

KRIVIČNO PROCESNO PRAVO

<https://doi.org/10.7251/CEST1625291S>

UDK. 343.91-053.6:343.62-053.2/.6(497.6PC)

НАЧЕЛО ОПОРТУНИТЕТА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА У ПОСТУПКУ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА - АКТУЕЛНО СТАЊЕ И МОГУЋЕ НОВЕЛЕ

Проф. др Милан Шкулић

Професор Правног факултета Универзитета у Београду и судија Уставног суда Србије

Резиме: У раду се објашњава начело опортунитета кривичног гоњења у поступку према малолетницима, како са *de lege lata* становишта, тако и у *de lege ferenda* смислу. Рад садржи и адекватну упоредноправну анализу начела опортунитета кривичног гоњења у поступку према малолетницима, што се у кривичнопроцесној теорији која се тим питањем бави, често означава англосаксонском терминологијом, као вид диверзионог поступања. Посебно се објашњавају различити диверзиони модели у поступку према малолетницима у упоредном праву, а што се суштински своди на нормативне варијанте деловања начела опортунитета кривичног гоњења у односу на малолетнике који се терете да су учинили кривично дело.

Аутор закључује да иако се српски Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица релативно успешно примењује и без било каквих новела од момента његовог ступања на снагу, увелико је сазрело време и за његове озбиљне измене и допуне. Неке од тих новела би морале бити и у домену начела опортунитета кривичног гоњења, које би морало имати још ширу примену, него што је то данас случај.

Кључне речи: начело опортунитета, кривично гоњење, малолетници, васпитни налози, кривично процесно право.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, иако свакако не спада у „савршене законе“ је помало супротан пример у односу на уобичајену „реформску праксу“ тако често испољавану у односу на српски правни систем. Тај закон, не само што још увек није ни у најмањој мери новелиран, иако је ступио на снагу сада већ прилично далеке 2005. године, са применом почетком 2006. године, већ ни у моменту усвајања није подразумевао неке „радикалне нормативне захвате“ у односу на ранију југословенску/српску традицију у погледу малолетничког кривичног права. Наиме, не треба заборавити да је још некадашња Југославија имала веома солидно кривично право уопште, које је суштински (осим релативно малог броја идеолошки конструисаних/утемељених норми, а што и није од битног значаја када се ради о малолетничком кривичном праву), било

веома слично класичним европско-континенталним кривичноправним системима,¹ те да је такође имала и веома добра нормативна решења у сфери малолетничког кривичног права. То се тиче и начела опортунитета кривичног гоњења у поступку према малолетницима, које је било иманентно и у раније важећем малолетничком кривичном праву Југославије, а временом је и модификовано у одређеној мери, пре свега у погледу омогућавања да се за већи број кривичних дела (према критеријуму прописане казне), пропише могућност поступања према принципу опортунитета кривичног гоњења, што се сводило на изузетак од начела легалитета официјелног кривичног гоњења. Начело опортунитета кривичног гоњења је током важења југословенског малолетничког кривичног права, као и у Србији до усвајања Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица,² било прописано у Закон(ик)у о кривичном поступку, који је као један од посебних кривичних поступака,³ између осталог, регулисао и поступак према малолетницима, исто као што су тада норме кривичног материјалног права за малолетнике, биле садржане у Кривичном закону, док су правила извршења кривичних санкција за малолетнике биле регулисане Законом о извршењу кривичних санкција.

Начело опортунитета је последњих година, чак и деценија изузетно честа тема бројних како научних, тако и стручних, односно научно-стручних радова, не само чланака, већ и оних који су монографског карактера. Ово начело се често повезује и са тежњом ка ефикаснијем кривичном поступку.⁴

¹ Тако је Кривични закон СФРЈ, чије је порекло суштински још из 1951. године (Службени лист Федеративне Народне Републике Југославије, број 13, година VIII од 9. марта 1951. године), концепцијски, али и према низу конкретних нормативних решења (изузев наравно, одређених релативно мањих, идеолошки оријентисаних делова текста, у духу тог доба и социјалистичког друштвено-политичког уређења), био веома сличан Кривичном закону Швајцарске, а Законик о кривичном поступку СФРЈ је концепцијски имао битне сличности са некадашњим Законом о кривичном поступку Аустрије, који је такође, својевремено био и основни узор за Законик о судском кривичном поступку Краљевине Југославије од 1929. године. Више о томе: М.Шкулић, *Историја кривичног материјалног права социјалистичке Југославије*, зборник: „Социјалистичко право у Југославији – 1945 – 1990“ - Други, том, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2024., стр. 612 и стр. 650.

² У даљем тексту ће се (нарочито приликом цитирања конкретних законских одредби), за овај закон, чији је пун назив веома дугачак, повремено користити скраћеница „ЗМ“.

³ М. Шкулић, *Малолетници као учиниоци и као жртве кривичних дела*, „Досије“, Београд, 2002., стр. 28.

⁴ Сматра се у теоријском смислу и иначе, да су фактори ефикасног кривичног поступка „бројни и међусобно условљени“. Више о томе: С.Бејатовић, *Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард*, (поглавље 23 и кривичнопроцесно законодавство Србије – норма, пракса и мере унапређења), зборник Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу: „Европске интеграције и казнено законодавство (поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)“, LVI редовно саветовање Удружења, Златибор, 2016. 331.

Упадљиво је да многи аутори када пишу о овом начелу, вероватно понесени „ауторским жаром“, полазе од у основи погрешне премисе да је оно некаква велика „новина“ у нашем кривичнопроцесном систему, што се примарно заснива на механизму одлагања кривичног гоњења (условљени опортунитет кривичног гоњења), који је у српско кривично процесно право уведен тек почетком 2000-их година, а који се тиче пунолетних осумњичених за одређена кривична дела (запређена новчаном казном као главном или казном затвора до пет година), која су иначе, предмет скраћеног поступка, где је такође у односу на релативно лака кривична дела, могућ и у пракси веома редак случај деловања безусловног начела опортунитета кривичног гоњења утемељен на природи кривичног дела и разлозима правичности. Међутим, ово начело које јесте донекле новина када се ради о одређеној категорији пунолетних осумњичених, не да није некаква новост у поступку према малолетницима у Србији/некадашњој Југославији, већ је оно обрнуто, у нашем поступку према малолетницима одувек егзистирало, али искључиво као безусловни опортунитет кривичног гоњења (што се према англосаксонској терминологији, која је често доминантна, сматра тзв. једноставном/простом „диверзијом“, а тек је у важећем Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, уведен и условљени опортунитет кривичног гоњења малолетника.

Начело опортунитета кривичног гоњења је дакле, одувек постојало у нашем кривичном поступку према малолетницима, како још у време југословенског кривичног процесног права, тако и када се ради о позитивном кривичном процесном праву Србије. Поред тога, ово начело је увек представљало и веома битну карактеристику поступка према малолетницима у нашем кривичном процесном праву, која је тај тип посебног кривичног поступка и на тај начин, упадљиво чинила другачијим у односу на општи и скраћени кривични поступак који се водио против пунолетних окривљених. Оно што је новост у том домену није само то начело по себи, већ законска могућност условљавања начела опортунитета кривичног гоњења, повезано са материјалном и процесном концепцијом васпитних налога, као својеврсних „пара санкција“, врло сличних у садржинском смислу неким формалним и релативно благим кривичним санкцијама за малолетнике, као што су посебне обавезе, чија примена поред тога, подразумева и релативно низак степен репресивности.

2. НАЧЕЛО ОПОРТУНИТЕТА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА У ОДНОСУ НА МАЛОЛЕТНИКЕ У КРИВИЧНОМ ПРОЦЕСНОМ ПРАВУ СРБИЈЕ

И у поступку према малолетницима важи као *процесно опште правило* начело легалитета официјелног кривичног гоњења утврђено у члану 6. став 1. Законика о кривичном поступку, сходно којем је јавни тужилац дужан да предузме кривично гоњење уколико су кумулативно испуњени следећи

услови: 1) да није другачије прописано самим Закоником о кривичном поступку (када постоји могућност за поступање по супротном принципу – начелу опортунитета кривичног гоњења), 2) да постоје докази на којима се темеље *основи сумње* да је одређено лице учинило кривично дело, те 3) да се ради о кривичном делу које се гони по службеној дужности. Поред тога, у поступку према малолетницима делује и важно опште кривично процесно начело акузаторности, а једини овлашћени тужилац у погледу свих кривичних дела учињених на нивоу процено релевантне сумње, од стране малолетника (па и оних за која се иначе, гони по приватној тужби), је искључиво јавни тужилац, који стога, поседује својеврсни *ексклузивитет кривичног гоњења малолетника* Дакле, у поступку према малолетницима нема тзв. неофицијелних овлашћених тужилаца, ни приватног тужиоца, нити оштећеног као тужиоца. Начело опортунитета кривичног гоњења малолетника представља и у поступку према малолетницима процесни изузетак у односу на начело легалитета официјелног кривичног гоњења, али је у том типу посебног кривичног поступка, тај изузетак неупоредиво чешћи него када се ради о скраћеном поступку против пунолетних осумњичених у којем такође, постоји могућност примене начела опортунитета кривичног гоњења у погледу одређене категорије кривичних дела.

У два случаја јавни тужилац, који је и једини овлашћени тужилац у поступку према малолетницима (ексклузивно право кривичног гоњења малолетника), може да, без обзира на то што постоје докази да је малолетник учинио кривично дело, ипак не покрене поступак према њему. Ово је могуће у две ситуације:⁵

I) у односу на кривично дело одређене тежине – када се ради о кривичном делу за које је прописана казна затвора до пет година или новчана казна, ако јавни тужилац сматра да не би било целисходно да се према малолетнику води поступак, с обзиром на следеће кумулативно прописане околности: А) околности објективног карактера, а то су околности које се односе на кривично дело, где спадају: 1) природа кривичног дела и 2) околности под којима је дело учињено, те Б) околности субјективног карактера, а то су оне околности које се односе на самог малолетника, где спадају: 1) његов ранији живот и 2) лична својства малолетника (члан 58. став 1. ЗМ), при чему, ако за доношење такве одлуке треба да се испитају лична својства малолетника, јавни тужилац за малолетнике може, у споразуму са органом старатељства, упутити малолетника у прихватилиште за децу и омладину или у васпитну установу, али најдуже до 30 дана (члан 58. став 2. ЗМ); као и

II) када се према малолетнику већ извршава кривична санкција – кад је извршење казне или васпитне мере према малолетнику у току, јавни тужилац може одлучити да не захтева покретање кривичног поступка за друго кривично

5 Више о томе: М. Шкулић, *Принцип опортунитета у кривичном поступку према малолетницима I*, Избор судске праксе – стручно информативни часопис, „Глосаријум”, бр. 7–8/97, Београд, 1997, стр. 66–68.

дело малолетника, ако с обзиром на тежину тог кривичног дела, као и на казну, односно васпитну меру која се извршава, не би имало сврхе вођење поступка и изрицање кривичне санкције за то дело (члан 58. став 3. ЗМ).

Могућ је и *условљени опортунитет кривичног гоњења* малолетника, што почива на примени васпитних налога. Васпитни налози су мере које формално не представљају кривичне санкције, али је њихов садржај у великој мери сличан садржају неких кривичних санкција за малолетнике.⁶ Васпитни налози су прилично бројни и у садржинском смислу се одликују изразито разноврсним карактером. Могу да се у теоријском смислу, а на темељу позитивног законског решења, поделе на неколико основних категорија. Сходно томе, постоје следеће врсте васпитних налога: 1) васпитни налог који има *ресторативни карактер* - поравнање са оштећеним како би се у целини или делимично отклониле штетне последице кривичног дела, што се може учинити на неки од следећих алтернативно прописаних начина: а) накнадом штете, б) извињењем малолетника оштећеном, в) радом малолетника у корист оштећеног или г) на неки други начин; 2) васпитни налози који су *едукативно-васпитног карактера*: а) редовно похађање школе или редовно одлажење на посао; те б) укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или обављање послова социјалног, локалног или еколошког садржаја; као и 3) васпитни налози који су *терапеутског карактера*: а) подвргавање одговарајућем испитивању и одвицавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога; те б) укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту.⁷

Васпитни налози се могу примењивати било појединачно, било збирно, што значи да је њихова примена према малолетном учиниоцу кривичног дела *могућа и кумулативно*, тако што би се одредила и применила два или више васпитних налога. Могућност кумулативног примењивања васпитних налога није начелно противна интересима малолетника према којем се ове мере примењују, јер васпитни налози немају репресиван карактер, већ је њихова основна сврха, у суштини, настојање да се малолетнику на одговарајући начин пружи адекватна подршка и помоћ. Тиме се омогућава да малолетник не буде кривично гоњен, што представља вид деловања начела опортунитета кривичног гоњења (условљени опортунитет), односно могуће је да се захваљујући спроведеном васпитно налогу обустави претходно већ покренути поступак према малолетнику.

Васпитни налози се могу применити само када се ради о релативно лакшем кривичном делу, тако да је потребно да је малолетник учинио кривично дело за које је прописана новчана казна или казна затвора до пет година. Дакле, ради се о кривичном делу чија тежина оправдава поступање

⁶ М.Шкулић, *Малолетничко кривично право*, 2. измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022., стр. 157.

⁷ М.Шкулић, *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, друго измењено и допуњено издање, „Службени гласник“, Београд, 2024., стр. 381.

јавног тужиоца према начелу опортунитета кривичног гоњења. Поред тога, неопходан *condicio sine qua non* за примену васпитног налога састоји се и у кумулативном испуњењу следећа два услова: 1) постојање *признања кривичног дела* од стране малолетника и 2) постојање *одговарајућег односа малолетника* према кривичном делу и оштећеном. Признање малолетника мора бити у одређеној процесној форми, што значи да мора бити официјелно дато и на процесно валидан начин унесено у записник о саслушању малолетника којем је конкретно кривично дело стављено на терет. Законодавац не уређује ближе у чему се састоји „одговарајући“ однос малолетника према кривичном делу и оштећеном, а подразумева се да је потребно да малолетник покаже одговарајућу свест у односу на своје кривично дело и његове последице, да се покаје због тога што је учинио кривично дело, те испољи потребно разумевање за оштећеног чије је одређено право извршењем кривичног дела од стране малолетника повређено или угрожено. Тиме, у ствари, малолетник на специфичан начин показује да „заслужује“ да му се одреди васпитни налог, те се на тај начин избегава како вођење кривичног поступка, тако и изрицање кривичне санкције у односу на малолетника. Суштински се ради о фактичком питању, које слободно цени орган који примењује васпитни налог, тј. надлежни јавни тужилац за малолетнике или надлежни суд у одговарајућем функционалном облику.

Васпитни налог се одређује одлуком одређеног службеног актера поступка према малолетницима, и то како субјекта који је у функцији официјелног кривичног гоњења малолетника, тако и субјекта који води поступак према малолетницима и доноси одлуку о предмету тог поступка. Надлежност за одређивање васпитних налога одређена је *алтернативно*, тако да васпитни налог према малолетнику може применити: 1) надлежни јавни тужилац за малолетнике или 2) судија за малолетнике, односно веће за малолетнике. Подразумева се (мада то није формално истакнуто у Закону) да јавни тужилац за малолетнике васпитни налог може применити све док није започела судска фаза поступка, односно док јавни тужилац за малолетнике није формално започео кривично гоњење малолетника, што значи да се ради о сегменту поступања јавног тужиоца за малолетнике у складу са начелом опортунитета кривичног гоњења (условљени опортунитет), а што се и у процесно-стадијумском смислу одиграва у предистражном поступку.

Онда када је већ започео поступак према малолетнику у ужем смислу, тј. након подношења оптужног акта којим јавни тужилац за малолетнике започиње кривично гоњење малолетника и иницира судски поступак (захтев за покретање припремног поступка), јавни тужилац за малолетнике више не може сам да примени васпитни налог према малолетнику, већ такву могућност потом има суд, било у инокосном, било у зборном саставу, односно судија за малолетнике током припремног поступка пред већем за малолетнике, или веће за малолетнике, онда када је већ започео поступак пред тим већем. С обзиром на то да васпитни налози ни формално, а ни суштински нису кривичне санкције (мада је садржај неких васпитних налога релативно сличан садржају неких

васпитних мера за малолетнике), оправдана је законска могућност да ове мере могу одредити како јавни тужилац за малолетнике, када се ради о механизму условљеног опортунитета кривичног гоњења, тако и судија за малолетнике, односно веће за малолетнике, када је у питању условљено обустављање поступка према малолетнику.

Сврха васпитних налога одређена је кумулативно: 1) у *процесном смислу*, као *део механизма условљеног опортунитета* кривичног гоњења малолетника – циљ је да се не покреће кривични поступак према малолетнику или да се обустави поступак који је претходно већ покренут у односу на малолетника,⁸ те 2) у *материјалном смислу*, као *вид специјалне превенције* – циљ је да се применом васпитног налога утиче на правилан развој малолетника и јачање његове личне одговорности како убудуће не би чинио кривична дела.⁹

3. ОДНОС ТЗВ. ДИВЕРЗИОНОГ ПОСТУПАЊА И НАЧЕЛА ОПОРТУНИТЕТА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА У ПОСТУПКУ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА

У кривичнопроцесној теорији се често излаже о диверзионим поступцима када се ради о поступку према малолетницима, односно кривичноправној реакцији на малолетничку делинквенцију, што пре свега, представља вид доминације англосаксонске кривичноправне/кривично-процесне терминологије, а не нешто потпуно „ново“ и „другачије“, него што је поступање према начелу опортунитета кривичног гоњења у континенталном кривичном процесном праву. Наиме, у класичном континентално-европском кривичном процесном праву се начело опортунитета дефинише као изузетак у односу на начело легалитета кривичног гоњења.¹⁰ Разлози за примену тог начела се углавном дефинишу у сфери реаговања на багателни криминалитет, јер у већини европских држава не постоји институт дела малог значаја, као основа искључења противправности, поникао из некадашњег института незнатне друштвене опасности из југословенског материјалног кривичног права.

⁸ Формално посматрано, условљено обустављање поступка према малолетнику не представља вид условљеног опортунитета кривичног гоњења, јер се у оваквом случају ради о већ покренутом кривичном поступку, тако да није у питању „уздржавање“ јавног тужиоца од кривичног гоњења, што је суштински основна процесна садржина опортунитета кривичног гоњења, као изузетак у односу на начело легалитета официјелног кривичног гоњења, али је суштински *ratio legis* истоветан како за примену условљеног опортунитета, тако и за условљену обуставу кривичног поступка, исто као што се у оба случаја малолетник о коме се ради, практично и у суштини „поштеђује“ од исхода кривичног поступка.

⁹ M.Škulić, Country Report Serbia“, in: F. Dünkel, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010, стр.1210.

¹⁰ C. Roxin und B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 29. Auflage, „C.H.Beck“, München, 2017. стр. 96.

Ratio legis начела опортунитета кривичног гоњења објашњава се у кривичнопроценој теорији и у домену остваривања неких специфичних интереса, који су ванпроцесног карактера, попут смањења трошкова кривичног поступка.¹¹ Међутим, када се ради о начелу опортунитета кривичног гоњења у поступку према малолетницима је веома специфичан и он се суштински темељи на концепцији поступања у „најбољем интересу“ самог малолетника у односу на којег се у конкретном случају примењује начело опортунитета кривичног гоњења. Поред тога, могућности решавања предмета кривичног поступка на темељу начела опортунитета кривичног гоњења (било безусловно, било условљено), се у кривичној процесној науци (све више и у континенталној Европи, а под утицајем англосаксонске терминологије), често означавају и као тзв. диверзиони модели, који представљају одговарајуће алтернативе класичном судском кривичном поступку, када се ради о лаким и средње тешким кривичним делима, чиме се пре свега, постижу економски ефекти, али се на тај начин, такође избегава и стигматизација коју подразумева кривична осуђиваност.¹²

Суштина тзв. диверзије, односно диверзионог поступања према малолетнику који је учинио кривично дело/који се терети да је учинио кривично дело, јесте у избегавању „класичног“ кривичнопроцесног „колосека“, који би свакако подразумевао вођење кривичног поступка, те изрицање кривичне санкције, односно доношење одлуке суда о предмету поступка према малолетнику (*causa criminalis*). И то се чини онда када је такво поступање, те својеврсно „скретање“ са класичног кривичног процесног „тока“ оправдано разлозима у домену (*не*)целисходности, односно постојања/непостојања сврхе да се малолетник кривично гони у конкретном случају. Постоји и варијанта да се такво поступање услови тиме што малолетник испуњавањем одређених обавеза просто заслужи да не буде кривичног гоњен, тј. да се мерама сличним неким благим кривичним санкцијама или мерама одговарајућих забрана према малолетнику и сл., постигне одговарајући ефекат у односу на конкретног малолетника и без вођења самог кривичног поступка према њему, тј. без спровођења целовитог поступка према малолетнику. Све ово је суштински идентично у садржинском смислу поступању према начелу опортунитета кривичног гоњења.

У ствари, означавање принципа опортунитета као облика „диверзионог поступања“, представља само вид продирања *англосаксонске терминологије* и представља практичну последицу постојања обимне стручне литературе на енглеском језику. Диверзионо поступање у суштини подразумева да се поступак или окончава на другачији (посебан) начин него што би то по општим правилима било уобичајено – као када се сходно принципу опортунитета (*lex specialis*) он не покрене или се обустави, уместо да се према легалитету као

¹¹ E. Kern und C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 14. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1976, стр. 61.

¹² S.Seiler, *Strafprozessrecht*, 10. überarbeitete Auflage, „Facultas.wuv“, Wien, 2009, стр. 22.

општем принципу (*lex generalis*) он обавезно покрене и заврши кривичном санкцијом уколико се докажу кривично дело и постојање услова кривичне одговорности, или да се према малолетнику примени неки потпуно другачији тип поступка и уз примену алтернативних мера, које у великој мери тада и губе свој кривичноправни карактер.

Поступање према принципу опортунитета се стога, према том концепту (који је у великој мери и етимолошког карактера, као што смо то објаснили), третира као *једноставна диверзија*, која се првенствено примењује у погледу учинилаца неких лакших кривичних дела, а њена примена се заснива на *селекцији*, и то од стране тужилаштва или од стране суда.¹³ Други облик диверзионог поступања представља *сложену диверзију*, која подразумева и одређену *интервенцију*, што се огледа у дефинисању различитих видова надзора (са праћењем путем електронских уређаја и без таквог праћења), као и у обавезивању малолетника да обавља неки друштвено користан рад, да обештети жртву, односно оштећеног, да похађа неке образовне курсеве или да се додатно едукује.¹⁴

Теоријски концепт овог модела обухвата различите мере, које се комбинују у односу на учиниоца кривичног дела, на пример: полицијски час и кућни притвор (уз могућност електронске контроле), дужност испуњавања неких посебних услова, што одређује суд (редовно школовање, запослење, престанак употребе наркотика и алкохола итд.), вршење неког друштвено корисног рада и сл., а малолетнику се може поставити и одређени надзорник, који проверава његово понашање и стара се да он накнади штету друштву.¹⁵ Применом наведеног модела тежи се неопходној индивидуализацији пробацијског третмана, зависно од тежине извршеног дела и свих особености личности учиниоца, а предвиђене мере се (што је опет релативно и зависи од личности учиниоца) постепено градирају према тежини којом погађају учиниоца, односно према његовом доживљавању тих мера, које се могу и међусобно комбиновати, односно супституисати.

¹³ Више о томе: J. Zermatten, „Face a l'evolution des droits de l'enfant quel systeme judiciaire: systeme de protection ou systeme de justice?“, *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1994/2, стр. 165–178.

¹⁴ Више о томе: K. Carroll, *Diversion of youth from the juvenile justice system*, Washinrton, 1980, стр. 93–94.

¹⁵ Ј. Вутпе, према: И. Стевановић, „Алтернативне кривичне санкције према малолетницима“, Зборник Српског удружења за кривично право *Актуелна питања малолетничке делинквенције и мере за обезбеђивање присуства окривљеног у кривичном поступку*, Копаоник, 1995, стр. 30.

4. ОПШТИ КОНЦЕПТ ТЗВ. ДИВЕРЗИОНОГ ПОСТУПАЊА/ДЕЛОВАЊА НАЧЕЛА ОПОРТУНИТЕТА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА У УПОРЕДНОМ МАЛОЛЕТНИЧКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Малолетничко кривично право се у савременим правним системима сматра веома важним сегментом укупног кривичног права, па и кривичних наука посматраних у комплексном смислу.¹⁶ На малолетничку делинквенцију се у кривичноправним системима савремених држава официјелно реагује на два основна начина:

1) применом одређених мера које подразумевају да се малолетник, иако постоје докази да је учинио кривично дело, ипак не гони кривично, а што онда значи да се у односу на таквог малолетног учиниоца не изричу нити извршавају кривичне санкције, већ му се или потпуно „опрашта“ кривично дело које је учинио или се у односу на њега примењују одређене мере, које су понекад и веома сличне неким кривичним санкцијама за малолетнике, али формално не представљају кривичне санкције, па би се могле означити као својеврсне „парасанкције“, те

2) изрицањем и применом кривичних санкција, при чему у систему кривичних санкција савремених држава (то је свакако случај у Европи) по правилу постоје посебне кривичне санкције, специјално пројектоване баш за категорију малолетних учинилаца кривичних дела.

Први облик официјелног реаговања кривичноправног система могао би се означити као „класичан“, док други облик представља начин избегавања класичног реаговања и он је у теорији последњих деценија познат под називом „диверзија“, „диверзионо поступање“, „диверзиони механизам“ и сл. Тај и слични изрази означавају одговарајуће официјелно „скретање“ приликом суочавања са конкретним кривичним делом малолетника тако што се избегава његово решавање на класичан кривичноправни начин, већ се малолетник „не увлачи“ у кривичну процедуру, нити се кривично санкционише, што се постиже било једноставним уздржавањем јавног (државног) тужиоца од кривичног гоњења малолетника, онда када оцени да кривично гоњење нема сврхе, било одређивањем одређених мера малолетника, чијом се применом супституише његово кривично санкционисање.

Елементи диверзионог поступања постоје и у нашем кривичном праву за малолетнике, и то у два основна вида:

- а) прави облици диверзионог поступања и
- б) неправни облици диверзионог поступања.

Прави облици диверзионог поступања су они облици који се свODE на потпуно уздржавање јавног тужиоца за малолетнике од кривичног гоњења малолетника, када тај једини овлашћени тужилац за малолетнике оцени да

¹⁶ Више о томе: С. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, Munchen, 2006, стр. 4.

кривично гоњење не би било целисходно, односно не би имало сврхе, што се своди на примену начела опортунитета кривичног гоњења, што је могуће било безусловно, било условљено.

Прави облици диверзионог поступања у српском кривичноправном систему за малолетнике јесу:

1) *безусловно поступање према начелу опортунитета кривичног гоњења*, које се заснива на нецелисходности кривичног гоњења конкретног малолетника, што се чини без постављања малолетнику било каквих услова које би морао да испуни да не би био кривично гоњен, а што постоји у два облика (члан 58. ЗМ): а) у погледу кривичних дела за која је прописана казна затвора до пет година или новчана казна, када кривично гоњење малолетника не би било целисходно с обзиром на природу кривичног дела и околности под којима је учињено, ранији живот малолетника и његова лична својства, те б) када је извршење казне или васпитне мере у односу на малолетника већ у току, а кривично гоњење и санкционисање малолетника за његово друго кривично дело не би имало сврхе с обзиром на тежину тог кривичног дела, као и на казну, односно васпитну меру која се извршава;

2) *условљено поступање према начелу опортунитета кривичног гоњења*, када се кривично негоњење малолетника у погледу кривичних дела за која је прописана казна затвора до пет година или новчана казна, осим нецелисходношћу таквог гоњења, условљава пристанком малолетника и његових родитеља, усвојоца и стараоца, као и спремношћу малолетника да испуни један или више васпитних налога, при чему је за примену једног васпитног налога (поравнање са оштећеним) неопходан и пристанак оштећеног (члан 62. ст. 1. и 3. ЗМ);

Неправи облици диверзионог поступања представљају обустављање претходно већ започетог кривичног поступка према малолетнику, иако би иначе свакако постојали сви процесни и фактички услови да се поступак оконча кривичним санкционисањем малолетника, али до тога не долази јер је установљено постојање разлога нецелисходности даљег кривичног гоњења малолетника.

Овде се не ради о правом, односно типичном диверзионом поступању, јер кривични поступак није потпуно избегнут, већ је, напротив, дошло до његовог покретања, али се такав кривични поступак потом обуставља, тј. не завршава се на класичан начин, тиме што би се малолетник кривично санкционисао или би до обуставе дошло услед постојања неког од разлога из којих се у општем кривичном поступку доноси ослобађајућа, односно одбијајућа пресуда.

Неправи облици диверзионог поступања у кривичноправном систему Србије пројектованом за малолетнике јесу:

1) *безусловно обустављање поступка према малолетнику*, до чега долази у два случаја: а) када јавни тужилац за малолетнике у току припремног поступка или по његовом окончању нађе да постоје разлози из којих би иначе могао поступити по начелу опортунитета кривичног гоњења, па судији за

малолетнике предложи обуставу поступка, након чега било судија за малолетнике (ако је прихватио предлог јавног тужиоца за малолетнике), било веће за малолетнике (уколико се судија за малолетнике није сложио са предлогом јавног тужиоца за малолетнике) доноси решење о обустави поступка према малолетнику из разлога нецелисходности даљег кривичног гоњења (члан 70. ст. 1. и 3), те б) када веће за малолетнике, након што је јавни тужилац за малолетнике предложио да се малолетнику изрекне кривична санкција, одржи седницу већа или главни претрес, те донесе решење о обустави поступка према малолетнику, јер је нашло да није целисходно да се малолетнику изрекну нити казна, нити васпитна мера (члан 78. став 2);

2) *условљено обустављање поступка према малолетнику*, до чега долази када јавни тужилац за малолетнике предложи да се поступак према малолетнику обустави под условом да малолетник прихвати да испуни један или више васпитних налога, а такав услов може поставити и веће за малолетнике када оно решава у случају несагласности судије за малолетнике са предлогом јавног тужиоца за малолетнике да се према малолетнику из разлога (не)целисходности обустави поступак (члан 70. став 4. и члан 71. ст. 1. и 2). Оба ова облика диверзионог поступања се у ствари, према код нас уобичајеној кривичнопроцесној терминологији, сматрају нормативно-процесним варијантама деловања начела опортунитета кривичног гоњења у поступку према малолетницима.

Сматра се у теоријском смслу да диверзионо поступање у теоријском смислу почива на следећим основним премисама:¹⁷

- 1) избегавање стигматизације малолетног учиниоца кривичног дела;
- 2) принцип давања приоритета едукацији уместо кажњавању;
- 3) принцип пропорционалности који лимитира државну интервенцију (модел минималне интервенције);

4) економска базираност диверзија, која подразумева прагматични приступ примене мера које су економичније од класичних кривичних санкција и судског кривичног поступка који им претходи;

5) криминолошка утемељеност диверзија, која се своди на посматрање малолетничке делинквенције као понашања које је „епизодног карактера“, те у њега често спадају и багателна кривична дела;

6) перспектива социологије права, сходно којој се сматра да треба дати предност „неинтервенцији“ или мање тешком „кажњавању“ (на пример, „условна осуда уместо казне затвора“).¹⁸

¹⁷ Више о томе: F. Dünkel, „Sanctions systems and trends in the development of sentencing practices“, in: F. Dünkel, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010, стр. 1627–1628.

¹⁸ Наравно, овде се ради о цитату који се тиче упоредноправних модела, па зато буквално и наводимо „условну осуду“ и „казну затвора“, без обзира на то што, иначе, у нашем систему кривичних санкција за малолетнике малолетнику не могу бити изречени ни казна затвора (једина казна за малолетнике је малолетнички

4.1. Основни облици и манифестације „диверзионог поступања“/деловања начела опортунитета према малолетним учиниоцима кривичних дела у европском упоредном малолетничком кривичном праву

У литератури се примећује да, када се ради о малолетним учиниоцима, све европске земље познају могућности за избегавање „класичне судске кривичне процедуре“, али да се појам „диверзија“, различито разуме од земље до земље, па се тако у европским кривичним правосуђима за малолетнике могу уочити различите форме диверзија: „Диверзија може бити безусловна или условна; она често означава омогућавање да се са малолетним учиниоцем, уместо да му се суди у кривичном суду, поступа пред одговарајућом здравственом или социјалном службом.“¹⁹

Цитирани аутор тзв. диверзије у односу на малолетнике сматра „неформалним санкцијама“ (*informal sanctions*),²⁰ што је у извесној мери слично термину „парасанкције“, који смо претходно у неколико наврата користили, али се, у ствари, ипак не могу сви облици диверзионог поступања према малолетним учиниоцима означити као њихово неформално санкционисање, односно свести на примену „неформалних санкција“ у односу на малолетнике. До примене „неформалних санкција“ или „парасанкција“ долази само онда када се кривично негоњење малолетника условљава тиме што се у односу на њега примењују такве мере, чиме он практично „заслужује“ да не буде кривично гоњен, али када се поступа у складу са тзв. обичним опортунитетом кривичног гоњења, тада уопште ни не долази до примењивања било каквих мера према малолетнику, тј. он се ни на који начин не „санкционише“, већ се једноставно не гони кривично, јер се оцењује да то не би било целисходно, при чему се увек (слично као и у нашем законодавству, када је реч о начелу опортунитета кривичног гоњења) у обзир узимају релевантне субјективне (личност малолетника итд.) и објективне околности, попут тежине кривичног дела, околности под којима је дело учињено и сл. Међутим, ни у овом случају се ипак не ради о „неформалним“ мерама или „санкцијама“, јер њих, без обзира на сву могућу упрошћеност „форме“ (а није спорно да је и иначе малолетничко кривично право по правилу далеко неформалније него класично кривично право), ипак изриче надлежни државни орган у одређеном поступку који је прописан законом, а то је по правилу државни (јавни) тужилац, при чему у неким земљама такве мере може одредити и полиција, а у многим земљама је одлука јавног (државног) тужиоца

затвор), нити условна осуда, мада неки други варијетети кривичних санкција за малолетнике садржински постижу ефекте сличне онима које у односу на пунолетне учиниоце кривичних дела производи условна осуда, а нарочито условна осуда са заштитним надзором, о чему више пишемо у делу књиге посвећеном кривичним санкцијама за малолетнике.

¹⁹ F. Dünkler, *op. cit.*, стр. 1624–1625.

²⁰ *Ibid.*, стр. 1624.

условљена одобрењем суда, или је пак против ње могуће изјавити жалбу о којој решава суд.

Савремено кривично право за малолетнике се (што се рефлектује и на претходно објашњене основне моделе поступка према малолетницима, односно неке од њих) одликује тежњом да се у односу на малолетне учиниоце кривичних дела, увек када је то објективно могуће, уместо класичним кривичним санкцијама за малолетнике, реагује другим мерама, које немају карактер кривичних санкција и представљају одређене форме тзв. парасанкција, као што је то случај са васпитним налозима у нашем малолетничком кривичном праву. Начелна је идеја да систем малолетничког правосуђа, односно уопште официјелног реаговања на кривична дела малолетника, у односу на одређене ситуације малолетничке делинквенције, има на располагању одређени број одговарајућих алтернативних механизма, којима се на адекватан начин могу супституисати кривичне санкције.

Примена тзв. диверзионих механизма се често означава и као „алтернативно поступање“. Када је реч о *алтернативном поступању*, оно се огледа како у широким процесним могућностима, од којих се многа заснивају како на одређеним облицима дискреционог права, тако и на читавом низу алтернатива у односу на могућност изрицања различитих мера у односу на малолетног делинквента, при чему је и њихово извршење у највећој мери прилагођено личности малолетника и потреби успешног сузбијања његовог делинквентног понашања. У нашој литератури постојање оваквих алтернативних могућности у неким законодавствима (посебно у Белгији) означава се као *диверзиони модел*.²¹ Не ради се о целовитом моделу (он као такав и није издвојен у претходном излагању о основним моделима правосуђа за малолетнике), већ само о једном аспект у оквиру конкретног кривичног законодавства за малолетнике, што ћемо илустровати сумарним анализирањем *принципа опортунитета кривичног гоњења* у односу на малолетнике у немачком кривичнопроцесном законодавству, те односом тих процесних могућности (које на сличан начин постоје и у нашем закону) са тзв. диверзионим моделом.

Поступање према принципу опортунитета кривичног гоњења се у новијој немачкој кривичнопроцесној теорији по правилу означава као један вид диверзионог поступања, при чему се „диверзија“ и овде испољава као један облик скретања у односу на уобичајено поступање,²² али не у виду примене посебних санкција или мера третмана, већ престанком кривичног гоњења, чиме се малолетник искључује из кривичне процедуре.²³ У ствари, овакво

²¹ И. Стевановић, „Алтернативне кривичне санкције према малолетницима“, Зборник Српског удружења за кривично право – *Актуелна питања малолетничке делинквенције*, Копаоник, 1995, стр. 27.

²² Више о томе: E. M. Lemert, „Diversion in Juvenile Justice: What Hath Been Wrought“, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, No. 1, 1981, стр. 34–46.

²³ Више о томе: H. Klages, „Diversion im Jugendstrafrecht“, *Kriminalistik* 8–9/95, Heidelberg, 1995, стр. 607–611.

означавање принципа опортунитета представља, према нашем мишљењу, само вид продирања англосаксонске терминологије и представља практичну последицу постојања мноштва стручне литературе на енглеском језику. Диверзионо поступање, у ствари, подразумева да се поступак или окончава на другачији (посебан) начин него што би то по општим правилима било уобичајено – као када се, сходно принципу опортунитета (*lex specialis*), он не покрене или се обустави, уместо да се, према легалитету као општем принципу (*lex generalis*), он обавезно покрене и заврши кривичном санкцијом уколико се докажу кривично дело и постојање услова кривичне одговорности, или да се према малолетнику примени неки потпуно другачији тип поступка и уз примену алтернативних мера, које у великој мери тада и губе свој кривичноправни карактер. Поступање према принципу опортунитета кривичног гоњења се стога, према том концепту (који је у великој мери и етимолошког карактера, као што смо то објаснили), третира као једноставна диверзија, која се првенствено примењује у погледу учинилаца неких лакших кривичних дела, а њена примена се заснива на селекцији, и то од стране тужилаштва или од стране суда.²⁴

Други облик диверзионог поступања представља тзв. сложену диверзију, која подразумева и одређену интервенцију, што се огледа у дефинисању различитих видова надзора (праћењем путем електронских уређаја и без тога), као и у обавезивању малолетника да обавља неки друштвено користан рад, да обештети жртву, односно оштећеног, да похађа неке образовне курсеве или да се додатно едукује.²⁵ Теоријски концепт овог модела обухвата различите мере, које се комбинују у односу на учиниоца кривичног дела, на пример: полицијски час и кућни притвор (уз могућност електронске контроле), дужност испуњавања неких посебних услова, што одређује суд (редовно школовање, запослење, престанак употребе наркотика и алкохола итд.), вршење неког друштвено корисног рада и сл., а малолетнику се може поставити и одређени надзорник, који проверава његово понашање и стара се да он накнади штету друштву. Применом наведеног модела тежи се неопходној индивидуализацији пробацијског третмана, зависно од тежине извршеног дела и свих особености личности учиниоца, а предвиђене мере се (што је опет релативно и зависи од личности учиниоца) постепено градирају према тежини којом погађају учиниоца, односно његовом доживљавању тих мера, које се могу и међусобно комбиновати, односно супституисати.

У европским земљама се испољава неколико основних облика диверзионог поступања у односу на малолетне учиниоце: 1) диверзија која се своди на неинтервенисање и подразумева законску декриминализацију дела у погледу којег постоји незнатна кривица, 2) диверзија у комбинацији са упућивањем случаја служби социјалног старања или посебном

²⁴ Више о томе: J. Zermatten, *op. cit.* стр. 165–178.

²⁵ K. Carroll, *Diversion of youth from the juvenile justice system*, WashinГton, 1980, стр. 89.

административном органу; те 3) условно одлагање кривичног гоњења (у одговарајућој комбинацији са едукативним мерама).²⁶

4.1.1. Неинтервенисање као вид диверзионог поступања у односу на малолетног учиниоца

Неинтервенисање или диверзија која се огледа у неинтервенисању, односно одсуству вођења формалног кривичног поступка према малолетнику (*Non-nterventional diversion*), са становишта код нас уобичајених кривичнопроцесних резона, спада у вид поступања сходно начелу опортунитета кривичног гоњења. Ради се о елементима концепта/модела „минималне интервенције“. Широм Европе се могу наћи примери таквих законских решења, при чему се некада ради о чистом опортунитету кривичног гоњења, као кривичнопроцесном механизму који представља изузетак у односу на начело легалитета официјелног кривичног гоњења, а некада је у питању решење из домена материјалног кривичног права, слично као што је то у нашем кривичном праву случај са делом малог значаја, а често се ова решења комбинују, нарочито зато што је данас у Европи чешће да се багателна дела решавају на процесном (у оквиру опортунитета кривичног гоњења), а не на материјалном кривичноправном нивоу, као што је то код нас случај са делом малог значаја, односно некадашњим институтом незнатне друштвене опасности.²⁷

У Аустрији, слично као и у нашем праву, постоји могућност да државни тужилац и судија безусловно обуставе поступак према малолетнику за кривично дело запређено новчаном казном или казном затвора до пет година, уколико интервенција у односу на малолетника није неопходна у циљу спречавања да он поново учини кривично дело.²⁸ Такође, у Аустрији се учиниоци од 14 и 15 година старости не гоне када су у питању деликти који не спадају у најозбиљније и када вођење кривичног поступка пред судом за малолетнике није неопходно ради спречавања учиниоца да убудуће чини кривична дела (§ 4 (2) 3 Закона о малолетничком правосуђу Аустрије). Поред тога, у Аустрији постоји посебан основ искључења кажњивости, када је реч о малолетним учиниоцима, уколико се ради о лаком противправном делу које је законом одређено као кривично дело, а у погледу којег код малолетника

²⁶ Више о томе: F. Dünkel, *op. cit.*, 1628–1636.

²⁷ Независно од овога, иако је у упоредном кривичном праву знатно чешће да се проблематика багателних дела решава у оквирима начела опортунитета кривичног гоњења, него да се то питање регулише материјалним кривичним законодавством, постоје и аргументи у прилог постојећем решењу садржаном у нашем материјалном кривичном праву, по којем дело малог значаја представља основ који искључује противправност.

²⁸ A. Pilgram, K. Bruckmüller und G. Stummvoll, „Country Report – Austria“, in: F. Dünkel, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010, стр. 52–53.

постоји „незнатна кривица“. Ово решење се у теорији упоређује са решењем које постоји у Русији,²⁹ а по којем дефиниција кривичног дела садржи и елемент „друштвене опасности“. У ствари, овде формално-правно и није у питању неинтервенисање, нити уопште примена диверзионог механизма, већ се ради о тзв. материјалном елементу у општем појму кривичног дела, што је било типично за некадашње социјалистичке земље,³⁰ а данас је опстало у државама које своје кривично право у одређеној мери темеље на „совјетској правној традицији“.

Неинтервенисање у односу на малолетног учиниоца кривичног дела, када се ради о лакшим кривичним делима, што у процесном смислу представља деловање начела опортунитета кривичног гоњења,³¹ може се уочити и у многим другим европским државама, као што су Финска, Француска, Шпанија, Шведска итд.³²

У Енглеској и Велсу полиција поседује две могућности у односу на решавање случаја малолетничке делинквенције без икакве интервенције, тако да она може одлучити да уопште не предузме било шта у односу на конкретног малолетника, што значи и да се његово кривично дело званично не евидентира, нити се може помињати (као рецидивизам) у било каквој евентуалној будућој кривичној процедури, али се од стране надлежног министарства од 1998. таква пракса „обесхрабрује“, па се полиција више усмерава да у односу на малолетне учиниоце, у случајевима када се не ради о тежим кривичним делима, предузме потребне мере да учинилац стекне свест о сопственој одговорности, тако да се предност даје диверзији са интервенцијом, док је диверзија без интервенције лимитирана на сасвим тривијалне деликте.³³

²⁹ F. Dünkel, *op. cit.*, стр. 1629.

³⁰ Слично је било и у Чешкој све до реформе кривичног права из 2009, када је напуштен концепт декриминализације багателних деликата, већ се то питање решава правилима кривичног процесног законодавства кроз принцип опортунитета кривичног гоњења, као изузетак у односу на начело легалитета (официјелног) кривичног гоњења, што се у теорији понекад означава као својеврсна „процесна декриминализација“.

³¹ Цитирани аутор овде користи термин „безусловна диверзија“ (*unconditional diversion*), или „неусловљена диверзија“, а такође и израз „процесна декриминализација“ (*procedural decriminalization*), који се практично своди на означавање поступања према начелу опортунитета кривичног гоњења, а што се овде наводи као принцип експедитивности (*the principle of expediency*).

³² F. Dünkel, *op. cit.*, стр. 1629.

³³ J. Dignan, „Country Report – England and Wales“, in: F. Dünkel, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010, стр. 372–373.

4.1.2. Диверзија у комбинацији са упућивањем случаја служби социјалног старања или посебном административном органу

За многе европске земље је карактеристично да се диверзионо поступање комбинује са упућивањем малолетног учиниоца одређеној служби социјалног старања или посебном органу.³⁴

У Бугарској, државни тужилац може одлучити да не покрене поступак према малолетнику или да прекине прелиминарни кривични поступак уколико је „адолесцент“ учинио „кривично дело које не представља озбиљну опасност по друштво“, али тужилац не може сам да примени одређене васпитне, односно едукативне мере, већ је дужан да случај упути посебној „локалној комисији“, која представља административно тело које је примарно надлежно за истрагу у односу на „антисоцијално понашање“, а та комисија малолетнику може одредити корективне мере.³⁵

У Естонији се малолетни учинилац у односу на којег се оцени да кривично гоњење није неопходно може упутити Комитету за малолетнике, који малолетнику може одредити одређене санкције или мере.³⁶

У Румунији, државни тужилац може одлучити да малолетника не гони кривично, већ му може одредити одређене мере попут опомене, или случај може упутити посебном Директорату за заштиту деце.³⁷

У Шведској се малолетни учиниоци могу упутити социјалној служби ради одређивања мера које се свode на одговарајући третман, при чему многе од тих мера захтевају пристанак самог малолетника, али се неке мере могу применити и принудно.³⁸ Пре реформе шведског законодавства, односно законских новела из 1999. и 2007, суд начелно није имао контролу над социјалном службом, онда када је малолетног учиниоца њој већ упутио, али сада социјална служба има дужност да суду презентира план конкретног третмана у односу на малолетног учиниоца, увек када се планира примена принудних мера.³⁹

³⁴ F. Dünkel, *op. cit.*, стр. 1630.

³⁵ K. Kanev, D. Furtunova, P. Roussinova, Y. Bekirska, „Country Report Bulgaria“, in: F. Dünkel, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010, стр. 97–98.

³⁶ J. Ginter and J. Sootak, „Country Report Estonia“, in: F. Dünkel, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010, стр. 404–405.

³⁷ A. Parosanu, „Country Report Romania“, in: F. Dünkel, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010, стр. 1088–1089.

³⁸ R. Haverkamp, „Country Report Sweden“, in: F. Dünkel, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010, стр. 1344–1345.

³⁹ *Ibidem*.

У Шкотској се малолетници који су у узрасту до 16 година упућују посебној административној служби (тзв. Children's Hearing System), која представља регионално организован „трибунал“,⁴⁰ који сачињавају волонтери који су правни лаици, као и професионални „репортер“, који има правно образовање.⁴¹ Овом поступку присуствују сам малолетник и његови родитељи, односно стараоци, те социјални радник, који је уобичајено, односно по правилу присутан, као и остала лица, попут учитеља малолетника, представника његове породице итд. Такође, ако је случај озбиљан, тј. уколико постоји законска могућност да малолетнику буде изречена комплекснија мера или мера која подразумева лишење слободе (на пример, боравак у другој породици или смештање у установу, похађање посебних програма дизајнираних за учиниоце кривичних дела и сл.), поступку може присуствовати и лице које правно заступа малолетника, а одлука у овом поступку се начелно доноси у складу са најбољим интересом малолетника.⁴²

4.1.3. Условно одлагање кривичног гоњења малолетника

Под условним одлагањем кривичног гоњења треба подразумевати одлагање кривичног гоњења малолетника од стране органа који официјелно врши кривично гоњење, односно иницира поступак, што је у Европи по правилу државни (јавни) тужилац, мада у неким државама (нпр. у Енглеској и Велсу) иницијатива потиче од полиције, при чему се малолетнику одређују одређене обавезе, односно одговарајуће мере или третман, чијим се испуњењем, односно примењивањем у року трајања одлагања кривичног гоњења, стичу формални услови да малолетник уопште не буде кривично гоњен.

Кривичнопроцесно посматрано, механизам условног одлагања кривичног гоњења представља вид поступања према начелу опортунитета кривичног гоњења. Овде се ради о тзв. условљеном опортунитету кривичног гоњења.⁴³ За разлику од класичног (правог или „чистог“) опортунитета кривичног гоњења, где се малолетник безусловно кривично не гони (апсолутно примењен принцип неинтервенисања), код условног одлагања кривичног гоњења малолетник се неће кривично гонити само ако се испуни услов да су у периоду одлагања кривичног гоњења у односу на малолетника успешно

⁴⁰ Цитирани аутор наводи да се ради о трибуналу који је заштитничке оријентације – „welfare tribunal“, што практично, с једне стране, значи да није у питању правосудно тело, док, с друге стране, означава да је цео концепт у основи социјално оријентисан.

⁴¹ M. Burman, J. Johnstone, A. Fraser and F. McNeill, „Country report Scotland“, in: F. Dünkel, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010, стр. 1165.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, 14. измењено и допуњено издање, Београд, 2024, стр. 57–58.

реализоване одређене мере, односно са је малолетник испунио обавезе које су му одређене као услов да не би био кривично гоњен (условна примена принципа неинтервенције). Одговарајућа „интервенција“ у односу на малолетника је у овом случају *condicio sine qua non*, да малолетник не би био кривично гоњен.

По правилу, они системи малолетничког правосуђа који и иначе познају деловање начела опортунитета кривичног гоњења малолетника у његовом класичном виду, што се своди на својеврсни безусловни „опроштај“ кривичног гоњења или учињеног дела малолетнику, познају и другу варијанту опортунитета кривичног гоњења, где до таквог „опроштаја“ долази само под *условом* да су у односу на малолетника реализоване одређене мере које, по правилу, подразумевају одговарајуће учешће малолетника у испуњавању обавеза које су му одређене, слично као што је то у нашем правном систему случај са васпитним налозима који се малолетнику одређују као вид „парасанкција“ и чијом се применом током одложеног кривичног гоњења малолетника, стичу услови да он уопште ни не буде кривично гоњен, а што се процесно, по правилу, манифестује доношењем решења јавног тужиоца за малолетнике о одбацивању кривичне пријаве која је била поднесена у односу на малолетника.

У многим земљама је могућа диверзија у комбинацији са одређеним едукативним мерама, које су често веома сличне „мерама у заједници“, које могу бити одређене одлуком суда.⁴⁴

У Аустрији се диверзија може комбиновати са „мањим“ новчаним казнама,⁴⁵ а посебно са спровођењем поступка медијације између малолетног учиниоца кривичног дела и жртве, односно оштећеног његовим кривичним делом, као и са радом у корист заједнице или одређивањем „пробацијског термина“ малолетнику, што се, ако је то неопходно, чини у комбинацији са директивама пробацијске службе (која се и иначе стара о извршењу условне осуде са заштитним надзором), или под њеном супервизијом, односно контролом.⁴⁶

Ситуација је у Немачкој слична као и у Аустрији, јер и у овој држави постоји законска могућност да се у односу на малолетног учиниоца кривичног дела безусловно примени начело опортунитета кривичног гоњења (безусловно неинтервенисање, односно диверзија без интервенције), али постоји и могућност условног примењивања начела опортунитета кривичног гоњења, односно примене диверзије са одговарајућом интервенцијом. Државни тужилац може предложити суду за малолетнике да, у оним случајевима малолетничке делинквенције где нађе да је то оправдано, малолетнику изрекне врло благу санкцију, као што су опомена, рад у корист заједнице (уобичајено

⁴⁴ F. Dünkel, *op. cit.*, стр. 1632.

⁴⁵ Као што је то објашњено у претходном тексту, у Аустрији је могућа и диверзија без икакве интервенције, односно безусловно поступање према начелу опортунитета кривичног гоњења у односу на малолетника.

⁴⁶ A. Pilgram, K. Bruckmüller und G. Stummvoll, *op. cit.*, стр. 52–53.

између 10 и 40 сати), медијација, тј. поравнање између њега и жртве, односно оштећеног кривичним делом (*Täter-Opfer-Ausgleich*), похађање посебних едукативних курсева за учеснике у саобраћају, или наметање малолетнику обавезе да у односу на штету насталу кривичним делом изврши обештећење у виду репарације или реституције, да се извини жртви или да плати новчану казну, а онда када малолетни учинилац испуни обавезе које су му одређене, државни тужилац одустаје од кривичног гоњења, односно у кооперацији са судијом кривични поступак се обуставља.⁴⁷

4.2. Надлежни органи за поступање према начелу опортунитета кривичног гоњења у упоредном малолетничком кривичном праву

У литератури се истиче да „независно од посебне улоге одређених социјалних служби, односно посебног социјалног органа,⁴⁸ диверзије могу бити инициране, односно одређене од стране полиције, државног тужиоца или судије“.⁴⁹

Чињеница је да малолетни учинилац први контакт има најчешће са полицијом и док би се у неким земљама (нпр. у Немачкој) неформална „акција“ полиције у правцу диверзионог поступања морала описати као „незванична“ и „противзаконита“,⁵⁰ неке земље, напротив, институционализују могућност за „полицијску диверзију“.⁵¹

У неким земљама је сасвим једноставно могуће да полиција, иако је обавештена о кривичном делу учињеном од стране малолетника, једноставно не предузме било какву акцију у односу на малолетника ако оцени да се ради о минорном случају, односно багателном деликту или кривичном делу које нема важности, а тако нешто је могуће, на пример, на Кипру, док је у Енглеској и Велсу прописано да полиција има могућност диверзионог поступања у односу на малолетне учиниоце кривичних дела било кроз „неинтервенцију“, било тиме што она сама изриче неформалне опомене, укор или формално упозорење, када је могуће и ангажовање посебног тима за поступање са малолетним учиниоцима кривичних дела.⁵² Законом о кривичним делима и

⁴⁷ F. Dünkel, „Country Report Germany“ in: F. Dünkel, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010, стр. 569–570.

⁴⁸ Мисли се на орган сличан органу старатељства у српском законодавству.

⁴⁹ F. Dünkel, *op. cit.*, стр. 1636.

⁵⁰ Када је реч о Немачкој, у овој земљи постоји веома јак отпор давању било каквих могућности полицији да „арбитрира“ у односу на иницирање могућег будућег кривичног гоњења, што се заснива на ужасном искуству из времена нацистичког режима, тако да полиција, без икаквог изузетка, нема законску могућност да сама реши било који случај, односно увек је дужна да када има информацију о учињеном кривичном делу, о томе обавести државног тужиоца.

⁵¹ F. Dünkel, *op. cit.*, стр. 1636.

⁵² *Ibidem*.

прекршајима против јавног реда из 1998.⁵³ ограничена је могућност за „полицијске диверзије“ у односу на малолетне учиниоце кривичних дела, тако да је након прве такве мере могућа само још једна, после чега је вођење судског поступка обавезно, изузимајући неке веома рестриктивно формулисане изузетке.⁵⁴

У Ирској се полицијски диверзиони програми обично комбинују са неформалним или формалним мерама, а ако је одређена формална диверзиона мера, она подразумева обавезан надзор у односу на малолетника који траје до 12 месеци и који спроводи посебан службеник, при чему постоји могућност и за ресторативне мере, које се могу комбиновати са породичним конференцијама и спровођењем „акционог плана“ у који се укључује малолетник, или се своди на извињење малолетника жртви, односно накнаду штете оштећеном.⁵⁵ У Ирској су могуће и друге диверзионе мере које одређује полиција, где спадају: 1) обавезивање малолетника да уредно похађа школу, 2) слање малолетника на посебне обуке, 3) одређивање малолетнику да учествује у спортским или рекреативним активностима, 4) забрана напуштања стана у одређено време, односно 5) забрана посећивања одређених места.⁵⁶

У Северној Ирској такође полиција има веома значајну улогу, па је она тако од 2003. и формално увршћена у тзв. диверзиону шему поступања са малолетним учиниоцима, што ипак не подразумева њено самостално деловање у „диверзионом правцу“, већ само значи да посебан полицијски службеник може државном тужиоцу да предложи како да се поступа са малолетним учиниоцем, а у пракси државни тужиоци обично темеље своју одлуку на препоруци полиције.⁵⁷

У теорији се истиче да је „полицијска диверзија“ у општем смислу препоручена одређеним међународним инструментима (као што су, на пример, Правило 11.2 Пекиншких правила или Правило број 5.1. Токијских правила), те да је предност такве диверзије што полиција у једном веома раном стадијуму може поступити промтно, тако да прође веома мало времена између учињеног дела или одговарајућег одговора система, при чему, с једне стране, „мека“ реакција има позитиван педагошки ефекат, док се тако, с друге стране, редукује стигматизација малолетника. Али и поред тога, земље које следе „принцип законитости“ тешко прихватају такве могућности полиције.⁵⁸ Стога у већини континентално-европских држава, попут Аустрије, Немачке, Грчке, Италије, Португалије, швајцарских кантона који спадају у немачко говорно подручје,

⁵³ The Crime and Public Disorder Act.

⁵⁴ J. Dignan, *op.cit.*, стр. 367.

⁵⁵ D. Walsch, „Country Report Ireland“, in: F. Dünkel, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010, стр. 730–732.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ F. Dünkel, *op.cit.*, стр. 1637.

као и у већини источноевропских држава, не постоји могућност за полицијско диверзионо поступање.

У већини европских земаља се диверзионо поступање омогућава на једном „предсудском нивоу“, од стране државног тужиоца, као што је то на пример случај са Аустријом, Белгијом, Чешком, Немачком, Грчком, Шпанијом итд., а у неким од тих земаља (нпр., у Бугарској, Чешкој и Немачкој) „диверзионе одлуке“ се могу донети и од стране суда, односно судије за малолетнике.⁵⁹

4.2.1. Органи који су надлежни за диверзионо поступање у европским државама⁶⁰

Земља ⁶¹	Диверзионо поступање полиције	Диверзионо поступање државног/јавног тужиоца	Диверзионо поступање суда
1	2	3	4
Аустрија	-	+	+
Белгија	-	+	+
Бугарска	-	+	+
Кипар	+	+	+
Чешка	-	+	+
Данска	+/- (само заједно са државним тужиоцем)	+	+
Енглеска/Велс	+	+	+
Естонија	-	+	-
Финска	-	+	+
Француска	-	+	+

⁵⁹ *Ibid.*, стр. 1637–1638.

⁶⁰ Према: A.Gensing, *op.cit.*, стр. 1596–1597.

⁶¹ Ознака „-“ (минус) у табели означава да у конкретној држави државни орган о којем се ради нема могућност да поступа диверзионо, док обрнуто ознака „+“ (плус) означава да конкретни орган поседује могућност примењивања диверзионих механизма. У неким ситуацијама се користи и мешовита ознака „+/-“ (плус/минус), која означава да само под одређеним процесним условима, односно само у неким ситуацијама или једино у одређеној процесној ситуацији, односно само до одређеног процесног момента државни орган о којем се ради може да диверзионо поступа у односу на малолетног учиниоца кривичног дела.

Немачка	-	+	+
Грчка	-	+	+/-
Мађарска	-	+	+
Ирска	+	+	+
Италија	-	-	+
Летонија	-	+	+
Литванија	-	-	+
Холандија	+	+	+
Северна Ирска	+	+	+
Пољска	-	-	+
Португалија	-	+	+
Румунија	-	+	+
Русија	-	+	+
Шкотска	+	+	-
Словачка	-	+	+
Шпанија	-	+	+
Шведска	-	+	+
Швајцарска	-	+	+
Турска	-	+/-	+
Украјина	+/-	+	+
Земље настале на територији некадашње Југославије	-	+	+

4.2.2. Принцип опортунитета кривичног гоњења малолетника у немачком кривичном процесном праву и његов однос са тзв. диверзионим моделом

У немачком кривичном праву се традиционално значајна пажња како у судској пракси, тако и у теоријском смислу поклања малолетничком кривичном праву (*Jugendstrafrecht*), како материјалном, тако и процесном. Поред тога, у немачкој кривичноправној, криминалистичкој и криминолошкој литератури се и иначе много пажње поклања проучавању делинквенције, тј. криминалитета најмлађих старосних структура, па се тако, на пример, поједини аутори чак залажу и за увођење посебне старосне кривичноправне категорије која би се односила на лица стара *између 18 и 25 година*, јер се

сматра да потпуна социјална интеграција наступа тек са навршених 25 година живота.⁶²

Формално се начело опортунитета кривичног гоњења малолетника у немачком кривичном поступку огледа у прописивању могућности прелиминарног саслушања малолетника, након чега је могућ одустанак државног тужиоца од кривичног гоњења малолетника. Уколико се очекује изрицање казне малолетнику, државни тужилац или председавајући већа за малолетнике, ће саслушати малолетнике пре подизања оптужнице. Државни тужилац може одустати од кривичног гоњења у свакој фази поступка, сагласно општим прописима, што је у складу са општим дејством начела акузаторности кривичног гоњења. Посебно је могуће одустајање од гоњења уколико су испуњени услови за изрицање васпитне мере, као и уколико малолетник постигне поравнање са оштећеним. Овом нормативном могућношћу се мењају класичне кривичнопроцесне концепције које се односе на официјелно вођење поступка, те омогућава да малолетник и оштећени својом сагласном вољом модификују исход кривичног поступка. То представља вид тзв. диверзионог, односно алтернативног поступања.⁶³ Могуће је изрицање опомене уместо кажњавања малолетника и уколико то предложи државни тужилац у случају да је малолетник (окривљени) признао кривично дело, а при том тужилац сматра: 1) да је изрицање таквих мера неопходно и 2) истовремено не сматра препоручљивим да се подигне оптужница.

Принцип опортунитета кривичног гоњења малолетника се у кривичном процесном праву Савезне Републике Немачке испољава у два облика:⁶⁴

1) у *основном облику*, који и представља класично поступање према опортунитету кривичног гоњења, од стране државног тужиоца, који има

⁶² W. Wehner-Davin, „Heranwachsende“ – ein Widerspruch zur Volljährigkeit“, *Kriminalistik* 8/79, Heidelberg, 1979, стр. 387–392.

⁶³ H. Diemer, A. Schoreit, B. Rüdiger Sonnen, *Jugendgerichtsgesetz - Kommentar*, "C.F. Müller Verlag", Heidelberg, 1999, стр. 464 - 465.

⁶⁴ Норме кривичног процесног права Савезне Републике Немачке које се односе на положај малолетника у кривичном поступку пред судовима за малолетнике те државе највећим делом су сврстане у посебан легислативни акт – *Закон о судском поступку према малолетницима (Jugendgerichtsgesetz /JGG/)*, а у извесној мери су садржане и у прописима општег кривичног поступка (*Strafprozessordnung /StPO/*), с обзиром на то да поступак према малолетнику садржи и одређене *униђујуће* норме, које налажу у извесним процесним ситуацијама примену прописа општег кривичног поступка. Закон о малолетничком правосуђу Немачке (*Jugendgerichtsgesetz – JGG*) суштински превазилази у нормативном смислу прописе кривичног процесног права, јер у себи обухвата и одређене прописе *материјалног кривичног права* – у погледу противправног дела законом одређеног као кривичног дело и кривице малолетника, кривичних санкција за малолетнике (васпитне мере, васпитна средства и казне), прописа о извршењу казне (одлагање казне малолетнику на условни рок, одлагање изрицања казне малолетнику), одређивања стицаја кривичних дела малолетника, као и неких прописа везаних за *организацију* судово за малолетнике.

процесну могућност да у ситуацији постојања одређених процесних услова *одустане од гоњења*, као и 2) у *допунском облику*, који формално не представља поступање према опортунитету кривичног гоњења, јер актер који доноси одлуку није овлашћени тужилац већ судија за малолетнике, који може уз испуњење законом прописаних процесних услова да *обустави поступак*, с тим да и ова ситуација суштински и фактички ипак представља вид остварења принципа опортунитета, што је још очигледније будући да се за доношење наведене судске одлуке, као процесни *condicio sine qua non*, захтева *сагласност државног тужиоца*.

Државни тужилац, према одредби § 45 став 1. JGG, може поступајући према начелу опортунитета, да одустане од гоњења без сагласности судије уколико постоје опште претпоставке садржане у § 153 Законика о кривичном поступку (StPO). Потребно је да се ради о тзв. *багателном кривичном делу*,⁶⁵ уз постојање *три процесна услова*: 1) да се кривица учиниоца кривичног дела⁶⁶ оцењује као незнатна, 2) да не постоји јавни интерес за његово гоњење, те 3) да постоји сагласност суда. Овај последњи услов није апсолутан, јер сагласност суда није потребна уколико је преступ учињен према иностраном добру и када прописана казна није ограничена посебним законским минимумом, а притом је штета проузрокована кривичним делом незнатна. У највећем броју случајева у општем кривичном поступку државни тужилац своју процесну могућност поступања према принципу опортунитета остварује само уз сагласност суда, али када је реч о поступку према малолетницима, та сагласност није потребна.

Поступајући према принципу опортунитета кривичног гоњења, државни тужилац може да одустане од гоњења малолетника и из разлога који не важе у општем кривичном поступку у односу на пунолетна лица, под условом да се већ спроводи нека васпитна мера, или се такав поступак покреће. Интересантно је решење JGG (§ 45 став 2) по коме се у овој ситуацији са васпитном мером изједначава настојање малолетника да постигне *поравнање са оштећеним*. Ово решење је изузетно добро, јер омогућава да се истовремено

⁶⁵ Са становишта нашег кривичног права, овде се не би радило о поступању по начелу опортунитета кривичног гоњења, већ би се тзв. багателно кривично дело сматрало „делом малог значаја“, тј. такво дело не би било противправно, што значи да уопште не би ни било кривично дело, из чега произлази да се учинилац таквог дела (без обзира на то да ли се ради о малолетном или пунолетном лицу) не би кривично гонио у складу са начелом легалитета официјелног кривичног гоњења, а не у смислу начела опортунитета кривичног гоњења.

⁶⁶ У StPO-у се у овом случају користи израз *учинилац*, слично као што се тај термин понекад употребљава и у нашем ЗКП-у, односно у Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, мада је употреба тог израза, стриктно посматрано, иманентна материјалном кривичном праву, а не процесном праву, тј. кривичном поступку, у коме се све до правноснажног окончања процеса (узимајући у обзир презумпцију невиности, односно претпоставку некривице) не може говорити о учиниоцу, или кривцу, већ само о окривљеном, односно оптуженом, или о малолетнику према коме се води поступак.

заштите не само интереси малолетника већ и интереси оштећеног, чији је положај и у немачком кривичном процесном праву (као и у нашем) начелно лошији када се поступак води према малолетнику него уколико је реч о кривичном поступку против пунолетног лица. Тиме се, поред тога, омогућава и својеврсно *помирење* између малолетника и оштећеног, чиме се може остварити и значајан превентивни ефекат.

Поступање према принципу опортунитета кривичног гоњења се у новијој немачкој кривичнопроцесној теорији по правилу означава као један вид *диверзионог поступања*, при чему се „диверзија“ и овде испољава као један облик *скретања* у односу на уобичајено поступање,⁶⁷ али не у виду примене посебних санкција или мера третмана, већ престанком кривичног гоњења, чиме се малолетник искључује из кривичне процедуре.⁶⁸ Као што је објашњено у претходном тексту, ради се о истом, тј. диверзионо поступање је само објашњавање начела опортунитета кривичног гоњења, применом англосаксонске кривичноправне/кривичнопроцесне терминологије, што је некада случај и у Немачкој, а пре свега, када се ради о текстовима који су упоредноправне оријентације.

***De lege ferenda* приступ у погледу могуће/потребне модификације начела опортунитета кривичног гоњења – уз проширење могућности примене васпитних налога у малолетничком кривичном праву Србије**

Било би адекватно да се према малолетном учиниоцу кривичног дела могу применити један или више васпитних налога за кривично дело за које је прописана новчана казна или казна затвора до осам година, а не само када се ради о кривичном делима запрећеним казном затвора до пет година.⁶⁹ *Ratio legis* проширења могућности примене васпитног налога и на категорију кривичних дела преко пет а до осам година затвора, скопчан је са практичним проблемима који се тичу прописаних казни у Кривичном закону Србије.⁷⁰ Наиме, те казне су често превише строге, те стога, није оправдано да се у неким ситуацијама и у односу на одређена кривична дела која су у категорији кривичних дела преко пет година затвора (што је садашњи формални и лимит за примену васпитних налога/поступање према начелу опортунитета

⁶⁷ Више о томе: Е. М. Lemert, „Diversions in Juvenile Justice: What Hath Been Wrought“, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, No. 1, 1981, стр. 34–46.

⁶⁸ Више о томе: Н. Klages, „Diversions im Jugendstrafrecht“, *Kriminalistik* 8–9/95, Heidelberg, 1995, стр. 607–611.

⁶⁹ М.Шкулић, *Један поглед на српско малолетничко кривично право - осврт на важеће законске одредбе и анализа предложених/оčekиваних/могућих новела, КоПра - континентално право – часопис за одржив и складан развој права*, година IV, број 4/21, Београд, 2021., стр. 13.

⁷⁰ Више о томе: М.Шкулић, „The manifestations of penal populism in some amendments/provisions of the Criminal Code of Serbia“, *Penal Populism and Impact on the Work of Institutions - Thematic Conference Proceedings of International Significance*, Editors: Dr Marina Matic Bošković Dr Jelena Kostić, IX International Scientific Thematic Conference, Institute of Criminological and Sociological Research and Judicial Academy, Belgrade, 22 November 2024., pp. 1 – 20.

кривичног гоњења), а за њих при том, није прописна казна тежа од осам година затвора, апсолутно онемогући примена васпитних налога, као суштина поступања по начелу опортунитета кривичног гоњења у његовом условљеном облику.

Потребно је да остане могућност да васпитни налог према малолетнику може опционо применити: 1) надлежни јавни тужилац за малолетнике или 2) судија за малолетнике, односно 3) веће за малолетнике. Ради се о функционално дефинисаној надлежности која није само судска, већ је и јавно-тужилачка, односно тиче се свих органа поступка према малолетницима, а према критеријуму фазне конструкције поступка према малолетницима. Наиме, васпитни налог у предистражном поступку примењује јавни тужилац за малолетнике, у припремном поступку га примењује судија за малолетнике, а када се ради о завршној фази првостепеног поступка према малолетницима (поступак пред већем за малолетнике, који се може одвијати било у седници већа, било одржавањем главног претреса), васпитни налог примењује веће за малолетнике првостепеног суда.

У формалном смислу се овде начело опортунитета кривичног гоњења испољава у његовом условљеном облику, само када васпитни налог примењује јавни тужилац за малолетнике, који захваљујућу томе, што значи зато што је малолетник испуњавањем васпитног налога и поступањем по њему, практично „заслужио“ да не буде кривично гоњен, тј. да се према њему не води кривични поступак, одбацује кривичну пријаву и тако малолетника „поштеђује“ од кривичног гоњења. У формалном смислу је ситуација другачија када се ради о примени васпитног налога од стране суда, јер то подразумева да је према малолетнику већ покренут кривични поступак у складу са начелом акузаторности, као општи принцип српског кривичног поступка из домена начела оптужбе. Дакле, онда када је реч о примени васпитног налога од стране суда (судије за малолетнике/већа за малолетнике), не ради о деловању начела опортунитета кривичног гоњења, јер је кривичног гоњење већ започето и према малолетнику се већ води кривични поступак у његовој судској фази, већ је тада у питању условљена обустава кривичног поступка према малолетницима, али наравно, из истих разлога и применом истих механизма у складу са којима кривични поступак према малолетнику није ни морао да буде вођен према деловању начела опортунитета кривичног гоњења.

Потребно је у самом закону значајно прецизирати услове за примену васпитног налога, који се свode кумулативно на: признање кривичног дела од стране малолетника које је поткрепљено и другим доказима, околности под којим је то кривично дело учињено, које оправдавају примену васпитног налога, престанак малолетника на примену васпитног налога и однос према кривичном делу и оштећеном, из којег произлази оправданост васпитног налога. Такође је потребно дефинисати да признање малолетника као један од услова за примену васпитног налога, може бити дато приликом саслушања малолетника које спроводи орган поступка, давањем изјаве јавном тужиоцу за малолетнике, односно у поступку пред судијом за малолетнике, што је

наравно, све повезано како са стадијумском конструкцијом поступка према малолетницима, тако и са надлежношћу органа поступка који малолетника саслушава, односно којем малолетник може дати изјаву у којој је садржано признање кривичног дела које је предмет поступка.

Васпитни налози су мере које формално не представљају кривичне санкције, али је њихов садржај у великој мери сличан садржају неких кривичних санкција за малолетнике, због се могу сматрати својеврсним „пара санкцијама“. Васпитни налози се могу примењивати било појединачно, било збирно, што значи да је њихова примена према малолетном учиниоцу кривичног дела *могућа и кумулативно*, тако што би се одредила и применила два или више васпитна налога. Могућност кумулативног примењивања васпитних налога није начелно противна интересима малолетника према којем се ове мере примењују, јер васпитни налози немају репресиван карактер, већ је њихова основна сврха у суштини настојање да се малолетнику на одговарајући начин пружи адекватна подршка и помоћ. Тиме се омогућава да малолетник не буде кривично гоњен, што представља вид деловања начела опортунитета кривичног гоњења (условљени опортунитет), односно могуће је да се захваљујући спроведеном васпитно налогу, обустави претходно већ покренути поступак према малолетнику.

Било би адекватно да се постојећи већ релативно широк „каталог“ васпитних налога и додатно прошири, као што је то и иначе, тенденција у савременом малолетничком кривичном праву. У том смислу потребно је да се законски формулишу и два нова васпитна налога, која би оба била васпитно-едукативног карактера. То су: 1) похађање курсева или припрема и полагање испита којима се проверава одређено знање и 2) укључивање у одређене спортске активности. На овај се начин већ постојећа разноврсност и широка лепеза васпитних налога још додатно обогаћује и проширује, што представља добро решење и начелно одговара *ratio legis*-у малолетничког кривичног права, како материјалног, тако и извршног, а такође и кривичног процесног, јер су васпитни налози и у функцију условљеног опортунитета кривичног гоњења/условљене обуставе поступка према малолетнику.

5. ЗАКЉУЧАК

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица није нов закон, он потиче још из 2005. године, када је усвојен, а ступио је на снагу почетком 2006. године. Тај закон је за српске реформске прилике већ прилично дуго на снази без икаквих измена, што није последица само његовог квалитета, јер он иако је солидан законски текст, свакако није и без озбиљних недостатака, већ је његова стабилност, пре свега, произишла из његове јаке повезаности са ранијом вишедеценијском традицијом нашег малолетничког кривичног права. Наиме, тај закон у основи садржи нормативна решења која су пре тога деценијама већ примењивана у некадашњој Југославији, која је иначе, имала веома солидно кривичноправно

законодавство, како уопште, тако и у домену малолетничког кривичног права, које је при том, иако је СФРЈ била социјалистичка држава, суштински било веома слично тадашњим савременим западноевропским кривичноправним системима.

Начело опортунитета кривичног гоњења је једна од основних карактеристика савременог поступка према малолетницима. Ово начело се темељи на сврси поступка према малолетницима, која је претежно у домену специјалне превенције, а у модерном малолетничком кривичном праву, циљ поступања према малолетнику према начелу опортунитета кривичног гоњења јесте да се из разлога нецелисходности кривичног гоњења уопште, или због несврсисходности целовитог кривичног гоњења конкретном малолетника, поступи на један од два алтернативна начина: а) том малолетнику у потпуности „опрости“ конкретно кривично дело и он потпуно поштеди било какве кривичноправне реакције у конкретном случају, што би био „чист“ односно безусловни опортунитет кривичног гоњења или б) примени одговарајућа мера која се своди на наметање малолетнику одређене обавеза (које се могу и кумулирати), чијом применом/испуњавањем, он практично заслужује да не буде кривично гоњен, као што је то случај са применом васпитних налога у малолетничком кривичном праву Србије.

Када се ради о условљеном начелу опортунитета кривичног гоњења малолетника у српском кривичнопроцесном систему, суштина је да се применом једног или више васпитних налога, избегава вођење не превише неопходног кривичног поступка, који би вероватно и скоро извесно, резултирао одређеном благом кривичном санкцијом (попут неке посебне обавезе или мере појачаног надзора у одређеном модалитету), супституише, како тај не превише неопходан кривични поступак, тако и та очекивана/вероватна кривична санкција која би из њега произишла, нечим што је по садржини практично исто или веома слично тој кривичној санкцији, а често и знатно више од ње у садржинском смислу, с обзиром да се васпитни налози могу и комбиновати/кумулирати.

Поред тога, на овај начин, тј. када се ради о начелу опортунитета кривичног гоњења малолетника у његовом условљеном облику, „мире“ се на одговарајући начин интереси свих субјеката кривичног поступка. Јавни тужилац се „поштеђује“ обавезе вођења даљег тока поступка, штеди своје ресурсе и има прилике да се озбиљно бави тежим случајевима малолетничке делинквенције. Суд је тиме потпуно растерећен, јер до њега предмет није ни стигао. Адвокат који је у функцији одбране малолетника тако постиже максималан успех, јер његов клијент/брањеник, не само да није кривично санкциониран, већ није ни кривично гоњен у смислу целовитог тока кривичног поступка. Примена васпитних налога је често и у интересу оштећеног, јер су неки васпитни налози ресторативног карактера. И коначно, према малолетнику који је учинио кривично дело, је ипак и у овом случају реализована одговарајућа официјелна интервенција, која може бити од користи у циљу кориговања његовог будућег понашања у елементарном социјалном смислу, те

имати и одговарајући превентивни ефекат у кривичноправном смислу, а може бити и у функцији отклањања тзв. предделиктних стања, елиминисања рецидивизма, пружања подршке и помоћи и сл., а све то без формалног кривичног санкционисања малолетника, што увек подразумева и одговарајућу стигматизацију, која може бити веома негативна по будући живот малолетника.

Иако је Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица веома „дуговечан у свом изворном облику“, те се, што је реткост у кривичноправном нормативном систему Србије, релативно успешно примењује и без било каквих новела од момента његовог ступања на снагу, увелико је сазрело време и за његове озбиљне измене и допуне. Неке од тих новела би морале бити и у домену начела опортунитета кривичног гоњења, које би морало имати још ширу примену, него што је то данас случај.

Литература

- Бејатовић, С., Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард, (поглавље 23 и кривичнопроцесно законодавство Србије – норма, пракса и мере унапређења), зборник Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу: „Европске интеграције и казнено законодавство (поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)“, LVI редовно саветовање Удружења, Златибор, 2016.
- Burman M., Johnstone J., Fraser A. and McNeill F., „Country report Scotland“, in: F. Dünkler, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010.
- Ginter J. and Sootak J., „Country Report Estonia“, in: F. Dünkler, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010.
- Dignan J., „Country Report – England and Wales“, in: F. Dünkler, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010.
- Diemer H., Schoreit A., Rüdeger Sonnen B., *Jugendgerichtsgesetz - Kommentar*, "C.F.Müller Verlag", Heidelberg, 1999.
- Dünkler F., „Country Report Germany“ in: Dünkler F., Grzywa J., Horsfield P., Pruin I., *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010.
- Dünkler F., „Sanctions systems and trends in the development of sentencing practices“, in: Dünkler F., Grzywa J., Horsfield P., Pruin I., *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010.
- Walsch D., „Country Report Ireland“, in: Dünkler F., Grzywa J., Horsfield P., Pruin I., *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010.
- Wehner-Davin W., „Heranwachsende“ – ein Widerspruch zur Volljährigkeit“, *Kriminalistik* 8/79, Heidelberg, 1979.
- Zermatten J., „Face a l'evolution des droits de l'enfant quel systeme judiciaire: systeme de protection ou systeme de justice?“, *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1994/2.
- Kanev K., Furtunova D., Roussinova P., Bekirska Y., „Country Report Bulgaria“, in: F. Dünkler, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010.
- Kern E. und Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, 14. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1976, стр. 61.
- Klages H., „Diversion im Jugendstrafrecht“, *Kriminalistik* 8–9/95, Heidelberg, 1995.

- Lemert E. M., „Diversion in Juvenile Justice: What Hath Been Wrought“, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, No. 1, 1981.
- Parosanu A., „Country Report Romania“, in: Dünkel F., Grzywa J., Horsfield P., Pruin I., *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010.
- Pilgram A., Bruckmüller K. und Stummvoll G., „Country Report – Austria“, in: F. Dünkel, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010.
- Roxin, C. Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006.
- Roxin C. und Schünemann, B., Strafrechtslehre, 29. Auflage, „C.H.Beck“, München, 2017.
- Seiler S., Strafprozessrecht, 10. überarbeitete Auflage, „Facultas.wuv“, Wien, 2009.
- Стевановић И., „Алтернативне кривичне санкције према малолетницима“, Зборник Српског удружења за кривично право Актуелна питања малолетничке делинквенције и мере за обезбеђивање присуства окривљеног у кривином поступку, Копаноник, 1995.
- Haverkamp R., „Country Report Sweden“, in: F. Dünkel, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 210.
- Carroll K., *Diversion of youth from the juvenile justice system*, Washington, 1980.
- Шкулић М., Принцип опортунитета у кривичном поступку према малолетницима I, Избор судске праксе – стручно информативни часопис, „Глосаријум“, бр. 7–8/97, Београд, 1997.
- Шкулић, Малолетници као учиниоци и као жртве кривичних дела, „Досије“, Београд, 2002.
- Škulić, M., Country Report Serbia“, in: F. Dünkel, J. Grzywa, P. Horsfield, I. Pruin, *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Development*, Vol. 4, Schriften zum Strafvollzug, Greifswald, 2010.
- Шкулић М., Један поглед на српско малолетничко кривично право - осврт на важеће законске одредбе и анализа предложених/очекиваних/могућих новела, КоПра - континентално право – часопис за одржив и складан развој права, година 4, број 4/21, Београд, 2021.
- Шкулић М., Малолетничко кривично право, 2. измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022.
- Шкулић, М., Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, „Службени гласник“, Београд, 2022.
- Шкулић М., Кривично процесно право, 14. измењено и допуњено издање, Београд, 2024.
- Шкулић М., Историја кривичног материјалног права социјалистичке Југославије, зборник: „Социјалистичко право у Југославији – 1945 – 1990“ - Други, том, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2024.
- Шкулић, М. „The manifestations of penal populism in some amendments/provisions of the Criminal Code of Serbia“, *Penal Populism and Impact on the Work of Institutions - Thematic Conference Proceedings of International Significance*, Editors: Dr Marina Matić Bošković Dr Jelena Kostić, IX International Scientific Thematic Conference, Institute of Criminological and Sociological Research and Judicial Academy, Belgrade, 22 November 2024.

THE PRINCIPLE OF OPPORTUNITY OF CRIMINAL PROSECUTION IN PROCEEDINGS AGAINST MINORS – CURRENT STATUS AND POSSIBLE AMENDMENTS

dr Milan Škulić

professor of Faculty of Law University of Belgrade judge of the Constitutional Court

Summary: In the article is explained the principle of opportunity of criminal prosecution in proceedings against minors, both from a *de lege lata* point of view and in a *de lege ferenda* sense. The paper also contains an adequate comparative law analysis of the principle of opportunity of criminal prosecution in proceedings against juveniles, which in the criminal procedure theory that

deals with this issue is often referred to in Anglo-Saxon terminology as a form of diversionary action. In particular, various diversionary models in the procedure against minors in comparative law are explained, which essentially boils down to normative variants of the implementation of the principle of opportunity of criminal prosecution in relation to juveniles in the criminal procedure.

The author concludes that although the Serbian Law on Juvenile Offenders and Criminal Protection of Minors has been relatively successfully applied without any amendments since its entry into force, the time is ripe for its serious amendments and supplements. Some of these novelties should also be within the scope of the principle of opportunity of criminal prosecution, which should have an even broader application than is the case today.

Keywords: *Principle of Opportunity, Criminal Prosecution, Juveniles, Criminal Procedural Law.*