

мр Снежана Циглер
асистент Правног факултета у Новом Саду

ДИСКРЕЦИОНА ОЦЕНА КАО КРИТЕРИЈУМ РАЗГРАНИЧЕЊА НАЧЕЛА ЛЕГАЛИТЕТА И ОПОРТУНИТЕТА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА

Употрази за критеријумом разграничења начела легалитета и опортунитета, долази се до исходишта обавезе кривичног гоњења коју, иначе, установљавају оба начела. При томе се посебна пажња посвећује дискреционој оцени као језгру опортунитета. Разматрања о предмету, носиоцу и границама дискреционог одлучивања, указују на неоправданост њеног свођења на самовољу. Инсистира се на дистинкцији дискреционе оцено од других случајева слабије правне везаности. Правилно сагледане релације дискрециона оцена - слободна оцена доказа - тумачење права, омогућавају идентификовање оних зона слободнијег кретања тужилачког органа, које релативизирају начело легалитета, приближавајући га по својим ефектима начелу опортунитета, а често и злоупотребљавајући у те сврхе.

Кључне речи: *Легалитет. - Опортунитет. - Дискрециона оцена. - Слободна оцена доказа. - Тумачење права.*

I. УВОД

Развој југословенског кривичног процесног права показује да, ни у законодавству ни у теорији, није било колебања у погледу опстанка начела легалитета кривичног гоњења. Једино су девијације у пракси биле праћене захтевом за јачањем овог начела, посебно у вези са неким врстама кривичних дела. Начело опортунитета је углавном добијало негативан предзнак. Тек у најновије време наговештена је потреба за преиспитивањем постојећих решења и проширењем скромног броја уступака начелу опортунитета. Иако се у нашим условима не указује на такву дубину кризе коју начело легалитета кривичног гоњења доживљава у неким другим земљама, и иако нема радикалних захтева за његовим напуштањем, треба преиспитати функционалност оба начела у савременим условима.

Први корак у том правцу је њихово теоријско утемељење. Појмовно одређење и разграничење ових начела је важно, јер само онда ако знамо докле сеже правило а докле изузетак, можемо говорити о доми-

нантној струји у законодавству, о функционисању и тенденцијама у пракси или о заузимању исправног криминалнополитичког става *de lege ferenda*. Често се иза нашег неразумевања неке појаве крију терминолошки неспоразуми или непознавање њеног стварног дејства у пракси. Претензија је овог рада да да скроман допринос отклањању препрека такве врсте рационалном разматрању дилеме: опортунитет или легалитет кривичног гоњења.

Будући да се ради о контрарним или супротним појмовима (1), нужно је осветљавање њиховог међусобног односа, којег карактеришу не само елементи разликовања, већ и елементи сличности.

Под *начелом легалитета* кривичног гоњења подразумевамо *обавезу органа кривичног гоњења да врши функцију кривичног гоњења чим су испуњени законом предвиђени услови* (2).

Под *начелом опортунитета* кривичног гоњења подразумевамо *обавезу 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*.

Из наведеног произлазе три *заједничка* (обавеза кривичног гоњења, носилац обавезе кривичног гоњења и услови наступања обавезе кривичног гоњења) и један *демаркациони* елемент (исходиште обавезе кривичног гоњења).

Оба начела се ограничавају на функцију кривичног гоњења и одговарајући државни орган као њеног носиоца. Њима, дакле, нису обухваћени приватни и супсидијарни тужилац (3), нити функције откривања, пријављивања и пресуђивања кривичних дела. Оба почињу да делују тек са испуњењем законом одређених услова, стварне (одређен степен сумње да је одређено лице учинило одређено кривично дело) и правне природе (постојање свих елемената кривичног дела које се гони по службеној дужности, позитивне и негативне претпоставке гоњења), од начина чијег формулисања односно ширине зависи и обим заштите осумњиченог лица.

Суштински критеријум њиховог разликовања је, иначе, споран. Неки аутори га виде у обавези кривичног гоњења коју подразумева легалитет, и праву на гоњење, које даје опортунитет (4). Не бисмо се

(1) Гајо Петровић, *Логика*, Загреб, 1989, стр. 36.

(2) Ово одређење се уклапа у низ постојећих у домаћој и страниј процесној литератури, с том разликом што је прилично уопштено и упрошћено, тако да не обухвата неке допуске или прецизирајуће елементе који у њима редовно фигурирају. Иако немамо ништа против прецизности у праву, одустали смо од обогаћивања наше дефиниције, јер сматрамо да је, покривајући четири битна елемента овог начела, испунила захтеве адекватности и акуратности.

(3) Део теорије који их подводи под начело опортунитета, превиђа квалитативну разлику између њиховог нахођења, које је потпуно слободно, и нахођења државног органа, које има правне границе. Немају, међутим, право ни они који, свесни тих разлика, указују на два лица начела опортунитета: онај који се врши са аспекта јавних интереса (јавни тужилац) и онај са аспекта личних интереса (приватни и супсидијарни тужилац). Неприхватљивост овог става произилази из појма дискреционе оцене, која чини суштину начела опортунитета, а која *увек* припада јавном органу и врши се у *јавном интересу*.

(4) Тако нпр. Панта Марина, *О легалитету и опортунитету у кривичном гоњењу*, Правни живот 6-7/1972, стр. 4; Аугуст Мунда, *Učbenik kazenskoga postupka Federativne ljudske Republike Jugoslavije*, Љубљана, 1957, стр. 96; Никола Огорелица, *Казнено процесуално право*, Загреб, 1899, стр. 422.

могли са овим сложити. Наиме, и начело легалитета и начело опортунитета установљавају *обавезу* кривичног гоњења за надлежне државне органе (5). Разлика је само у томе што она код принципа легалитета наступа аутоматски (6), по испуњењу наведених законских услова, а код принципа опортунитета, након претходне оцене целисходности. Код принципа легалитета она извире директно из закона, код принципа опортунитета се изводи из назирања самог органа (7). Принцип опортунитета омогућава негоњење иако су испуњени законски услови, ако то захтева јавни интерес. Одмеравање интереса, иначе, треба да стоји иза сваког гоњеног кривичног дела, без обзира на ком начелу оно почива. Разлика је у томе ко то, када и на какав начин врши: сам законодавац приликом инкриминализације, на апстрактно-генералан начин или орган кривичног гоњења приликом предузимања конкретног гоњења, чиме му се омогућава да уважавањем околности конкретног случаја дезавуише иначе важеће кривично материјално право. Ако све ово што је речено прихватимо као тачно, а желимо најсажетије изразити разлику између ова два начела, учинићемо то помоћу појма дискреционе оцене (8), која чини језгро начела опортунитета.

Циљ овог прилога нам налаже нешто дуже задржавање на овом појму (9), иако би и сваки од наведених заједничких елемената заслужио посебну разраду. Наиме, разматрања о предмету, начину, носиоцу и границама дискреционог одлучивања нам се чине важним, јер тек у њиховом светлу, дискрециона оцена не изгледа више априори недемократска установа коју по сваку цену треба искоренити. Напротив, она ће, уз ефикасан механизам контроле, остати драгоцен инструмент у регулисању оних друштвених односа код којих треба очувати примат идеје сврсисходности. У том смислу, овај рад би требао допринети и демистификацији начела опортунитета према коме се теорија не ретко потцењивачки односи (10).

(5) Тако и Станко Пихлер, *Нека питања у вези са начелом легалитета у кривичном праву*, Зборник Правног факултета у Новом Саду 1-3/1989, стр. 235.

(6) Тако и Владимир Бајер, *Начело официјелности и начело легалитета прогона у кривичном процесу ФНРЈ*, Зборник Правног факултета у Загребу, 1956, стр. 22.

(7) Слично и Тихомир Васиљевић, *Систем кривичног процесног права*, Београд, 1981, стр. 121, који начело легалитета и опортунитета посматра са аспекта везе између наступања кривичног гоњења и воље јавног тужиоца.

(8) У употреби су и изрази: слободна оцена, дискрециона власт, слободна расуда, дискреционо право, дискрециона моћ, дискрециона акта, оцена целисходности. Више о терминолошком спору видети: Ђорђе Тасић, *О слободној оцени (дискреционој власти)*, Архив 3/1927, стр. 178; Јурај Андраши, *Начелна разматрања о слободној расуди*, Архив, 1928, стр. 102; Иво Крбек, *Дискрециона оцена*, Загреб, 1937, стр. 236-237.

(9) Како проблематика опортунитета није својствена само науци кривичног процесног права, ни дискрециона оцена није њен оригинални појам. Највише интереса за њега до сада је показала управноправна теорија, што је и разумљиво, с обзиром на релативно већу заступљеност овог института на овом подручју, као и на његове многобројне практичне реперкусије. Ту је учење о дискреционој оцени добило донекле чврсте контуре и потом, уз веће или мање модификације, преузимано у остале дисциплине јавног права.

(10) Можда је заблудама допринела и несрећно изабрана терминологија: негативан карактер придаван опортунитету под утиском општерг значења придава "опортун" (уз конфузију са пежоративном употребом "опортунизма"), је још више дошао до изражаја у опреци према изразу легалитет. Стога је умесан предлог за преименовање принципа легалитета у адекватније називе, као што су начело императив-

II. ШИРИ КОНТЕКСТ ПРОБЛЕМА: СТЕПЕН ВЕЗАНОСТИ ОРГАНА ПРАВНОМ НОРМОМ

Постављена на најширој основи, разматрања о дискреционој оценој воде нас ка веома суптилном питању оног вида примата законодавне над судском и управном влашћу или обрнуто, које се своди на проблем (не)везаности државног органа правном нормом. Разрешење ове старе дилеме наслућено је још у крилу грчке филозофије и њеној склоности да идеал човечанства пре тражи у влади најбољег закона, него у влади најбољег човека (11).

Но, потреба везивања државних органа правном нормом није апсолутног карактера. Између њихове потпуне правне везаности и потпуне неvezаности, као неприхватљивих екстрема (12), пружа се широка скала јачих или слабијих облика подвргнутости праву, којој одговара и право стање ствари. Управо у том међупростору слабије нормне везаности који омогућава стваралачку улогу примењивача права, ваља тражити и феномен дискреционе оценое.

Објективна основа креативности примењивача права произлази из немогућности потпуног остваривања тенденција кохерентности, потпуности и одређености правног система, којима тежи механизам хијерархијске повезаности правних норми (13).

Печат несавршености закону даје, пре свега, несавршеност језика, који је због своје метафоричности и вишезначности непоуздано средство за стварање строге мреже појмова и изражавање апстрактних мисли (14). Ипак, корене савремене кризе нормативног комуницирања не треба тражити искључиво у сфери језика и мишљења. Она је условљена и објективним друштвеним чиниоцима, пре свега, растућом сложеностју савремених политичких, економских и других процеса и односа, који траже компликованији правни поредак, а он се не да замислити без већег и самосталнијег деловања примењивача права. Ради се о немогућности предвиђања свих случајева, која прати и апстрактно и казуистично нормирање. У природи су система апстрактних норми две врсте празнина: услед нерегулисаности неких, иначе релевантних друштво-

ности (тако Станко Пихлер, *op. cit.*, стр. 235) или облигаторности кривичног прогона (тако Загорка Симић-Јекић, *Кривично процесно право СФРЈ*, Београд, 1983, стр. 69.

(11) Тако Аристотел: *Тко дакле налаже владавину закона, чини се како налаже владавину самих бога и ума; тко пак налаже да човјек влада, додаје и звијер*, Политика, 1988, стр.112.

(12) У поступку нормативне конкретизације права, "стваралац правног акта се увек креће у одређеном нормативном оквиру који никада не може да буде у целини одређен или неодређен" (Маријан Павчник, *Прилог расправи о примени права*, Правни живот 8-9/1985, стр. 777).

(13) Тако и Никола Висковић, *Појам права*, Сплит, 1976, стр. 210-218. О само релативној вредности ових тенденција пишу и Берислав Перић, *Правна знаност и дијалектика*, Загреб, 1978, стр. 145-146; као и Зоран И. Јелић, *Основи нормативне технике*, Београд, 1986, стр. 213-214.

(14) Тако Max Muller, *Einleitung in die vergleichende Religionswissenschaft*, 1876, стр. 316, наведено према Михаилу Ђурићу, *Мит, наука, идеологија*, Београд, 1989, стр. 39. Уосталом, "разграђивање" односно "криза појмова" је пратилац савремене научнотехнолошке револуције, којој у том погледу плаћају данак готово све области духовне стварности, па чак и математика.

них односа (због превида законодавца или због њихове накнадне појаве) и услед логичке неспособности апстрактне норме да садржи све елементе свих могућих реалних ситуација које се под њу могу подвести (15).

Дакле, мањкавости законодавца се донекле могу компензирати већим овлашћењем примењивача права (16). Нејасност, двозначност и противречност се отклањају тумачењем, а правне празнине њиховим попуњавањем. Осим тога, и најсавршенијој апстрактној норми, појединачна норма додаје нови нормативни садржај.

III. ПРЕДМЕТ И НАЧИН ВРШЕЊА ДИСКРЕЦИОНЕ ОЦЕНЕ

Сматра се да је битна карактеристика дискреционе оцене слобода избора између више алтернатива (17). Са становишта легалитета све алтернативе су једнако вредне и позитивно право у начелу не даје вршиоцу дискреционе оцене никакав путоказ, већ он бира сам, од случаја до случаја, по сопственом назирању. Околности којима се при том управља могу бити *ванправне* (разлози опортуности) или *правне природе*. Ови други моменти редовно нису позитивноправни (разлози правде или правичности), али то изузетно могу бити под условом да нису императивне природе (18).

Око овако одређених мерила за вршење дискреционе оцене постоји широк степен сагласности у теорији. У овом смислу дискрециона оцена се карактерише као врата у правној згради кроз која могу продорити ванправне мотивације (19). Она је, дакле, само једна илустрација продора "метајуристичких критеријума" у право (20), од којих Крбек помиње "моменте државне односно опште користи, социјалне, господарске, вагање опречних интереса (21), али и моралне, религиозне, добре обичаје (22)". До сличног закључка долази и Meier, који тврди да се дискреционом оценом врши један правнополитички задатак који

(15) Никола Висковић, *О нормативној дјелатности судова*, Зборник Правног факултета у Сплиту, 1965, стр. 228.

(16) Па ипак се у правној историји више пута пробијала догма о свеобухватном, непротивречном и затвореном правном систему, којој је одговарала и погрешна предоуба о примени права, нарочито функције суђења као аутоматској супсумцији. Модерна правна теорија је класичну концепцију примењивача права као *viva vox legis* почела потискивати на прелазу XIX у XX век.

(17) У теорији је било покушаја да се предмет дискреционе оцене одреди и са материјалног аспекта. Тако је по Bonardu то објект акта, по Walineu оцена онога што тражи фактичка ситуација (наведено према Иви Крбеку, *Дискрециона оцјена*, Загреб, 1937, стр. 272). Код нас Милан Петровић дискрециону оцену своди на слободу мотивације државног акта (*Правна везаност и оцена целисходности у теорији јавног права*, необ. докторска теза, Београд, 1979, стр. 90).

(18) Иво Крбек, *ibid.*, стр. 212.

(19) Тако Adolf Merkel, *Allgemeine Verwaltungsrecht*, 1927, стр. 152.

(20) Разлику између јуристичких и метајуристичких критеријума, Вуковић темељи на разлици између *gelten* (важили) и *wirken* (деловали): први важе, обавезују, док други само утичу (Михајло Вуковић, *Метајуристички критерији у правном поретку*, Правни живот 4/1971, стр. 7).

(21) Тако и Ђорђе Тасић: "Мерења интереса, уосталом, има свуда тамо, где се може говорити о слободној оцени (дискреционој власти)", Архив 3/1934, стр. 200.

(22) Иво Крбек, *op. cit.*, стр. 212.

нормално припада законодавцу. Отуда за њеног вршиоца важе иста мерила: одлучивање на основу разумног одмеравања интереса (23). Ову бисмо констатацију могли прихватити само условно. Наиме, ако законодавац и судија имају исту мисију (остварење правних односа у држави), и ако се вршење правосуђа схвата као њихова заједничка делатност, ипак се мора истаћи унеколико различит метод њиховог деловања: апстрактно-генералан и конкретно-индивидуалан (24).

IV. НОСИЛАЦ ДИСКРЕЦИОНЕ ОЦЕНЕ

1. Носилац дискреционе оцене с обзиром на субјекта овлашћења или субјекта обавезе (*Носилац дискреционе оцене је јавни орган а не приватно лице*)

Теорија нуди различите одговоре на питање коме припада слобода избора између више алтернатива у смислу дискреционе оцене. Ако пођемо од Висковићеве продубљене шеме структуре правне норме (25), у којој засебно место заузимају и њени адресати, можемо констатовати да дискрециону оцену не врши ни субјект овлашћења, ни субјект обавезе, већ државни орган (26), који као субјект надлежности сједињује у себи овлашћења и обавезе (27). Дакле, не подлежу режиму дискреционе оцене, а тиме ни њеним ограничењима, уживаоци субјективних права, чија се могућност потпуно слободног избора између вршења и невршења тог права, иначе не доводи у питање (28), ни субјекти тзв. алтернативних диспозиција (29), који су субјекти обавезе.

(23) Ewald Meier, Die Verfahrensgrundsätze der aargauischen Strafprozessordnung, (par. 24-30) vom 11. Nov. 1958, Zurich, 1971, стр. 48.

(24) Супротно Max Rumpf, који им приписује јединствен метод духовних наука, којег карактеришу индивидуални појмови, за разлику од генерализирајућих појмова односно метода природних наука ("Der Strafrichter" Bd. 1, Berlin, 1912, наведено према Станко Франк, *Развијање науке о нормативним обиљежјима бића кривичних дјела*, Архив 1934/4, стр. 291).

(25) Никола Висковић, *Структура правне норме*, Наша законитост 11-12/1971, стр. 833-847.

(26) На државном органу као вршиоцу дискреционе оцене инсистирају и Радомир Лукић, *op. cit.*, стр. 211 и Берислав Перић, *Структура права*, Загреб, стр. 26. Но, овакво одређење се показује уским када се као доносиоци управних аката јављају недржавне организације којима су поверена јавна овлашћења. Стога је боље користити термин јавна власт (тако Милан Петровић, *op. cit.*, стр. 67.)

(27) Овакво поимање надлежности као специфичне врсте правног овлашћења које је истовремено и правна обавеза, будући да је дато ради заштите туђег а не свог интереса, није спорно. Видети нпр. код Радомира Лукића, *op. cit.*, стр. 211 и 271.

(28) Тако Радомир Лукић, *ibid.*, стр. 270, али супротно у *Теорији државе и права*, књига II, Београд, 1954, стр. 85; и Иван Мелвингер, *Увод у право*, стр. 323.

(29) Тако исправно Радомир Лукић, *Увод у право*, 1968, стр. 210-211 и Берислав Перић, *op. cit.*, стр. 27; помало је конфузан у том смислу Фуад Мухић, *Теорија права*, Сарајево, 1983, стр. 79. Иначе, сви они који вештачки шире појам дискреционе оцене и на ове случајеве, морају при том поћи од извесне унутрашње диференцијације, и признати најмање још две разлике (не)ограничености јавним интересом и (не)установљавање обавезног понашања за трећа лица (тако, нпр. Иван Мелвингер, *op. cit.*, стр. 324.)

2. Носилац дискреционе оцене с обзиром на поделу државних функција

а) *Носилац дискреционе оцене је јавни орган који доноси појединачна акта (Непостојање дискреционе оцене при законодавству)*

Полазећи од извора дискреционе оцене, који се налази у немогућности потпуног остварења принципа одређености, неки аутори протежу дискрециону оцену на све случајеве релативне слободе стварања нормативног садржаја. Тако се закључује да "дискреционе власти има у целом правном органу, у толико више у колико орган стоји више јерархијски, највише дакле, код законодавца (30)". При томе би дискрециона оцена законодавца надмашивала његову уставноправну везаност, за разлику од судства, где би законско везање било израженије, док би при управи они били уравнотежени (31).

Иако не поричемо велику слободу кретања која је иманентна законодавном органу (32), приклањамо се оним схватањима која негирају постојање дискреционе оцене код доносиоца општих правних норми (33). На то нас наводи управо неупоредиво већа слобода законодавног органа од оне коју пружа дискрециона оцена; то произлази и из разлике политичког и правног суда; оба су вредносна, али је први арбитрарнији од другог (34). Не бисмо, дакле, могли рећи да су правна везаност и оцена целисходности "основни модалитети целокупне државне делатности (35)". Они су релевантни само у сфери *ауторитативног* иступања државних органа у *појединачним* случајевима, односно при доношењу индивидуалних аката. Тиме су, поред доносиоца општих аката, "дисквалификовани" и државни органи када не иступају са позиција *impregiuma* него *fiscusa*, као и сви недржавни органи чија појединачна акта немају ауторитативни карактер.

б) *Распрострањеност дискреционе оцене при управи (36)* *и судству (Квантитативне разлике)*

Старија правна теорија, која материјално-функционални критеријум разграничења управних и судских (37) аката види у степену

(30) Ђорђе Тасић, *О слободној оцени (дискреционој власти)*, Архив 1-2/1927, стр. 381.

(31) Ова би констатација стајала само ако би се говорило о слабијој правној везаности уопште, а не о дискреционој оцени.

(32) А која утолико више добија на значају ако се има у виду да је хијерархијско-ступњевана повезаност правних норми одраз односа економско-политичке моћи субјекта нормирања, а не само формалистички схваћеног "саморегулирајућег процеса" у духу Меркл-Келзенове теорије.

(33) Тако Иво Крбек, *op. cit.*, стр. 74; Радомир Лукић, *op. cit.*, стр. 211.

(34) Тако Станко Пихлер, *Право као политичко средство*, Социолошки преглед 2-3/1970, стр. 244.

(35) Милан Петровић, *op. cit.*, стр. 12.

(36) С обзиром на претходно везивање дискреционе оцене за државне органе а у контексту тројне поделе државних функција, уместо наведеног, могао би се очекивати наслов: управни и судски орган као вршиоци дискреционе оцене. Од овога смо одустали због немогућности идентификовања органа и одговарајуће врсте аката, као и због теоријски још увек неизграђеног појма управног акта, који, очигледно може потицати и од неуправних органа. С друге стране, неадекватно је један персонални елемент (вршилац дискреционе оцене) везивати за објекат (врсту правног акта). Принуђени на компромис, остали смо при именицама управа и судство, у односу на које се ови пригово-

везаности законом, сматра дискрециону оцену битном ознаком управе, а негира је при судству. Тврди се да принцип који регулише рад управе није право и правда већ потреба и целисходност, да правна норма није темељ него ограничење иначе слободног управног деловања, да закон за управу није циљ него само средство (38). И Јеринг гради разлику између судства и управе на разлици између две противречне идеје: по природи везане праведности и по природи слободне целисходности (39).

Будући да ова схватања почивају на две карикатуре: управе, са претераним слободним деловањем, и судства са претераном нормном везаношћу, њихово разобличавање иде у два правца, сливајући се у закључак о непостојању принципијелно различитог односа према праву. Наиме, дискрециона оцена се као један од облика примене права и сама темељи на правном поретку, разликујући се од строге везаности "само по одређеном, самим правним поретком допуштеном слободнијем кретању суца односно управника (40)". Наглашавању ове везе управе с правом, придружило се, с друге стране, указивање на могућност слободног кретања суда, чиме су срушени темељи старог схватања. Оно је остало да важи само за један историјски тип државе, апсолутистичко-полицијске, где управа заиста није била подвргнута правним нормама, или су оне за њу имале само секундаран и негативан значај.

Но, иако данас нико озбиљан не негира постојање дискреционе оцене при судству, реликти старе немачке теорије су се задржали у схватању о квалитативној разлици између управне и судске дискреционе оцене. Ми мислимо да се историјски моменти, савремене тенденције, учесталост и преовлађујући критеријуми примене управне и судске дискреционе оцене, ипак могу сматрати само градуелним разликама.

V. ГРАНИЦЕ ДИСКРЕЦИОНОГ ОДЛУЧИВАЊА

Дискрециона оцена не представља апсолутну слободу, већ слободу унутар правом одређених граница. Невезаност правном нормом постоји само у материјалном, али не и у формалном смислу. То значи да слободе избора нема у погледу надлежности, граница овлашћења, циља, материјалноправних услова, правила поступка и утврђивања чињеница (41). С друге стране, ни сам избор између више алтернатива

ри, мада помало натегнуто, ипак могу избећи.

(37) Југословенска доктрина која се бави проблемом разграничења склона је говорити о судском, а не правосудном акту. Било би боље следити француску дистинкцију између "l'acte judiciaire" и "l'acte juridictionnel", при чему први означава акт суда, а други акт као еманацију одређене државне функције - правосуђења, независно од органа од кога потиче.

(38) Hubler, *Die Organisation der Verwaltung*, 1918, стр. 10; наведено према Милков Драгану, *Појам управног акта*, необј. докт. теза, Београд, 1983, стр. 260.

(39) Рудолф Јеринг, *Циљ у праву*, Београд, 1894, стр. 269. Ни неки наши писци нису остали имуни на оваква схватања (тако Данило Данић, *О судској власти*, Београд, 1932, стр. 7.).

(40) Иво Крбек, *op. cit.*, стр. 69.

(41) Драган Милков, *Управно право*, Београд, 1980, стр. 27; Слично и Милан Ст. Недков, *Слободната оценака при донесуването на управните акти и нивната контрола*, Правна мисла 2/1965, стр. 56. Новија управноправна теорија с правом пориче постојање

није потпуно слободан. Он, додуше, није подвргнут правним, али јесте правилима сврсисходности. Из самог појма државног органа као вршиоца дискреционе оцене произлази немогућност потпуно арбитрерног одлучивања. Зато се дискрециона оцена не сме поистоветити са самовољом. "Самовољно поступати", пише Крбек, "значи покретати се моментима страним јавном интересу, јавном добру, јавној служби итд, значи испасти из круга јавне функције и радити по својој личној каприци и мушицама (42)". Зато се често наглашава моменат дужности, по коме се дискрециона оцена разликује од поступања приватног лица. Паралела између легалности, опортуности и арбитрерности дала би се свести на то да је у првом случају одлучна воља закона (генералност), у другом конкретна ситуација (конкретност), а у трећем воља односног лица (субјективност) (43).

Дискрециона оцена се може изродити у самовољу онда када се оцена целисходности врши на начин који није примерен ствари. У том случају, треба обезбедити заштиту од самовоље као заштиту од неисправних мотива државних органа. Неки писци говоре о уставом загарантованој слободи од самовоље као субјективном јавном праву на вршење дискреционе оцене примерено ствари (44).

VI. РАЗГРАНИЧЕЊЕ ДИСКРЕЦИОНЕ ОЦЕНЕ ОД ДРУГИХ СЛИЧНИХ СЛУЧАЈЕВА РЕЛАТИВНЕ СЛОБОДЕ КРЕТАЊА ПРИМЕЊИВАЧА ПРАВА

Дискрециона оцена је само један од облика слабије правне везаности, кога треба разликовати од других сличних случајева релативне самосталности примењивача права. Понављање ове размисли чини нам се значајном управо с аспекта начела легалитета и опортунитета кривичног гоњења, будући да је кривично процесна теорија у том смислу склона конфузији.

1. Тумачење права

Ако је тумачење делатност којом се утврђује значење (смисао) неке материјалне појаве (знака) (45), онда тумачење права није ништа друго него утврђивање тачног (или правног) значења, смисла правних норми, односно један облик њиховог разумевања заснован на унапред утврђеним правилима (46).

Идеално би било када би се поклопило значење које знак има по договореном кодексу значења, које му придаје субјект-одашиљач и субјект-прималац знака. Ако се то деси, отпада потреба за тумачењем као посебном техником, која се врши по одређеним правилима и захтева посебно знање (47). Но, остаје тумачење као свакодневна, неприметна

дискреционих аката и говори о управним актима који су делом везани а делом слободни.

(42) Иво Крбек, *op. cit.*, стр. 233.

(43) Слично и Иво Крбек, *ibid.*, стр. 234.

(44) Милан Петровић, *op. cit.*, стр. 181.

(45) Радомир Лукић, *op. cit.*, стр. 318.

(46) Зоран И. Јелић, *op. cit.*, стр. 256.

и несвесна делатност, која прати процес сазнавања и примене сваке правне норме.

Поступак тумачења састоји се из две тезе: утврђивања језичког и правног значења правне норме. При томе, кретање тумача може бити више-мање слободно, с обзиром на циљ и употребљена средства изналажења поменутих значења. Ипак, три су обележја по којима се дискрециона оцена разликује од тумачења.

а) Узрок слободе кретања

Дискрециона оцена претпоставља јасну и одређену норму, за разлику од тумачења, које је утолико потребније, уколико је норма нејаснија и неодређенија. Док се тумачење јавља само као нужно зло у процесу примене једног несавршеног права, дискрециона оцена је свесно дато овлашћење због немоћи законодавца да своје методе прилагоди потребама конкретног случаја и признања да ће захтевима сврсисходности боље од њега удовољити примењивач права.

б) Исход слободе кретања

Дискрециона оцена увек подразумева бирање између више унапред датих алтернатива које су, правно посматране, једнако вредне. Таква слобода избора недостаје тумачу права, пред чијим очима, додуше, искрсава више могућности, али од кога се тражи да остане при оној која је у интенцији закона односно законодавца (48). Свако тумачење, дакле, претпоставља већ садржани исход који се само има утврдити (49).

Можда је најбоље да се у критици (50) својења дискреционе оцене на тумачење послужимо Крбековим речима: "Због тога што се нека интерпретација правне норме тешко проводи, што увјетује извјесно субјективно дјеловање интерпретатора, она се још никако не претвара у вршење дискреционе оцјене. За појам дискреционе оцјене није одлуч-

(47) Валтазар Богишић је то једноставно изразио у чл. 84. Општег имовинског законика за Црну Гору: "Што свако једнако разуме, томе тумача не треба".

(48) Зависно од тога дали се залажемо за тзв. субјективно или објективно тумачење. Тако и Иво Крбек, *op. cit.*, стр. 39, Јурај Андраши, *op. cit.*, стр. 104-105; Ксенија Турковић, *Official Discretion and the Principle of Legality*, Зборник Правног факултета у Загребу 5-6/1990, стр. 717.

(49) Неки, међутим, не виде принципијелну разлику између дискреционе оцене и тумачења, јер је и према овом последњем могуће више различитих решења. Тако Тасић, позивајући се пре свега на слободно, еволуционистичко тумачење, "једно једино једнозначно решење" као и "јединствену законодавчеву вољу" проглашава фикцијом, тврдећи да и при тумачењу играју улогу моменти зависни од "индивидуалног оцењивања, личног укуса, социјалних и политичких гледишта, од наших погледа на свет" (Архив 1-2/1927, стр. 18-183). Сличне ефекте помиње и Висковић, који сагледава тумачење у светлу комуникацијског приступа праву. Од три групе фактора који утичу на састављање и тумачење правних порука, он истиче тзв. субјектне ситуације као најслабије предвидиве. Због тога посматра комуникацију као релативно "отворен процес" а поруке као "отворене текстове" који се не могу потпуно детерминисати кодовима, због чега имају променљива значења (*Језик права*, Загреб, 1989, стр. 20-23).

(50) Најважнија консеквенца доследног подвајања ових случајева се у сфери управне дискреционе оцене огледа у искључењу судске контроле над правилним избором алтернатива, а подвргавањем под њу тумачења као чисто правне операције.

но, да постоји неки велики упитник, како се има ријешити одређени конкретни случај, већ је одлучно по чијим се интенцијама има ријешити тај упитник (51)". Према томе, о дискреционој оцени се може говорити само онда ако се случај решава према индивидуалном начелу самог органа, коме је препуштен избор између више алтернатива. Дискреционе оцене нема ако се мора ићи за вољом закона или објективном вољом другог фактора.

в) Метод деловања

Избор између више алтернатива код дискреционе оцене се врши индивидуално-конкретно. Смисао дискреционе оцене и јесте обезбеђење најприкладнијег решења у поједином случају. Отуда једном изабрана алтернатива нема карактер преседана. Сваки тумач права, међутим, делује поводом неког конкретног случаја, али утврђује смисао норме за све такве случајеве *in abstracto* (52)".

Законитост постепене апстракције у историјском развоју права (53) и тенденција напуштања примитивног казуистичког метода резултирале су и појавом неодређених (нормативних, вредносних, оцењујућих) појмова. Њихова растезљивост рађа дилему о интенцији законодавца, јер остаје нејасно да ли је за њихову примену меродавна воља закона, коју је само теже утврдити или се примењивач права хтео овластити на дискрециону оцену у смислу избора између више алтернатива. Око овог "камена спотицања" временом су се искристалисала два супротна схватања. Велика је Тезнерова заслуга што је оборио тезу о неодређеним појмовима као облашћењу на дискрециону одлуку и доказао да они спадају у круг правно везаних ствари, чији смисао се утврђује тумачењем и који подлежу управној судској контроли (54).

Из широког круга неодређених појмова издвајају се правни стандарди. Ради се о инструментима правне технике за које је знало још римско право, мада је сам термин релативно нов. Рунд истиче три битна обележја стандарда: а) садрже морални суд о понашању; б) не захтевају тачну примену него суд здравог разума или извежбану интуицију; ц) нису апсолутно обликовани: релативни су према месту, времену и околностима, те их треба применити водећи рачуна о чињеницама конкретног случаја (55).

(51) Иво Крбек, *op. cit.*, стр. 41.

(52) Слично и Будимир Кошутин, по коме је таква природа тумачења у крајњој линији одређена општошћу као обележјем права (*Судска пресуда као извор права*, Београд, 1973, стр. 131.)

(53) Алберт Вајс, *Неке специфичне законитости у историјском развоју права*, Зборник радова из правне историје посвећен А. Бајсу 1966, стр. 17.

(54) Friedrich Tezner, *Rechtslogik und Rechtswirklichkeit*, Wien - New York, 1986, стр. 137 и даље. Постоје и компромисне теорије које посредују између ова два екстремна гледишта, мање више нагињући једном од њих. Тако су код нас Тасић (*О слободној оцени (дискреционој власти)*, Архив 1927/4, стр. 373), Крбек (*Дискрециона оцена*, стр. 370), Лукшић (*Увод у право*, стр. 209) и Поповић (*О судској контроли неодређених појмова*, Зборник Више управне школе у Загребу 1982/11, стр. 144) на становишту да неодређени појам сам по себи не овлашћује на дискреционо одлучивање, али да то изузетно може чинити, при чему је одлучна интенција законодавца.

(55) Навод према Станко Франк, *Стандарди и директиве у казненом праву*, Архив 5-6/1939, стр. 424.

Стандард не подноси механичку примену, гибак је и прилагодљив, те погодан у оним областима где је флексибилност важнија од правне сигурности. За правни стандард је, дакле, битно садржајно прилагођавање са обзиром на конкретне околности, при чему се не мења његова суштина. Он је неодређен на апстрактно-регулативном нивоу, али одредив у контакту са конкретним друштвеним односом (56). Штавише, у сваком конкретном случају одговара само један тип понашања, док је свако друго противправно (57).

Неодређени појмови и правни стандарди, дакле, искључују слободу избора, због чега подлежу режиму тумачења а не дискреционе оцене.

2. Попуњавање правних празнина

Проналажење правне норме у циљу попуњавања правних празнина, такође подразумева слободу бирања између више алтернатива. Оно се, међутим, од дискреционе оцене разликује по томе што полазећи од конкретног случаја трага за решењем које ће вредети и у свим будућим (58). Другим речима, избор се врши апстрактно-генерално. Делатност судије је ту слична делатности законодавца (59), мада не и истоветна, јер је судија ограниченији (60), и то утолико више уколико је изграђенији целокупни правни систем. Судија који проналази правну норму је везан његовим духом, и само га употпуњује и надограђује (61). Даље, док су алтернативе између којих бира вршилац дискреционе оцене унапред правно утврђене, проналазач правне норме ће их сам конструисати.

3. Слободна оцена доказа

Овде морамо поћи од подвајања чињеничних и правних питања (62). Чињенице се утврђују помоћу доказа (63), који се у савременим правима слободно цене. Начело слободне оцене доказа омогућује судији да закључак о (не)постојању неке чињенице изведе из свог слободног уверења, а не из законом унапред одређене вредности појединих доказа.

(56) Маријан Павчник, *Друштвени стандард као формативни чинилац права*, Правни живот 4/1983, стр. 474.

(57) Радомир Лукић, *op. cit.*, стр. 209.

(58) Иво Крбек, *op. cit.*, стр. 40. Супротно Михајло Вуковић (*Интерпретација правних прописа*, Загреб, 1953, стр. 30), који преузима схватање неких страних писаца о томе да пронађено правило не важи уопште, већ само за поједини случај.

(59) То се најбоље види из чл. 1 швајцарског ГЗ из 1907, који најпре овлашћује на употребу обичаја ради попуњавања правне празнине, а ако њих нема суд ће одлучити по правилу које би он сам поставио да је законодавац.

(60) Будимир Кошутих, *op. cit.*, стр. 131.

(61) Слично размишља и Михајло Вуковић, *op. cit.*, стр. 30.

(62) Иако се ради о основним реквизитима свакодневне судске делатности који подлежу различитим режимима, теорија и судска пракса нису изградиле принципијелан став према проблему њиховог разграничења. Ми се овом приликом нећемо упуштати у све реперкусије које ова проблематика може ностити, нити у различите приступе њеном решавању. Више о томе видети код Младена Грубише, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Загреб, 1980, стр. 161.

(63) Дамашка и Златарић истичу само инструменталну, али не и феноменалну разлику између доказа и чињеница, *op. cit.*, стр. 46.

При томе се може говорити само о релативној слободи кретања судије, чија оцена, додуше, није спутана правним прописима, али чије интимно уверење није потпуно субјективно и арбитрерно. Будући везан законима људског мишљења и правилима искуства, његова оцена мора бити логична и разумна, подвргнута контроли странака и вишег суда, и због тога образложена. Осим тога, неvezаност правним прописима се односи само на последњу карику у ланцу доказивања - тезу оцене, али не и наступања и извођења доказа.

Чињенице су строго објективне: оне или постоје или не постоје, а то не може зависити од нечије дискреционе оцене. Слободно судијско уверење на коме почива оцена доказа не имплицира никакву слободу избора, што је карактеристично за дискрециону одлуку. Исте чињенице и докази могу водити само једном уверењу као исправном, сва остала су неисправна (64).

Дискрециона оцена се односи само на правна а не и на чињенична питања, која претпоставља као већ утврђена. Она управо овлашћује да се на основу истог чињеничног стања донесу различите правне одлуке. Стога је погрешно поистовећивати је са слободном оценом доказа, где је такође субјективни моменат прилично јак (65). Конфузији доприносе тешкоће које су некад знатно веће у сфери утврђивања чињеница, него у примени права у ужем смислу, као и тесна веза између ова два процеса, при чему су границе између њих понекад врло флуидне.

VII. ЗНАЧАЈ ПРЕЧИШЋАВАЊА ПОЈМА ДИСКРЕЦИОНЕ ОЦЕНЕ ЗА РАЗГРАНИЧЕЊЕ НАЧЕЛА ЛЕГАЛИТЕТА И ОПОРТУНИТЕТА

На терену кривичног процесног права наведена разграничења губе нешто од свог практичног значаја, који се другде намеће због специјалног управноправног проблема судског преиспитивања одлука. Она нам се, ипак, чине неопходна у контексту појмовног одређења начина легалитета и опортунитета кривичног гоњења. Наиме, дискрециона оцена може послужити као одлучујући критеријум њиховог разликовања само у свом пречишћеном и издиференцираном облику. Неоправдано широка схватања која под дискрециону оцену подводе и друге случајеве релативне слободе кретања примењивача права, могу допринети само још већој конфузији. Она је, међутим, непожељна не само због теоријских већ и практичних импликација. Нама се управо правилно сагледане релације дискрециона оцена - тумачење права и дискрециона оцена - слободна оцена доказа, чине плодноносним ради тачног омеђавања начела легалитета и опортунитета.

(64) Тако и Јурај Андраши, *op. cit.*, стр. 106.

(65) Прилично распрострањену заблуду о чињеничном питању као предмету дискреционе оцене, Крбек објашњава преоштрим и неисправним појмовним супротстављањем управног судовања и дискреционе оцене. Наиме, измицање судској контроли се сматра битном ознаком дискреционе оцене, а будући да неки управни судови при контроли легалности нису улазили у чињенична питања, погрешно се закључивало да се при утврђивању чињеничног стања врши дискрециона оцена (*op. cit.*, стр. 137.)

Показује се, наиме, да ни најстрожа владавина начела легалитета није лишена извесног слободног кретања органа кривичног гоњења. Та је слобода везана за услове наступања обавезе кривичног гоњења, који су заједнички за оба начела. Она је присутна како у сфери чињеничних, тако и у сфери правних питања.

а) С једне стране, приликом утврђивања постојања основане сумње, када орган гоњења најпре диктира интензитет прикупљања доказа односно неформалних извора сазнања, слободно опредељујући њихов број, врсту, редослед и темпо, а затим их слободно и цени. Ова зона тужиочевог субјективизма није могла остати непримећена у теорији. Но, греше они који јој приписују дискрециони карактер и наводе као доказ поистовећења легалитета са опортунитетом (66). Ми се придружујемо схватању по коме је овај "Beurteilungsspielraum" иманентан тужиочевој функцији, али нема квалитете дискреционог одлучивања. Тако се има схватити и Васиљевићева опаска да начело легалитета искључује оцену политичког али не и процесног опортунитета гоњења (67). Свако утврђивање постојања стварних услова подразумева одмеравање шанси за осуду и при повољној прогнози доказивања учинилаштва и одговорности настаје обавеза прогона. Јавни тужилац не би могао имати интереса за подизање оптужби које ће се касније показати непотребне у светлу изречене ослобађајуће пресуде од стране суда. Не само да би то противречило интересу процесне економије, него би у извесном смислу угрозило једнакост грађана пред законом. Неки аутори се изјашњавају против начела "in dubio pro geo" у овој области, па у двојбеним случајевима дозвољавају да јавни тужилац ипак нагиње покретању а не обустави поступка.

б) С друге стране, слободно деловање органа гоњења прати и процес примене права у ужем смислу. Одлука о кривичном (не)гоњењу подразумева претходно правно квалификовање дела. Будући да се систем инкриминација не може увек похвалити јасним, одређеним и прецизним диспозицијама, настаје потреба за тумачењем, које на својеврстан начин шири тужиочева овлашћења.

Осим тога, ако напустимо традиционално поимање супсумције као неке врсте аутоматизма, видећемо да она увек (а не само у присуству неодређених и вишезначних појмова) ствара тужиоцу одређене тешкоће, а тиме отвара и "слободне зоне" ради њиховог отклањања. Тако Engisch, полазећи од бића супсумције као изједначавања, тврди да се може супсумирати само исто под исто, те да је сврставање реалног појединачног случаја под један појам логички нонсенс (68). Ако се, дакле, само појам може супсумирати под појам, онда и факат мора добити облик појма, иначе се не може спознати (69). Ако супсумција

(66) Тако Ewald Meyer, *op. cit.*, стр. 39; O.A. Germann, *Zum strafprozessrechtlichen Legalitätsprinzip*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1/1961, стр. 9.

(67) Тихомир Васиљевић, *op. cit.*, стр. 122. Слично и Тома Живановић, *Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права*, Београд, 1941, стр. 122.

(68) Karl Engisch, *Добијање конкретних правних пресуда на темељу правног начела - особито проблем супсумције*, Правни вјесник 1-2/1988, стр. 183.

(69) Са овим су у складу и нека Хегелова размишљања: "Имати мисао права значи бити образован за мишљење а не више задржавати се у пуко чулном; предмети се морају

конкретног садржаја под један појам није ништа друго до сврставање тог случаја у класу случајева дефинисаних апстрактним чињеничним стањем правне норме, онда се увек изнова намеће питање да ли се они могу изједначити и јесу ли одступања битна. Показује се да је идеал потпуне детерминисаности какву имплицира начело законитости фиктиван. Ради се о томе да ни горња ни доња премиса формалнолошког суда нису потпуно дате (70).

Да закључимо: јавни тужилац је, независно од важећег начела кривичног гоњења, далеко од тога да фунгира као оптужени аутомат, извесна слобода кретања која произилази из природе његове функције не може се поистоветити са дискреционом оценом. У најбољем случају, тиме се може доказивати да дискреција коју подразумева опортунитет не би била ни прва на једина у спектру већ постојећих тужиоачких слобода, које би чиниле "природан амбијент" за случај њеног инаугурисања. У том смислу, могло би се говорити о једном тренду ширења овлашћења примењивача права, као изразу немоћи законодавца да своју регулативу прилагоди особеностима конкретног случаја.

С друге стране, не треба сметнути с ума да се те друге зоне слободног деловања, иако различите по циљу, ширини овлашћења и правној природи, понекад приближавају дискреционом одлучивању по стварним ефектима, а понекад и злоупотребавају у те сврхе. Тако нпр. није искључено да орган гоњења, манипулишући бројем, врстом и оценом доказа (71), или пак произвољним тумачењем генералних клаузула (72) и правних стандарда, доведе до одбачаја пријаве, односно издејствује обуставу поступка и тамо где постоје стварни и правни услови за гоњење. Штавише, показало се да је стварност нешто сасвим друго од прокламованих вредности, да је она немилосрдно изобличила начело легалитета, чији ауторитет је највише поткопан сазнањем да оно не гарантује безусловну примену права у сваком случају. У том

прилагодити форми опћенитости и себе исто тако усмјерити у вољу према нечему опћенитом" (*Основне црте филозофије права*, Сарајево, 1989, стр. 337).

(70) Boštjan Zupančič, *Nekaj misli o načelu zakonitosti*, Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 1/1980, str. 29.

(71) Занимљиви су закључци до којих је дошао Klaus Sessar у анализи рада западњонемачких тужилаштава. Испитујући однос обима доказа и тежине кривичног дела у случајевима непостојања признања окривљењем, он констатује да се код тежих дела изводи сразмерно мањи број доказа који знатно доприноси њиховом расветљавању, и обрнуто, већим бројем радњи доказивања код лакших дела се настоји доказати управо то да нема довољно доказа за подизање оптужбе (*Legalitätsprinzip und Selektion, Zur Ennützungstätigkeit des Staatsanwalts* у: Goppinger, Kaiser, *Kriminologie und Strafverfahren*, Stuttgart, 1976, стр. 155).

(72) Често се као пример наводи установа незнатне друштвене опасности. На први поглед, пракса војвођанских јавних тужилаштава не даје основа за закључак о спремности на злоупотребе ове установе, будући да се не користи у довољној мери. Тако је из годишњег извештаја о раду Покрајинског јавног тужиоца за 1991. видљиво да су општинска тужилаштва нпр. у Кикинди, Бачкој Паланци, Апатину, Инђији и Белој Цркви у последње две године одбацили укупно 571 пријаву, али ни у једном случају по основу чл. 8. ст. 2. КЗЈ; изузетак је тужилаштво у Новом Саду, које је посегнуло за применом ове установе у 25% случајева. Ово не можемо објаснити другачије до фактичком селекцијом коју пре тужиоца врши орган унутрашњих послова при откривању и пријављивању деликта.

смислу могу се чути приговори начелу легалитета да представља само фасаду иза које се крије значајно фактичко опортунирање. У сваком случају, ако је извесна селекција неопходна са становишта нормалног функционисања хронично преоптерећеног кривичног правосуђа, треба је инситуционализовати. Ако пракса показује склоност ка недоследној примени начела легалитета, боље је санкционисати је, него жмурећи прелазити преко ње. Законодавац се сам потискује у други план када прописује апсолутну обавезу гоњења, коју примењивачи права очигледно нису у стању да испуне. Декларисањем строгог легалитета, законодавац се одриче могућности да сам повуче границе стварно постојеће, а некад и неопходне селекције.

Начин и обим прихватања легалитета и опортунитета кривичног гоњења варира према низу фактора, као што су правна идеологија, политичка, уставна и правна традиција, позиција тужилачких органа, а пре свега материјално кривично право, односно његова крутост или еластичност. Ако се легалитет схвати као правило, потреба за опортунитетом као изузетком ће се јавити онда када друге установе материјалног или процесног права не обезбеђују довољан степен заштите одређеног јавног интереса. То најбоље илуструје установа незнатне друштвене опасности, која је као сигурносни вентил у сфери багателног криминалитета, спречавала озбиљније преиспитивање оправданости начела легалитета. Питање је, међутим, колико је та категорија логички исправна и да ли ће кривични законодавац и даље остати при њој. У случају негативног одговора, излаз би се морао потражити у ширењу круга изузетака од начела легалитета, или у извесном опортунирању.

Иначе, позитивна права данас ретко знају за искључиво важење легалитета или опортунитета. Тамо где би инсистирање на доследној примени важећег начела уродило негативним ефектима, прибегава се његовим ограничењима и изузецима. Могло би се чак говорити о тенденцији приближавања ових, некад оштро супротстављених начела. Томе доприносе све присутнији захтеви за предвидљивошћу тужилачких одлука у "опортунитетским" земљама, као и за све већим разводњавањем начела легалитета (73). Корективне мере које из тога резултирају (смернице ради уједначеног коришћења опортунитетских овлашћења; одступања од начела легалитета), су својеврстан доказ потребе за комбиновањем позитивних ефеката сваког од начела. Осим тога, приметно је настојање сваког од система да се, њему примереним инструментима, уклопи у општу тенденцију диверзије (скретања кривичног поступка). Иако немамо амбицију да се овом приликом категорички изјашњавамо у прилог било ког од њих, мислимо да идеју опортунитета не би требало априори одбацивати: ради се о једном легитимном (74) овлашћењу, које има своје границе, подложно је

(73) Најилустративније је западнонемачко право, почев од тзв. Емингерове реформе 1924. године, па до последње процесне новеле 1987. године, прокламовани принцип легалитета је до те мере отупљен бројним изузецима, да се с правом поставља питање његове животности.

(74) Оба начела имају подједнако право на опстанак са аспекта правне државности и спојивости са неким другим општеприхваћеним начелима материјалног и процесног права. Опширније о томе, Снежана Циглер, *Однос начела легалитета и опортунитета*

контроли, и захваљујући неким правним или ванправним моментима, сасвим добро функционише у многим земљама и доприноси сузбијању криминалитета.

(Примљено 13. октобра 1994)

Mr. Snežana Cigler

Assistant at the Faculty of Law in Novi Sad

DISCRETIONARY EVALUATION AS A CRITERION OF DELIMITING THE PRINCIPLES OF LEGALITY AND OPPORTUNITY OF CRIMINAL PROSECUTION

Summary

In contrast to the general opinion according to which the notions pair - legality and opportuneness is reduced to the difference between the duty and the right of criminal prosecution, the author emphasizes in the present article that both principles establish the obligation as to criminal prosecution. The only difference is found in the final results, namely: in case of legality it comes up automatically, while, after statutory requirements have been met, the statute becomes its direct source; in case of opportuneness there is a need of preliminary evaluation of suitability, so that it is a result of the activity of the state agency. The difference at issue may be best expressed by using the notion of discretionary evaluation, which makes, in fact, the essence of the principle of opportuneness.

The author considers also the subject matter, way, subject and limits of discretionary decision-making, so that such kind of deciding does not appear as an undemocratic institution which would eventually be held down in future development of law in this field. In such a way the present article should contribute to demystification of mentioned principle, which has quite often been heavily criticized in theory.

Discretionary evaluation may serve as a deciding criterion of delimiting the principles of legality and opportuneness only in its purified form and separated from other cases of less intensive legal connectedness. A reasonably viewed relation: discretionary evaluation - free assessment of evidence - interpretation of law, makes possible the identification of those zones of more liberal movements inherent in the function of public prosecutor which make more relative the principle of legality, while making it closer, in its effects, to the principle of opportuneness. In such a way the possibility of misuse of both principles would be diminished.

Key words: *Legality. - Opportunity. - Discretionary evaluation. - Free assessment of evidence. - Interpretation of law.*

Snežana Cigler

assistante à la Faculté de droit de Novi Sad

L'APPRÉCIATION DE DISCRÉTION EN TANT QUE CRITÈRE DE LA DÉLIMITATION DU PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ ET DE L'OPPORTUNITÉ DE LA POURSUITE PÉNALE

Contrairement à l'opinion prédominante qui réduit le couple conceptuel légalité-opportunité à la distinction entre l'obligation et le droit à la poursuite pénale, l'auteur souligne dans son travail que les deux principes instaurent l'obligation de la poursuite pénale. La différence ne réside que dans le point de départ: chez la légalité cette obligation intervient automatiquement, dès que les conditions légales sont réunies, découlant directement de la loi, alors que chez l'opportunité, elle intervient après une évaluation préalable de son opportunité, se déduisant du contrôle de l'organe d'Etat. La différence entre ces deux catégories peut être exprimée de manière la plus lapidaire à l'aide du concept de l'évaluation de discrétion qui constitue le noyau du principe de l'opportunité.

Suit l'examen de l'objet de la prise des décisions de discrétion, de la modalité de leur prise, de leur détenteur et de leurs limites, autant de réflexions à la lumière desquelles l'appréciation de discrétion n'apparaît plus comme une institution à priori non démocratique qui devrait être éliminée au cours de l'évolution future du droit. Dans ce sens, le présent travail doit contribuer aussi à la démystification du principe de l'opportunité, principe que la théorie traite bien souvent avec sous-estimation.

L'appréciation de discrétion peut servir de critère déterminant de la délimitation du principe de la légalité et de l'opportunité uniquement sous sa forme épurée, distinguée des autres cas qui sont juridiquement moins liés mutuellement. Les relations valablement établies entre l'appréciation de discrétion, la libre appréciation des preuves et l'interprétation du droit permettent d'identifier les zones de circulation plus libres immanentes à la fonction de magistrature qui relativisent le principe de la légalité en le rapprochant par ses effets du principe de l'opportunité et en abusant souvent à cet effet.

Mots clé: *La légalité. - L'opportunité. - L'appréciation de discrétion. - La libre appréciation. - L'interprétation du droit.*