

Др Наташа Делић*

ДЕЛО МАЛОГ ЗНАЧАЈА И СТВАРНО КАЈАЊЕ У КРИВИЧНОМ ЗАКониКУ

Аутор у раду разматра однос између института дело малог значаја и стварног кајања, односно питање могућности да се код последичних кривичних дела у случају стварног кајања учиниоца сматра да је испуњен услов за примену института дело малог значаја који се састоји у томе да су последице кривичног дела незнатне. У датом контексту, прво су анализирани услови за примену дела малог значаја и констатовано је да је у питању институт чија примена је оправдана искључиво у случају тзв. багателних кривичних дела. Након тога, институт стварног кајања разматран је како са материјалноправног, тако и са процесноправног аспекта, који у суштини представља примену на чела опортунитета кривичног гоњења. Потом је указано на сличности које на плану регулације овог института постоје између решења у српском и немачком законодавству. Закључено је да питање конкуренције материјалноправних и процесноправних института којима се остварује иста сврха – растерећење кривичног правосуђа, а с обзиром на природу њихове функционале везе, увек треба решавати у корист примене одредаба материјалног кривичног права. Међутим, уколико, као у случају дела малог значаја, за тако нешто постоји криминално политичко оправдање, онда по узору на друга европска кривична законодавства, треба размишљати у правцу укидања датог института кривичног права и потпунијег афирмисања одговарајућих, тзв. диверзионих процесноправних механизма.

Кључне речи: *Кривични законик Србије. Дело малог значаја. Стварно кајање. Начело опортунитета.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Као што је познато, у кривичном законодавству наше земље је још од Општег дела Кривичног законика из 1947. године па све до

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, ndelic@ius.bg.ac.rs.

доношења Кривичног законика Србије из 2006. године био прихваћен материјално-формални појам кривичног дела у којем је друштвена опасност имала статус основног/обавезног/суштинског елемента.¹

Једна од последица прихватања материјално-формалног појма кривичног дела јесте и прописивање незнатне друштвене опасности као законског основа за искључење постојања кривичног дела. Основна функција овог института била је корективна, и то у смислу елиминисања из круга кривичним законом забрањених понашања, оних која према свом реалном значају том кругу не припадају.² У погледу правне природе овог законског инструмента углавном је било прихваћено схватање да се примењује у оним случајевима када и поред постојања противправности и одређености кривичног дела у закону, кривично дело ипак не постоји јер је посебна друштвена опасност тако мала да одузима делу карактер кривичног дела, тј. друштвена опасност је у толикој мери незнатна да нема оправдања за кажњавање.³

Уважавајући евидентну потребу да се правни механизми реаговања на криминалитет перманентно усклађују са етичким и моралним принципима и да у датом контексту кривично право и његово законодавство треба да прате прогресивне процесе и тековине савремене кривичноправне доктрине, Кривични законик Србије из 2006. године, у складу са начелима правне сигурности и законитости, усваја формални објективно-субјективни појам кривичног дела, у којем друштвена опасност нема значај основног елемента општег појма кривичног дела, већ се посматра као материјална страна предвиђености у закону.⁴ Сходно томе, укинут је и инсти-

¹ Материјално формални општи појам кривичног дела у основи је почивао на класичном појму кривичног дела који потиче из старије немачке доктрине. Без обзира на предности које има, а то су једноставност и прегледност, временом је овај појам застарео и еволуирао у неокласични општи појам кривичног дела који карактерише то што се у основи задржавају основни елементи класичног појма кривичног дела. Међутим, у погледу садржине ових елемената, евидентне су знатне разлике, настале као резултат афирмације телеолошког приступа у догматици кривичног права. Н. Делић, „Општи појам кривичног дела у КЗС“, у: *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, Трећи део*, Београд 2009, 227.

² Љ. Радуловић, „Незнатна друштвена опасност“, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, 1991/4, 408.

³ Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, *Кривично право, Општи део*, Београд 1996, 177.

⁴ Како се истиче, материјална страна предвиђености у закону подразумева друштвену опасност, друштвену штетност, шкодљивост датог понашања. Она је феноменолошки израз кривичног дела као квантитативне друштвене категорије, резултатски искаж волумена неповољности дела по друштво, односно израз социјалне, заштитне функције кривичног права. Н. Делић (2009), 237.

тут незнатне друштвене опасности и уведен институт дело малог значаја.⁵

2. ДЕЛО МАЛОГ ЗНАЧАЈА

Институт дело малог значаја предвиђен је у члану 18, став 1 КЗ у којем стоји да није кривично дело оно дело које, иако садржи обележја кривичног дела, представља дело малог значаја. Одредбом става 2 овог члана прописано је да је дело малог значаја ако је степен кривице учиниоца низак, ако су штетне последице одсутне или незнатне и ако општа сврха кривичних санкција не захтева изрицање кривичне санкције. Најзад, став 3. предвиђа да се одредбе ст. 1 и 2 овог члана могу применити на кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година или новчана казна.

Сходно законском тексту, кривичноправни значај дела малог значаја састоји се у томе што искључује постојање кривичног дела. С обзиром на то да је овај институт уведен као „замена“ за незнатну друштвену опасност, тј. за институт који је по својој природи био „везан“ за друштвену опасност као материјални елемент општег појма кривичног дела, сасвим логично намеће се питање који елемент у оквиру формалног објективно-субјективног појма кривичног дела искључује дело малог значаја.

Сматра се да иако правна природа и дејство овог института нису толико јасни (као код нужне одбране и крајње нужде) могуће је бранити став да је овде реч о основу који искључује противправност у материјалном смислу.⁶ Како се наводи, свако дело које је апстрактно оцењено као људско понашање које угрожава основе функционисања једног друштва може у конкретном испољавању да оде изван оних оквира који заснивају кривично неправу у материјалном смислу. Криминална зона код једног броја кривичних дела не може номотехнички прецизно да се изрази, због чега апарат кривичног правосуђа може бити покренут и када квантум штетности дела то не заслужује. У таквом случају (ако до кривичног поступка дође) суд може под законом прописаним условима да примени институт дело малог значаја.⁷ Другим речима, иако у конкретном случају неко чињенично стање

⁵ Вид. Н. Делић, „Незнатна друштвена опасност и дело малог значаја“, у: *Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније, Правни, економски и социолошки аспекти, Прилози пројекту 2005*, Београд 2006, 365-383.

⁶ З. Стојановић, *Кривично право, Општи део*, Београд 2014, 144.

⁷ И. Вуковић, „Важне новине у одређивању општег појма кривичног дела у Предлогу Кривичног законика Србије“, у: *Казнено законодавство: прогресивна или регресивна решења*, Београд 2005, 108.

може у потпуности бити подведено под законски опис одређеног кривичног дела, чиме је истовремено остварен и елемент предвиђености у закону, мали значај конкретног дела указује на недостатак кривичне противправности у материјалном смислу. Међутим, с обзиром на изричиту кривичноправну норму која каже да није кривично дело оно дело које је малог значаја, реч је о основу који у нашем законодавству искључује и формалну кривичну противправност. То не значи да је искључена противправност уопште јер дело може остати противправно с аспекта неке друге гране права.⁸

Институт дело малог значаја се према релеватној законској одредби примењује уколико су кумулативно испуњена три услова, с тим што је други услов постављен алтернативно. Први услов је да је степен кривице учиниоца низак, други, да су штетне последице одсутне или незнатне и трећи услов јесте да општа сврха кривичних санкција не захтева изрицање кривичне санкције.

2.1. Низак степен кривице учиниоца

У питању је услов који је изведен из одредбе члана 54, став 1 КЗ у којем су дате најважније околности које суд мора узети у обзир приликом редовног одмеравања казне, тј. одмеравања казне које се креће у оквирима прописаним за одређено кривично дело. У том смислу, прва наведена околност јесте „степен кривице учиниоца кривичног дела“ и она, као и друге предвиђене околности, у зависности од тога на који начин је реализована у конкретном случају, може имати карактер олакшавајуће или отежавајуће околности. С обзиром на начин на који је законодавац формулисао ову околност у контексту услова за примену института дело малог значаја, јасно је да је потребно да је у конкретном случају реч о олакшавајућој околности.

Наиме, кривица је с обзиром на своју природу подложна степеновању јер су урачунљивост, умишљај, односно нехат и свест о противправности (стварна или потенцијална) као компоненте кривице подложне степеновању. Отуда је приликом процене да ли је степен кривице учиниоца низак значајно најпре који облик кривице постоји у конкретном случају, умишљај – као редовни облик кривице или нехат – као изузетак. Осим тога, степеновање се може вршити и у оквиру појединих облика кривице, у зависности од интензитета свести и воље код умишљаја, односно степена непажње код нехата. Такође за степеновање кривице могу бити значајне и компулзивна сила и претња, док је код урачунљивости и свести о противправно-

⁸ З. Стојановић (2014), 145. Упор. Д. Корошец, М. Амброж, „Нова решења у Кривичном законнику Словеније и искуства у њиховој примени са посебним освртом на кривичну одговорност правних лица“, у: *Нова решења у кривичном законодавству и досадашња искуства у њиховој примени*, Златибор 2006, 279.

сти могућност за степеновање кривице нешто мања. Најзад, битно смањена урачунљивост и отклоњива правна заблуда, код које се може степеновати могућност и дужност да се има знање о забрањености дела, уколико у конкретном случају не доведу до ублажавања казне, такође могу утицати на то да степен кривице буде нижи, односно могу имати значај олакшавајуће околности. На крају, како се наводи, степеновање кривице могло би се вршити и на нормативном плану, односно вредносном смислу, што захтева ширу оцену која се заснива на субјективним околностима кривичног дела и то не само оних који као конститутивни елементи улазе у кривицу већ и оних који директно утичу на одмеравање казне.⁹

2.2. Одсутне или незнатне штетне последице

Овај услов је преузет из института незнатне друштвене опасности и његово прописивање код дела малог значаја говори у прилог закључку да је примена датог института могућа код свих кривичних дела, независно од њихове природе (наравно, уколико је испуњена претпоставка везана за њихову тежину, односно за предвиђену казну), што значи како код материјалних – последичних кривичних дела, с тим што се последица с обзиром на околности датог случаја може оценити као незнатна, тако и код формалних – делатносних кривичних дела и покушаја код којих не наступа последица, као и код кривичних дела која за последицу имају апстрактну опасност. Овде је реч о последици кривичног дела у ужем, правом смислу. То је последица која је неопходна за постојање кривичног дела из разлога што представља конститутивни елемент његовог бића. Последицу у ужем смислу треба разликовати од последице у ширем смислу која погађа заштитини објект и која превасходни значај има приликом процене друштвене опасности неког понашања.

2.3. Општа сврха кривичних санкција не захтева изрицање кривичне санкције

Општа сврха кривичних санкција одређена је у члану 4, став 2 КЗ као сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством. Према томе, општа сврха кривичних санкција јесте остваривање заштитне функције кривичног права и у том смислу она је истоветна са основним циљем кривичног права, а то је да се путем генералне и специјалне превенције сузбијају понашања којима се повређују или угрожавају најзначајнија добра и вредности. Остварење овог услова у конкретном случају у великој мери зависи од процене суда. Иако се чини да наведени услов не

⁹ 3. Стојановић (2014), 318 319.

би требало да буде споран, ипак треба рећи и то да, као што је већ наведено, формулација става 1 члана 18 КЗ у целини посматрано недвосмислено указује на закључак да је дело малог значаја основ који искључује противправност кривичног дела, док прописивање датог трећег услова имплицира да је интенција законодавца била и да дело малог значаја, осим као основ који искључује противправност, третира још и као посебну појавну форму кривичног дела у његовом тоталитету, обухватајући у таквом појму све објективне и субјективне околности, тј. како околности које се односе на само дело, тако и околности које се односе на кривицу, али и исто тако све друге околности које утичу на кажњавање.

Најзад, одредбом става 3 члана 18 КЗ прописано је да се институт дело малог значаја може применити на кривична дела за која је предвиђена казна затвора до пет година или новчана казна.

До доношења Закона о изменама и допунама кривичног законика из 2009. године¹⁰ могућност примене института дело малог значаја била је ограничена на кривична дела за која је прописана казна затвора до три године или новчана казна. Дато решење било је у складу са правном природом овог института будући да је његов смисао првенствено у томе да искључи постојање кривичног дела само у оним случајевима у којима га ни законодавац не би предвидео као кривично дело да је за то имао легислативно-техничких могућности. Суштина је у томе да када би се дато дело испољавало једино у таквим, изузетно лаким облицима, не би имало онај ниво криминалне супстанце који би оправдавао његово инкриминисање као кривичног дела. Како се наводи, увођење могућности примене овог института и на тежа кривична дела, тј. кривична дела код којих је прописана казна затвора до пет година (или новчана казна), представља корак уназад ка превазиђеном институту незнатне друштвене опасности.¹¹ Ово пре свега, када се има на уму да институт дело малог значаја своју улогу треба да остварује искључиво на подручју ситног, багателног криминалитета јер се његовом применом судском одлуком ослобађа сваке одговорности лице које је остварило кривично дело у објективно-субјективном смислу. То значи да у таквом случају изостаје било какав вид друштвеног прекора иако је кривично дело учињено. Отуда би дело малог значаја, као основ који искључује постојање кривичног дела, требало, као и до сада, примењивати искључиво код лакших кривичних дела и то само у оним случајевима када се на основу датих објективних и субјективних околности недвосмислено може

¹⁰ „Службени гласник РС“, број 72/09.

¹¹ З. Стојановић (2014), 147. Вид. З. Стојановић, „Казнена политика у Србији: сукоб законодавца и судске праксе“, у: *Казнена реакција у Србији, Други део*, Београд, 2012, 11-12.

закључити да било какав вид друштвеног прекора не би био оправдан. У осталим случајевима адекватније би било реаговати неким другим инструментима који укључују и одговарајући вид друштвеног прекора, попут казне рад у јавном интересу или условне осуде и судске опомене.

Уколико нашу пажњу поново усмеримо на други услов који је потребан за примену института дело малог значаја, можемо да видимо да у случају последичних кривичних дела оцена испуњености датог услова првенствено зависи од природе кривичног дела и представља фактичко питање.

У датом контексту може поставити питање да ли треба сматрати да је испуњен услов „да је последица незнатна“ у случају када је учинилац отклонио штетне последице, прецизније речено, ако је у конкретном случају учињено кривично дело за које је прописана казна затвора до пет године (или новчана казна), а учинилац тог дела отклони штетне последице уз испуњење свих услова за примену института стварног кајања. Тачније, питање које се овде поставља јесте да ли се код последичних кривичних дела у случају стварног кајања учиниоца може сматрати да је испуњен други услов за примену института дело малог значаја.¹²

Одговор на постављено питање нужно захтева шири контекст разматрања који подразумева анализу института стварног кајања како са материјалноправног, тако и са процесноправног аспекта.

¹² Питање значаја стварног кајања учиниоца се у кривичноправној доктрини постављало и у вези са применом института незнатне друштвене опасности. У том смислу, у теорији наилазимо на мишљења да је „несумњиво да моменат накнаданог отпадања штетне последице доприноси томе да се изведе закључак о незнатној друштвеној опасности“ (В. Zlatarić, *Elementi jugoslovenskog krivičnog prava*, Загреб 1963, 29), односно, да „стварно кајање може да има значај како при оцени значаја дела, тако и у односу на одсутност или незнатност штетних последица, до чега управо и долази услед стварног кајања“ (Ђ. Ђорђевић, „Стварно кајање“, *Југословенска ревија за кривично право и криминологију*, Београд, 1990/4, 38). Поводом овог питања у судској пракси поводом наилазимо на различита становишта. Тако, примера ради, Окружни суд у Београду у својој одлуци Кж. 474/94 наводи да „околности да су ствари које су биле предмет крађе враћене оштећеном и да окривљени нису осуђивани су околности које не могу имати утицаја при оцени да ли се ради о незнатној друштвеној опасности“ (И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Друга књига*, Београд 1998, 10). Супротно томе, исти суд у одлуци Кж. 810/02 закључује да је „првостепени суд правилно утврдио да радње окривљених нису довеле до штетних последица с обзиром на то да су одузете столице враћене, а према извештају оштећеног њихова књиговодствена вредност је нула“. Билтен Окружног суда у Београду, Београд, 2003/60, 5 6.

3. СТВАРНО КАЈАЊЕ

Услови за примену стварног кајања, које је у наше кривично законодавство као општи институт¹³ унето 2006. године,¹⁴ предвиђени су одредбом члана 58, став 3 КЗ.

Према законском тексту, суд може ослободити од казне учиниоца кривичног дела за које је прописана казна затвора до пет година, ако после извршеног кривичног дела, а пре него што је сазнао да је откривен, отклони последице дела, или надокнади штету проузроковану кривичним делом.

Сходно томе, за примену стварног кајања као основа за ослобођење од казне потребно да су испуњени следећи услови: а) да је реч о извршеном/довршеном кривичном делу за које је прописана казна затвора до пет година; б) да је учинилац отклонио последице дела или надокнадио штету проузроковану кривичним делом и в) да је то учинио пре него што је сазнао да је откривен.

Стварно кајање је понашање учиниоца кривичног дела после довршеног кривичног дела којим отклања последицу. То значи да се учинилац кривичног дела не ограничава само на формалне изјаве о свом кајању већ својим делањем заиста и отклања последицу кривичног дела.

У основи, постојање овог института првенствено се оправдава криминално-политичким разлозима. На овај начин се учинилац кривичног дела подстиче/мотивише да отклони зло које је нанео његовим извршењем. Једном речју, оно што се жели постићи јесте да се у интересу веће заштите одређених правних добара учинилац стимулише да сам отклони из кривичног дела произашлу повреду датог добра, чак и уз „цену“ његовог ослобођења од казне.

Када је у питању први услов за примену института стварног кајања – да је реч о извршеном кривичном делу за које је прописана казна затвора до пет година, може се видети да је примена овог института, са једне стране, условљена формалном претпоставком, а то је тежина извршеног кривичног дела, односно запређена казна, а са друге стране, довршеним кривичним делом. Сходно томе, треба нагласити да је стварно кајање могуће само/искључиво код довршеног

¹³ До тада је само у посебном делу кривичног законодавства стварно кајање било предвиђено код једног реалтивно малог броја кривичних дела као околност на којој се заснива могућност блажег кажњавања или ослобођења од казне.

¹⁴ Стварно кајање било је предвиђено у члану 59 КЗ заједно са још једним новим основом за ослобођење од казне, а то је поравнање учиниоца и оштећеног. Вид. Н. Делић, „Поравнање учиниоца и оштећеног као основ за ослобођење од казне“, у: *Казнено законодавство: прогресивна или регресивна решења*, Београд 2005, 289-303.

кривичног дела и да стога овај институт не треба мешати са институтом добровољног одустанка.

Подсећања ради, код добровољног одустанка (чл. 32 КЗ), нарочито код добровољног одустанка од свршеног покушаја такође постоји, условно речено, „нека“ врста стварног кајања, само што се оно састоји у спречавању наступања последице, док је код стварног кајања, у правом смислу те речи, наступање последице претпоставка за његову примену. Оно што чини доњу границу добровољног одустанка истовремено чини и горњу границу стварног кајања, а то је довршеност кривичног дела.¹⁵

Други услов за примену института стварног кајања јесте да је учинилац отклонио последице дела или надокнадио штету проузроковану кривичним делом. Законодавац као релевантно узима како стварно кајање у ужем, тако и стварно кајање у ширем смислу. Стварно кајање у ужем смислу подразумева отклањање последице дела, а може се састојати у отклањању последице и успостављању ранијег стања, или у поништењу произведене негативне ситуације, или у отклањању настале опасности, или у стварању услова и омогућавању другима да то учине. У ширем смислу, као посебан вид стварног кајања може се сматрати и накнада штете.¹⁶ Дакле, да би остварило своје кривичноправно дејство стварно кајање заиста мора бити „стварно“, тј. мора се манифестовати кроз сврсисходно и ефикасно ангажовање учиниоца кривичног дела које резултира отклањањем настале последице, јер је то смисао овог кривичноправног института.

При томе, треба нагласити да стварно кајање подразумева да сам учинилац кривичног дела отклони последице. Отуда, не постоји стварно кајање ако је отклањање последице извршило треће лице без знања учиниоца или чак мимо његове воље. Али се узима да стварно кајање постоји ако је отклањање последице извршило треће лице које је ангажовао учинилац кривичног дела јер је у том случају отклањање последице резултат воље самог учиниоца. То значи да стварно кајање постоји ако је отклањање последице извршило треће лице али на заузимање, и уз лично пожртвовање, учиниоца кривичног дела, и то у оним случајевима када се он налазио у стварној немогућности да то сам учини.¹⁷

Стварно кајање треба разликовати од личног кајања које се углавном састоји од изражавања кајања и жаљења због учињеног кривичног дела али, за разлику од стварног кајања, код личног кајања нема отклањања последице кривичног дела.¹⁸

¹⁵ И. Симовић Хибер, *Добровољни одустанак у кривичном праву*, Докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1987, 463.

¹⁶ Ђ. Ђорђевић (1990), 32.

¹⁷ *Ibid.*, 20.

¹⁸ *Ibid.*, 34.

Трећи услов за примену института стварног кајања јесте да је учинилац кривичног дела отклони последице или надокнадио штету проузроковану кривичним делом пре него што је сазнао да је откривен, тј. да је то учинио благовремено. Супротно томе, предузимање неке од наведених активности након што је учинилац кривичног дела сазнао да је откривен нема значај стварног кајања.

Иако се у законском тексту не наводи, треба рећи да је за примену института стварног кајања потребно да буде испуњен још један услов, а то је да стварно кајање буде добровољно. То значи да је учинилац кривичног дела сам одлучио да отклони последицу кривичног дела. Стога, неће постојати стварно кајање ако је учинилац на отклањање последице био принуђен деловањем трећих лица или насталим околностима.

Оцену добровољности треба вршити према околностима под којима је до отклањања последице дошло. Отклањање последице кривичног дела може се сматрати добровољним када је одлука о томе била резултат слободног самоопредељења учиниоца. За њено доношење, при томе, не смеју бити одлучујући спољни чиниоци. Потребно је да доношење одлуке не зависи искључиво од спољних околности, што значи да ако је до доношења одлуке дошло услед симултаног деловања унутрашњих импулса и спољних фактора, за оцену добровољности је потребно утврдити шта је у конкретном случају имало претежни утицај на одлуку учиниоца: да ли његове „унутрашње снаге“ или спољне сметње. Што се тиче унутрашњих импулса, општеприхваћен је став да за добровољност није битно да ли су побуде учиниоца моралне природе, јер стварно кајање не мора бити кајање у морално-етичком смислу те мотиви могу бити веома различити.¹⁹

Будући да законодавац у институт стварног кајања не уноси квалификатив добровољности могло би се поставити питање да ли је на дати начин поступио зато што се добровољност као услов овде подразумева или, супротно, зато што сматра да појам добровољности уопште није неопходан јер апсолутна добровољност не постоји ни у психолошком смислу, односно вољна радња је увек покренута и усмерена одређеним мотивима, а мотив настаје у вези са спољном околношћу или се базира на унутрашњем психофизиолошком надражају.²⁰

¹⁹ Група аутора, редактор Ј. Лазаревић, *Коментар Кривичног закона СРЈ*, Београд, 1995, 123-124. На сличан начин је добровољност дефинисана и у старијој литератури. Вид. М. Dolenc, *Tumač Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Загреб 1930, 80; Б. Милојковић, *Коментари Општег Казненог законика*, Београд 1919, 189 и Ђ. Карајовановић, *Коментар Општег Кривичног законика*, Београд 1930, 162.

²⁰ З. Стојановић, „Одустанак од извршења кривичног дела и питање добровољности“, *Правни живот*, Београд, 1978/1, 38. Упор. В. Камбовски, „Субјективна

Ако пођемо од чињенице да се у Посебном делу Кривичног законика код појединих кривичних дела код којих је институт стварног кајања прописан, по правилу, изричито захтева да оно у конкретном случају мора бити и добровољно, могло би се закључити да законодавац само у тим случајевим инсистира на његовој субјективној компоненти, док би у случајевима када се овај институт примењује на основу опште норме кривичног права, у обзир могло да дође чак и отклањање последице дела које је било „недобровољно“, тј. оно које је у потпуности било опредељено деловањем спољних околности.

Мишљења смо да законодавац, ипак, није имао намеру да предузме овако радикалан захват и предвиди могућност ослобођења од казне и за случајеве отклањања последице кривичног дела које није било добровољно, већ да је квалификатив добровољности оставио у намери да на тај начин избегне да се у пракси испуњеност овог услова утврђује на исти начин као и код добровољног одустанка, јер је у нашој правној теорији и судској пракси овај појам дефинисан неадекватно, тј. преуско, што у великој мери сужава, ако не и искључује могућност примене института који у себи садрже квалификатив добровољности.²¹

Отуда сматрамо да је интенција законодаваца несумњиво била та да добровољност код стварног кајања задржи, што је сасвим логично јер она произлази из саме природе овог института, али и да пружи могућност за шире тумачење овог појма и тиме обезбеди већи простор за његову примену, што је у складу са једним од полазних ставова савременог хуманистички орјенитасног кривичног права да суд приликом одлучивања о казни треба да узме у обзир не само зло које је настало извршењем кривичног дела већ и позитивна ангажовања учиниоца која су резултирала отклањањем његове последице.

Овде надаље треба рећи и то да постоји одређена веза између одредбе члана 58, став 3 КЗ и одредбе члана 284 Законика о кривичном поступку из 2011. године, у којој је прописано да у случају кривичних дела за која је предвиђена казна затвора до три године, јавни тужилац може одбацити кривичну пријаву, ако је осумњичени, услед стварног кајања, спречио наступање штете или је штету у потпуности већ надокнадио, а јавни тужилац, према околностима случаја, оцени да изрицање кривичне санкције не би било правично. У овом случају, одредбе члана 51, став 2 законика које се односе на приговор оштећеног неће се примењивати.

Према томе, када је у питању кривично дело за које је предвиђена казна затвора до три године, јавни тужилац може (не мора) одбацити

страна одустанка од извршења кривичног дела, појам добровољности“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, Београд, 1975/2, 243.

²¹ Вид. И. Симовић Хибер (1987), 349 350.

кривичну пријаву у два случаја: првом – ако је учинилац спречио наступање штете и другом – ако је учинилац у потпуности већ надокнадио штету. Иако законодавац не врши потребно разликовање и обе релеватне ситуације подводи под појам стварног кајања, треба рећи да у случају када је учинилац спречио наступање штете није у питању институт стварног кајања, већ институт добровољног одустанка, који, као што је напред речено, за разлику од стварног кајања, по природи ствари претпоставља недовршено кривично дело. Осим објективног услова који се односи на тежину кривичног дела и услова који се односи на понашање самог учиниоца кривичног дела – да је добровољно донео одговарајућу одлуку и у складу са њом спречио наступање штете или отклонио забрањену последицу, потребно је још и да је јавни тужилац проценио да изрицање кривичне санкције не би било правично. Како се истиче, под условом који подразумева да санкционисање (кажњавање) не би било правично треба разумети да оно с обзиром на околности датог случаја не би било сврсисходно.²²

Уколико су испуњени законом предвиђени услови, тада се „цела ствар завршава“ већ у преткривичном поступку, одбацивањем кривичне пријаве, при чему оштећеном не припада право на приговор. У пракси, најчешће је реч о различитим ситуацијама у којима је дошло до измирења и успостављања нормалних односа између учиниоца и пасивног субјекта (оштећеног) што значи да би интервенција државе била само контрапродуктивна. Треба нагласити, да уколико су испуњени сви наведени услови, јавни тужилац може одбацивати кривичну пријаву чак и када пасивни субјект (оштећени) не прихвата овакав исход.²³

У процесноправном смислу овде се ради о примени начела опортунитета које представља изузетак у односу на начело легалитета кривичног гоњења којим се по правилу руководи јавни тужилац. Начело опортунитета подразумева обавезу јавног тужиоца да предузме гоњење када су испуњени сви законски стварни и правни услови и ако је то у датом случају целисходно. И начело легалитета и начело опортунитета искључују кривично гоњење ако нису испуњени сви законски услови. Оба начела такође, установљавају обавезу кривичног гоњења. Разлика је само у томе, што код начела легалитета дата обавеза наступа аутоматски, по испуњењу законских услова, а код начела опортунитета, после претходне оцене целисходности. Другим речима, код начела опортунитета обавеза кривичног гоњења се изводи из процене самог органа гоњења. То значи да начело опортунитета омогућава негоњење, уколико то захтева јавни интерес,

²² М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2012, 55.

²³ Г. П. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд 2013, 607.

иако су испуњени сви законски услови. Језгро начела опортунитета чини дискрециона оцена јавног тужиоца, која се не сме свести на арбитрност и самовољу, већ захтева уважавање одређеног јавног интереса.²⁴

Надаље, како се наводи у релевантној литератури, у основи оваквог решења егзистира тзв. диверзија која се дефинише као моћ скретања кривичног поступка са типичног пута и примена неких других мера, а не кривичних санкција.²⁵ У конкретном случају, дата „моћ“ лежи у рукама тужилачког органа на основу чије одлуке долази до непокретања кривичног поступка. Диверзија је настала као резултат потраге за мање принудним средствима сузбијања криминалитета, која су усмерена пре свега на ублажавање тензија које произлазе из конфликта учиниоца и средине, која нуде бољи одговор на очекивања пасивног субјекта (жртве) и поред осталог, минимализују улогу кривичног правосуђа. Примарни циљ диверзије јесте супституисање кривичног поступка и кривичних санкција ефикаснијим и/или хуманијим мерама према учиниоцима и смањење хроничне преоптерећености система правосуђа. Диверзија представља коректив доминантне криминалне политике која захтева акцију, односно реакцију од стране суда увек када је повређена кривичноправна норма, која овде изостаје иако су испуњени сви услови. Идеја диверзије се осим у опортунитетским процесним законодавствима, афирмисала и у земљама које прихватају начело легалитета кривичног гоњења у којима она има правно покриће у законом изричито предвиђеним одступањима од владајућег начела легалитета.²⁶

Након свега реченог, јасно је да је примена дате процесноправне одредбе о стварном кајању далеко повољнија за учиниоца кривичног дела, јер тада, за разлику од примене материјалноправног института стварног кајања који претпоставља покренут, односно довршен кривични поступак и доношење осуђујуће пресуде, овде до покретања кривичног поступка уопште ни не долази.

Када је реч о институту стварног кајања као основу за ослобођење од казне треба имати на уму још две чињенице.

Прву – да је могућност ослобођења од казне, поред осталог, условљена и тиме да је учинилац кривичног дела отклонио последице дела или надокнадио штету проузроковану кривичним делом пре него што је сазнао да је откривен.

²⁴ С. Бркић, *Кривично процесно право II*, Нови Сад 2013, 76.

²⁵ Z. Stojanović, „Krivično pravo i drugi oblici reakcije na društveno opasna ponašanja“, *Naša zakonitost*, Zagreb, 940. и З. Стојановић, „Стратегија остваривања сврхе кривичног права“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 2008/3 4, 186 187.

²⁶ С. Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Нови Сад 2004, 148 149.

И другу – да пошто се одредба члана 284 Законика о кривичном поступку примењује само у случају кривичних дела за која је прописана казна затвора до три године, а одредба члана 58, став 3 КЗ, којим је регулисан институт стварног кајања, код кривичних дела за која је прописана казна затвора до пет година, дата кривичноправна одредба би одговарајући значај могла да има само када су у питању кривична дела за која је прописана казна затвора у трајању од три до пет година. Ово из разлога што се оправдано може претпоставити да би код кривичних дела за које је прописана казна затвора до три године, по правилу, примарно долазило до примене одредбе члана 284 Законика о кривичном поступку, што је, као што смо нагласили, за учиниоца кривичног дела далеко повољније.

Сматрамо да није на одмет рећи и то да је законодавац одредбу члана 58, став 3 КЗ формулисао по узору на решење из немачког законодавства.

Наиме, у Кривичном законнику СР Немачке (StGB) у параграфу 46а, који носи назив „поравнање између учиниоца и оштећеног, накнада штете“, у ставу 2 прописано је да уколико је учинилац кривичног дела оштећеном надокнадио штету у потпуности или већим делом, у случају када накнада штете захтева (претпоставља) нарочито залагање или лично одрицање, суд му може, у складу са одредбом параграфа 49, став 1 ублажити казну (границе за ублажавање) или га ослободити од казне уколико је у питању кривично дело за које је прописана казна затвора до једне године или новчана казна до 360 дневних глоба.

У немачкој доктрини се наводи да смисао дате одредбе јесте у томе да се учинилац кривичног дела путем могућег ублажавања или ослобођења од казне подтакне да отклони последице кривичног дела или надокнади штету коју је кривичним делом проузроковао. При томе, ова могућност погодује не само учиниоцу кривичног дела већ и пасивном субјекту (оштећеном), јер је за њега сврсисходнија од строгог кажњавања учиниоца. За примену дате одредбе, према ставу судске праксе, није битно да ли је до отклањања штетних последица или накнаде штете од стране учиниоца дошло на његову иницијативу или на захтев пасивног субјекта (оштећеног), али у сваком случају, независно од мотива, то мора бити добровољан поступак учиниоца кривичног дела. Такође, у обзир се узима и то да ли је учинилац дату одлуку донео одмах након учињеног кривичног дела или знатно касније, нпр., када је на њега пала сумња да је учинио кривично дело. Иако има и мишљења (Блезингер /*Blesinger*/) да наведену одредбу не треба примењивати у случају пореских кривичних дела, преовлађује став да њена примена није ограничена врстом кривичних дела.²⁷

²⁷ A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*; München 2001, 745 746.

Може се рећи да је смисао дате одредбе којом је предвиђено да накнада штете од стране учиниоца кривичног дела, која је по својој природи таква да од њега захтева нарочито залагање и лично одрицање, даје могућност ублажавања, односно ослобођења од казне, а посебно услова који су постављени у односу на накнаду штете, јесте превасходно у томе да се избегне фаворизовање оних учинилаца кривичних дела који су у могућности да накнаду штете изврше без икаквог личног оптерећења. Наиме, сматра се да није довољно само то да учинилац накнади штету и на тај начин адекватном компензацијом „обезбеди“ себи могућност ублажавања, односно ослобођења од казне, већ је потребно да личним залагањем и личним одрицањем недвосмислено покаже вољу, односно спременост да за своје дело преузме пуну одговорност. Само такво понашање учиниоца може да представља довољан допринос поновном успостављању правне равнотеже која је нарушена извршеним кривичним делом, и само тада је оправдана евентуална „благодатност“ суда приликом његовог кажњавања. Став судске праксе је да се под „личним залагањем“ може сматрати, рецимо, лична брига коју учинилац исказује за пасивног субјекта (оштећеног) или обимни послови које обавља током свог слободног времена да би на тај начин обезбедио средства за накнаду штете. „Лично одрицање“ постоји ако учинилац у финансијском смислу битно ограничи своју потрошњу како би пасивном субјекту (оштећеном) могао да надокнади штету. Само настојање да се штета накнади није довољно, ма колико оно било озбиљно. У обзир долазе све врсте штете, а према општеусвојеном мишљењу, пасивни субјект (оштећени) може бити како физичко, тако и правно лице.²⁸

Ради што јаснијег сагледавања ствари није сувишно указати и на то да се наведена материјалноправна одредба из немачког законодавства такође налази у одређеној вези са одговарајућим процесно-правним одредбама.

У параграфу 153 Закона о кривичном поступку СР Немачке (StPO) предвиђено је да државни тужилац може да одустане од кривичног гоњења уколико су испуњени следећи услови: да је предмет поступка преступ; да постоји низак (мали) степен кривике учиниоца; да не постоји јавни интерес за гоњење и да постоји сагласност суда. Како се истиче, овај институт не може се примењивати у случају када је кривица искључена. Међутим, испуњеност датог услова не захтева да је кривица у конкретном случају у потпуности доказана. То значи да у интересу процесне економије тужилац своју одлуку може да базира чак и на предвиђеном/прогнозираном ниском степену кривике учиниоца. У питању је правни стандард који се може различито ту-

²⁸ *Ibid.*, 747.

мачити. Постојање јавног интереса утврђује се на основу околности конкретног случаја при чему се посебно у обзир узимају природа и тежина престапа, проток времена између извршења престапа и његовог окривања као и евентуално претходно кажњавање учиниоца. Примена овог института не зависи од сагласности учиниоца и пасивног субјекта (оштећеног). Сагласност суда није потребна само за најлакше имовинске преступе под условом да се проузрокована штета може оценити као мала. Уколико је оптужба већ подигнута, под истим условима поступак може обуставити и суд уз постојање сагласност тужиоца и оптуженог.

Осим тога, и у параграфу 153е StPO, који носи назив „одустанак од тужбе због стварног кајања“, прописано је да генерални државни тужилац може, у сагласности са судом, одустати од гоњења одређених кривичних дела против државе, ако учинилац након извршеног дела, а пре него што је сазнао да је откривен, отклони опасност за опстанак и сигурност државе или уставни поредак. Исто важи и ако се стварно кајање учиниоца састоји у томе што се након извршеног кривичног дела пријавио надлежним органима. И овде, као и претходном случају, ако је оптужба већ подигнута, поступак може обуставити суд у сагласности са генералним државним тужиоцем.²⁹

4. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Ако се након свега реченог поново вратимо на иницијално питање везано за однос института дело малог значаја и стварног кајања, могли бисмо да закључимо следеће:

Уколико би у конкретном случају било у питању кривично дело за које је предвиђена казна затвора до три године па учинилац, уз испуњење преосталих услова предвиђених за примену института стварног кајања, накнади штету насталу извршењем кривичног дела, јавни тужилац, у складу са начелом опортунитета кривичног гоњења, има могућност да одбаци кривичну пријаву.

У случају да јавни тужилац то не учини, већ дође до покретања кривичног поступка у којем суд учиниоца кривичног дела на основу института стварног кајање не ослободи од казне, нити му казну ублажи, већ утврди да је испуњен први услов за примену дела малог значаја – низак степен кривице учиниоца, било би оправдано сматрати да је кроз стварно кајање учиниоца испуњен други услов за примену дела малог значаја – одсуство штетних последица. Испуњеност трећег услова за примену овог института – да општа сврха кривичних

²⁹ G. Pfeiffer, *Karlsruher, Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, München 2003, 905 907.

санкција не захтева изрицање кривичне санкције, требало би ценити узевши у обзир у њиховом тоталитету све објективне и субјективне околности релевантне приликом одмеравања казне. Постојање наведених услова довело би до искључења кривичног дела што би у датом случају несумњиво имало своје криминално-политичко оправдање. Исто важи и у случају када учињено кривично дело за које је предвиђена казна затвора до пет година.

Разлог који наведено решење чини прихватљивим видимо у чињеници да један од циљева савременог кривичног законодавства јесте и растерећење правосуђа у складу са ставом „суд се не бави малим стварима“. Изузимање ове врсте деликата из кривичноправне репресије може се подвести и под општу тенденцију хуманизације кривичног права. Као што из изложеног произлази, дата тенденција може се остварити како преко одређених материјалноправних института, тако и у процесном смислу преко начела опортунитета.³⁰ При томе, како се наглашава, уколико постоје одговарајући материјалноправни институти начело опортунитета треба афирмисати изузетно, и то само када у конкретном случају постоји важан и легитиман јавни интерес који захтева уздржавање од примене материјалног кривичног права, као и ако се жељени циљ не може постићи другим, консеквентнијим и ефикаснијим, пре свега материјалноправним средствима. Ово из разлога што се не може дозволити дезавуисање одредаба Кривичног законика одређеним процесним институтом, а ако је то и неопходно, не треба да се чини често и без преке потребе.³¹

Међутим, уколико би након реалног сагледавања свих постојећих правнодогматских и прагматичких разлога законодавац укинуо институт дело малог значаја, био би отворен простор у којем би се поменута тенденција код нас, као и у другим европским законодавствима, у датом случају примарно остваривала одговарајућим процесноправним механизмима. Предност датих механизма је у томе што омогућавају флексибилнији приступ, који, наравно, не сме бити на штету квалитета, што је не само у интересу учиниоца и пасивног субјекта, већ и друштва у целини. Најзад, овде треба имати на уму и то да одустајање од кривичног поступка које је условљено обештећењем жртве, представља и једну од све чешћих стратегија криминалне политике, која је препоручена и од стране Комитета министара Европског Савета.³²

³⁰ С. Бркић (2004), 241.

³¹ С. Циглер, *Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења*, Нови Сад 1995, 127.

³² С. Бркић (2004), 157.

Dr. Nataša Delić

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

THE ACT OF MINOR SIGNIFICANCE AND GENUINE REMORSE IN THE CRIMINAL CODE

Summary

This paper discusses the relationship between the institute of the act of minor significance and genuine remorse, i.e. the possibility of deeming consequential criminal offenses followed by the offender's genuine remorse as a fulfilled condition for the application of the institute of act of minor significance since the consequences of the criminal offense are considered insignificant. In such a context, the analysis primarily focused on the conditions for the application of the act of minor significance. It has been concluded that the application of the institute in question is justified only in the case of the so-called minor criminal offenses. After that, the analysis focused on the institute of genuine remorse from both the substantive-law and procedural-law aspects, which basically represents the application of the principle of opportunism prosecution. Next, the paper points to the existing similarities regarding the regulation of this institute between the solutions in the respective Serbian and German legislations. The conclusion is that the competition between the substantive-law and procedural-law institutes which serve the same purpose – the alleviation of criminal justice, particularly in view of the nature of their functional relationship, should always be resolved in favour of the substantive criminal law provisions application. However, if there is a criminal-political justification for it, as in the case of the acts of minor significance, then, following the examples of other European criminal laws, a repeal of the respective institute of criminal law is worth considering, as well as a better affirmation of the corresponding and so-called diversion procedural law mechanisms.

Key words: *Criminal Code of Serbia. – The act of minor significance. – Genuine remorse. – Principle of opportunism.*