

MIROSLAV ĐORĐEVIĆ

USTAVNOPRAVNI ASPEKT INSTITUTA POMILOVANJA

U V O D

Pomilovanje je ustavnopravni i krivičnopravni institut koji u nekoj svojoj formi postoji koliko i sama civilizacija, a tokom svoje duge istorije je evoluirao modifikući pritom svoju pravnu prirodu.¹ Od vremena stvaranja modernih, pravnih država i uvođenja koncepta podelе vlasti, pomilovanje je ostalo zamrzнуто negde na pola puta svoje tranzicije – kao kakva otupela oštrica nekadašnje neograničene vlasti suverenog vladara, koja je u dobroj meri podređena pravilima moderne države, ali uprkos tome i dalje predstavlja strano telo. Uporednopravno posmatrano, ova tranzicija, koja je pratila ideju narodne suverenosti, nije svuda sprovedena na isti način, pa su tako danas u različitim pravnim sistemima širom sveta prisutne značajne razlike u regulativi ovog instituta.

Pravna priroda pomilovanja je zato specifična i višeslojna, posebno ukoliko se posmatra i uporednopravno. Analiza ovog ovlašćenja dodatno osvetljava i poziciju njegovog nosioca (što je najčešće, ali ne uvek ili ne u čitavom obimu –

Miroslav Đorđević, istraživač – saradnik Instituta za uporedno pravo.

¹ Većina autora navodi da je pomilovanje postojalo u antičkoj Grčkoj i Rimu, ali je sasvim izvesno da je ono postojalo i ranije – u prvim, hidrauličnim civilizacijama. Neki autori pak odlaze još dalje pa (opravдано) tvrde da se preteća pomilovanja nalazi još u predcivilizacijskim, plemenskim društvima. – J. Goodrich, “The Use and Abuse of the Power to Pardon”, *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, v.19/1920-1921, 335.

šef države) iz jednog drugačijeg ugla, te otvara niz dilema o njegovom mestu i mogućnosti uticaja u sistemu podele vlasti. Ova tema je u našoj ustavnopravnoj nauci (za razliku od inostrane) neopravdano zapostavljena, jer pomilovanje ne predstavlja samo jedan sa teorijskog stanovišta interesantan institut, već i jednu moćnu polugu vlasti, veoma pogodnu (kako to uporedna iskustva pokazuju²) i za ozbiljne zloupotrebe.

Pojam pomilovanja i problemi prilikom njegovog definisanja

Pomilovanje u najširem smislu (uključujući sve njegove oblike) predstavlja bilo kakvo oslobođenje od kazne za delo koje je inače kažnjivo po zakonu.³ Ova veoma široka definicija prisutna je u nešto starijoj američkoj literaturi i obuhvata ne samo ono što se danas zakonski podrazumeva pod pojmom pomilovanja, već i mogućnost da voljom sudske sile, porote (u anglosaksonskom sistemu), javnog tužioca, policijaca, same žrtve itd. ne dođe do kažnjavanja učinioca krivičnog dela.⁴

U potrazi za definicijom pomilovanja u njegovom savremenom, pravnom smislu, kao i u pokušaju objašnjenja samog pojma kako iz pozitivnopravnog, tako i iz uporednopravnog ugla, javlja se niz pitanja na koja treba dati adekvatan odgovor. Rešenja koja postoje u uporednom pravu su veoma raznovrsna, a takođe je i u našem pravnom sistemu pomilovanje više značajno, što sve stvara potrebu za uvođenjem tehničkih termina radi lakše analize. Tako u ovom radu pravimo pojmovnu i terminološku distinkciju između pomilovanja koje nadležni organ daje u cilju ukidanja ili menjanja dejstva pravosnažne sudske presude (nazvali bismo

² Istorija je prepuna različitih primera upitnih prekoračenja i zloupotreba pomilovanja, posebno u SAD. Samo u novijoj istoriji je tako npr. predsednik Džerald Ford pomilovao Ričarda Niksona jednim blanko pomilovanjem "za sve što je možda uradio tokom svog predsedničkog mandata"; američki visoki komesar Džon Mekloj je u posleratnoj Zapadnoj Nemačkoj pomilovao niz nacističkih zločinaca – bogatih industrijalaca, osuđenih za masovna ubistva i deportaciju Jevreja u Aušvic; predsednik Bil Klinton je pomilovao čoveka, čija je supruga uplatila značajna sredstva njegovoj biblioteci i finansirala kampanju Hilari Klinton za Senat itd. Vidi: W. Duker, "The President's Power to Pardon – A Constitutional History", *William and Mary Law Review*, 3/1977, 530 – 533; T. Schwartz, "Die Begnadigung deutscher Kriegsverbrecher", *Vierteljahrsschriften für Zeitgeschichte*, 3/1990; J. Menitove, "The Problematic Presidential Pardon – A Proposal for Reforming Federal Clemency", *Harvard Law and Policy Review*, 3/2009, 454.

³ J. Barnett, "The Grounds of Pardon", *American Law Review*, vol. 61 (1927), 694.

⁴ *Ibid.*

ga “pomilovanje u užem smislu”) i odustanka od krivičnog gonjenja (abolicije).⁵ Oba zajedno čine pomilovanje ili “pomilovanje u širem smislu”.

Pomilovanje je po svom dejstvu slično institutu amnestije, pa se tako u literaturi često uporedo sa njom i objašnjava⁶. Postoje i primeri u uporednom pravu gde se ova dva instituta prepliću, jer je predsednik u nekim zemljama ovlašćen da putem pomilovanja daje amnestije⁷, ili se pak određeni politički cilj posle neuspješnog pokušaja amnestije ostvaruje davanjem velikog broja pojedinačnih pomilovanja⁸. Osnovna razlika ova dva instituta se sastoji u tome što je amnestija po pravilu akt zakonodavnog organa (*lex specialis*) prema poimenično neodređenom krugu lica, dok pomilovanje predstavlja akt prema individualno određenom licu, a njegov donosilac po pravilu nije parlament (takođe ne bez izuzetka⁹), već najčešće šef države, ili neki (drugi) ovlašćeni organ izvršne vlasti. Amnestija se daje pravosnažno osuđenim licima, a takođe može uključivati i aboliciju, samo što je u tom slučaju (a za razliku od pomilovanja) u pitanju individualno neodređen broj lica.¹⁰ Dejstvo im je slično, pre svega posmatrano iz ugla lica na koje se odnosi. Ustavnopravno gledano između ovih instituta postoje sličnosti, ali i značajne razlike u pogledu njihove pravne suštine, a preplitanja ova dva instituta u uporedno-pravnoj praksi dodatno zamagljuju njihove granice.

⁵ Naglašavanje ove razlike je važno jer postoje razlike u pravnoj prirodi pomilovanja u ova dva slučaja. Sa jedne strane, kada je u pitanju pomilovanje u užem smislu, reč je o aktu nadležnog organa kojim se pravosnažno osuđenom, dakle krivom licu ukida ili na neki način modifikuje kazna, dok se u slučaju abolicije, sa druge strane, radi o licu koje je usled pretpostavke nevinosti još uvek u očima prava nevino. Ova razlika je važna iz teorijskog, ali i iz praktičnog ugla posmatranja.

⁶ Zastarelost, amnestija i pomilovanje predstavljaju tri osnova isključenja prava države na krivičnu sankciju. – D. Jovašević, Z. Stevanović, *Amnestija i pomilovanje u krivičnom pravu*, Beograd 2008, 12-13 ; Usled sličnosti ova dva instituta u starijoj literaturi ima čak shvatanja da amnestija i pomilovanje zajedno čine pomilovanje (u širem smislu). – C. Stooss, *Der Grundzüge des schweizerischen Strafrechts*, Basel 1892, 456.

⁷ Npr. u SAD je tako predsednik Karter u formi pomilovanja 1977. amnestirao lica koja su 1964 – 1973. godine izbegla mobilizaciju za rat u Vejtnamu. Originalan tekst pomilovanja – *New York Times* (22.1.1977.g.), <https://www.nytimes.com/1977/01/22/archives/texts-of-documents-on-the-pardon.html> ; pristupljeno 18.8.2018.

⁸ Davanjem tajnih pomilovanja IRA teroristima, posle propalog pokušaja amnestije ovih lica, postizani su za vreme vlade Tonija Blera u Ujedinjenom kraljevstvu politički ciljevi. Vidi fus notu br. 50.

⁹ U Švajcarskoj o pomilovanju odlučuje parlament na plenarnoj sednici oba doma. - Ustav Švajcarske, čl. 157 i 173.

¹⁰ Više o amnestiji: D. Jovašević, Z. Stevanović, 15-67.

Ustavnopravnih radova na temu pomilovanja kod nas gotovo i da nema, a radovi opštijeg karaktera koji se dotiču ovog instituta uglavnom se ne upuštaju u njegovo definisanje. U domaćoj krivičnopravnoj literaturi situacija je drugačija – definicija je mnogo i međusobno se često značajno razlikuju, pa se može zaključiti da po ovom pitanju u našoj nauci konsenzus ne postoji. Kod ovih definicija uglavnom ostaje nejasno da li pretenduju samo da definišu pojam pomilovanja u Srbiji, ili da odrede ovaj institut i u uporednopravnom kontekstu.

Zoran Stojanović u svom Komentaru Krivičnog zakonika navodi da je pomilovanje “institut kojim se menja dejstvo sudske odluke u pogledu izrečene krivične sankcije ili pak sprečava donošenje te odluke u slučaju da do krivičnog gonjenja još nije došlo”.¹¹ Ovde je jasno da se u vidu imalo samo srpsko pravo, pa se kritika može uputiti ne baš najpreciznijoj formulaciji – “sprečava donošenje odluke u slučaju da do krivičnog gonjenja još nije došlo”. U srpskom pravu do oslobođenja od krivičnog gonjenja, tj. instituta abolicije, može doći u bilo kojoj fazi krivičnog postupka, što proizlazi kako iz zakonskog opisa ovog instituta, tako i iz drugih doktrinarnih stavova o aboliciji.¹² S druge strane, ukoliko u obzir uzmemos i uporednopravna rešenja, postoji čitav niz država, poput npr. Nemačke, Rusije ili Ukrajine¹³, u kojima abolicija uopšte nije obuhvaćena pomilovanjem, tj. predsednici ovih država nemaju pravo da obustave ili spreče pokretanje krivičnog postupka, već mogu pomilovanje dati samo već pravosnažno osuđenom licu. Zato pri definisanju pomilovanja treba imati u vidu da ono najčešće, ali ne i uvek uključuje aboliciju.

Ponekad se u literaturi ističe da je šef države nosilac ovlašćenja pomilovanja.¹⁴ Iako je šef države zaista najčešće taj koji odlučuje o davanju pomilovanja, a takvo rešenje je prisutno i kod nas, u uporednom pravu to ipak nije uvek slučaj. Naime, u određenom broju država pravo pomilovanja može vršiti više lica, odnosno njegovo vršenje je podeljeno po nekom kriterijumu, te u nadležnosti više organa (npr. Nemačka – savezni i zemaljski nivo – *Bundes- und Landesebene*, SAD –

¹¹ Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2006, 304.

¹² “Oslobodenje od gonjenja (abolicija) – Protiv učinilaca krivičnih dela ne može se, kad im je data abolicija, pokrenuti krivični postupak, a ako je postupak u toku obustavlja se bez obzira u kome je stadijumu.” – Lj. Lazarević, *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd 2000, 436.

¹³ H. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, München 2005, 1529. ; D. Jovašević, Z. Stevanović, 156 i 158.

¹⁴ Npr: G. Winkler, *Begnadigung und Gegenzeichnung – Eine praxisorientierte verfassungsrechtliche und staatstheoretische Studie über Staatsakte des Fürsten von Liechtenstein*, Wien 2005, 15.

federalna i državna vlast – *Federal and State government* itd.), ili ga pak *de jure* ili *de facto*, putem različitih delegiranja, uopšte ne vrši šef države (Švajcarska, Ujedinjeno kraljevstvo, Kanada, Australija itd.¹⁵⁾.

Jednu drugačiju i nešto deskriptivniju definiciju instituta pomilovanja navodi Emir Čorović, koji kaže da bi se pomilovanje “uopšteno moglo odrediti kao akt političke milosti šefa države kojim se prema individualno određenom licu, pod striktno utvrđenim uslovima, isključuje primena krivičnog zakona, odnosno isključuje, menja ili ograničava primena pravosnažne sudske odluke, ili mu se daju neki drugi benefiti u vezi sa postojećom osudom”.¹⁶ Pored zamerke vezane za uključivanje šefa države u definiciju, njoj se može možda prigovoriti i odustvo jasne vidljivosti abolicije, koja jeste na izvestan način obuhvaćena izrazom “isključuje se primena krivičnog zakona” (mada bi možda bilo preciznije reći Zakonika o krivičnom postupku), ali nosi sa sobom dovoljno specifičnosti da je treba, čini se, posebno istaći. S druge strane, naglašavanje da se pomilovanje vrši po striktno određenim uslovima je možda bolje izostaviti, jer ono predstavlja jedan od retkih instituta koji je kod nas, a i dobrim delom u uporednom pravu, nesputan i gotovo ni sa čim ograničen i uslovljen.¹⁷

Jedna od, čini nam se, ponajboljih definicija u našoj literaturi jeste ona koju daje Predrag Blagojević, koji kaže: “Po našem mišljenju, pomilovanje je ustavni i krivično pravni institut materijalno formalnog karaktera, koji donose nadležni organi u obliku pojedinačnog pravnog akta i koji u skladu sa mogućnostima koje poseduje sadržina pomilovanja, menja dejstva ili sprečava donošenje sudske odluka.”¹⁸ Prednost ovakvog definisanja instituta pomilovanja jeste činjenica da se njime ne samo sadržinski dobro opisuje dejstvo ovog instituta, već i mogućnost da se njome obuhvati ne samo pomilovanje u našem pozitivnom pravu, već i šire.

Pre nego što sami pokušamo da ponudimo predlog definicije instituta pomilovanja, izložićemo i analizirati prvo naše pozitivnopravno rešenje, a potom razmotriti nekoliko ključnih ustavnopravnih aspekata ovog instituta, kako bismo

¹⁵ U Švajcarskoj izvršna vlast uopšte nije nadležna za davanje pomilovanja, a u ostale tri navедene zemlje je formalno nosilac ovog ovlašćenja engleska kraljica, ali se ono uslovljava saglasnošću određenog organa (UK), ili delegira na generalne guvernere, pa potom ponovo na neki način uslovljava (Kanada, Australija).

¹⁶ E. Čorović, *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Novi Pazar 2015, 295.

¹⁷ Na primer u Americi: P. Rozenzweig, Reflections on the Atrophying Pardon Power, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 102, 1/2012, 597.

¹⁸ P. Blagojević, *Pomilovanje u teoriji i praksi*, Beograd 2005, 20.

što bolje osvetlili njegovu pravnu prirodu. U obzir je uzet i komparativноправни контекст помилovanja, који са једне стране олакшава разумевање овог сложеног института, а са друге доноси и нове dileme.

Pozitivноправна регулатива помилovanja u Srbiji

Pомиловање је у српском праву регулисано пре свега Уставом, затим Кривичним законом и Законом о кривичном поступку, као и посебним Законом о помиловању. Устав Републике Србије у чл. 112 наводи листу овлаšћења Председника државе, те у таčki 7 само kaže да "Председник Републике дaje помиловања i одликовања". Систематика председничких надлеžности у нашем Уставу није најсрећнија, па је стога веома težak svaki пokušaj системског тumačenja sa ciljem da se међусобни односи ових овлаšћења i njihova правна природа na ovaj način otkrijу. U literaturi je најчешће prisutno stanovište¹⁹ da je помиловање jedno od овлаšћења председника које се tesno dovodi u vezu i proizlazi из тога да "председник Републике израžava државно јединство Републике Србије"²⁰. Na то ukazuje и činjenica da se ово овлаšћење nalazi u istoj tački zajedno sa оvlašćenjem davanja odlikovanja. Osim u navedеном члану 112, којим se kaže da председник има право да дaje помиловања, Устав не садржи bilo kakvo друго одређење овог института.

Zакон о председнику Републике precizira само, u delu koji se bavi правним актима председника Републике, da se помиловање дaje u formi odluke.²¹ U чл. 2 ovog закона se pak наводи da су надлеžности председника utvrđene Уставом, te da se могу razraditi законом ili другим propisom ukoliko то dopušta Устав ili ako то nalaže sama природа односног института.²² Zakoni koji tu razradu vrše jesu pre свега Кривични законик, затим Закон о помиловању i Законик о кривичном поступку.

Kривични законик Републике Србије дaje jednu opisnu definiciju помиловања i kaže da se помилованијем поименично одређеном licu дaje oslobođenje od krivičног gonjenja ili potpuno ili delimično oslobođenje od izvršenja kazne, заменjuje se izrečена казна blažom kaznom ili uslovnom осудом, дaje se reha-

¹⁹ Na primer: R. Marković, Moć i nemoć predsednika Republike Srbije, *Analji Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2004/3-4, 327.; D. Simović, V. Petrov, Ustavno pravo Beograd, 2014, 228.

²⁰ Устав Републике Србије, Sl. *Glasnik RS*, 98/2006 чл. 111.

²¹ Закон о председнику Републике, Sl. *Glasnik RS*, 111/2007 чл. 24.

²² Ibid. чл. 2.

bilitacija, odreduje kraće trajanje određene pravne posledice osude ili se ukidaju pojedine ili sve pravne posledice osude.²³ Stav 2 ovog člana navodi da se pomilovanjem može takođe i ukinuti ili odrediti kraće trajanje mere bezbednosti zabranu vršenja poziva, delatnosti i dužnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom i proterivanje stranca iz zemlje.

Zakonik o krivičnom postupku ne uređuje materiju pomilovanja na jednom mestu, već se na više mesta u Zakoniku nalaze relevantne (procesnopravne) odredbe. Tako se pomilovana lica pominju kao nosioci aktivne legitimacije za korišćenje vanrednog pravnog leka (mogućnost ponavljanja krivičnog postupka - jer se dobijanjem pomilovanja u užem smislu ne poništava i sama presuda, već samo ukida/menja kazna, odnosno mera bezbednosti)²⁴, kao razlog za odbacivanje krivične prijave²⁵, obustavu istrage²⁶, obustavu postupka²⁷, donošenje odbijajuće presude²⁸ (sve u slučaju abolicije) itd.

Konkretnе procesne radnje, kao i uslovi za realizaciju pomilovanja navedeni su u Zakonu o pomilovanju²⁹. U kontekstu pokretanja postupka za pomilovanje Zakon pravi razliku između abolicije, kada to može učiniti samo ministar pravde, i pomilovanja (u užem smislu), kada to može učiniti i osuđeno lice.³⁰ Molba osuđenog lica se preko suda dostavlja ministarstvu pravde, koje ga potom prosleđuje, sa svim spisima, svojim mišljenjem i mišljenjem suda, predsedniku države.³¹

²³ Krivični zakonik Republike Srbije, *Sl. Glasnik RS*, 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016, čl. 110.

²⁴ Zakonik o krivičnom postupku, *Sl. glasnik RS*, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, čl. 471.

²⁵ *Ibid.* čl. 284.

²⁶ *Ibid.* čl. 308.

²⁷ *Ibid.* čl. 338.

²⁸ *Ibid.* čl. 422.

²⁹ Zakon o pomilovanju, *Sl. glasnik RS*, 49/95, 50/95; Slobodno se može reći da je ovaj zakon (iako ima svega 14 članova) predmet nebrige zakonodavca, jer još od 1995. godine nije pretrpeo никакve izmene, uprkos činjenici da su se od tada promenile dve države u kojima je važio. On se danas primenjuje bez obzira na to da se u njemu poziva na nepostojće zakone nepostojće države (npr. Krivični zakon Savezne Republike Jugoslavije), što striktno pozitivноправно gledano ne mora predstavljati problem (usled kontinuiteta važenja prava), ali svakako jeste neuredno, te bi ga trebalo osavremeniti i urediti.

³⁰ Ili njegov zakonski zastupnik, bračni drug, srodnik u prvoj liniji i brat, sestra, usvojenik, hranilac ili staralac osuđenog lica. – *Ibid.* čl. 5 st. 2.

³¹ *Ibid.* čl. 9 i 10.

Pravni okvir pomilovanja koji ovaj zakon konkretizuje, ne znači pak i da predsednik Republike ima pravo da daje pomilovanje samo ukoliko postoji mloba, odnosno ukoliko je postupak pokrenut preko ministra pravde po službenoj dužnosti. Pozivajući se na svoje ustavno ovlašćenje predsednik je takođe sloboden da samostalno odluči koga će pomilovati, bez obzira na mišljenje kako ministarstva pravde, tako i sopstvene komisije za pomilovanja u okviru predsedništva. Pomilovanje je neopozivo, ne može se ni na koji način osporavati i napadati, a eventualne arbitrernosti ili zloupotrebe lica nadležnog da odlučuje o pomilovanju ne podležu krivičnoj, već samo političkoj i parlamentarnoj odgovornosti i kontroli.³² Kako je odluka predsednika o pomilovanju praktično nesputana, ona ne zahteva ni saglasnost pomilovanog lica, bez obzira da li je u pitanju pomilovanje u užem smislu ili abolicija. U drugom slučaju se ponekad dešava i da se pomilovana lica takvoj odluci predsednika protive, jer su pod pretpostavkom nevinosti još uvek nevina, i tu nevinost na sudu žele i da dokažu.³³ Zato se ovde može zaključiti da je u Srbiji ovlašćenje predsednika države da daje pomilovanje gotovo apsolutno, te da pravni okvir ovog instituta ne predstavlja nekakvo ograničavanje njegovog ustavnog ovlašćenja.³⁴ On služi prevashodno da građani kroz zakonski propisanu proceduru mogu da "dođu" do predsednika države, kome onda u donošenju odluke pomažu pored spisa i mišljenja relevantnih stručnih organa i tela (suda, ministarstva pravde i komisije za pomilovanja). Konačna odluka pak ostaje samo i isključivo na njemu.

*Ustavnopravna suština pomilovanja
– razlozi za davanje pomilovanja kod nas i u uporednom pravu*

U literaturi se uglavnom ističe da je pomilovanje *akt milosti*³⁵, odnosno pojedinačni akt političke milosti.³⁶ Navodi se tako i da razlozi za davanje pomilova-

³² Z. Stojanović (2006), 305.

³³ U Srbiji se takav slučaj dogodio 2012. godine, kada je predsednik Tomislav Nikolić abolirao proslavljenog fudbalskog asa Dragana Džajića, uprkos tome što se ovaj aboliciji protivio u želji da na sudu svoju nevinost dokaže. https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2012&mm=08&dd=29&nav_category=16&nav_id=638712; pristupljeno 18. 8. 2018.

³⁴ "Ovlašćenja (nadležnosti) predsednika su ustavna kategorija. To znači da se zakonom ne mogu određivati njegove nove nadležnosti, ali ni ukidati ni menjati postojeće" – D. Simović, V. Petrov, 230.

³⁵ J. Barnett, 696.

³⁶ E. Čorović, 295. isto i N. Mrvić Petrović, *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd 2014, 352.

nja nemaju veze sa pravdom, te da se svode na milost, zahvalnost, "bezrazložni oprost", pitanje božanske milosti, "zmurenje pravde" itd.³⁷ Ovaj institut tako predstavlja sredstvo "u izvesnom smislu jače i od sudske odluke (presude)", koje podrazumeva "akt milosti, oprosta, milosrđa, oproštaja i velikodušnosti suverena"³⁸. Milost predstavlja osnovni i preovlađujući razlog davanja pomilovanja u svetu, a u Srbiji je možda dobar primer davanja pomilovanja iz milosti i (prečutne) zahvalnosti, ono koje je predsednik Boris Tadić dao istaknutom glumcu Žarku La- uševiću, koji je osuđen za ubistvo dva lica i ranjavanje trećeg u prekoračenju nužne odbrane.³⁹

Neki autori pak polaze od nešto drugaćijeg ugla posmatranja, pa u ovom institutu prevashodno vide pomilovanje kao *korektiv pravičnosti i humanosti*⁴⁰. Harrison tako ističe da važan aspekt pomilovanja predstavlja mogućnost da se njime isprave greške do kojih dolazi i u najboljim pravnim sistemima, kao i da usled raznih nepredviđenih okolnosti (teška bolest osuđenog i sl.) može doći do velike disproporcije između toga kako kazna pogoda takvog osuđenika i druge učinioce istog ili sličnog dela.⁴¹ Sličan stav deli i Stojanović kada piše da pomilovanje treba da bude "sigurnosni ventil za rešavanje problema u retkim atipičnim slučajevima u kojima primena krivičnog prava i krivičnih sankcija nije opravdana i pravedna i donosi više štete nego koristi".⁴² Ovaj aspekt pomilovanja odlazi i korak dalje u Australiji i na Novom Zelandu, u kojima nosioci ovlašćenja pomilovanja⁴³ pored "klasičnih" načina pomilovanja, mogu i da vrate predmet суду na ponovno odlučivanje.⁴⁴ U ovom slučaju je praktično reč o korektivu *prava* putem pomilovanja, a ne (samo) o korektivu pravičnosti, čime se ovo ovlašćenje pretvara u ne-kakav vanredni pravni lek i poprima kvalitete potpuno strane našem viđenju ovog instituta.

³⁷ J. Barnett, *Ibid.*

³⁸ D. Jovašević, Z. Stevanović, 74-83.

³⁹ https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2011&mm=12&dd=29&nav_category=16&nav_id=569694; pristupljeno 15. 8. 2018.

⁴⁰ J. Harrison, Pardon as Prerogative, *Federal Sentencing Reporter*, 13/2000-2001, 147.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd 2013, 380 - 381.

⁴³ *General Governors* – Generalni guverneri, kao vršioci vlasti u ime engleske kraljice.

⁴⁴ J. Finn, "John James Meikle and the Problem of the Wrongly Convicted: An Enquiry into the History of Criminal Appeals in New Zealand", *VUW Law Review*, 3/2010, 522. vidi i: S. Milne, "The Second or Sebsequent Criminal Appeal, the Prerogative of Mercy and the Judicial Inquiry: the Containing Advance of Post-Conviction Review", *Adelaide Law Review*, 1/2015, 211–240.

Konačno, u literaturi se takođe apostrofira da je pomilovanje, kao i amnestija, *politička mera*, te da se njime nastoje postići ne samo kriminalnopolitički, već i određeni politički ciljevi. "Ne znači da od amnestije i pomilovanja imaju koristi samo oni na koje se odnose. I oni koji o njima odlučuju imaju određeni politički interes. Ponekad se, naročito amnestijom, nastoje rešiti ili bar ublažiti određeni društveni i politički problemi."⁴⁵ Kod nas su tako amnestirani 2010. godine učiniovi pojedinih krivičnih dela protiv Vojske Srbije (odnosno Jugoslavije i SCG) u periodu od 2000–2010. godine⁴⁶. Iako se teorijski ovakva mera nesumnjivo smatra domenom amnestije (kako je kod nas i bila preduzeta od strane nadležnog organa - parlamenta), gotovo istovetna stvar je u SAD učinjena pomilovanjem, kada je predsednik Džimi Karter 1977. godine pomilovao sve one koji su u periodu od 1964–1973. godine izbegli mobilizaciju za rat u Vijetnamu.⁴⁷

Na osnovu izloženog se takođe zaključuje da američki predsednik, pored kongresa, putem pomilovanja ima pravo davanja amnestije, što predstavlja jedan od jasnih primera mešanja ova dva instituta u praksi. Ovakvi politički ciljevi su u SAD činjeni i "klasičnim" pomilovanjima, pa se tako u literaturi često navodi da je krajem XIX i početkom XX veka ono davano u velikom broju raznim pobunjenicima, kao i dezerterima iz vremena građanskog rata, kako bi se oni potom integrisali u društvo⁴⁸. Sličan, interesantan primer iz novije istorije, koji jasno demonstrira davanje pomilovanja radi ostvarenja političkog cilja (i već se graniči sa zloupotrebotom ovog ovlašćenja), dolazi iz Velike Britanije. Za vreme vlade Tonija Blera je pripadnicima terorističke organizacije IRA u političkim pregovorima bio obećan imunitet od krivičnog gonjenja, a pošto je pokušaj donošenja zakona o amnestiji propao, rešenje je pronađeno u davanju velikog broja pomilovanja.⁴⁹

⁴⁵ Z. Stojanović (2013), 380.

⁴⁶ N. Mrvić Petrović, 352.

⁴⁷ Originalan tekst pomilovanja – *New York Times* (22.1.1977.g.), <https://www.nytimes.com/1977/01/22/archives/texts-of-documents-on-the-pardon.html> ; pristupljeno 18. 8. 2018.

⁴⁸ M. Colgate Love, Reinventing the President's Pardon Power, *Federal Sentencing Reporter*, 1/2007, 6. ; takođe vidi u: P. Rozenzweig, 579–599.

⁴⁹ Formalno je engleska kraljica nosilac ovlašćenja pomilovanja (*The royal prerogative of mercy*) u Velikoj Britaniji, ali je ono uslovljeno preporukom nadležnog organa (državni sekretari i ministri, zavisno od toga da li je u pitanju Engleska, Vels, Sev. Irska ili Škotska), a *de facto* je uglavnom u rukama predsednika vlade. Ne postoji obaveza objavljivanja kraljevskih pomilovanja, pa se ne zna tačno koliko je terorista IRA, od kojih se mnogi terete za najteža krivična dela, pomilovano. <https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/terrorism-in-the-uk/10666040/Escaped-IRA-terrorists-handed-Royal-pardons-as-part-of-peace-deal.html> ; pristupljeno 15. 8. 2018.; <https://>

Tri kategorije motiva koje smo ovde apostrofirali (milost, korektiv i politička mera) mogu se dvojako posmatrati. S jedne strane, sva tri cilja i prateća doktrinarna stava se međusobno nužno ne isključuju, tj. nisu konkurentni, već predstavljaju tri aspekta jednog instituta, kao posledicu njegovog razvoja i elemenata njegove anahronosti u modernoj državi. U svakom pravnom sistemu, pa i srpskom, su prisutna sva tri motiva prilikom davanja pomilovanja, u različitom međusobnom odnosu.

S druge strane je upravo pitanje tog odnosa, kroz gore navedene primere, pokazatelj da je usled različite evolucije, trenutnog političkog sistema i drugih razloga danas pomilovanje suštinski različito u raznim zemljama. Dok u Srbiji ono ostaje prevashodno motivisano pre svega davanjem milosti i možda delom korektivom pravičnosti, u nekim drugim zemljama pretežu drugi motivi, što dovodi do drugačije pravne prirode i funkcije ovog instituta.

Pravna priroda pomilovanja – Nulla poena, non obstante lege

Delom zbog svog porekla, tj. pomenutih atavističkih odlika (pomilovanje se u literaturi opisuje i kao "ustavni anahronizam"⁵⁰), pravna priroda pomilovanja je kompleksna i teška za određenje pojmovnim i terminološkim aparatom savremenе države i prava. U literaturi je prisutan stav da je pomilovanje po svojoj prirodi "kvazisudsko ovlašćenje predsednika države"⁵¹, jer može anulirati dejstvo pravosnažne presude ili sprečiti njeno donošenje.

Međutim, pomilovanje u užem smislu (u Srbiji) ne dira u *integritet* sudske presude⁵² – pomilovano lice ostaje krivo i dokazane činjenice ostaju da važe kao istina (*res iudicata pro veritate accipitur*), već se samo ukida ili menja *dejstvo* pravosnažne sudske presude dokazano krivom licu. Tu se zapravo ne radi ni o kakvom sudsском ovlašćenju, jer se ne dira ni u utvrđene činjenice ni u presudu. Zadatak sudske vlasti nije da utvrди po sopstvenoj oceni da li neko delo treba da bude kažnjivo, jer bi to predstavljalo kreaciju prava, već da činjenice sagleda u svetlu zakona i utvrdi postojanje njegove povrede i sledstveno tome odredi kaznu. Kod po-

commonslibrary.parliament.uk/home-affairs/justice/royal-prerogative-of-mercy-a-question-of-transparency/; pristupljeno 15. 8. 2018.

⁵⁰ T. Poole, "United Kingdom: The Royal Prerogative", *International Journal of Constitutional Law*, 1/2010, 147.

⁵¹ R. Marković, 329.

⁵² D. Jovašević, Z. Stevanović, 83.

milovanja u užem smislu presuda ostaje mrtvo slovo na papiru, a kod abolicije je sud sprečen da presudu uopšte doneše.

Ono što pomilovanje zapravo govori jeste "iako (postoji sumnja da) si prekršio taj i taj zakon, za tebe neće biti kazne, tj. za tebe on (više) ne važi". Ono je na izvestan način suprotno poznatoj latinskoj maksimi i načelu krivičnog prava *nulla poena, sine lege* (nema kazne bez zakona, *ergo* za povredu zakona sledi kazna u skladu sa zakonom) i moglo bi se slikovito označiti kao *nulla poena, non obstante lege* (nema kazne – bez obzira na zakon). Ono zapravo znači da nosilac njegovog ovlašćenja modificuje pravni sistem i obaveznost nekog ponašanja, odnosno predviđenu sankciju za jedno konkretno lice u jednoj konkretnoj stvari.⁵³ Jedno određeno ponašanje za jedno konkretno lice više nije (na isti način) obavezujuće i sankcionisano i to retroaktivno – *post festum*.

Drugim rečima, zakon za jedan skup pravno relevantnih činjenica u odnosu na jedno lice više ne važi ili ne važi na isti način. Takva intervencija u pravni sistem zato više liči na kvazizakonodavno, tj. kvazinormativno ovlašćenje (jer je i derogacija propisa ništa do kreacija prava) nego na kvazisudsko i tu se institut pomilovanja ponovo mora dovesti u vezu sa amnestijom, jer je njihova bit suštinski istovetna – derogacija pravnog poretku. Specifičnost i *sui generis* element se naravno ogleda u činjenici da zakon, pa tako i zakon o amnestiji, važi za neodređeni broj lica, upravo suprotno pomilovanju, koje je pojedinačno usmeren akt (u Srbiji, kao i velikoj većini uporednopravnih rešenja). Moglo bi se reći da je po svojoj pravnoj prirodi pomilovanje *sui generis pojedinačni pravni akt normativne prirode*, koji u konkretnom slučaju derogira čitav pravni sistem za jedno lice povodom određenog dela. Iako očito nezgrapno, ovakvo definisanje približava pravnu bit ovog instituta, čiju je pravnu prirodu veoma teško elegantnije definisati usled njenе izražene specifičnosti.

Konačno, ovako određena suština instituta logički navodi na zaključak da abolicija treba da predstavlja sastavni deo ovlašćenja pomilovanja, jer je u slučaju postojanja volje nadležnog organa za ovakvim derrogiranjem prava u korist određenog lica suštinski potpuno nebitno da li je stvar već presuđena (a i praktično gledano – u slučaju odsustva prava na davanje abolicije samo treba sačekati pravosnažnost presude, pa lice pomilovati). Ipak, za razliku od Srbije, određeni

⁵³ Od pravila da je u pitanju tačno precizirano delo postoje izuzeci u uporednom pravu, koji se ozbiljno graniče sa zloupotrebotom, poput blanko amnestije koju je dobio tada već bivši predsednik Ričard Nikson. Vidi fus notu br. 3.

broj zemalja poput Rusije, Ukrajine ili Nemačke ne predviđa aboliciju kao sastavni deo ovlašćenja pomilovanja.⁵⁴

Nameće se pitanje odnosa jednog ovakvog instituta i koncepta pravne države. U nemačkoj literaturi se ističe da je pravo pomilovanja “strano telo u pravnoj državi”, koje je “u svojoj suštini nezasluženo, nemerljivo i proizvoljno”⁵⁵. Zaista, institut pomilovanja vrlo upitno (po)stoji uz koncepte pravne države i vladavine prava, a naspram težnje da “sistem propisa predstavlja jedan monolitan blok, u kome svi propisi – po optimalnoj pretpostavci apsolutno svi – moraju da stoje usklađeni”⁵⁶ – predstavlja jedno potpuno strano telo koje logiku piramidalno ustrojenog sistema pravnih propisa razara u konkretno određenom slučaju od vrha do temelja. Usled ovoga se insistira da je pomilovanje mera koja se sme samo vrlo restriktivno primenjivati, jer bi česta primena dovela do pravne nesigurnosti i obesmišljavanja pravnog poretku uopšte: “S obzirom na to da se njima u stvari derogira primena krivičnog prava, ni amnestija ni pomilovanje ne smeju biti široko korišćeni. Njihova primena se mora svesti na retke izuzetke koji neće ometati obavljanje zaštitne funkcije krivičnog prava, kao i ostvarenje načela pravdnosti i pravne jednakosti građana pred zakonom.”⁵⁷

Pomilovanje i legitimitet nosioca ovlašćenja

Kako pomilovanje u konkretnom slučaju onemogućava primenu (krivičnog) prava, postavlja se pitanje ko treba da bude ovlašćen za tako nešto i iz čega on to svoje ovlašćenje crpi. U prošlosti je to pravo vršio vladar kao suveren, koji ima (božanski ili kakav drugi) legitimitet da stvara pravo i da ga u pojedinačnom slučaju, ako želi, i anulira. Međutim, sa uvođenjem koncepta narodne suverenosti, te sistema po kome sam narod preko svojih (zakonodavnih) predstavnika donosi pravo po kome se sam ima vladati, postavlja se pitanje ko ima pravo da tu narodnu volju derogira. Logičan odgovor bi glasio – sam narod, odnosno neki vrlo visoko legitimisan predstavnički organ, koji u idealnim uslovima ima makar isti stepen legitimiteta kao i zakoni čija se primena zaustavlja. Drugim reči-

⁵⁴ U ruskoj literaturi se pak sreće mišljenje da je ovakvo rešenje stvar propusta i neuklađenosti ustava sa Krivičnim zakonikom. - П. В. Коробов, “К вопросу об амнистии и помиловании”, *Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского (Серия Право)*, 1/2002, 236.

⁵⁵ I. v. Münch, P. Kunig, *Grundgesetz Kommentar*, München 2012, 2724.

⁵⁶ M. Jovičić, *Zakon i zakonitost – život pravnih propisa, Ustav i ustavnost*, Beograd 2006, 331.

⁵⁷ Z. Stojanović (2013), 380.

ma, sa stanovišta koncepata moderne države, društvenog ugovora, pravne države i naroda kao nosioca suverenosti, niko ne bi trebalo da bude u prilici da može da svojom voljom "nadjača" pravo koje proizlazi iz naroda, osim ukoliko taj isti narod iza njega ne stoji, te se posredno za takvim derogacijama slaže. Dakle, uprkos činjenici da je pomilovanje legalno, tj. da crpi svoje utemeljenje u ustavu i zakonima, kako njeno dejstvo parališe neke druge odredbe ustava i zakona iza njega mora stajati i adekvatan legitimitet.⁵⁸

Teorijski posmatrano najispravnije je da ovlašćenje derogiranja pravnog sistema za jedno lice ima isti organ koji je taj sistem ustrojio, dakle parlament, na isti način na koji to čini kada je u pitanju više lica kod amnestije. Okolnost da su pomilovanje i amnestija po pravilu (koje poznaje izuzetke) različito motivisani, tj. da je amnestija motivisana više političkim motivima, a pomilovanje milošću, ne bi trebalo da predstavlja prepreku, jer je dejstvo ova dva instituta, sadržinski gotovo istovetno. Ovakvo rešenje postoji u uporednom pravu – u Švajcarskoj, u kojoj za pomilovanje nije nadležan izvršni organ (Savezni savet), već upravo parlament.⁵⁹ Ono je pak usamljeno i pomilovanje je najčešće povereno šefu države, koji ga vrši ili samostalno, ili u podeljenom obimu, ili ga delegira. Razlog tome leži u pomenutom poreklu i evoluciji ovog instituta, koji se nije do kraja adaptirao konceptu moderne pravne države i načelu suverenosti naroda, već ostaje ovlašćenje izvršne vlasti kao relikt nekadašnje moći suverenih vladara, ali i donekle kao sredstvo *checks & balances* sistema, tj. međusobne kontrole u sistemu podele vlasti. U ovakvim okolnostima, ako ovlašćenje pomilovanja pripada izvršnoj vlasti (koja njime deroga zakonodavnu), dobro je da legitimitet nosioca ovlašćenja bude što viši, te da se u idealnim okolnostima izjednači ili nadjača legitimitet zakonodavca, kako bi princip narodne suverenosti bio što manje pogoden.

U Republici Srbiji je ovlašćenje pomilovanja Ustavom povereno predsedniku države, koji predstavlja organ veoma visokog legitimiteta, jer se bira od strane naroda neposrednim izborom. Zato se može reći da davanjem pomilovanja srpski predsednik blizu vršenja "akta suverena"⁶⁰.

⁵⁸ Činjenica da se "pomilovanjem ne dira u integritet sudske presude" u praksi takođe malo toga znači, jer je celokupan sistem krivičnopravnog zakonodavstva osmišljen sa ciljem prevencije i retribucije, pa tako odustanak od kažnjavanja čini presudu "mrtvim slovom na papiru", a usled prečestog korišćenja i eventualne zloupotrebe šalje i jako lošu poruku.

⁵⁹ Nacionalno veće (*Nationalrat*) i Veće naroda (*Ständerat*) o pomilovanjima odlučuju na zajedničkom zasedanju, tj. plenarnoj sednici (*Vereinigte Bundesversammlung*). – Ustav Švajcarske, čl. 157 i 173.

⁶⁰ D. Jovašević, Z. Stevanović, 74.

Međutim, kakva je situacija u državama sa parlamentarnim sistemom vlasti, u kojima se predsednik ne bira neposredno i nema tako visok stepen legitimiteata? U takvim slučajevima je, teorijski posmatrano, teško braniti institut pomilovanja, jer ga, za razliku od amnestije, donosi organ manjeg legitimiteta u odnosu na donosioca derogiranog prava. Jedan od takvih primera može se naći u Nemačkoj, gde je ovlašćenje davanja pomilovanja podeljeno između federalnog i saveznog nivoa, odnosno predsednika države.⁶¹

Sa stanovišta legitimiteata je posebno problematično što svoje ovlašćenje pomilovanja može delegirati kako predsednik⁶², tako i zemaljske vlasti, koje ga po pravilu prenose na javno (državno) tužilaštvo (*Staatsanwaltschaft*)⁶³. Odluka o važenju, izmenjenom načinu važenja ili nevaženju prava za nekog pojedinca ne tiče se samo njega i predstavnika države, već i čitavog naroda kao nosioca suvereniteta. Pomilovanje je po svojoj prirodi osetljiv pravni institut, koji neretko izaziva i podozrenje naroda (u Rusiji se tako u narodu kaže: "pomilovati zlog čoveka znači kazniti dobrog čoveka"⁶⁴). Nedopustivo je rešenje po kome o derogiranju pravnog sistema, koji proizlazi iz naroda, odlučuje neki službenik.

Predlog definicije

Kako usled specifičnosti samog instituta, tako i zbog različitog regulisanja instituta pomilovanja u uporednom pravu, definisanje ovog instituta nije jednostavno. Ukoliko se u obzir uzmu baš sve pojedinosti koje se u uporednom pravu javljaju, definicija postaje previse uopštena i zapravo nam ne govori ništa, pa zato treba pronaći pravu meru, to jest oceniti koji su slučajevi pravilo, a koji predstavljaju izuzetke, te zavisno od toga negde povući granicu.

Na osnovu izloženog, a polazeći od Blagojevićeve definicije, predložili smo tako određenje instituta pomilovanja (u materijalnom smislu) kao *ustavnopravnog i krivičnopravnog instituta koji predstavlja ovlašćenje nadležnog organa*,

⁶¹ K. Schleich, Die Funktionen des Bundespräsidenten im Verfassungsgefüge, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1987, 546.

⁶² B. Zimmermann, *Das Bundespräsidialamt*, Frankfurt/Bonn 1968, 58.

⁶³ D. Belling, "Konstitutionalisierung des Begnadigungsrechts", *Deutsch – Ungarisches Symposium* (Hrsg. Attila Badó), Potsdam 2018, 106.

⁶⁴ "Злодея помиловать – доброго человека покаратъ" - П. В. Коробов, "К вопросу об амнистии и помиловании", *Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского (Серия Право)*, 1/2002, 235.

najčešće šefa države, da pojedinačnim sui generis pravnim aktom normativne prirode utiče na dejstva određene pravosnažne presude (što predstavlja pomilovanje u užem smislu) ili pak da, pod uslovom da ga konkretni pravni poredak i na to ovlašćuje, spreči, odnosno obustavi krivično gonjenje prema određenom licu (abolicija). Ova definicija pokriva regulative u Srbiji, kao i najveći broj uporednopravnih rešenja. Treba pak imati na umu da njome nisu obuhvaćeni određeni slučajevi (poput npr. amnestije u formi pomilovanja u SAD), koji suštinski predstavljaju pre izuzetke i modifikacije klasičnog instituta, nego njegove definišuće primere.

ZAKLJUČAK

Pomilovanje je umnogome anahron institut, vrlo složene pravne prirode koja je upitno u skladu sa konceptom vladavine prava, kao i mnogim drugim teorinama moderne demokratske države (u stepenu koji zavisi od institucionalnih odlika odnosne države). Njegova svrha i uloga u pravima širom sveta je različita i on predstavlja jedan od pravnih instituta koje je teško posmatrati van konteksta sistema u kome se nalazi. Određene odlike pak karakterišu (gotovo) sve sisteme, a naspram njihove indukcije i potonje teorijske analize, rešenje srpskog prava se može okarakterisati kao sasvim solidno, kako bi obimu i sadržaju, tako i po određenju, tj. legitimitetu njegovog nosioca.

Pomilovanje ipak, kao relikt davno prohujalih vremena, i uz najadekvatniju ustavnu i zakonsku regulativu ostaje ovlašćenje neprilagođeno modernom pravnom sistemu, koje nosi sa sobom podobnost za teške zloupotrebe. Poželjno je zato stvaranje dobre prakse (kakva se u Srbiji već gradi) da pomilovanje treba primenjivati vrlo restriktivno – iz razloga milosti i u situacijama kada postoji očit raskorak između prava i pravde, dok ga kao polugu vlasti, odnosno sredstvo za ostvarivanje političkih ciljeva ne bi trebalo vršiti nikada.

MIROSLAV ĐORĐEVIĆ, LL.M.,
Research Associate, Institute of Comparative Law

THE CONSTITUTIONAL LAW ASPECT OF THE RIGHT TO PARDON

Summary

Through the theoretical and present law analysis, with the inevitable comparative perspective, the author tries to identify and explain the constitutional law nature of the institute of pardon and to offer the definition of this institute. The role of pardon in the system of the division of powers is analyzed, as well as the question of the necessary legitimacy of its holder. With its roots deep in the history, at one point contained in the principle "*quod principi placuit, legis habet vigorem*", the pardon power today in most cases belongs to the head of the state (but not always or not completely), and enables him to derogate the law, because granting pardon is essentially nothing but "no punishment regardless of the law" (*nulla poena, non obstante lege*). The paper therefore presents the concept of pardon as a *sui generis* legal act of normative nature. This concept attempts to explain the archaic and confusing character of this institute that it (through the apparent influence on the judicial power) actually acts derogatively, i.e. it is anti-normative, and rather goes into the domain of legislative rather than judicial power. Any such derogation represents in essence the creation of law, however with a distinct specific - it applies (as a rule, which knows exceptions) retroactively only for one person in one particular case.