

БОРИША ЛЕЧИЋ*

Факултет за правне и пословне студије
др Лазар Вркатић
Нови Сад

UDC: 343.9

Прегледни рад
Примљен: 01.09.2021
Одобен: 24.09.2021
Страна: 231–248

DOI: 10.51738/Kpolisa2021.18.3r.3.03

НАЧЕЛО ОПОРТУНИТЕТА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА – ПРАВНО ТЕОРИЈСКИ АСПЕКТ

Сажетак: Опште друштвене, политичке и економске промене у савременом свету настале крајем 19 и почетком 20 века снажно су утицале и на опсежне реформске процесе кривичног и кривичнопроцесног законодавства Р. Србије, које се на плану сузбијања криминалитета у пракси показало неефикасно, инертно и неделотворно. Анализа праксе је показала да је потребно извршити структуралне промене претходног кривичног поступка пре свега кроз измењену улогу јавног тужиоца и усвајање поједностављених форми његовог поступања у кривичним стварима.

Ефикасна борба против криминалитета који је показивао стални тренд раста, нужно је захтевала брз, адекватан и савремени кривични поступак и суђење у разумном року. То је био интерес како друштва као целине тако и окривљеног. У таквим условима, начело опортунитета кривичног гоњења постало је важан инструмент којим се обезбеђује ефикасан кривични поступак код једноставнијих, лакших кривичних дела. Ratio legis и криминално политичко оправдање увођења овог начела у кривично законодавство Р. Србије, огледао се пре свега кроз растеређења кривичних судова, смањење броја кривичних предмета и рационализацију кривичног правосуђа. На овај начин Р. Србија је следила савремена решења и трендове европских компаративних законодавстава стварајући услове за један еластичан кривичнопроцесни приступ у третирању извршилаца лакших кривичних дела. Акценат је био на ефикасном, делотворном, упрошћеном и деформализованом кривичном поступку.

Кључне речи: опортунитет, легалитет, кривични поступак, кривично гоњење, правна начела

Уводна разматрања

Реформске интервенције у кривичнопроцесном законодавству Р. Србије имале су за примаран циљ ефикасан и делотворан кривични поступак и успос-

* borisalecic@gmail.com

тављање поједностављених, практично ефективних форми поступања којима се обезбеђује адекватна друштвена реакција на криминалитет. Један од инструмената којим се постиже овај циљ јесте начело опортунитета које је познато у скоро свим савременим кривичним законодавствима европског континенталног права.

Опортунитет је традиционални принцип француског кривичнопроцесног права којим јавни тужилац потпуно слободно одлучује да ли ће користити своје законско право и дужност гоњења учинилаца кривичних деле или не, руководећи се искључиво нивоом угрожености државног интереса. Он цени не само законитост него и опортунитет гоњења (Васиљевић 1981, 122). Због тога се у једном делу теорије француског процесног законодавства сматра да је принцип опортунитета бољи и ефектнији у односу на начело легалитета јер се тиме избегава гоњење кривичних дела која несумњиво представљају незнатну друштвену опасност.

Подсећања ради, у француском материјалном кривичном праву усвојен је концепт формалноги појма кривичног, дела који у себи не садржи елемент друштвене опасности. То значи да не би имало смисла иницирати кривично гоњење иако су остварена сва обележја кривичног дела - противправност, одређеност у закону, кривица – јер то не захтева јавни интерес. Тачније, кривично гоњење искључује незнатна друштвена опасност, одсуство штетних последица и низак ниво кривице учиниоца. Да је у оваквим ситуацијама примена кривичних санкција непотребна, говори и принцип римског кривичног права „*minima non curat praetor*” према којем „судија не брине о малим ствари-ма”. Евидентно је да је још тада кривичноправна реакција на извршено кривично дело била искључена принципом опортунитета.

Ипак, реални домашјај дискреционог гоњења омеђен је и одређен појмом и ширином концепта кривичног дела, начином његове регламентације и инхерентних основа који га искључују, тачније формални појам кривичног дела проширује поље важења начела опортунитета а материјални појам га сужава (Ђурђић 2010, 4).

Иако је кривични поступак заснован искључиво на принципу опортунитета у пракси логички реално могућ, ипак њега у процесноправној пракси у потпуности не оправдавају криминално политички разлози. Прво, оспоравају га и демантују морално етички разлози правичности и уставне једнакости тиме што не могу постојати грађани који су због извршеног кривичног дела подвргнути кривичном закону и грађани који су изузети од његове примене. Такође, опортунитет с друге стране може бити генератор самовоље и стварања неједнаких мерила (Ђурђић 2010, 123) у кривичном поступку што се одређеним законским механизмима може неутралисати, нпр. институтом оштећеног као супсидијарног тужиоца.

Без обзира на оправдане критичке оцене, данас је савремени кривични поступак практично немогућ без начела опортунитета. Њиме се тзв. багателни криминалитет апстрахује из строге, редовне кривичне процедуре. Иако његова примена има низ предности у пракси (брз и ефикасан кривични поступак, рас-

терећује се правосуђе, разлози специјалне и генералне превенције, избегава се стигматизација учиниоца, накнада штете оштећеном и др.), ипак опортунитет не би требало сувише екстензивно тумачити. Превише широка дискрециона овлашћења јавног тужиоца могу у судској пракси бити плодно тло за евентуално избегавање примена права. Контролни механизам и ограничење његове примене у сваком случају треба да буде начело легалитета кривичног гоњења и општа сврха свих кривичних санкција.

Правни основ начела опортунитета

Правни основ модернизованих форми савременог кривичног поступка су бројне препоруке Савета Европе које датирају с краја 80-их година прошлог века. Оне немају обавезујући већ искључиво саветодавни карактер. Значај препорука у пракси је несумњив и евидентан што се посебно види из члана 15 ст.2 Статута Савета Европе који прописује да се од држава чланица могу тражити редовни извештаји о имплементацији препорука у национално законодавство и њиховој примени у судској пракси. Законодавно правно су посебно важне Препорука бр.18¹ из 1987. године и Препорука број 19² из 2000. године које указују на потребу и значај поједностављивања форми кривичног поступка као и на функцију и улогу јавног тужиоца.

Основна интенција Препоруке број 18 је што интензивније упрошћивање постојећих форми кривичног поступка пре свега кроз имплементацију начела опортунитета или тзв. „дискреционог прогона” у национална кривична законодавства држава чланица Савета Европе. Препорука је предложила предузимање и других конкретних мера као што су вансудска поравнања или споразуми јавног тужиоца и окривљеног, увођење скраћеног кривичног поступка за лакша кривична дела као и декриминализацију одређених кривичних дела малог значаја, саобраћајних, царинских и пореских која су често предмет правосудне праксе. Све ово је посебно важно за национална законодавства оних држава које још увек праве разлику између кривичних дела и прекршаја.

Да би се препоруке Савета Европе примениле у судској пракси, а посебно начело дискреционог кривичног гоњења, било је потребно да постоји конкретан и оправдан разлог за то, као што је на пример низак ниво угрожености јавног интереса као и релевантни докази о кривици учиниоца кривичног дела са којим располаже надлежни јавни тужилац. С тим, у вези Препорука 18 је дала неколико смерница којима се органи кривичног гоњења морају руководити приликом одлучивања о предузимању или одустајању од кривичног гоњења. Прво, мора се водити рачуна о уставним начелима и историјској правној традицији националног законодавства једне државе као и о члану 5 и 6 Ев-

¹ Recommendation No.R (87) concerning the simplification of criminal justice (adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987.) www.echr.coe.int

² Recommendation Rec (2000) 19 on the role of public prosecution in the criminal justice system (adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 6 October 2000.), www.echr.coe.int

ропске конвенције о заштити људских права и основних слобода.³ Ова Конвенција гарантује право на слободу, сигурност, правично суђење, једнакост грађана пред законом, начело индивидуализације кривичних санкција а истовремено обавезује органе кривичног гоњења да се приликом одлучивања о примени опортунитета руководе природом, тежином и последицама кривичног дела, околностима под којима је кривично дело извршено, положајем жртве кривичног дела, њеним личним приликама као и последицама које би донесена пресуда евентуално могла изазвати код учиниоца кривичног дела.

Поред предложених мера и смерница, Препорука 18 посебно инсистира и на правима жртава извршеног кривичног дела која су прецизно регулисана Директивом Европског парламента, број 29/2012.⁴ Овим документом су дефинисани минимални стандарди и заштитне мере жртава кривичног дела и извршена је њихова систематизација у три групе – права на информације и подршку, права на учешће жртава у кривичном поступку и права на заштиту.

Препорука 18 је посебно значајна за државе чији се кривични поступак искључиво заснива на начелу легалитета. Од њих се тражи да националним кривичним законодавством пропишу услове који се морају испунити да би се за кривична дела код којих јавни интерес није претежније угрожен, могло покренути кривично гоњење. На пример, Препорука инсистира да је за кривично гоњење учинилаца ових кривичних дела потребно да постоји сагласност или захтев жртве за кривично гоњење као и да поступајуће судије имају овлашћење да дискреционо могу обуставити или прекинути кривични поступак под истим оним условима и околностима под којим то може да учини и јавни тужилац као непосредни орган кривичног прогона.

Са Препоруком 18 комплементарно је повезана и Препорука 19/2000 Савета Европе која регулише правни положај, функцију и овлашћења јавног тужиоца у кривичном поступку. Препорука је дала овлашћење јавном тужиоцу да дискреционо одлучује о алтернативама кривичног гоњења, тј. да руководећи се разлозима опортунитета и целисходности, од њега одустане или да условно пролонгира његов почетак.

Однос начела опортунитета, легалитета и дела малог значаја

Однос између ова два начела је веома важан јер се њима решавају питања обавезности кривичног гоњења за кривична дела која се гоне по службеној дужности. И код једног и код другог начела кључна је позиција јавног тужиоца који се креће у оквирима начела официјелности. У досадашњем периоду углавном се више говорило о израженој подвојености и супротстављености ових начела где је начело легалитета имало позитиван а начело опортунитета нега-

³ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима, „Службени лист СЦГ - Међународни уговори”, број 9/2003, 5/2005, 7/2005 – исправка и „Службени гласник РС – Међународни уговори”, бр. 12/2010

⁴ Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012. establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime www.eur-lex.europa.eu

тиван предзнак (Циглер 1995, 560). Временом њихов узајамни однос све више је постао комплементаран а све мање супротстављен.

Начело легалитета (законитости) подразумева дужност јавног тужиоца да увек покрене и води кривични поступак када располаже бар основом сумње да је извршено кривично дело које се гони по службеној дужности. Једну од најпотпунијих дефиниција начела легалитета дао је В.Бајер према којој је „јавни тужилац дужан да врши кривични прогон (да покрене кривични поступак, врши функцију прогона у току кривичног поступка), кад год постоји вероватност да су испуњени законски услови за примену неке кривичне санкције на одређеног учиниоца кривичног дела које се гони по службеној дужности, а да при том не постоје законске запрете за кривични прогон” (Бајер 1982, 159).

Насупрот легалитету, опортунитет даје право, односно овлашћење јавном тужиоцу да из разлога целисходности не покрене и не води кривични поступак и ако су за то испуњени стварни и правни разлози, односно и ако располаже одговарајућим доказима. Том приликом јавни тужилац се у дискреционом одлучивању руководи јавним опште друштвеним интересом.

На основу наведеног издвајају се три битна заједничка елемента начела легалитета и опортунитета, то су обавеза кривичног гоњења, носилац обавеза кривичног гоњења и услови наступања гоњења (Циглер 1995, 562).

Синтетизујући садржину сва три заједничка елемента који повезују начело опортунитета и легалитета можемо констатовати да се и у једном и у другом случају ради о низу покретачких активности, истражних и оптужних, надлежног државног органа, односно јавног тужиоца које се предузимају са циљем да се учинилац кривичног дела открије и приведе правди уз претходно испуњење стварних и правних разлога који се односе на постајање доказа о одређеном степену сумње да постоји кривично дело које се гони по службеној дужности или да не постоје сметње за кривично гоњење (застарелост, амнестија, помиловање и др.). При томе је посебно важно обезбедити да током кривичног поступка не само нико невин не буде осуђен већ и да се кривични поступак уопште не покрене против невиног лица. Тачније, потребно је онемогућити покретање поступка када то изгледа неосновано и не сврсисходно.

У погледу „демаркационог елемента” – резултат обавезе кривичног гоњења који може бити позитиван и негативан – у делу правне теорије постоје различити ставови. Тачније, поставља се питање да ли једно и друго начело установљавају у обавезу јавног тужиоца на кривично гоњење или се код начела легалитета ради о обавези а код начела опортунитета о праву на кривично гоњење. Сматра се и преовлађује став да начело легалитета и опортунитета обавезују јавног тужиоца на кривично гоњење с том разликом што у првом случају код легалитета та обавеза аутоматски извире из закона а код опортунитета тек после свестране оцене целисходности засноване на одмеравању јавног интереса. Дакле, суштински критеријум разликовања је дискрециона оцена или слобода одлучивање између више алтернатива која није апсолутна и произвољна већ напротив, ограничена низом правних али углавном ванправних контролних механизма. Арбитрерно и самовољно дискреционо поступање

јавног тужиоца које је у судском процесу сасвим реално могуће, ограничити или у потпуности искључити јавни интерес који има снажну и не изоставну улогу руководно-корективног фактора. У томе се налази ратио легис начела опортунитета које суштински не угрожава уставно начело формално правне једнакости пред законом и правну сигурност грађана, односно владавину права.

Ипак, условно се може поставити питање да ли начело опортунитета угрожава или негира правичност као морално-етичку вредносну категорију са којом је наводно не спојиво. Такав полазни став често се изводи и на основу једностраних разматрања корелације ова два начела. Руководићи се искључиво овим вредносним критеријумом, сматра се да је начело легалитета примереније, меродавније и легитимније јер се опортунитетом, то јест неизношењем правне ствари пер суд, флагрантно узурпира функција јавног тужиоца односно институционализује неправда, што суштински није тачно. На овај начин се актуелизује питање афирмације начела опортунитета као и колизија реформских процеса и имплементације савремених тенденција у науку националног кривичног процесног права и остваривања квалитативне и квантитативне ефикасности кривичног поступка. О важности ефикасне кривичне процедуре својевремено је говорио и Ђезаре Бекарија, италијански правник и политичар, заступник етике утилитаризма, који сматра да је „праведна и корисна само хитна казна” која стигне учиониоца кривичног дела. Да би се све то постигло потребна је савремена нормативна кривична процесна основа у чијем концепту се налази начело опортунитета.

Иако је у кривично процесном законодавству Р. Србије начело легалитета основни принцип кривичног гоњења, то не значи да ова два начела не могу паралелно егзистирати у истом систему јавне кривичне тужбе јер је то од принципијелног и правичног значаја (Ђурђић 2010, 10). Напротив, без обзира на уочене разлике и сличности између њих, које су углавном процесно правног карактера, све је више приметно приближавање између ова два начела како на законодавно-правном плану тако и у судској пракси.

Евидентно је да је начело опортунитета садржајније јер надлежни јавни тужилац испитује не само законитост покретања кривичног поступка као што је случај код начела легалитета, већ испитује и оцењује стварне и правне услове материјалног кривичног права а следствено томе и криминалну политичку целисходност и оправданост његовог покретања заснованог на општем друштвеном интересу, што конкретно значи да може али не мора да гони учиниоца кривичног дела. Из ове суштинске разлике, проистиче и различито дејство ових начела у вези примене кривично материјалног права. Начелом легалитета се обезбеђује апсолутна извесност примене материјалног права кроз изрицање кривично правних мера и казни (Ђурђић 2012, 258), док се начелом опортунитета „раскида веза са теоријом апсолутног кажњавања” (Грубач 1988, 79) то јест ограничава се примена материјалног кривичног права. Ова различитост основано отвара питање интензитета и обима кривично правне заштите која се код легалитета аутоматски гарантује а код опортунитета зависи од процене јавног интереса.

Полазећи од тога да је начело опортунитета карактеристично за она процесна законодавства која усвајају формални појам кривичног дела, у пракси се често дешава да учињено дело по свим својим обележјима и елементима представља кривично дело а да јавни тужилац не предузме кривично гоњење из разлога што се у конкретном случају ради о делу малог значаја, односно његовим извршењем није проузрокована никаква штета или је она незнатна а код учиниоца је приступан низак степен кривице. У оваквим ситуацијама неизоставно се примењује начело опортунитета у чијој основи је институт материјалног кривичног права - дело малог значаја. Тачније у формално-правној конструкцији кривичног дела изостала је или је она незнатна друштвена опасност па се у таквим случајевима примењује институт малог значаја као општи законски основ искључења постојања кривичног дела. Изостављање друштвене опасности као материјалног елемента кривичног дела неки аутори критикују и сматрају недостатком кривичног законика (Лазаревић, 2011, 74).

На овај начин у правном систему и судској пракси разрешавају се случајеви тзв. багателног, ситног или лакшег криминалитета. Ипак с правом се поставља питање оправданости паралелног постојања материјално правног и процесноправног механизма - дела мало значаја и начела опортунитета - јер њихов ефекат је приближно исти. У законодавствима западно европских држава питање багателног криминалитета углавном се решава принципом опортунитета кривичног гоњења док је у Р. Србији овај проблем у надлежности и кривичног материјалног и кривичнопроцесног права.

Дело малог значаја је објективно - субјективна категорија што значи да је за његово постојање потребно да се испуне релевантне околности везане за дело и учиниоца, тј. дело мора бити багателно у објективном и субјективном смислу (Стојановић 2015, 52-53). Да би се у оваквим ситуацијама искључила кривичноправна интервенција потребно је да кумулативно буду испуњена три услова - да степен кривице учиниоца кривичног дела није висок, да су штетне последице одсутне или незнатне и да општа сврха кривичних санкција не захтева њихово изрицање као и да се ради о кривичном делу за које је прописана казна затвора до три године или новчана казна. Да ли су испуњени услови, односно да ли су повреде и угроженост заштићеног добра малог значаја и степена - о томе одлучује суд и јавни тужилац док је с друге стране примена начела опортунитета у искључиво надлежности јавног тужиоца. Посматрано из угла сврхе, суштина дела малог значаја и начела опортунитета је идентична и односи се на непредузимање кривичног гоњења а целисходност је основни критеријум којим се у оцени руководи јавни тужилац. Одлука коју код дела малог значаја доноси јавни тужилац је коначна а код начела опортунитета има привремено дејство јер је њена пуна правна снага зависна од потпуног извршења претходно преузетих обавеза. Због тога се сматра да у судској пракси предност треба дати делу малог значаја јер констатација да у конкретном случају нема кривичног дела, имплицитно не ствара обавезу на кривично гоњење.

Због тога се сматра да примена начела опортунитета има супсидијарни карактер тј. долази у обзир само ако кривично правна интервенција није ис-

кључена још у зони материјалног кривичног права. Као додатни аргументи у прилог првенства дела малог значаја наводи се да је постојање кривичног дела у искључивој надлежности материјалног а не кривичнопроцесног права а као додатни разлог наводи се реална опасност произвољности и слободе одлучивања и оцењивања јавног тужиоца када се позива на опортунитет. Преовлађују ставови да поступање јавног тужиоца по начелу опортунитета кривичног гоњења, не може имати допуњујући карактер института дела малог значаја већ напротив, ови механизми су у великој мери компатибилни јер имају исти заједнички циљ а разлике су евидентне у погледу законских услова примене (Киурски 2015, 156-157).

Судска пракса и правна теорија потврђују да се институт дела малог значаја не довољно користи у савременом кривичнопроцесном праву и да нема значајније место и функцију у решавању питања лакшег криминалитета за разлику од начела опортунитета које је мање или више у експанзији и суштински има приоритет.

Еволуција опортунитета у кривичнопроцесном законодавству Р. Србије

Интензивни процеси глобализације и бројне политичко-економске промене у свету имале су за последицу тренд брзог раста свих облика криминалитета што је довело до проширивања зоне кажњивости и снажно увреженог става да је „репресија најефикаснији вид борбе против криминалитета” (Johnstone, 2002). У таквом амбијенту претеране репресије, криминализације, кажњавања и условно речено правног насиља, акценат се све више ставља на безбедност друштва и строжије кажњавање а знатно мање на концепт криминалне политике заснован на правима и потребама учиниоца кривичног дела и жртве, односно, напушта се ресоцијализација, рехабилитација уз паралелну реafirмацију казних санкција. Традиционални и ретрибутивни кривичноправни систем се показао као не ефикасан а стопа расте криминалитета биле су све веће. Немоћ и пораз репресивног кривичноправног система неизоставно је захтевао нови концепт друштвене и правне реакције на криминалитет у којем права оштећеног и жртве неће више бити маргинализована у кривичном поступку, што делом долази до изражаја код примене начела опортунитета у судској пракси. Напротив појединим законским решењима у нашем кривичном законодавству уопште се није водило рачуна чак ни о минималним правим оштећеног пре свега информативног карактера, тј. да буде обавештен у току кривичног поступка за који је правно заинтересован. Ово је било у супротности са Декларацијом УН о основним принципима правде за жртве криминалитета и злоупотребе власти.⁵

Наведени трендови и кретања условили су снажне реформске процесе националних кривичних законодавстава у већем броју европских земаља које одликују диверзиони модели и поједностављене форме кривичног поступка којим се оставарују циљеви ресторативне и консесуалне правде. У основи рес-

⁵ Резолуција Генералне скупштине УН, бр.40/34, 1985

торативне правде су разноврсни процесноправни механизми као подршка оштећеном и жртви а садржински се односе на алтернативне облике реаговања на криминалитет као што су компензација, реституција, репарација и накнада штете. Циљ је реаговати на извршено кривично дело не само правним већ и социјалним мерама и успоставити оно стање које је најсличније оном стању које је постојало пре учињеног кривичног дела (Павловић 2008, 859-863). Наравно, имплементација диверзионих модела и алтернативних облика реаговања на багателним криминалитет, не искључује путативни систем кривичних санкција посебно казне затвора, када се ради о тешким кривичним делима јер то оправдавају и захтевају криминално–политички разлози.

Развој концепта ресторативне правде и имплементација диверзионих модела обележили су и реформске процесе кривичног законодавства Р. Србије већ у првим годинама 21 века што је делом остварено кроз увођење начела опортунитета у кривичнопроцесно законодавство наше земље. То се сматра једним од најзначајнијих достигнућа криминалне политике. У том периоду наша земља је имплементирала и ратификовала неколико међународних конвенција, уговора и других међународних аката у циљу ефикаснијег и економичнијег кривичног поступка а нормативни основ за то је био Закон о кривичном поступку из 2001 године.⁶

Следећи општи светски реформски курс, наш законодавац је ЗКП/2001 године, чл.236 и 237 увео начело опортунитета у наш кривичнопроцесни систем.

Институт опортунитета садржински је подразумевао овлашћење или право јавног тужиоца да дискреционо одлучи да ли ће евентуално покренути кривично гоњење руководећи се сврсисходношћу јавног интереса. Његово дискреционо поступање примењивало се само у односу на лакша кривична дела за која је прописана казна затвора до 3 године и новчана казна. У обзир су се узимале све околности које се односе на извршено кривично дело, личност и његов узраст. Међународно правни стандарди полазили су од тога да су јавни тужиоци, поред тога што су у функцији заштите јавног интереса, у обавези да „трагају за правдом”, односно требало би добровољно да одбаце кривичну пријаву и да одустану од даљег кривичног гоњења у колико није обезбедио довољно релевантних доказа.

Члан 236 ЗКП односи се на тзв. условљени опортунитет кривичног гоњења који је сматран једном врстом хибридне, мешовите кривичнопроцесне установе која садржи елементе како непокретање кривичног поступка тако и елементе опроштаја учиниоцу кривичног дела уколико претходно испуни одређене обавезе (Бејатовић и др. 2012, 32). Управо због ових специфичности веома је тешко одредити стварну и јединствену правну природу овог новог института јер условно одлагање кривичног гоњења према неким ауторима више је личило на опроштај или неку врсту особеног помиловања или помиловања *sui generis* или неуспелом покушаја амнестирања од кривичног гоњења у

⁶ Законик о кривичном поступку, службени лист срј бр.70/01, 68/02 и службени гласник РС бр.58/04, 85/05, 115/05 и 49/07

колико извршилац кривичног дела у задатом року не испуни прихваћене обавезе (Јекић и Данић 2005, 220).

Смисао увођења овог процесног механизма у наше законодавство имао је за циљ растерећење и рационализацију кривичног правосуђа, поједностављење форми кривичног поступка у случајевима тзв. багателног криминалитета тј. неотварање кривичног поступка ако се конкретна кривична ствар може решити на другачији друштвено прихватљив начин. При том је веома важна дискрециона оцена и процена јавног тужиоца заснована на утврђеном чињеничном стању и личности учиниоца, да је осумњичени спреман да поступа према његовим упутствима и испуни одређене прописане обавезе којима се амортизују или отклањају последице кривичног дела од покретања кривичног поступка и од евентуалног кажњавања. Нужна претпоставка за његово дискреционо поступање тј. одлагање кривичног поступка јесте испуњеност материјалних и процесних услова односно постојање основане сумње да је одређено лице извршило кривично дело које се гони по службеној дужности. Када је проценио да је примена условног одлагања кривичног гоњења оправдана, јавни тужилац записнички констатује правно обавезујући споразум односно сагласност осумњиченог у погледу садржине и рока конкретних обавеза и мера које треба да изврше. Ако наведену обавезу испуни, јавни тужилац ће кривичну пријаву одбацити решењем а у супротном покренуће кривични поступак. За поједине од таксативно набројаних мера и обавеза, чл.236, став 1, тачка 2 и 3, потребна је сагласност оштећеног као и то да осумњичени испуни доспеле обавезе издржавања и да плати одређени износ у корист хуманитарне организације фонда или јавне установе.

Друга могућност примене начела опортунитета предвиђена је чл. 237 ЗКП из 2001 године где је прописано да јавни тужилац може одбацити кривичну пријаву без претходног одлагања кривичног гоњења ако је осумњичени услед стварног кајања спречио наступања штете или је штету у потпуности надокнадио а према околностима случаја изрицање кривичне санкције не би било правично. У овом случају јавни тужилац сопственим опажањем без прописаних објективних критеријума, од случаја до случаја оцењује делатност осумњиченог што је у супротности са Препоруком бр. (87) 18 Савета министара и Препоруком РЕЦ (2000) 19, које национални законодавствима сугеришу прописивање критеријума и мерила како би се у судској пракси избегла самовоља и арбитрерност јавног тужиоца приликом дискреционог одлучивања. Решења из чл. 237 давала су широка овлашћења јавном тужиоцем јер одлука коју он доноси у овом случају била је коначна а није била предмет било какве институционалне контроле. Оправдано се постављало питање импликација евентуално погрешне процене јавног тужиоца и реално могућих злоупотреба његових овлашћења.

Нормативна решења о начелу опортунитета по ЗКП/2001. и ако су представљала усвајање савремених тенденција, била су предмет бројних критичких анализа стручне јавности јер је непотпуна и непрецизна правна регулатива, њ недостатак одговарајућих критеријума и мерила, довео до његове различите примене у судској пракси. Због тога су 2004. године извршене измене и

допуне чл.236 ЗКП којима је јавном тужиоцу за условљено одлагање кривичног гоњења била потребна сагласност суда. Исто тако уведене су и две нове мере којима се осумњичени може обавезати на одвикавање од употребе алкохола и опојних дрога и подвргнути психосоцијалној терапији.

Неуједначеност судске праксе и низ правних нелогичности и честих измена и допуна и празнина, резултирали су новим решењима о опортунитету и имплементирани у ЗКП из 2006 године.⁷ Прво, укинута је одредница „уз сагласност суда” а појам одлагање кривичног гоњења замењен појмом „опроштај кривичног гоњења осумњиченом који је испунио одређене обавезе” а јавном тужиоцу су стављене на располагање додатне алтернативне мере. Такође прецизиран је редослед организација, фондова и јавних установа којима се уплаћује одређени новчани износ или врши друштвено корисни и хуманитарни рад. Као посебан услов за сваку од изречених обавеза осумњиченом се може наложити и да изврши имовинско правни захтев оштећеном или да му се лично извини. С друге стране, безусловни опортунитет дефинисан је називом „нецелиходност кривичног гоњења због стварног кајања осумњиченог”.

Посебно обележје овог ЗКП су две групе мера, основне и адхезионе (Шкулић 2007, 830-831) које јавни тужилац може изрећи учиниоцу кривичног дела. Једне мере јавни тужилац може изрећи без обзира на став оштећеног а у њих спадају отклањање и накнада штете, измирење доспелих алиментационих обавеза, престанак на одвикавање од употребе алкохола и опојних дрога као и радно ангажовање учиниоца кривичног дела на пословима који одговарају његовим радним способностима и стручним квалификацијама.

За мере којима се одређује плаћање одређеног новчаног износа у корист хуманитарне организације, јавне установе и које се односе на обављање друштвено корисног и хуманитарног рада, потребна је претходна сагласност оштећеног.

Специфичност „адхезионих мера” у које се убрајају лично извињење учиниоца кривичног дела оштећеног и испуњавање имовинско правног захтева састоји се у том што их јавни тужилац може одредити као додатну обавезу уз било коју од напред наведених основних мера.

Начело опортунитета претрпело је бројне и значајне измене новелама ЗКП из 2009⁸. Наиме, проширене су могућности примене опортунитета на кривична дела за која је прописана казна затвора до 5 година а повећан је и број мера које стоје на располагању јавном тужиоцу.

Као посебну новину ЗКП је предвидео могућност да јавни тужилац до завршетка главног претреса, уз кумулативно испуњење два услова - сагласност суда, и да се ради о кривичном делу за које је као главна казна прописан затвор до 3 године и новчана казна – одустане од кривичног гоњења, ако осумњичени претходно испуни једну или више од следећих прописаних мера – отклони штетну последицу или надокнади причињену штету, плати одређени новчани износ у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе,

⁷ Законик о кривичном поступку Р. Србије, службени гласник, 46/2006

⁸ Службени гласник Р. Србије бр. 72/2009

обави одређени друштвено корисни или хуманитарни рад, испуни доспеле обавезе издржавања, да се подвргне одвикавању од употребе алкохола и опојних дрога и психосоцијалној терапији, да положи возачки испит и заврши други одговарајући курс и друге обавезе утврђене правоснажном одлуком суда и поштује друга ограничења, пре свега она која се односе на мере заштите од насиља у породици. За поједине од ових мера (плаћање новчаног износа у корист хуманитарне организације и обављање друштвеног корисног и хуманитарног рада), потребна је претходна сагласност оштећеног. Могућност да јавни тужилац до краја главног претреса одустане од кривичног гоњења предвиђена је и ако се ради о кривичном делу за које је прописана казна затвора преко 3 године а до 5 година само ако то својим решењем одобри ванрасправно веће.

Када суд донесе пресуду којом се оптужница одбија због одустанка јавног тужиоца од кривичног гоњења јер је осумњичени према оштећеном испунио једну од наведених обавеза, оштећени не може стећи статус супсидиарног тужиоца јер за то нема основа.

Условно одустајање од већ започетог кривичног гоњења као нова законска могућност изазвало је у теорији и пракси дилеме и питање да ли се овде заиста ради о опортунитету јер јавни тужилац *de facto* одустаје од оптужбе а не од кривичног гоњења. Строго формално посматрано, сматра се да се овде не ради о типичном опортунитету јер је овде гоњење започето па се током кривичног поступка од њега одустало.

Без обзира на ова различита тумачења која немају суштински већ више правно теоријски значај, новеле ЗКП/2009. обавезују јавног тужиоца да увек по службеној дужности мора да испита да ли постоје услови за примену начела условног опортунитета када се ради о кривичном делу за које је прописана новчана казна и затвор до 3 године чиме је ово начело постало основно а не одступање од начела легалитета (Бејатовић и др. 2012, 57-59). Ово се може сматрати најзначајнијим обележјем и новином ЗКП/2009. која је допринела интензивнијој квалитативној и квантитативној примени начела опортунитета у судској пракси.

Начело опортунитета у позитивном кривичном законодавству Р. Србије

Поступање јавног тужиоца по начелу опортунитета у важећем кривичном процесном законодавству Р. Србије регулисано је чл. 283 и 284 ЗКП из 2011. године.⁹

Иако је у нашем кривичном процесном законодавству као правило прихваћено начело легалитета, нови ЗКП је наставио традицију примене опортунитета нудећи окривљеном уместо кривичног поступка и кривичне санкције, одлагање или коначно-одустајање од кривичног гоњења ако испуни одређену претходну преузету друштвену корисну обавезу. Ради се дакле о дискреционим овлашћенима јавног тужиоца, узрочно повезаним са репаративним актив-

⁹ Законик о кривичном поступку Р. Србије, Службени гласник, бр. 72, 2011 101/2011 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014

ностима осумњиченог, усмереним на задовољавање стандарда правде и правичности.

Новим Закоником је скоро на идентичан начин решена примена начела опортунитета које се сада за разлику од претходног периода, у већој мери примењује на поједностављен и упрошћен начин. Поступање јавног тужиоца по овом процесном институту остварују се кроз два облика – одлагање кривичног гоњења и одбацивање кривичне пријаве.

Режим одлагања кривичног гоњења односи се на било које кривично дело за које је прописана новчана казна и казна затвора до 5 година. Да би се то остварило потребно је да осумњичени прихвати и испуни једну или више различитих обавеза које му у конкретном случају одреди јавни тужилац, руководећи се циљевима опортунитета. Природа обавеза које осумњичени треба да испуни креће се у распону од отклањања штетних последица, накнаде причињени штете, уплате новчаног износа у хуманитарне и јавне сврхе, обављања друштвено корисног и хуманитарног рада, одвицавања од употребе алкохола и психоактивних супстанци, па све до отклањања узрока насилничког понашања кроз подвргавање психосоцијалном третману и испуњавања других обавеза и поштовања ограничења утврђених правоснажном судском одлуком.

Евидентно је да је одлагање кривичног гоњења само прелазна фаза у суцесивном поступању јавног тужиоца који ће одлуку о кривичном гоњењу донети по истеку рока за испуњење обавезе осумњиченог. Тачније, кривични поступак се неће привремено покретати јер је крајњи циљ испуњење преузете обавезе и одустајање од његовог вођења. Ако осумњичени у задатом року, који не може бити дужи од годину дана, испуни обавезу, јавни тужилац ће својим решењем одбацивати кривичну пријаву и о томе обавестити оштећеног који против те одлуке нема право приговора вишем јавном тужиоцу. Међутим, ако је оштећени незадовољан одлуком јавног тужиоца, односно штета му није у потпуности надокнађена, задржава право да свој имовински захтев оствари у парничном поступку.

Једна од битних разлика у односу на претходна решења огледа се у томе што више није могуће условљено одустајање јавног тужиоца од кривичног гоњења као што је то могло раније до завршетка главног претреса, већ је то дискреционо одлучивање јавног тужиоца сада ограничено и сведено само на предистражне радње, односно на фазу одлучивања о кривичној пријави што је у складу са концептом јавно тужилачке истраге.

Поред тога, важећи Законик је одустао од спорног решења којим се за одлагање кривичног гоњења као и за преузимање и извршење појединих обавеза од стране осумњиченог тражила сагласност суда и пристанак оштећеног. Ова сагласност и пристанак оштећеног сада нису потребни јер о наведеним питањима искључиво одлучује јавни тужилац. На овај начин квалитативно се јача статусна и функционална позиција јавног тужиоца и оставља му се широк маневарски простор за примену начела опортунитета. Као државни орган, јавни тужилац је овлашћен и надлежан да несметано одлучује и истовремено штити јавни интерес и интерес оштећене стране.

У погледу спектра обавеза које јавни тужилац налаже осумњиченом, преузета су и задржана ранија решења с том разликом што су искључене могућности одређивања мере полагања возачког испита и додатне возачке обуке и другог одговарајућег курса а ранија мера подвргавања психосоцијалном третману односи се само на отклањање узрока насилничког понашања.

Поред наведеног, важећи ЗКП установио је могућност „институционалног праћења” и контроле над извршењем мера које је наложио јавни тужилац што је веома значајна иновација. Наиме, надзор над извршењем преузетих обавеза врши повереник органа управе надлежан за извршење кривичних санкција.

Одлука о одлагању кривичног гоњења доноси се у форми наредбе.

ЗКП/2011. године није регулисао поступак расподеле финансијских средстава намењених хуманитарним организацијама и јавним установама а није постојала ни законом прописана контрола трошења тих средстава. Јавни тужиоци су дискреционо, по личној процени, одлучивали о усмеравању ових средстава што је потенцијално отворило простор за евентуалне злоупотребе. Изменама ЗКП из 2014 године¹⁰ отклоњени су наведени недостатци па се сва расположива средства која су резултат примене начела опортунитета, трансферишу на један рачун а затим се на основу јавно спроведеног конкурса министарства правде расподељују крајњим корисницима. Изузетак од овог правила су случајеви непосредне доделе ових средстава ради лечења деце у иностранству када је Републички фонд за здравствено осигурање у могућности да их обезбеди по овом основу.

Други могући облик примене начела опортунитета кривичног гоњења према пунолетним учиниоцима кривичних дела у кривичном законодавству Р. Србије јесте могућност јавног тужиоца да одбаци кривичну пријаву иако су испуњени сви стварни и правни услови за покретање кривичног поступка. Овај облик је регулисан чланом 284, став 3 Законика о кривичном поступку а у теорији и судској пракси се још назива тзв. безусловни или „чисти” опортунитет.

Наиме, потребно је да се кумулативно испуне три услова, прописана ЗКП - прво, да се ради о кривичном делу за које је прописана казна затвора до три године, друго, да је осумњичени је услед стварног кајања спречио наступање штете или је штету у потпуности надокнадио и треће, да јавни тужилац према околности случаја, оцени да изрицање кривичне санкције не би било правично.

Као и код института одлагања кривичног гоњења, и овде се ради о одступању од начела легалитета јер се ради о лакшим кривичним делима за које кривично гоњење није увек нужно и правично-сврсисходно. Криминално-политичко оправдање овог облика опортунитета произилази из поновног успостављања пређашњег стања између окривљеног и оштећеног, односно између њих је дошло измирења и нормализације односа. Сходно томе, казнена интервенција државе била би само контрапродуктивна.

¹⁰ Службени гласник Р. Србије, бр. 55/2014

Одлучујући о одбацивању кривичне пријаве, јавни тужилац о кривичном гоњењу одлучује потпуно самостално и дискреционо, оцењујући правичност евентуалног изрицања кривичне санкције, руководећи се при том посебно околностима које се односе на личност окривљеног и под којима је кривично дело учињено.

Примена овог облика опортунитета је у пракси веома ретка јер не постоје јасно дефинисани објективни и мерљиви критеријуми, тачније, све се своди на личну процену и запажање јавног тужиоца. Зато се он приликом дискреционе оцене углавном руководи анализом поступања окривљеног – тј. да ли је он у спречавању наступања штете или њеној надокнади поступао потпуно добровољно, слободно, независно од дејства спољних или других фактора, затим који су то опредељујући морално-етички мотиви који су основ његовог стварног кајања. Некада се искреност поступања и стварно кајање окривљеног могу процењивати и на основу спољних манифестација његовог понашања, (плач, физичке гестикације и друга осећања). Значајан елемент о оцени целисходности јавног тужиоца, свакако су подаци из казних и прекршајних евиденција који дају одговор да ли се ради о лицу склоном криминогеном и насилничком понашању.

Овај облик опортунитета у пракси је много једноставнији, није условљен роковима нити извршењем обавеза од стране окривљеног, односно договором о компензацији штете. Ако су испуњени закоником прописани кумулативни услови, јавни тужилац може одбацивати кривичну пријаву по овом основу и ако се окривљени противи оваквом решењу (Бејатовић и др. 2019, 35), односно ако је у потпуности и добровољно манифестовао своју слободно изражену вољу да отклони последице свог понашања.

Пре доношења решења о одбацивању кривичне пријаве, јавни тужилац у циљу потпуног објективизирања своје оцене о целисходности, практикује и успостављање контакта са оштећеним, не у смислу добијања његове сагласности за одбацивање кривичне пријаве, већ у циљу проверавања да ли је окривљени заиста у потпуности надокнадио проузроковану штету.

Одбацивањем кривичне пријаве по овом основу, предметна кривична ствар се окончава, с тим што оштећеном не припада право на приговор непосредно вишем јавном тужиоцу како би евентуално заштитио свој правни интерес. Тачније, јавни тужилац упознаје оштећеног да приговору нема места.

Закључна разматрања

Иако представља одступање од начела легалитета, опортунитет у савременом кривичном поступку представља веома значајан инструмент поједносављених процесних форми којима се лакша кривична дела решавају у зони поступања јавног тужиоца а не суда. То је у сагласности и са Препорукама Савета министара ЕУ које сугеришу упрошћене, диверионе форме кривичнопроцесног поступања у државном реаговању на криминалитет као и инсталирању нове улоге јавног тужиоца а све у примарном циљу обезбеђивања ефикасности кривичног поступка и растерећења кривичних судова.

Међутим, иако је прошло двадесетак година од његовог правног нормирања у наше кривичнопроцесно законодавство, искуства у његовој практичној примени су и поред почетне резервисаности, позитивна али очекивања су била значајно већа, посебно са аспекта обима његове примене. О томе сведоче и расположиве статистике (Бејатовић и др. 2019, 35) тужилачке праксе која указују на недовољну искоришћеност капацитета овог правног института. Из њих произилази да се укупан број кривичних предмета у основним и вишим тужилаштвима у Р. Србији, који су решени применом начела опортунитета - одлагањем кривичног гоњења - креће на нивоу 13,6%, што се ипак може оценити релативно недовољним уз чињеницу да не постоје лимитирајуће околности које ограничавају дискреционо поступање и одлучивање јавног тужиоца.

Анализа тужилачке праксе показује да разлоге за то углавном треба тражити на страни јавног тужиоца који своју резервисаност у примени једног и другог облика начела опортунитета криминално-политички правдају разлозима правичности у заштити јавног интереса, једнакошћу свих грађана пред законом, правном сигурношћу и моралним захтевом да окривљени буде кажњен. Тачније, у недостатку мерљивих објективних критеријума, тешко је у сваком конкретном случају поставити баланс између опшtedруштвених и индивидуалних интереса, па се у таквим околностима претежнији значај даје јавном интересу што је условно речено, логично и оправдано. Наравно, да примена начела опортунитета може у пракси довести и до низа неправичних ситуација, до евентуалног негирања правде као морално-етичке категорије и других импликација које могу изазвати реакције стручне и лаичке јавности, што појачава јавно тужилачку резервисаност. Зато су изузетно важна упутства републичког тужилаштва о објективним, мерљивим критеријумима у вези са практичном применом начела опортунитета како би се релаксирао опрез у њиховом целисходном поступању и неуједначена пракса.

У условима немоћи система класичних казни и неуспеха ресоцијализације, решење у реаговању на лакши облике криминалитета треба тражити или у већем обиму примене новоуведених правних института или њиховој трансформацији и адаптивности традиционалним законским решењима како би се постигао пуни правни ефекат прокламованих циљева. Оправдано се поставља питање да ли је савремени „правно-социолошки” концепт ресторативне правде једно од решења који смањује улогу државе у конфликтном троуглу учинилац, жртва, држава као то заговарају поједини криминолози, јер се на тај начин отвара већи маневарски простор за директно укључивање заинтересованих страна у решавање последица извршеног кривичног дела.

Један од изузетно значајних инструмената на овом плану је свакако начело опортунитета уз кориговање његових постојећих модалитета - на пример кроз значајније и активније укључивање жртве кривичног дела (оштећеног) у разрешавање кривичног предмета и постизање обостраног интересног компромиса уз неизоставну и верификационо-корективну улогу јавног тужиоца.

Литература

1. Bayer, Vladimir. 1982. *Jugoslovensko krivičnoprocesno pravo*, knjiga prva, Zagreb
2. Бејатовић, Станко, Војислав Ђурђић, Милан Шкулић, Горан Илић, Јасмина Киурски, Марина Матић, Радован Лазић, Светлана Ненадић и Верица Трнинић. 2012. *Примена начела опортунитета у пракси - изазови и препоруке*, Београд: Удружење јавних тужиоца и заменика Србије
3. Бејатовић, Станко, Горан Илић, Јасмина Киурски, Тамара Мирковић и Светлана Ненадић. 2019. *Приручник за примену начела опортунитета кривичног гоњења*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији
4. Васиљевић, Тихомир. 1981. *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд: Савремена администрација
5. Грубач, Момчило, 1988. „Начело легалитета у кривично процесном праву СФРЈ”, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* (3): 79
6. Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012. establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime www.eur-lex.europa.eu
7. Ђурђић, Војислав. 2010. „Дискреционо кривично гоњење”, Ниш: *Зборник радова Правног факултета*: 4, 123
8. Ђурђић, Војислав. 2012. „Дискреционо гоњење учинилаца кривичних дела”, Зеница: *Анали Правног факултета*: 258
9. Законик о кривичном поступку, „Службени лист СРЈ” бр.70/01, 68/02 и „Службени гласник РС” бр.58/04, 85/05, 115/05 и 49/07
10. Закон о кривичном поступку Р. Србије, „Службени гласник РС” бр.46/06
11. Законик о кривичном поступку Р. Србије, „Службени гласник РС” бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14
12. Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима, „Службени лист СЦГ - Међународни уговори”, број 9/2003, 5/2005, 7/2005 – исправка и „Службени гласник РС – Међународни уговори”, бр. 12/2010
13. Јекић, Загорка и Радмила Данић. 2005. *Krivičnoprocesno pravo*, Beograd
14. Johnstone, Gerry. 2002. *Restorative Justice: Ideas, Values, Debates*. Devon: Willan Publisher
15. Киурски, Н., Јасмина. 2015. „Начело кривичног гоњења”. Докторска дисертација. Универзитет Београд: Правни факултет
16. Лазаревић, Љубиша. 2011, *Komentar Krivičnog zakonika*, Београд: Правни факултет Универзитет Унион
17. Павловић, Милена. 2008. „Злочин и мржња у контексту ресторативне правде”. Нови Сад: *Зборник радова Правног факултета* (1-2): 859-863
18. Recommendation No.R (1987) concerning the simplification of criminal justice (adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987.) www.echr.coe.int

19. Recommendation Rec (2000) 19 on the role of public prosecution in the criminal justice system (adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 6 October 2000.), www.echr.coe.int
20. Rezolucija Generalne skupštine UN, br.40/34, 1985
21. Службени гласник Р. Србије бр. 72/2009 и бр. 55/2014
22. Стојановић, Зоран. 2015. *Кривично право*, приручник за полагање правосудног испита, Београд: Правни факултет, *Службени гласник*
23. Циглер, Снежана. 1995. „Појам начела легалитета и опортунитета кривичног гоњења”. Београд: *Архив за правне и друштвене науке* вол.(51), бр.4: 560-562
24. Шкулић, Милан. 2007. *Коментар законика о кривичном поступку*, Београд: Службени гласник

PRINCIPLE OF OPPORTUNITY OF CRIMINAL PROSECUTION – LEGAL AND THEORETICAL ASPECTS

Summary: All social, political and economical progress that was made in the end of 19th century and beginning of 20th century had a really strong consecuenced a wide reforms of processes of criminal law and criminal proceedings law by a legislation of Republic of Serbia, which showed uneficcience, inert and uneffective plan of crime prevention in practice. Practical analysis proved that it's necessary to make structural changes to pervious criminal procedure, first through the changed act of a public prosecutor, than in aplyying a simplified form of actions in his criminal cases.

Effective fight against criminal, which has showing a constant trend of growth, always requiered quick, adequate and contemporary procedure and trial in short time. That was the interest of a whole society, and a defendant too. In that circumstances, principle of opportunity hac become a important instrumnt that requieres efficient procedure of minor crimes. Ratio legis and criminal political justification of the introduction of this principle in the criminal law of Republic of Serbia, reflected first throuht relief of courts, reduction of the number of cases and rationalization of criminal law. In this way, Republic of Serbia was followed aplyed trends of European comparative legislation, creating conditions for a new approach of a criminal procedure in threating perpetrators of a minor crimes. The point was in a efficient, effective, and deformalised crime procedures.

Key words: opportunity, legality, criminal procedure, criminal prosecution, legal principles

Introduction

Reform interventions in the criminal procedure legislation of the Republic of Serbia had the primary point to establishing simplified, practically effective criminal proceedings that provide an adequate social response to crime. One of

* borisalecic@gmail.com

the instruments that can provide this goal is the Principle of opportunity, well known to all modern-day procedure legislations of European continental area.

Opportunity is a traditional principle of French criminal procedural law, in which the public prosecutor has a ability to freely decide if he will use legal law and duty of prosecution of perpetrators of criminal act, guiding only by the level of endangering of state interests. He estimates not only the legality of it, but also the opportunity of prosecution (Vasiljević, 1981, 122). That's why in one part of France legal law that's accepted the fact that opportunity principle is better and more effective than principle of legality, because it avoids prosecution of minor –crime acts which are proved to be less dangerous for society.

As a reminder, in French material legal law there is adopted a concept of formal term of criminal act which not includes the element of endangering society. That means there is no sense to initiating prosecution although there exist all three parts of a crime act – illegality, determination by law and a guilt, because that doesn't have to include the public interest. More to say, a minor danger for society excludes prosecution, absence of bad consequences also, and a low level of guiltiness by the perpetrator. In this situation the need of prosecution is not necessary, that confirmed the Romanian Crime Law, in which „*minima non curat praetor*”, or „judge shouldn't care of little things”. It's evident that even then, criminal prosecution for criminal act was avoided by opportunity principle.

But, the real domain of discretionary prosecution is limited and determined by the concept and breadth of the concept the criminal offense, the manner of its regulation and the inherent grounds that exclude it, more precisely, the formal notion of a criminal offense expands the jurisdiction of principle of opportunity and the material notion narrows it (Djurđić 2010, 4).

Although criminal proceedings based only on the principle of obstruction are logically realistically possible in practice, however, in procedural case law, it is not fully justified by criminal-political reasons. First, moral and ethical reasons of justice and constitutional equality demanded it, by the fact there couldn't be two types of citizens - one of them subjected by the criminal code, and the others rejected from prosecution. Also, the opportunity on the other hand can be a generator of arbitrariness and creation of unequal criteria in criminal proceedings (Djurđić 2010, 123), which can be done by certain legal mechanisms neutralize, e.g. by the institute of the injured party as a subsidiary prosecutor.

No matter on justified critical assessments, contemporary crime procedure is almost impossible without opportunity principle. Thanks to that, so called trivial crime is abstracted from the form of strict criminal procedure. Although the usage of principle shows a lot of advantage in practice (short procedure, unloads courts, reasons of special and general prevention, avoiding stigmatisation of perpetrator, material compensation et cetera.), even the principle shouldn't be interpreted so extensive. To wide discretion power given to public prosecu-

tor in a court practice could be a good basis for avoidance of law enforcement. Control mechanism and limiting of its use in any case should be principle of legality of prosecution, and the general purpose of all the criminal sanctions.

Legal basis of opportunity principle

Legal bases of contemporary form of modern day criminal proceedings are numerous recommendations of Council Europe that dates from end of the 80's. They have not binding, but exclusively advisory character. The importance of recommendations in practice is undoubted and evidenced, we can see the Article 15 p.2 of the Statute of Council of Europe, which stipulates that Member States may be required to regularly report the implementation of recommendations into national legislation and their use in case law. Legislatively and legally important are Recommendation No. 18¹ of 1987 and Recommendation No. 19² of 2000, which indicate the need and importance of simplifying the forms of criminal proceedings as well as the function and role of the public prosecutor.

The basic intension of Recommendation No. 18 is to simplify the existing forms of crime as intensively as possible procedure, primarily through implementation of the principle of opportunity, or so called „discretionary prosecution” in national criminal law of the Member states of the Council of Europe. Recommendation suggested to take out specific measures, such as out-of-court agreements, or agreements between public prosecutor and defendant, the introduction of summary criminal procedure for minor crimes, as well as decriminalization crimes of minor importance, such as traffic, customs, taxes, which are in most cases the subject of judicial practice. All of these is especially important for those countries whose national legislation still makes differences between crime act and misdemeanors.

In order to apply recommendation of Council of Europe to judicial practice, and especially that discretionary prosecution, there was necessary to have a direct and good reason for that, for example low level of endangerment of public interest, also the relevant proof of guiltiness of defendant of crime act, which the public prosecutor has to dispose. Further, the Recommendation No. 18 gave a guidelines which prosecuting authorities have to use while making a decision of taking a case, or refusing further case prosecution. Primarily, they have to take care for constitutional principles and the historical legal tradition of the national legislation, as well as Article No. 5 and Article No. 6 of the European Convention of Human Rights and basic freedoms.³ This Convention guarantees

¹ Recommendation No. R (87) concerning the simplification of criminal justice (adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987.) www.echr.coe.int

² Recommendation Rec (2000) 19 on the role of public prosecution in the criminal justice system (adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 6 October 2000.), www.echr.coe.int

³ Law on Ratification of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms with Additional Protocols, “Official Gazette of Serbia and Montenegro -

the right for liberty, security, a fair trial, equality to all citizens by the law, the principal of individualization of criminal sanctions, at the same time binds the law to prosecuting authorities to be guided by nature while deciding on the application of opportunities, by the gravity and the consequences of crime act, the circumstances above crime was committed, the victim's position in the crime, her personal circumstances and the consequences that how a possible verdict could affect to the perpetrator of crime act.

Next to the proposed guidelines, Recommendation No. 18 especially insists on the rights of victims criminal offenses which are precisely regulated by the Directive of the European Parliament, No. 29/2012.⁴ With this document defines the minimum standards and protective measures for victims of crime and has been implemented their systematization into three groups - the right to information and support, the right to participation of victims in criminal proceedings and the right to protection.

Recommendation 18 is particularly important for states whose criminal proceedings are based exclusively on principle legality. They are required by national criminal law to prescribe the conditions that must be met to be fulfilled so that for criminal acts in which the public interest is not predominantly endangered, it could be initiated prosecution. For example, the Recommendation insists that the perpetrators of these crimes be prosecuted acts that require the consent or request for prosecution by the victim of the crime as well as that the acting judges have the authority to discretionfully suspend or terminate criminal proceedings under the same conditions and the circumstances under which the public prosecutor as the direct body of criminal prosecution may do so.

Recommendation 18, which regulates Council of Europe, is complementary to Recommendation No. 19/2000 Council of Europe that functions and powers of the public prosecutor in criminal proceedings. She gave a recommendation for authorization of the public prosecutor to discretionarily decide on alternatives to criminal prosecution which means guided by reasons of opportunity and expediency, to abandon it or to conditionally prolongs its own beginning.

Corelation between opportunity principle, legality and a minor crime act

The relationship between these two principles is very important because they address issues of criminal obligation prosecutions for crimes prosecuted „ex officio”. It is crucial in both principles is the position of the public prosecutor who moves within the framework of the principle of formality. In the period so far mostly there was more talk about the pronounced dichotomy and opposition

International Agreements”, No. 9/2003, 5/2005, 7/2005 - correction and "Official Gazette of RS - International Agreements", no.

⁴ Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012. establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime www.eur-leh.europa.eu

of these principles where the principle of legality had a positive and the principle of opportunity a negative omen (Cigler, 1995, 560). Over time, their mutual relationship became more and more complementary and less and less opposed.

The principle of legality implies the duty of the public prosecutor to always initiate and conduct criminal proceedings procedure when it has at least the basis for suspicion that a criminal offense has been committed that is prosecuted "ex officio" duties. One of the most complete definitions of the principle of legality was given by W. Bayer, according to which he is "public prosecutor is obliged to carry out criminal prosecution (to initiate criminal proceedings, to perform the function of ongoing prosecution of criminal proceedings), whenever it is probable that the legal conditions for the application of some criminal sanctions against a certain perpetrator of a criminal offense who is prosecuted ex officio, and that there are no legal obstacles to prosecution" (Bayer, 1982, 159).

On contrary to legality, opportunity gives the right, that is, the authority of the public prosecutor to do so for a reason expediency does not initiate or conduct criminal proceedings and if the real and legal reasons for that are met, that is, even if he has the appropriate evidence. On that occasion, the public prosecutor is in discretion decision - making is governed by the public general social interest.

Based on the above, three important common elements of the principles of legality and opportunity stand out, that is the obligation to prosecute, the holder of the obligation to prosecute and the conditions for the occurrence of prosecution (Cigler 1995, 562).

Synthesizing the content of all three common elements that connect the principle of opportunity and legality, we can state that in both cases it is a series of driving activities, investigative and the accused, the competent state body, the public prosecutor, which are undertaken with the aim of the perpetrator of the criminal offense discovers and brings to justice with the prior fulfillment of the real and legal reasons that are refer to the becoming of evidence of a certain degree of suspicion that there is a crime that is being prosecuted „ex officio” or that there are no obstacles to prosecution (statute of limitations, amnesty, etc.). At the same time, it is especially important to ensure that not only no one is innocent during the criminal proceedings to be convicted and not to initiate criminal proceedings against an innocent person at all. More precisely, it is necessary to disable the initiation of proceedings when it seems unfounded and not expedient.

In terms of the „demarcation element” - the result of the obligation to prosecute, which can be positive or negative - there are different views in the part of legal theory. More precisely, the question arises whether one and the another principle is established in the obligation of the public prosecutor to prosecute or adheres to the principle of legality, it is an obligation and the principle of rebuttal on the right to prosecution. Attitude is considered and prevails that the principle of legality and obscenity oblige the public prosecutor to prosecute with

the difference that is in the first case, in the case of legality, that obligation springs or automatically springs from the law, and in the case of opportunity only after a comprehensive assessment of expediency based on measuring the public interest. So, essentially the criterion of differentiation is a discretionary assessment or freedom of decision between several alternatives that is not absolute and arbitrary but on the contrary limited by a series of juridical and non-juridical control mechanisms. Arbitrarily discretionary conduct of the public prosecutor, which is really possible, could limit, or completely exclude the public interest, which has a strong and not the omitted role of a managerial corrective factor. Therein lies the ratio legis of the principle of opportunity, which essentially does not endanger the constitutional principle of formal legal equality before the law and legal security of citizens, i.e. the rule of law.

However, the question can conditionally be asked whether the principle of opportunity threatens or denies fairness as a moral-ethical value category with which it is allegedly incompatible. That kind of a starting point is often derived and on the basis of unilateral considerations the correlation of these two principles. Be guided exclusively by this value criterion, it is considered that the principle of legality is more appropriate, authoritative and legitimate because of opportunity, that is, by not bringing a legal matter per court, the function of the public prosecutor is flagrantly usurped or institutionalizing injustice, which is essentially not true. In this way, the question becomes relevant affirmation of the principle of opportunity as well as the collision of reform processes and the implementation of modern tendencies in the science of national criminal procedural law and the achievement of qualitative and quantitative effectiveness of criminal proceedings. Cezare Bekarija once spoke about the importance of an efficient criminal procedure, an Italian jurist and politician, advocate of the ethics of utilitarianism, who considers it just and “useful only an urgent punishment” that reaches the defendant of the crime. In order to achieve all that, a modern one is needed normative criminal procedural basis in whose concept is the principle of opportunity.

Although in the criminal procedure legislation of the Republic of Serbia, the principle of legality is the basic principle of criminal law prosecution, this does not mean that these two principles cannot coexist in the same public criminal system lawsuits because it is of principled and fair significance (Djurđić 2010, 10). On the contrary, regardless of the observed differences and similarities between them, which are mostly of a procedural legal nature, there is an increasingly noticeable rapprochement between these two principles both in the legislative legal field and in court practice.

It is evident that the principle of opportunity is more meaningful because the competent public prosecutor examines not only the legality of initiating criminal proceedings, as is the case with the principle of legality, is already being examined and assessed real and legal conditions of substantive criminal law and consequently criminal political law expediency and justification of its initia-

tion based on the general social interest, which specifically means that it can but does not have to prosecute the perpetrator. From this essential difference, it follows the different effects of these principles on the application of criminal substantive law. The principle of legality provides absolute certainty of the application of substantive law through the imposition of criminal measures and punishment (Djurdjic, 2012, 258), while the principle of opportunity „breaks the link with the theory of absolute punishment” (Grubač 1988, 79), that is the application of substantive criminal law is limited. This diversity rightly raises the question the intensity and scope of criminal legal protection, which is automatically guaranteed by the law and with opportunity it depends by the assessment of the public interest.

Starting from the fact that the principle of opportunity is characteristic of those procedural legislations which adopt the formal notion of a crime, in practice it often happens that the crime is committed in all its own way features and elements constitutes a criminal offense without the public prosecutor undertaking criminal prosecution from the reason that in this particular case it is an act of minor importance, its execution is not no damage was caused or it was insignificant and the perpetrator had a low degree of guilt. In such situations, the principle of opportunity, which is based on the institute, is inevitably applied a substantive criminal law - an act of minor importance. More precisely in the formal legal construction of the criminal the work is absent or it is an insignificant social danger, so in such cases the institute is applied of minor importance as a general legal basis for the exclusion of the existence of a criminal offense. Omission of social dangers as a material element of the crime are criticized by some authors and considered a disadvantage of the Criminal Code (Lazarević, 2011, 74).

On this way, in the legal system and Justicial practice, it would be easy to closing cases ff so called „trifled”, minor or „light” crime acts. Although, there is a point of justice in that parallel coegzistention of substantive law above procedure law mechanisms – minor crime act and opportunity principle – because effect of both of them is almost the same. In the West Europe states legislature, the „trifled” crime acts are in most cases procedured by the principle of opportunity of prosecution, while in the Republic of Serbia this problem is in the jurisdiction of all two laws – criminal material law and criminal proceedings law.

Minor crime act is a objective-subjective category, which means that for it's existence it's necessary for relevant circumstances to get happend, corelating crime act whith a perpetrator, so crime act should bee „trifled” in objective sense, and in a subjective sense also (Stojanović 2015, 52-53). In order to prevent a full crime proceedings prosecution in this situation, there would bee nedded three condicions – first that level of guiltines of perpetrator is not so huge, second that harmful consequences of crime act are to small, or even unrecognisable, ant third that general purpose af criminal act dos not require a imposition as well as the prison sentence up to three years or a monetary amercement

is prescribed. A tribunal and a public persecutor could decide if the conditions of endangerment of the protected person goods of small importance and degree are met, at the other hand the assessment of the principle of opportunity is exclusively in jurisdiction of public prosecutor. Viewed from an angle of purpose, the essence of the work with small importance, and a principle of opportunity is identical and refers to non-undertaking of criminal prosecution, and expediency is the basic criterion that the public prosecutor is guided by in assessment. A resolution that brings a public prosecutor for a minor criminal act is final, but in case of principle of opportunity it has temporary effect because its own full legal force depends of the fulfillment of previously assumed obligations. That's why it considers that in court practice preference should be given to a part of small importance because that in statement there is no criminal offense in a concrete case, it does not implicitly create a obligation to prosecute.

That's why there is a common opinion that applying of the principle of opportunity has a subsidiary character, i.e. that it could be applied in case that criminal legal intervention is not included in the domain of the substantive legal law. As an editing argument in a count of priority of the minor crime act, it's stated that a existence of criminal offense in exclusive jurisdiction of substantive, and not criminal proceedings law, and as an additional reason it is stated a real danger of arbitrariness and freedom of making decision and evaluating of the public prosecutor when invokes to opportunity. There are prevailing attitudes that the public prosecutor acts according to the principle of opportunity criminal prosecution cannot have the complementary character of a institute of acts of small significance, but on contrary these mechanisms are largely compatible, because they have the same common goal, and the differences are evident in terms legal conditions of application (Kiurski 2015, 156-157).

Judicial practice and legal theory confirm that the institute of minor acts is not used enough in modern criminal law and that there is no significant place and function in resolving the issue of easy crime as opposed to a principle of opportunity which is, more or less, in considerable expansion and essentially, it has priority.

Evolution of opportunity in a criminal proceedings law of the Republic of Serbia

Intensive processes of globalization and numerous political and economic changes in the world have had consequences the trend of rapid growth of all forms of crime which has led to the expansion of the criminal zone and strongly the ingrained view that „repression is the most effective form of the fight against crime” (Johnstone 2002). In such an environment excessive repression, criminalization, punishment and, conditionally speaking, legal violence, the emphasis is all it puts more on the security of society and stricter punishment, and

much less on the concept of crime policy based on the rights and needs of the student and the victim, like abandoned resocialization, rehabilitation with parallel reaffirmation of criminal sanctions. Traditional and retributive criminal law system proved ineffective and crime rates were rising. Impotence and the defeat of the repressive criminal justice system inevitably has required a new concept of social and legal reactions to crime in which the law of injured party and the victim will no longer be marginalized in criminal proceedings, which is partly expressed in the application of the principle of opportunity in court practice. On the contrary, some legal solutions in our criminal legislation were not even taken into account about minimal rights of the injured party, primarily of an informative nature, per example to be informed in progress of criminal proceedings for which is legally interested. This was contrary to the UN Declaration of basic principles of justice for victims of crime and abuse of power.⁵

These trends have led to strong reform processes for national criminal legislations in a number of European countries that are characterized by diversionary models and simplified forms of criminal procedure that achieve the goals of restorative and consensual justice. Basically restorative justice are various criminal proceedings law mechanisms to support the injured and a victim, in terms of content, they refer to alternative forms of responding to a crime, like a compensation, restitution, reparation or damages payment. The goal is to react to the committed crime not only legally but also and social measures and to establish the state that is most similar to the state that existed before of the committed crime (Pavlović 2008, 859-863). Of course, the implementation of diversion models and alternative forms responding to trifled crime does not preclude a putative system of criminal sanctions especially punishment of imprisonment when it comes to serious crimes because they justify it and demand it by criminal or politically reasons.

The development of the concept of restorative justice and the implementation of diversionary models also marked reforms in processes of criminal legislation of the Republic of Serbia already in the first years of the 21st century, which was partly achieved through the introduction of the principle of opportunity in the criminal proceedings law of legislation of our country. It is considered one of the most significant achievements of criminal policy. In that period, our country implemented and ratified several international conventions, treaties and other international instruments in order to get more efficient and economical criminal procedure and the normative basis for that was the Criminal Code procedure of 2001.⁶

The next general world reform course was introduced by our legislator in the CPC from 2001, Articles 236 and 237. which have input the principle of opportunity in our criminal justice system.

⁵ UN General Assembly Resolution, No. 40/34, 1985

⁶ Criminal Procedure Code, Official Gazette srj no. 70/01, 68/02 and Official Gazette of RS no. 58/04, 85/05, 115/05 and 49/07

The institute of opportunity has implied the authority or the right of the public prosecutor to discretionly decide or to initiate criminal prosecution based on the expediency of the public interest. It's discretionary conduct was applied only in relation to the lesser crimes for which he was prescribed imprisonment for up to 3 years and a monetary amercement. All the circumstances that were taken into account were taken into assessment, relating to the crime committed, the person and his age. International legal standards started from that public prosecutors, in addition to being in the function of protecting the public interest, are obligated to „search for justice”, that is, they should voluntarily reject the criminal report and give up further to prosecution if he did not provide sufficient relevant evidence.

Article 236 of the CPC refers to the conditional opportunity of criminal prosecution, which was considered one type of a hybrid, mixed criminal procedure law institution that contains elements like non-initiation of criminal procedure as well as elements of forgiveness to the perpetrator of the criminal offense if he previously fulfills certain obligations (Bejatović et al. 2012, 32). Precisely because of these specifics, it is very difficult to determine a real and unique nature of this new institute, because the conditional postponement of criminal prosecution, according to some authors, is higher resembled forgiveness or some kind of special pardon or pardon sui generis or failure attempts to amnesty from criminal prosecution if the perpetrator of the criminal offense within the given period didn't fulfill accepted obligations (Jekić and Danić 2005, 220).

The purpose of introducing this procedural mechanism in our legislation was to relieve and rationalization of criminal justice, simplification of forms of criminal procedure in cases of the trivial crime, non-opening of criminal proceedings if a specific criminal matter can solve in a different socially acceptable way. At the same time, discretionary assessment is very important for a public prosecutor based on the established facts and personality of the perpetrator, that he is a suspected ready to act according to his instructions and fulfill certain prescribed obligations, depreciate or eliminate the consequences of the criminal offense from the initiation of criminal proceedings and from the eventual punishment. Necessary precondition for his discretionary action, as a postponement of the criminal procedure is the fulfillment of material and procedural conditions, ie existing of reasonable suspicion that a certain person which committed a criminal offense that is prosecuted ex officio. When he assessed that the application was conditional to the postponement of the criminal prosecution is justified, the public prosecutor states in the minutes that it is legally binding agreement or consent of the suspected in terms of content and deadline of specific obligations and measures which should be performed. If he fulfills the stated obligation, the public prosecutor will reject the criminal report with a decision, otherwise he will initiate criminal proceedings. For some of the listed measures and obligations, Article 236, paragraph 1, items 2 and 3, the consent of the injured part is required as well as that the suspect fulfills the due maintenance obligations and to pay a certain amount in favor of a humanitarian or fund organization, or to a public institutions.

Another possibility of applying the principle of opportunity is provided by Article 237 of the CPC from 2001, where it is stipulated that the public prosecutor may dismiss a criminal complaint without prior postponement of the criminal prosecution if the suspect, due to actual remorse, prevented the occurrence of damage or the damage is completely compensated and according to the circumstances of the case, the imposition of a criminal sanction would not be fair. In this case by the public prosecutor by his own observation without the prescribed objective criteria, from case to case assesses the activity of the suspect, which is contrary to Recommendation no. (87) 18 Council of Ministers and Recommendation REC (2000) 19, which suggest prescribing in national legislation criteria and measures in order to avoid arbitrariness of the public prosecutor in court practice during discretionary decision-making. The decisions from Article 237 gave broad powers to the public prosecutor because the decision he makes in this case was final and was not the subject of any institutional control. The question of the implications of a possible misjudgment by the public prosecutor was justifiably raised possible abuses of his powers.

Even if it represents a modern tendencies, normative solutions of principle of opportunity, according to the CPC from 2001. have been a subject of numeral critical analyses by the professional public, because there are incomplete and inaccurate legal regulations, and the missing of appropriate criteria brought it to its different application in case law. Due to that, in 2004. amendments to Article no. 236 of CPC were made, which allowed to public prosecutor to required the consent of the court for the conditional postponement of the criminal prosecution. There were also introduced a two of new measures that may oblige the suspects to abstain from alcohol and narcotics and undergo psychosocial therapy.

Inconsistency of case law and a number of legal illogicalities and frequent amendments and gaps resulted by new solution for opportunity and implemented in 2006. CPC.⁷ First, it was repealed determinant “with the consent of the court”, and the term of postponement of criminal prosecution was replaced by the term „forgiveness prosecution of a suspect who has fulfilled the certain obligation” and a public prosecutor got availability of additional alternative measures. Also, the order of organizations, funds and public institutions to which a certain amount of money is paid for socially useful and humanitarian work. Like a special condition for each of the imposed obligations, it can be ordered to the suspect a monetary amendment request to the injured part, or to apologize to him personally. On the other hand, unconditional principle of opportunity is defined as a “inexpediency of criminal prosecution due to real repentance of a suspect”.

A special feature of this CPC are two groups of measures, which the public prosecutor could impose to the perpetrator of the crime (Škulić, 2007, 830-831). The public prosecutor could impose some measures with no matter on attitude of injured part, including elimination or compensation of damages, settlement of alimony obligations, consent to withdrawal of using alcohol and narcotics, as

⁷ Criminal Procedure Code of the Republic of Serbia, Official Gazette, 46/2006

well as employment of the perpetrator of the crime act, on jobs that correspond to his working abilities and professional qualifications.

For measures determining the payment of a certain amount of money in favor of a humanitarian organizations or public institutions related to the performance of socially useful and humanitarian work, it's needed a prior consent of the injured part.

The specificity of "adhesive measures" which include the personal apology of the perpetrator of criminal act to the injured part and a fulfillment of monetary amercement, consist the fact that public prosecutor may designate them as an additional obligation, in addition of the any above basic measures.

The principal of opportunity had undergone by numerous and significant changes by the amendments of CPC 2009.⁸ Actually, the possibilities of applying the opportunity to criminal offences for which a prison sentence of up to 5 years and a number of measures available to public prosecutor has increased.

As a special novelty, the CPC foresaw the possibility that the public prosecutor, until the end of main trial, with cumulative fulfillment of two conditions – the consent of the court, and that is a criminal offense for which it is, as the main punishment is imprisonment for up to 3 years and a monetary amercement – to drop the criminal prosecution, if the suspect previously fulfills one or more of the following prescribed measures, - eliminates the harmful consequences, or compensate for the damage caused by paying a certain amount of money in favour of a humanitarian organization, fund or public institutions, perform socially useful or humanitarian work, fulfill the obligations about maintenance, to undergo withdrawal from alcohol and drug use with psychosocial therapy, to pass the driving test and complete the another appropriate courses and other obligations determined by a final court decisions and respect the other restrictions, primarily those relating to measures protection from domestic violence. For some of these measures (payment monetary amount in favour of humanitarian organization and the performance of socially useful and humanitarian work), the prior consent of the injured part is required. Possibility of public prosecutor to drop the criminal prosecution until the end of main trial is also envisaged, if it is a criminal offense which it is prescribed imprisonment for more than 3 years and up to 5 years only if he approves it with his decision of out-of-court panel.

When a court renders a verdict rejecting the indictment due to the withdrawal of the public prosecutor from the criminal prosecution, because the suspect fulfilled one of the stated obligations toward the injured part, the injured part could not be acquired by the status of a subsidiary prosecutor, because there is no basis for that.

Conditional waiver of the already initiated criminal prosecution, as a new legal possibility, caused the dilemma in theories and practice and the question whether this is really about obstruction because the public prosecutor is „de facto”

⁸ Official Gazette of the Republic of Serbia no. 72/2009

giving up from the charge and not the prosecution. Strictly observed, it's considered that here it is not a typical opportunity because the prosecution started here, so during the criminal proceedings looks like public prosecutor just gave up.

No matter on this different interpretations, which has no essential, but more legal theoretical significance, new measures from 2009 CPC obliges the public prosecutor to always examine „ex officio” whether there exist conditions for the application of the principle of conditional opportunity about crime of offense for which it is prescribed monetary amercement and imprisonment up to 3 years, which made this principle basic and not a deviation of the principle of legality (Bejatović et al. 2012, 57-59). This could be a most significant feature and a novelty of a CPC 2009. which contributed to a more intensive qualitative and quantitative application of the principle of opportunity in court practice.

Principle of opportunity in positive criminal legislation of the Republic of Serbia

Proceeding of the public prosecutor by the principle of opportunity in applied Criminal Procedure Legislation of Republic of Serbia is regulated by Articles no. 283 and no. 284 of the CPC from 2011.⁹

Although the principle of legality was accepted in our criminal proceedings legislation, a new CPC continued the tradition of application of opportunity by offering to defendant, instead of criminal procedure and sanctions, anjurement or rejection to prosecute, if he fulfills a certain previously taken a social useful obligation. Therefore, this are the discretionary powers of the public prosecutor causally related to reparative activities of the suspect, aimed at finding the standards of justice and fairness.

This new Code solves the application of principle of opportunity on almost the same way, which is now, unlike the previous period, applied in a great extent in a simplified way. Proceeding of public prosecutor according to this procedural institute are realized in two forms – to postponement criminal prosecution and dismiss criminal charges.

The regime of postponement of criminal prosecution refers of any criminal offense for which is prescribed the sentence of monetary amercement even up to imprisonment for 5 years. In order for that to happen, it is necessary for a suspect to accept and fulfill one or more different obligations assigned to him by a public prosecutor, guided by goals of opportunity. the kind of obligations ranges from eliminations of harmful consequences, compensation for caused damage, payment of monetary amount to humanitarian organizations or public purposes, performing socially useful or humanitarian work, quitting of use of alcohol and drugs, all the way to eliminating the causes of violent behaviour through sub-

⁹ Criminal Procedure Code of the Republic of Serbia, Official Gazette, no. 72, 2011 101/2011 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014

mission psychological treatment and the fulfillment of other obligations and respect for the restrictions, established by a final court decision.

It is evident that postponement is only a transitional phase in a successive conduct of public prosecutor who will make the decision of prosecution after the expiration of deadline for fulfillment of the suspect's obligations. Precisely, proceedings won't be initiated temporarily, because of the fact that ultimate point is a fulfillment of commitments and giving up its management. If the suspect in the given period, that can't be longer than a 1 year, can not fulfill the obligation, the public prosecutor will reject the report by his decision, and he will inform the injured part, who has no right to object to the upper-public prosecutor. But, if the injured part is not satisfied with the decision, or the damage is not reimbursed, he reserves the right to release his substantive law in further civil proceedings.

One of the important differences in relation to the previous solutions is that no longer possible conditioned refusal of the public prosecutor from criminal prosecution as it was before the end of a main trial, but public prosecutor's discretionary assessment is now limited, and reduced to pre-investigation actions, or at the stage of deciding of criminal report, which is in line in the concept of the prosecutorial investigations.

Also, the valid Code gave up from controversial decision, which postpones for the criminal prosecution, as well as a assumption and execution of certain obligation of the suspect required a consent of the court and consent of the injured part. This consent and the consent of the injured part are not required any more, because about all issues above exclusively decides the public prosecutor. In this way, the status and a functional position of a public prosecutor is qualitatively strengthened and gives him a wide margins for maneuver for application of the opportunity. As a state institution, the public prosecutor is authorized and competent to decide freely and at the same time to protect the public interests and an injured part interests.

Regarding the range of obligations that public prosecutor imposes on the suspects, the previous solutions had been taken over and retained, with the difference that possibilities of determining (imposing) the measure of taking a driving test are excluded exams and additional driving training and other appropriate course and an earlier measure of submission psychosocial treatment refers only to the elimination of causes of the violent behaviour.

In addition, the current CPC has established the possibility of „institutional monitoring” and control by an executive measures ordered by the public prosecutor, which is a very significant innovation. Actually, control over by performing the undertaken obligations is performed by the commissioner of the administrative body responsible for the execution of criminal sanctions.

The decision of postpone the criminal prosecution is made in the form of order.

CPC from 2011. didn't regulate the procedure of distribution of financial resources intended for humanitarian organizations and public institutions and there was no legal prescription for control of spending those funds. Public prosecutor, at their own discretion, decided of the direction of these funds, which potentially open space for possible abuses. By amendments from CPC 2014.¹⁰ these shortcomings have been eliminated, and all available funds of implementation by principle of opportunity, are transferred on one account and then, on a basis of a publicly conducted competition by ministries of justice, distributed to final users. Exceptions of these rules are cases of direct allocation of these funds for the treatment of children abroad, when the Republic Fund for health insurance is able to provide it on this basis.

Other form of applying the principle of opportunity up to an adult persons, perpetrators of crime act, by a Legislation of Republic of Serbia, is a possibility to dismiss criminal report, although there exist all conditions for prosecution. This form is regulated by an Article No.283, part 3. by Criminal Procedure Code, and in theory and also in the court it is called „unconditioned” or „pure” opportunity.

Actually, it's necessary to admit three main conditions, regulated by the Code – first, it should be a criminal offense which is punishable by imprisonment for a term not longer than three years, second, that the suspect is due to the real remorse prevented the occurrence of the damage, or compensated the damage completely, and third, that the public prosecutor assesses that the imposition of criminal sanction would not be fair, according to circumstances of the case.

As same as a institution of postponement of criminal prosecution, this is a deviation from principle of legality, because it is about minor crimes, for which the criminal prosecution is not always necessary and fair-purposeful. The criminal-political justification of this form of opportunity arises from reestablishment of the previous situation between the accused and the injured part, or it comes to reconciliation between them and normalization of relations. Consequently, the sanctuary intervention by the state could only be counterproductive.

Deciding of the rejection of the criminal report, the public prosecutor decides on the criminal prosecution completely independently and by full discretion, assessing the fairness of the possible imposition of the criminal sanction, especially guided by the circumstances which are related to the personality of the accused and under which the crime is done.

The application of this form of opportunity is very rare in practice, because there are no clearly defined objective and measurable criterias, more precisely, it all comes down from the personal assessment and observation of the public prosecutor. That's why, during the discretionary assessment, he mainly manages to analysis of the defendant's action, that's if he was, in the preventing of occurrence of damage or it was compensation completely voluntarily, freely, regardless

¹⁰ Official Gazette of the Republic of Serbia, no. 55/2014

of the action of external or other factors, and what was his determining moral and ethical motive, which is the base of his real remorse. Sometimes the honesty of the conduct and the real remorse of defendant could be assessed on the basis of external manifestations of his behaviour (crying, physical gestures and other feelings). Another important element of the assessment of the public prosecutor's expediency are certainly the data from criminal and misdemeanor records, that gives an answer if it was the person prone to criminogenic and violent behaviour.

This form of opportunity is much simpler in practice, it is not conditioned by deadlines and execution obligations by the defendant, the agreement of damage compensation. If cumulative conditions are met, prescribed by the law, then the public prosecutor may reject the criminal report, on this basis and if defendant opposes such a decision (Bejatović et al., 2019, 35), also if he has fully and voluntarily manifested his freely expressed will to remove the consequences of his behavior.

Before making a decision of rejecting a criminal report, the public prosecutor, in order to fully objectify his assessment of expediency, also practices establishing contact with the injured part, not in terms of obtaining his consent to dismiss the criminal report, but in order to verify whether the defendant was really fully compensated the caused damage.

So, by rejecting the criminal report on this ground, the criminal case ends, provided that injured part has no more right for objection to the higher public prosecutor, in order to protect his legal interest. More precisely, the public prosecutor informs the injured part that there is no place for objection.

Concluding remarks

Although it is a deviation from the principle of legality, the opportunity in modern criminal proceedings is a very important instrument of simplified procedural forms by which minor crimes are resolved in the zone of the actions of the public prosecutor and not the court. This is in agreement with the Recommendations of the EU Council of Ministers, which suggest simplification, diversionary forms of criminal procedure in the state response to crime and the installation of a new role of public prosecutor, all with the primary goal of ensuring the efficiency of criminal proceedings and criminal justice.

However, although twenty years have passed since its legal standardization in our criminal procedure legislation, the experiences in its practical application are even before the initial reservations, positive but the expectations were significantly higher, especially in terms of the scope of its application. This is evidenced by the available statistics (Bejatović et al. 2019, 35) of prosecutorial practice, which indicate insufficient use of the capacity of this legal institute. They show that the total number of criminal cases in primary and higher prosecutor's offices in the Republic of Serbia, which were resolved by applying the

principle of opportunity - postponement of criminal prosecution - is 13.6%, which can be assessed as relatively insufficient with the fact that there are no limiting circumstances which limit discretionary actions conduct and decision-making of the public prosecutor.

The analysis of prosecutorial practice shows that the reasons for this should be sought on the part of the public prosecutor who justifies his reservations in the application of both forms of the principle of opportunity by criminal-political reasons of fairness in the protection of public interest, equality of all citizens before the law legal certainty and the moral requirement that the defendant be punished. More precisely, in the absence of measurable objective criteria, it is difficult in any particular case to strike a balance between social and individual interests, so in such circumstances more priority is given to the public interest, which is conditionally said, logical and justified. Of course, the application of the principle of opportunity can in practice lead to a number of unfair situations, to the possible denial of justice as a moral and ethical category and other implications that may provoke reactions from the professional and lay public, which increases public prosecutorial reservations. That is why the instructions of the Republic Prosecutor's Office on objective, measurable criteria regarding the practical application of the principle of opportunity in order to relax the objection in their expedient treatment and uneven practice are extremely important.

In the conditions of impotence of the system of classical punishments and failure of resocialization, a solution in response to milder forms of crime should be sought either in greater application of newly introduced legal institutes or their transformation and adaptability to traditional legal solutions in order to achieve full legal effect of proclaimed goals. The question justifiably arises whether the modern "legal-sociological" concept of restorative justice is one of the solutions that reduces the role of the state in the conflict triangle - the perpetrator, the victim, the state as advocated by some criminologists, because it opens more room for maneuver direct involvement of interested parties in resolving the consequences of the committed crime.

One of the most important instruments in this area is certainly the principle of opportunity with the correction of its existing modalities - for example through more significant and active involvement of the victim in the resolution of the criminal case and reaching a mutual compromise of interest with the inevitable and verifiable corrective role of public Attorney.

References

1. Bayer, Vladimir. 1982. *Jugoslovensko krivičnoprocesno pravo*, knjiga prva, Zagreb
2. Бејатовић, Станко, Војислав Ђурђић, Милан Шкулић, Горан Илић, Јасмина Киурски, Марина Матић, Радован Лазић, Светлана Ненадић и Верица Трнинић. 2012. *Примена начела опортунитета у пракси - изазови и препоруке*, Београд: Удружење јавних тужиоца и заменика Србије

3. Бејатовић, Станко, Горан Илић, Јасмина Киурски, Тамара Мирковић и Светлана Ненадић. 2019. *Приручник за примену начела опортунитета кривичног гоњења*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији
4. Васиљевић, Тихомир. 1981. *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд: Савремена администрација
5. Грубач, Момчило, 1988. „Начело легалитета у кривично процесном праву СФРЈ”, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* (3): 79
6. Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012. establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime www.eur-lex.europa.eu
7. Ђурђић, Војислав. 2010. „Дискреционо кривично гоњење”, Ниш: *Зборник радова Правног факултета*: 4, 123
8. Ђурђић, Војислав. 2012. „Дискреционо гоњење учинилаца кривичних дела”, Зеница: *Анали Правног факултета*: 258
9. Законик о кривичном поступку, „Службени лист СРЈ” бр.70/01, 68/02 и „Службени гласник РС” бр.58/04, 85/05, 115/05 и 49/07
10. Закон о кривичном поступку Р. Србије, „Службени гласник РС” бр.46/06
11. Законик о кривичном поступку Р. Србије, „Службени гласник РС” бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14
12. Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима, „Службени лист СЦГ - Међународни уговори”, број 9/2003, 5/2005, 7/2005 – исправка и „Службени гласник РС – Међународни уговори”, бр. 12/2010
13. Јекић, Загорка и Радмила Данић. 2005. *Кривичнопроцесно право*, Београд
14. Johnstone, Gerry. 2002. *Restorative Justice: Ideas, Values, Debates*. Devon: Willan Publisher
15. Киурски, Н., Јасмина. 2015. „Начело кривичног гоњења”. Докторска дисертација. Универзитет Београд: Правни факултет
16. Лазаревић, Љубиша. 2011, *Коментар Кривичног законика*, Београд: Правни факултет Универзитет Унион
17. Павловић, Милена. 2008. „Злочин и мржња у контексту ресторативне правде”. Нови Сад: *Зборник радова Правног факултета* (1-2): 859-863
18. Recommendation No.R (1987) concerning the simplification of criminal justice (adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987.) www.echr.coe.int
19. Recommendation Rec (2000) 19 on the role of public prosecution in the criminal justice system (adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 6 October 2000.), www.echr.coe.int
20. Rezolucija Generalne skupštine UN, br.40/34, 1985
21. Службени гласник Р. Србије бр. 72/2009 и бр. 55/2014
22. Стојановић, Зоран. 2015. *Кривично право*, приручник за полагање правосудног испита, Београд: Правни факултет, *Службени гласник*
23. Циглер, Снежана. 1995. „Појам начела легалитета и опортунитета кривичног гоњења”. Београд: *Архив за правне и друштвене науке* вол.(51), бр.4: 560-562
24. Шкулић, Милан. 2007. *Коментар законика о кривичном поступку*, Београд: Службени гласник