одржава у току, кад се стекну законом предвиђени услови. Начело легалитета треба да важи за кривично гоњење и у току кривичног поступка а не само код његовог покретања, у противном, било би дерогирано (Грубач, 2004, 152). По овом начелу, предузимање кривичног гоњења не зависи од воље тужиоца, као што код начела официјелности не зависи од воље оштећеног. Јавни тужилац је овлашћен да цени само законитост, а не и целисходност кривичног гоњења. Он само оцењује да ли су се стекли стварни и правни услови за гоњење, па кад закључи да су се стекли, обавезан је да кривично гони. Стварни услови су испуњени ако из прикупљеног доказног материјала произлази основана сумња да је одређено лице извршило кривично дело. Правни услови су испуњени ако постоје сви законски елементи бића кривичног дела и све процесне претпоставке за покретање поступка, а нема процесних сметњи за кривично гоњење (као што су нпр. амнестија, помиловање и сл.).

За разлику од начела легалитета, начело дискреционог гоњења, тј. дискреционог гоњења не успоставља дужност јавног тужиоца да кривично гони кад се испуне законом предвиђени услови. Према начелу дискреционог гоњења, кад се стекну стварни и правни разлози за кривично гоњење, јавни тужилац је овлашћен да у сваком конкретном случају цени да ли је опортуно (целисходно) покретати кривични поступак. Јавни тужилац најпре цени постоје ли стварни и правни разлози за покретање кривичног поступка, па тек онда процењује целисходност гоњења. Отуда је могуће да јавни тужилац кривично не гони иако су се стекле све законске претпоставке за покретање поступка, руководећи се обзирима целисходности за које нађе да постоје. Међутим, ни начело дискреционог гоњења не даје овлашћење јавном тужиоцу да произвољно, по свом нахођењу гони или не гони учиниоца кривичног дела. Обзире целисходности он мора да цени са становишта јавног интереса, тј. да ли је у јавном интересу да се учинилац кривично гони или не гони. Применом опортунитета код појединих, пре свега багателних кривичних дела и из одређених криминалнополитичких разлога, смањује се притисак на судове Lazin, 2002, 34), па се тиме осигурава да на главни претрес буду изнесени само сложени и тежи кривични случајеви. Због овог циља, начело дискреционог кривичног гоњења кореспондира са идејама о рационализацији кривичног поступка.

У прилог начелу дискреционог гоњења говори чињеница да се скоро све реформе процесних законодавстава спроведене у европским земљама протеклих деценију-две одликују увођењем нових одступања од начела легалитета. Нека од тих законодавстава, као што је нпр. немачко, послужила су као узор српском законодавцу приликом регламентације начела кривичне тужбе (опширније о томе: Бејатовић, 2009, 130-144) Поље његове примене све више се ширило, а разлози целисходности гоњења постајали све бројнији и разноврснији. Будући да је начело дискреционог гоњења у бити један диверзиони модел, проширење начела дискреционог гоњења у духу је Препоруке Р (87) 18 Комитета министара Савета Европе земљама чланицама у вези с поједностављењем кривичног правосуђа (усвојена од стране Комитета министара на 410. седници одржаној 17. септембра 1987. на нивоу заменика министара). Препоручено је да „начелу дискреционог гоњења треба прибегавати или се његова примена проширивати кад год историјски развој и устав земаља чланица то омогућавају; иначе треба донети мере која имају исти циљ“ (Iа. 1). Сагласно овим препорукама, начело дискреционог гоњења може се уредити тако да буде веома погодан правни пут до ресторативне правде. С тим циљем, код сваког условљавања примене начела опортунитета гоњења, законом треба предвидети обавезну заштиту оштећеног, пошто он у тим случајевима по самом закону не може стећи

својство супсидијарног тужиоца и захтевати покретање кривичног поступка. За постизање сагласности или обештећења жртве, приликом уређења сваког случаја дискреционог гоњења има смисла предвидети *поступак медијације* између оштећеног и учиниоца, али тако да се не претвори у препреку која ће спречавати примену опортунитета гоњења.

Основна сврха експанзије дискреционог гоњења најчешће види у повећању ефикасности поступка и растерећењу судова. Зарад прецизности и свеобухватнијег сагледавања, може се рећи да дискреционо кривично гоњење у бити представља *диверзиони модел, проткан идејама консесуалне и ресторативне правде*, чија је сврха *рационализација* кривичног поступка и постизање неких ванпроцесних и политичких циљева. У том смислу се као циљ увођења дискреционог гоњења у кривични поступак наводи проналажење ефикаснијих и хуманијих мера социјалне и правне реакције према појединим учиниоцима кривичних дела (Васиљевић, Грубач, 2002, 453). У упоредном праву се прописују случајеви дискреционог гоњења ради постизања и неких политичких циљева или ефеката сличних оним које производи примена појединих кривичноправних института због које изостаје кажњавање у окончаним кривичним поступцима. Дискреционо гоњење из *политичких разлога* предвиђа се кад би гоњењем настала опасност за настанак велике штете по државу, кад је осумњиченом изречена мера протеривања из земље или ради очувања добрих међудржавних односа и из сличних политичких разлога. За другопоменути правац везују се случајеви дискреционог гоњења код којих се као разлог за негоњење узима *оčekивани исход* кривичног поступка (ослобођење од казне, небитне споредне казне и сл). Као разлози целисходности који уједно детерминишу сврху дискреционог гоњења још се наводе: мали значај кривичног дела, незнатна штета, чињеница да је штета већ надокнађена, нека „лична својства оптуженог“ (опширније: E. Kern und C. Roxin, 1976, 61) „дејство кривичног поступка на јавност“ (Живановић, 1941, 31), „потреба благонаклоног поступања према окривљеном из криминалополитичких разлога“ (Васиљевић, 1981, 122), разлози процесне економије, обзири према породици учиниоца кривичног дела, „обзири према захтевима државне политике у међународним односима“ (Грубач, 2004, 152), и слично.

Будући да оба начела важе у пољу официјелности и да могу паралелно егзистирати у истом систему јавне кривичне тужбе, од принципијелног и практичног је значаја у каквом се односу налазе начело легалитета и начело дискреционог гоњења. Најраспрострањеније је гледиште да су то два самостална али супротстављена начела, мада се у многим радовима о начелу опортунитета не излаже као о посебном процесном начелу пошто се оно схвата само као „опозит

начелу легалитета“ (види: Шкулић, 2009, 97) Међутим, имајући у виду суштину начела легалитета и начела дискреционог гоњења, њихове разлике и сличности, особито циљеве због којих се установљавају, може се закључити да се она међусобно *сасвим не искључују*. Кад се тако тумачи њихов однос, постаје разумљиво зашто данас скоро да нема законодавства које установљава важење једног или другог начела у чистом облику, без икаквих одступања. Ова два, у време настанка посве супротстављена система – систем кривичног гоњења заснован на начелу легалитета и систем заснован на начелу дискреционог гоњења, претрпела су многе значајне промене у свом развоју, најпре у практичној примени а потом и на законодавном плану. Законодавци су у случајевима несагласја усвојеног начела и јавног интереса, посезали за правним инструментима ограничења тог начела (у систему кривичног гоњења заснованом на начелу дискреционог гоњења) или за прописивањем изузетака од његове примене (у систему заснованом на начелу легалитета), те би се могло рећи да данас пре постоји *тенеденција њиховог приближавања* него супротстављања. Временом је и нетрпељивост заговорника једног и другог начела све више сплашњавала. Отуда је и разумљива појава посве прихватљивог гледишта да се у системима уређења кривичне тужбе који нису утемељени на начелу дискреционог гоњења ово начело тумачи као *корективно и комплементарно* начело кривичног гоњења у односу на основно – начело легалитета. (Ђурђић, 20029, 22) Схвата се, напиме, као одступање од начела легалитета и као његова допуна (Пихлер, 1989, 234), али само кад је у закону предвиђено, кад је у самом закону оцењено да је то потребно.

У вези са односом начела легалитета и начела дискреционог гоњења интересантно је сагледати ново законско решење српског законодавца о условном одлагању кривичног гоњења, установљено последњом новелом процесног законика. Напиме, може се поставити питање да ли на однос ових начела утиче новоустановљена обавеза јавног тужиоца да пре сваког покретања судског поступка (за кривична дела са запређеном новчаном казном или казном затвора до три године) испита има ли могућности за примену условног одлагања гоњења (чл. 236. ст. 9. ЗКП Србије). Према слову закона, након пријема кривичне пријаве, пре него подигне оптужни предлог или предложи спровођење неке истражне радње, јавни тужилац је дужан да испита постоји ли могућност за одлагање кривичног гоњења. Чини се да је установљавањем ове обавезе дерогирано начело легалитета, јер јавни тужилац није дужан да кривично гони иако су се стекли законски услови за покретање кривичног поступка. Тиме начело дискреционог гоњења постаје основно начело за кривична дела са прописаном новчаном казном или казном затвора до три године. То је значајно концепцијско одступање: до последње новеле процесног

законика руковођење начелом опортунитета било је могуће за поједино кривично дело са запређеном казном затвора до три године, зависно од околности конкретног случаја, а сада је обавезно за свако од ових дела.

ДИСКРЕЦИОНО ГОЊЕЊЕ ЗА ЛАКША КРИВИЧНА ДЕЛА МАЛОЛЕТНИКА

У поступку према малолетницима Србије већ традиционално постоји класичан облик опортунитета кривичног гоњења за лакша кривична дела, са различито прописаним обимом важења у појединим периодима од његовог установљавања до данас. Према позитивном праву, начело дискреционог гоњења кривичног гоњења предвиђено је за кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година или новчана казна (чл. 58. ст. 1. ЗМ). Законом је одређено под којим условима је могућа примена начела опортунитета, кад се ради о овим кривичним делима. Јавни тужилац за малолетнике може одлучити да не захтева покретање поступка под следећим условима:

1. *Да постоје докази из којих произлази основана сумња да је малолетник учинио кривично дело.* Када у конкретном случају нема основане сумње, по природи ствари, није могућа ни примена начела опортунитета. У том случају гоњење је искључено по начелу легалитета, јер не постоје стварни или правни разлози за покретање поступка. Постојање овог услова утврђује сам јавни тужилац за малолетнике. Зато је потребно да изврши прелиминарну проверу чињеничног стања, али пре покретања формалног поступка, без примене процесних инструмената који су допуштени само у започетом поступку. За утврђивање овог услова, јавном тужиоцу за малолетнике потребна је кривична пријава, али сама пријава није довољна, јер би закључак о основаној сумњи могао бити произвољан. Потребно је да јавни тужилац за малолетнике на неформалан начин, уобичајен за преткривични поступак, прикупи потребна обавештења и прибави довољно података о делу и учиниоцу.

2. *Да вођење поступка према малолетнику не би било целесходно.* У закону су одређени разлози на којима се може заснивати оцена да је нецелесходно покретање поступка према малолетнику, а тичу се кривичног дела и личности малолетника. У односу на кривично дело значајни су *природа кривичног дела и околности под којима је учињено*, а за процену личности малолетника релевантни су *ранији живот малолетника и његова лична својства*. Сви ови разлози морају кумулативно постојати и бити такви да оправдавају непокретање поступка према малолетнику (Лазин, 2008, 171). У својој одлуци да не покрене поступак, јавни тужилац за малолетнике треба на основу фактичких околности да образложи сваки од ових законских

разлога и оправда свој став да је нецелисходно покретање поступка према малолетнику. Приликом оцене целисходности, јавни тужилац није овлашћен да се позива и на неке друге разлоге изван ових који су у закону изричито предвиђени, али закон не забрањује да се под сваки од ових законских разлога подведу разноврсне и бројне чињенице и околности (Перић, 2003, 123).

Овако одређени разлози на којима се мора заснивати свака одлука о непокретању поступка, у складу су са Препоруком Р (87) 18 Комитета министара Савета Европе земљама чланицама у вези с поједностављењем кривичног правосуђа. Препоручује се, најпре, да начело опртунитета (дискреционог гоњења) треба да буде предвиђено законом: „Овлашћење за одрицање од, и прекидање, поступка из дискреционих разлога треба да се заснива на закону“ (Ia тач. 3). Затим, да се приликом дискреционе оцене руководи начелом јаднакости свих грађана пред законом и индивидуализацијом кривице, посебно: „озбиљношћу, природом, околностима и последицама кривичног дела; личношћу наводног починиоца; вероватном пресудом суда; ефектима казне на наводног починиоца; положајем жртве“ (Ia тач. 5).

Оцену целисходности покретања поступка према малолетнику врши сам јавни тужилац за малолетнике. То овлашћење нема судија за малолетнике када јавни тужилац подигне захтев за покретање поступка. Јавни тужилац за малолетнике може користити начело дискреционог гоњења под условима из члана 58. ст. 1. ЗМ све док не поднесе захтев за покретање поступка према малолетнику. Након тога, у започетом поступку, он више није овлашћен да сам одлучује о целисходности даљег кривичног гоњења, позивајући се на начело дискреционог гоњења. Кад једном започне припремни поступак према малолетнику, јавном тужиоцу за малолетнике стоји на располагању законска могућност да предложи судији за малолетнике обуставу поступка. Том приликом може се позивати на начело дискреционог гоњења (чл. 70. ст. 1. ЗМ), али то је посебан случај примене овог начела, о чему ће у даљем излагању бити речи.

Да би одлучио о целисходности покретања поступка, јавни тужилац за малолетнике може затражити обавештења од родитеља, усвојиоца, односно стараоца малолетника или од других лица и установа. Он може, кад је то потребно, да позове ова лица и малолетника у јавно тужилаштво ради непосредног обавештења, или да прикупљање тих податка повери стручном лицу (социјалном раднику, психологу, педагогу, специјалном педагогу и др.) ако га има у јавном тужилаштву. (чл. 58. ст. 1. ЗМ). Он је овлашћен и да затражи мишљење органа старатељства о целисходности покретања поступка према малолетнику. У закону није ближе одређено на чему ће орган старатељства заснивати своје мишљење. У недостатку законских одредница, изгледа логично да орган старатељства приликом давања

мишљења оцени могућности за примену мера које нису кривичне санкције, средину у којој малолетник живи, услове за васпитно деловање на малолетника и слично.

Поред наведених законских могућности, јавни тужилац за малолетнике је снабдевен и овлашћењем да упути малолетника у одговарајућу установу да би се утврдила лична својства малолетника. Примену овог овлашћења закон у приличној мери ограничава, јер се упућивањем малолетника у стручну установу задире у његову слободу кретања. Прво, јавни тужилац за малолетнике може да упути малолетника у прихватилице за децу и омладину или у васпитну установу, само ако је за доношење одлуке о покретању поступка према малолетнику потребно да се испитају *лична својства малолетника*. Упућивање ради утврђивања било којег другог законског разлога, по логици ствари, не долази у обзир. Друго, потребно је да јавни тужилац за малолетнике о томе постигне *споразум са органом старатељства*. Свако противљење органа старатељства спречава да се малолетник упути у неку од ових установа. И треће, у установи малолетник може остати *најдуже месец дана* (чл. 58. ст. 2. ЗМ).

У вези с првим ограничењем, поставља се питање да ли малолетник увек мора бити упућен у стручну установу ради утврђивања његових личних својстава. На први поглед могло би се закључити да је упућивање обавезно: пошто је за оцену целисходности покретања поступка по закону обавезно утврђивање личних својстава малолетника, а та својства се утврђују у стручној установи, то би значило да се малолетник увек мора упутити у ту установу. Међутим, такво тумачење не може се оценити као исправно, јер би у сваком случају примене начела опртунитета имало за последицу непотребно и прекомерно ограничење слободе кретања малолетника, а не одговара ни језичком и логичком тумачењу законске норме. Дикција је законске норме да јавни тужилац „*може да упути*“ малолетника у стручну установу кад сматра да је то потребно за утврђивање личних својстава малолетника. Да је законодавац хтео да упућивање у установу буде обавезно, користио би уобичајену синтагму „јавни тужилац *ће* упутити малолетника“, уместо садашње „јавни тужилац *може* да упути.

Одлука јавног тужиоца за малолетнике да не захтева покретање поступка према малолетнику позивајући се на начело дискреционог гоњења, није дефинитивна јер подлеже контроли. Ту контролу врши судија за малолетнике, на иницијативу оштећеног или органа старатељства. О одлуци да не захтева покретање поступка из разлога целисходности, јавни тужилац за малолетнике је дужан да у року од осам дана обавести оштећеног и орган старатељства, и да наведе разлоге за своју одлуку. Ако се не слажу са таквом одлуком, оштећени и орган старатељства могу у року од осам дана од пријема обавештења да захтевају од већа за малолетнике *непосредно вишег суда* да од-

лучи о покретању поступка (чл. 68. ст. 4. ЗМС). У случају да им није достављено обавештење, такав захтев оштећени и орган старатељства могу упутити у року од три месеца од дана одбацивања кривичне пријаве, односно предлога оштећеног за покретање поступка.

Није јасно зашто су се законописци определили да контролу непокретања поступка према малолетнику ставе у надлежност непосредно вишег суда. До сада је о томе одлучивало веће надлежног првостепеног суда, „и то је било довољно“ (Лазаревић-Грубач, 2006, 117). Новим законским решењем непотребно се оптерећује виша судска инстанца. Критика тим пре важи јер је новим малолетничким законодавством суђење малолетницима у првом степену стављено у искључиву надлежност окружних судова, па би прописаном судском контролом без нарочите потребе били оптерећени апелациони судови, а до почетка њиховог рада, Врховни касациони суд Србије.

Веће непосредно вишег суда одлучује о целисходности покретања поступка према малолетнику у седници већа, на коју је дужан да позове јавног тужиоца за малолетнике, од кога претходно прибавља списе предмета. Други учесници поступка (орган старатељства, оштећени, па ни сам малолетник ни његови родитељи или старатељ), не позивају се на седницу већа нити у њој уште могу учествовати. Веће се може сагласити са ставом јавног тужиоца и динети одлуку о непокретању поступка или противно његовом ставу одлучити да покрене поступак према малолетнику. Одлуке доноси у форми решења, против којих није дозвољена жалба.

Уколико веће за малолетнике непосредно вишег суда одлучи да покрене поступак према малолетнику, у покренутом поступку јавни тужилац за малолетнике мора да учествује (чл. 59. ст. 3. ЗМС), иако се поступак води против његове воље. Према раније важећим прописима, јавни тужилац није морао да учествује у дањем поступку, али суд у том случају није могао малолетнику изрећи казну затвора него само васпитну меру. То је и био један од разлога да се у новом малолетничком кривичном законодавству јавни тужилац обавезе да учествује у поступку покренутом одлуком суда.

ДИСКРЕЦИОНО ГОЊЕЊЕ КАД СЕ МАЛОЛЕТНИК ВЕЋ НАЛАЗИ НА ИЗВРШАВАЊУ КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ

Други случај дискреционог гоњења малолетника везан је за ситуацију кад се малолетник налази на извршењу казне малолетничког затвора или васпитне мере, па почини ново кривично дело или се у току извршења открије ново кривично дело за које се није знало за време суђења. Јавни тужилац за малолетнике, руководећи се начелом дискреционог гоњења, може одлучити да не захтева покретање поступка за то друго кривично дело, ако с обзиром на тежину дела,

као и на казну, односно васпитну меру која се већ извршава, не би имало сврхе вођење новог поступка и изрицање кривичне санкције за то друго дело (чл. 58. ст. 3. ЗМ). Претпоставља се да је испуњен и услов да постоје докази из којих произлази основана сумња да је малолетник извршио то друго кривично дело. У противном, нема никаквог смисла разматрање примене начела опртунитета, јер непостојање основане сумње о делу и учиниоцу, по логици ствари, искључује сваку могућност примене начела опртунитета кривичног гоњења. Да ли је целисходно да кривично гони, јавни тужилац је овлашћен и може да цени само ако су се стекли стварни и правни разлози за покретање кривичног поступка.

И овај случај дискреционог гоњења познат је у упоредном праву (види: Eisenberg, 2002, 356) а у српском процесном законодавству има вишедеценијску традицију. Од претходног случаја класичног опортунитета разликује по обиму важења и разлозима целисходности на којима се по закону може заснивати одлука јавног тужиоца о непокретању поступка.

Примена начела дискреционог гоњења за неко друго дело кад се малолетник налази на издржавању казне или се према њему извршава нека васпитна мера, није ограничена тежином кривичног дела израженом у запрећеној казни. За разлику од претходног случаја дискреционог гоњења који је по закону могућ само за кривична дела за која је прописана новчана казна и казна затвора до пет година, у овом случају важење начела дискреционог гоњења није лимитирано запрећеном казном па се може применити на било које кривично дело.

И разлози на којима се заснива оцена целисходности покретања поступка посве су друкчији. У првом случају оцена целисходности заснива се на разлозима везаним за кривично дело (природа кривичног дела и околности под којима је учињено) и за малолетника (ранији живот малолетника и његова лична својства), а у овом случају једини разлози целисходности су природа и тежина санкције која се према малолетнику извршава и тежина новог кривичног дела. Јавни тужилац за малолетнике оцену целисходности може заснивати искључиво на процени односа између тежине новог кривичног дела и врсте кривичне санкције која се према малолетнику извршава. Ако упоређујући ове две околности закључи да вођење поступка и изрицање санкције не би имало сврхе, може се руководити начелом дискреционог гоњења.

Јавни тужилац за малолетнике најпре треба да оцени тежину кривичног дела учињеног за време издржавања казне, односно васпитне мере или тежину другог дела откривеног у току извршења санкције, за које се није знало за време суђења. Отуда се може поставити питање на основу чега се утврђује тежина кривичног дела, јер се може процењивати на основу прописане казне или на основу околности извршеног дела. Мислимо да "тежину тог кривичног де-

ла" (како гласи законска синтагма) треба процењивати не само на основу запрећене казне него и према околностима конкретног случаја – природе учињеног дела, проузрокованим последицама, побудама учиниоца, израженој криминалној вољи и другим, за тежину дела везаним околностима под којима је оно учињено (Хирјан-Сингер, 1987, 370). Отуда, тешко дело по запрећеној казни може се на основу конкретних околности извршења испољити као лако, и обрнуто.

Ни у овом случају дискреционог гоњења одлука јавног тужиоца за малолетнике да нема сврхе покретати поступак за ново или друго дело малолетника, није дефинитивна јер подлеже контроли. За ту контролу важе исте законске одредбе које су анализирани у првом, претходно објашњеном случају примене начела дискреционог гоњења.

Овај случај дискреционог гоњења може се лакше прихватити из практичних разлога него што се може правдати неким принципијелним теоријским аргументима, поготову ако се вреднује са становишта сврхе кривичних санкција према малолетницима. Ти недостаци тичу се законских разлога и процесних услова за оцену нецелисходности покретања поступка. Најпре, осим што није у обавези да испитује ранији живот и лична својства малолетника, јавни тужилац приликом оцене да ли треба покренути нови поступак није обавезан ни да испитује може ли се са санкцијом чије је извршење у току успешно реализовати општа сврха санкција према малолетницима – васпитање и правилан развој личности малолетника. Уместо тога, одступање од начела легалитета утемељено је искључиво на идеји сразмере између тежине новог дела и већ изречене санкције која се извршава, иако та сразмера не би смела имати тако доминантан утицај на селекцију малолетника са становишта опортунитета. Надаље, ако се прихвати тумачење да оцена тежине новог или другог кривичног дела треба да буде заснована и на запрећеној казни и на околностима конкретног случаја, отворено је питање да ли је овај случај опортунитета кривичног гоњења малолетника усклађен са идејом о васпитним налозима и њиховом законском регулативом. Пошто васпитни налози нису уопште кривичне санкције, дакле, ни васпитне мере ни казне, примена начела опортунитета по основу из члана 58. ст. 3. ЗМС била би искључена јер је законски услов за његову примену да је према малолетнику извршење казне или васпитне мере у току. Строго узев, јавни тужилац за малолетнике не може се руководити начелом опортунитета ни кад је судска одлука о изреченој васпитној мери или казни постала правноснажна ако се није започело са њеним извршењем, пошто је законски услов за примену опортунитета да извршење ових санкција буде "у току". Обрнуто, с обзиром на тако формулисани услов, примена начела опортунитета била би могућа кад се пре правноснажности судске одлуке малолетник упуту на издржавање васпитне мере ако је то по закону допуштено (Хирјан-Сингер, 1987, 370 и 371).

*УСЛОВНО ПОКРЕТАЊЕ ПОСТУПКА ПРЕМА
МАЛОЛЕТНИЦИМА*

Условно покретање поступка рема малолетницима је један хибридни случај опортунитета кривичног гоњења и важи за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до пет година. Представља комбинацију класичног случаја дискреционог гоњења и изрицања васпитних налога (чл. 62. ст. 1. ЗМ). Кад оцени да су испуњени законски услови да из разлога целисходности не покрене поступак према малолетнику, предвиђеним у члану 58. ст. 1. ЗМС, јавни тужилац за малолетнике ту своју одлуку може условити извршењем одређених васпитних налога које малолетнику наложи.

Отуда, зависно од резултата оцене целисходности, у поменутој ситуацији могуће су три различите одлуке јавног тужиоца за малолетнике: (а) да захтева покретање поступка према малолетнику, (б) да због нецелисходности одлучи да не покрене поступак или (в) да одлуку о непокретању поступка због нецелисходности услови извршењем васпитних налога које малолетнику наложи.

Да би јавни тужилац за малолетнике одложио кривично гоњење, према одредбама члана 62. ст. 1. ЗМ, поред материјалне претпоставке да се ради о кривичном делу за које је прописана казна затвора до пет година или новчана казна, потребно је да се стекну следећи услови:

(1) Најпре мора да буду испуњени сви *услови за примену дискреционог гоњења* по члану 58. ст. 1. ЗМС: да постоје докази из којих произлази основана сумња да је малолетник извршио кривично дело; да није целисходно покретати поступак према малолетнику с обзиром на природу кривичног дела и околности под којима је учињено, ранији живот малолетника и његова лична својства.

Везивањем за наведене разлоге целисходности покретања поступка, законодавац је настојао да постави законске лимите за прешироку и произвољну примену васпитних налога. Условно покретање поступка према малолетнику није се могло повезати са другим случајем дискреционог гоњења који је предвиђен за ситуацију кад се малолетник налази на издржавању казне или васпитне мере, јер се примена васпитних налога, који су по својој природи „парасанкције“, не може комбиновати са кривичним санкцијама.

(2) За условно одлагање покретања поступка потребно је и *да постоји пристанак малолетника и родитеља* (односно усвојиоца или стараоца). Поред простог пристанка, родитељи треба да сарађују приликом избора и извршења васпитних налога, јер се без те сарадње не да ни замислити успешно остваривање сврхе васпитних налога.

(3) Следећи услов је *да постоји спремност малолетника да прихвати и испуни један или више васпитних налога*. Овај законски услов треба разликовати од пристанка малолетника на васпитни на-

лог. Код овог законског услова ради се о томе да је малолетник спреман да испуни обавезе које чине садржину појединих васпитних налога (да уредно похађа наставу, да редовно одлази на посао и сл.), у шта треба да се увери јавни тужилац за малолетнике. Обавезе из васпитних налога извршавају се у дужем времену, па малолетник треба да испољи вољу и покаже да ће их и извршавати, док је пристанак тренутна изјава воље. Зато је оправдано што је законодавац раздвојио *пристанак на васпитни налог од спремности да се извршава обавеза из васпитног налога*“, као два засебна законска услова.

(4) Будући да се одлука о покретању поступка условљава извршењем васпитних налога, мора бити испуњени *општи законски услови за примену васпитних мера*. Поред врсте и висине запређене казне, напред означене као материјална претпоставка за условно покретање поступка, као општи законски услови за примену васпитних налога прописани су: (а) *признање* кривичног дела од стране малолетника и (б) његов *однос* према кривичном делу и оштећеном (чл. 5. ст. 3. ЗМ). Док је први услов прецизно одређен, за други услов могло би се рећи да је неспретно формулисан, јер сваки малолетник има некакав однос према делу и жртви, само је питање какав. Вероватно су законописци мислили да однос малолетног учиниоца према делу и оштећеном треба да буде такав да оправдава примену васпитних мера уместо кривичних санкција, али је то требало и рећи.

(5) *Пристанак оштећеног* јавља се као још један законски услов али само код примене једног васпитног налога – код поравнања са оштећеним. За остале васпитне налоге тај услов се не тражи.

Под прописаним условима који су објашњени, јавни тужилац може наложити примену следећих васпитних налога: (а) *поравнање са оштећеним* како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле, у целини или делимично, штетне последице дела; (б) редовно *похађање школе* или редовно *одлажење на посао*; (в) *укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација* или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја (чл. 61. ст. 2. *in fine*). Приликом избора васпитног налога јавни тужилац за малолетнике треба посебно да води рачуна да они буду прилагођени личности малолетника и приликама у којима живи, узимајући у обзир његову спремност да сарађује у њиховој примени. Он је, такође, дужан да узме у обзир у целини интерес малолетника и оштећеног, те да поведе рачуна да се примењивањем једног или више васпитних налога не омета школовање или запослење малолетника.

У закону није одређено којом одлуком јавни тужилац одређује примену васпитних налога и тиме условљава непокретање поступка према малолетнику по начелу дискреционог гоњења, али би било целесходно да то буде у форми решења. У вези с тим, имало би смисла законом установити посебно рочиште за доношење одлуке о приме-

ни васпитних мера, на које би се позивали они учесници поступка који би били најкориснији за оцену да ли према малолетнику треба применити васпитни налог и за избор васпитног налога који би одговарао конкретним околностима и малолетнику.

Да ли ће одлука о непокретању поступка постати коначна, зависи од понашања малолетника и његовог односа према преузетим васпитним налозима – он може да их у потпуности или делимично испуни или да их уопште не изврши.

Јавни тужилац за малолетнике обавезан је да донесе решење о одбацивању кривичне пријаве или предлога оштећеног за покретање поступка ако малолетник у потпуности испуни преузети васпитни налог, о чему извештај подноси орган старатељства. Он може тако да поступи и ако малолетник само делимично испуни преузети васпитни налог, кад оцени да покретање поступка ипак не би било целесходно, с обзиром на природу кривичног дела и околности под којима је учињено, ранији живот малолетника, његова лична својства и разлоге делимичног неиспуњења преузетог васпитног налога. Јавни тужилац је у тој ситуацији дужан да о одбацивању кривичне пријаве, односно предлога оштећеног, обавести оштећеног, који нема право да захтева покретање поступка.

У супротној ситуацији, ако малолетник уопште не изврши васпитни налог или га изврши само делимично али у недовољној мери због чега је оправдано покретање поступка, јавни тужилац за малолетнике дужан је да поднесе захтев за покретање припремног поступка.

Законско уређење условног покретања поступка у сагласју је са идејама садржаним у Препоруци Р (87) 18, која упућује да „одрицање од ... поступка може бити ... условљено пристанком осумњиченог да ће се придржавати одређених услова, као што су правила понашања, исплата новца, обештећење жртве или условна слобода“ (Ia таџ. 6) и да „сагласност наводног починиоца треба да се добије увек када се предвиђа условно одрицање од ... поступка“ (Ia таџ. 7).

За разлику од претходних случајева примене дискреционог гоњења, код условног покретања поступка није предвиђена судска контрола кривичног гоњења.

ОБУСТАВА ПОСТУПКА И НАЧЕЛО ДИСКРЕЦИОНОГ ГОЊЕЊА

У погледу односа између обуставе поступка и начела дискреционог гоњења, као начелно се поставља питање да ли начело опортунитета, тј. дискреционог гоњења има значај само пре покретања кривичног поступка или и у започетом поступку. Од одговора на ово питање зависи могућност обуставе поступка применом начела опортунитета. Будући да се начело опортунитета јавља као одступање од начела легалитета, које је основно начело кривичног гоњења, осло-

нац у тумачењу треба тражити у значењу начела легалитета и пољу његове примене. Чини се прихватљивим гледиште да се за начело легалитета не може сматрати да вреди само за покретање кривичног поступка од стране јавног тужиоца, него и за читаво вршење гоњења, што недвосмислено значи да важи за цео кривични поступак, из којег се оправдано изводи закључак да и начело дискреционог гоњења вреди за читаво вршење гоњења од стране јавног тужиоца (Вауер, 1969, 168). Отуда, нема никаквог разлога тумачити да јавни тужилац може одбацити пријаву и тиме одлучити да не покрене поступак против малолетника руководећи се начелом опортунитета, а да нема право да за исто дело, из истих истих разлога предложи обуставу поступка, само зато што је за њих сазнао у већ започетом поступку према малолетнику.

Изгледа да је српски законодавац уважио оваква теоријска полазишта, па је предвидео два случаја обуставе поступка применом начела опортунитета кривичног гоњења: (а) *обуставу поступка због нецелисходности* даљег гоњења и (б) *условну обуставу поступка*. У оба случаја, суд за малолетнике није овлашћен да самоиницијативно обустави поступак зато што је његово даље вођење нецелисходно, већ је потребан предлог јавног тужиоца за малолетнике. Управо зато што се приликом давања предлога да се поступак обустави, јавни тужилац руководи разлозима целисходности одређеним у самом закону, ови случајеви обуставе поступка сврстани су у случајеве дискреционог гоњења.

Обустава поступка због нецелисходности гоњења.

У току припремног поступка или по његовом окончању јавни тужилац за малолетнике може да закључи да није целисходно даље вођење поступка према малолетнику зато што су се стекли услови за непокретање поступка, предвиђени одредбама члана 58. ст. 1. и 3. ЗМС. У том случају, овлашћен је да поднесе предлог судији за малолетнике да обустави поступак. Практично узев, из истих оних разлога због којих је по начелу дискреционог гоњења могао одбацити кривичну пријаву јер је покретање поступка нецелисходно, у започетом припремном поступку може предложити обуставу поступка. Реч је о непокретању поступка за кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година или новчана казна, зато што је то нецелисходно због природе кривичног дела и околности под којима је учињено, те ранијег живота и личних својстава малолетника (чл. 58. ст. 1. ЗМС), као и непокретању поступка кад се малолетник налази на издржавању кривичне санкције а за ново дело покретање поступка не би имало сврхе, с обзиром на тежину тог дела и на санкцију која се извршава (чл. 58. ст. 3. ЗМС). О учињеном предлогу јавни тужилац за малолетнике обавештава орган старатељства, који је дужан, ако се

не сложи са предлогом, да о томе обавести судију за малолетнике у року од осам дана од дана пријема обавештења.

Судија за малолетнике има на располагању две могућности. Може да усвоји предлог јавног тужиоца и донесе решење о обустави поступка. Ако се, пак, судија за малолетнике не сложи са предлогом јавног тужиоца за малолетнике, дужан је да у року од три дана затражи од већа за малолетнике вишег суда да о томе одлучи. Судија за малолетнике дужан је да тако поступи и кад се само орган старатељства не сложи са предлогом јавног тужиоца за малолетнике да се обустави поступак. Веће за малолетнике вишег суда доноси одлуку после саслушања надлежног јавног тужиоца за малолетнике. Оно може донети три врсте одлука: (а) да прихвати предлог јавног тужиоца и обустави поступак, (б) да одбије предлог да се поступак обустави, у ком случају је јавни тужилац за малолетнике обавезан да учествује у даљем поступку и тада има сва права која му као овлашћеном тужиоцу по закону припадају (чл. 70. ЗМ), и (в) да усвоји предлог јавног тужиоца али да обуставу поступка услови применом васпитних налога, када се примењују законске одредбе о условној обустави поступка, која представља засебан случај дискреционог гоњења.

Контрола гоњења кад се јавни тужилац за малолетнике руководи разлозима целисходности, садржана је у самим правилима поступка. О предлогу јавног тужиоца одлучује суд за малолетнике, у различитом функционалном саставу, што је валидна контрола јер је врши независан и објективан орган. Осим тога, законска правила о обустави поступка због нецелисходности, у складу су са Препоруком Р (87) 18 (види поглавље Ia таč. 6).

Условна обустава поступка.

Овај случај дискреционог гоњења новијег је датума, а установљен је Законом о малолетним извршиоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника из 2005. године. Сличан је условном покретању поступка. Наиме, из истих оних разлога због којих је пре покретања могао условно одложити кривично гоњење, по окончању припремног поступка јавни тужилац за малолетнике може предложити судији за малолетнике да обустави поступак, под условом да малолетник прихвати да испуни неки од три васпитна налога: 1) поравнање са оштећеним 2) редовно похађање школе или редовно одлажење на посао; и 3) бесплатан рад у хуманитарним организацијама или обављање послова социјалног, локалног или еколошког садржаја.

Условна обустава поступка уређена је аналогно условном покретању поступка према малолетнику, с тим што је прилагођена природи судског поступка и етапи у којој се већ започети поступак налази. Судија за малолетнике може да се сагласи с предлогом и да одреди било који законом предвиђени васпитни налог, а не само оне на

које је овлашћен јавни тужилац или које он предлаже. Приликом избора васпитних налога, судија за малолетнике треба да води рачуна да они буду прилагођени личности малолетника и приликама у којима живи, а такође да узме у обзир и спремност малолетника да сарађује у испуњењу васпитних налога. Кад је поравнање са оштећеним одређено као васпитни налог малолетнику, за његово извршење неопходан је пристанак оштећеног.

Ако се судија за малолетнике не сагласи са предлогом јавног тужиоца, дужан је да затражи одлуку већа за малолетнике. Ово веће може да одбије предлог, затим, да поступак обустави али да не одреди ниједан васпитни налог ако нађе да то није целисходно, а може предлог и да усвоји, кад поступа на исти начин као и судија за малолетнике. Надзор над спровођењем одређених васпитних налога врши орган старатељства.

Након одређивања васпитних налога, даља судбина започетог судског поступка према малолетнику, зависи од тога да ли је малолетник извршио васпитне налоге или није. Ако малолетник не изврши преузети васпитни налог или га изврши само делимично, али у оној мери која оправдава даље вођење поступка, судија за малолетнике је дужан да о томе обавести јавног тужиоца за малолетнике, који има обавезу да у року од осам дана од пријема тог обавештења поднесе образложени предлог за изрицање кривичних санкција. У супротном, ако малолетник у потпуности изврши преузети васпитни налог, о чему извештај подноси орган старатељства, судија за малолетнике је дужан да донесе решење о обустављању поступка и да о томе обавести оштећеног, који нема право да захтева покретање поступка.

У погледу контроле гоњења по начелу дискреционог гоњења и сагласности њеног законског уређења са одговарајућом препоруком Савета министара, важи све што је речено за претходно објашњени случај дискреционог гоњења.

ЛИТЕРАТУРА

- Bayer, Vladimir. 1969. *Jugoslavensko krivično procesno pravo*, knjiga I. Zagreb: Školska knjiga.
- Eisenberg, Ulrich. 2002. *Beweisrecht der StPO, Special Kommentar*. München: 4. Auflage, Verlag, C. H. Beck.
- Kern, E. and C. Roxin. 1976. *Strafverfahrensrecht*. München: 14. Auflage, Verlag, C. H. Beck.
- Pihler, Stanko. 1989. Neka pitanja u vezi sa načelom legaliteta u krivičnom pravu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1–3: 231–42.
- Бејатовић, Станко. 2009. Начело опортунитета кривичног гоњења у немачком кривичном процесном праву. У *Опортунитет кривичног гоњења*, 128–44. Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
- Васиљевић, Тихомир и Момчило Грубач. 2002. *Коментар Законика о кривичном поступку*. Београд: Службени гласник.

- Васильевић, Тихомир. 1981. *Систем кривичног процесног права СФРЈ*. Београд: Службени лист СФРЈ.
- Грубач, Момчило. 1995. *Кривично процесно право – Увод и процесни субјекти*. Београд: Службени гласник.
- Ђурђић, Војислав. 2009. Оправданост и сврха начела опортунитета кривичног гоњења. У *Опортунитет кривичног гоњења*, 13–28. Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
- Живановић, Тома. 1941. *Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права (поступка)*, други одељак. Београд: Геца Кон.
- Лазаревић, Љубиша и Момчило Грубач. 2006. *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*. Београд: Службени гласник.
- Лазин, Ђорђе. 2008. Принцип опортунитета у покретању поступка према малолетницима. У *Кривичноправна питања малолетничке делинквенције*, 169–82. Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
- Перић, Обрад. 2003. *Приручник за примену кривичноправних прописа о малолетницима*. Београд: Номос.
- Нирџан, Франђо и Младен Сингер. 1987. *Maloljetnici u krivičnom pravu*. Zagreb: Globus.
- Шкулић, Милан. 2009. Начело опортунитета кривичног гоњења и малолетничка делинквенција. У *Опортунитет кривичног гоњења*, 97–111. Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.

Vojslav Đurđić, Niš

DISCRETIONARY PROSECUTION OF JUVENILE OFFENDERS

Summary

The first part of the paper contains a general discussion on the principle of legality and the principle of opportunity in criminal prosecution, including definitions of terms as well as explanations of meaning, scope of application and relation between these principles. Further, the author analyzes all cases of discretionary criminal prosecution in juvenile criminal procedure proscribed by the Law.

Although the principle of legality is fundamental to the criminal prosecution in juvenile criminal procedure, the number of proscribed exceptions from this principle is constantly increasing, which contributes to the extension of scope of validity of the principle of discretionary prosecution. The paper initially examines legal conditions for application of the principle of discretionary prosecution prior to commencement of juvenile criminal proceedings: in the cases of minor criminal offences, when juvenile delinquent is serving imprisonment sentence and in the case of conditional commencement of the proceeding. The following analysis relate to the application of discretionary criminal prosecution in an ongoing proceeding. In the author's view, these are specific legal grounds for termination of proceedings. For these reasons, by author's interpretation, the proceedings are terminated either for on the basis expediency or conditionally.

Key words: criminal prosecution, the principle of legality, the principle of discretionary prosecution, juvenile criminal procedure, termination of procedure.