

**ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ  
УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ**

**мр Душица Миладиновић-Стефановић**

**РЕДОВНО ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ  
У КРИВИЧНОМ ПРАВУ**

**докторска дисертација**

**Ниш, 2012. године**

**FACULTY OF LAW  
UNIVERSITY OF BELGRADE**

**Dusica Miladinovic-Stefanovic, LL.M**

**REGULAR SENTENCING IN CRIMINAL LAW**

**doctoral dissertation**

**Nis, 2012.**

**МЕНТОР:**

**проф. др Зоран Стојановић, редовни професор Правног факултета у Београду**

**ЧЛАНОВИ КОМИСИЈЕ ЗА ЈАВНУ ОДБРАНУ:**

**проф. др Зоран Стојановић, редовни професор Правног факултета у Београду**

**проф. др Наташа Делић, ванредни професор Правног факултета у Београду**

**проф. др Бранислав Ристивојевић, ванредни професор Правног факултета у Новом Саду**

## „РЕДОВНО ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ“

### РЕЗИМЕ

Докторска дисертација под називом „Редовно одмеравање казне у кривичном праву“ садржи осам тематских целина, поред уводног дела и закључка. У првој глави је дато појмовно одређење редовног одмеравања, при чему је посебно анализиран његов однос са концептом индивидуализације казне. У даљем излагању су издвојено проучавана питања сврхе кажњавања, казних оквира у посебном делу и олакшавајућих и отежавајућих околности, како би се показало на који начин се мења физиономија редовног одмеравања у зависности од тога како су ови институти уобличени на нормативном плану. Такође, анализирано је и место редовног одмеравања у систему кривичног права, кроз компарирање са осталим облицима одмеравања, али и са институтима којима се модификује изречена казна, попут условног отпуста, помиловања и амнестије. Друга глава је посвећена историјату правила о редовном одмеравању, пратећи генезу како у општој тако и у националној развојној линији. Компаративноправним аспектом бави се трећа глава, анализирајући прихваћена решења у европско-континенталном праву (Италија, Немачка, Руска федерација, Финска, Шведска, Норвешка, Данска, Швајцарска, Румунија, Бугарска и земља бивше СФРЈ) и англосаксонском праву (Велика Британија, САД, Аустралија, Канада). Правни оквир овог института у међународном кривичном праву обрађен је у четвртој глави, при чему су изучавани међународни стандарди одмеравања, релевантне одредбе Статута Међународног војног суда, статута *ad hoc* трибунала за бившу Југославију и Руанду са пратећим правилницима, Римског статута и Правилника о поступку и доказима. Поменуто проучавање је употпуњено емпиријском анализом кондемпнаторних пресуда донетих пред овим судовима. Централни (пети) део дисертације представља студију позитивног права Србије и он започиње освртом на могућности и спорне моменте новог казног система. Потом су веома детаљно проучаване опште смернице редовног одмеравања – сврха кажњавања, забрана двоструког вредновања и казни оквири у посебном делу Кривичног законика. Даље разматрање третира таксативно набројане олакшавајуће и отежавајуће околности и то из два угла: теоријског, којим су одређени појам и садржина сваке од њих, и практичног, који је показао како се оне тумаче и вреднују у пракси наших судова, не би ли се дијагностификовали проблеми у нормативном уређењу и у домену примене важећих одредаба. У том смислу предложени су и могући путеви за њихово решавање, тако да су дати извесни предлози *de lege ferenda* и извесне сугестије корисне за судску праксу. Посебно место у овом делу излагања имају и особености редовног одмеравања казне малолетницима и правним лицима. Шеста глава представља сагледавање редовног одмеравања казне у контексту политике сузбијања криминалитета, са задатком да пронађе одговор на неколико питања – да ли је домаћа судска казнена политика блага и неусаглашена са казном политиком законодавца, што се често тврди у нашој теорији, како је до ове појаве дошло и како се на њу може утицати, односно да ли је оправдано посматрати пораст и пад стопе криминалитета као релевантне околности за избор врсте и мере казне. Седми део изучава проблем утицаја ванправних фактора, тј. различитих друштвених и

психичких чинилаца, на процес редовног одмеравања. Последња (осма) глава дисертације обрађује питање употребе информационих система у процесу редовног одмеравања, почевши од тога како је настала идеја да се примене у овој области, какве су перформансе система који су у употреби и где леже позитивне и негативне стране њиховог коришћења.

**КЉУЧНЕ РЕЧИ:** редовно одмеравање казне, сврха кажњавања, казнени оквири, олакшавајуће и отежавајуће околности

**НАУЧНА ОБЛАСТ:** Право

**УЖА НАУЧНА ОБЛАСТ:** Кривичноправна научна област

**DOCTORAL DISSERTATION  
REGULAR SENTENCING IN CRIMINAL LAW**

*Summary:*

The doctoral dissertation titled “*Regular Sentencing in Criminal Law*” includes an introduction, eight thematic parts and a conclusion. In the first part, the author defines the concept of regular sentencing and analyzes its correlation with the concept of individualization of punishment. Further on, the author examines the issues pertaining to the purpose of punishment, the framework of punishment in the special part of Criminal Law as well as the aggravating and mitigating circumstances; the purpose of this examination is to point out to the changing physiognomy of regular sentencing which largely depends on how these institutes are envisaged in the normative framework. The author also analyses the position of regular sentencing in the criminal law system by comparing it with other forms of sentencing and other criminal law institutes (such as: parole, pardon and amnesty) which may be applied for the purpose of modifying the imposed punishment. In the second part, the author provides a historical genesis of regular sentencing rules, including the development of these rules on the general and the national scale. In the third part, the author explores the comparative aspect of regular sentencing by analyzing the legal solutions accepted in the European-Continental legal system (embodied in the legislations of Italy, Germany, the Russian Federation, Finland, Sweden, Norway, Denmark, Switzerland, Romania, Bulgaria and former-SFRY countries) and the legal solutions in the Anglo-Saxon/American law (embodied in the legislations of the UK, USA, Australia and Canada). In the fourth part, the author explores the legal framework of this institute in the international criminal law by analyzing the international standards on sentencing, relevant provisions of the Statute of International Military Court, the statutes of *ad hoc* tribunals for the former Yugoslavia and Ruanda (and their accompanying Rules of Procedure and Evidence), and the Statute of Rome (and its accompanying Rules of Procedure and Evidence). This analysis is supplemented by an empirical analysis of the condemnatory judgments rendered by these courts/tribunals. The fifth (central) part of the dissertation includes an analysis of the positive law of Serbia. The author first provides an overview of the disputable provisions on sentencing and punishment contained in the new Serbian legislation and points to possible legal solutions. Then, the author provides a comprehensive analysis of the general provisions on regular sentencing, including the purpose of punishment, the prohibition of dual-evaluation in determining the punishment, and the framework of punishment envisaged in the special part of the Serbian Criminal Code. After that, the author provides a list of aggravating and mitigating circumstances, which are further analyzed from two different aspects: the theoretical aspect (in order to define the concept and contents of each circumstance) and the practical aspect (in order to show how these circumstances are interpreted and valued in the judicial practice of Serbian courts); the purpose of this analysis is to identify the problems both in the normative framework and in the application of the existing legislation. In this part, the author also elaborates on the specific features of regular sentencing involving juvenile offenders and legal entities. In the sixth part, the author explores the concept of regular sentencing in the context of the national policy for combating crime, primarily in order to provide answers to the following questions: is the national judicial penal policy (too) lenient and incompatible with the legislator’s penal policy (as it is often asserted in our legal theory); what has contributed such developments and how can the situation be changed; and is it justifiable to take the crime rate increase and decrease as relevant

circumstances in selecting the type and measure of punishment? In the seventh part, the author examines the impact of non-legal factors embodied in different social and psychological factors on the sentencing process. Last but not least, the eighth part deals with the use of information systems in the process of regular sentencing; in that context, the author elaborates on the origin of the idea of applying information technologies in this legal area, the actual performances in the legal systems which have been using them as well as the advantages and disadvantages of their application.

***Key words:*** regular sentencing, purpose of punishment, penal framework, aggravating and mitigating circumstances.

## САДРЖАЈ:

Увод .....	I
------------	---

### Глава прва

<b>ФИЛОСОФСКО-ТЕОРИЈСКИ АСПЕКТИ РЕДОВНОГ ОДМЕРАВАЊА КАЗНЕ .....</b>	<b>1</b>
---	----------

<b>1. Принцип индивидуализације кривичних санкција (зачеци и развој идеје у оквиру школа кривичног права) .....</b>	<b>1</b>
---	----------

<b>2. Критички осврт на појам индивидуализације и његов однос са појмом одмеравања казне .....</b>	<b>11</b>
--	-----------

<b>3. Концепција система редовног одмеравања казне – основне претпоставке, руководни принципи и инструменти .....</b>	<b>13</b>
---	-----------

3.1. Казнени оквир као претпоставка и смерница редовног одмеравања .....	13
--	----

3.2. Сврха кажњавања као руководни принципи редовног одмеравања казне .....	18
---	----

3.2.1. Апсолутне, релативне, новије теорије о циљевима кажњавања и критеријуми за њихову примену .....	19
---	----

3.2.2. Комбиновање циљева и проблем антиномије .....	30
--	----

3.3. Олакшавајуће и отежавајуће околности као инструменти редовног одмеравања казне (појам, врсте и логички приступ у оцени њиховог дејства на казну) .....	40
--	----

<b>4. Место редовног одмеравања казне у систему кривичног права .....</b>	<b>54</b>
---	-----------

4.1. Однос редовног одмеравања са осталим облицима одмеравања казне .....	54
---	----

4.1.1. Редовно одмеравање и ублажавање казне .....	55
--	----

4.1.2. Редовно одмеравање и ослобођење од казне .....	60
---	----

4.1.3. Редовно одмеравање и одмеравање казне за дела у стицају .....	64
--	----

4.1.4. Редовно одмеравање и поштравање казне .....	68
--	----

4.2. Однос редовног одмеравања казне са условним отпустом .....	70
---	----

4.3. Однос редовног одмеравања казне са помиловањем и амнестијом .....	79
--	----

4.3.1. Редовно одмеравање и помиловање .....	79
--	----

4.3.2. Редовно одмеравање и амнестија .....	85
---	----

### Глава друга

<b>ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ ПРАВИЛА О РЕДОВНОМ ОДМЕРАВАЊУ КАЗНЕ .....</b>	<b>91</b>
--	-----------

<b>1. Преглед општег историјског развоја правила о редовном одмеравању казне .....</b>	<b>91</b>
--	-----------



1.1. Период старог века .....	93
1.2. Период средњег века .....	100
1.3. Период буржоаских држава .....	106

## **2. Преглед историјског развоја правила о редовном одмеравању казне у праву Србије .....**

2.1. Период средњег века .....	111
2.2. Период од доношења „устаничких законика“ – Законика проте Матеје Ненадовића и Карађорђевог криминалног законика до 1860. године .....	117
2.3. Период од доношења Казнителног законика за Књажество Србију до 1929. године .....	128
2.4. Период од доношења Кривичног законика за Краљевину Југославију до другог светског рата .....	135
2.5. Постављање основа новог правног система и Кривични закон од 1947. године .....	139
2.6. Кривични законик од 1951. године .....	145
2.7. Кривични закон из 1976. године .....	149

### **Глава трећа**

## **КАРАКТЕРИСТИКЕ СИСТЕМА РЕДОВНОГ ОДМЕРАВАЊА КАЗНЕ У КОМПАРАТИВНОМ ПРАВУ .....**

### **1. Нормативно уређење система редовног одмеравања казне у европско-континенталном праву .....**

1.1. Модел редовног одмеравања казне вођен сврхом кажњавања и комбинацијом <i>numerus clausus</i> и <i>exempli causa</i> листа унапред вреднованих релевантних околности или модел највећег ограничења .....	153
1.2. Модел редовног одмеравања казне заснован на слободној судијској оцени или модел минималног ограничења посебним казним оквиром .....	166
1.3. Модел редовног одмеравања казне вођен сврхом кажњавања и отвореним листама унапред невреднованих релевантних околности .....	168
1.4. Модел редовног одмеравања казне вођен егзампларно датим и унапред невреднованим релевантним околностима .....	179

### **2. Нормативно уређење система редовног одмеравања казне у англосаксонском праву .....**

2.1. Модел оквирног законског уређења редовног одмеравања казне (или законодавство Канаде и Аустралије) .....	185
2.2. Модел детаљних вербалних смерница (или законодавство Енглеске и Велса) .....	191
2.3. Модел детаљних нумеричких смерница (законодавство Сједињених Америчких Држава) .....	202
2.3.1. Одређивање тежине кривичног дела .....	206

2.3.2. Криминална прошлост учиниоца .....	215
2.3.3. Одређивање казног распона .....	220
2.3.4. Одмеравање казне унутар одређеног казног распона .....	222
2.3.5. Одступања од казног распона .....	223
<b>Глава четврта</b>	
<b>ИЗАЗОВИ ОДМЕРАВАЊА КАЗНЕ У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ .....</b>	<b>228</b>
<b>1. Међународни стандарди одмеравања казне .....</b>	<b>229</b>
<b>2. Статут Међународног војног суда и пракса судова у Нирнбергу и Токију .....</b>	<b>232</b>
<b>3. Статут <i>ad hoc</i> Трибунала за бившу Југославију и Правила о поступку и доказивању .....</b>	<b>241</b>
<b>4. Анализа праксе <i>ad hoc</i> Трибунала за бившу Југославију .....</b>	<b>245</b>
4.1. Казнени оквири у пракси Трибунала .....	246
4.2. Сврха кажњавања у пракси Трибунала .....	250
4.3. Забрана двоструког вредновања .....	259
4.4. Тежина кривичног дела .....	260
4.5. Индивидуалне прилике осуђеника .....	271
4.6. Значајна сарадња оптуженог са Тужилаштом .....	280
4.7. Наређење претпостављеног .....	282
4.8. Остале олакшавајуће и отежавајуће околности .....	285
<b>5. Редовно одмеравање казне према Римском статуту .....</b>	<b>299</b>
<b>Глава пета</b>	
<b>РЕДОВНО ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ У ПОЗИТИВНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ .....</b>	<b>311</b>
<b>1. Реформа казног система – нове могућности и нове дилеме .....</b>	<b>312</b>
<b>2. Сврха кажњавања .....</b>	<b>325</b>
<b>3. Анализа казних распона .....</b>	<b>327</b>
<b>4. Олакшавајуће и отежавајуће околности .....</b>	<b>337</b>
4.1. Степен кривице учиниоца .....	338
4.1.1. Процена дејства урачунљивости у процесу редовног одмеравања..	339
4.1.2. Процена дејства умишљаја и нехата у процесу редовног одмеравања казне .....	346
4.1.3. Процена степена свести о противправности у процесу редовног одмеравања .....	359
4.1.4. Вредновање силе, претње, стварне и правне заблуде .....	363

4.2. Побуде из којих је дело учињено .....	<b>366</b>
4.2.1. Појам и врсте побуда (мотива) .....	<b>367</b>
4.2.2. Проблем тзв. „кривичних дела без мотива“ .....	<b>370</b>
4.2.3. Садржина најчешћих мотива у позитивном праву и судској пракси .....	<b>373</b>
4.2.4. Општа запажања о третману мотива у нашој судској пракси .....	<b>381</b>
4.3. Јачина повреде или угрожавања заштићеног добра .....	<b>384</b>
4.3.1. Утврђивање степена тежине остварене последице .....	<b>385</b>
4.3.2. О значају материјалног довршења дела .....	<b>390</b>
4.3.3. Утицај постојања дела у продуженом трајању на процену јачине повреде или угрожавања заштићеног добра .....	<b>392</b>
4.3.4. Улога објективних услова инкриминације у процени јачине повреде или угрожавања заштићеног добра .....	<b>395</b>
4.3.5. Вредновање изостанка последице код дела која су остала у покушају .....	<b>399</b>
4.3.6. Нека запажања о примени јачине повреде или угрожавања заштићеног добра у нашој судској пракси .....	<b>406</b>
4.4. Околности под којима је кривично дело учињено .....	<b>407</b>
4.4.1. Околности које се односе на субјекте кривичног дела (учиниоца и жртву кривичног дела и њихове интерперсоналне односе) .....	<b>408</b>
4.4.2. Околности које се односе на кривично дело .....	<b>423</b>
4.5. Ранији живот учиниоца .....	<b>426</b>
4.5.1. Ранија неосуђиваност .....	<b>427</b>
4.5.2. Ранија осуда за кривично дело (поврат у кривичноправном смислу) .....	<b>429</b>
4.5.3. Ранија осуда која не представља поврат у кривичноправном смислу (осуда на друге кривичне санкције, осуда за друге јавноправне деликте и дисциплинске преступе) .....	<b>436</b>
4.5.4. <i>Varia</i> или остале околности које се могу подвести под појам ранијег живота .....	<b>438</b>
4.6. Личне прилике учиниоца .....	<b>440</b>
4.6.1. Начешће околности које се сврставају у личне прилике .....	<b>444</b>
4.7. Држање учиниоца после учињеног кривичног дела а нарочито однос према жртви .....	<b>449</b>
4.7.1. Држање учиниоца према кривичном делу .....	<b>450</b>
4.7.2. Држање учиниоца у кривичном поступку .....	<b>460</b>
4.7.3. Опште држање учиниоца после извршеног кривичног дела .....	<b>468</b>
4.8. Друге околности које се односе на личност учиниоца .....	<b>469</b>

4.9. Имовно стање учиноца .....	475
4.10. Посебна околност за одмеравање казне за кривично дело учињено из мржње .....	477
4.10.1. Оправданост увођења мотива мржње као обавезне отежавајуће околности .....	477
4.10.2. Проблеми везани за утврђивање и вредновање мотива мржње .....	487
<b>5. Забрана двоструког вредновања .....</b>	<b>494</b>
<b>6. Специфичности редовног одмеравања казне малолетним учиниоцима кривичних дела .....</b>	<b>496</b>
6.1. Распон и сврха казне малолетничког затвора .....	497
6.2. Степен зрелости малолетника и време потребно за његово васпитање и стручно оспособљавање .....	501
6.3. Извесне напомене у вези са применом општих олакшавајућих и отежавајућих околности из Кривичног законика .....	503
<b>7. Специфичности редовног одмеравања казне правним лицима .....</b>	<b>511</b>
7.1. Опште смернице – сврха кажњавања, казнени оквири и забрана двоструког вредновања .....	513
7.2. Олакшавајуће и отежавајуће околности .....	516

## Глава шеста

<b>РЕДОВНО ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ У СВЕТЛУ ПОЛИТИКЕ СУЗБИЈАЊА КРИМИНАЛИТЕТА .....</b>	<b>527</b>
---	------------

1. Редовно одмеравање казне као инструмент политике сузбијања криминалитета .....	527
2. Повратни утицај стопе криминалитета на казнену политику судова .....	536

## Глава седма

<b>ВАНПРАВНИ АСПЕКТИ РЕДОВНОГ ОДМЕРАВАЊА КАЗНЕ ИЛИ МОГУЋНОСТИ РЕЛАТИВИЗОВАЊА ЗАКОНСКИХ ФАКТОРА РЕДОВНОГ ОДМЕРАВАЊА .....</b>	<b>552</b>
--	------------

1. Утицај различитих друштвених фактора на редовно одмеравање казне .....	553
1.1. Утицај јавног мњења и средства јавног информисања .....	553
1.2. Утицај морала и схватања праведности .....	568

<b>2. Утицај психичких фактора на редовно одмеравање или редовно одмеравање под лупом судске психологије .....</b>	<b>574</b>
2.1. Индивидуалне карактеристике судије и доношење одлуке о казни .....	576
2.2. Утицај индивидуалних карактеристика учиниоца кривичног дела и његовог понашања у кривичном поступку на доношење одлуке о казни .....	589
2.3. Судска психологија о моделима доношења одлуке о казни .....	597

**Глава осма**

**УПОТРЕБА ИНФОРМАЦИОНИХ ТЕХНОЛОГИЈА У ПОСТУПКУ ОДМЕРАВАЊА КАЗНЕ ИЛИ БУДУЋНОСТ ОДМЕРАВАЊА КАЗНЕ?**

.....	601
-------	-----

1. Појам и функционисање информационих система .....	601
--	-----

2. Критичка оцена примене информационих система у поступку одмеравања казне .....	611
---	-----

Закључак .....	623
----------------	-----

Литература .....	I
------------------	---

## УВОД

Људско друштво, без обзира на ком се степену развоја налази, увек представља нормативну заједницу – заједницу уређену одређеним правилима, иако се она могу међусобно јако разликовати по форми, степену номотехничке изграђености и другим карактеристикама. Посебно место међу правилима свакако заузимају она, којима се штите темљне вредности једног друштва и тако омогућава његов опстанак и развој. Кршење тих правила је одувек стварало одређену друштвену реакцију, али и промишљања о њој, њеном оправдању и њеним циљевима. Кажњавање учинилаца кривичних дела отуда спада у групу централних питања кривичног права, са израженим не само правним, већ и философским, етичким, религијским, социолошким, психолошким и политичким аспектима. Оно није изгубило на значају и актуелности, иако данас казна није једини вид реаговања на овај облик социјалне патологије. Ни увођење других кривичних санкција, ни радикална залагања за укидање казне, нису довели до тога да она изгуби своје место у систему кривичног права. Без казне кривично право једноставно не би било кривично право, оно би у потпуности изгубило свој карактер.

Процес одмеравања казне представља круну целокупног рада суда и истовремено најтежи пред њега постављен задатак, комплекснији од утврђивања чињеница и извођења закључка о постојању дела, тј. правне квалификације, а често и од утврђивања кривице. Може се, такође, констатовати да је овај сегмент рада суда некако најизложенији и најподложнији анализи и критици, и то не само стручне, већ веома често и лаичке јавности, управо због тога што су око казне манифестно испреплетани до супротности различити интереси субјеката окупљених услед извршења дела – жртве и друштва, са једне, и учиниоца, са друге стране. Проналажење адекватне казне по врсти и мери тако треба да задовољи криминално-политичке захтеве сузбијања и спречавања криминалитета, захтеве проистекле из гарантованих права учиниоца, и тиме допринесе још једном, на први

поглед не тако видљивом циљу, утемељивању легитимности читавог кривичног права. Отуда концепција система одмеравања казне – постављање принципа и инструмената одмеравања, представља релевантан фактор на путу остваривања наведених циљева.

Како се из кратког увода може закључити, значај, комплексност и мултидисциплинарност представљају разлоге у прилог избора теме редовног одмеравања казне. Њена обрада је конципирана у девет целина. Увод у проучавање представљају философско-теоријска разматрања, која се прво баве концептом индивидуализације кривичних санкција, његовом генезом и еволуцијом од схватања „претеча“ до учења представника школа кривичног права, са посебним освртом на однос између индивидуализације и одмеравања казне. Редовно одмеравање казне ће, потом, бити посматрано као један од подсистема у систему кривичног права, што излагање грана у два смера – унутрашњи, који се бави устројством и карактеристикама подсистема, и спољашњи, чији је циљ изналажење места одмеравања у систему кривичног права као целине. У том смислу, посебно се проучавају казни оквири као темељна претпоставка без које нема одмеравања, начин на који различита поимања циља кажњавања утичу на одмеравање казне, као и могући начини нормирања инструмената редовног одмеравања.

Следећи сегмент се односи на проучавање настанка и развоја правила о одмеравању казне. Он треба да одговори на питање у којој историјској етапи у развоју кривичног права су први пут постављена правила о редовном одмеравању и како су еволуирала, и то посматрано у два паралелна тока – на општем и на националном плану.

Надаље, класична подела правних система на англосаксонски и европско-континентални искоришћена је као критеријум за систематизовање излагања о редовном одмеравању казне у компаративном праву. Основни циљеви проучавања су отуда постављени у два нивоа. Први план истраживања остварује се у оквиру сваког од поменутих правних система, са идејом да се утврди да ли постоје преовлађујућа, доминантна решења, како би, уколико постоје, била упоређивана на следећем нивоу, нивоу правних система. Да ли се може утврдити „идеални тип“ система редовног одмеравања у европско-континенталном и англо-саксонском

праву и, ако је то могуће, да ли се и у чему се ови идеални типови разликују? Посебан допринос овог дела представљаће анализа недовољно познатог англосаксонског права, посебно тзв. Минесота модела, који је у различитим верзијама био најпре прихваћен у више држава САД, а затим и од федералног законодавства, карактеристичан по прецизном „тарифирању“ казни, који је отворио низ спорних питања, а пре свих да ли је баш нужно и опортуно градити материју редовног одмеравања у смеру „круте математизације“.

Редовном одмеравању казне у међународном кривичном праву је посвећено посебно поглавље. Како се да претпоставити, читав низ међународних аката посвећених људским правима додирује материју одмеравања на један оквиран и уопштен начин, кроз гарантовање основних принципа кривичног права. Међутим, постоје и извори који се детаљније баве овим проблемом, попут аката Савета Европе, који пружају низ смерница за национална законодавства, и то у односу на циљеве кажњавања, устројство система кривичних санкција, устројство система олакшавајућих и отежавајућих околности итд. Наведени разлози, као и потреба хармонизовања домаћег права са правом Европске уније, условили су подробније бављење управо овим изворима. Други сегмент се односи на анализу правног оквира на основу којег се одмерава казна у поступцима пред међународним судовима, почевши од суђења у Нирнбергу и Токију, преко суђења пред трибуналима за бившу Југославију и Руанду, до правила предвиђених Римским статутом. Поред историјског и догматског приступа, правила ће бити и критички сагледана. Наиме, недовољна изграђеност, не само правила о одмеравању казне, већ читавог међународног кривичног права, отвара читав низ осетљивих питања из домена заштите људских права, на шта ће, такође, бити указано у оквиру ових разматрања. Истовремено, како је прикупљена обимна грађа, сачињена из свих предмета окончаних пред хашким Трибуналом доношењем осуђујуће пресуде, горе наведена теоријска анализа биће употпуњена емпиријским проучавањем. Његов циљ је да установи како су отелотворене одговарајуће одредбе Статута и Правила о поступку и доказима.

Централни део дисертације представљају тумачење и критика позитивног права Републике Србије. Поштујући систематику важећег Кривичног законика,



проучавање најпре обухвата сврху кажњавања и оквире казне у посебном делу Законика, као правила која упућују на философију и домете кажњавања уопште, тј. дају основну ноту и постављају границе читавом процесу одмеравања. Даље разматрање односи се на таксативно набројане околности, које ће бити сагледаване из два угла: теоријског, чији је циљ утврђивање појма и садржине сваке од њих, и практичног, које треба да расветли како се оне заправо тумаче и цене у пракси судова. Истовремено, и један и други облик сагледавања треба да дијагностификују евентуалне проблеме, како у нормативном уређењу тако и у домену примене ових одредаба, уз предлог могућих путева за њихово разјашњење и превазилажење.

У оквиру позитивног права посебно је издвојено редовно одмеравање казне малолетницима. Иако савремена формална друштвена реакција на малолетнички криминалитет постаје све богатија неким новим механизмима, па чак и оним који омогућавају тзв. диверзију, односно преусмеравање решавања кривичне ствари из кривичног поступка у неки други, алтернативни, мање строг и хуманији поступак, она се није одрекла ни класичних репресивних одговора, попут казне малолетничког затвора. Како је законодавац, регулишући одмеравање казне малолетницима, применио еклектички метод, те се поред општих околности које утичу на избор и висину казне, посебно узимају у обзир и околности предвиђене Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, обрада ове подтеме има два задатка – прво, да се установи како се опште околности примењују на малолетнике, да ли имају неке специфичне манифестације, и друго, да се објасне посебне околности.

Захтев за хармонизовањем домаћег права са правом Европске уније довео је, између осталог, и до инкорпорисања одговорности правних лица за кривична дела у кривичноправни систем Републике Србије. Из наведеног разлога проучавање је обухватило и одмеравање казне новој категорији активних субјеката, тим пре што се домаћа теорија није бавила овим питањем, као што ни судска пракса још увек није заузела своје ставове, како се од доношења до данас овај Закон није примењивао, једним делом вероватно и због дубине извршеног реформског захвата.

Редовно одмеравање казне је посматрано и у контексту политике сузбијања криминалитета. Казна и кретање криминалитета представљају два међусобно повезана феномена, али се њихов однос у теорији углавном посматра једнострано. При томе се мисли на чињеницу да је детаљније проучавана зависност стопе криминалитета од казнене политике судова, док је испитивање обрнутог утицаја углавном занемарено. Изабрана тема, логично, налаже брижљивију анализу постављеног проблема, и могућу реакцију суда на пад односно пораст стопе криминалитета. У том смислу, централно питање на које се тражи одговор у овом поглављу јесте питање да ли је оправдано „урачунавање“ статистичких показатеља о кретању криминалитета приликом редовног одмеравања казне у појединачном случају, посебно ако се имају у виду једнакост грађана пред законом, начело кривице, начело сразмерности и слично.

Један део проучавања је посвећен и ванправним аспектима. Традиционално се проблем одмеравања казне ограничава искључиво на правна питања, полазећи од „input-output“ модела, који подразумева да судска одлука о казни настаје тако што се релевантне чињенице супсумирају под одређену правну норму. Међутим, да ли то одговара правом стању ствари, да ли је процес доношења одлуке о казни херметичан и заокружен систем, на који делују искључиво правни критеријуми, или се паралелно са њима могу идентификовати примесе дејства неких ванправних, друштвених и психолошких чинилаца? О којим факторима се ради, на који начин они могу да профилишу одлуку суда о казни и какве су могуће импликације њиховог евентуалног уплива представља предмет обраде у седмом поглављу дисертације.

После историјског и позитивноправног приступа у проучавању одмеравања казне, неминовно је искрсло и питање каква би могла бити његова будућност. Примена информатичких система у процесу доношења судске одлуке, којој је посвећено осмо поглавље, може бити посматрана као један од праваца даљег развоја. При томе се не мисли на системе усмерене на боље и ефикасније информисање судије, него на „интелигентне“, интерактивне системе који имају способност да одговоре на читав низ питања постаљених од стране корисника – судије (тзв. *Decision Support Systems* или *DSS*), почевши од просечне висине

изречених казни за поједина кривична дела, одређивања врсте и висине казне у зависности од унетих околности конкретног случаја, до статистичке прогнозе будућег криминалног понашања учиниоца на основу података из његовог досијеа, уз указивање на одређене правне, политичке, али и етичке дилеме, нужно отворене услед њихове примене.

## Глава прва

### ФИЛОСОФСКО-ТЕОРИЈСКИ АСПЕКТИ РЕДОВНОГ ОДМЕРАВАЊА КАЗНЕ

#### 1. Принцип индивидуализације кривичних санкција (зачеци и развој идеје у оквиру школа кривичног права)

Правилан избор кривичне санкције представља једну од централних претпоставки за ефикасно сузбијање криминалитета. Тешко је рећи када се појавила идеја о потреби судског прилагођавања казне конкретном кривичном делу и његовом учиниоцу. Сигурно је да се у неком фрагментарном и недовољно развијеном облику она може наћи веома рано, већ у делима познатих античких мислилаца. Проучавање Платонових дела указује на неколико значајних теза. Анализирајући атинско законодавство, чији је очито био добар познавалац, он је критиковао апсолутно одређене казне, које су суд стављале у потпуно пасиван положај. Ово је било правило са ретким изузецима, код оних дела за која казна није уопште била прописана, где је суд имао слободу да се определи између предлога оптужбе и одбране, што ће детаљно бити објашњено у излагању о историјском развоју. Платон је, узимајући за илустрацију телесне повреде, увидео постојање непрегледног низа варијација истог кривичног дела и немогућност (а тиме и неправичност) норми са фиксираним казнама да их апсорбују и обухвате, о чему сведочи следећи фрагмент: *„Безброј је доиста таквих случајева који се веома међусобно разликују, а немогуће је поверити судовима пресуду у свему, као и не поверити је у ничему. У сваком случају, нужно је поверити да пресуде једно: да ли се случај догодио или није. Не поверити опет шта треба да плати или трпи онај који је нешто сагрешио, већ законом одредити све појединости и незнатне и крупне заправо је немогуће ...“*<sup>1</sup> Из тих запажања је поникао предлог да судије одмеравају казну на основу закона, који треба да садрже само *„обрисе и главне*

---

<sup>1</sup> Платон: *Закони*, Загреб, 1957. године, стр. 278.

*црте казни“*, како се не би *„удаљили од правде“*. Занимљиво је да на примеру телесних повреда помиње и поједине релевантне критеријуме – тежину дела, околности под којима је извршено, особености активног и пасивног субјекта, као и мотиве учиниоца: *„Природно је да ће се код сваког случаја свако запитати: каква је то рана или ко је рањен или како или када? ... Једна врста грешака проистиче из срџбе или страха, друга опет из ужитка или пожуде, а трећа из тежње да се испуне наде и постигне истинито мњење из онога што је најбоље. Може се десити да такав прекршај почини неко из лудости или болести или превелике старости, као и због детињег схватања ...“*.<sup>2</sup> И на неким другим местима се наилази на зачетке идеје о индивидуализацији, додуше обележене духом онога времена, као у примеру да роб који украде смокве треба да добије онолико удараца колико је смокава украо. Исту идејну линију следи и предлог да новчану казну треба изрећи учиниоцу ако има више новца него што му је потребно за издржавање поседа, и то у границама тог „вишка“, али не и преко тога.<sup>3</sup>

Правилно реализовање читавог новог концепта Платон је условио и извесним процедуралним гарантијама. Да би успешно функционисао, неопходно је посветити пажњу формирању судова, те би судије требало пажљиво бирати: *„У оној пак држави у којој су судови уређени са свом могућом тачношћу, јер су они који имају судити ваљано васпитани и сасвим брижљиво испитани, доиста је исправно, добро и у реду таквима многе случајеве поверити да пресуде што треба да трпе или плате они којима се докаже кривица“*.<sup>4</sup> Иако се, посматрано из садашњег тренутка, основне поставке Платоновог учења не чине посебно интересантним, када се ставе у историјски контекст онога доба, оне могу понети, у најмању руку, епитет оригиналних.

Међу римским мислиоцима треба поменути Сенеку, знаменитог представника стоичке школе. Остало је забележено да је он сматрао да је праведна једино она казна која одговара тежини учињеног дела. Инсистирање на принципу

---

<sup>2</sup> Платон: *op. cit*, стр. 278.

<sup>3</sup> *Op. cit*, стр. 267.

<sup>4</sup> *Op. cit*, стр. 292.

сразмерности између дела и казне јасно проистиче из његове максиме – *Ne delictis supplicia sint graviora*.<sup>5</sup>

Одређени допринос развоју концепта дали су и хришћански мислиоци, представници тзв. патристичке философије. Полазећи од схватања да грех и злочин потичу од слободе воље, Тома Аквински је запазио да она није увек изражена у истом степену, при чему је могу ограничити деловање друштвених утицаја, навике (*habitus*) или велике пожуде (*appetitus sensitivus*).<sup>6</sup> То се рефлектује на степен моралне одговорности учиниоца и на казну, коју сматра природном последицом злочина. Поред тога, њему се приписује идеја да је за суђење сваком људском чину потребно водити рачуна о свим околностима под којима је настао, следећи језгровито изражену формулу: *quuis, quid, quibus, auxiliis seu instrumentis, cur, quomodo, quando, circa quod*.<sup>7</sup>

Многи мислиоци су се, критикујући средњовековни правосудни систем, дотицали питања индивидуализације. Позната је Гроцијусова поставка да је зло проистекло из недозвољеног понашања и извор и мера кажњавања,<sup>8</sup> што би требало да значи да се и чину извршења дела налазе и оправдање за примену казне, као и критеријуми за њено одмеравање. Посебно место у развоју идеје имају представници просветитељства. Монтескје је извргао руглу средњовековног судију, називајући га варварином и убицом у тоги, управо због суровости и потпуне арбитрерности у кажњавању; да би се то спречило ваљало би поставити правило да казна мора да одговара природи и тежини злочина, то је једини начин да се обезбеди сигурност грађана и остваривање њихових индивидуалних права.<sup>9</sup> И Волтер истиче значај сразмерности казне са тежином дела и карактеристикама учиниоца. Истовремено, он се залаже за легалитет и систем релативно одређених казни, који омогућава избор оне која највише одговара конкретном случају.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> Наведено према М. Чубински: *Криминална политика (појам, садржај и однос према науци кривичног права)*, Београд, 1937. године, стр. 43.

<sup>6</sup> Ж. Прадел: *Историјат кривичних доктрина*, Београд, 2008. године, стр. 15.

<sup>7</sup> Ј. Таховић: *Контрола влашћења оцене судије у утврђивању казни и мера безбедности*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 4, 1957. године, стр. 445.

<sup>8</sup> Ж. Прадел: *op. cit*, стр. 20.

<sup>9</sup> *Op. cit*, стр. 22.

<sup>10</sup> *Idem*.

Међутим, еволуција научног појма индивидуализације може се пратити тек од формирања школа кривичног права. Прва од њих, класична школа, има амбивалентан приступ овом проблему, што је најевидентније на примеру учења Бекарије и Бентама. Иако су поједине Бекаријине поставке уграђене у темеље савременог кривичног права и кривичноправне догматике, чињеница је да он није остварио неке значајније домете на тему тзв. судске индивидуализације. Заправо, он се бавио законодавним аспектом, тј. прописивањем казни. Бекарија је као огорчени противник арбитрерности сматрао да право да одређује казну припада искључиво законодавцу: *„Само закони могу одређивати казне за злочине ... зато судија не може ни под каквом изнимком ревности или општег добра произвољно злочинцу повисити казну која је законом установљена“*.<sup>11</sup> Хиперболисање законитости и фиксних казни, које се чине идеалом њеног остваривања, доводе до тога да се у идејном систему овог мислиоца рад суда своди на силогизам, чија је прва премиса опште законско правило са дефинисаним кривичним делом, друга премиса фактички опис понашања, на основу чега се извлачи један од два дисјунктивна закључка – ослобођење или осуда. Ако би се дозволило нешто даље од тога *„отворила би се широм врата несигурности“*.<sup>12</sup> Другим речима, Бекарија је у потпуности искључио тзв. судску индивидуализацију; мада је и сам уочио да строга примена казненог закона може бити неприкладна, он је истовремено проценио и да се штетне последице које из тога проистичу не могу мерити са оним из слободне судијске оцене. Без апсолутно одређених казни, које омогућавају да се унапред знају *„последнице злог дела“* нема личне сигурности, ради чијег остваривања су се грађани и удружили у друштво.<sup>13</sup>

Висина законских казни по Бекаријиној концепцији треба да зависи искључиво од тежине кривичног дела, тј. од штете која се њиме наноси друштву. У том смислу закони треба да садрже скалу престапа почевши од најтежих, који су усмерени на уништење друштва као целине, до најблажих, којима се наноси најмања могућа повреда његовом поједином члану. Ако прописане казне не прате

---

<sup>11</sup> Ч. Бекарија: *О злочинима и казнама (увод и превод А. Цвитанић)*, Сплит, 1984. године, стр. 72.

<sup>12</sup> Ч. Бекарија: *op. cit.*, стр. 74.

<sup>13</sup> Због тога је Бекарија спадао у противнике не само одмеравања казне од стране судова, него и било каквог модификовања или корекције казне у поступку њеног извршења. *Op. cit.*, стр. 131.

тежину дела Бекарија је упозоравао да закони неће имати никакво превентивно дејство. Све остале критеријуме он назива заблудама у одмеравању. Први на листи су субјективни фактори, од којих изричито помиње једино намеру. Они су потпуно ирелевантни, пошто су толико променљиви, да би сваки покушај одмеравања казне руковођен њима био апсурдан. Намера зависи од тренутног утиска и претходног расположења учиниоца, а и једно и друго је код различитих људи крајње различито, као што варира и код истог човека, па би њихово увођење у процес прописивања казни подразумевало „... не само саставити посебан законик за сваког грађанина, него би се морао и за сваки злочин доносити посебан закон“.<sup>14</sup> Истом кругу заблуда припада и пракса да се тежина дела мери достојанством повређеног лица (мисли се на друштвени положај, прим. аут.), а не последицама по опште добро, као појава да се тежина кривичних дела одређује према верским схватањима о тежини кореспондирајућег греха.<sup>15</sup>

За разлику од Бекарије, Бентам је закључио да систем апсолутно одређених казни води ка површној формалној, а не суштинској (материјалној) једнакости, што у друштвеној стварности продукује неправедна решења. Запажање да номинално иста казна не мора бити и реално иста навело га је да закључи да „... судијама треба да се дозволи извесна слобода, не само да би повећали казну, него и да би је смањили у случајевима када се претпоставља да је неко лице мање опасно или мање одговорно него неко друго“.<sup>16</sup> Бентам је, проширујући почетну тезу, навео и низ околности релевантних за одмеравање, попут тежине дела, при чему је посебно инсистирао на разликовању покушаја од довршеног дела, друштвеног ранга учиниоца, професије, финансијског стања, стања здравља, образовања, породичних веза, мотива, и слично. Применивши утилитаристичке поставке он је формулисао принцип кривичне аритметике, који треба да руководи и прописивање и одмеравање казни: „Сваки појединац се управља, чак и несвесно, према прорачуну доброг и лошег што се тиче казни и задовољства. Ако предвиди да ће казна бити последица једног акта који му одговара, та идеја делује са извесном снагом да га заведе. Али, ако му укупна цена казне изгледа већа од целокупног задовољства,

---

<sup>14</sup> Ч. Бекарија: *op. cit.*, стр. 78.

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> Идеја је изложена у делу „Теорија казни“. Наведено према Ж. Прадел: *op. cit.*, стр. 39.



мисао о одбијању биће одлучујућа ... Потребно је да зло које произлази из казне превазилази корист коју доноси деликт“.<sup>17</sup> Дакле, пошто је *homo delinquens* у својој суштини *homo economicus*, свака казна треба да буде одмерена тако да засени користи од учињеног дела.

Очигледно је да се Бентам прилично удаљио од Бекарије и осталих класичара, који су епигонски бранили догму фиксних казни и њену етичко-ретрибутивну функцију. Он је први логички повезао принцип једнакости пред законом и прилагођавање казне конкретном случају, као што је показао да прилагођавање треба да има не само објективну, него субјективну димензију, чиме је поставио њене научне темеље. Тек када се Бентамово учење узме у обзир, постаје јасно да тврдња неких домаћих аутора да принцип индивидуализације представља тековину позитивне и социолошке школе, не одговара правом стању ствари.<sup>18</sup>

Спорадично су и неки други аутори давали допринос развоју концепта индивидуализације. Иако у много чему следи свог учитеља Бекарију, Филангијери пласира идеју о новом начину одређивања новчане казне, која би требало да се састоји у делу имовине, а не у фиксним износима, како би се успоставила једнакост између учинилаца различитих материјалних могућности, док нешто касније Роси заговара тезу да се „*приписивање казни равна пропорционално према пакости учиниоца*“, услед запажања да се психичко стање учинилаца разликује у време извршења кривичног дела, због различитог стања здравља, навика или карактера.<sup>19</sup>

Поновно критичко преиспитивање формалне друштвене реакције, индуковано неефикасношћу кривичноправних система, која је била осведочена високом стопом криминалитета и забрињавајуће високом стопом поврата у XIX веку, довело је до редефинисања индивидуализације. Како је критика овога пута трасирана општим развојем хуманистичких наука, студиозном проучавању је, уместо кривичног дела које је сматрано правном апстракцијом, подвргнут његов

---

<sup>17</sup> Ж. Прадел: *op. cit.*, стр. 37.

<sup>18</sup> Видети, на пример, у Љ. Јовановић: *Кривично право, Општи део*, Ниш, 2000. године, стр. 444. Допринос класичара наводе, мада без образложења, једино А. Стајић: *Начела легалитета и индивидуализације казне у кривичном праву СФРЈ*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 4, 1952. године, стр. 445. и Б. Чејовић: *Историјски развој принципа индивидуализације кривичних санкција*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 2-3, 1971. године, стр. 301.

<sup>19</sup> Ж. Прадел: *op. cit.*, стр. 35. и 44.

учинилац. Настojeћи да надоместе основни пропуст класичара – занемаривање проучавања узрока криминалитета, због којег ни предложена реакција није могла бити научно утемељена и ефикасна, представници позитивне школе су прибегли брижљивој опсервацији света криминалаца. Тако су у њеном окриљу настале различите класификације делинквената, почевши од чувене Ломброзове, чија је хетерогеност сваки кривичноправни систем са само једном санкцијом (тј. казном) учинила потпуно неприхватљивим. Сваком типу делинквената, према природи и интензитету утврђеног стања опасности, треба да буде приписана и одговарајућа санкција (нека од превентивних, репресивних, елиминаторних мера или надокнада штете).<sup>20</sup> У том смислу је постављена аналогија између друштвене реакције и лечења – како сви болесници не примају исту терапију, пошто сви не болују од исте болести, тако ни сваки учинилац не треба да буде подвргнут истој санкцији. Друштво треба да се брани мерама изабраним и „дозираним“ према опасности учиниоца, а како се не може унапред са сигурношћу предвидети колико ће неко бити опасан, Фери је предлагао прописивање санкција у неодређеном трајању.<sup>21</sup>

Представници италијанске позитивне школе допринели су укорењивању идеје да се санкција изриче делинквенту (он производи кривично дело, дело не производи криминалца), те његова личност, начин живота и остала индивидуална својства морају бити стављени у први план, премашујући по свом значају сам криминални акт. Дело више није основни критеријум за избор, тако да Гарофало сматра да је класични принцип сразмерности између тежине кривичног дела и казне анахрон и превазиђен, и да га треба одбацити и заменити принципом неприлагођености кривца друштвеном животу.<sup>22</sup> Он има само лоше речи за традиционалне методе одмеравања, називајући олакшавајуће околности бесмисленим, јер у име накарадно схваћеног хуманизма воде изрицању недовољно дугих казни.<sup>23</sup> Иако су неким својим поставкама отишли у другу крајност у односу на поједине класичаре, посебно ломброзовском хипотезом о антрополошком детерминизму учиниоца, као и занемаривањем законских елемената кривичног

---

<sup>20</sup> Љ. Јовановић: *op. cit.*, стр. 89.

<sup>21</sup> З. Стојановић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 2003. године, стр. 79.

<sup>22</sup> Ж. Прадел: *op. cit.*, стр. 63.

<sup>23</sup> *Idem.*

дела, не може се спорити да су дали допринос развоју концепта индивидуализације, фокусирајући се на његову субјективну страну.

Социолошка школа је својим еклектицизмом допринела да се индивидуализација схвати у објективно-субјективном смислу. Полазећи од чињенице да конкретни облици истог дела могу бити веома различити по тежини и да се могу вршити под различитим социјалним условима од различитих категорија лица, чије су побуде и услови живота различити, њени представници су правилан приступ одређивању санкције видели у уважавању оба комплекса чињеница. При томе је за основу узета подела учинилаца на кривично одговорне и кривично неодговорне, која суд примарно усмерава ка казни или мери безбедности, док се даље прилагођавање врши у оквирима санкције изабране из дуалитета.<sup>24</sup> Тако Лист истиче да казна треба да буде еквивалентна тежини кривичног дела, као што мора одговорати и степену опасности учиниоца. Што је већа вероватноћа рецидивизма, то би казна требало да буде дужа, што значи да се одмеравање обликује према потреби друштва да се заштити од криминалитета.<sup>25</sup> Због тога се и залагао да тзв. непоправљиви кривци из навике (што би одговарало савременом појму професионалног делинквента, прим. аут.) буду осуђивани на дуготрајне временске казне. Кратке казне затвора су, са друге стране, проглашене неподесним за категорију акутних криваца, на које делују изразито негативно, те их треба мењати алтернативама (новчаном казном, условном осудом или неком другом мером).

На поменутих запажањима представници ове школе су засновали захтев да се приликом прописивања казни оставе довољно широки распони за несметано остваривање слободне судијске оцене. Такође, како су приметили да дело може имати изузетно лак или изузетно тежак вид, залагали су се за предвиђање законске могућности за излазак из прописаног оквира увођењем ублажавајућих и поштравајућих околности. Но, принцип индивидуализације не важи само за казне, него и за мере безбедности; да би елиминисале опасно стање, оне морају бити прилагођене природи аномалије из које оно настаје.

---

<sup>24</sup> Љ. Јовановић: *op. cit.*, стр. 91.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, стр. 93.

Утицај неокласичара на обogaћивање концепта индивидуализације постоји у неколико равни. Њени представници су, попут својих претходника, задржали дуалитет кривичних санкција, али су значајно изменили овај појам, ставивши под окриље мера безбедности и посебну групу мера намењену малолетницима, чије су одмеравање везали за степен њихове васпитне запуштености.<sup>26</sup> Значајан је и продор психијатријских сазнања да између урачунљивости и неурачунљивости, као крајности, постоји и низ прелазних стања, што не сме бити занемарено у процесу изналагања адекватне санкције. Казну сматрају главном санкцијом са ретрибутивно-превентивном функцијом, док сврху мера безбедности виде у неутрализацији опасног стања учиниоца.

Разрађивање концепта субјективне индивидуализације најдетаљније је изведено у оквиру школе нове друштвене одбране. Њен умерени правац је одбацио тзв. метафизичке концепције кривичног правосуђа – теолошку, засновану на идеји да учинилац треба да испашта, јер је делом нанео увреду божанству; политичку, која иде за тим да заштити јавни ред и мир, потврђујући власт суверена у чије име се врши; као и правну, где се дело посматра као повреда правне норме, а казна као механизам за успостављање владавине права. За разлику од тога, Ансел инсистира на постављању реалних циљева ресоцијализације и заштите друштва од криминалитета, због чега је неопходно реконцептуализовати појам дела и учиниоца, те се у овој доктрини злочин посматра искључиво као људски чин, једна од манифестација човекове личности.<sup>27</sup> Учиниоца више није невидљив и апстрактан ентитет из дела класика нити Ломброзов рођени злочинац, већ јединствена индивидуа чији се поступци могу објаснити једино ако се приступи њеном свеобухватном и исцрпном испитивању, како би се дошло до адекватне санкције и истинске ресоцијализације, као њеног исхода.<sup>28</sup> Судија треба да познаје учиниоца кривичног дела, али то није више обично упознавање какво је постојало раније, засновано на спољним околностима дела и судској прошлости окривљеног, већ је реч о његовој „... биолошкој конституцији, његовим психолошким реакцијама, његовој социјалној ситуацији, због чега се у поступку друштвене

---

<sup>26</sup> Љ. Јовановић: *op. cit.*, стр. 96.

<sup>27</sup> М. Ансел: *Нова друштвена одбрана*, Београд, 1963. године, стр. 38. и надаље.

<sup>28</sup> М. Ансел: *op. cit.*, стр. 57.

одбране појављује потреба научног испитивања учиниоца“.<sup>29</sup> Проучавањем личности нова друштвена одбрана се везује за позитивизам, али је ослобођена ломбровског биологизма, пошто тежи обухватању човека у тоталитету, као биопсихолошке јединке посматране у друштвеној средини са свим утицајима и евентуалним деформацијама које ту прима. Индивидуализација треба да се руководи само ефикасношћу санкције у односу на појединца на којег се примењује, а то значи да у неким случајевима судија мора да има могућност да користи репресивну санкцију, у другим куративну, васпитну или неутрализирајућу меру, због биолошких, психичких, медицинских или социјалних разлика међу учиниоцима.<sup>30</sup>

Ансел је и сам приметио да подробно испитивање личности учиниоца ствара читав низ тешкоћа, почевши од селекције учинилаца који ће бити подвргнути проучавању, до одговора на питање када ће се спроводити то проучавање и којим средствима.<sup>31</sup> На питање које категорије треба подвргнути посматрању, он ипак није дао конкретан одговор, али је искључио његову примену унапред и превентивно, јер се друштвена одбрана залаже за поштовање личних права и принципа законитости. Укључивање научног испитивања у кривични поступак изискује измену многих традиционалних правила; прво, судство би морало бити специјализовано, а у таквом систему порота, као показатељ суверености народа, нема баш никакво место. Друго, требало би реструктурирати кривични поступак, јер би по логици овог учења морао да обухвати две фазе, где би се судија у првом делу више бавио чињеницама, њиховом правном квалификацијом и испитивањем кривице, док би у другом делу био посвећен трагању за кривичном санкцијом, која би одговарала индивидуалним приликама учиниоца (слично као у англосаксонском праву, где постоје фазе *conviction* и *sentence*).<sup>32</sup> Међутим, из овога не би требало извести закључак да се индивидуализација врши искључиво у другој фази. Она је овде свакако најинтензивнија, али би, по Анселовом мишљењу, требало да буде присутна у току читавог поступка, схваћеног у ширем смислу од

---

<sup>29</sup> М. Ансел: *op. cit*, стр. 59.

<sup>30</sup> *Op. cit*, стр. 68.

<sup>31</sup> *Op. cit*, стр. 60.

<sup>32</sup> *Idem*.

тренутка предузимања гођења до извршења последње мере према учиниоцу кривичног дела. Другим речима, комплексност постављеног задатка изналажења адекватне реакције диктира и то да се читаво поступање према учиниоцу посматра као органска целина, у којој су истрага, суђење и извршење присно повезани, те их не би требало механички раздвајати.<sup>33</sup>

## **2. Критички осврт на појам индивидуализације и његов однос са појмом одмеравања казне**

Претходно излагање је показало да су се теоријски ставови о индивидуализацији мењали у току еволуције науке кривичног права, а оно што је у највећој мери утицало на њихово уобличавање јесте варирање схватања о томе шта је сврха кривичних санкција. При томе се тежиште концепта мењало од кривичног дела као објективног критеријума, преко учиниоца као субјективног, до балансирања између крајности и предлога да се уважавају и кривично дело и учинилац, да се посматрају као органска и недељива целина. И у савременој науци кривичног права се и даље говори о појму индивидуализације. Он се у нашој теорији схвата на различите начине. Поједини теоретичари су веома екстензивни у приступу, сматрајући је прилагођавањем кривичне санкције посебним карактеристикама кривичног дела и учиниоца, како би се у што потпунијој мери остварила њена сврха, и то у поступку прописивања, одмеравања и извршења кривичних санкција.<sup>34</sup> Развијајући дефиницију овако оријентисани аутори сматрају да се она, у зависности од фазе у којој се одвија, дели на законску, судску и извршну (или административну). Неки су чак, иако се то не види из дефиниције коју су дали, извукли још један облик тзв. постпеналну индивидуализацију.<sup>35</sup> Овде се истиче да се друштвена реакција не завршава извршењем изречене санкције,

---

<sup>33</sup> М. Ансел: *op. cit.*, стр. 61.

<sup>34</sup> Б. Чејовић: *op. cit.*, стр. 297, М. Радовановић: *Кривично право СФРЈ*, Београд, 1972. године, стр. 234, Љ. Јовановић: *op. cit.*, стр. 447. и др. О индивидуализацији се говори и у новијој литератури у земљама окружења, видети В. Камбовски: *Казнено право, Опит дел*, Скопје, 2006. године, стр. 699. и Љ. Selinšek: *Kazensko pravo, splošni del in osnove posebnega dela*, Ljubljana, 2007. године, стр. 246.

<sup>35</sup> М. Радовановић: *op. cit.*, стр. 236.

тако да се процес прилагођавања наставља и заокружује по отпуштању осуђеника. У том смислу и службе за постпеналну помоћ своје деловање уподобљавају различитим потребама отпуштених, попут породичних, стамбених, здравствених, економских и слично. Истој групи припадају и они по којима се индивидуализација дели на апстрактну, мислећи под тиме на законску, и конкретну, која се користи као јединствени термин за судску и административну.<sup>36</sup> Нешто је уже одређење да се ради о укупном процесу од избора врсте санкције, преко одређивања њене висине, до усклађивања у поступку извршења.<sup>37</sup> Савремени системи кривичног права нуде мање-више разгранат систем санкција, те је примарни задатак суда да се определи за једну од више апстрактно могућих варијанти (казну, условну осуду, судску опомену, меру безбедности, евентуално васпитну меру и слично), да би се у следећем кругу бавио конкретнијим подешавањима, тражећи њихову адекватну меру. У фази извршења индивидуализација је најевидентнија на примеру казне затвора и подразумева класификацију осуђеника и избор одговарајућег третмана. Али, иако заступници тезе то не помињу, она би се могла односити и на различите механизме за модификацију казне у поступку извршења, попут условног отпуста. Истовремено, код већине је уобичајно и да се индивидуализација посматра и у ужем смислу, као руководни принцип одмеравања казне, који се пре свега огледа у упознавању личности учиниоца кривичног дела.<sup>38</sup>

Очито је да најшире поимање није исправно. Законска или апстрактна индивидуализација, како је неки називају, представља *contradictio in adjecto*. Прописивање казне у посебном делу (и других санкција у општем делу) је веома далеко од било какве индивидуализације, полазећи од чисто језичког значења те речи. У питању је процес високог степена апстрактности, који треба да резултира казним распонем са довољним капацитетом да апсорбује непрегледан низ варијација у суштини истог понашања, да о некој конкретизацији уопште не може бити говора. Прихватљивије је индивидуализацију третирати у смислу заједничког назива за избор врсте и висине кривичне санкције и прилагођавање у поступку

---

<sup>36</sup> А. Ристић: *О индивидуализацији казне*, Правни живот, бр. 1-2, 1959. године, стр. 44.

<sup>37</sup> Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић: *Кривично право Југославије*, Београд, 1994. године, стр. 308, Д. Јовашевић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 2010. године, стр. 229.

<sup>38</sup> Код појединих аутора ово је једино значење индивидуализације, видети З. Кандић-Поповић: *Основи кривичног права, Општи и посебни део*, Београд, 1986. године, стр. 106.

извршења. Тако посматрана, она обухвата читаво одмеравање, без обзира да ли се одвија у законским оквирима за конкретно дело (редовно одмеравање) или ван њих (ванредно одмеравање), избор било које друге кривичне санкције, као и сва прилагођавања у поступку извршења. Дефинисање индивидуализације као принципа који руководи одмеравање казне требало би најпре ишчистити од превазиђених концепата упознавања личности и ресоцијализације, који су одавно напуштени, јер дају енормно велика овлашћења и стварају значајну опасност од злоупотреба.<sup>39</sup> Ако се принцип редефинише и сведе на неспоран остатак, дакле, на прилагођавање казне конкретном кривичном делу и учиниоцу, не би ли се остварила сврха кажњавања, проблем опет не би био адекватно решен. Једноставно, изгубила би се свака граница између индивидуализације и одмеравања казне, те се оправдано може поставити питање чему би, у једном кохерентном и логично устројеном систему, какав је (или би требало да буде) систем кривичног права, служила два појма исте садржине.<sup>40</sup> У том смислу, индивидуализација је потпуно сувишна. Сви наведени разлози говоре у прилог одбацивања већинског схватања појма индивидуализације и прихватања мањинског става, који у нашој теорији, како се може закључити из претходног излагања, заступа једино Стојановић.

### **3. Концепција система редовног одмеравања казне – основне претпоставке, руководни принципи и инструменти**

#### **3.1. Казнени оквир као претпоставка и смерница редовног одмеравања**

Природа редовног одмеравања казне, као одмеравања које се креће у оквиру казне прописане за одређено кривично дело,<sup>41</sup> подразумева постојање казне која се може квантификовати, разлагати на мање или веће делове. Отуда се овај облик одмеравања могао појавити само са усвајањем система релативно одређених казни,

<sup>39</sup> З. Стојановић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 2012. године, стр. 271.

<sup>40</sup> З. Стојановић: *op. cit.*, стр. 271.

<sup>41</sup> *Idem.*



о чему ће детаљније бити речи у оквиру историјског развоја. Док монолитна, апсолутно одређена казна неспутано кореспондира са ублажавањем или поштравањем, под претпоставком да казнени систем садржи другу казну која је од ње по врсти блажа или строжа, као и са ослобођењем од казне које функционише независно од структуре казног система, она уопште није спојива са редовним одмеравањем. Штавише, могло би се рећи и да је и само коришћење уобичајног генусног термина „одмеравање“ у контексту апсолутно одређених казни контрадикторно и неадекватно, јер суд никако не може да одреди меру овакве казне, како је она унапред дата, фиксирана вољом законодавца. Другим речима, одмеравање не погађа суштину операције коју суд у оваквом случају примењује, а то је, заправо, проглашење или изрицање законске казне. Функција суда се овде исцрпљује установљавањем да је дело учињено, правном квалификацијом, утврђивањем учиниоца и његове кривице, а сама казна и по врсти и по мери аутоматски резултира из ових констатација. Систем релативно одређених казни је правило у савременом праву, мада и даље постоје казне које нису подложне унутрашњем градирању. Ако се остави по страни смртна казна, која је због забране нехуманих и нечовечних казни престала да буде део казног инструментаријума многих земаља, остаје доживотни затвор као типичан и прилично распрострањен пример казне неподложне редовном одмеравању. Он није једини, овој групи се могу прикључити и све казне које се састоје у некаквој трајној забрани, рецимо, забрани обављања одређене професионалне или друштвене делатности, забрани држања и ношења оружја. Исто је и са казнама у виду укидања (обично различитих дозвола и лиценци), у виду потпуне конфискације, заплене или одузимања. У том смислу, почетно питање у процени могућности избора мере казне у савременом праву није питање да ли је прихваћен систем релативно одређених казни, јер је он правило увек када га је могуће применити (за казну затвора, новчану казну и многе друге), већ питање заступљености оних казни које се не могу одмеравати редовним путем, јер се њихова природа томе опире. Очигледно је да се капацитети за редовно одмеравање смањују, ако је законодавац конципирао систем на великом броју казни неподложних степеновању. Наше кривично право је веома далеко од ове

опасности; у не тако богатом и разгранатом систему све предвиђене казне су мерљиве, а једини изузетак представља новоуведено укидање правног лица.

Из почетне констатације да систем релативно одређених казни представља нужну претпоставку редовног одмеравања искрсава ново питање – да ли се начином на који је остварен шаље некаква имплицитна порука суду, која може да усмери његов рад. Познато је да овај систем одређивања казни има више модалитета, тако да казнени оквири могу бити затворени, отворени и полуотворени. Затворени има фиксирану и доњу и горњу границу, тј. и посебан минимум и посебан максимум. Супротно томе, отворени нема „сопствене“, већ позајмљене лимите, тако да се за вредност посебног минимума узима општи минимум, односно, за вредност посебног максимума општи максимум за врсту казне. Полуотворени су нека врста средњег решења; ако имају само посебан минимум, ради се о оквиру отвореном нагоре, а ако имају посебан максимум, ради се о оквиру отвореном надоле. Очито је да „маневарски простор“ суда није свуда исти и да зависи од типа казног оквира. Није тешко закључити да је суд најмање спутан када казну одмерава у отвореном оквиру, јер се тада заправо креће у пољу између општег минимума и максимума. Сасвим је друга ствар да ли је толика слобода добра. Општи минимум и максимум одређују радијус кретања за врсту казне и он логично мора бити довољно простран, да би могао да апсорбује низ вредности дате казне, које одговарају кривичним делима различитих тежина. Таква флексибилност је прихватљива и пожељна на општем нивоу, пошто мора да обухвати варијабилност читаве врсте казне, која може бити реакција на хетерогена дела, али зато уопште не приличи некој конкретной инкриминацији. Чак би се могло рећи да је отворени оквир на специфичан начин у натегнутом односу са начелом законитости. Само један корак дели (прешироки) општи оквир од потпуно неодређене казне, као негације принципа легалитета. Овакав оквир суду не говори ништа, а требало би да буде индикатор веома значајне ствари – тежине кривичног дела. Када се посебан распон поистовети са општим губи се свака, па и оријентациона представа о томе. Све то говори у прилог избегавања отворених оквира. Иза привида највећег капацитета за прилагођавање крије се веома крупан проблем отежаног идентификовања тежине кривичног дела, која уобичајно

представља полазиште и даје превалентну ноту редовном одмеравању. Уосталом, треба се сетити примера новчане казне и негативних последица чињенице да је све до доношења важећег Кривичног законика у посебном делу била одређена само по врсти.

Затворени оквири су, за поједине наше теоретичаре, фактор који значајно омета прилагођавање казне.<sup>42</sup> Међутим, овако децидиран и искључив став не треба аутоматски прихватити, јер вредновање затвореног оквира не може бити ваљано ако се задржава само на врсти, без сагледавања размака између посебног минимума и максимума. Није исправно *a priori* „отписати“ затворени оквир, коначни суд зависи од његове ширине. Сувише узак оквир какав је, историјски посматрано, био присутан у првим буржоаским законцима, када је још увек било живо неповерење према судовима због арбитражног поступања у периоду феудализма, данас углавном није нека распрострањена појава, пре би се могло рећи да представља изузетак него правило. Један од ретких супротних примера постоји у САД, чије нумеричко упутство за одмеравање казне (*Sentencing Guidelines Manual*) поставља распон затворске казне на само шест месеци, што ће детаљније бити објашњено у излагању о компаративном праву. Несумњиво је да у овако ограђеном простору капацитети за прилагођавање драстично опадају. Они могу бити показатељ да је законодавац у процесу криминализације прешао у казуистичност. Лоша је и друга могућност, ако је изабрао флексибилне формулације кривичних дела, које је потом „оковао“ нефлексибилним казнама.

Критика друге крајности, тј. претерано растегнутих затворених оквира, је у принципу слична као и критика отворених. Доња и горња граница казне треба да представљају показатељ тежине кривичног дела. Уопштено речено, посебан максимум подразумева најтежи могући случај конкретног дела, при чему још увек нема оправдања за поштравање казне (уколико у правном систему постоји оваква могућност), док је минимум резервисан за најлакши могући случај, при чему квалитет и квантитет олакшавајућих околности још увек не оправдавају ублажавање. Али, ако су за исто дело дате сувише широке могућности, тако да суд

---

<sup>42</sup> А. Стајић: *Правни и стварни основи одмеравања казне*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1959. године, стр. 38.

има пред собом могућност изрицања и врло благе и врло строге казне, јасно је да оријентација по питању тежине једноставно ишчезава. Постоје мишљења да оваква ситуација најчешће настаје код сложених дела, када законодавац настоји да у једној инкриминацији споји више кривичних дела, која се у пракси заједно појављују или за које се претпоставља да се могу заједно јављати, уз процену да би јединствена казна за стицај била неадекватна, а опасност је тим израженија ако се не изврши диференцирање сложеног дела на основни и квалификоване облике.<sup>43</sup> Из појаве да растегнути оквир, по природи ствари, не може да одигра улогу смернице у редовном одмеравању казне, логично проистичу и друге негативне последице, попут нарушавања принципа законитости и неуједначености казнене политике.<sup>44</sup> Широки распон није у стању да одговори на многе цивилизацијске захтеве, он не гарантује ни сразмерност, ни једнакост, ни правну сигурност. Излаз се види у стварању таквог система у којем би се казне још више изнијансирале у процесу прописивања, издвајањем привилегованих и квалификованих облика дела.<sup>45</sup> То би, несумњиво више помогло судији него предвиђање монолитних кривичних дела са веома широким казним оквирима.

Последња могућност јесу полуотворени оквири. Није неосновано запитати се да ли се фиксирањем само једне стране истовремено „даје зелено светло“ суду да се неспутано креће у супротном смеру. Да ли се фиксирањем минимума суду поручује да несметано увећава казну, односно, да је несметано смањује, уколико је одређен само посебан максимум? Подразумева се да је неспутаност о којој се овде говори само привидна, како се недостајећа посебна граница надомешта одговарајућом општом границом за дату врсту казне. Неки сматрају да је то могуће и да ће, на пример, посебни минимуми казне, нарочито ако су релативно високи, резултирати одмеравањем неоправдано строгих казни, и то чак и у случају када постоји могућност ублажавања.<sup>46</sup> А шта се дешава ако је висок посебни максимум? Уместо теоријског развијања полазне хипотезе, као одговор се могу искористити емпиријска истраживања из области економске анализе права. Бројни истраживачи

---

<sup>43</sup> Н. Срзентић: *Принципи кривичног законодавства – основа за одређивање кривичне репресије*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, бр. XXXVI, 1988. године, стр. 279.

<sup>44</sup> З. Стојановић: *Политика сузбијања криминалитета*, Нови Сад, 1991. године, стр. 75.

<sup>45</sup> З. Стојановић: *op. cit.*, стр. 75.

<sup>46</sup> А. Стајић: *op. cit.*, стр. 39.

су на математичким моделима показали да постоји повезаност између висине казне и вероватноће њеног изрицања. Још је Becker, средином прошлог века, утврдио да се она се састоји у обрнутој пропорцији, тако да увећавање казне умањује вероватноћу да ће бити изречена.<sup>47</sup> Разлози за то леже у страху од грешке типа „кажњено невино лице“, који је неупоредиво јачи од страха да ће настати грешка у виду „некажњен или недовољно кажњен кривац“. И новији радови на ову тему су потврдили да високе казне умањују одлучност, дестимулишу и демотивишу суд да их изабере и то независно од чињенице да ли у конкретном случају пресуђује судија појединац или судско веће.<sup>48</sup>

Може се поставити и питање шта препоручити законодавцу, који од два полуотворена оквира. Чини се да има више оправдања да се превага да фиксирању посебног максимума. То је правилније са становишта легалитета и правне сигурности, даје бољу слику о тзв. ординалној пропорционалности. Логично је да ће кривична дела боље бити хијерархијски организована према тежини, уколико је дата горња граница казне. Када се све сумира испада да позиција суда у процесу редовног одмеравања више зависи од ширине казног оквира, него од његове врсте. Једино је отворени оквир, из поменутих разлога споран, остали су прихватљиви уз резерву да не смеју бити прешироки.

### 3.2. Сврха кажњавања као руководни принцип редовног одмеравања казне

Разматрања о циљевима кажњавања су у домаћој теорији углавном писана у духу правне философије, без неких практичних момената. Ово посебно важи за уџбеничку литературу, у којој се типски појављују кратке рекапитулације различитих теорија, на основу којих се стиче тек нека блага представа о садржини учења. Обично не постоје назнаке о томе како их „операционализовати“, што помало збуњује, јер би конкретизовање било корисно за системе попут нашег, који

---

<sup>47</sup> G. Becker: *Crime and Punishment: An Economic Approach*, Journal of Political Economy, vol. 76, iss. 2, 1968. године, стр. 169.

<sup>48</sup> J. Andreoni: *Reasonable Doubt and the Optimal Magnitude of Fines, Should the Penalty Fit the Crime*, RAND Journal of Economics, vol. 22, no. 3, 1991. године, стр. 385. и E. Fees, A. Wohlschlegel: *Why Higher Punishment May Reduce Deterrence?*, Economic Letters, vol. 104, 2009. године, стр. 69.

сврху кажњавања прокламују и проглашавају руководним принципом одмеравања. Следеће излагање представља покушај да се криминално-политичка платформа, изражена кроз циљеве кажњавања, повеже са релевантним околностима као инструментима редовног одмеравања. Оно је засновано на претпоставци постојања јединствености и кохерентности система одмеравања, и на претпоставци да прихватање сваког циља „избацује“ и ставља у први план тачно одређене околности, о којима би судија требало да води рачуна. Другим речима, сврха кажњавања се посматра као општи став из којег се дедуктивном разрадом долази до конкретних критеријума за избор врсте и висине казне.

### 3.2.1. Апсолутне, релативне, новије теорије о циљевима кажњавања и критеријуми за њихову примену

Прва теоријска могућност представља прихватање апсолутних теорија. Како се оне јављају у различитим варијантама, за основу излагања су узета учења Канта и Хегела о моралној односно законској правди, која се сматрају класичном формулом ретрибутивизма. Идејну осовину читавог овог приступа чини теза да је функција казне у томе да врати зло нането кривичним делом. У том смислу се, тежина престапа појављује као једини критеријум, што се јасно види из следећег извода: *„Која је то врста, који је то ступањ кажњавања, који јавна правда узима за свој принцип и мерило? Никакав други до принцип једнакости ... Према томе, какво год незаслужено зло да наносиш неком сународнику, чиниш то самом себи ... али, да се разумемо, само право одмазде коју је одредио суд, а не одмазде према твом приватном пресуђивању, може тачно да одреди квалитет и квантитет казне. Свако друго је колебљиво и због тога што поред престапа узима и друге моменте, не може да се држи оног што је примерено пресуди чисте и строге правде“*.<sup>49</sup> Кант је надаље нагласио да инсистирање на сразмерности не подразумева да се преступнику учини буквално исто што је он учинио жртви (што

---

<sup>49</sup> Коришћени изводи из Кантове „Метафизике морала“ дати у И. Приморац: *Преступ и казна – расправе о моралности казне*, Београд, 1978. године, стр. 19.

се дешава код симболичког талиона), битно је само да га казна по свом учинку погађа исто онолико колико је дело погодило жртву. Било који други ефекти казне, посебно они који би се испољили *pro futuro* за њега су неприхватљиви. Исто као што се и награда добија за нешто учињено у прошлости, а не за нешто што би тек требало учинити, тако се и казна (посматрана као негативни корелат награде) мора односити само на прошле радње, без икаквог размишљања о будућности. Када би се прихватило супротно, тј. да се она тако одмерава да би се нешто исправило или унапредило код самог злочинца или да би се постигла нека корист за друштво, настале би две веома негативне последице – инструментализовање човека, јер би се са њиме поступало као са пуким средством у функцији остваривања неког циља, и произвољност у кажњавању, пошто се не може са сигурношћу говорити о наступању будућих догађаја.<sup>50</sup>

Исти закључак проистиче и из Хегеловог учења, мада лежи на другим аргументима. Казна и преступ су само делови једне дијалектичке целине – преступ је одређен у закону као негација права, док би казна требало да буде у функцији негације престапа.<sup>51</sup> Да би казна могла да обави своју функцију неутрализовања и поништавања кривичног дела, поновног успостављања правног поретка, она нужно мора по врсти и висини одговарати ономе што је учињено, те је опет потрага за казном сразмерном тежини дела једини логички исправан пут одмеравања. Одређивање непропорционалне казне у оваквом идејном систему не може бити ништа друго до даље нарушавање правног поретка, независно од тога да ли је она мања или већа од пропорционалне. Дакле, када је почињен преступ нема никакве потребе посезати за нечим ван самог дела, за неким добрим последицама које би кажњавање могло имати, да би се позивањем на њих прибавило морално оправдање за примену казне и изнашли конкретни критеријуми одмеравања, сам чин престапа је за све то довољан. Слично Канту, и Хегел закључује да је натерати учиниоца да ради нешто за опште добро или радити на томе да се он поправи и преваспита „најгрђа тиранија“.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> И. Приморац: *op. cit.*, стр. 15. и 16.

<sup>51</sup> Коришћени изводи из различитих Хегелових дела из И. Приморац: *op. cit.*, стр. 37. и надаље.

<sup>52</sup> *Op. cit.*, стр. 42.

Друга теоријска могућност је усвајање релативних теорија, инспирисаних утилитаристичком улогом казне, која се манифестује у виду заштите друштва од криминалитета. Сада се кажњава не зато што се грешило, него да се не би више грешило. Ово је битно другачије од претходног становишта, те би се језгровито могло констатовати да разлика између апсолутних и релативних теорије лежи у томе што прве кажњавају искључиво „због“, док друге кажњавају „ради“. Посао судије је у контексту апсолутних теорија једноставнији, како он треба да одреагује казном на нешто већ испољено, за шта се зна како изгледа, тј. на конкретно кривично дело. Код релативних теорија то уопште није тако, овде се више барата са предикцијама и пробабилизмом, јер треба „дозирати“ казну како би се предупредило будуће вршење кривичних дела, имајући у виду конкретног учиниоца (специјална превенција) или чак друштвену заједницу као целину (генерална превенција), што је много теже и несигурније. Судија обичајно нема неке повратне информације о учинку казни које је изрекао, те му је и тиме отежано да изгради нека своја интерна правила, тако да није у могућности да се ослања на закључке засноване на својој претходној пракси. Он не зна колико је била делотворна казна према осуђеном, а још мање може да зна да ли је баш његова казна утицала на друштво у очекиваном позитивном смеру.

Сама специјална превенција представља конгломерат више учења, издвојених по томе шта се сматра средством за њено остваривање.<sup>53</sup> По теорији застрашења се као метод превенције појављује изазивање страха од будуће казне. Јасно је да тежина дела овде не може бити пресудна, основној идеји је примереније одступање од пропорционалности и додавање примесе незаслуженог, за наук учиниоцу. Полазећи од овог правно-философског контекста за процес одмеравања постаје битна и процена вероватноће да ће дело бити поновљено, тако да се као кључни параметри појављују поврат, криминалне навике и склоности учиниоца, као и било која друга околност која говори у прилог томе да учињено дело вероватно неће бити изоловани инцидент.<sup>54</sup> Сваки кривичноправни систем који би

---

<sup>53</sup> Као основа за разматрање теорија специјалне превенције коришћен преглед из З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 252, Д. Јовашевић: *op. cit.*, стр. 211, Љ. Јовановић: *op. cit.*, стр. 413. и С. Константиновић-Вилић, М. Костић: *Пенологија*, Ниш, 2006. године, стр. 59.

<sup>54</sup> А. Ashworth: *Sentencing and Criminal Justice*, London, 1992. године, стр. 59.



за главни циљ кажњавања поставио индивидуално застрашивање, водио би појачавању осуде за истрајне учиниоце, засновану на резону градирања, типа – ако некустодијалне казне нису успеле да застраше, треба прибећи затварању; ако није била ефикасна једна година, треба покушати са две и тако надаље. Можда не треба наглашавати да у савременим системима постоје трагови овог приступа, али и то да је тешко очекивати да ће индивидуално застрашивање бити изабрано за једини или примарни циљ кажњавања.

Теорије поправљања, старатељства, ресоцијализације (у страниј литератури се срећу и под називима теорије реформације или рехабилитације) иако се у нијансама разликују, полазе од претпоставке да учиниоци кривичних дела нису изградили или у довољној мери развили оне особине, које би их одвратиле од вршења кривичних дела. Успешно спречавање поврата тако зависи од стимулисања позитивних карактеристика учиниоца, које би му омогућиле да се суздржи од криминала, са једне, и сузбијања негативних, које су га и одвеле у недозвољено понашање и погодују његовом понављању, са друге стране. Приступ је заснован на позитивистичкој криминологији и њеним сазнањима да неприлагођеност, недовољна социјализованост и различити друштвени фактори представљају узроке криминалитета, тако да је превенцију могуће остварити само ако се помогне учиниоцу да их превазиђе. У том смислу, централно место у процесу одмеравања заузимају захтеви преваспитног третмана.<sup>55</sup> На шта би требало да буде усмерен и колико би требало да траје судија не може да сам да одреди, потребна му је права социолошко-психолошка експертиза, дакле, помоћ стручњака хетерогених специјалности. Тежина дела је овде потпуно маргинална ствар, те се може десити да се и за лако дело одмери дужа казна, ако су криминогени фактори дубоко укорењени и не могу бити брзо и лако бити неутралисани, а могуће је и обрнуто. И све то „под фирмом“ добробити за самог учиниоца. Не улазећи дубље у критику, јасно је да се ради о једностраној поставци са веома тешким последицама, о чему сведоче англосаксонска искуства са тзв. неодређеним осудама, уведеним под њеним утицајем. Правило да се дужина казне одређује у поступку извршења према постигнутом успеху у преваспитању довело до таласа негодовања, због

---

<sup>55</sup> А. Ashworth: *op. cit.*, стр. 63.

регистрованих злоупотреба и неуједначености казнене политике.<sup>56</sup> Укратко, фокусирањем на учиниоца и његове проблеме и занемаривањем тежине појавили су се сви они парадокси на које су раније упозоравали ретрибутивисти.

Онемогућавање учиниоца да врши кривична дела се углавном не налази у домаћој литератури, сем код Стојановића који узгред помиње елиминацију и неутрализацију.<sup>57</sup> Ради се о стратегији која подразумева да се преступник учини неспособним да врши кривична дела у одређеном периоду. Када се оставе по страни смртна и телесне казне, као историјски примери који у потпуности задовољавају постављене захтеве, испада да овај циљ највише утиче на одмеравање казне затвора и свих казни које се састоје у некој забрани. Поставка форсира пролонгирање њиховог трајања, јер се претпоставља да је друштво заштићено све док се учинилац налази „под контролом“, на издржавању затворске казне или под забраном да практикује неко право, раније злоупотребљено ради вршења кривичног дела. Компаративноправно посматрано, онемогућавање је често маскирано под формулацијом заштите друштва, која може бити постављена и као главни циљ кажњавања.<sup>58</sup> Постоје и законодавства у којима се овај циљ не генерализује, него се његова примена сужава и везује само за поједине категорије учинилаца, попут професионалних, упорних или опасних делинквената. Тако су и настали посебни модели за процену опасности учиниоца или за процену ризика од рецидивирања, овде најзначајнијег параметра одмеравања.<sup>59</sup> Они су проистекли из статистичке обраде случајева поврата, са циљем да се пронађу најчесталије сличности и установи да ли постоји корелација између њих и појаве поврата. Ако се идентификоване индиције поврата пронађу у конкретном случају, то суду даје за право да увећа казну; што је више показатеља заступљено, то је строжи третман оправданији и обрнуто. Иако делује математички прецизно, у пракси се показало да статистички модели дају нетачне прогнозе у оба правца, чак и када су засновани на обимним узорцима. Ashworth наводи емпиријска истраживања са поражавајућим резултатима – појавом да се „високо ризични“ надаље потпуно неделинквентно

---

<sup>56</sup> А. Ashworth: *op. cit*, стр. 63.

<sup>57</sup> З. Стојановић: *op. cit*, стр. 252.

<sup>58</sup> А. Ashworth: *op. cit*, стр. 64.

<sup>59</sup> *Op. cit*, стр. 65.

понашају, односно, појавом рецидивизма код учинилаца оцењених „мање ризичним“.<sup>60</sup> Иначе, ови модели ће детаљно бити анализирани у излагању о компаративном праву и примени информационих технологија у процесу одмеравања казне.

Генерална превенција налаже да казна буде тако „дозирана“ да грађане, или бар већину (пошто је потпуно нереално очекивати апсолутну, тј. буквално општу превенцију), одврати од вршења кривичног дела. Како се методологија остваривања овако постављеног циља може састојати у застрашивању или у развијању оних вредности које представљају брану недозвољеном понашању, тако да се у теорији она и дели на негативну и позитивну.<sup>61</sup> Застрашивање би лако могло да оправда занемаривање тежине кривичног дела и изрицање диспропорционалних казни. Укратко, да би била упечатљивији пример другима казна би требало да садржи нешто више од заслуженог. Сигурно је да се овде јавља скептицизам према моралној вредности поставке, која „гази“ индивидуална права појединаца и омогућава да се они посматрају као инструменти у прорачуну укупне друштвене корисности. Поред тога, данас постоје и озбиљни емпиријски докази његове неефикасности.<sup>62</sup> Ashworth наводи примере независних емпиријских истраживања, посебно описујући оно које су спровели Riley и Harding. Они су показали да казна може имати извесно опште застрашујуће дејство на потенцијалне учиниоце који планирају кривична дела, али да нема утицаја на оне који ће дело учинити импулсивно, на основу краткорочног и хедонистички усмереног размишљања или према тзв. вечитим оптимистима. Укратко, нереално је очекивати да се учиниоци дела насталих у афекту или искористићавањем неке изненадне и непланиране околности, понашају потпуно рационално, јер они то иначе не чине. Бекеровским језиком речено, они се не понашају економски, не мере „трошак“ и „добит“, што је нужна претпоставка делотворности застрашивања. Storey је анализирао неке медијски добро пропраћене случајеве, који су резултирали доношењем пресуда за пример другима услед притиска јавности, на основу чега је донео закључак да оне нису водиле смањењу броја дела. Чак и да је регистрован пад стопе, он наглашава

---

<sup>60</sup> A. Ashworth: *op. cit.*, стр. 65.

<sup>61</sup> Термини потичу из немачке теорије. З. Стојановић: *op. cit.*, стр. 253.

<sup>62</sup> A. Ashworth: *op. cit.*, стр. 60.

да би било тешко са стопроцентном сигурношћу тврдити да је то искључива заслуга предимензиониране казне. Приговори застрашивању се, дакле, увек враћају на Кантову опаску да човек не сме бити оруђе за постизање неке сврхе.

Трећу теоријску могућност чини прихватање релативно новијих приступа кажњавању, тзв. *just desert* теорије и теорије ресторативне правде. Разочарање због неделотворности рехабилитације и флиудности критеријума на којима почива, довело до поновног актуелизовања ретрибутивне философије. *Just desert* или теорија о заслуженој казни је управо њена осавремењена и дограђена верзија. Најзначајнији представник је свакако von Hirsh, аутор познатог дела „*Doing Justice*” из 1976. године и многобројних радова на тему пропорционалног кажњавања.<sup>63</sup> По њему постоји интуитивна повезаност између заслуженог и казне (заслужено се посматра као интегрални део свакодневних процена о награди и прекору, а државна реакција само институционализује овакво логично и природно промишљање о односима између појава). Најзначајнији допринос теорије је у томе што је процес одмеравања „спустила на земљу“ и пронашла чврст ослонац у тежини кривичног дела и степену кривице. Међутим, не треба изгубити из вида да у овој доктрини пропорционалност има двоструки смисао, који се пажљиво мора раздвојити.<sup>64</sup> Једну њену страну чини ординална пропорционалност, која налаже да се сва прописана кривична дела рангирају према тежини, што је питање којим се бави законодавац приликом криминализације. Кардинална пропорционалност усмерава избор казне у конкретном случају и подразумева прилагођавање укупној тежини оствареног кривичног дела.

И сами заговорници су приметили да основна теза мора бити коригована у односу на неке категорије учинилаца. Када су малолетници у питању von Hirsh наводи низ разлога за одступање од поставке о примарности и неприкосновености тежине кривичног дела. Прво, редуковање казне је оправдано, јер кривицу малолетника треба другачије посматрати него кривицу пунолетних, како из когнитивних (мањи капацитет да се схвате и процене потенцијалне последице понашања) тако и из волунтаристичких разлога (мања способност контроле

---

<sup>63</sup> A. von Hirsh, A. Ashworth: *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, Oxford, 2005. године, стр. 137.

<sup>64</sup> A. von Hirsh, A. Ashworth: *op. cit.*, стр. 137.

импулса и одупирања притисцима).<sup>65</sup> Друго, иста казна оставља неупоредиво јачи утисак и на малолетна, него на пунолетна лица. Депривације, које је von Hirsh сликовито називао „*punitive bites*“ (буквално „угризи казне“), теже погађају малолетника, пошто се он налази у периоду када би требало да се школује и обучава и тиме стекне солидну базу за будући живот, а пропуштање и занемаривање тих прилика је касније тешко надокнадити.<sup>66</sup> Надаље, малолетницима теже пада раздвојеност од породице и пријатеља, а лоше је и то што у затворској средини не могу наћи позитиван модел за идентификацију, као што им кажњавање у већој мери нарушава ионако крхко осећање самопоштовања.<sup>67</sup> Последњи је аргумент „посебне толеранције“, због тога што се ради о лицима у процесу развоја, код којих недозвољено понашање често представља само пролазни експеримент у трагању за сопственим идентитетом.<sup>68</sup>

Следећа издвојена категорија су опасни учиниоци, код којих је дозвољено одступање од тежине дела у смеру увећавања казне. Теоријским оправдањем и проценом опасности су се у контексту ове доктрине бавили Anthony Bottoms и Roger Brownsword, сачинивши посебан модел за процену, који је по њима и назван Bottoms-Brownsword или скраћено ВВ модел.<sup>69</sup> *Ratio* одступања лежи у ослањању на праведност. Ако се пропорционалност посматра као захтев потекао из права сваког (а тиме и опасног) учиниоца да се према њему праведно и човечно поступа, онда би се њему, као контра-захтев могло супротставити право свих других грађана да не буду повређени или угрожени потенцијалним извршењем новог дела. Излаз из описаног конфликта права лежи у опредељивању за значајније право, оно које претеже у датом случају. Тако посматрано, право на пропорционално кажњавање би у конфронтацији са правом потенцијалних жртава, морало да устукне, како тврде Bottoms и Brownsword, а то даје оправдање за одмеравање већег износа казне

---

<sup>65</sup> A. von Hirsh, A. Ashworth: *op. cit.*, стр. 36. и надаље.

<sup>66</sup> *Op. cit.*, стр. 42.

<sup>67</sup> *Op. cit.*, стр. 43.

<sup>68</sup> *Op. cit.*, стр. 44.

<sup>69</sup> Изложен у A. E. Bottoms, R. Brownsword: *The Dangerousness Debate After the Flaud Report*, British Journal of Criminology, no. 22, 1982. године, стр. 229-254 и A. E. Bottoms, R. Brownsword: *Dangerousness and Rights*, *Dangerousness: Problems of Assessment and Prediction* (ed. J. W. Hinton), London, 2003. године. Наведено према *op. cit.*, стр. 50.

од стриктно сразмерног.<sup>70</sup> Нешто конкретније, њихов модел подразумева увођење три параметра у процес одмеравања, од којих зависе допуштеност и мера увећања казне, а то су: потенцијална штета предвиђеног будућег понашања, одређени степен вероватноће рецидивирања и тежина дела за које се суди.<sup>71</sup> Аутори модела наводе да би текуће дело требало да буде тешко, као што би и очекивано дело требало да буде веома озбиљне природе и да погађа виталне интересе других, а ризик од рецидивирања веома висок, да би читав концепт био одржив. У супротном се жртвовање индивидуалних права и дерогирање пропорционалности никако не би могли одбранити. Ради бољег разумевања, требало би нагласити да су наведени параметри заправо опште назнаке, које би уграђивањем у национална законодавства требало да добију много конкретније облике. Тежина дела је ту најмање спорна, јер *just desert* ионако предвиђа постојање њихове хијерархије (ординална пропорционалност, о којој је већ било речи). Много је комплексније одредити вероватноћу рецидивирања, пронаћи поуздане методе за њено квантификовање. Како постоје препоруке за примену статистичких показатеља, овде се опет враћамо на стари проблем тачности корелација које се статистичким проучавањима добијају.<sup>72</sup>

Заговорници су суочени и са проблемом статуса тзв. социјално депривираних учинилаца или учинилаца из претежно друштвених узрока.<sup>73</sup> Ако се руководи чисто тежином дела, судија не разматра нигде њихов лош социјални положај. Какав ће бити третман лица са дна друштвене лествице, који имају мало везе са уобичајним животним и радним токовима, зависи од прихваћене сврхе кажњавања. У чистој *just desert* доктрини им бар неће натоварити на леђа продужење казне, због вероватноће да ће их лоши животни услови поново увести у зону недозвољеног. Многи се аутори залажу да и у овом случају буде учињен

---

<sup>70</sup> A. von Hirsh, A. Ashworth: *op. cit.*, стр. 51.

<sup>71</sup> *Op. cit.*, стр. 55.

<sup>72</sup> Поједини аутори који су се детаљније бавили предикционим схемама констатују да су оне све успешније, али и да се њихови домети за сада задржавају на краткорочном прогнозирању. Предвиђање понашања осуђеног у неком трајнијем периоду још увек није довољно прецизно. Закључци истраживања из J. Monahan: *The Future of Violence Risk Management, The Future of Imprisonment* (ed. M. Tonry), New York, 2004. године. Наведено према *op. cit.*, стр. 59.

<sup>73</sup> *Op. cit.*, стр. 62.

изузетак, али не дају јасне смернице како социјалну депривацију учинити мерљивом на неки прецизнији начин.

Када се све узме у обзир може се констатовати да су ретрибутивне теорије преживеле, али и да су подвргнуте двоструком модификовању, како у правцу екстензије тако и у правцу рестрикције казне која се добија у сразмери са тежином учињеног дела. Критичари теорије о заслуженој казни углавном истичу да она води ескалирању казнене политике, док пропоненти наглашавају да овакве тврдње нису тачне. Они наводе низ доказа, који указују да је, у делу литературе (Christie, Braithwaite, Tonry, Garland, Pettit и други) тако популарна D-S хипотеза (*desert-severity hypothesis*) о узрочно-последичној вези између строгости кажњавања и теорије о заслуженој казни потпуно емпиријски неутемељена.<sup>74</sup>

У новије приступе спада и теорија ресторативне правде. Један од њених зачетника, Nils Christie, полази од премисе да је кривично дело својина оних који у њему учествују (тј. учиниоца, жртве и заједнице), те су они и позвани да га решавају, а не правници који заправо конфликт „краду“ од субјеката којима припада.<sup>75</sup> Традиционално реаговање на криминалитет је неуспешно, јер уместо да решава сукоб само доприноси његовом одржавању или чак продубљивању, а довољна илустрација за то је чињеница да је исход поступка „победа“ једне од страна, што другу чини, у најмању руку, незадовољном. Уместо да оснажи жртве, класичан приступ их секундарно виктимизира, а не ради ни у корист учинилаца, не охрабрује на позитивне промене, о чему сведочи стопа рецидивизма. Сва та негативна искуства упућују на то да је прави рецепт успешног затварања круга насиља у активирању најзаинтересованијих лица, у њиховој непосредној комуникацији, не би ли споразумно пронашле начин за репарацију и рестаурацију, тј. надокнаду штете жртви и обнову покиданих друштвених веза. У том смислу, идеал остваривања ресторативне правде не представља вођење кривичног поступка и кажњавање преступника као уобичајни исход, него управо „скретање“ из тог поступка, примену алтернативних процедура и мера. Поред радикалних залагања за

---

<sup>74</sup> Тако на пример, у Шведској и Финској заокрет ка заслуженој казни није довео до строжије казнене политике, док је у Енглеској и Велсу чак примећена редукција строгости. А. Ashworth: *op. cit.*, стр. 66. и 67. и А. von Hirsh, А. Ashworth: *op. cit.*, стр. 77-80.

<sup>75</sup> N. Christie: *Conflict as a Property*, British Journal of Criminology, vol. 14, no. 1, 1977. године, стр. 1.

неограничену експанзију неформалних, комунитаристичко-диверзификационих модела, који постају замена за класично кривично правосуђе, концепт ресторативне правде се може схватити и много уже и скромније, као нека врста његове допуне. Тако се можемо запитати да ли је ова доктрина, и поред свег инсистирања на алтернативама лишеним ретрибутивних својстава, некако употребљива у контексту одмеравања казне. Многи су скептични, истичући да је данас овај концепт толико разгранат, захваљујући читавом низу аутора који су дали допринос његовој изградњи (Braithwaite, Van Ness, Wright, Daly, Zehr, Walgrave, Bazemoore, Feather, Umbreit, Weitekamp, Friday и други), да пружа многобројне и често недовољно јасне циљеве, потпуно неподобне да буду искоришћени као смернице одмеравања.<sup>76</sup> О каквом се конгломерату ради, доказује чињеница да ресторативна правда подразумева надокнаду штете жртви; поправљање свих штетних последица; поновно успостављање осећаја сигурности и самопоуздања, који су нарушени чињеницом да је постала жртва; стварање свести код учиниоца да је учинио нешто погрешно и штетно; помирење учиниоца и жртве; обезбеђење да дело неће бити поновљено; социјална реинтеграција учиниоца; поновно успостављање међусобног поверења и мира у заједници; умањивање страха од криминалитета и тако даље.<sup>77</sup> Постоје и мишљења да је међу свим горе наведеним пожељним исходима друштвене реакције на криминалитет кључни моменат ипак заштита права жртава. О томе сведочи и теза да се ресторативни приступ, по залагању за занемарену жртву, издваја од ретрибутивног и дистрибутивног, који су оријентисани на учиниоца, мада на супротне начине, како први захтева кажњавање, а други терапеутско деловање.<sup>78</sup> То би значило да детаљније сагледавање и вредновање свега што је жртва претрпела у материјалном и нематеријалном смислу, што води екстензивном тумачењу појма последице. Подразумева се и фаворизовање околности, које сведоче о потенцијалној обнови стања, као што су кајање,

---

<sup>76</sup> C. Shearing: *Restorative Justice: A "Making Amends" Model* у A. von Hirsh, A. Ashworth: *op. cit.*, стр. 111.

<sup>77</sup> *Idem.*

<sup>78</sup> D. W. van Ness, K. H. Strong: *Restoring Justice*, Cincinnati, 2002. године, стр. 27, L. Walgrave: *Restorative Justice and Beyond – An Agenda for Europe*, рад презентован на IV конференцији Европског форума за ресторативну правду, Барселона, Шпанија, 2006. године, стр. 144. и J. Braithwaite: *Restorative Justice and a Better Future*, у *A Restorative Justice Reader – Texts, Sources, Context* (ed. G. Johnstone), Devon, 2003. године, стр. 86. и др.



прихватање кривице, надокнада штете, поправљање последица, покушај да се спречи њихово наступање, изјава жртве да опрашта, изјава да се не придружује кривичном гоњењу, помирење међу странама и слично. Наравно, претпоставке за признавање свих ових околности су искреност и добровољност, без чега оне губе свој прави смисао. Пошто је у питању „миротворачки“ приступ, велики утицај на казну би могла имати и генерално сви показатељи будућег доброг владања учиниоца. Када се говори о примени ресторативне правде у поступку одмеравања казне, требало би поменути да постоје и екстремна залагања да се изрицање казне услови пристанком жртве.<sup>79</sup>

Шта год мислили о ресторативној парадигми, треба приметити да она не представља нека апстрактна теоријска разматрања, већ реалност, како су њене вредности уграђене у низ међународних аката попут: Декларације УН о основним принципима правде за жртве кривичних дела и злоупотребе власти (из 1985. године), Декларације УН о основним принципима примене програма ресторативне правде у кривичним случајевима (из 2000. године), Оквирне одлуке Европске уније о положају жртава у кривичном поступку (из 2001. године), Препоруке Комитета министара Савета Европе R 8(2006) о помоћи жртвама криминалитета (из 2006. године) и других. Компаративни приказ ће показати да постоје права у којима је заштита жртава прокламована као циљ кажњавања, као и да се у законским каталозима релевантних околности горе наведене редовно срећу.

### 3.2.2. Комбиновање циљева и проблем антиномије

Један део савремених система одмеравања уопште не садржи сврху кажњавања, избегавајући изјашњавање о овом контраверзном питању, о којем постоје многобројна схватања, некада тешко преточива у прецизну формулу каква приличи законском тексту. Ако се и одреде да то учине, обично само набрајају више различитих циљева, не одређујући њихове међусобне односе. Бирање опције „више циљева“ настаје отуда што би постављање само једног представљало

---

<sup>79</sup> А. Ashworth: *op. cit*, стр. 68.

превише ригидан став, који репрезентује непризнавање комплексности феномена кажњавања, који обухвата прописивање, одмеравање и извршење казне, али и хетерогености међу самим учиниоцима кривичних дела. Редуковање циљева, свођењем на само један од теоријски могућих је нереално решење. Са друге стране, просто навођење више њих даје шири „маневарски простор“, али и оставља нерешеним неколико питања: да ли је неки међу њима примарног значаја, да ли су сви увек примењиви или подобни да усмере казну за сваку категорију учинилаца и сваку категорију кривичних дела, да ли је могуће одмерити „синтетичку“ или „избалансирану“ казну којом се подједнако „погађају“ сви са прописане листе. У теорији је примећено да се нерегулисање циљева и регулисање „набацаних“ циљева без унутрашњег поретка, у крајњем, свде на исто. Они резултирају појавом да судија сам бира оријентир према сопственој пеналној философији, у мери у којој му се то чини оправданим, што је у англосаксонској теорији познато под називом „систем самоуслуге“.<sup>80</sup> На такав начин судија помало прераста своју улогу, јер слобода да се изабере неки међу теоретски могућим циљевима јесте слобода да се одређује политика, а не само слобода да се казна прилагоди специфичној комбинацији околности у датом случају. Ashworth је установио да је управо описана појава један од значајнијих узрока неуједначености у кажњавању.<sup>81</sup>

У савременом праву се обично среће комбинација генералне и специјалне превенције, с тим што се најчешће не даје предност ниједној од ове две компоненте. Пошто су веома различите, поставља се питање како их помирити. Ако се свему дода и чињеница да се не може заобићи ни ретрибуција, чак и онда када се уопште не помиње у законским формулацијама, јер то просто извире из саме природе казне, те се не може негирати да има одређену улогу, овај проблем постаје још комплекснији. Важност решавања антиномије овде не представља само теоријско-логичку мозгалицу, већ веома практично и животно питање, ако правни систем садржи мешовиту (спојну или збрајајућу) сврху као смерницу одмеравања. Једино казна која успе да „погоди“ све нормиране, представља казну која одговара законским правилима. Хипотетички случај, у којем би један од циљева потпуно

---

<sup>80</sup> Слободан превод израза „cafeteria system of sentencing aims“, који је сковао Ashworth. Видети у А. Ashworth: *op. cit.*, стр. 58.

<sup>81</sup> *Op. cit.*, стр. 58.

потиснуо остале и заузео њихово место, једноставно не би одговарао интенцијама законодавца. Све ово говори о деликатности и тежини задатка судије којег је законодавац, сједињујући циљеве кажњавања и постављајући их за руководни принцип одмеравања, готово ставио на Прокрустову постељу.

Како проценити шта је битније, специјална или генерална превенција, када нема изричито прописаних параметара за доношење оваквог аксиолошког суда? Да не би било забуне, још једном треба нагласити да се поређење које следи не односи на некакво рангирање генералне и специјалне превенције уопште, већ само у контексту одмеравања казне за конкретни случај. Сумирањем раније наведеног постаје јасно да се одговор најпре може назрети у ситуацијама када је њихова конфронтација израженија и упечатљивија него иначе, што се дешава када неко кривично дело, неки тип криминалитета или криминалитет уопште на одређеном подручју постану учесталији. Други еклатантан пример тензије може настати када се ради о делу које је изазавало велику пажњу и узнемирење јавности. У оваквој атмосфери се веома често очекује казна која премашује заслужено и индивидуално-превентивне учинке, до те мере да се и врши неформални притисак у том правцу, обично кроз медијско извештавање. Мада међусобно различите, обе хипотетичке ситуације воде ка томе да казна буде већа од оне која одговара тежини дела, степену кривице и потреби спречавања рецидивизма код датог учиниоца. У теорији је примећено да је *„одржавање и јачање поверења у правни поредак појмовно отворено за сваку врсту реакције и да у том смислу прети да „оправда“ сваки, па и најгори и сасвим претеран вид поступања са кривцем“*.<sup>82</sup> Здраворазумски посматрано, делује потпуно неспорно и логично да строже кажњавање за наук другима представља ефикасно средство борбе против криминалитета, али реалност и емпиријска проучавања демантују наведени закључак и упућују на то да овај проблем није баш тако једноставан. У крајњем и сама историја са различитим примерима претерано строгог и суровог кажњавања говори о нетачности повезивања егземпларног кажњавања и превенције криминалитета. Да таква узрочна веза постоји криминалитет би одавно био искорењен. Није потребно

---

<sup>82</sup> М. Вокс: *Позитивна специјална превенција и нове тенденције у криминалној политици: О недостацима елиминаторног Feindstrafrecht-кривичног права и значају примењене криминологије за криминалну политику по мери људске заједнице*, Crimen, бр. 2, 2010. године, стр. 143.

враћати се у далеку прошлост, пошто и савремени примери говоре томе у прилог.<sup>83</sup> Многа емпиријска истраживања показују да поред изричитог заостравања у примени казне не долази до пада стопе криминалитета,<sup>84</sup> што је поједине ауторе потакло да ову појаву назову парадоксом кажњавања.<sup>85</sup>

Дакле, велика је заблуда да се кажњавањем за пример другима спречава криминалитет; стоже кажњавање по наведеним налазима не застрашује потенцијалне учиниоце, а по неким ауторима нема ни капацитет да утиче на неку позитивну трансформацију њиховог унутрашњег вредносног система: „... *егземплярно кажњавање не доприноси јачању друштвеног морала, већ јачању друштвене мимикрије, односно томе да се људи прикривају и претварају да поштују правила понашања ... не зато што норме иначе прихватају као нешто што је добро и што треба поштовати. Међутим, први пут кад осете, кад помисле да могу проћи без егземплярног кажњавања ... они неће поштовати те норме и неко претходно егземплярно кажњавање неће имати никаквог ефекта ...*“<sup>86</sup>

Како су показала претходна излагања, дискутабилно је да ли би таква строжа казна заиста била делотворно средство за заштиту друштва од криминалитета, али је зато неспорно да је увећавање казне конкретном учиниоцу због потреба генералне превенције тешко оправдати са аспекта заштите индивидуалних права и слобода. Прво, могло би се рећи да је тако нешто противно елементарној праведности због занемаривања кривице учиниоца. Кривица подразумева забрану одговорности за другог, као што и одговорност за сопствене поступке условљава постојањем одговарајућег психичког односа, услед којег је и оправдано упутити прекор учиниоцу. Захтеви генералне превенције подразумевају

---

<sup>83</sup> Рецимо, за корупцију се у Шведској у најгорем случају може добити казна затвора до две године, док се у Кини изриче и смртна казна, што би по поставци о ефикасности кажњавања за пример другима значило да има много мање корупције у Кини него у Шведској, мада је у стварности ситуација управо обрнута. Ј. Ђирић: *Егземплярно кажњавање*, зборник Казнена политика судова – раскол између закона и његове примене, Источно Сарајево, 2012. године, стр. 356.

<sup>84</sup> G. Keiser: *Kriminologie*, Heidelberg, 1983. године, стр. 90. Наведено према З. Стојановић: *Превентивна функција кривичног права*, Crimen, бр. 1, 2011. године, стр. 12.

<sup>85</sup> J. Fagan, T. Meares: *Punishment, Deterrence and Social Control: The Paradox of Punishment in Minority Communities*, *Oxio State Journal of Criminal Law*, vol. 6, 2008. године, стр. 176-177. Наведено према З. Стојановић: *Превентивна функција кривичног права ...*, стр. 14.

<sup>86</sup> Ј. Ђирић: *Егземплярно кажњавање ...*, стр. 359.

да се конкретном лицу ставља на терет и оно што он сам није учинио. И не само то, ако би суд неке одмерио казну руководећи се и тиме да није једини, већ један од многих који су учинили или би могли учинити кривично дело, то би значило да његова кривица постоји и увећава се услед постојања других дела за која он нити је знао, нити је био дужан и могао да зна. У неку руку, онај коме се на овакав начин одмерава казна постаје симболичка жртва која „плаћа цех“ за остале који су раније већ учинили исто или слично дело, али и за оне који ће то евентуално учинити у будућности. Кажњени постаје нека врста објекта на коме се, као упозорење осталим грађанима, успоставља и демонстрира снага и обавезност норме. Могло би се рећи и да увећавање казне позивањем на генералну превенцију није у складу ни са правом на једнакост; ако се то допусти као последица би се јавио различит третман учинилаца који су заслужили исте или приближно исте казне на основу свих околности случаја, само због тога што су им судили различити судови, са подручја више или мање интензивне криминалне активности, односно, због тога што им је суђењено пре формирања свести код судија о повећању стопе криминалитета или пошто је таква свест сазрела и потпуно формирана.

Дакле, што је у казну уграђен већи удео генералне превенције, што она више премашује квоту заслуженог и неопходног за остваривање специјалне превенције, то има више разлога да се констатује да противречи забрани изрицања нехуманих и нечовечних казни. Да не говоримо о томе да се овако некада заправо повлађује примитивним захтевима масе за линчом и одмаздом.

Обрнути случај настаје када генерална превенција тражи нижу казну од оне која би одговарала тежини дела, кривици и потреби спречавања рецидивизма конкретног учиниоца, јер је стопа криминалитета мала тако да се конкретно дело може посматрати као редак негативни ексцес. У оваквој друштвеној клими су у односу на већину грађана неки други фактори очито утицали на стварање друштвене дисциплине и свести о потреби поштовања закона. Међутим, то што се огромна већина понаша коректно, у складу са правним правилима, нема неке посебне везе са тим одређеним „учиниоцем-отпадником“. Уважавање запажања да је за спречавање осталих људи довољан неки други механизам социјалне контроле

или мања казна водило би ка одмеравању казне која би била потпуно неадекватна и неефикасна у односу на дати случај.

Укратко речено, оба гранична примера показују да давање првенства генералној превенцији значи занемаривање конкретног случаја и воде томе да се казна не одмерава имајући у виду одређеног учиниоца и одређено дело, него према флиудном колективитету грађана једног друштва и према њиховом понашању (непоштовању или поштовању закона у глобалу). У том смислу генерална превенција или подразумева неоправдано кажњавање због преступништва или потенцијалног преступништва других или неоправдано награђивање учиниоца за испољено или очекивано коректно понашање других. Дакле, специјалној превенцији треба дати предност, док генералну превенцију овде не треба схватати као самосталан циљ, већ као нешто што се имплицитно провлачи кроз казну одмерену према другим критеријумима.

Одговор на питање шта би требало да има превагу може се извести и из чисто логичког промишљања о поузданости предикционих судова. Да би било јасније, треба се вратити на почетак и констатовати да су и генерална и специјална превенција исте по томе што у себи садрже претпоставку да се казном може утицати на будуће понашање, а различите јер прва има у виду већину грађана (утицај на све био нереално амбициозан задатак), док се друга фокусира само на једног – на учиниоца кривичног дела. Опште је познато да је предвиђање друштвених догађаја битно другачије од предвиђања природних појава, међу којима постоје јасније и јаче каузалне везе. У друштву није тако, нема строгог каузалитета ни такве математичке прецизности, те је свако предвиђање мање-више непоуздано. Отуда избор између генералне и специјалне превенције никако не може бити избор између квалитативно различитих крајности, избор између нечег извесног и нечег неизвесног, већ само избор између неизвесног и неизвесног. Тако се и долази до закључка да би предност требало дати „мањем злу“, односно, оној предикцији која се чини мање непоузданом. Антиципирати дејство неке казне на непрегледан низ људи различитог порекла, образовања, година, убеђења, животног искуства и многобројних других својстава, што проистиче из концепта генералне превенције је дефинитивно „једначина са много непознатих“. Отуда претпоставити

како би појединачни адресат могао да одреагује на казну делује неупоредиво једноставније. Када се све сумира предност специјалне превенције не потиче из некакве њене савршености, него из крупних мана одмеравања казне према захтевима генералне превенције, које доводе или до неправедне казне, за коју уз то нема поузданих доказа да представља делотворан механизам социјалне контроле, или до неефикасне казне по самог учиниоца.

Следећи сегмент представља сагледавање односа специјалне превенције и ретрибуције. Подразумева се да није у питању ретрибуција талионског типа, већ њена савремена верзија у виду захтева да казна буде сразмерна тежини кривичног дела и кривици учиниоца. У теорији је наглашено да ретрибуција у односу на превенцију има једну значајну предност, коју је Стојановић сликовито назвао самоограничавајућим механизмом.<sup>87</sup> Интристично својство ретрибутивизма јесте сразмерност репресије са оним што је учињено, док превенција са флуидним критеријумом успеха у сузбијању криминалитета очигледно не садржи и не подразумева неку егзактну границу поменутог типа. Раније је наведено да специјална превенција сразмерност управо занемарује, било да се примеса незаслуженог додаје ради застрашивања учиниоца, било да би се обезбедило довољно време за преваспитни третман. Уколико прву варијанту одбацимо као евидентно нецивилизацијску, јер застрашивање вређа елементарно људско достојанство, остаје друга могућност. Данас нема много заступника ресоцијализације, а они који се залажу за њену примену екстензивно одређују димензије васпитног деловања, истичући да је „... *васпитање појединца у смеру елиминације делинквентног понашања могуће ако се пробраном мером утиче и на наизглед неутралне шеме свакодневног понашања које у стварности подстичу делинквенцију и увлаче појединца у криминалну активност. Исто важи и за вредносни систем појединца*“.<sup>88</sup> Уз то, Воск сматра да се могућности за поправљање могу поуздано процењивати на основу сазнања примењене криминологије, која посматра криминалитет као индивидуалну појаву сасвим одређеног појединца. Основна предност примењене криминологије над другим

---

<sup>87</sup> З. Стојановић: *Превентивна функција кривичног права* ..., стр. 5.

<sup>88</sup> М. Воск: *op. cit*, стр. 148.

предикционим моделима, посебно над оним који се заснивају на статистици, потиче отуда јер примећује да су одређени „криминолошки класици“ попут разорене породице, незапослености, недостатка или неадекватности васпитања и слично, присутне не само у делинквентној него и неделинквентној популацији, што значи да разлике међу њима нису на нивоу постојања и непостојања неког фактора, него у томе што их на различит начин обрађују и на различит начин се носе са њима.<sup>89</sup> Насупрот томе, статистички модели (попут *Historical-Clinical-Risk Management*, *Sexual Violence Risk*, *Psychopathy Checklist* и слично), чак и када са високом тачношћу идентификују опасне учиниоце, многе неопасне „избацују“ као опасне (лажно позитивне), јер код њих постоје фактори ризика.<sup>90</sup> Дакле, они не одређују појединца као опасног према његовој стварној опасности, него према томе да ли припада ризичној групи у којој у реалности има и опасних и неопасних људи. Тај проблем уочавају и њихови творци, те у настојању да га ублаже препоручују испитивачима да паралелно проучавају случај као целину, не би ли уочили специфичности које нису могле да дођу до изражаја приликом шаблонске примене инструмента.<sup>91</sup>

Међутим, иако бисмо се могли сложити да статистички модели нису баш поуздани остаје питање колико би се могла прихватити теза о егзактности предвиђања на основу примењене криминологије, тим пре што је она помало релативизиована следећом констатацијом истог аутора: *„Да ли је неко поправљив види се тек на крају његовог живота, никако на средини или на почетку када први пут изостану жељени ефекти предвиђене мере“*.<sup>92</sup> Она оставља утисак да се иза хуманистичке тезе да учиниоца не треба тако лако „отписати“ и „дићи руке“ од покушаја његовог преваспитавања заправо спроводи нека врста експеримента *in vivo* све док се не пронађе „права доза“ реакције.

У промишљању о томе шта би требало да има предност може се поћи од раније примењеног метода проучавања граничних случајева. Први гранични случај постоји када је тежина дела минимална, на ивици испод које дело постаје малог

---

<sup>89</sup> М. Вок: *op. cit*, стр. 155, напомена 52.

<sup>90</sup> *Op. cit*, стр. 153.

<sup>91</sup> *Op. cit*, стр. 153.

<sup>92</sup> *Op. cit*, стр. 160.



значаја, при чему је процењено да је тзв. криминална угроженост (или опасност од рецидивирања) екстремно висока. Удовољавање искључиво специјалној превенцији овде би подразумевало одмеравање максималне предвиђене казне, дакле, казне која знатно надмашује ону сразмерну тежини, пошто је процењено да су криминогени фактори „тврдокорни“. Оваква казна очито престаје да буде реакција на само кривично дело, и постаје реакција на нешто потпуно изван њега – лош карактер, непостојање радних навика, склоност ка алкохолу, незапосленост, сиромаштво или штогод друго за шта је процењено да у конкретном случају ствара значајан ризик од рецидивизма. Тако се губи из вида да се учиниоцу суди за кривично дело, а не за некакав лични или друштвени „хендикеп“ који га може поново увући у криминалитет. Други гранични случај, тешко дело – незнатна криминална угроженост, доводи до минимума предвиђене казне (тј. знатно ниже од оне сразмерне тежини дела), јер криминална прогноза каже да учинилац не спада у групу „ризичних“. Супротно од претходног примера, овде се процес одмеравања на рачун занемаривања тежине дела заправо помера ка награђивању ученог изостанка криминогених фактора.

Очито је да специјална превенција „одвлачи“ одмеравање казне од сигурних координата које даје концепт заслужене казне. Критика оваквог приступа се своди на непоузданост предвиђања, које уз то подразумева и задирање у права учиниоца, све до неекономичности и неефикасности поступка због опширности испитивања каква је потребно спровести да би се дошло до закључка о вероватноћи понављања дела. Све то говори да надмашивање сразмерности због потреба преваспитног третмана, као и потреба опште превенције, представља чист авантуризам и арбитрност, легализовање правне несигурности. Ничим ограничена превенција представља претњу да кривично право трансформише у једном, по савременим схватањима, потпуно непожељном смеру. Отуда само казна чија је горња граница опредељена ретрибутивним елементом може да ужива етичку, друштвену и, у крајњем, општецивизацијску оправданост. У том смислу, приклонили бисмо се немачкој теорији и ставу да је кривица неприкосновена горња

граница, и то како за ретрибуцију тако и за превенцију.<sup>93</sup> Ово је само један сегмент схватања да кажњавање има много легитимних циљева, а да би се одредило који од њих је примаран мора се имати у виду и то да ли се говори о фази прописивања, изрицања или извршења, јер је у првој акцентована генерална превенција, у другој заслужена казна, а у трећој специјална превенција, с тим што свака наредна етапа истовремено преузима и проширује елементе претходне.<sup>94</sup> Тако посматрано, заступање ретрибутивизма не подразумева нужно и оспоравање генералне превенције, јер се она не доводи у питање на законском плану, већ само приликом одмеравања казне. У домену одмеравања казне она би морала да се задовољи само тежњом да довољан број учинилаца буде кажњен сразмерном казном.<sup>95</sup> Инсистирање на заслуженој казни не негира у потпуности ни специјалну превенцију, јер је оставља да потпуно „доминира“ у фази извршења казне. Тако посматрано, између ретрибутивности и превенције не постоји толико оштра конфронтација и непремостив јаз, како се уобичајно сматра. Ако се од казне тражи да оствари позитивно дејство, претпоставља се да би учинилац требало да осети да је од стране друштва оправдано укорен за своје дело, а то неће моћи ако казна предимензионирана, хиперболисана, када је вероватније да ће је доживети као акт освете, као што би је, без довољно ретрибутивних елемената, доживео као недовољно озбиљну. Исто је и са осталим члановима друштва. Укратко речено, превентивни интереси никако не би смели да противрече принципу праведности и сразмерности, њихово остваривање мора бити увек у оквиру примереног одговора на кривична дела.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> C. Roxin: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin, 1973. године, стр. 28, наведено према В. Камбовски: *op. cit.*, стр. 648.

<sup>94</sup> C. Roxin: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin, 1973. године, стр. 12, наведено према В. Камбовски: *op. cit.*, стр. 647.

<sup>95</sup> З. Стојановић: *Превентивна функција кривичног права ...*, стр. 21.

<sup>96</sup> З. Стојановић: *op. cit.*, стр. 22.

### 3.3. Олакшавајуће и отежавајуће околности као инструменти редовног одмеравања казне (појам, врсте и логички приступ у оцени њиховог дејства на казну)

Слободно се може рећи да појам олакшавајућих и отежавајућих околности представља питање које не привлачи велико теоријско интересовање, што се објашњава тиме да не припадају компликованим или контраверзним институтима кривичног права, односно укорењеним становиштем да се ради о нечему традиционалном и добро познатом, што се само по себи разуме и не тражи даље експликације.<sup>97</sup> Тако у англосаксонској литератури ни веома обимна и у неким другим сегментима детаљна дела не садрже теоријску дефиницију, него се баве искључиво тумачењем појединих околности, што је својствено не само уџбеницима, него и монографијама посвећеним одмеравању казне.<sup>98</sup> Исти приступ примењују и поједини теоретичари ван овог правног круга.<sup>99</sup> Међутим, ако се не прихвати лагодна опција да се једноставно избегне њихово појмовно одређивање, онда настају извесни проблеми принципијелног карактера. И теоретичари и практичари кривичног права су свесни чињенице да су околности које се могу узети у обзир код редовног одмеравања толико бројне и хетерогене, да то представља главну сметњу њиховом обједињавању и формирању јединственог појма. Њихова фактичка природа чини да оне измичу сваком исцрпном набрајању, тешко је претпоставити шта се све може појавити у конкретним случајевима. Управо наведене карактеристике су и довеле до тога да се у теорији оне често и не покушавају одредити детаљним задирањем у њихову садржину, јер се појавна разноликост томе опире, већ се више настоје објаснити путем њихове функције.

---

<sup>97</sup> A. Ashworth: *op. cit.*, стр. 121.

<sup>98</sup> И Ashworth, као аутор поменуте констатације не даје неку дефиницију. A. Ashworth: *op. cit.* стр. 121. Исто је и код других писаца. Видети, на пример, C. J. Emmins: *A Practical Approach to Sentencing*, London, 1985. године, A. P. Semester, G. R. Sullivan: *Criminal Law: Theory and Doctrine*, Portland-Oregon, 1999. године, W. R. La Fave: *Criminal Law*, St. Paul-Minnesota, 2000. године, J. Dressler: *Understanding Criminal Law*, Lexis Nexis, New York, 2001. године, A. von Hirsh, A. Ashworth: *Proportionate Sentencing*, Oxford-New York, 2005. године.

<sup>99</sup> У нашој старијој литератури Г. Павловић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 1906. године, стр. 189. и 190. Хорватић се доследно држи овог приступа. Видети Ж. Хорватић: *Избор казне*, Загреб, 1980. године, стр. 126. и *Казнено право, Опћи део*, Загреб, 2003. године, стр. 125, као и Лј. Selinšek: *op. cit.*, стр. 284.

Ова оријентација је, у неку руку, кретање линијом мањег отпора, питање улоге је једноставније од трагања за веома апстрактним појмом, довољним да апсорбује непрегледни низ садржинских варијација. Једино у системима са таксативно набројаним околностима, у којима није дозвољено никакво одступање од затворених листа, овај проблем не постоји. Друга је ствар што су они део правне историје и што би на њима заснована дефиниција имала прилично ограничену вредност. На основу поменутих напомена не би требало закључити да је бављење садржином потпуно немогуће, већ само да је у логичком смислу „осуђено“ на веома висок ниво апстраховања и генерализовања, не би ли се дошло до заједничке сржи која се код свих појављује.

У нашој теорији постоји неколико приступа проблему. Најбројнију групу сачињавају аутори по којима су олакшавајуће и отежавајуће околности чињенице које утичу на висину казне у законом прописаним оквирима.<sup>100</sup> Анализа ове дефиниције указује на комбиновање два елемента – функције коју обављају, тј. одређивања висине казне, и простора у коме се то чини, тј. прописаног посебног минимума и максимума. Док први представља нешто заједничко за све видове одмеравања, други је *diferentia specifica*, без које се олакшавајуће и отежавајуће околности не би могле разликовати од ублажавајућих и поштравајућих. Истовремено, тиме се одвајају и од привилегујућих и квалификаторних околности. Готово је идентично схватање да олакшавајуће и отежавајуће околности утичу да казна буде мања или већа у законским оквирима за дато дело.<sup>101</sup> У поређењу са претходном, она не доноси неке новине, само подвлачи двосмерност кретања у казненом простору, на основу чега се релевантне околности и деле на олакшавајуће и отежавајуће. Језички и стилски другачије, а суштински исто наведеном, јесте и

---

<sup>100</sup> М. Чубински: *Научни и практични коментар Кривичног законика*, Београд, 1936. године, стр. 176, Т. Живановић: *Кривично право Краљевине Југославије, Општи део*, Београд, 1937. године, стр. 332, С. Франк: *Теорија казног права, Опћи дио*, 1955. године, стр. 229, Ј. Таховић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 1961. године, стр. 331, М. Радовановић: *Кривично право СФРЈ, Општи део*, Београд, 1972. године, стр. 263, Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић: *Кривично право Југославије, Општи део*, Београд, 1994. године, стр. 312.

<sup>101</sup> М. Доленц, А. Маклецов: *Систем целокупног кривичног права Краљевине Југославије*, Београд, 1935. године, стр. 110. У заступнике спада и Аћимовић, иако погрешно олакшавајуће околности назива „ублажавним“, М. Аћимовић: *Кривично право, Општи део, Књига I*, Суботица, 1937. године, стр. 159. и 160, З. Кандић: *op. cit.*, стр. 160, Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2011. године, стр. 255.

виђење олакшавајућих околности као чинилаца који воде спуштању казне ка посебном минимуму, и отежавајућих околности као фактора који воде пењању казне ка посебном максимуму.<sup>102</sup>

Нешто развијеније дефиниције, којима се залази и на терен садржине околности одликују други приступ. Како се може претпоставити из уводних напомена, садржина је дотакнута на веома оквиран начин, те се поред понављања поменутих елемената наводи и да се оне односе или на кривично дело или учиниоца кривичног дела.<sup>103</sup>

Следећа група уноси извесне телеолошке моменте. Овде спада схватање да су олакшавајуће и отежавајуће околности оне околности везане за кривично дело и учиниоца, које суд по законском овлашћењу слободно цени и на основу којих одмерава казну крећући се у законом предвиђеном оквиру, у циљу што успешније индивидуализације казне.<sup>104</sup> Други аутори, такође, везују околности за циљ кажњавања. Стојановић сматра да оне служе томе да се у оквиру прописане казне дође до тачно одређене казне, водећи рачуна о сврси кажњавања.<sup>105</sup> Нешто раније је сличну тезу пласирао Бачић, објашњавајући да: „... из целокупне криминалне ситуације, релевантне за кажњавање могу бити само одређене околности, оне на које упућују прихваћени циљеви кажњавања, и опћа криминално-политичка платформа, а то значи оне које се односе на друштвену опасност дела, на кривњу и личност учиниоца; и вредновање тих релевантних чињеница у смислу њиховог утјецаја на избор казне односно њезину мјеру мора произаћи из одговарајућег повезивања те операције и постављених циљева кажњавања и саме опће криминално-политичке платформе за одмеравање казне“.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> М. Јовановић: *Олакшавне и отежавне околности у кривичним делима*, Архив за правне и друштвене науке, књ. IX, бр. 4, 1910. године, стр. 16. Исто и В. Камбовски: *Казнено право, Општ дел*, Скопје, 2006. године, стр. 705.

<sup>103</sup> Љ. Јовановић: *Кривично право, Општи део*, Ниш, 2000. године, стр. 447, Б. Чејовић, В. Миладиновић: *Кривично право, Општи део*, Ниш, 1995. године, стр. 412, Д. Јовашевић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 2010. године, стр. 230.

<sup>104</sup> Н. Мићановић-Павелић: *О појму олакшавајућих и отежавајућих околности и њиховом месту у кривичноправном систему*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, бр. XXXIII, 1985. године, стр. 59.

<sup>105</sup> З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 273.

<sup>106</sup> Ф. Бачић: *Кривично право, Опћи дио*, Загреб, 1978. године, стр. 427.

Поједини аутори су покушали да се отргну од уобичајних схватања и дају оригиналне дефиниције. Пешић чини искорак у односу на остале, тврдећи да су олакшавајуће и отежавајуће околности „... чињенице које се узимају у обзир приликом индивидуализације казне, а које представљају услове кривичног дела или карактеришу поједине његове елементе или понашање окривљеног, као и чињенице које се стичу после извршења кривичног дела, а у којима се, такође, огледа тежина кривичног дела, опасност окривљеног, његов став према извршењу дела и преступништву уопште и преко њих степен подобности за ресоцијализацију“.<sup>107</sup> Када се упореди са другим, очигледно је настојање да се ове околности детаљније садржински сагледају, набрајањем на шта се све могу односити, као и повезивање са циљем кажњавања, који је овде сведен на ресоцијализацију. Међутим, није само форсирање превазиђеног концепта ресоцијализације спорни момент ове дефиниције. Поменутом формулацијом се не апострофира разлика између олакшавајућих и отежавајућих околности и других механизма за прилагођавање казне. У том смислу нема препреке да се под њено окриље ставе и ублажавајуће и поштравајуће околности, ослобођење од казне и други кривичноправни институти, због тога што се нигде не помиње да се прилагођавање обавља искључиво у оквирима посебног минимума и максимума. То значи да она не испуњава елементарне логичке захтеве, који се постављају пред сваки процес дефинисања. Један од њих налаже да дефиниција обухвата обим појма који се дефинише, ништа мање ни ништа више од тога, јер би у супротном била преуска или преширока, укратко, непрецизна и погрешна. Када се то има у виду, поменути приступ осим занимљивости не представља неки већи допринос у домену науке кривичног права.

Посебно место међу атипичним схватањима заузима Атанацковићево виђење, које је много логичније и успешније у иновирању. У његовом теоријском систему саме реалне чињенице представљају нешто вредносно неутрално, те не могу бити инструменти редовног одмеравања. Улогу инструмента имају заправо

---

<sup>107</sup> В. Пешић: *Функција околности кривичног дела у индивидуализацији кривичних санкција*, Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања, бр. 1, 1972. године, стр. 108.

аксиолошки судови који се на бази тих околности формирају.<sup>108</sup> Тако је оштро издвојен „сирови“ реални супстрат, који се у психи судије обрађује, да би тек после те обраде био „избрушен“ у критеријум, подобан да се непосредно употреби за обликовање казне. Иако се може учинити да се ради о претераном психологизирању, чињеница је да у правним системима са унапред невреднованим околностима ништа априорно и само по себи нема ни олакшавајуће ни отежавајуће дејство на казну, све док суд, као какав живи процесор информација, не одлучи да је то тако. Па чак и тамо, где закони релевантне околности строго и искључиво сврставају у једну или у другу групу, не изостаје доношење вредносног суда, јер је потребно одредити меру олакшавајућег и отежавајућег дејства.

Уобичајно је да се олакшавајуће и отежавајуће околности деле према различитим принципима. Основна подела за критеријум узима дејство на висину казне. Тако сви инструменти редовног одмеравања спадају или у олакшавајуће или у отежавајуће околности, у зависности од тога да ли воде умањивању или увећавању износа казне у законом прописаним оквирима. Поједини аутори сматрају да је она данас депласирана и превазиђена, јер бит релевантних околности не чини то што суду омогућавају кретање навише или наниже унутар казног распона, него то што представљају механизам за постизање прокламоване или прихваћене сврхе кажњавања.<sup>109</sup> Историјски посматрано, подела је некада чинила интегрални део многих законских текстова, који су садржали одељене каталоге таксативно набројаних олакшавајућих и отежавајућих околности. Из тог разлога је, логично, и пренета у теорију одмеравања. Данашњи законици, како ће бити приказано у оквиру компаративног прегледа, то углавном не чине. Последица несврставања прописаних околности у једну односно другу групу, јесте слобода суда да потпуно истој чињеници, у једном конкретном чињеничном склопу припише олакшавајуће, а у неком другом отежавајуће дејство. Тако ниједна чињеница није нужно, *per se*, ни отежавајућа ни олакшавајућа. То очигледно доприноси утиску да се облик утицаја на висину казне не може сматрати чврстим принципом поделе. Већина савремених права разлику чини прилично

---

<sup>108</sup> Д. Атанацковић: *Критеријуми одмеравања казне*, Београд, 1975. године, стр. 98.

<sup>109</sup> В. Пешић: *op. cit.*, стр. 102.

неухватљивом и флуидном. Али, док је то својствено само на општем, законском и теоријском плану, у равни конкретног случаја не би смело да буде забуне.

Традиционално је и разврставање на објективне и субјективне околности, фундирано на томе да ли се односе на кривично дело или на учиниоца. Свеprisутност и типско понављање ове поделе у домаћој теорији учинили су бесмисленим и излишним цитирање свих извора у којима се налази.<sup>110</sup> Међутим, не може се отети утиску да се у овом „општем месту“ класификације олакшавајућих и отежавајућих околности поткрала извесна логичка непрецизност. Сами термини нису најбоље изабрани, јер се у језику логике субјективним сматра нешто што зависи од воље човека, док је објективно, насупрот томе, од воље независна датост. Другим речима, све што се односи на субјекта није по својој природи и нужно субјективно. Ако се пође од таквог става круг „класичних“ субјективних фактора се прилично смањује, искључивањем свих чињеница на које човек није у стању да утиче, попут година старости или тога да је пореклом из потпуне и хармоничне односно из дефицијентне или деградиране породице, да је оболео од наследне или урођене болести и слично. Када су у питању објективне околности, поменута логичка поставка би изродила управо супротне ефекте. То што је неко, на пример, одабрао један од расположивих начина или средстава извршења чини релевантно испољавање његове воље, те је као такво обојено субјективно, мада га традиционална доктрина шаблонски сматра објективним. Теоретичарима који прихватају описано схватање субјективних и објективних околности се може учинити претераним раздвајање истински субјективног и онога што се само односи на активног субјекта кривичног дела, и истински објективног и онога што се само односи на кривично дело. Међутим, она има и веома практичне импликације. Није неосновано запитати се да ли је праведно или легитимно стављати на терет учиниоцу оне чињенице на које никако није могао својом вољом да утиче. Обрнута ситуација, када се оне узимају за умањивање казне је свакако мање спорна од претходне.

---

<sup>110</sup> Једини аутор који не прихвата ову поделу је Стојановић. Видети у 3. Стојановић: *Кривично право* ..., стр. 273.



Полазећи од тога на шта се односе, неки су олакшавајуће и отежавајуће околности разврстали на оне које припадају саставу кривичног дела (тј. бићу кривичног дела, прим. аут.) и које прате кривично дело.<sup>111</sup> Њен творац је само констатовао могућност овакве деобе, али је није даље развијао. На први поглед могло би се рећи да је неприхватљива, јер нарушава тзв. забрану двоструког вредновања, али то није тачно. Извесни фактори из склопа дела не исцрпљују свој значај у правној квалификацији, и могу се употребити за детерминисање казне. Оно што допушта овакво вредновање јесте могућност степеновања таквих чинилаца. Типичан пример су облици кривице. Огроман број дела спада или у умишљајна или у нехатна, без прецизне назнаке о ком се конкретном облику умишљаја или нехата ради. Почетна и уопштена констатација да је у питању умишљај или нехат је довољна да се закључи да дело постоји, али је унутрашње градирање ових психичких категорија веома значајан показатељ у ком правцу би казна требало да се креће. Слично је са обимом последице кривичног дела, али и са неким објективним условима инкриминације, мада они не чине биће, него законски опис кривичног дела. Међутим, иако је отпао приговор забране двоструког вредновања, то не значи да је подела неспорна. Оно што смета јесте, не баш срећно изабрана, формулација „околности које прате кривично дело“. Ако се оне схвате као чињенице које су за дело везане, а нису обухваћене бићем односно законским описом, онда се појављује извештан проблематични резидуум. Питање је да ли би се, на пример, ранија осуда могла схватити као пратећа околност новог дела, посебно ако оно нема неку конекцију са претходним, у смислу заједничког мотива, циља, начина извршења, коришћења исте ситуације или нечег другог. Лоше породично и здравствено стање у неким случајевима доприносе настанку дела, али ће и када немају овакву везу са делом бити уважене код кажњавања. Иако нису једине, ове илустрације су довољне да покажу да се класом „пратећих“ и околности „из састава“ не исцрпљује појам који се дели, а то је у логичком смислу недопустиво. Познато је да правилна класификација подразумева испуњење неколико захтева, при чему се поред одређености предмета поделе, јединствености критеријума, релативне посебности сваког члана и јединства посебних чланова,

---

<sup>111</sup> Г. Павловић: *op. cit.*, стр. 190.

тражи и потпуност поделе. Оно што се добија поделом треба да у потпуности исцрпи предмет поделе, постојање остатка указује на неку грешку и лоше постављену логичку операцију. Када се ова правила примене на наш случај испада да је боље рећи да се релевантне околности могу поделити према томе да ли припадају саставу кривичног дела или не. Тако би се и могла прихватити.

Начин регулисања је, такође, један од могућих принципа деобе. Прво, могуће је да законодавац уопште не пропише олакшавајуће и отежавајуће околности, што оставља простор суду у двоструком смислу, јер му омогућава да у процес одмеравања уведе било коју чињеницу ако је оцени значајном, као и да неспутано одређује њено дејство. Овде се ради о систему генералне клаузуле, обично формулисаном кроз опште овлашћење суда да узме у обзир све околности које сматра релевантним. Други модел се састоји у давању отворене листе унапред невреднованих околности, чиме се само донекле усмерава рад суда. Наведене околности, свакако представљају полазиште редовног одмеравања, те се очекује да суд најпре региструје да ли се јављају у конкретном случају, после чега би испитивао њихово дејство, што не искључује увођење и неких других фактора, ако се процени да су битни. Постоје и отворене листе унапред вреднованих околности, што ће детаљније бити илустровано у одељку о компаративном праву, које допуштају увођење и других у процес одмеравања, али не и судско превредновање законских. Као што се види из претходног става, могућа је и подела на законске и судске олакшавајуће и отежавајуће околности, у зависности од тога чијом су вољом уведене и инкорпориране у процес одмеравања. Такође, законодавац се може одредити и за затворену листу фактора. Таксативна набрајања су углавном део историје кривичног права. Уосталом, природа овог института је таква да не трпи нека ригидна правила. Потпуну прецизност и исцрпност у предвиђању критеријума редовног одмеравања није могуће постићи. Отуда се у нормативном уобличавању балансира између стриктне прописаности, која води ка неинвентивном, пасивном и шаблонизованом понашању судије (није неосновано рећи да се у оваквом систему он своди на „фах-идиота“, без остављене могућности да сагледа и под право подведе шаренило друштвене стварности када бира казну), и потпуне слободе, која форсира креативност и интуитивност судије, при чему се јавља реална опасност да

се избор казне претвори у арбитрерност, нарушавање праведности, сразмерности и једнаког поступања у сличним случајевима. Затворени систем се, теоријски посматрано, може појавити у два модалитета, у зависности од тога да ли су околности унапред вредноване или не. Историјски преглед, дат у следећој глави, указује на то да је било фаза у развоју када се прибегавало управо систему екстремне или потпуне лимитираности. Оправдано неповерење у суд је у француском постреволуционарном праву довело је до глорификовања начела законитости, које примењено у оваквом виду потпуно искључило неопходну флексибилност у избору казне. Нееластичне норме једноставно немају капацитет да апсорбују специфичност и јединственост појединачног случаја. Оне у судској пракси генеришу стално понављање истог и апстраховање сваког чињеничног супстрата, који измиче укалупљивању у законске схеме, иако је, посматрано из објективне визуре, можда битнији од појединих околности из унапред датог каталога.

Начин регулисања може водити и ка другачијој класификацији. Док је у фокусу претходно описане степен слободе остављене суду, централну тачку друге чини место регулисања или место у систему кривичног права, од којег зависи и опсег примене датих околности. Како ће бити приказано у целини о компаративном праву, постоје системи са општим олакшавајућим и отежавајућим околностима, тј. примењивим на било које кривично дело, и посебним околностима везаним за тачно одређена дела. Можда би се могло рећи да је ово и нека врста архаичног остатка из времена када оне нису постојале као оформљен и самосталан институт општег дела.

Посматрано са аспекта англосаксонског и међународног кривичног права, инструменти одмеравања се диференцирају и према томе какве стандарде морају да испуне у поступку доказивања. Природа отежавајућих околности довела је до тога да се њихово постојање процењује по строжим критеријумима, него што је то случај са олакшавајућим околностима.<sup>112</sup>

Трагање за принципима поделе отвара и друге могућности. Несумњиво је да се околности разликују по времену настанка, како неке датирају пре, неке за време,

---

<sup>112</sup> A. von Hirsh, A. Ashworth: *op. cit.*, стр. 51.

а неке након извршења дела. Надаље, оне могу бити фактичке или правне природе (попут раније осуђиваности), али све ове систематизације немају неки практични значај за сам процес одмеравања.

Следећи део излагања посвећен је логичком приступу у оцени дејства релевантних околности. У теорији се истиче да се ова операција изводи применом аналитичког и синтетичког метода.<sup>113</sup> Неки их означавају другачије, као индуктивни и дедуктивни метод.<sup>114</sup> Међутим, у класичној логици индукција представља закључивање од појединачног и посебног ка општем, а дедукција од општег ка посебном и појединачном. Релевантне околности и казна нису у таквом односу, али то не значи да индукцији и дедукцији нема места у процесу одмеравања. Заправо, када суд неку чињеницу случаја (нешто појединачно) настоји да подведе под законом прописане (опште) околности, односно када, размишљајући у супротном смеру, полази од општих (законских) околности да би међу чињеницама случаја идентификовао њихове (појединачне или конкретне) облике испољавања он примењује ове методе. Јасно је да оне немају везе са проценом утицаја на казну, под претпоставком да релевантне околности нису у закону унапред вредноване, али су битне за селекцију, елиминисање ирелевантних и издвајање релевантних фактора који ће ући у поступак одмеравања. Примена индукције и дедукције представља предуслов за приступање вредновању, помоћни поступак којим се обезбеђује предмет вредновања. Другим речима, њима се само бира шта ће бити вредновано, а не и како ће бити вредновано, тако да задржавање уобичајне терминологије изгледа оправданије, јер боље упућује на суштину метода.

Аналитички метод подразумева мисаоно растављање сваког сложеног предмета на његове саставне делове, чиниоце или аспекте. Он у овом контексту

---

<sup>113</sup> У новијој литератури у Љ. Јовановић: *op. cit.*, стр. 452, Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 265, З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 276, Д. Јовашевић: *op. cit.*, стр. 234, М. Бабић, И. Марковић: *Кривично право, Општи део*, Бања Лука, 2008. године, стр. 409, Ж. Хорватић: *Казнено право ...*, стр. 200. и др. Наша предратна теорија се није посебно бавила питањем оцене околности. Видети Г. Павловић: *op. cit.*, стр. 191, Т. Живановић: *op. cit.*, стр. 302, М. Чубински: *op. cit.*, стр. 175-177, М. Аћимовић: *op. cit.*, стр. 160, М. Доленц, А. Маклецов: *op. cit.*, стр. 111. Поједини аутори нашег доба, такође, не обрађују методолошке поступке за оцену, као Lj. Selinšek: *op. cit.*, стр. 287.

<sup>114</sup> В. Камбовски: *op. cit.*, стр. 707.

диктира издвојено посматрање свих релевантних околности случаја, које се остварује у неколико корака. Најпре се свакој околности одређује облик дејства на казну, олакшавајући или отежавајући, да би се у следећем сегменту суд бавио мерењем интензитета тог дејства. Потом се низ тако добијених појединачних оцена сумира у коначну казну. Очито је да се овај метод заснива на механицистичком виђењу стварности, те се као његов основни недостатак појављује то што се случај не посматра као јединствена целина, већ као мозаик састављен из „расцепканих“ сегмената. Њиме се раскидају „живе“ везе између околности, те основна мана оваквог угла посматрања лежи у томе што се губи из вида њихово корелативно дејство, међусобна интеракција и преплитање. Ниједна појава, реално посматрано, није аутархична и потпуно у себе затворена, а аналитички метод полази од управо супротне претпоставке. Он се заснива на тзв. моделу простог идентитета, по којем је свака појава увек исто, непромењиво једно, или идентична самој себи. Тако се занемарује противречна природа сваке чињенице, која варира у различитим комбинацијама са другим околностима. То значи да се у спојевима примарно, изоловано процењено дејство појединачних фактора некада модификује, те се неки од њих могу међусобно неутралисати или, попут катализатора у хемији, појачавати или умањивати дејство један другоме. Није искључено ни то да неки фактори, када се посматрају у тоталитету, потпуно метаморфозирају, претварајући се у супротност резултату самосталне оцене.

Ово није једина мана анализе. Неки теоретичари сматрају да је овакав метод немогуће практично применити, јер је то изискује време и доводи до одуговлачења поступка.<sup>115</sup> Судија, међутим, није у позицији да се до танчина упушта у анализу свих фактора, пошто је у скученом времену притиснут процесном економијом „принуђен“ да брзо пронађе одговор. Поменута констатација можда више важи за системе са архитектоницом судског поступка која је слична нашој, него за англосаксонску процедуру, у којој се одмеравање казне одвија на посебном рочишту. Оно што судија, према Атанацковићевој сугестији, може да учини је да околности групише према истој природи, ради потраге заједничког, групног дејства на казну, уместо да се претерано студиозно бави сваким од њих.

---

<sup>115</sup> Д. Атанацковић: *op. cit.*, стр. 98. и В. Камбовски: *op. cit.*, стр. 708.

Други логички пут је синтетички. Уопштено посматрано, синтеза се темељи на схватању појава као динамичких система, у којима у једној равни постоје међусобни односи између различитих, некада и супротних елемената, али и односи између елемената и целине, у другој равни. И сами елементи се посматрају као поларизовано дијалектичко јединство, а не као прости идентитети. Евидентно је да се то у многама разликује од претходног схватања о појавама као простим механичким скуповима у себе затворених елемената. Примењен у овом контексту, синтетички метод значи формирање јединствене слике о делу и учиниоцу, да би се на основу таквог утиска одредила казна. Оно што је пресудно за избор казне јесте та укупна импресија, а не збир појединачних оцена, као код анализе.

Иако већина аутора само констатује постојање ових метода, без настојања да их ближе објасни и без назнаке који је од њих прихваћен у судској пракси, малобројни међу њима запажају да су судије наклоњеније примени синтезе.<sup>116</sup> Да не би било схваћено као преоштра критика на рачун домаћих теоретичара, требало би поменути да није чудно то што се не изјашњавају о прихваћеном методу, пошто је тешко реконструисати психичке процесе судије на основу штуре шаблонске и недовољно образложене констатације да је казна настала оценом „*свих олакшавајућих и отежавајућих околности, а нарочито*“, тако честе у домаћим пресудама. Популарност синтетичке методе извире отуда што се формирање више интуитивног закључка чини бржим и лакшим путем од издвајања појединачних околности и квантификовања њиховог дејства. Највећа опасност таквог приступа оцени потиче отуда што судија у великом броју случајева одлуку о казни, донету на општој интуитивној оцени, настоји да рационализује и логички „подупре“ конструисањем олакшавајућих и отежавајућих околности према потреби. То значи да се реална слика о кривичној ствари у оваквом процесу одмеравања „криви“ и „штелује“ како би логички суд о казни формално био поткрепљен адекватним аргументима. У том смислу се дејство неких фактора или прецењује или потцењује, не би ли одмерена казна деловала одрживо. О томе ће бити више речи у неким

---

<sup>116</sup> Љ. Бавцон: *Неколико примедба у вези са применом кривичних санкција у пракси наших судова*, ЈРККП, бр. 2, 1966. године, стр. 228, Ж. Хорватић: *Казнено право ...*, стр. 200. и В. Камбовски: *op. cit.*, стр. 708.

другим деловима излагања, где ће бити указано које се чињенице и због чега најчешће користе за описани вид једне, пре свега, несвесне манипулације.

Да ли је бољи аналитички или синтетички метод не представља питање на које треба давати одговор само на основу поменутих предности и мана. За доношење коначног суда је веома значајно да ли је процес одмеравања казне нормативно усмерен неким циљевима и у чему се конкретно они састоје. Бавцон је указао на овај аспект проблема, тврдећи да различите сврхе кажњавања имају и различите кореспондирајуће методе.<sup>117</sup> Другим речима, методи оцене релевантних околности представљају логичну последицу прихватања одређене криминално-политичке стратегије. Тако је по њему синтетички поступак одговарајуће решење само за оне системе који прихватају доктрину о заслуженој казни. Било каква аналитика ту није могућа, јер би по њему значила мерење нечега што је немерљиво, тј. онога што је неко заслужио. Ако се пред казну постави захтев ефикасне заштите друштва од криминалитета или захтев рехабилитације учиниоца, синтетички метод постаје неупотребљив. Опште импресије о случају тешко да би нам помогле да одредимо казну у тако назначеном правцу. Остваривање одређених генерално и специјално-превентивних циљева је могуће само уз примену аналитичког метода, док се општи утисци овде чине бескорисним. Детаљна анализа индивидуалних и ширих околности случаја, често и уско стручна експертиза, представљају предуслов за одмеравање сваке казне која пледира да ресоцијализује учиниоца. Синтетички метод није солидан пут за проналажење казне са тако пројектованим циљевима.

Велико је питање колико је ово схватање, у целини посматрано, исправно и прихватљиво. Тако би се могао бранити став да свака сврха има свој метод, али не и неки други закључци. Запажање да се код заслужене казне мери нешто немерљиво је претерано, јер је, и поред свих проблема везаних за мерење друштвених појава, тежина кривичног дела ипак много мерљивија од вероватноће да ће казна позитивно утицати на учиниоца или на остале чланове друштва. Прогнозе тог типа су, како је раније показано, мање-више непоуздане.

---

<sup>117</sup> Љ. Бавцон: *op. cit.*, стр. 227. и 228. Исто и Ж. Хорватић: *Казнено право ...*, стр. 200.

На избор метода утиче и начин на који су прописане релевантне околности. Свака законска подела на олакшавајуће и отежавајуће, по логици ствари, сугерише примену аналитичког метода. Али, ако се законодавац определио за генералну клаузулу или систем унапред невреднованих околности, он је тиме послао имплицитну поруку у прилог синтетичког метода.

Када се све узме у обзир, постаје јасно да аналитички и синтетички метод није исправно посматрати као сукобљене супротности, које се међусобно искључују. Посматрано са аспекта логике, ради се о комплементарним поступцима, са истом функцијом, функцијом испитивања сложених појава. Док анализа води људско мишљење од целине ка деловима, синтеза се креће од делова ка целини, тако да се оне заправо допуњују. У теорији кривичног права се зато и препоручује њихово комбиновање, а разлог више је и то што су данас прихваћене мешовите теорије о циљевима кажњавања. Све оне се могу „покрити“ једино мешовитим, аналитичко-синтетичким методом. То подразумева да се у првој фази на основу општег утиска долази до неке почетне, оријентационе казне, која се у следећем сегменту рада коригује навише или наниже вредновањем сваког појединачног фактора, што је и пресудно за коначни избор.<sup>118</sup> По питању избора метода има и становишта да суд у конкретном случају може да примени један или други, али може и да их комбинује према свом нахођењу,<sup>119</sup> што се не би могло прихватити.

Међутим, проблем оцене релевантних околности и дилеме око проналажења адекватног метода нису свуда подједнако актуелни. Штавише, има система у којима је ово питање прилично незанимљиво и готово без практичног значаја. Ово стога што су прихваћене детаљне нумеричке смернице, које суду не остављају богзна какав простор за слободну оцену. Овде се његова улога своди на пуко збрајање бодова са веома ограниченим могућностима да се у процес одмеравања уведе нека правилима непредвиђена околност, која би се могла слободно вредновати.

---

<sup>118</sup> З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 276, Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 265, М. Бабић, И. Марковић: *op. cit.*, стр. 409. и др.

<sup>119</sup> Д. Јовашевић: *op. cit.*, стр. 234.



#### 4. Место редовног одмеравања казне у систему кривичног права

Проучавање редовног одмеравања казне не би било потпуно без сагледавања његовог места у систему кривичног права, које је најлогичније започети упоређивањем са осталим облицима одмеравања. У овом контексту, битни су и неки други кривичноправни институти, чијим се дејством модификује изречена казна, попут условног отпуста, помиловања и амнестије.

##### 4.1. Однос редовног одмеравања са осталим облицима одмеравања казне

Наша савремена теорија кривичног права усваја поделу одмеравања на законско, судско и административно, засновану на органу који га врши. Потекла из предратне догматике, тачније из учења Томе Живановића,<sup>120</sup> она се одржала све до данас (вероватно због научног ауторитета њеног творца), типски се преноси и провлачи кроз готово све радове о овој теми и то, по правилу, без икаквог критичког коментара. Насупрот већини, Стојановић не прихвата наведену класификацију, оправдано тврдећи да се у случају када законодавац прописује казне не може говорити о одмеравању у правом смислу те речи.<sup>121</sup> Систем релативно одређених казни, који представља стандард савременог кривичног права, често садржи тако широке казнене оквире, да прилична удаљеност између посебног минимума и максимума не даје за право да закључимо да је законодавац, чак ни *in abstracto*, вршио некакво одмеравање. Полазећи од премисе да је једино „судско“ одмеравање „право“, овде ће заправо бити анализиран међусобни однос између његових различитих варијетета – редовног, ванредног и посебног. Уосталом, утицај „законског“ на „судско“ одмеравање је раније прокоментарисан у излагању о казним распонима, те би овде представљао не само непотребно понављање, него и недопустиву логичку инкохерентност са (од стране аутора) прихваћеним поимањем одмеравања.

---

<sup>120</sup> Т. Живановић: *Основи кривичног права, Општи део*, Београд, 1910. године, стр. 300. и сва каснија издања.

<sup>121</sup> З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 270.

#### 4.1.1. Редовно одмеравање и ублажавање казне

Посматрана у тоталитету правила о одмеравању, због своје бројности и сложености, заслужују да буду третирана као посебан подсистем у систему кривичног права. Не треба заборавити ни чињеницу да је страна наука, немачка на пример, уважавајући поменуте карактеристике издвојила ову материју, сачинивши од ње самосталну кривичноправну дисциплину. Међутим, како год перципирали одмеравање, као подсистем или самостални систем, несумњиво је да његово „везивно ткиво“ или „скелет“ чини прокламована сврха кажњавања. Отуда свака изречена казна, без обзира на то како је настала – редовним, ванредним или посебним облицима одмеравања, мора бити у функцији њеног остваривања. При томе, не може остати непримећено да сама природа ублажавања, којим се отвара упоредно проучавање, у већој мери кореспондира са специјално-превентивним, него са генерално-превентивним циљевима. Када је у питању друга смерница редовног одмеравања, тј. казнени оквир, јасно је да она код ублажавања не фигурише на исти начин, као лимит изван којег се не сме ићи. Управо супротно, овај институт представља одступање или изузетак од тог правила, јер омогућава да се изрекне казна другачија од предвиђене за односно дело, тј. по мери или по врсти блажа од прописане. Ублажавање је поникло на запажању да је некада и посебни минимум, с обзиром на околности конкретног случаја, престога реакција, те би изречена казна требало да иде испод ове границе или би чак требало прибећи замени другом блажом врстом казне. То је и навело поједине теоретичаре да се запитају да ли је сам концепт ублажавања у складу са принципом законитости.<sup>122</sup> Међутим, не би требало исхитрено закључити да је прописани оквир занемарљивог значаја, пошто се овим обликом одмеравања заобилази. Његов значај је можда уочљивији на примеру посебног минимума, од чије висине, по изричито израженој вољи законодавца, зависе границе ублажавања (чл. 51. ст. 1. Кривичног законика Републике Србије).<sup>123</sup> Позитивно право, са друге стране, у овом контексту не помиње посебни максимум, али је, полазећи од смисла и суштине института

<sup>122</sup> Видети у Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 268.

<sup>123</sup> *Службени гласник Републике Србије*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09 и 212/12.

ублажавања, тешко бранити тезу да је ирелевантан. Штавише, он би се могао посматрати и као нека врста индикације степена оправданости примене ублажавања и као једна од околности за одређивање конкретне мере ублажавања. Што је законодавац поставио виши посебни максимум, то је ублажавање теже помирити са његовим интенцијама у вођењу казнене политике за дато кривично дело. Уосталом, у прилог тези говори и ранији Основни кривични закон. Он је садржао одредбу, по којој ће суд приликом одлучивања о мери ублажавања „узети у обзир најмању и највећу меру прописане казне“ (чл. 43. ст. 2. ОКЗ-а),<sup>124</sup> али се ова смерница у стварању новог законодавства изгубила. Наравно, заговорници тезе да се ублажавање казне налази у функцији смањења непотребне репресивности законодавца све ово би посматрали на потпуно супротан начин. Високи максимум би се из ове визуре могао протумачити као сигнал и позив суду да коригује претерану стогост изражену у прописаној казни, управо коришћењем института ублажавања.

Битан аспект повезаности редовног одмеравања и ублажавања односи се на чињеницу да они „деле“ или међусобно „позајмљују“ своје инструменте. То је евидентно из законске одредбе да је ублажавање могуће и када постоје „нарочито олакшавајуће околности и оцена суда да се у конкретном случају и ублаженом казном може постићи сврха кажњавања“ (чл. 56. ст. 3. КЗ-а). Овај облик је у домаћој теорији, сада већ традиционално, познат као тзв. судско ублажавање, иако је више пута истакнут приговор неадекватности назива.<sup>125</sup> Очигледно је да се као основ за ублажавање појављују инструменти редовног одмеравања, тј. олакшавајуће околности, али само уз претпоставку да су „нарочите“. Историјски посматрано, ублажавање је на основу олакшавајућих околности било могуће и раније, али је тек са ступањем на снагу Кривичног закона из 1976. године, био постављен као додатни услов да су „особите“ (чл. 42. ст. 2.). Унете измене су својевремено изазвале бурну расправу, са веома различитим схватањима. Поједини теоретичари су заузели став да је измена више редакцијске природе, те да нема

---

<sup>124</sup> Видети у Љ. Лазаревић: *Кривични закон СРЈ са краћим коментаром*, Београд, 1999. године, стр. 113.

<sup>125</sup> Термин је потекао отуда што је код овог облика степен слободе суда већи него код тзв. законског ублажавања. Међутим, нити законско значи да суд мора аутоматски применити одредбе закона, нити судско подразумева да уопште није везан законом. З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 277.

потребе за другачијим тумачењем и применом,<sup>126</sup> други су указивали на потпуно ново значење одредбе, усмерено на сужавање примене института,<sup>127</sup> а трећи нису негирали иновирање, али у њему нису видели покушај ограничавања употребе, већ инсистирање законодавца на томе да судови пажљивије и прецизније образлажу своје одлуке, уместо да механички и површно понављају исте разлоге и код редовног одмеравања и код ублажавања казне.<sup>128</sup> Промена атрибута олакшавајућих околности од особитих ка нарочитим није од суштинског значаја, пре ће бити да је по среди стилизовање формулације, како су у питању синоними, при чему је нова редакција у већој мери у духу српског језика.

Оно што се неумитно јавља као проблем јесте изналажење критеријума на основу којих би се вршила процена да ли су „обичне“ прерасле у „нарочито“ олакшавајуће околности. Чини се да је интензитет њиховог деловања, њихова упечатљивост у квантитативном и квалитативном смислу неопходан услов за претварање олакшавајућих околности у ублажавајуће, иако их Законик тако не назива. Другим речима, оне треба да буду такве да знатно смањују степен неправда и степен кривице, тако да се апстрактна законска казна показује као неодговарајућа и престрога за дати случај. Тако би у овом контексту, од чисто субјективних околности, био релевантан онај степен кривице, који се налази на минимуму неопходном за постојање дела; смањена урачунљивост у граничном појасу ка битно смањеној урачунљивости; побуде које превазилазе границе уобичајно племенитих или морално позитивних, какве би се у другим ситуацијама могле сматрати разлогом за похвалу или јавно признање и слично. Од потенцијалног значаја за ублажавање могу бити и ранији живот и личне прилике, као комплекси чињеница на основу којих се упознаје његова личност за потребе специјалне превенције, при чему посебно место заузима податак да дело представља случајну епизоду, а не резултат општег асоцијалног стила живота. Природа тзв. држања после учињеног кривичног дела чини овај корпус веома погодним да се из њега „извуку“ околности за ублажавање, посебно ако се ради о пријављивању и предаји,

---

<sup>126</sup> Видети М. Ђорђевић: *Основне карактеристике новог Кривичног закона СФРЈ са становишта примене у пракси*, ЈРККП, бр. 2, 1977. године, стр. 15.

<sup>127</sup> Д. Атанацковић: *Дискусија*, ЈРККП, бр. 2, 1977. године, стр. 212.

<sup>128</sup> Љ. Бавцон: *Дискусија*, ЈРККП, бр. 2, 1977. године, стр. 225-226.

признању које доприноси утврђивању материјалне истине, и свим активностима усмереним на поправљање последица и намирење жртве кривичног дела. Јачина повреде или угрожавања заштићеног добра дошла би у обзир уколико су произведене последице минималне, али не у тој мери да се може применити институт дела малог значаја.

У делу наше теорије постоји схватање да је довољна само једна околност да се прибегне коришћењу овог овлашћења, засновано на идеји да је за оцену довољности ублажене казне кључно да ли се њоме остварује сврха кажњавања, а не да ли се у конкретном случају појавила само једна или више олакшавајућих околности.<sup>129</sup> Није искључено да само једна чињеница оствари доминантан утицај и да печат читавом случају, посебно ако се са друге стране не налазе никакве отежавајуће околности или су оне, уколико постоје, минорног значаја. По нашем мишљењу ради се о замени теза и занемаривању јасног законског текста. Законик помиње околности, а не околност, те наведено схватање не одговара стриктном језичком значењу. Иако наш језик познаје тзв. метонимску замену (могућност да се једнином значи множина и обрнуто), позивање на стилске фигуре у тумачењу правних прописа, било би, у најмању руку, неумесно. Поједини аутори су указали на то да је описано погрешно тумачење уграђено у домаћу судску праксу, што је својим ставом својевремено потврдио и Врховни суд.<sup>130</sup> Тако је нешто што би требало да буде изузетак у одмеравању постало његово правило. Чак и да законски текст даје за право да се једној околности припише овакво дејство, остаје да се запитамо да ли би постојање такве околности, која једно дело чини квалитативно лакшим, због своје природе завредила да буде стављена у ранг привилегујућих, прописивањем лакшег облика кривичног дела.<sup>131</sup>

Факултативност ублажавања казне и правила логичког тумачења *argumentum a maiore ad minus* омогућавају размену инструмената и у супротном смеру. Тако се сви они фактори наведени у Законику као основи за ублажавање

---

<sup>129</sup> У старијој теорији има много више заговорника, а у новијим делима се овај став проналази једино код Љ. Лазаревића. Он не негира могућност ублажавања на основу једне, маркантне олакшавајуће околности, али истовремено признаје да је оно свакако оправданије када их има више. Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 269.

<sup>130</sup> Пресуда ВСС Кж. 442/72, наведено према З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 250.

<sup>131</sup> З. Стојановић: *loc. cit.*

могу „пребацити“ у процес редовног одмеравања, под условом да је суд стекао уверење да се ублаженом казном не може остварити сврха кажњавања. У том смислу и законске ублажавајуће околности – прекорачење граница нужне одбране, прекорачење граница крајње нужде, изазивање опасности из нехата код крајње нужде, компулзивна сила и претња, битно смањена урачунљивост, отклоњива правна заблуда, покушај, помагање и одсуство личног својства код помагача или подстрекача (чл. 56. ст. 1. КЗ-а), могу одиграти улогу олакшавајућих. Све то говори да је законска и теоријска подела на олакшавајуће и ублажавајуће околности крајње релативна, јер једна те иста чињеница, у зависности од сплета осталих околности, може бити третирана на један или на други начин. Дакле, разлика се некада испољава више у функционалном смислу, него у некаквој природи и садржини чињенице, која би сама за себе била довољна да се она категорише у тачно одређену групу. То што је законодавац сачинио посебне каталоге олакшавајућих и ублажавајућих околности говори о томе да се неке чињенице типично, дакле, у највећем броју случајева, јављају у одређеној функцији, што никако не искључује могућност да у специфичном контексту преузму и другу улогу.<sup>132</sup>

И ублажавајуће и олакшавајуће околности представљају институте општег дела кривичног права и требало би да имају универзални карактер, што подразумева могућност примене код свих инкриминација. Међутим, од тога постоје изузеци. Прво, међу ублажавајућим околностима има и таквих које везане само за поједина кривична дела,<sup>133</sup> што код нас није случај са олакшавајућим и отежавајућим околностима. Друго одступање је настало изменама Кривичног законика из 2009. године,<sup>134</sup> када је ублажавање забрањено за читав низ хетерогених кривичних дела. На листи су се нашли: отмица (чл. 134. ст. 2. и 3.), силовање (чл. 178.), обљуба са немоћним лицем (чл. 179.), обљуба са дететом (чл.

---

<sup>132</sup> Т. Живановић: *Систем расправа о систему кривичног права и примени у другим правним и ванправним наукама*, Београд, 1966. године, стр. 54. и С. Франк: *Теорија казненог права по Кривичном законнику из 1951. године*, Загреб, 1955. године, стр. 240.

<sup>133</sup> У нашем законодавству је ова појава прилично ретка. Постоји, на пример, код самовољног одсуства и бекства из ВРС, ако се учинилац добровољно јави надлежном органу ради вршења војне службе (чл. 399. КЗ-а).

<sup>134</sup> Члан 11. став 2. Закона о изменама и допунама Кривичног законика, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 72/2009.

180.), изнуда (чл. 214. ст. 2. и 3.), неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога (чл. 246. ст. 1. и 3.), недозвољени прелаз државне границе и кријумчарење људи (чл. 350. ст. 3. и 4.) и трговина људима (чл. 388.). Осим код наведених кривичних дела изричито је прописано и да се казна не може ублажити ни у случају специјалног поврата. Домаћа теорија је веома негативно оценила искључење ублажавања, наводећи као аргументе криминално-политичку неутемељеност и супротност са правном природом општих института.<sup>135</sup>

#### 4.1.2. Редовно одмеравање и ослобођење од казне

Специфичност ослобођења од казне, потекла отуда што представља одступање од правила да свако ко учини кривично дело треба да буде кажњен, довела је до различитог поимања његове правне природе. Тако се, поред уобичајног схватања о ослобођењу од казне као варијанти одмеравања, срећу и мишљења да се ради о судском помиловању,<sup>136</sup> посебном основу за гашење казне,<sup>137</sup> кривичној санкцији *sui generis*,<sup>138</sup> мада има и оних који сматрају да је мешовите, хибридне природе, пошто обухвата елементе више различитих установа.<sup>139</sup> Иако постоји много аргумената у прилог тези да је у питању кривична санкција – изриче га суд у кривичном поступку према учиниоцу кривичног дела, ако су испуњени законом предвиђени услови; постоје елементи репресивности у виду негативних последица које трпи лице ослобођено од казне, додуше, другачије врсте него лишавање или

<sup>135</sup> З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 279. и Н. Делић: *Забрана (искључење) ублажавања казне у извесним случајевима*, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, IV део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2010. године, стр. 187.

<sup>136</sup> Старија теорија је посебно била наклоњена овом схватању. С. Франк: *op. cit.*, стр. 242, Ф. Бачић: *op. cit.*, стр. 439. Међу савременим ауторима, такође, постоје његови заговорници, видети М. Бабић, И. Марковић: *op. cit.*, стр. 413.

<sup>137</sup> Т. Живановић: *Основи кривичног права Краљевине Југославије*, Београд, 1935. године, стр. 371.

<sup>138</sup> У предатној теорији М. Аћимовић је први ослобођење сврстао у сурогате казне. М. Аћимовић: *op. cit.*, стр. 127. Од савремених аутора би требало поменути Љ. Радуловић, која је веома детаљно разрадила ову тезу. Љ. Радуловић: *Ослобођење од казне*, докторска дисертација (необјављена), Београд, 1987. године, стр. 46. Сличног схватања је и З. Стојановић: *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције*, зборник Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције, Златибор, 2009. године, стр. 19. и др.

<sup>139</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 272.

ограничење присутно код осталих санкција; увођење у казнену евиденцију и друго – у оквиру ових излагања ослобођење од казне биће третирано као облик одмеравања. Формално посматрано, законска систематика не даје простор за другачије виђење,<sup>140</sup> те би позитивноправни аспект требало уважити независно од предлога шта би се евентуално, *de lege ferenda*, могло учинити са његовим местом у систему кривичног права.

Историјски посматрано, институт ослобођења од казне је упечатљиво неспојив са апсолутним теоријама о циљу кажњавања, те је основна логичка претпоставка за његову појаву и функционисање заокрет ка другим, савременијим идејама. Међутим, неки и данас негирају његов капацитет да оствари и генерално-превентивне и специјално-превентивне учинке, закључујући да чак делује стимулативно на потенцијалне учиниоце.<sup>141</sup> У том смислу, његова примена би била целисходна једино код епизодних дела. Са друге стране, у концепту ресторативне правде ослобођење не делује нимало дисонантно пошто он, полазећи од различитих недостатака и штетних последица класичног реаговања применом казне, предност даје алтернативном поступању. У контексту нашег позитивног права, несумњиво је да овај институт, исто као и ублажавање, више усмерен на остваривање специјално-превентивне компоненте из комплексно одређене сврхе кажњавања. Вероватноћа њеног остваривања је кључни момент за доношење одлуке о ослобођењу. Како је институт факултативне природе, суд није у обавези да учиниоца ослободи од казне у случају постојања неког од законских основа, а пресудан критеријум на основу којег оптира ову могућност јесте претпоставка да ће се и без изрицања казне постићи сврха кажњавања.

Чисто језичко значење термина ослобођење од казне могло би створити погрешан утисак да је прописани оквир овде нешто ирелевантно, јер се у потпуности „избегава“. Право стање ствари је управо супротно, о чему најјасније говоре нови основи за ослобођење од казне – поравнање између учиниоца и оштећеног (чл. 59.) и стварно кајање (чл. 58. ст. 3.). Законодавац је проценио да није криминално-политички оправдано да ове околности имају примену код свих

---

<sup>140</sup> Одредбе о ослобођењу од казне су смештене у део о одмеравању казне (други одељак четврте главе КЗ-а).

<sup>141</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 273.



дела, те их је везао за она забрањена казном затвора до три године или новчаном казном у случају поравнања, односно, прописаном казном затвора до пет година за стварно кајање.

Начин на који је нормативно постављено ослобођење од казне указује на неупоредиво мањи степен слободе суда у односу на постојећи при редовном одмеравању. Настојећи да институту да значај изузетка, законодавац је слободу суда, уколико се у конкретном случају појавио неки од основа за ослобођење, свео на дисјункцију за или против. Тако он бира само између тога да ослободи или не ослободи од казне (када се активира нека друга алтернатива, ублажавање или редовно одмеравање). Уважавање било које околности изван датих је забрањено, што је много другачије у односу на редовни пут, када је суду остављено да урачуна у казну све што сматра релевантним, независно од тога да ли се налази на листи олакшавајућих и отежавајућих околности или не. Каталог основа за ослобођење у нашем позитивном праву обухвата: прекорачење граница нужне одбране услед јаке раздражености или препасти изазване нападом (чл. 19. ст. 3.); прекорачење граница крајње нужде учињено под нарочито олакшавајућим околностима (чл. 20. ст. 3.); неподобан покушај (чл. 31.); добровољни одустанак (чл. 32.); добровољно спречавање извршења кривичног дела од стране саизвршиоца, подстрекача или помагача (чл. 32. ст. 3.); дело учињено из нехата ако последице тешко погађају учиниоца да изрицање казне не би одговарало сврси кажњавања; поравнање између учиниоца и оштећеног (чл. 59.) и стварно кајање (чл. 58. ст. 3.). У посебном делу, такође, има основа за ослобођење од казне.<sup>142</sup> Претходно набрајање потврђује тезу да и у односу редовног одмеравања и ослобођења од казне постоји размена инструмената, а тачка везивања су опет нарочито олакшавајуће околности код прекорачења крајње нужде. Оне уједно и разграничавају примену ублажавања и ослобођења од казне, како је за први институт довољан „обичан“ ексцес, док је други условљен постојањем нарочито олакшавајућих околности. Законодавац није ближе, ни примера ради, одредио појам нарочито олакшавајућих околности, чиме

---

<sup>142</sup> Као код реторзије увреде (чл. 170. ст. 3.); код удруживања ради противуставне делатности, ако припадник открије удружење пре него што је у његовом саставу или за њега учинио дело против РС (чл. 319. ст. 4.); код давања мита, ако учинилац пријави дело пре него што је сазнао да је откривено (чл. 368. ст. 4.) итд.

је тај задатак у потпуности препустио суду. Полазиште тумачења су, свакако, околности из члана 54. Кривичног законика, при чему важе све напомене учињене раније у излагању о ублажавању казне. Али, ако се пође од претпостављене кохерентности института ослобођења од казне и системског тумачења, онда би субјективне околности при прекорачењу крајње нужде морале имати велики значај. Да би се то разумело потребно је сетити се да се међу основима за ослобођење налази и прекорачење нужне одбране услед јаке раздражености односно препасти изазване нападом. За ексцес крајње нужде нарочито олакшавајуће околности нису уопште спецификоване, те долази у обзир било која чињеница, и субјективне и објективне природе. Како у стварности и крајња нужда представља стресну животну ситуацију, јер субјект реагује на присутну опасност по његово правно добро (евентуално добро другог), није неосновано претпоставити да ће у таквим околностима његово психичко стање трпети промене и изазвати другачије реакције од оних, условно речено, „нормалних“, какве се јављају у односу на свакодневна дешавања. Да не би било забуне, као и у свим осталим случајевима код којих према нашем праву има места ослобођењу од казне, и код установе крајње нужде примена ове мере подразумева постојање кривице учиниоца. Дакле, у односу на повреду учињену у отклањању опасности код учиниоца је постојала могућност расуђивања и одлучивања, одређени однос према учињеном делу и свест о противправности, односно, могућност и дужност постојања свести о противправности. Специфичност стања крајње нужде доводи до тога да лице није увек у стању да правилно процени меру, границе потребног деловања, што уосталом и доводи до ексцеса. Тако је веома реално да ће се приликом прекорачења крајње нужде међу нарочито олакшавајућим околностима наћи управо психички чиниоци. Од објективних околности најзначајније су јачина повреде или угрожавања заштићеног добра и околности под којима је дело учињено, јер говоре о степену нарушавања захтева сразмерности између колидирајућих добара. Што је сразмерност мање нарушена, то је већа оправданост ослобођења од казне.

Размена постоји и у супротном смеру. *Argumentum a fortiori* води ка степенастом одлучивању, те је теоретски могуће да у случају постојања неког основа за ослобођење суд „прескочи“ ублажавање и приступи редовном

одмеравању, али би то претпостављало посебан квантитет и квалитет отежавајућих околности, који би премашивао значај основа за ослобођење од казне.

#### 4.1.3. Редовно одмеравање и одмеравање казне за дела у стицају

Следећи сегмент излагања се односи на упоређивање редовног одмеравања са одмеравањем казне за дела учињена у стицају. Када је одмеравање казне за стицај у питању, не постоји универзални модел, а савремена кривична законодавства најчешће прихватају двофазно одлучивање, при чему се најпре одмерава казна за свако појединачно дело из састава стицаја, да би се потом по одређеном принципу све појединачне казне свеле на једну, јединствену.<sup>143</sup> Друга варијанта поједностављује процес, прескачући фазу одмеравања за појединачна дела, јер се сва посматрају као тоталитет, те јединствена казна настаје на директној оцени укупне криминалне активности учиниоца.<sup>144</sup>

Повезаност између редовног одмеравања казне и одмеравања казне за стицај се може регистровати на неколико равни. Обједињава их сврха кажњавања, као општа, заједничка смерница сваког избора казне. Међутим, када је казнени распон у питању настају значајне разлике. Он је неприкосновена датост за редовно одмеравање, док се, насупротив томе, јединственом казном код стицаја, по правилу, излази из оквира прописаних за свако појединачно дело. То је и разумљиво, јер она треба да представља одговор на, да је тако назовемо, укупну криминалну количину, а не на поједине њене сегменте. Теоријски посматрано, превазилажење оквира може добити најдрастичније размере применом неограничене кумулације, тј. простог збирања казни (тамо где постоји), посебно ако је у саставу стицаја већи број кривичних дела или дела веома различитих по тежини, ако се мера „искакања“ процењује полазећих од оних најлакших. Наше законодавство кумулацију предвиђа када је суд за појединачна дела одредио само новчану казну или само казну рада у јавном интересу, с тим што није дозвољено да збир пређе општи максимум за врсту

<sup>143</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 287, З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 284, Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 239, М. Бабић, И. Марковић: *op. cit.*, стр. 416. и др.

<sup>144</sup> Љ. Лазаревић: *loc. cit.*, З. Стојановић: *loc. cit.*, Д. Јовашевић: *loc. cit.* и др.

казне (чл. 60. ст. 2. тач. 4. и 5. КЗ-а). По логици ствари, ограничена кумулација би могла бити прикладно решење и када су одређене само казне одузимања возачке дозволе, мада је законодавац, из неразумљивих разлога, пропустио да нормира овај случај.<sup>145</sup> Асперација, такође, даје казну која надилази све појединачне прописане казне, али уз извесна ограничења. Тако овај систем подразумева да она не сме достићи збир свих појединачних казни нити прећи општи максимум за врсту казне (ово правило код нас важи у случају када су за сва дела одређене казне затвора, чл. 60. ст. 2. тач. 2. КЗ-а). Неретко законодавац прибегава постављању и других лимита, руковођен извесним криминално-политичким потребама. У нашем праву, рецимо, није дозвољено да јединствена казна пређе максимум од десет година, уколико су за сва појединачна дела из састава стицаја прописане казне затвора до три године, како би се избегло изрицање дуготрајних казни учиниоцима лакших кривичних дела (чл. 60. ст. 2. тач. 3. КЗ-а). Једино се код апсорпције поштује прописани оквир, додуше, само за најтеже дело; у односу на остала она представља својеврсно поштравање. Наше позитивно право познаје три случаја апсорпције. Казна од тридесет до четрдесет година апсорбује остале (чл. 60. ст. 2. тач. 1.); исто важи и за казну затвора од двадесет година, како се ради о општем максимуму (чл. 45. ст. 1. КЗ-а); нужна апсорпција настаје ако је за неко дело утврђена казна затвора од тридесет дана, а за друго казна затвора од шест месеци или дужа, као последица правила да се казне преко шест месеци не могу изрицати на дане (чл. 45. ст. 2. КЗ-а). Свеукупно посматрано, казнени оквири су код одмеравања за стицај меродавни само у првој фази. Природа стицаја диктира да се у другој фази они више не појављују као општа смерница, са изузетком принципа апсорпције, који значи задржавање у казеном распону прописаном за најтеже кривично дело.

Следећи фактор редовног одмеравања – олакшавајуће и отежавајуће околности – чине нужан инструментаријум и код одмеравања казне за стицај. Без обзира на то како се формира јединствена казна у првој фази се, по правилу, до казни за поједина дела долази уобичајним путем, применом олакшавајућих и отежавајућих околности. Поставља се питање да ли се код асперације њихова улога

---

<sup>145</sup> Ђ. Ђорђевић: *Актуелни проблеми одмеравања казне у нашем праву*, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, IV део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2010. године, стр. 174.

ту и завршава. Наиме, за разлику од осталих система, асперација не доводи непосредно до једне тачно утврђене или фиксне казне. У првом нивоу се као њен продукт појављује оквир омеђен, са једне стране, повишеном најтежом казном, а са друге, казном која је непосредно мања од збира свих казни или општим законским максимумом за дату врсту казне. Како у нашем кривичноправном систему не постоје тзв. неодређене казне потребно је изнаћи критеријуме на основу којих би се дошло до фиксног износа јединствене казне. Законски текст не садржи ниједну смерницу, а како се могу замислити различите комбинације, које резултирају прилично флексибилним оквирима, проблем није занемарљив. При том, ни поједини теоријски радови нису од помоћи, јер аутори закључују да битне околности представљају „*фактичко питање и да није могуће неко уопштавање*“.<sup>146</sup> Да ли то онда значи да се, у недостаку посебних мерила, суд може потпомогнути олакшавајућим и отежавајућим околностима? Ово не би било оправдано, јер би водило ка томе да се иста чињеница оцењује два или више пута, небитно да ли иде *in favorem* или *in reius* учиниоца. Неки теоретичари истичу да тако настаје посебан облик тзв. двоструког вредновања, иако се том синтагмом уобичајно означава поновно оцењивање околности из састава бића кривичног дела у процесу одмеравања казне.<sup>147</sup> Оно се при одмеравању казне за стицај, може појавити у два облика, те се поред поновног урачунавања олакшавајућих и отежавајућих околности вреднованих код појединих дела, често дешава да се јединствена казна обликује и према чињеници да је учинилац раније осуђиван, полазећи од утврђених казни за појединачна дела учињена у стицају.<sup>148</sup> Тако се губи из вида да је одређивање појединачних казни технички предуслов за формирање јединствене казне; оне су само елементи, који се по прихваћеним принципима на крају сливају у једну казну. Иначе, постоји много разлога за искључење дуплицитета при валоризовању, а они се могу свести на логичност, криминално-политичку оправданост и, у крајњем, на остваривање начела праведности и сразмерности, која

---

<sup>146</sup> Видети, на пример, Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић: *op. cit.*, стр. 333.

<sup>147</sup> М. Кокољ: *О потреби увођења у закон одредбе о забрани двоструког вредновања*, ЈРККП, бр. 1, 1990. године, стр. 51.

<sup>148</sup> На ову погрешну праксу је указано у М. Кокољ: *op. cit.*, стр. 61.

би свакако била нарушена ако би се казна више пута повећавала или смањивала на основу истих околности.

Инсистирање на стриктном подвајању околности битних за одређивање поједине казне од околности битних за јединствену казну добро звучи у теорији, али је некада у пракси тешко изводљиво. Ово тим пре што чињеница узета у обзир код одмеравања казне за поједино дело може добити нови квалитет ако се посматра на ширем плану, имајући у виду и остала кривична дела.<sup>149</sup>

У сваком случају код јединствене казне би у фокусу требала бити укупна оцена свих кривичних дела, њихов међусобни однос и њихова мања или већа самосталност, као и однос учиниоца према свим делима.<sup>150</sup> То би у првом реду значило да суд води рачуна о типу стицаја, иако такав захтев, *expressis verbis*, не постоји у нашем позитивном праву. Тако се с пуним правом сугерише да идеални стицај треба оцењивати блаже него реални. Структурално посматрано, у идеалном стицају дела немају самосталну физиономију, како сва извиру из једне, заједничке радње. Насупрот томе, реални стицај подразумева вишекратно деловање, и он заправо представља поврат, додуше, не у кривичноправном него у криминолошком смислу те речи. Свему би требало додати и то да на строже кажњавање утичу и чисто субјективни чиниоци; иза различитог фактицитета налази и различита психолошка позадина, јер у првој ситуацији постоји само једна, а у другој више одлука. У напоменама о структуралним специфичностима неизбежно је и сагледавање сродности дела, она може да сигнализира постојање специјализације и професионализације учиниоца, што захтева строжи третман.

Сумирањем изнетих запажања долази се до тога да је чињеницама попут јачине повреде или угрожавања заштићеног добра, степена кривице, мотива, околности под којима је дело учињено и држања после учињеног дела, оправдано дати простор у првој фази. Околности у функцији криминалне прогнозе, на пример, ранији живот са акцентом на претходну осуђиваност или личне прилике, не би требало понављати код свих дела, логичнија је њихова јединствена оцена у другој фази.

---

<sup>149</sup> Ж. Хорватић: *Казнено право ...*, стр. 207, 3. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 285.

<sup>150</sup> 3. Стојановић: *loc. cit.*

Претходно излагање представља упоредну анализу правила редовног одмеравања и одмеравања казне за стицај када су у питању пунолетна лица. Особности категорије малолетних учинилаца подразумевају постављање низа изузетака у односу на општи режим, а оне се постоје и у овом домену. Тако се малолетницима јединствена казна одмерава по слободној оцени за сва кривична дела (чл. 31. ст. 2. ЗОМУКД-а).<sup>151</sup> Њени оквири су одређени општим минимумом и максимумом, тако да она не може трајати краће од шест месеци ни дуже од пет година (чл. 29. ст. 1.). Изузетно, ако се у саставу стицаја налази дело за које је прописана казна затвора од двадесет година или у случају стицаја најмање два кривична дела за која је прописана казна затвора од десет година, малолетнички затвор се може изрећи у трајању од десет година (чл. 29. ст. 2.). Потпуно другачија техника овог модела, која не дозвољава да се дела сагледавају издвојено и понаособ, већ само у укупној маси, генерише мање могућности да се иста околност више пута вреднује.

#### 4.1.4. Редовно одмеравање и поштравање казне

Однос редовног одмеравања и поштравања казне у нашем праву има само историјски, али не и позитивноправни значај. Новелирањем Кривичног законика 2009. године продужено кривично дело је било проглашено факултативним основом за поштравање казне, али ово решење није било дугог века, како се од њега одустало у следећем реформском таласу 2012. године. У овом кратком временском интервалу суду је било омогућено да процењује да ли је оправдано и целисходно реаговати поштреном казном на продужено кривично дело, а то није било могуће учинити без уважавања (заједничке) сврхе кажњавања, али и критеријума из члана 54. У том смислу је комбинација сета отежавајућих и изостанка олакшавајућих околности, „позајмљених“ из подсистема редовног одмеравања, могла да учврсти уверење да „редовна“ казна није довољна да би се

---

<sup>151</sup> Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 85/2005.

остварили специјално-превентивни и генерално-превентивни циљеви. И обрнуто, постојање комплекса олакшавајућих околности, као противтеже чињеници континуираног понављања истих или истоврсних дела, могла је умањити оправданост или меру поштравања.

Раније је на примерима других облика ванредног одмеравања поменуто да уважавање казних оквира има другачији смисао у односу на редовно одмеравање. Другачије границе се подразумевају по природи ствари, а закоником су била постављена и посебна ограничења мере изласка из редовног оквира, те поштрена казна није смела прећи двоструки посебни максимум ни двадесет година затвора, осим у случају када је за неко дело из конструкције продуженог дела била прописана казна у трајању од тридесет до четрдесет година, када изречена казна није смела прећи лимит од четрдесет година (чл. 61. ст. 7. и 8.).

Друга страна међусобне повезаност се и овде манифестовала у томе што је суду, ако процени довољност редовне казне, преостајало да третира продужено кривично дело као обичну отежавајућу околност.

Враћањем дубље у правну прошлост може се приметити да су однос између упоређиваних типова одмеравања обележавали и други фактори. Вишеструки поврат је по Кривичном закону из 1976. године био нормиран као факултативни основ за поштравање, тако да су некада за њега, *mutatis mutandis*, важиле напомене учињене у односу на продужено дело. Занимљиво је да укидањем вишеструког поврата 2003. године, није било избрисано и поштравање, јер се законодавац определио да овај облик одмеравања задржи као могућност уколико је кумулативно испуњено више услова: ако је учинилац само једном раније био осуђен за умишљајно дело на најмање једну годину затвора; од извршења казне за раније дело није прошло више од пет година; да је за ново дело прописана казна затвора; да је ново дело учињено са умишљајем; да учинилац показује склоност ка вршењу кривичних дела.<sup>152</sup> Дискутабилност решења је резултирала тиме да није примењивано у пракси, те је разумљиво што се од њега одустало. Идући још више

---

<sup>152</sup> 3. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 322.



уназад, можемо видети да је у Кривичном законнику из 1929. године и специјални поврат имао улогу поштравајуће околности.<sup>153</sup>

Најочитија повезаност између посматраних видова одмеравања је, све до измена КЗСФРЈ из 1990. године, постојала у случају поштравања за тзв. особито тежак случај (чл. 41. КЗ СФРЈ). По законском одређењу он је настајао када је учинилац при извршењу показао нарочиту одлучност, упорност или безобзирност, када је дело изазвало нарочито тешке последице или је учињено под особито отежавајућим околностима. Било да су у питању поменуте субјективне или објективне околности, јасно је да се њихово значење гради на бази схватања „обичних отежавајућих“, које би у овом контексту требало да буду изражене у већем интензитету, превазилазећи размере у којима се уобичајно и стандардно јављају код датог дела, чинећи их маркантнијим и упечатљивијим но што то иначе јесу. Нешто слично је постојало и раније, јер је Кривични законик из 1929. године познавао истоимени институт, који је настајао ако је „злочиначка воља необично јака и ружна и дело због особитих околности под којима је учињено или због његових тешких последица нарочито заслужује тежу казну“ (пар. 75. ст. 2.).<sup>154</sup> Међутим, његово дејство није било идентично, јер је поред поштравања по мери било дозвољено и поштравање по врсти казне (пар. 75. ст. 1.).<sup>155</sup>

#### 4.2. Однос редовног одмеравања казне са условним отпустом

Разматрање односа између условног отпуста и редовног одмеравања казне није могуће започети без краћег осврта на питање његове правне природе. Традиционално, условни отпуст се сматра фазом у извршењу казне затвора. Корен овог схватања свакако лежи у историјату института, који се најпре фактички појавио у Маконокијевом бодовном, а потом и у ирском прогресивном систему

---

<sup>153</sup> М. Доленц, А. Маклецов: *op. cit.*, стр. 115.

<sup>154</sup> *Op. cit.*, стр. 113.

<sup>155</sup> *Idem.*

успостављеном Крофтоновим реформама.<sup>156</sup> Не треба заборавити ни то да је условни отпуст, у правно-догматском смислу, раније требало помирити са основним поставкама класичне школе. Захтев да казна буде сразмерна само тежини учињеног дела створио је као логичну последицу ирелевантност свих околности, које би се евентуално појавиле након извршења дела, тако да ни поправљање учиниоца, услед примене казне, на њу не би могло остварити никакве ефекте. Дакле, нужна претпоставка за инкорпорирање условног отпуста у овако фундиран идејни систем јесте постављање фикције да се и за време његовог трајања казна, додуше на специфичан начин, ипак извршава.<sup>157</sup> Теза о условном отпусту као фази извршења казне затвора се чешће среће у пенолошкој литератури,<sup>158</sup> мада се у новијим радовима из ове области о њему све више говори као о својеврсној алтернативи казни затвора.<sup>159</sup> У старијој теорији кривичног права има пуно заступника поменути „класичне“ тезе,<sup>160</sup> док су данас реткост,<sup>161</sup> како су учесталија запажања о сличности условног отпуста са условном осудом,<sup>162</sup> основима гашења кривичних санкција или законским сметњама за њихово извршење.<sup>163</sup> Неки су и скептични по питању одређивања правне природе, позивајући се на приличну хетерогеност међу усвојеним законским решењима, која спречава да се дође до јединственог одговора.<sup>164</sup>

Када се посматра дејство условног отпуста тешко је негирати да се њиме суспендује казна. По правилу, један њен део се не извршава или до тога долази

---

<sup>156</sup> Д. Радуловић: *Условни отпуст*, РККП, бр. 1, 2005. године, стр. 127. и Б. Ристивојевић: *Ново законодавно решење условног отпуста у светлу упоредног кривичног права*, зборник *Реформа кривичног правосуђа* (уредник В. Ђурђић), Ниш, 2010. године, стр. 168. и 169.

<sup>157</sup> З. Стојановић: *Условни отпуст: проблеми и перспективе*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 1-2, 1984. године, стр. 190.

<sup>158</sup> Видети на пример Р. Млађеновић-Купчевић: *Основи пенологије*, Сарајево, 1981. године, стр. 209, М. Милутиновић: *Пенологија*, Београд, 1988. године, стр. 319. и др.

<sup>159</sup> Поједини аутори се не изјашњавају експлицитно о правној природи, али се из систематике радова види њихов став, пошто условни отпуст сврставају међу супституте казне затвора. М. Бошковић, М. Радоман: *Пенологија*, Нови Сад, 2002. године, стр. 112. и С. Константиновић-Вилић, М. Костић: *Пенологија*, Ниш, 2006. године, стр. 259.

<sup>160</sup> М. Чубински: *Научни и практични коментар ...*, стр. 133, Ј. Таховић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 214. и др.

<sup>161</sup> На пример, Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 233.

<sup>162</sup> З. Стојановић: *Условни отпуст ...*, стр. 191, Љ. Јовановић: *Кривично право ...*, стр. 489, Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 217.

<sup>163</sup> А. Куртовић: *Устројство и правна природа увјетног отпуста*, Зборник радова Правног факултета у Риједи, бр. 2, 1995. године, стр. 314.

<sup>164</sup> Д. Радуловић: *op. cit.*, стр. 129.

само изузетно у случају опозива. У супротном, ако условни отпуст није опозван, казна више не постоји ни као правна могућност, она се дефинитивно гаси. Отуда су пре у праву теоретичари када повлаче паралелу са условном осудом, него заговорници поистовећивања са стадијумом извршења казне. Такође, најзначајнији контра-аргумент потоњем ставу јесте и чињеница да се време проведено на условном отпусту не урачунава у казну, уколико дође до опозива.

Пошто је констатовано да се условним отпустом модификује изречена казна затвора, иако се формално не преиначује пресуда у делу одлуке о казни, није неосновано поставити питање да ли се овим институтом, на изванредан начин, изнова врши одмеравање. У теорији је примећено да условни отпуст и у формалном и у материјалном смислу подсећа на административно одмеравање и систем неодређених осуда, какав је постојао у англосаксонском праву.<sup>165</sup> Формалне сличности су неупоредиво веће у земљама са административним, него са судским моделом условне осуде.<sup>166</sup> Наше право је имало искуства са оба модела, мада у дугој присутности института доминира доношење одлуке од стране различитих управних органа, заступљено од увођења условног отпуста 1869. године,<sup>167</sup> све до процесних реформи из 2002. године, када је извршена „јуридизација“ института.<sup>168</sup> Са друге стране, сличности у материјалном смислу постоје, јер условни отпуст казну одмерену у фиксном износу преображава у релативно (не)одређену, при чему улогу минимума игра издржани део казне, а улогу максимума изречена казна затвора.

Када се оставе по страни компаративноправни аспекти, нужно се поставља питање да ли се слична паралела између условног отпуста и редовног одмеравања казне може повући и у нашем систему? Да би се на њега одговорило, требало би у анализу увести сврху кажњавања, која очито представља руководни принцип оба упоређивана института. Прихватање мешовитих теорија свакако ствара дилему да

---

<sup>165</sup> З. Стојановић: *Условни отпуст ...*, стр. 192.

<sup>166</sup> У компаративном праву административни модел је заступљен у земљама англосаксонског правног круга, у САД, Енглеској и Велсу, Канади, а судски у континенталним правима, на пример, у Немачкој, Француској, Италији, Русији, иако има изузетака. Наведено према прегледу датом у Б. Ристивојевић: *op. cit.*, стр. 172-184.

<sup>167</sup> Д. Радуловић: *op. cit.*, стр. 127, напомена 1.

<sup>168</sup> Законик о кривичном поступку, глава XXX Поступак за примену мера безбедности, за одузимање имовинске користи, за опозивање условне осуде и за пуштање осуђеног на условни отпуст, чл. 522.

ли се истим компонентама даје предност код редовног одмеравања казне и код одлучивања о условном отпусту. Ако се посматрају позитивноправни услови за примену условног отпуста, изгледа да се он темељи на доминацији специјалне превенције и ресоцијализације: „Осуђеног који је издржао две трећине казне суд ће условно отпустити са издржавања казне, ако се у току издржавања *тако поправио да се са основом може очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да до истека времена за које је изречена казна не учини ново кривично дело*. При оцени да ли ће се осуђени условно пустити узеће се у обзир његово владање за време издржавања казне, извршавање радних обавеза, с обзиром на његову радну способност, као и друге *околности које показују да је у односу на њега постигнута сврха кажњавања*“.<sup>169</sup> Ово је битно другачије у односу на претходно решење, у којем се није говорило о „околностима које показују да је у односу на осуђеног постигнута сврха кажњавања“, већ уопштено о „околностима које показују да је постигнута сврха кажњавања“. То је и разлог што се раније, до ступања на снагу измена из 2012. године, код одлучивања о условном отпусту сврха кажњавања уважавала у тоталитету, о чему сведоче и следећи изводи: „... *ако разлози генералне превенције захтевају да се молби осуђеног за пуштање на условни отпуст не удовољи, суд ће молбу одбити иако се осуђени на издржавању казне довољно поправио*“ и „... *има места усвајању молбе за условни отпуст само ако је сврха кажњавања остварена у потпуности*“.<sup>170</sup>

Други ниво упоређивања се односи на релевантне околности које се узимају у обзир приликом одлучивања о условном отпусту, односно, приликом редовног одмеравања казне. Формални услови за примену отпуста варирају у компаративном праву, док у материјалном смислу постоји јединствени захтев да се осуђени поправио на издржавању казне на основу чега се и претпоставља да ће се добро владати на слободи.<sup>171</sup> Основни проблем са којим се суочава свако ко одлучује о условном отпусту јесте како проценити да је дошло до овакве позитивне промене. Потпуно поуздани показатељи не постоје, што сваку прогнозу будућег понашања

<sup>169</sup> Члан 46. став 1. Кривичног законика.

<sup>170</sup> Решење Окружног суда у Ваљевоу, Кж. 186/2002 и Решење Врховног суда Србије, Кж. 578/2009. Наведено према Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 217, напомена 328.

<sup>171</sup> М. Шуковић: *Условни отпуст*, Београд, 1971. године, стр. 92. и надаље. Наведено према Б. Ристивојевић: *op. cit.*, стр. 171.

осуђеног на слободи чини мање-више неизвесном. Да би се избегла или, боље речено, ублажила могућа арбитрерност, неједнакост и правна несигурност осуђених лица уобичајно је да се на нормативном плану општи захтев поправљања разрађује постављањем конкретнијих услова. Посматрано из визуре нашег позитивног права, операционализација поправљања садржи три индикатора: владање осуђеног на издржавању казне, извршавање радних обавеза с обзиром на радну способност и друге околности које указују да је у односу на осуђеног постигнута сврха кажњавања (чл. 46. ст. 1. КЗ-а). Принципијелно, сваки од њих може бити проблематичан. Добро владање које би, по речима једног теоретичара, требало да „компензује остатак казне“, <sup>172</sup> уопште не мора да проистиче из стварне промене у ставовима осуђеника и решености да мења животни стил. Није искључено да он само „игра улогу доброг затвореника“, јер је проценио да му се то више исплати. Манипулативне и опортунистичке адаптивне реакције осуђених лица, дефинитивно, шаљу искривљену слику о ефикасности казне, на шта је упозорено у теорији. <sup>173</sup> Посредно се може закључити да је посебан параметар који говори у прилог поправљања и изостанак дисциплинског кажњавања, пошто је новим решењима забрањено условно отпуштање осуђеника који су током издржавања казне два пута дисциплински кажњавани и којима су одузете додељене погодности (чл. 46. ст. 1.). <sup>174</sup> Рад у казнено-поправним установама је прича за себе; могућности организовања радног третмана су крајње скромне, а и када се примењује спорно је како оценити рад, пошто нема јасно дефинисаних мерила, а учешће већег броја оцењивача (инструктори, васпитачи, радници обезбеђења) може само да искомпликује доношење коначног суда. За изабрану тему су ипак од значаја само приговори који се могу упутити „другим околностима“. Законодавац је очигледно сматрао да повољна оцена владања и извршавања радних обавеза није довољна за доношење закључка о томе да је постигнута сврха кажњавања. Да ли је осуђени у стању да по отпуштању живи у складу са законом и не врши кривична дела не зависи само од доброг понашања за време издржавања казне и извршавања

---

<sup>172</sup> С. Франк: *op. cit.*, стр. 227.

<sup>173</sup> В. Туцаковић: *Условни отпуст са пенилошко-психолошког аспекта*, ЈРККП, бр. 3, 1968. године, стр. 442, 3. Стојановић: *Условни отпуст ...*, стр. 188. и др.

<sup>174</sup> Раније се забрана односила на осуђенике који су покушали бекство или су побегли из завода за извршење казне затвора у току издржавања казне (чл. 46. ст. 1.).

радних задатака, јер је остављена могућност да и друге околности буду узете у обзир. Оне су нека врста допуне прве две облигаторне околности, која је потенцијално у стању да одлуку о условном отпусту додатно изнијансира, било у позитивном било у негативном смеру. Постојање ове допуне, само по себи није спорно,<sup>175</sup> али проблем може настати отуда што се, у изостанку било какве назнаке шта се под „другим околностима“ подразумева, у пракси под њихов садржај погрешно могу подвести и чињенице раније уважене у процесу редовног одмеравања. Старија емпиријска проучавања указала су на постојање описаног двоструког вредновања, јер су регистроване одлуке о условном отпусту засноване на разлозима, који су били оцењени приликом одмеравања казне.<sup>176</sup> Новији радови садрже сличне констатације, говорећи о томе да се одлука често заснива на тежини кривичног дела, личним, породичним и социјалним приликама, склоностима ка живљању алкохола или наркотика, ставу оштећеног.<sup>177</sup> Не би требало заборавити да се у овом контексту све те чињенице налазе у функцији процене да ли је остварена сврха кажњавања или не, оне треба да верификују успех ресоцијализације или да покажу супротно, да није остварен никакав или занемарљив напредак. Отуда оне, и када се означавају истим термином као и околности релевантне за редовно одмеравање казне, треба да имају другачији садржај. Узмимо породичне прилике за пример – приликом доношења одлуке о условном отпусту оне добијају неке нове димензије, јер је значајно да ли осуђени за време издржавања казне одржава контакт са члановима породице, да ли је природа тих контаката позитивна или негативна, колика је учесталост посета и дописивања, да ли су наступиле промене породичног стања после осуде и слично. Све то би требало да покаже шта осуђеног чека „напољу“, по евентуалном изласку на слободу, како би се извршила процена могућности да води нормалан, социјализован живот. Очигледно је да се иза истог термина не налази подударан чињенични супстрат у случају редовног одмеравања и одлучивања о условном отпусту. Занимљиво је да су поједини аутори, говорећи на основу сопственог искуства у раду у комисији за условни отпуст, закључили да

---

<sup>175</sup> У нашој теорији се пре измена из 2012. године постојање „других околности“ оправдавало факултативношћу института и потребом уважавања и генерално-превентивних циљева. Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 217.

<sup>176</sup> Видети рад М. Шуковић: *Одлучивање о условном отпусту*, ЈРККП, бр. 1, 1968. године, стр. 102.

<sup>177</sup> Д. Радуловић: *op. cit.*, стр. 132.

су управо судије као чланови склонији да поступају као да поново суде осуђеном, што је потпуно парадоксално. Ова појава је вероватно један од разлога зашто се Препоруком Савета Европе о условном отпусту инсистира на успостављању јасних и изричитих мерила, која затвореник треба да испуни да би могао да очекује превремено отпуштање са издржавања казне (чл. 18.).<sup>178</sup>

Посебан аспект међусобних односа посматраних института настаје услед пречесте употребе условног отпуста, која се двојако може одразити на казнену политику судова. Прва штетна последица у системима са административним одлучивањем о условном отпусту настаје када суд региструје ову појаву и угради је у своју казнену реакцију, изричући строже казне, но што би то иначе чинио. Велика вероватноћа да ће казна бити умањена управном интервенцијом, у очима суда постаје отежавајућа околност; она, додуше, неће бити експлицитно наведена у образложењу, али ће вероватно бити „маскирана“ међу осталим околностима, чији се значај нужно мора предимензионирати. Да није у питању само теоријска спекулација на нивоу апстрактне опасности, показује пример САД. Осамдесетих година прошлог века анализом судске праксе уочено је да судије енормно увећавају казне, у настојању да „надиграју“ комисије за условни отпуст и спрече снижавање казни до неприхватљивих граница, када више нису у стању да остваре пројектоване циљеве.<sup>179</sup> Тринаест држава је због тога реформисало институт условног отпуста, преневши на суд овлашћење да већ приликом изрицања казне одреди део који се издржава у установи, односно, део који се под посебним надзором проводи ван ње.<sup>180</sup> У европским оквирима нису забележени овако радикални примери „инфлације“ условног отпуштања ни негативни повратни ефекти. Обимно истраживање спроведено крајем деведесетих година у више европских земаља открило је управо супротан тренд, опадање употребе. На тим резултатима је настала Препорука Савета Европе R (99)22 о прекобројности затворске

---

<sup>178</sup> *Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Conditional Release (Parole)*, R (2003) 22, од 24. септембра 2003. године.

<sup>179</sup> М. Дамашка: *О проблему рационализације кажњавања у САД*, *Наша законитост* бр. 3, 1980. године, стр. 67. и 68.

<sup>180</sup> L. Branham: *The Law of Sentency Corrections and Prisoners Rights*, Illinois, 1998. године, стр. 295, наведено према Д. Радуловић: *op. cit*, стр. 134.

популације,<sup>181</sup> са циљем да промовише употребу условног отпуста ради ублажавања овог свуда присутног проблема. Препорука га назива „*најделотворнијом мером*“ за смањење раста затворске популације, која уз то доприноси и реинтеграцији осуђених лица и као индивидуализована мера има предност над другим средствима, попут амнестије или колективних помиловања.<sup>182</sup>

Друга потенцијална штетна последица јесте обесмишљавање судског напора да се дође до адекватне казне, којом се постиже сврха кажњавања. Сазнање да неко други има коначну реч, да мења са пуно труда одмерену казну, свакако делује дестимулативно и може допринети да се комплексном процесу одмеравања приђе на мање студиозан и више механички начин.

Када је наше право у питању, теоретски посматрано, постоји могућност да реконцептуализовани условни отпуст доведе до заштравања казнене политике судова, посебно због тога што он није увек факултативне природе, јер постоји обавеза суда да осуђеног који испуњава законске услове (чл. 46. ст. 1.) отпусти са издржавања казне. Међутим, требало би нагласити и то да је ова обавеза донекле релативизиована тиме што суд слободно процењује један од нормираних услова, тј. да ли се осуђеник поправио у довољној мери да се са основом може очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да до истека времена за које је изречена казна неће учинити ново кривично дело. Поред поменутог обавезног, законодавац се определио и за постојање факултативног условног отпуста. Тако у одређеним случајевима суд може, али не мора, условно отпустити осуђеног који испуњава законске услове, и то: ако се ради о осуђеном на казну затвора од тридесет до четрдесет година, осуђеном за кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом (чл. 370. до 393а), кривична дела против полне слободе (чл. 178. до 185б), насиље у породици (чл. 194. ст. 2. до 4.), неовлашћену производњу и стављање у промет опојних дрога (чл. 246 ст. 4.), кривична дела против уставног уређења и безбедности (чл. 305. до 321.), примање мита (чл. 367.) и давање мита (чл. 368.). Исто правило важи и за осуђене од стране надлежних органа, односно, њихових посебних одељења, у поступцима вођеним у складу са

---

<sup>181</sup> *Recommendation of the Committee of Ministers to Member States Concerning Prison Overcrowding and Prison Population Inflation R (99)22*, од 30. септембра 1999. године.

<sup>182</sup> Видети чланове 23-25. Препоруке.



надлежношћу одређеном Законом о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других тешких кривичних дела, као и за лица која су више од три пута правноснажно осуђена на безусловну казну затвора, а није извршено брисање или не постоје услови за брисање неке од осуда (чл. 46. ст. 2.).

Чини се да описана трансформација условног отпуста говори о интенцији законодавца да стимулише судове на ширу примену овог института, који код нас није нарочито заступљен.<sup>183</sup> У време настанка дисертације још увек није било статистичких података који би показали да ли је нова норматива дала резултате у очекиваном правцу, тј. у правцу учесталије примене, на основу којих би се могли извучити и даљи емпиријски закључци о његовом евентуалном повратном дејству на казнену политику судова. Поред теоријске хипотезе о заштравању у случају енормног пораста броја условно отпуштених, могу се поставити и другачије предикције. Наиме, како ће у каснијем излагању бити детаљније показано, наши судови некада помало бојажљиво, да не кажемо конзервативно, реагују на новине у кривичном праву, о чему сведоче искуства са радом у јавном интересу или одузимањем возачке дозволе, на пример, чији се капацитети евидентно недовољно користе. Ако се то има у виду, онда није искључен ни известан отпор према тзв. обавезном условном отпусту, при чему се одбијање примене увек може бранити и оправдати управо кроз поменути слободну оцену да се учинилац није уопште или није у довољној мери поправио да би било оправдано пустити га на слободу пре истека изречене казне.

---

<sup>183</sup> О размерама коришћења условног отпуста најбоље говори статистика – у 2009. години је са издржавања казне затвора условно отпуштено 1.735 осуђених лица (или 16,07%), у 2010. години 1.681 (или 14,99%), а у 2011. години 990 (или 8,92%). Подаци су преузети из годишњих извештаја о раду Управе за извршење заводских санкција, који су доступни на [www.uiks.mpravde.gov.rs/cr/articles/izvestaji-i-statistika](http://www.uiks.mpravde.gov.rs/cr/articles/izvestaji-i-statistika).

#### 4.3. Однос редовног одмеравања казне са помиловањем и амнестијом

Помиловање и амнестија представљају политичке акте милости највиших органа државне власти којима се, између осталог, у корист учиниоца кривичног дела мења дејство правноснажне судске пресуде у делу одлуке о казни. Тако је и настала идеја да се дубље преиспита њихов однос са редовним одмеравањем.

##### 4.3.1. Редовно одмеравање и помиловање

Занимљиво је да постоје мишљења да се помиловањем нарушавају управо она начела на којима се темељи редовно одмеравање казне – начело законитости, сразмерности, једнакости и праведности, као што се и остваривање генералне превенције доводи у питање. Овакав став је инспирисан детаљном Бекаријином критиком института помиловања.<sup>184</sup> Наиме, ако је казна изречена на основу закона, свака даља интервенција је излишна и штетна, јер представља повреду принципа легалитета. Наравно, треба имати у виду да се онда као идеал остваривања овог начела сматрао систем апсолутно одређених казни, са којим је помиловање потпуно неспојиво. Сличан приговор важи и за начело сразмерности; уколико је испоштовано, нема потребе за било каквом накнадном корекцијом. Да помиловање не иде под руку ни са начелом једнакости грађана, види се из чињенице да не постоје формални услови, чијим би испуњењем дошло до његове примене. Оно је вазда било засновано на слободној оцени, те је тако отворена могућност да се у сличним ситуацијама потпуно различито поступи. Истовремено, може се рећи и да генерише неправду, и то не само на релацији помилованог и непомилованог, него и услед тога што се жртва ослобођењем учиниоца лишава сатисфакције. И остваривање генералне превенције је, по критичарима института, веома дискутабилно, јер: *„Ако се људима покаже да се злочини могу опростити и да казна није нужна последица злочина, онда се у њих побуђује нада у некажњивост и сугерише им се мисао да, када је већ могућ опрост, кажњавање више чин присиле*

---

<sup>184</sup> Ч. Бекарија: *op. cit.*, стр. 132.

неголи правде. Осим тога, кад владар кога помилује, изгледаће као да јавну сигурност жртвује ради сигурности појединца“.<sup>185</sup>

Слабо интересовање за институт помиловања у домаћој теорији довело је до тога да је веома тешко пронаћи неко подробније разматрање односа овог института са одмеравањем казне. Па ипак, и те малобројне и расуте напомене откривају различитост у схватањима и дају се класификовати у неколико група. Тако међу ретким ауторима, који су писали о помиловању, има оних који сматрају да се овај институт налази у функцији коректива казнене политике судова, чија је интервенција посебно оправдана, ако је регистрована појава диспаритета у кажњавању.<sup>186</sup> Очигледно је да се овим приступом преувеличава и прецењује улога органа који одлучује о помиловању; нити је он по својој надлежности дужан да тако помно и студиозно проучава судску праксу, не би ли дошао до закључка о неуједначености, нити је надлежан да предузима мере у циљу њеног превазилажења. Други су, полазећи од основне премисе да се помиловањем коригује одлука о казни, отворили нове аспекте за сагледавање повезаности помиловања и одмеравања. Тврдећи да не постоје ограничења, која би везивала надлежни орган у случају када се казна делимично опрашта, изнет је закључак да се казна од двадесет година може помиловањем преиначити тако да преостали део казне остане у распону између петнаест и двадесет година затвора.<sup>187</sup> Иако овај пример припада правној историји, данас би се, закључујући по аналогiji, исто решење *mutatis mutandis* могло применити у случају преиначења казне од тридесет до четрдесет година. Пошто се ради о распону у којем суд не може да изриче казну, следи да су могућности органа који одлучује о помиловању, у овом случају шире од могућности суда. Готово да и не треба трошити речи на објашњавање неисправности изнетог става, јер начело законитости спречава да се дође до такве казне, како у судском поступку тако и у поступку помиловања. Последњу групу

---

<sup>185</sup> Ч. Бекарија: *op. cit.*, стр. 132.

<sup>186</sup> Ј. Жуженић: *Институт помиловања у практичној примјени*, Наша законитост, бр. 7-8, 1963. године, стр. 343.

<sup>187</sup> А. Милојковић: *Казна строгог затвора од 20 година и помиловање*, ЈРККП, бр. 1, 1965. године, стр. 86.

представљају аутори, који сматрају да је неоправдано доводити у везу помиловање са казненом политиком судова, јер је та веза прилично слаба и посредна.<sup>188</sup>

Широко постављена садржина помиловања демантује последњи став, те је апстрактан законски капацитет овог института за кориговање судских одлука прилично велики. Међутим, ако је констатовано повратно дејство помиловања на казнену политику судова поставља се питање природе тог утицаја. Тако се у теорији често наводи да употреба помиловања ублажава казнену политику судова. Но, да ли је то заиста тако? Насупрот типском понављању констатације о ублажавајућем дејству, постоји и став да помиловање може да доведе до заостравања казнене политике судова.<sup>189</sup> Идеја је заснована на претпостављеној реакцији суда који, имајући у виду велику вероватноћу да ће казна бити смањена у поступку помиловања, врши „урачунавање“ тог потенцијалног смањења, не би ли се на крају некако постигла сврха кажњавања. Другим речима, то значи да се у процесу редовног одмеравања казне очекивано коришћење помиловања може појавити као нека врста отежавајуће околности. Наравно, неизбежна претпоставка јесте запажање суда да се пречесто интервенише коришћењем ове прерогативе, чиме се заправо дезавиуше његов рад до те мере да сматра неопходним повећавање казне.

Сумирањем претходног излагања долази се до тога да интензитет повратног утицаја помиловања на свако одмеравање, па и редовно, зависи од две променљиве величине – учесталости употребе и садржине датог помиловања. Што се више занемарује изузетност овог акта милости и што се он више практикује (није претерано рећи злоупотребљава), већа је и могућност да суд ту чињеницу „угради“ у казну приликом одмеравања. Предимензионираност помиловања, када оно постане делатност одобравања уместо делатности одбијања, не води само ремећењу казнене политике судова, него на изванредан начин представља увођење административног одмеравања казне на „мала врата“, што је неприхватљиво за све системе попут нашег. Степен задирања и штетност утицаја се свакако

---

<sup>188</sup> Такво схватање су изнели и Ж. Хорватић и Љ. Бавцон на саветовању о помиловању 6.3.1986. године у Београду. Наведено према приказу М. Совила, Пенолошки гласник, бр. 1-2, 1986. године, стр. 37. и 38.

<sup>189</sup> С. Пихлер: *Прилог расправи о помиловању*, Правни живот, бр. 6-7, 1987. године, стр. 700.

интензивирају када се помиловање даје упркос негативном мишљењу суда, у правним системима где се (као у нашем) такво мишљење тражи. Са друге стране, сама садржина помиловања неједнако утиче на казнену политику; илустрације ради није исто када се осуђена лица у потпуности или само делимично ослобађају од извршења казне, као што и то „делимично“ у конкретним случајевима може имати различита значења. На крају, требало би нагласити да описане опасности, посматрано у односу домаће прилике, готово да и не постоје, с обзиром на досадашњу рестриктивну политику помиловања. Број помилованих на годишњем нивоу је незнатан у односу на број осуђених лица; статистика говори да је у 2011. и 2010. години помиловано деветоро, а у 2009. само троје лица, што свакако нема никакав капацитет да утиче на процес одмеравања казне.<sup>190</sup>

Посебан вид повезивања редовног одмеравања казне и помиловања може се успоставити преко околности које утичу на доношење одлуке у поступку помиловања. Заправо, помиловање је нека врста раритета међу институтима кривичног права, како његова примена није везана никаквим материјалним условима, те оно у потпуности зависи од дискреционе оцене. Та слободна оцена се испољава двоструко – прво, кроз оцену да ли ће уопште бити дато, и друго, кроз оцену у ком ће облику бити дато, мада овде постоји извесно ограничење, јер мора бити изабрана нека од законом предвиђених алтернатива из садржаја института. Како не постоје услови чије би постојање диктирало обавезну примену помиловања, да би се дошло до тога шта утиче на одлуку требало би се више удубити у припремни поступак, водећи се логиком да се у њему прикупљају релевантне чињенице, које утичу на формирање одлуке. Тако је суд најпре дужан да провери све чињенице на које се молилац позива, уколико процени да су значајне за одлучивање. У пракси се јављају хетерогени подаци попут података од надлежне матичне службе када је наведена промена породичног стања, смрт супружника или блиског сродника; података о приходима од надлежног органа пореске управе, ако је у молби истакнуто лоше материјално стање осуђеног и његове породице; лекарске документације како би се проверили наводи о лошем

---

<sup>190</sup> Подаци су преузети из извештаја о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2009, 2010. и 2011. годину, који су доступни на [www.uiks.mppravde.gov.rs/cr/articles/izvestaji-i-statistika](http://www.uiks.mppravde.gov.rs/cr/articles/izvestaji-i-statistika).

здравственом стању осуђеног или лица о којем је осуђени по закону дужан да се стара; мишљења послодавца осуђеног о његовом понашању на раду и поштовању радне дисциплине; података о успеху и владању у школи, ако се школује и слично.<sup>191</sup> Драгоцен показатељ релевантних чињеница је и реферат, који првостепени суд саставља на основу молбе за помиловање, списа кривичног предмета и прибављених извештаја. Неупуштајући се детаљније у његову комплексну садржину, јер би то представљало превелику и непотребну дигресију, у контексту овог излагања требало би истаћи да су незаобилазне ставке реферата и породично стање осуђеног, као и евентуална ранија осуђиваност. Такође, обавезан саставни део је и мишљење о оправданости молбе, које суд ставља у деликатну и амбивалентну позицију да преиспитује сопствену казну са аспекта опортунитета, тј. као да сам има дискреционо овлашћење. Уз реферат се прилаже и извештај заводске установе у којој се осуђени налази на издржавању казне. Обимност и овде неизбежно налаже апстраховање за изабрану тему небитних елемената и фокусирање на групу података о осуђеном лицу, међу којима треба издвојити здравствено стање, са посебним освртом на радну способност и став осуђеног према учињеном делу. Надаље, ако се из домена нормирања пређе у домен практичне примене појављује се проблем недовољне транспарентности овог поступка, који не дозвољава неко детаљно или континуирано праћење, тако да јавности није познато чиме се Комисија за помиловање руководи када предлаже доношење позитивне одлуке. Тек по нека ретка изјава у медијима расветљава околности које се оцењују као оправдане. Тако Комисија генерално уважава следеће разлоге: да је дело учињено из нехата, да је осуђени издржао већи део казне, да се ради о кривичном делу које по новом закону не постоји, или је његова опасност током времена смањена, да је осуђеник оболео од тешке неизлечиве болести, као и да постоје петиције грађана и организација за његово ослобађање и слично.<sup>192</sup>

Када се наведена чињенична подлога на којој се заснивају одлуке о помиловању компарира са законским каталогом околности релевантних за редовно

---

<sup>191</sup> Д. Миладиновић: *Помиловање у кривичном законодавству Србије*, магистарска теза (необјављена), Нови Сад, 2007. године, стр. 161.

<sup>192</sup> Д. Миладиновић: *op. cit.*, стр. 164.

одмеравање казне не може остати незапажен извештан паралелизам.<sup>193</sup> Преклапање постоји у делу породичних прилика, здравственог стања, раније осуђиваности, односа према учињеном делу итд. Ово су типичне околности од којих се полази при редовном одмеравању, па се поставља питање да ли је оправдано да се оне још једном, овога пута у поступку помиловања, употребе ради моделовања казне. Да ли је прихватљиво овакво двоструко вредовање, које некада може ићи у корист, а некада и на штету осуђеног, у зависности од тога о чему се ради? Чини се да није, јер би помиловање требало користити као корективни механизам због чињеница насталих након правноснажности пресуде, када нема других правних средстава или када би време потребно за њихову реализацију реакцију учинило закаснелом и неадекватном. Другим речима, преко подударности се може прећи, али само уколико се иза истих термина и њима означених појмова крију околности различите по времену настанка.

Однос између помиловања и одмеравања казне има и своју историјску димензију. Да би се она разумела потребно је претпоставити да овај институт раније није био само пука еманација владарево моћи. Ако је при доношењу одлуке, макар и спорадично, рационално уважавана нека чињеница, у зависности од њене природе, као и садржине самог помиловања, оно је фактички могло да одигра улогу многобројних института који су данас интегрални део кривичноправних система, а у доба старих и недовољно изграђених права једноставно нису постојали. Тако су забележени примери да је коришћено ради отклањања кривичне одговорности лица неспособних за нормално расуђивање и одлучивање, малолетника и лица која су дело учинила у самоодбрани, као коректив суровости и несразмерности у системима апсолутно одређених казни, ради брисања правних последица осуде, превременог пуштања са издржавања казне затвора, отклањања судских грешака и

---

<sup>193</sup> Ово није никакав наш спецификум, подударности постоје и у другим системима. Природа излагања је таква да није могуће много задрати у компаративноправна решења о помиловању. Примера ради, У САД су прописани стандарди о којима се мора водити рачуна, при чему су посебно издвојене следеће околности: понашање после осуде, карактер и репутација осуђеника, тежина кривичног дела и време протекло од његовог извршења, прихватање кривице, кајање и измирење са жртвом, потреба помиловања и службене препоруке и извештаји. Ове околности су прописане посебним актом – *United States Attorney's Manual for Consideration of Clemency Petitions* (1.2.110. – 1.2.113.). Очигледно је да су неке од њих, већ биле разматране приликом редовног одмеравања, попут тежине кривичног дела, околности која због прихваћене *just desert* доктрине, има пресудни утицај на висину казне. Више о томе у Д. Миладиновић: *op. cit.*, стр. 52. и надаље.

слично.<sup>194</sup> Из наведених примера се да закључити да је у току свог дуготрајног постојања помиловање било нека врста панацеје за различите недостатке и недовољну софистицираност кривичног права. Другим речима, представљало је „сигурносни вентил права“, како је сликовито приметио чувени теоретичар Јеринг.<sup>195</sup> Све оне чињенице, које се данас појављују као инструменти редовног одмеравања, у дугом периоду владавине апсолутно одређених казни, нису никако другачије могле бити уважене, сем кроз институт помиловања. Очигледно је да помиловање данас не би требало користити као средство за остваривање већине наведених функција, пошто су у ту сврху установљени самостални институти: неурачунљивост, битно смањена урачунљивост, олакшавајуће околности, ублажавање казне, ослобођење од казне, условни отпуст, рехабилитација, понављање поступка и слично. Примена у том домену указивала би на неразумевање и погрешну употребу помиловања, али и других института кривичног права. Прецизније, његова употреба ради остваривања наведених циљева увек указује на једну од две подједнако лоше ствари, или да нешто није у реду са самим правом или да се оно погрешно примењује.

#### 4.3.2. Редовно одмеравање и амнестија

Многе од поменутих напомена, *mutatis mutandis*, важе и за амнестију, при чему не треба изгубити из вида да се овде ради о општем акту, који се односи на неодређени број лица, што омогућава да се „у једном потезу“ оствари неупоредиво шири опсег задирања у правноснажне судске одлуке. По правилу, амнестија се најчешће везује за врсту кривичног дела или висину изречене казне, иако се њоме могу обухватити и учиниоци по неком другом критеријуму, рецимо, по полу, старости или здравственом стању,<sup>196</sup> тако да се и овде може регистровати изванпаралелизам, пошто се о последње три околности води рачуна и приликом

---

<sup>194</sup> L. Sebba: *The Pardoning Power, A World Survey*, Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 66, no. 1, 1977. године, стр. 83. и надаље.

<sup>195</sup> Г. Радбрух: *Филозофија права*, Београд, 1980. године, стр. 225.

<sup>196</sup> З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 331. и др.



редовног одмеравања казне. То значи да једна иста околност може бити двоструко вреднована, уколико је најпре уграђена у казну у поступку редовног одмеравања, да би касније била искоришћена и као селекциони фактор за примену амнестије. Нужно се намеће питање каква је ситуација у нашем праву. Враћајући се десетак година уназад, да се приметити да је законодавац често као критеријум користио кривично дело,<sup>197</sup> док се у најновијем закону среће комбинација више детерминанти. Тако се по Закону о амнестији из 2012. године<sup>198</sup> од четвртине изречене казне затвора ослобађају лица која су правноснажно осуђена за кривична дела прописана важећим законима Републике Србије или законима који су престали да важе, а која се на дан ступања на снагу овог закона налазе на издржавању казне затвора у Републици Србији, која још нису ступила на издржавање казне затвора или чији је премештај ради извршења те казне извршен у иностранство (чл. 1. ст. 1.). Лица која су први пут правноснажно осуђена на казну затвора до три месеца ослобађају се од извршења казне затвора у целини, а лица која су први пут правноснажно осуђена на казну затвора од три до шест месеци ослобађају се од извршења половине казне (ст. 2.). За учиниоце појединих дела важи другачији режим, тако да се осуђени за тешко убиство (чл. 114. КЗ-а), убиство (чл. 47. ст. 2.) и тешке случајеве разбојничке крађе и разбојништва (чл. 47. ст. 2.) ослобађају извршења само 10% изречене казне, сем у случају да су до ступања на снагу овог закона навршили 70 година живота, када се ослобађају од извршења 25% казне затвора (ст. 3. и 4.). Са друге стране, милости су лишени правноснажно осуђени на казну затвора од тридесет до четрдесет година, осуђени за кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, дела против полне слободe, насиље у породици, неовлашћену производњу и стављање у промет опојних дрога, дела против уставног уређења и безбедности, примање и давање мита. Исто важи и за осуђене од стране надлежних судова, односно, њихових посебних одељења у поступцима вођеним у складу са надлежношћу одређеном Законом о организацији и надлежности државних органа у сузбијању

---

<sup>197</sup> Видети, на пример, Закон о амнестији, *Службени лист СРЈ*, бр. 9/01 или Закон о амнестији, *Службени гласник РС*, бр. 33/06, који се односе на таксативно наведена војна кривична дела, евентуално уз ограничење временског типа (тако други обухвата дела учињена од 7. октобра 2000. године до априла 2006. године).

<sup>198</sup> *Службени гласник РС*, бр. 107/12.

организованог криминала, корупције и других тешких кривичних дела, као и лица осуђена више од три пута на безусловну казну затвора до ступања на снагу овог Закона, ако није извршено брисање или не постоје услови за брисање неке од осуда (чл. 2. ст. 1. и 2.). Изузетак од ових правила су једино учиниоци који су навршили 70 година живота на дан ступања на снагу Закона о амнестији, јер је дозвољено да буду ослобођени од извршења четвртине изречене казне (ст. 3.). Такође, амнестији не подлежу ни правноснажно осуђена лица за која је до ступања на снагу овог Закона наређено издавање потернице због нејављања на издржавање казне затвора или због бекства са издржавања казне, нити лица којима је казна затвора смањена по раније важећим законима о амнестији (чл. 4.). Када се све сумира могу се издвојити следећи параметри – врста и висина изречене казне, врста кривичног дела, старост учиниоца, ранија осуђиваност или неосуђиваност, нејављање на издржавање или бекство услед чега је издата потерница, као и раније дата амнестија. Јасно је да су неки од ових критеријума могли бити вредновани у процесу редовног одмеравања; нема сумње да би сваки суд разматрао и уважио податке о ранијој осуђиваности или неосуђиваности, као што је сигурно и да је, опредељујући се за одређену дужину затворске казне, био свестан да ће учинилац на њеном издржавању заћи у позније године живота, са различитим последицама које из тога проистичу по њега лично, његов породични и друштвени живот уопште.

Да би се добила нешто прецизнија представа о могућем степену корекције правноснажно изречених казни може се поћи од најсвежијег примера. Наиме, у Образложењу датом уз Предлог закона изнета је процена да ће њиме бити обухваћено око 3.600 од око 8.000 лица осуђених на казну затвора, што чини чак 45% ове популације. Несумњиво је да постављањем другачијих услова, рецимо, избацивањем појединих ограничења, постотак може још значајније нарасти, а то сликовито приказује колико широк може бити захват учињен овим инструментом. Праве размере интервенције добијају се када се поред ширине (број осуђених лица) размотри и дубина захвата (степен утицаја на правноснажно изречену казну). Ако се опет позовемо на Закон из 2012. године као илустрацију, видећемо да постоји варирање ослобођења од 10% до читавог износа правноснажно изречене казне. То

је могуће јер се Кривични законик бави само уопштеним набрајањем дејстава амнестије, без икаквог прецизирања или ограничавања.<sup>199</sup> Које ће од могућих дејстава бити изабрано и како ће бити конкретизована мера тог дејства (тамо где је то могуће с обзиром на његову природу) представља искључиво ствар процене законодавца приликом доношења сваког конкретног закона о амнестији. Њему ништа не стоји на путу да давањем потпуног ослобођења од казне у целини анулира судски рад у односу на читаву класу правноснажно осуђених лица формирану (опет по слободно изабраном) критеријуму.

Судије вероватно не би биле одушевљене појавом да се честим и обухватним амнестијама драстично и масовно модификују правноснажно изречене казне, те би се могло десити да на њу одреагују исто као и на предимензионирану употребу помиловања, о чему је већ детаљно расправљано. Штавише, судије и немају на располагању неки други механизам, осим ванправног у виду јавног апеловања да превише амнестираних штети угледу правосуђа и доводи у питање остваривање заштитне функције кривичног права. Правне могућности да се суд супротстави амнестији не постоје. Наиме, иако се Закон о амнестији не примењује непосредно, већ на основу посебног решења које се доноси за свако осуђено лице појединачно од стране суда који је судио у првом степену,<sup>200</sup> из тога се не би смео извући закуљчак да му је ипак остављено неко значајније средство за контролу примене амнестије. Суд само констатује да ли су испуњени законски услови или не; уколико јесу, он никако не може одбити примену амнестије (чак ни ако је сматра потпуно неоправданом или ако јој се амнестирано лице противи) нити сме казну преобликовати на начин другачији од законом прописаног.<sup>201</sup> Његово

---

<sup>199</sup> Амнестија у нашем позитивном праву обухвата: ослобођење од кривичног гоњења, потпуно или делимично ослобођење од извршења казне, замену изречене казне блажом, давање рехабилитације, укидање поједине или свих правних последица осуде, укидање мера безбедности забране вршења позива, делатности или дужности, забране управљања моторним возилом и протеривања странца (чл. 109. КЗ-а).

<sup>200</sup> Ово решење се доноси по службеној дужности или на захтев овлашћеног лица – јавни тужилац, осуђени или лица која у складу одредбама ЗКП-а могу поднети жалбу у корист осуђеног, по члану 6. Закона о амнестији из 2012. године.

<sup>201</sup> Иако случај у којем би се амнестирано лице противило датој амнестији звучи нереално, јер се њоме по правилу поправља његов кривичноправни статус, постоје и такве ситуације. Када је покренут поступак против невиног лица, а амнестијом је дата аболиција, његови интереси могу бити потпуније заштићени вођењем кривичног поступка у којем би се доказало да није крив. Мада се,

овлашћење је сведено на то да утврди колики је део којег се осуђени има ослободити према законским пропорцијама, колики је остатак казне који се мора извршити, као и да наложи отпуштање осуђеног са издржавања казне затвора, ако таквог остатка нема. Укратко, ради се о решењу потпуно техничке природе.

Слично као и помиловање и амнестија има абузабилни капацитет, који посебно долази до изражаја када се користи за ублажавање неких проблема, које би требало решавати на другачији начин. Типичан пример је прекобројност затворске популације, а да је и наш законодавац имао тако нешто на уму следи из раније поменутог Образложења Предлога закона о амнестији. Иако се декларативно позива на потребу доношења Закона, због тога што су у последње време усвојени неки нови међународни стандарди у области извршења кривичних санкција (без прецизног назначења који), наставак говори у прилог других мотива, почевши од већ поменуте процене растерећења затворских капацитета. Нису искључени ни разлози економско-политичке природе и потреба „крпљења буџетских рупа“. Зашто би се, иначе, наглашавало да је тренутни финансијски ефекат од ступања на снагу Закона смањење од 200.000 затворских дана, другим речима, смањење буџетских издатака за 127.000.000 динара, док би, дугорочно посматрано, примена требало да умањи број затворских дана на 1.150.000 са буџетском уштедом од 800.000.000 динара. Сигурно је да амнестија није најпогодније средство за превазилажење пребукираности затвора и буџетског дефицита, поготово ако се има у виду да ће убрзо на место амнистираних доћи нова осуђена лица и ситуацију вратити на старо. Онда је и не би требало користити у том правцу, и то не само из разлога неделотворности, него и због чињенице да се њоме шаље опасна порука друштву да се законито и правилно изречене казне не морају извршавати. Такође, на овом месту би се требало осврнути и на такозвану свечарску амнестију, која се традиционално даје поводом неких државних и верских празника.<sup>202</sup> Она предствља реликт из прошлости, када је и амнестија била у рукама апсолутистичких монарха, који су се у оваквим приликама користили њоме ради

---

правно посматрано, и аболирани сматра невиним, у социјалној средини он може без правноснажне одлуке и даље бити „под сумњом“ и трпети различите негативне последице стигматизације.

<sup>202</sup> Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 278.

легитимизовања своје власти, са циљем да учврсте поверење поданика које би требало да уживају услед исказане праведности и милосрђа чак и према онима који су се огрешили о „њихове“ законе. Таква пракса једноставно не одговара духу савремених демократских система и требало би је свести на најмању могућу меру.

Изнете напомене воде ка закључку да амнестија, као и помиловање, не сме бити у широкој употреби, јер дерогира примену кривичног права. Све док учесталост коришћења, бројност обухваћених осуђених лица, и мера утицаја на правноснажно изречене казне немају алармантне размере, амнестија је прихватљива. У супротном она може изазвати озбиљне поремећаје у домену кривичног правосуђа, али и у друштву уопште, јер угрожава заштитну функцију кривичног права, остваривање темељних начела једнакости и правичности, и може проузроковати деформисање процеса редовног одмеравања казне у виду хиперболисања отежавајућих околности, не би ли се на крају дошло до казне којом се остварује сврха кажњавања.

## Глава друга

### ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ ПРАВИЛА О РЕДОВНОМ ОДМЕРАВАЊУ КАЗНЕ

#### 1. Преглед општег историјског развоја правила о редовном одмеравању казне

Готово да није потребно наглашавати да се проучавање историјског развоја правила о одмеравању казне односи на период јавне или државне реакције на криминалитет. Међутим, не сме бити занемарена чињеница да људско друштво, без обзира на ком се степену развоја налази, увек представља нормативну заједницу – заједницу уређену одређеним правилима, па ни примитивна друштва у преддржавном стадијуму не представљају изузетак. То што су правила неписана, често ирационална, мистична, конфузна и несистематична у овом периоду „где се историја стана са митом“<sup>203</sup> нимало не мења ствари. Истовремено, истраживања социјалне антропологије указују на то да се ниједно друштво, чак и када афирмише живот и уопште позитивне вредности, не може описати као потпуно ненасилно, тако да се као неизбежни пратилац правила увек јавља и њихово непоштовање, макар у облику веома ретких ексцеса.<sup>204</sup> Сходно томе и примитивне заједнице, суочене са асоцијалним и антисоцијалним понашањима, морају имати неке механизме одбране. Непостојање државе води ка ослањању на сопствене снаге и солидарност најближих чланова заједнице, дакле ка освети, која је првобитно била више инстинктивна реакција из нагона самоодржања, да би тек у вишим стадијумима развоја постала друштвено уобличена кроз различита ограничења. Прерастање крвне освете из несразмерне ланчане реакције деструктивности у систем талиона заснован на захтеву да освета не може бити потпуно необуздана и безгранична, већ сразмерна учињеном злу, представља преломни тренутак у развоју друштвене реакције. Управо та еквивалентност у принципу талиона указује

<sup>203</sup> R. R. Korn, L. W. McCorkle: *Criminology and Penology*, New York, 1959. године, стр. 365.

<sup>204</sup> Е. Фром: *Анатомија људске деструктивности*, књига прва, Загреб, 1975. године, стр. 168.

да се поред идеје освете и одмазде паралелно пробија и идеја правичности.<sup>205</sup> Све то води ка закључку да је увођење талиона, иако би данас многи поменути принцип оценили као примитиван, нека давна клица или прапочетак одмеравања. Следећи моменат који би требало издвојити свакако јесте појава откупнине, која у почетку није била ни обавезна ни тачно одређеног износа, како су оштећени или његова заједница имали право да бирају да ли ће се светити или измирити, односно колики ће бити износ откупа, ако су се определили за другу солуцију. Илустративни пример избора реакције представља следећи одломак: „... *дужност рода убице и рода убијеног била је и покушај измирења. Савет оба рода заседао би посебно, па је подношен предлог за опроштај злочина у име убице даване су изјаве жаљења и поклони, а ако су постојале оправдавајуће или олакшавајуће околности обично је такав поступак доводио до поравнања. Међутим, ако су сродници убијеног остали неумољиви његов род је, из својих редова именовано једног или двојицу осветника, чија је дужност била да гоне кривца све док га не пронађу и да га затим убију*“.<sup>206</sup>

У пенолошкој литератури постоји јединствена оцена да је реакција у примитивним друштвима усмерена ка заштити заједнице, ка очувању њеног јединства и одржавању равнотеже са другим примитивним колективитетима, тако да сам појединац није у фокусу интересовања. Због тога постоји јасна разлика у реакцији на опасна понашања извршена унутар заједнице, тј. између њених чланова, и напада учињених од стране чланова друге заједнице, где прва обухвата блаже, а друга редовано теже облике реакције.<sup>207</sup> Тако би се, припадност и неприпадност групи могли назвати неким древним обликом околности које обликују и усмеравају друштвену реакцију. У литератури се могу наћи и примери градирања реакције у зависности од тога да ли лице примарни учинилац или истрајава у недозвољеном понашању: „*Уобичајна санкција је избегавање кривца и показивање све мање уљудности према њему; затим постоји клевета и исмејавање; у крајњим случајевима протеривање. Ако се појединац непрестано лоше понаша и његово понашање штетно делује на друге из групе, његови га могу*

<sup>205</sup> R. R. Korn, L. W. McCorkle: *op. cit.*, стр. 377.

<sup>206</sup> Л. Х. Морган: *Древно друштво*, Београд, 1981. године, стр. 92-93.

<sup>207</sup> М. Милутиновић: *Пенологија*, Београд, 1988. године, стр. 5; М. Бошковић, М. Радоман: *Пенологија*, Нови Сад, 2002. године, стр. 28; С. Константиновић-Вилић: *Пенологија*, Ниш, 2006. године, стр. 71. и други.

чак и убити. Дакако, ти случајеви су крајње ретки; већином такве проблеме решава ауторитет старијих и мудријих у групи“.<sup>208</sup> Нека истраживања северноамеричких Индијанаца и примитивних племена пацифичког подручја и централне Африке изнела су доказе да се оваква друштва руководе и другим чиниоцима када одређују облик реакције, као што су тежина дела, мотиви и уопште понашање учиниоца, што је поједине ауторе инспирисало да не баш основано закључе да је „или право XX века примитивно или примитивно право сасвим модерно“.<sup>209</sup> Остављајући по страни претераност наведеног закључка, може се констатовати да и у примитивним друштвима постоје примери одмеравања, иако се они не могу поистоветити са одмеравањем у савременом смислу те речи.

### 1.1. Период старог века

Проучавање настанка и развоја било ког правног института у периоду старог века отежано је дејством већег броја фактора, почевши од тога да се ради о веома дугом раздобљу са хетерогеним правним системима, од којих су неки по времену настанка удаљени једни од других хиљадама година, до недовољног броја аутентичних правних извора и честог коришћења посредних сведочанстава, не би ли се реконструисала садржина старих права. Одређене карактеристике сачуваних законика из овог периода, а пре свега прихватање система апсолутно одређених казни и концепта објективне одговорности, недвосмислено указују на прилично скромну улогу суда. Она се сводила на утврђивање узрочне везе између радње одређеног лица и настале штетне последице, на основу чега је изрицана законом фиксирана казна. Ако се и могла постићи извесна нијансираност у кажњавању истог дела то се чинило искључиво вољом законодавца, где је кроз казуистички начин регулисања и увођење нових елемената у биће дела стварана одређена разлика, обично у зависности од класне припадности учиниоца и жртве, а спорадично и од намерног и немарног поступања, недовољне душевне зрелости

---

<sup>208</sup> Е. Фром: *op. cit.*, стр. 146.

<sup>209</sup> J. Mueller: *Tort, Crime and the Primitive*, The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, no. 3, 1955. године, стр. 303-333.



учиниоца или неке друге околности за коју је законодавац проценио да треба да утиче на врсту или висину казне. Отуда историјски равој одмеравања у овом периоду представља заправо трагање за ретким изузецима у којима је суду дата макар и незнатна слобода да прилагоди казну конкретном случају.

Пажљиво ишчитавање Хамурабијевог законика<sup>210</sup> указало је на то да се међу читавим низом апсолутно одређених казни налази и један специфичан вид новчане казне, који зависи од висине штете нанете кривичним делом. Један од таквих примера идентификован је код крађе посвећених храмовских или дворских ствари, када је прописана казна у десетострукој односно тридесетострукој вредности украденог, ако је учинилац мушкину (чл. 8.). Ове одредбе стварају одређене дилеме. Прво, поставља се питање правне природе наведених плаћања, мада већина историчара права сматра да се овде ради о казни, а не о надокнади штете. Умножавање износа штете, додуше, омогућава да се она надокнади оштећеном и у делу *damnum emergens* и *lucrum cessans*, али све преко тога има јасан казнени карактер.<sup>211</sup> Друга дилема везана је за констатацију да поменуте одредбе представљају прве примере система релативно одређених казни.<sup>212</sup> Међутим, колико год било тешко прихватити наведену тезу, јер се наведени начин регулисања битно разликује од касније утемељеног система релативно одређених казни, чињеница је да је њиме остављена ретка слобода суду да при одмеравању казне цени једну објективну околност – размере последице, тј. висину штете настале кривичним делом и да мултипликовањем тог износа дође до коначног износа казне.

Право античке Грчке данас је мало познато, због тога што су сачувани извори оскудни и фрагментарни, тако да је тешко у потпуности реконструисати систем кривичног права. Посредно се може сазнати да је у старој Атини одмеравање казне изузетно било могуће, и то на основу сачуваних података о врстама кривичног поступка. Поред основне поделе на „дике“ и „графе“ поступак, који су предвиђени за дела усмерена против приватног односно јавног интереса,

---

<sup>210</sup> Коришћен превод Законика из С. Јасић: *Закони старог и средњег вијека*, Београд, 1968. године, стр. 15-61.

<sup>211</sup> Ч. Марковић: *Законик Хамурабија вавилонског краља*, Београд, 1925. године, стр. 24.

<sup>212</sup> Ђ. Миловић: *Кривично право Хамурабијевог законика*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 3-4, 1970. године, стр. 251-259.

постојала је и подела поступака према томе да ли суд одмерава казну према слободном уверењу (τιμῆτοί) или само изриче казну унапред одређену законом.<sup>213</sup> Међутим, та назови слобода суда била је итекако ограничена, како је он заправо само бирао једну од две понуђене алтернативе. А шта то конкретно значи објаснио је Аристотел у „Уставу атинском“, наводећи да тужитељ и тужени дају своје предлоге казне, које могу образложити у времену до истека три пинте воде, да би потом судије гласањем одлучиле шта ће бити изречено.<sup>214</sup> Чини се да је оптужени при предлагању морао бити веома обазрив и промишљен, јер би се тражећи превише благу казну могао изложити опасности да судије (дикасти) прихвате предлог тужиоца, а има мишљења да је управо то довело до изрицања смртне казне у чувеном поступку против Сократа.<sup>215</sup> Овде неминовно искрсава питање критеријума којима су се руководиле судије приликом одређивања за једну или другу опцију. На њега је готово немогуће одговорити и то из више разлога – дикасти су били потпуно самостални у одлучивању и било какво већање или договарање између њих није било дозвољено, а одлука о казни се доносила тајним гласањем, тако да пресуде нису могле имати образложење. Неки аутори сматрају да су поједине околности узимане као релевантне, посебно наводећи оно што би се данас подвело под тзв. ранији живот. Тако је остало забележено да суд може дозволити да након говора странака краћа излагања изнесу и пријатељи и рођаци странака, који су настојали да истицањем заслуга и доброг карактера оптуженика придобију дикасте.<sup>216</sup> При томе се посебно полагало на то да ли је оптужени обављао какве јавне службе. Наиме, и у Атини је, као и у другим грчким полисима, активно учествовање грађана у друштвеном и политичком животу заједнице сматрано битним за остваривање демократије и просто је проистицало из самог појма грађанина; онај ко би то избегавао трпео би неку врсту стигматизације, која је могла да омета свакодневни живот, али и да се негативно рефлектује у случају доласка пред суд. Изгледа да је управо овај аргумент коришћен у већ поменутом

---

<sup>213</sup> Т. Станичић: *Организација правосуђа и кривични поступак у старој Атени*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 26, 1989. године, стр. 230.

<sup>214</sup> Аристотел: *Устав атински*, Београд, 1997. године, стр. 85.

<sup>215</sup> Г. Томашевић: *Основе атенског кривичног поступка класичног доба*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 27, 1990. године, стр. 144.

<sup>216</sup> Г. Томашевић: *op. cit.*, стр. 145. и Т. Станичић: *op. cit.*, стр. 231. Занимљиво је да у англосаксонском праву и данас постоји нешто слично тзв. *character evidence*.

поступку против Сократа.<sup>217</sup> Такође, и признање оптуженог је могло имати улогу битне (олакшавајуће) околности, иако је оно углавном било од процесног значаја, како је код флагрантних кривичних дела водило ка сумарном поступку.<sup>218</sup>

Несумњиво је да описани примери суђења представљају преседан, који се може потпуно разумети тек када се стави у контекст општеприхваћеног става о односу принципа законитости и праведности. О томе говоре и поједини историчари истичући да „... *ослањање на закон није био основни конститутивни принцип у грчком праву ... па судска пресуда отуда не значи просту примену закона на конкретан случај, већ пре треба да одражава схватање правде у одређеној ситуацији и да успостави извесну једнакост ... Ту околност добро су користили софисти и логографи, релативизирајући значај писаног права, објашњавајући склад или несагласје смисла и слова закона позивајући се на правичност ...*“.<sup>219</sup>

Највећи помак у развоју материје одмеравања казне извршен је у римском праву. Закон XII таблица,<sup>220</sup> као најстарији извор, није права илустрација за наведену тезу, како има уобичајне карактеристике старих законика, апсолутно одређене казне уз примену талионског принципа и разликовање у реакцији на недопуштено понашање слободних људи и робова. Спорадично води се рачуна о малолетству, које код неких дела представља околност за блаже кажњавање – за кривично дело попаше „одрасли човек“ је кажњаван смртном казном, док је за учиниоца у „недораслој доби“ запрећена кумулативно казна шибања и новчана казна у двоструком износу нанете штете (правило 6.), а слична разлика постављена је и код *furtum manifestum* тј. флагрантне крађе (правило 11.). Облици кривице имају значаја једино код кривичног дела паљевине, ако је учинилац поступао „знајући и здраве памети“ следила је смртна казна, а ако је то урадио „случајно, тј. из непажње“ морао је само да подмири насталу штету (правило 7.). Занимљиво је да се у вези са овим делом јавља имовно стање учиниоца као релевантна околност – ако је оно такво да не може надокнадити штету, предвиђена је могућност блажег

---

<sup>217</sup> Т. Станичић: *op. cit.*, стр. 233.

<sup>218</sup> Г. Томашевић: *op. cit.*, стр. 145.

<sup>219</sup> С. Аврамовић: *Исејево судско беседништво и атинско право*, Београд, 2000. године, стр. 30.

<sup>220</sup> Коришћена је верзија превода Законика из С. Јасић: *op. cit.*, стр. 71-80.

кажњавања (правило 7.). Нажалост, Законик не говори ништа детаљније о реализацији овог факултативног овлашћења.

Извесну слободу суд је имао код одређивања казне за дело *iniuria* тј. намерну повреду личних добара – телесног интегритета, части и угледа. Она је по Закону XII таблица обухватала *membrum ruptum* (трајно осакаћење), *os rectum* (прелом постију) и *iniuria* у ужем смислу, било какву повреду или насиље против телесног интегритета (шамарање, туча, лишавање слободе) за коју је била предвиђена казна од 25 аса.<sup>221</sup> Реформа извршена доношењем *Lex Aquilia* издвојила је телесне повреде робова у *damnum iniuria datum*, тешке повреде сврстала у јавне деликте, а како санкција више није била унапред одређена, претор је увео *actio iniuriam aestimatoria*, по којој висину новчане казне одређују судије рекуператори, по слободној оцени, у зависности од тежине дела и правичности.<sup>222</sup> Остали су забележени и неки критеријуми од којих се полазило у пракси приликом одмеравања новчане казне за ово дело: „*Висина казне расте или се смањује зависно од ступња достојанства и честитости живота (поједине особе), а о тој висини досуђене казне треба, не без разлога, водити рачуна и онда када се ради о особи роба, јер се она одређује другачије када се ради о робу управитељу имовине, друкчије код оног осредњег, а опет друкчије кад се ради о неком веома лошем или оном ко је окован у ланце*“.<sup>223</sup>

Даљи развој римског права обележило је, између осталог, и постепено напуштање система апсолутно одређених казни, тако да је за све већи број деликата казна почела зависити од судске оцене околности везаних за дело и учиниоца.<sup>224</sup>

Велики допринос томе дат је Августовим реформама, иако оне сигурно нису биле

---

<sup>221</sup> О потреби измене прописане казне због тога што је временом казна постала безначајног износа сведоче наводи римског писца: „*Ко је наиме, толико сиромашан, да би га када има намеру (жељу), да учини унијуриу, спречило тих двадесет и пет аса? ... Луције Верације је имао обичај да се забавља ударајући слободне људе руком (шаком) по устима. Следио га је роб носећи пуну кесу аса, па би Верације, чим би неког ошамарио, наређивао да се према Законнику 12 плоча одмах исплати 25 аса. Стога су ... претори закључили да то треба укинути и напустити, па су у едикту прописали да ће се ради утврђивања висине казне за унијуриу одређивати рекуператоре*“.  
Касније у принципату и доминату оштећени је имао право да бира између приватног поступка и *roena privata* и кривичне тужбе и *roena publica*, без могућности кумулације. Aullus Gellius: Noct. Att. 20, 1, 12-13, наведено према А. Ромац: *Извори римског права*, Загреб, 1973. године, стр. 453.

<sup>222</sup> Л. Јоцић: *Римско право*, Ниш, 1994. године, стр. 296.

<sup>223</sup> Iustiniani, Inst. 4, 4, 7, наведено према А. Ромац: *op. cit.*, стр. 455.

<sup>224</sup> М. Чубински: *Криминална политика ...*, стр. 43, Т. Живановић: *Основи кривичног права Краљевине Југославије*, књ. 2, Београд, 1937. године, стр. 326.

мотивисане отклањањем недостатака у кривичном праву, него практичним политичким разлозима концентрисања моћи у рукама принцепса. До поменутих реформи постојао је систем сталних поротних судова (*quaestiones perpetuae*), који су имали строго разграничене надлежности по врстама кривичних дела за која су судили. Август је поставио темеље новог система познатог као *cognitio extra ordinem*. Овај термин је имао процесно значење, у смислу заједничког назива за процесна правила која су се почела примењивати почетком принципата у вези са стварањем нових судских органа (сенаторски и царски трибунал, трибунали *praefectus Urbi, praefectus pretorio, praefectus annonae* и *praefectus vigilum*), док је у материјалном смислу у делима класичних правника повезиван са новим начином кажњавања у овом поступку, који је одступао од казни прописаних за поједина *iudicia publica* и *quaestiones perpetuae* из републиканског периода. Неограничен империјум давао је принцепсу овлашћење да суди за било које дело, и да се при томе не придржава важећих правила, па ни прописаних казни.<sup>225</sup> Тако је остало забележено да је Август неког оцеубицу спасио сурове традиционалне казне, извршаване тако што би осуђеног затворили у кожну врећу заједно са мајмуном и змијом и бацили у воду.<sup>226</sup> Такође, супротно важећим законима ослободио је од казне завереника Корнелија Цину, одржавши му моралну придику уместо изрицања строге прописане казне (*aqua et igni interdictio*), а у поступку против двојице плебејаца Јулија Новата и Касија Патавина, првог је казнио само новчаном казном због увредљивог писма, а другог кратким прогонством због јавно исказане жеље да га убије.<sup>227</sup>

Са друге стране, и Сенат је вршећи судску надлежност могао по свом нахођењу мењати прописане казне, а оправдање за ова одступања налазило се у томе што је он истовремено био не само судско, већ и законодавно тело.<sup>228</sup> Како је његова надлежност била за време Августа ограничена на *crimen maiestatis* и *crimen repetundarum*, значи да је избегавање крутих правила *ordo iudicorum publicorum* коришћено у суђењима политичким противницима. И овде је улога принцепса била

---

<sup>225</sup> П. Вилемс: *Римско јавно право или римске политичке установе од постанка Рима до Јустинијана* (превод Ж. Милосављевића), Београд, 1898. године, стр. 499.

<sup>226</sup> Светоније: *Дванаест римских царева*, Београд, 2003. године, стр. 23.

<sup>227</sup> Светоније: *op. cit.*, стр. 24.

<sup>228</sup> Плиније: *Epistolae*, 4, 9, 17, наведено према П. Вилемс: *op. cit.*, стр. 497.

пресудна, пошто је имао право да сазива Сенат, председава и дискутује, и тиме утиче на сваку фазу у доношењу сенатске *cognitio*. На основу сачуваних извора могу се реконструисати правила која су у току принципата обликовала *cognitio senatus*. Значајно је то да је после главне расправе председавајући позивао сенаторе да изнесу своје мишљење (*rogatio senatorum*), а они су се према традиционалној процедури сенатске дебате (по принципу сениоритета) могли изјашњавати о било чему, а посебно о кривици и казни. Потом је председавајући рекапитулирао изнете ставове и стављао их на гласање.

Дакле, може се рећи да је било оформљено правило да кажњавање зависи од околности случаја, тако да су уважавани „*causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate eventus*“.<sup>229</sup> Такође, како је смртна казна за поједина дела била предвиђена алтернативно са радом у рудницима или прогонством, суд је могао да бира врсту казне и да затим утврђује њено трајање у зависности од околности случаја. Младост учиниоца могла је имати својство олакшавајуће или чак ублажавајуће околности; припадност женском полу, стање пијанства, афекат, покушај и мала упорност код извршења дела могле су довести до изрицања блаже казне. Исто је важило и за робове, који су учинио дело по наредби свог господара, док су морални мотиви могли довести чак и до ослобођења од казне. Са друге стране, строже су кажњавани они који су дело учинили при вршењу неке дужности, повратници и лица под инфамијом. Иако се чини као позитивна промена, изгледа да је у пракси систем *extraordinaria cognitio* са пуном слободом да се казна смањи или да се изрекне строжија, узимајући у обзир све околности случаја, био извор арбитрности и злоупотреба, као и средство за обрачунавање са политичким неистомишљеницима.<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> Т. Mommsen: *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899. године, стр. 1043. и надаље.

<sup>230</sup> Б. Благојевић: *Римски грађански поступак и римско кривично право*, Београд, 1957. године, стр. 86.

## 1.2. Период средњег века

У формалној друштвеној реакцији на криминалитет у периоду средњег века могу се приметити извесне разлике и осцилације, што не чуди, пошто се ради о раздобљу од чак тринаест векова. Међутим, није само дуготрајност периода утицала на поменуте разлике, већ и формирање неколико, да их тако назовемо правних кругова, заснованих на различитим традицијама. Тако се на европском подручју могу издвојити германски и словенски извори, али и византијско право које је, баштинећи достигнућа римског права, представљало у почетку убедљиво најразвијенији кривичноправни систем, мада ће у каснијем развоју доћи до извесног приближавања и уједначавања поменутих система.

Почетак периода након 476. године на територији западног римског царства обележен је применом обичаја, који се постепено прилагођавају новим потребама и кодификују, те тако настају чувени *leges barbarorum*, где се још увек налазе примери легализоване крвне освете и веома распрострањена откупнина са тачно фиксираним износима. Отуда ове кодификације не доносе ништа значајно у области одмеравања казне. Типичан пример је *Lex Salica*,<sup>231</sup> један од најстаријих из корпуса варварских закона, где се поред наведених одлика среће и веома разгранат казуистички начин регулисања, којим се у извесном смислу може надоместити непостојање апстрактних правила о одмеравању. Запажање да се исто дело врши под различитим околностима у недовољно развијеној правној свести артикулисано је кроз инкриминисање неког понашања раздвајањем у више подврста, најчешће на основу објективних околности, мада се понегде води рачуна и о степену кривице.<sup>232</sup>

Наведене одлике, примена освете и откупнине са тачно одређеним износима, обележиле су и словенско право, задржавши се доста дуго, о чему сведоче Кратка и Шири Руска правда из XI и XII века.<sup>233</sup> Са друге стране, византијско право темељи се на јавноправној реакцији и суровим казнама. Тако

---

<sup>231</sup> Коришћен превод из Љ. Кандић: *Одабрани извори из опште историје државе и права*, Београд, 1979. године, стр. 109. и надаље.

<sup>232</sup> Са данашњег аспекта делује невероватно да је кривично дело крађе прописано у преко осамдесет облика, од чега више од половине чине оне које су у пракси вероватно биле најчешће, а то су крађе домаћих животиња.

<sup>233</sup> Коришћени преводи из Д. Николић, А. Ђорђевић: *Законски текстови старог и средњег века*, Ниш, 2010. године, стр. 119-122. и 123-135.

правни зборник Еклога,<sup>234</sup> донет за време Лава III Исавријског вероватно 726. године, садржи једну од типичних карактеристика на коју се прво асоцира када се мисли на средњовековно кривично право, а то су арбитрерне казне, иако су поред њих заступљени и систем апсолутно одређених казни и казни одређених само по врсти. Општих правила одмеравања нема, али се спорадично код појединих дела налаже судији да води рачуна о поврату (код кривичног дела крађе прави се разлика између прве и друге крађе, односно прве, друге и треће код крађе стада). Имовно стање понекада утиче на висину казне, као код полног општења са девицом уз њену сагласност, чији износ зависи од тога да ли је „имућан“ или „мање имућан“, а ако је „сасвим сиромашан и без имовине“, долази до замене новчане казне кумулативним казнама батинања, шишања и слања у заточеништво. Изузетно, на кажњавање се рефлектује и психички однос учиниоца, те казна зависи од тога да ли је поступао умишљајно или из нехата.

Кривично право Еклоге одликује и постојање црквених казни, иако се оне детаљније не регулишу, пошто се само наводи да се учиниоци одређених дела предају црквеном суду. То сведочи о изграђености и одомаћеној употреби канонског права, које ће касније са прихватањем хришћанства остварити утицај и на друге правне системе. Праву илустрацију поменутог процеса представља Закон судњи људем,<sup>235</sup> словенски извор из XII века, који преузима велики део из Еклоге комбинујући га са одредбама канонског права. Он прецизно одређује црквене казне тзв. епитимије, које се издвајају од осталих средњовековних казни по циљу, јер се он не састоји у одмазди и испаштању, већ у враћању заблуделог учиниоца на прави пут тј. у поправљању.<sup>236</sup>

Даљи развој кривичног права у периоду развијеног феудализма креће се у смеру сређивања постојећег конфузног стања кроз јачање општег, унификованог и јединственог права на рачун партикуларних и персоналних, која су важила само на одређеној територији односно за одређене етничке групе. Истовремено, постоји

---

<sup>234</sup> Коришћен превод из Д. Николић, А. Ђорђевић: *op. cit.*, стр. 85. и надаље.

<sup>235</sup> Коришћен превод из *op. cit.*, стр. 113. и надаље.

<sup>236</sup> Епитимије се често извршавају у етапама, у зависности од успеха у поправљању. Тако се казна прописана за полни однос са робњом извршава у чак пет стадијума: седмогодишњи пост, двогодишње стајање ван цркве за време литургије, двогодишње стајање у цркви само за време читања јеванђеља, двогодишње стајање у цркви до читања Верују, двогодишње присуствовање служби без могућности причешћа (чл. 4.).



јасно изражено настојање да се успостави јавна реакција као доминантан облик реакције на криминалитет, иако се и даље за поједина дела задржава систем композиције. Услед тога број јавних деликата расте, а казне постају окрутније са јасним циљем да изазову застрашење и испаштање. *Constitutio Criminalis Carolina*,<sup>237</sup> као један од најзначајнијих извора из периода развијеног феудализма, поред мноштва процесних садржи и нека општа правила материјалне природе, која се односе на одмеравање казне. Међутим, не би требало помислити да се ради о општим институтима оформљеним ради прилагођавања казне конкретном делу и учиниоцу, како су у питању декларативне норме, за које се да претпоставити да пре лепо звуче, но што су имале реално значење. Тако се на самом почетку Законика истиче да суђење треба да буде спроведено „на најбољи могући начин да се ником не би учинила неправда, нарочито у великим стварима које се тичу човекове части, тела, живота и имовине“ (чл. 1.), као и да судије треба да „подробно размотре и оцене све судске исказе и дело и потом по најбољем разумевању кривичног законика сачине што је могуће праведнију и умеренију судску пресуду, а према околностима сваког појединачног случаја“ (чл. 92.).

Анализа Законика указала је да се при одређивању казни користе различити, па чак и потпуно супротни модели, услед чега овлашћења судије и простор у којем се кретао уопште није могуће одредити неком јединственом напоменом. Тим пре што се поред екстрема – апсолутно одређених и апсолутно неодређених казни у формулацијама да учиниоца „треба казнити“ без икаквог назначења врсте и мере, појављују и нека прелазна решења у виду одређивања само врсте казне. Упечатљива одлика у прописивању казни у *Constitutio Criminalis Carolina* јесте и алтернативно постављање две, три или чак четири казне за исто дело. Као екстремни пример алтернативности може се навести подвођење и помагање у прељуби, које се кажњава протеривањем из земље, везивањем за срамни стуб, одсецањем ушију или другом казном (чл. 123.). Несумњиво, постојање алтернатива пружа могућности за неку врсту одмеравања, јер суд прво треба да одлучи која је од тих казни најпримеренија. Општих правила за усмеравање избора нема, али се зато код оваквих дела понекад среће и некакав критеријум који судију треба да

---

<sup>237</sup> Коришћен превод Законика из Љ. Кандић: *op. cit.*, стр. 199. и надаље.

определи за једну од понуђених опција. Рецимо, код кривичног дела фалсификовања печата, писмена, различитих јавних књига и регистра прописане су смртна и телесна казна, а избор зависи од субјективне околности, тј. од тога да ли је дело учињено „*више или мање злонамерно*“ (чл. 112.). Међутим, ако суд процени да је изрицање телесне казне примереније, надаље остаје препуштен само сопственом нахођењу, а колико то може бити неодређено постаје јасније када се стави у контекст арсенала телесних казни предвиђених у овом законнику.<sup>238</sup> Има и примера уважавања објективних околности; жена која остави своје дете у опасности, тако да услед напуштања дође до његове смрти, кажњава се смртном или телесном казном према „*околностима и месту остављања*“, али ако је дете пронађено и отхрањено законом је наложено само да се казни, без икакве даље назнаке (чл. 132.). Концизности ради, биће наведене само околности од којих зависи селекција алтернативно постављених казни: да ли је нанета штета извршењем дела или не (кривично дело врачања чл. 109.), тежина дела и околности случаја (подизање буне чл. 127.); степен трудноће (побачај чл. 133.); психички однос према делу, тј. ако је настало из немарности, незнања, лакомислености или својевољно (лечење са смртним исходом чл. 134.); сиромаштво (тајна ситна крађа чл. 156.); примарни учинилац или повратник, велика или мала вредност ствари, да ли је учинилац ухваћен на делу, положај лица (тешка крађа обијањем или проваљивањем чл. 157.); узраст малолетника, прецизније да ли има навршених четрнаест година или не, отежавајуће околности тако опасне да дело може надокнадити недостатак узраста (крађа од стране малолетника чл. 164.).

За извештај број кривичних дела казна није прописана, већ се само наводи да учиниоца треба казнити. Занимљиво је да се у овакавом случају најређе проналазе нека конкретна упутства, пошто се помињу углавном врло широке смернице попут околности случаја, стања ствари или савета правозналаца, што би могло да асоцира на допунску примену неких других извора, а посебно обичаја. Уосталом, и сам Законик налаже да пресуда треба да буде донета у складу са добрим обичајима места (чл. 80.). Веома ретко се налаже узимање у обзир неке

---

<sup>238</sup> Одсецање језика, одсецање прстију, одсецање ушију, вађење очију, чупање мяса усијаним клештима, шибање и слично.

егзактније околности. Тако је изричито наведено да на казну за кривично дело силовања утиче положај лица, под чиме се вероватно подразумевала класна припадност учиниоца и жртве (чл. 119.), а изузетак је начињен и у вези са делом држања опасне животиње која је проузроковала штету или усмртила неко лице, где је јасно наглашено да власник треба да буде теже кажњен ако је раније био опоменут или упозорен од стране судије или неке друге власти (чл. 136.).

Међутим, код дела са апсолутно неодређеном казном поред оних која су праћена општијим или конкретнијим напоменама, постоје и она без икакве даље одреднице. Ту се неминовно поставља питање да ли је суд потпуно слободан у изналажењу одговора на криминално понашање, када већ нема нормативних усмерења. Да ли то значи да је он могао да се постави креативно и осмисли неке нове облике реакције, уведе неке своје казне, или је ипак морао да поштује законски каталог, бирајући неки од постојећих облика казни. Вероватно су улогу у свему томе могли одиграти обичаји и традиција, мада таква ограничења нису баш нека гаранција за остваривање једнакости и правне сигурности у домену кажњавања.

Посебан облик одмеравања казне може се препознати у праву судије да бира између различитих начина извршења исте казне. Илустративни пример јесте издаја (чл. 124.), која се у случају да је проузроковала „*велику штету или саблазан*“ може отежати мучењем учиниоца пре извршења смртне казне (вучење и чупање клештима), или недостојним понашањем према телу осуђеног након извршења смртне казне (черечење). Нешто слично предвиђено је и за мајку која је лишила живота сопствено дете, када Законик дозвољава да се злочинка утопи, иако је по обичајном праву морала бити жива закопана и пробијена коцем, чему се прибегава само ако је дело учестало, тј. „*где се такво зло често догађа*“. Негде је учињен покушај да се градира тортура којој учинилац треба да буде подвргнут пре извршења смртне казне, као у случају тровања (чл. 130.), када је пресудан положај лица и карактер убиства.

Дакле, ако би требало рекапитулирати овлашћења суда у домену одмеравања, она би се, сем у случају апсолутно неодређене казне, кретала у следећим оквирима: одређивање врсте и мере (за апсолутно неодређене казне), одређивање

мере (за казне одређене само по врсти), избор једне од алтернативно постављених казни и избор начина извршења.

На крају, могло би се рећи да иако поменути извор уноси извесна побољшања, прецизније одређује кривична дела и успоставља њихову бољу систематику, па чак и дефинише поједине опште институте кривичног права попут покушаја или нужне одбране, по питању одмеравања казни је изразито средњевековни услед постојања великог броја арбитрерних казни и недостатка општих института који би омогућили одмеравање у савременом смислу те речи.

У фази позног феудализма настао је читав низ кодификација, од којих посебну пажњу привлаче *Constitutio Criminalis Theresiana* (1768. године), *La legge penale Toscana – Codice Leopoldino* (1786. године) и Кривични законик за Аустрију Јосефа II – Јосефина (1787. године). Како су настале на самом измаку раздобља, логично је запитати се да ли оне доносе нешто ново или само настављају традиције овога периода. Терезијана се издваја по томе што прокламује циљеве кажњавања, као поправљање осуђеног, задовољење повређене државе и одвраћање народа од вршења сличних дела.<sup>239</sup> Казнени систем по класификацији самог законодавца чиниле су две врсте казни – редовне и ванредне (самовласне). Први облик су прописане казне, најчешће само врстом, мада има и апсолутно одређених, па чак и један пример релативно одређене казне (у питању је прогонство које је трајало најмање једну, а највише десет година). Другу категорију чине оне које суд изриче када казна уопште није прописана законом или када је прописана, али је суд стао на становиште да је праведније изрећи неку другу казну услед постојања олакшавајућих и отежавајућих околности. Како је раније показано, други извори дају најмање правила управо за потпуно неодређене казне, док се Терезијаном постављају неки општи руководни принципи за такав случај, а колико они (не)ограничавају биће јасније из следећих навода. Најпре се суд код избора казне упућује на месне обичаје, уобичајне казне у његовој покрајини, уз набрајање добара против којих могу бити уперене – живота, тела, части и имовине.<sup>240</sup> Изричито је наглашено да упућивање у војску не може бити казна, као и да смртна

<sup>239</sup> И. Фејеш: *Constitutio Crininalis Theresiana – систем казни*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2, 2009. године, стр. 245.

<sup>240</sup> И. Фејеш: *op. cit.*, стр. 246.

казна као самовласна може бити изречена само у свом најблажем виду (одрубљивањем главе).<sup>241</sup> Иронија овог извора је у томе што настоји да одбрани неодбрањиву тезу да самовласне казне нису самовоља, јер суд тада мора да поступа „... разборито, тако да узимајући у обзир све олакшавајуће и отежавајуће околности казна буде одговарајућа и уравнотежена, зато не сме бити ни престоног ни преблаг. При томе треба имати у виду ... да у случају мање тежких дела или сумњивих случајева благост има предност у односу на строгост ...“.<sup>242</sup>

Последња два законика представљају у неку руку веснике промена које ће заживети у следећем периоду и поставити темеље савременог кривичног права. У њима су инкорпориране и отелотворене идеје класичне школе, што и не чуди јер се на челу комисије која је радила текст Леополдине налазио лично Бекарија, тако да су њоме укинута казна које је сматрао нехуманим (смртна казна, различити облици сакаћења и конфискација имовине) и прокламовано начело сразмерности између злочина и казне.<sup>243</sup> Иако није непосредно радио на тексту Јосефине, ехо његових идеја се и овде може осетити, посебно у томе што је ово први кривични законик који прокламује начело законитости.<sup>244</sup>

### 1.3. Период буржоаских држава

Овај период карактерише богата законодавна делатност, што отвара проблем селекције извора који ће бити изабрани за детаљнију анализу. Логично је одредити се за принцип новина, те су у следећим излагањима подробније обрађивани они правни извори који су допринели установљавању и развоју редовног одмеравања у савременом смислу те речи, односно, који су пресудно утицали на изградњу и изглед европског и домаћег кривичног права, пошто су коришћени као узор. Први законик овог периода, *Code de delits et des peines* из

---

<sup>241</sup> И. Фејеш: *op. cit.*, стр. 254.

<sup>242</sup> *Idem.*

<sup>243</sup> С. Вессарија: *op. cit.*, стр. 52.

<sup>244</sup> А. Стајић: *Начела легалитета и индивидуализације казне у кривичном праву ФНРЈ ...*, стр. 443.

1791. године,<sup>245</sup> настао на свежим негативним искуствима из доба феудализма, усваја начело законитости и строго га спроводи кроз систем апсолутно одређених казни. Основ за оваква решења представља Декларација о правима човека и грађанина из 1789. године, где се као реакција на арбитрност, неједнакост и правну несигурност феудалног права, гарантују једнакост грађана пред законом (чл. 6.) и законитост кривичног дела и казне (чл. 8.). Све што је иоле подсећало на феудално право је, у таквој атмосфери страха од злоупотреба, готово панично одбачено, те не чуди што у новом законодавству није било места за релативно одређене казне нити за институт олакшавајућих и отежавајућих околности. Сама идеја да суд слободно бира врсту и висину казне била је страховито искомпромитована, те се отишло у другу крајност остављајући му само право да прогласи законом предвиђену казну.

*Code penal* из 1810. године (*Code Napoleon*) представља прави заокрет у регулацији, због прихватања система релативно одређених казни, примењеног помало бојажљиво, остављањем прилично уских оквира.<sup>246</sup> Пресудан утицај на висину казне имају само објективне околности, тј. тежина кривичног дела, док учиниоцу није посвећена нека пажња, како се сматрало да би се тиме нарушила гарантована једнакост. Законик је новелиран у више наврата, а за материју одмеравања посебно су значајне реформе из 1824. и 1832. године.<sup>247</sup> Првом су уведене олакшавајуће и отежавајуће околности, али не као општи институт, јер су биле везане за тачно одређена кривична дела. Сигурно је да овакво решење није могло да одговори потребама судске праксе, а истовремено није ни представљало епохалну новину. Претходним излагањима је показано да су и у ранијим периодима спорадично постојале тзв. посебне олакшавајуће и отежавајуће околности. Није тешко претпоставити да је страх од судске самовоље још увек био довољно интензиван да је могао да спречи неко значајније померање у материји одмеравања. Нови реформски талас из 1832. године овога пута резултира дефинитивним увођењем института недетерминисаних олакшавајућих околности за све злочине и

---

<sup>245</sup> Коришћени наводи из P. Bouzat, J. Pinatel: *Traité de droit penal et de criminologie*, Paris, 1963. године, стр. 512.

<sup>246</sup> P. Bouzat, J. Pinatel: *op. cit.*, стр. 512.

<sup>247</sup> *Idem.*

преступе. Занимљиво је да је по питању дејства олакшавајућих околности заузет прилично либералан став, пошто су могле довести до смањивања у прописаним оквирима за дато кривично дело, али и испод посебног минимума предвиђеног законом. Код нормирања отежавајућих околности законодавац поступа рестриктивније – њихово дејство повећава казну, али само у оквиру посебног казненог распона.

Баварски Кривични законик из 1813. године следи исту идеју, како је заснован на начелу легалитета. Предвиђањем релативно одређених и алтернативно постављених казни он омогућава судовима избор врсте и мере казне, у зависности од околности кривичног дела и мотива који су утицали на извршење.<sup>248</sup>

Аустријски кривични законик из 1852. године (Казнени закон о злочинима, преступима и иступима)<sup>249</sup> прилично детаљно регулише редовно одмеравање, постављајући читав систем правила, почевши од општих смерница, таксативно набројаних олакшавајућих и отежавајућих околности, као и граница њиховог дејства на казну. У посебном делу су све казне лишења слободе релативно одређене са довољно широким распонима, док су за преступе и иступе честе и алтернативне казне што, такође, представља претпоставку редовног одмеравања.

Приликом нормирања олакшавајућих и отежавајућих околности законодавац је пошао од усвојене трипартитне поделе кривичних дела према тежини, тако да је посебно издвојио релевантне чињенице за злочине, са једне стране, и за преступе и иступе, са друге стране. Каталог олакшавајућих околности за злочине је веома хетероген и обухвата следеће факторе: младост учиниоца (ако није навршио двадесет година); слаб разум или јаку васпитну запуштеност учиниоца; беспрекорно владање пре но што је учинио злочин; чињеницу да је дело настало по наговору трећег лица, из страха или послушности; племените мотиве (услед ганутости као урођеног осећаја човека); ако је намамљен на злочин више zgodном приликом насталом услед туђег немара него због сопствене намере; ако је наведен на злочин због тешког сиромаштва; ако је настојао отклонити штету или даље лоше последице; ако се пријавио, мада је могао побећи и остати неоткривен;

---

<sup>248</sup> М. Ансел: *Нова друштвена одбрана ...*, стр. 18.

<sup>249</sup> Коришћен текст из *Codes pénaux européens*, 1957. године, стр. 101.

ако је одао друге скривене злочинце и помогао да се ухвате, и ако је дуже био у истрази без своје кривице (§ 42). Иако су формално издвојене олакшавајуће околности за преступе и иступе (§ 264), тумачење ових одредаба указује да нема неких посебних разлика у односу на оне предвиђене за злочине, сем мало другачијих формулација, тако да због концизности излагања неће бити самостално наведене. У погледу отежавајућих околност законодавац је применио исту категоризацију, али је истовремено прву групу диференцирао на (обичне) отежавајуће и особито отежавајуће околности. Тако се злочин по тексту закона сматра тежим ако је: зрелије промишљен; припреман са више брижљивости; наступила већа штета или опасност услед његовог извршења; мала ефикасност мера предострожности које се против учиниоца могу предузети и повређено више дужности (§ 43). Статус особито отежавајуће околности постоји ако је: учинио више злочина различите врсте; поново извршио исти злочин; раније био осуђиван због истоврсног злочина; зачетник, подстрекач или коловођа неког злочина у којем је учествовало више лица; покушао да превари судију навођењем неистинитих чињеница (§ 44). Висину казне за преступе и иступе, поред поменутих, увећавају и нека нова мерила: дуже трајање дела; важност односа између кривца и оштећеног; ако је заведена малолетна или поштена особа; ако постоји лош узор у породици; ако је изазвана јавна саблазан; и код дела против јавног морала ако је особа одгојена и већег образовања (§ 263).

Пошто утврди постојање олакшавајућих и отежавајућих околности, суд треба да процени које од њих су преобладајуће, да би на основу тога повисио или умањио казну, уз изричито наведену обавезу поштовања казних оквира прописаних за то дело (§ 48). Додатно је забрањена замена врсте казне или одређивање дужег трајања лишења слободе услед постојања отежавајућих околности, чак и када оне спадају у групу особито отежавајућих (§ 49). Олакшавајуће околности пак могу довести до ублажавања казне по врсти, како је дозвољено да се услед њиховог постојања смртна казна супституише временском затворском казном.



Други законици доношени у овом периоду следили су различите системе.<sup>250</sup> Док се релативно одређене казне појављују као правило и заједничка карактеристика, по питању нормирања олакшавајућих и отежавајућих околности има варијација. Немачки Кривични законик из 1871. године нема опште, већ само посебне олакшавајуће околности, као код увреде (чл. 187. ст. 2.), крађе (чл. 146. ст. 2.), преваре (чл. 163. ст. 2.) и других кривичних дела. *Codice penale del Regno Italia* из 1889. године, поред обавезе суда да цени како околности које иду у прилог учиниоцу тако и оне које иду на штету, наводи примера ради године учиниоца, способност расуђивања и поврат. Делимично је вредновано и њихово дејство, те ако постоје олакшавајуће околности дозвољено је да се доживотна робија замени затвором од 30 година, док се друге казне умањују за једну шестину. Норвешки Кривични законик из 1902. године не садржи ниједно правило о редовном одмеравању казне.

На основу претходног проучавања може се закључити да је редовно одмеравање релативно новији институт, настао под утицајем француског права. Преломне тачке у његовом оформљавању су свакако прокламовање принципа законитости, увођење релативно одређених казни, а потом и олакшавајућих и отежавајућих околности. Тек склапањем поменуте тријаде одмеравање добија модерну физиономију. Без комбинације са начелом легалитета и јасним границама казне одмеравање је више пример злоупотреба, о чему сведоче римско право у доба принципата и домината и средњевековно право.

---

<sup>250</sup> Преглед учињен према R. Garraud: *Traité théoretique et pratique du droit penal français*, Paris, 1885. године, стр. 566.

## 2. Преглед историјског развоја правила о редовном одмеравању казне у праву Србије

### 2.1. Период средњег века

Историја права у средњевековној Србији може се поделити у две епохе, раздвојене доношењем Душановог законика 1349. године. Нажалост, о периоду раног средњег века, од доласка на Балкан до формирања прве српске државе, нема довољно података. Може се само претпоставити да је примењивано данас недовољно познато обичајно право, као и да је преовладала приватна реакција, тј. крвна освета са системом композиције, која је са јачањем државе у све већој мери морала уступати место јавној.<sup>251</sup> Из чињенице да је у XI веку, тачније 1078. године, дукљански владар добио од папе титулу краља, неки историчари закључују да је прва српска краљевина морала имати уређен двор, управу, судове, али и писане законе.<sup>252</sup> Барски родослов сведочи о томе да је краљ био врховни судија, као и да је по ступању на престо почео путовати по земљи како би, поред осталог, надгледао рад судова, мада нема прецизнијих података о материјалном праву на основу којег се судило.<sup>253</sup>

Од доба Стефана Немање има више сачуваних правних извора; они сведоче о јаком византијском утицају, вршеном кроз рецепцију – превођење и прераду византијских световних закона, који су „*ирквеним путем ушли у Србију, као саставни део хришћанске вере и њених канона*“.<sup>254</sup> Констатацију потврђује и чињеница да је у свим познатим преписима Номоканон праћен изворима световног права – изводом из Јустинијанових новела и читавим Прохироном. Данас је тешко проценити колики је био стварни значај ових извора пре Душана, поготову што је у кривичном праву постојао јаз између византијских и српских правних схватања, нарочито у области кажњавања. У византијском систему свако кривично дело се морало кажњавати од стране државе и то врло често телесном или смртном казном.

<sup>251</sup> Т. Тарановски: *Историја српског права у немањинској држави*, Београд, 2002. године, стр. 263.

<sup>252</sup> А. Соловјев: *Историја словенских права & Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, Београд, 1998. године, стр. 143.

<sup>253</sup> А. Соловјев: *op. cit.*, стр. 144.

<sup>254</sup> С. Новаковић: *Законик Стефана Душана цара српског*, Београд, 2004. године, стр. XV

Таква реакција је потпуно страна српском обичајном праву, на шта упућују наводи Дубровачког статута из 1272. године. Статут више пута помиње *antiqua consuetudo* (древне обичаје), као правила за решавање разнородних спорних односа између Срба и Дубровчана, међу којима се експлицитно наводи вражда (обичај плаћања крвнине за убиство).<sup>255</sup> Остало је забележено да су Дубровчани и Млечани једном приликом тражили од Милутина да пропише смртну казну за убице њихових грађана, што је он одбио, рекавши да ће и даље чувати стари обичај предака и да неће проливати крв својих поданика.<sup>256</sup>

Најзначајнији извор српског средњовековног права свакако представља Душанов законик.<sup>257</sup> Он је у свим старијим преписима чинио део јединственог кодекса, у чији састав је улазила преведена и прерађена Синтагма јеромонаха Матије Властара из 1335. године (у оно доба најновији и најбољи византијски правни зборник) и Законик Јустинијанов. Казнени систем устројен Закоником ослања се на византијску правну традицију, како предвиђа смртну казну (спаљивањем и вешањем) и читав арсенал телесних казни (сечење језика, носа, ушију, руку, ослепљивање, батинање, жигосање и смуђење, које у себи садржи и бешчастеће елементе), мада не може остати непримећено да је новчана казна и даље била прилично заступљена. Уобичајно за оно доба, прихваћени су различити системи одређивања казни, који опет остављају и различит простор за деловање суда. Иако преовлађује тенденција одређивања казни било апсолутно било само врстом, у Законнику има више случајева када казна уопште није одређена, као у следећим примерима: „да се *недепса*“ (чл. 19.) или „да се *накаже*“ (чл. 34.), односно „да се *казни што рече суд*“ (чл. 191.) и слично. За поједина кривична дела се и не може са сигурношћу рећи каква је била запрећена казна, јер се она одређује позивањем на неко друго дело нерегулисано Закоником (чл. 140, 142, 144. и 178.). Има мишљења да је за попуњавање оваквих празнина била меродавна Властарева Синтагма,<sup>258</sup> али се оправдано може поставити и питање да ли је долазила у обзир и

<sup>255</sup> С. Шаркић, Д. Поповић, Д. Николић: *Историја српског правосуђа*, Београд, 1997. године, стр. 11.

<sup>256</sup> А. Соловјев: *op. cit.*, стр. 189.

<sup>257</sup> Коришћен је превод из С. Новаковић: *op. cit.*, стр. 151. и надаље.

<sup>258</sup> Схватање је утемељено на чињеници да су поменути извори у свим старијим преписима били повезани у један зборник, који је по редоследу садржао Скраћену Синтагму, Законик Јустинијанов и Душанов законик. Да није у питању случајност сведочи и реченица на крају Синтагме: „*Оно што се*

примена обичајног права, јер је таква пракса генерално била одомаћена у средњевековним државама. Нажалост, данас није могуће повући границу између потенцијалних супсидијарних извора, те ово питање остаје без одговора.

Да би се добила нека детаљнија представа о овлашћењима суда у процесу одмеравања свака врста казне биће појединачно подвргнута анализи. Наравно, у обзир долазе само оне казне, по својој природи подложне одмеравању. Када је новчана казна у питању,<sup>259</sup> осим оних фиксног износа, понегде се среће и плаћање тзв. „самоседмо“ (чл. 30, 93, 102, 143, 187, 193. и 200.), што заправо значи да се учинилац осуђивао да надокнади проузроковану штету, али и да уз то плати још шестоструко на име казне. Како је у ранијим излагањима показано, у оваквим случајевима постоји одмеравање, јер суд треба да установи висину штете (заправо обим последице) и његовим мултипликовањем дође до коначне мере казне. Има и неодређених одредаба о новчаној казни, посебно код колективне одговорности, а занимљиво је да се међу њима налазе и оне где се изричито наглашава пресудан значај слободне оцене суда – „што покаже суд, да плати село“ (чл. 92.) или самог владара као носиоца судске власти – „да плати глобу што рече цар“ (чл. 169.). Ипак, већина правила садржи само неодређену формулацију „да плати“. Она истовремено ствара тешко решиву дилему, да ли је суд био потпуно слободан или лимитиран нама непознатим правилима обичајног права, за које је већ констатовано да је представљало неминовног и верног пратиоца свих старих законика. Међу имовинским казнама своје, додуше скромно, место пронашла је и конфискација. Она се обично детаљније не уређује, мада се код пружања отпора судским службеницима (чл. 107.) и увреде судије (чл. 111.) јасно говори о потпуној конфискацији „да му се све узме што има“. Прогонство ни у једној од малобројних одредаба (чл. 9, 10. и 24.) није временски детерминисано, а исто важи и за различите случајеве расељавања села.

Једина од телесних казни подобна за одмеравање – батинање, незнатно је заступљена у Законику, како се налази у свега пет случајева (чл. 24, 50, 85, 131. и

---

не налази у *Скраћеној Синтагми треба читалац да тражи у Законику Јустинијановом и Законику Душиановом*“. А. Соловјев: *op. cit.*, стр. 363.

<sup>259</sup> Она је наведена на почетку као најблажа, али и најчешћа казна. Од 79 казних одредаба 39 прописује управо ову казну, и то за веома хетерогена кривична дела усмерена против личности, имовине, правосуђа, трговине, фискалног система, па чак и против религије и др.

166.). При томе се обично само наводи уопштено „да се бије“ или уз спецификовање средства извршења „да се бије стапи“. Усамљени пример апсолутно одређене казне везан је за кривично дело злоставе и увреде учињене од лица у стању пијанства (чл. 166.); број батина је фиксиран на 100 стапи, али се поред тога оно затвара у тамницу и по изласку отуда опет бије, сада без неког даљег прецизирања.

Душанов законик изричито прописује тамницу у два случаја – за калуђера који збаци калуђерске хаљине (чл. 19.) и за пијаницу који увреди или злостави неког (чл. 166.). Време трајања је код првог дела у извесном смислу ограничено, јер се осуђени држи у тамници док се не врати у послушност.

Губитак часних права, предвиђен за поротнике који су злоупотребили своју дужност (чл. 154.) у виду забране склапања брака „ни да се кто од њих мужи ни жени“ и губитак приселице као повластице властеоског сталежа (чл. 57.) за учињену злоупотребу у њеном коришћењу, такође, није временски одређен.

Наведене констатације упућују на то да се нијансирање у кажњавању могло постићи одлуком суда само код казни које уопште нису одређене или су одређене само по врсти. У осталим случајевима је законодавац преузео на себе постављање разлика у кажњавању за исто дело, најчешће у зависности од сталешке припадности активног и пасивног субјекта, хијерархије у оквиру сталежа, а ређе од неких других околности, облика кривице (убиство и попаша), својства члана породице (убиство), имовинског стања и поврата (крађа).<sup>260</sup>

Пошто је указано на простор одмеравања, требало би утврдити да ли постоје нека упутства за кретање у његовим оквирима. Општих правила о одмеравању казне нема, а једина смерница дата судијама односи се на строго поштовање законитости, којем је дата превага чак и у односу на царску вољу: „*Кад би се догодило да ја цар напишем некоме писмо или наредбу по љутњи или по љубави или по милости спрам кога, па би се та наредба или писмо налазили у супротности са Закоником и не би били ни по правди ни по прописима законским, судије се на то*

---

<sup>260</sup> Имовинско стање и поврат се срећу у Скраћеној Синтагми. Сиромаси за крађу добијају батине, учиниоци који су платежно способни осуђени су на двоструку накнаду вредности ствари власнику, но ово важи само за примарне учиниоце, ако су ухваћени по други пут осудиће се на прогонство, док је за трећу крађу нормирана телесна казна по принципу симболичног талиона, тј. сечење руке. С. Новаковић: *op. cit.*, стр. 233.

писмо или наредбу неће обазирати, него ће судити и вршити онако како је право“ (чл. 171.). Потенцирање значаја законитог суђења извршено је понављањем, па исти смисао има и следећи члан: „Све судије да суде по Законнику, право, како пише у Законнику, а не по страху од царства ми“ (чл. 172.). Изузетно, критеријум одмеравања висине казне код неких дела представљају покајање и поправљање учиниоца. Тако је у Законнику одређено да се калуђер који збаци калуђерске хаљине „држи у тамници док се не поврати у послушност и да се педенса“ (чл. 19.). Навод је интересантан, јер указује на то да одмазда и застрашење нису биле једине сврхе кажњавања. Изузетно, циљ казне је могло бити и поправљање, што јасно следи и из следећег члана: „Ако се деси да је ко сагрешио цркви, или да је преступио ма шта из овог Законика, хотимице или нехотице, да се покори и поправи цркви; оглуши ли се, или се почне уклањати од цркве, те не хтеде учинити што заповеда црква – да се од цркве одлучи“ (чл. 4.). Поправљању, свакако, не треба дати неко шире значење, оно је резервисано за казне које изричу црквене власти.<sup>261</sup> Посебна врста црквених казни, тзв. епитимије, као извештан облик *poenae correctiones*, постоје још од Светосавског типика, где се у вези са њима први пут користе изрази „казати“ и „наказати“ са значењем научити и казнити ради поправљања.<sup>262</sup> Ови термини се помињу и у Душановом законнику, мада недоследно, не само у вези са казнама за духовне дугове, тј. дела против религије и цркве, већ и у вези са другим делима и казнама (на пример смртном) које немају никакве додирне тачке са поправљањем. Са друге стране, у Властаревој Синтагми се чак препоручује примена „несмртоносних“ казни, јер осуђеноме остављају време за покајање и повратак на прави пут.<sup>263</sup>

Душанов кодекс је несумњиво важио неко време и после његове владавине. Стефан Урош је посебним актом на сабору 1357. године потврдио законодавство свог оца, а и каснији владари су се на њега често позивали, што сведочи о важењу. Последњи, данас познати такви акти су уговори деспота Ђурђа са Дубровником из

---

<sup>261</sup> У средњовековној Србији је постојао веома сложен судски систем, који су сачињавали властелински, црквени, градски, судови за странце (Дубровчане и Сасе), и царски судови. Као што је то био случај у свим хришћанским земљама у Европи, црква је судила свештенству, али и световним лицима за кривична дела против цркве и религије. С. Шаркић, Д. Поповић, Д. Николић: *op. cit.*, стр. 14. и надаље.

<sup>262</sup> А. Соловјев: *op. cit.*, стр. 465.

<sup>263</sup> Т. Тарановски: *op. cit.*, стр. 296.

1428. и 1445. године „*закључени по закону великог цара Стефана*“;<sup>264</sup> тако да су његове правне норме вероватно важиле све до пада деспотовине. За период од средине XV до почетка XVIII века нема довољно историјских података, који би указали на то шта се тачно дешавало са српским правом. Зна се да је у манастирима настављено преписивање најзначајнијих правних извора, а мишљење о томе да ли је наведена преписивачка делатност утицала на правни живот су подељена, мада је врло вероватно била ограниченог значаја. Како се целокупна територија српске државе нашла од 1459. године под османлијском влашћу, на нашим просторима долази до примене шеријатског права.<sup>265</sup> Изворно, казнена политика шеријата предност даје глобама (имовинским казнама), али се она модификује освајањем, делимично и кроз преузимање елемената права освојених земаља.<sup>266</sup> Према начину одређивања казни шеријатско право разликује три врсте дела: дела са апсолутно одређеним казнама, дела за која је предвиђена одмазда или плаћање крвине, и дела за која је прописана само врста казне. Врста и висина казне не зависе од класних разлика, али се значајним сматрају биолошке (мушкарац-жена, где је често тежа казна прописана за жене), верске (муслимани и немуслимати), некада и имовинске разлике.<sup>267</sup>

Требало би поменути да су верски и персонални карактер шеријата оставили простор за давање повластица поданицима немуслиматима. Тако је српска православна црква задржала право суђења у духовним и појединим грађанским стварима (првенствено породичним и донекле наследним).<sup>268</sup> Истовремено, село је под Турцима имало извештан степен унутрашње самоуправе, што је обухватало и судску надлежност у појединим случајевима. Како је село одговарало колективно

---

<sup>264</sup> А. Соловјев: *op. cit.*, стр. 530.

<sup>265</sup> Основни извори шеријата су поред Курана, Суна (збирка описаних дела, изрека и прећутних одобравања Мухамедових), иџма (јединствено мишљење правника о неком правном питању) и кијас (тумачење по сличности). Временом је изграђиван и допунски правни система тзв. урф, који сачињавају султанови закони (кануни). Они су сакупљани у збирке (канун-наме), при чему су неке од њих су важиле на територији читаве државе, док су неке биле санџачке. Значајни извори кривичног права су две опште канун-наме, донете од султана Мехмеда II и Сулејмана II. С. Шаркић, Д. Поповић, Д. Николић: *op. cit.*, стр. 33.

<sup>266</sup> А. Сућеска: *Неке особености кривичног права у југословенским земљама за вријеме Турака*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1971. године, стр. 243.

<sup>267</sup> Илустрације ради, за блуд је била прописана имовинска казна, чији износ зависи од тога да ли је учинилац богат, сиромашан или сасвим сиромашан, док за немуслиману казну износи половину казне прописане за муслимане. А. Сућеска: *op. cit.*, стр. 245. и 246.

<sup>268</sup> С. Шаркић, Д. Поповић, Д. Николић: *op. cit.*, стр. 39. и надаље.

за злочине учињене на његовој територији (атару), оно се и старало да дела буде што мање, а ако се и десило да ухвати и казни кривца. Учиниоцу је судио збор, састављен најчешће од свих кућних домаћина, ређе од свих мушкараца у селу. Казна је зависила од тежине дела; за теже злочине могло је бити изречено протеривање из села, паљење куће и слично, док су за мање преступе, поготову ако су у питању млађа лица, кривци препуштани кући да их казни, мада је кућа морала да плати штету.<sup>269</sup>

## 2.2. Период од доношења „устаничких законика“ – Законика проте Матеје Ненадовића и Карађорђевог криминалног законика до 1860. године

Упоредо са борбом за ослобођење од турске власти текао је и процес обнове и развоја државних институција и домаћег законодавства. Тако је већ 1804. године на скупштини ваљевске нахије донет Кривични законик проте Матеје Ненадовића.<sup>270</sup> По обиму невелик, од свега петнаест чланова, Законик је врло штуро регулисао кривичноправну материју, предвиђајући само поједина кривична дела и казне. Њиме нису били регулисани институти општег дела, па су изостала и правила о редовном одмеравању која, уосталом, због апсолутно одређених казни нису ни могла имати места у Законику. Иста тенденција настављена је следећим значајним извором из овога периода, Карађорђевим криминалним законом из 1807. године, мада је њиме у појединим случајевима уважена разлика између дела учињеног „својеволјно“ или „неотице“, потпуно довршеног или само покушаног, чиме је извршено извесно диференцирање у кажњавању.<sup>271</sup> Какав је реални утицај ових малобројних писаних извора на одмеравање казне тешко је проценити; први је важио само на територији ваљевске нахије, а за други нема писаних сведочанстава да ступио на снагу и да је примењиван у пракси. Са великом извесношћу може се

<sup>269</sup> С. Шаркић, Д. Поповић, Д. Николић: *op. cit.*, стр. 41.

<sup>270</sup> Текст Законика у Т. Живановић: *Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804. до 1865. године*, Београд, 1967. године, стр. 7.

<sup>271</sup> Једини такав пример је кривично дело убиства – за умишљајно је прописана смртна казна (§ 18), за нехатно робија од пола године и надокнада штете (§ 19), а за покушај истоветна казна као и за нехатно убиство (§ 20). Текст Законика у Т. Живановић: *op. cit.*, стр. 11.



констатовати да се судило више према обичајном праву и осећају праведности народних старешина – судија.<sup>272</sup> Постоје записи који указују да се у пракси, иако за то нема основа у више него оскудном писаном праву устаничког периода, одступало од прописаних казни. Тако се у образложењу пресуде за убиство неке жене наводи да је учиниоца оправдано блаже казнити, јер је жртва: „... *одавно смрт заслужила, будући је толико пута Турке на збегове хотела навести .... и кметови села ... веле да је свако зло код ње било*“, односно у другом случају, јер је убијени „... *на сваки начин зао и није за држање био*“.<sup>273</sup> Анализа пресуда садржаних у цитираном извору указује на то да се суд спорадично упуштао у процену степена кривице (иако има и примера чисте објективне одговорности), мотива, малолетства, старости, а веома често и друштвеног положаја учиниоца кривичног дела, који је чак пресудно могао да утиче на врсту и висину казне.

Други српски устанак 1815. године довео је до правног дисконтинуитета, пошто сви до тада важећи закони бивају стављени ван снаге. Све до 1860. године донето је обиље закона, устројстава, уредаба, решења, указа, као и обавезних упутстава надлежних министарстава, па су норме о одмеравању биле расуте у различитим изворима. Многи од њих често нису имали за превасходни циљ инкриминисање појединих понашања, већ само правно регулисање неких других друштвених односа (поступања у случају епидемије, телеграфског саобраћаја и сл). Иако се на први поглед не чине претерано битним они су ипак обликовали одмеравање. Њихов прави значај се да сагледати тек када се ставе у контекст неизграђености и неразвијености ондашњег правног система. У условима непостојања кривичног законика, тешко је ове изворе назвати допунским или споредним, ма колико они то суштински били, те су отуда нашли своје место у овом проучавању. Са друге стране, тек од периода уставобранитеља донето је десетак кључних закона (они често и не носе тај назив, али су закони по својој природи), тако да све то представља основ и оквир редовног одмеравања казне у Србији онога доба.<sup>274</sup>

---

<sup>272</sup> С. Шаркић, Д. Поповић, Д. Николић: *op. cit.*, стр. 48.

<sup>273</sup> Д. Папазоглу: *Кривично право и правосуђе у Србији (1804-1813)*, Београд, 1954. године, стр. 115.

<sup>274</sup> Као такви се издвајају: Закон војени (1839. године), Устројеније судова окружни (1840. године), Закон о бунтовништву (1843. године), Уредба о казњењу крадљиваца и лопова (1845. године),

Бројност извора, нажалост, није довела до покривености кривичноправне материје, тако да се наставља пракса примене обичаја, где се као критеријуми одмеравања јављају императиви здравог разума, савесност и осећај за правду самог судије. Поменута пракса је чак и легализована, што потврђују и следећи примери. Војени закон из 1839. године<sup>275</sup> наводи да судије „... има да пресуђују по чистој савести, здравом разуму, и наравној правди ...“ (§ 114). Нешто детаљнија упутства постављена су Привременим устројенијем и кругом делатности примирителних судова,<sup>276</sup> донетим исте године: „... членови суда овога треба да буду честни, совестни, безпристрасни, неподмитљиви и од саме природе бистри, благоразумни и проницатељни људи, који ће, ако нису имали прилике учити се, кадри бити оно што је пред Богом и пред људима право, здравим разумом својим посегнути и у сваком случају оно за што право нађу, без сваког хатара и ината решити и пресудити“ (§ 3). Такође, „... примирителни судови дужни су савестно, безпристрасно, справедљиво по сушествујућим обичајима народним, као што природа човечанска и здрав разум налаже, поступати и управљати се“ (§ 16). Правила ради поступања судова и судије за правац служећа из 1844. године<sup>277</sup> праве незнатни искорак ка поштовању писаних закона, стављајући их у први план, али још увек допуштају попуњавање правних празнина правилима обичајног права: „... судови и судије у свим поступцима, решењима и пресудама својим, да се придржавају устава, устројенија земаљских и осталих изданих уредаба и законских прописа, а у недостатку законских правила управљаће се по упутству и наставленију надлежног попечитељства ... у случајевима где не би било ни једног ни другог треба да се држе постојећи и набљудавни обичаја и да слушају глас савести и здравог разума“ (§. 1 и 2). Овом кругу прописа требало би додати и Устројеније судова окружни из 1840. године,<sup>278</sup> које изричито дозвољава креативну аналогију. Тако се у Устројенију, поред набројаних, кривичним делима сматрају и „... остала подобна или истога рода но мања преступленија, која би по природи

---

Казнителни закон за поаре и крађе (1847. године), Полицијски законик (1850. године), Уредба о поступању судова при кривичном суђењу (1852. године), Закон о замени телесне казне (1853. године).

<sup>275</sup> Текст Закона у Т. Живановић: *Законски извори ...*, стр. 133.

<sup>276</sup> Текст Закона у Т. Живановић: *op. cit.*, стр. 128.

<sup>277</sup> Текст Правила у *op. cit.*, стр. 175.

<sup>278</sup> Текст Устројенија у *op. cit.*, стр. 142.

и намери спадала под злочинства“ (§ 9). Јасно је да је казна у потпуности зависила од обичаја и оцене самог судије.

Основну ноту процесу одмеравања казне, поред изостанка начела законитости, даје и изостанак начела једнакости. Он је веома упечатљив у регулисању телесне казне, која се никако није могла изрећи појединим категоријама, што је чак у одређеном периоду постављено на ранг уставног начела. Сретењским уставом било је забрањено изрицање телесне казне чиновницима и свештеницима (чл. 43.), потпуно контрадикторно, јер исти устав прокламује управо једнакост.<sup>279</sup> Многобројни извори, на мање-више сличан начин, понављају ово правило, које временом добија и извесне допуне, као у Устројенију судова окружни (из 1840. године), где се немогућност изрицања проширује, па „... званичници као и остала особитим отличјима чести и карактера грађанског обдарена лица не подпадају под казн телесну“ (§ 26).

Ако се не могу похвалити по гарантовању законитости и једнакости, многи извори из овога доба помињу, макар формално начело сразмерности. Тако се често среће формулација да ће „казн бити сразмерна кривици“.<sup>280</sup> Но, то не даје повода тумачењу да се избор казне вршио на основу психичког односа према делу, како је анахрона правна терминологија тим називом означавала дело, што указује на одмеравање казне према објективним чиниоцима. У том смислу поједини извори, са данашњег аспекта јасније и разумљивије, постављају као смернице кажњавања „тежину“ или „важност“ конкретног дела.<sup>281</sup> Постепено, тежина дела и кривица, у данашњем смислу те речи, почињу терминолошки да се разграничавају, а један од

---

<sup>279</sup> Члан 111. Текст Устава у Ј. Ђорђевић: *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије*, Београд, 1988. године, стр. 27.

<sup>280</sup> На пример у Уредби о селима и прелима из 1833. године („да преступнике казне батинама сразмерно величини њихове кривице“); Устројенију судова окружни из 1840. године („суд ће се старати да казн буде соразмерна кривици, тако да мање злочинство мањом, а веће већом казном казнено буде“); Указу о кажњењу пограничних стражара и њиховој потчињености из 1840. године („кажњавање по соразмернију кривице“). Текстови поменутих извора налазе се у Т. Живановић: *Законски извори ...*, стр. 87, 142. и 149.

<sup>281</sup> Наставленија магистратима из 1825. године наводе да од учиниоца крађе треба наплатити двоструку вредност ствари, али и да га треба телесно казнити одређеним бројем штапова „према важности крађе“ или Уредба о кажњењу крадљиваца и лопова из 1845. године која налаже да се учиниоци казне „соразмерно злочинству“. Текстови поменутих извора се налазе у Т. Живановић: *op. cit.*, стр. 62. и 189.

примера је Уредба о чиновницима из 1842. године,<sup>282</sup> која јасно наводи да ће преступник бити кажњен „*према врсти и величини штете и указане кривице*“ (§ 9).

Темељно проучавање извора довело је до закључка да се спорадично поред тежине дела успостављају и неки други критеријуми за избор казне, мада ће доста дуго њихов домет бити ограничен. Наиме, казуистички начин регулисања, од случаја до случаја како се јављала потреба за инкриминисањем појединих понашања, одузимао је овим околностима опште значење, везујући их за поједина кривична дела. Па ипак, не може се оспорити њихова важност, и то из два разлога. Прво, они свакако одсликавају друштвене ставове о праведности и друго, многи од њих су нека врста претече каснијих решења, јер су преведени из статуса посебне у статус опште олакшавајуће или отежавајуће (некада и пооштравајуће) околности. Такав случај је са ранијим животом учиниоца и држањем после учињеног дела, што се може препознати у следећем наводу: „*Кад магистрат суди какву важну кривицу, као за убиство или велику поару, позваће и кнеза од нахије и кнежине оне и два кмета из села из којег је преступник, да их они обавесте како о кривици, тако и о владању кривчевом, а затим и своје мњење даду заједно с кнезовима магистратским при пресуђивању*“.<sup>283</sup> Један број извора уважава поврат, означен не баш најпрецизнијом синтагмом „*упорност у вршењу дела*“, као на пример Уредба о чиновницима, при чему га третира као основ за оштрије кажњавање, како омогућава да се поред основне казне изрекне и казна лишења службе (чл. 2.). Дејство различитих облика кривице – умишљаја и нехата, али и утицај мотива на одређивање висине казне бивају везани за све већи број дела, а поменута уредба се и овде може искористити као илустрација. Наиме, код кривичног дела одавања службене тајне казну опредељују „*лакоумство и непредострожност*“ односно „*зли умишљај и сопствена незакона корист*“ (чл. 4.). У ред веома значајних околности спада и покајање, које у појединим изворима чак представља основ за ослобођење

---

<sup>282</sup> Текст Уредбе у Т. Живановић: *Законски извори ...*, стр. 161.

<sup>283</sup> Члан 8. Упутства свим кнезовима нахијским из 1829. године. Исто и у члану 2. акта под називом Дужност чланова нахијских судова из 1833. године: „*У важним кривицама особито где се убиства тиче или велике поаре ваља да призову и капетана и по два кмета из села одакле је злочинац и са њима у споразуму да му суде, пошто се ови најпре безпристрасно изразе о пређашњем владању злочинчевом*“. Дужности су занимљиве јер, на посредан начин, сведоче о атмосфери суђења, кроз давање упутства да се пресуде „*не изричу по сокацима и у протокол заводе*“ (чл. 23.), као и да судије „*кад нађу да је ко крив, да га казне без вике и псовања*“ (чл. 26.). Т. Живановић: *op. cit*, стр. 71. и 83.

од казне. Закон којим се прописују казне и судски поступак за бунтовништво и издајство против државног поретка (из 1843. године)<sup>284</sup> налаже обавезно ослобођење од казне за свако лице које је било учесник или коловођа ових дела, али само под условом да је спречило извршење дела, било лично било тако што је на време известио власти (чл. 5.). Код изрицања новчане казне за нека дела морало се повести рачуна о имовинским приликама учиниоца. У образложењу које прати Решење о измени казни у Уредби о сечењу родне горе од 23. јануара 1845. године (донето 1847. године),<sup>285</sup> експлицитно је наведено: *„Пошто је Совјет увидео из извјешћа Попечитељства унутрашњих дела да се Уредба о сечењу родне горе од 23. јануара 1845. године у оним случајевима одвећ теготно појављује гди на појединог преступника за исечено веће количество дрва падне толика новчана казн, да се за подмирење ове он и његова породица у имању јако упропаићују, решено је да судови у таквим случајевима новчану казну другим видом замењују ...“*. Малолетство и пол учиниоца мотивисали су законодавца да пропише нижу меру казне, као на пример у Допунителним правилима о телесним казнама за женске и малолетна лица (из 1847. године),<sup>286</sup> где је за крађу одређено да се малолетник кажњава телесном казном, али у износу од четвртине до половине казне прописане за пунолетна лица, при чему висина изречене казне зависи од пола и узраста. Указ о новој допуни Казнителног закона за поаре и крађе из 1847. године<sup>287</sup> иде по истом трагу, забрањујући изрицање смртне казне малолетницима, која се према одређеним правилима морала заменити телесном казном. Код њеног одмеравања ступа на сцену здравствено стање, а ако се процени да малолетник услед *„телесног састава“* није способан да је издржи она бива замењена робијом.

Оправдано је запитати се како се заиста судило на основу описаног нормативног галиматијаса. Иако је данас тешко реконструисати судску праксу у Кнежевини Србији пре доношења Казнителног законика, постоје ретка писана сведочанства, међу којима посебно место због аутентичности заузимају збирке

---

<sup>284</sup> Текст Закона у Т. Живановић: *Законски извори ...*, стр. 171.

<sup>285</sup> Текст Решења у Т. Живановић: *op. cit.*, стр. 201.

<sup>286</sup> Текст Правила у *op. cit.*, стр. 203.

<sup>287</sup> Текст Указа у *op. cit.*, стр. 203. Иначе, овај извор представља прекретницу у нормирању кривичноправног положаја малолетника, пошто уводи категорије недораслих лица (до 14-те године), млађих малолетника (од 14-те до 16-те) и старијих малолетника (од 16-те до пунолетства).

пресуда. Једина доступна<sup>288</sup> садржи узорак од 142 судске пресуде донете у периоду од 1827. до 1844. године у Пожаревачком магистрату, и она може послужити као извор сазнања о ставовима судова у области одмеравања казне. Прикупљене пресуде, посматрано са данашњег аспекта, имају низ формалних и правно-техничких недостатака. Образложење представља праву реткост, значајне околности се или уопште не наводе, или ако се то и чини нема објашњења њиховог утицаја на казну. Упркос свему, може се сачинити листа релевантних околности. По учесталости убедљиво прво место заузимају признање односно непризнање учиниоца, који се проналазе у највећем броју пресуда. Предмет посебног интересовања суда представља и ранији живот. Када је ранија осуђиваност у питању, усамљени су примери тачног означавања пресуде, како се користе описне формулације типа: „осведочени крадљивац“, или „чинио дело више пута“ односно „оптуженом није првица у крађи“ и слично. Поред осуде истичу се и различите социјално-патолошке навике учиниоца: зависност од алкохола, скитничење и беспосличење, или се уопштено констатује „неваљало владање до сада“. Са друге стране, и непрекоран дотадашњи живот проналази своје место у одмеравању – „поштени људи, никакво неваљалство се видело није до сад код њих“ или „часна и поштена до сада у свему била“. Код кривичних дела против живота и тела води се рачуна о облику кривице и о мотивима, док је код осталих то ређа појава. Надаље, каталогу се могу додати и надокнада штете, опроштај жртве или њене породице (ово је у неким случајевима доводило и до ослобођења од казне, ако је дело учињено из нехата), безобзирност и упорност у извршењу дела, добровољна предаја суду, опирање приликом хапшења, болест, телесна слабост, малолетство, улога хранитеља породице и својство коловође.

Први акт који на систематски начин регулише редовно одмеравање казне представља тзв. Полицијска уредба од 18. маја 1850. године (њен потпуни назив је Уредба о томе како ће полицајне власти с полицајним преступима поступати и како ће их оне казнити).<sup>289</sup> Природа излагања не дозвољава детаљније бављење

---

<sup>288</sup> Збирка пресуда из кривичноправне материје из Ст. Максимовић: *Суђења у Кнежевини Србији пре писаних закона – Из архиве Пожаревачког магистрата*, Пожаревац, 1898. године, стр. 105. и надаље.

<sup>289</sup> Текст Уредбе у Т. Живановић: *Законски извори ...*, стр. 213.

аномалијом коју овај извор етаблира, али је ипак немогуће не поменути да је њиме дато право полицији да суди и изриче казне, као и да су њене пресуде одмах по доношењу постајале извршне.<sup>290</sup> Није за утеху ни то што се овде ради о полицијским преступима, дакле, лакшим кривичним делима, чиме је наговештена каснија трихотомна подела. О околностима релевантним за одмеравање казне морало се водити рачуна приликом „*испита и ислеђења*“ пред полицијским властима, јер је изричито наложено да се оно што испитаника „*мање кривим учинити може уредно у испиту прими и у вид код изрицања пресуде узме*“ (§ 33). Уредба даје исцрпан каталог таквих околности, строго их разврставајући на олакшавајуће и отежавајуће (§ 38). Казну треба више увећати што је:

- већа препрека, коју је морао уклонити и што се више спремао или претварао да зло учини;
- светија и строжија дужност коју је својим поступком повредио;
- већа опасност проистекла из преступа, коју је он могао предвидети;
- већа штета или повреда учињена делом;
- више изиграо и повредио поверење, које је уживао;
- више часних људи и младежи навео на зло, наговорио или навукао;
- више учињеним преступом причинио зла примера, саблазни или огорчења;
- више злобе, пизме или лукавства употребио у преступу;
- чешће и више пута зло чинио;
- више честитости од њега као од образованог лица било очекивано.

Са друге стране, преступнику, по речима законодавца, „*олакшава*“ казну:

- ако је малолетан;
- ако га је други наговорио или навео да учини преступ;

---

<sup>290</sup> До тада полиција није имала право кажњавања, па је морала да предаје суду и „ситне“ преступнике. У пропратном писму Савету, којим образлаже пројекат закона, министар унутрашњих послова Гарашанин истиче да „*народ видећи да полицијна власт власти нема, ову не уважава те се разпустио тако, да се знаци анархије показују*“. Такође, наводи да многи полицијски преступи остају некажњени, јер суд мање поклања меру полицијској тужби, а више окривљеном и сведоцима, па се у народу створило уверење да се окривљени одрицањем пред судом и лажним сведоцима може оправдати и „*да се овим начином земља и народ држати не може, јер гди полицијне власти које налоге Правитељства извршују, власт немају, ту и сама власт Правитељства изчезава*“. Д. Алимпић: *Полицијска уредба*, Београд, 1920. године, стр. 14. и надаље.

- ако га је оштећени или повређени раздражио да га оштети или повреди;
- ако се иначе пре добро и непорочно владао;
- ако је из бојажљивости, од страха или од срамоте скривио;
- ако је зло у првој љутњи или јарости учинио;
- ако је при преступу могао имати и већу корист и проузроковати већу штету, али се својевољно устегаво, па се задовољио мањом користи, мање је штете учинио или је још и у томе сам настојао да се ова штета поправи;
- ако је сам својевољно од преступа одустао;
- ако се сам пре него што је преступ откривен полицијској власти показао и тиме учинио те је ова могла већу предстојећу опасност или штету отклонити или умањити;
- ако је пре него што је ствар у поступак власти дошла проузроковану штету надокнадио;
- ако је без затезања и увијања своју кривицу као и учеснике открио при испитивању;
- и најпосле ако је онда кад је преступ учинио, случајно и преко свога обичаја био пијан, да за себе није знао, јер иначе пијанцу и ономе ко се са намером опије, да лакше или слободније зло учини, пијанство казну не умањава.

Уредба не гарантује једнакост кажњавања како искључује примену телесне казне на свештенике, званичнике и чиновнике у служби и у пензији, учитеље, као и *„остала лица грађанског реда која су особитим отличјама чести и характера одарена“* (§ 26). Овим категоријама је телесна казна претварана у новчану, али је лоше имовно стање (убожество, по речима законодавца) могло довести до њене замене затвором, ако суд процени да је то оправдано. Суду је било дато факултативно овлашћење да уместо затвора изрекне *„домаћиј затвор с посебним полицијним надзиравањем“*, када утврди да је учинилац преступа *„одабран и иначе доброг владања, особитог призренија достојан“* или када би учиниоцу *„посао и фамилија страдали кад би се ови од своји кућа удаљили“* (§ 44).



До 1860. године, када се завршава овај период, донет је већи број аката, али они не привлаче посебну пажњу са аспекта редовног одмеравања. Једино би требало издвојити Казнителни законик за полицајне преступке (из 1850. године),<sup>291</sup> не само због тога представља нераскидиву целину са Полицијском уредбом, као нека врста наставка тј. посебног дела, већ и због чињенице да први доследније спроводи систем релативно одређених казни.

Уопште узевши, кривично законодавство посматраног периода је непотпуно, несистематично, правнотехнички неизграђено, без утврђених општих принципа, без теоријске утемељености и без трајније постављене криминалне политике, што је морало оставити трага и на правила о редовном одмеравању казне. Мада је, хронолошки посматрано, настајало у доба процвата европске кривичноправне науке, чини се да се ипак развијало ван њеног домашаја, или су утицаји толико слаби да се и не могу препознати. У њему нису заступљена темељна начела буржоаског кривичног права – начело легалитета, сразмерности и једнакости грађана. Такође, као и свако неразвијено право и кривично право овога периода има претежно казуистички карактер, посебно евидентан у устаничком законодавству, које карактеришу малобројна и рудиментарна правила о одмеравању, доношена према указаној потреби, па се може рећи да је оно почивало на обавезним упутствима кнеза, његовој личној вољи, као и на правној свести судија – народних старешина. Изузетна оскудност у домену писаног кривичног права је током уставобранитељског периода постепено превазилажена, вероватно са идејом да се кроз законодавство укаже на потпуни раскид са дотадашњим начином владања, и једном од његових карактеристика – правном несигурношћу. Међутим, док су у другим областима (посебно грађанској) постигнути значајнији резултати, у домену материјалног кривичног права успех је био половичан, иако је неспорно да су општи институти потпуније регулисани, прописи технички дотеранији, али је све то још увек веома далеко од неког уређеног кривичноправног поретка.<sup>292</sup> Позитиван помак учињен је у начину прописивања казни; већ на почетку уставобранитељског периода у знатној мери долази до замене система

---

<sup>291</sup> Текст Законика у Т. Живановић: *Законски извори ...*, стр. 227.

<sup>292</sup> С. Пихлер: *Основне црте у развоју кривичног права Србије од 1815. године до кодификације из 1860. године*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2, 1974. године, стр. 150.

апсолутно неодређених и апсолутно одређених казни, системом релативно одређених казни, с тим што је још увек било анахроних остатака у виду препуштања суду да сам, без икаквих смерница, одреди врсту и висину казне, обично на основу формулације „суду на казну предати“ или неке сличне синтагме.

Што се сврхе кажњавања тиче, дух кривичноправних извора из овога периода и сведочанстава о ондашњој судској пракси јасно указују на одмазду и застрашење. Редовно јавно извршење телесних и смртне казне, говоре у прилог овоме, као и пракса да се осуђени на смрт остави на јавном месту док се не распадне како би био пример другима, или пракса да се начин извршења смртне казне за убиство уподобљава начину извршења дела. Овакво поступање је званично укинато прилично касно, тек 1858. године.<sup>293</sup>

Критеријуми одмеравања казне дуго нису уопште били предмет интересовања законодавца. Генеа правног уређења ове материје текла је тако што се на почетку поједине олакшавајуће и отежавајуће околности предвиђају у вези са појединим кривичним делима, да би први пут на општи и систематизован начин биле регулисане поменутом Полицијском уредбом из 1850. године. Али, поред несумњивог значаја, Уредба има ограничено дејство како се могла применити само на полицијске преступе, а не и на остала кривична дела. Требало би поменути и недоследност у оцени појединих околности, за шта се као типична илустрација може послужити поврат, који је час коришћен као обична отежавајућа околност (Полицијска уредба), час као основ за поопштрење казне (Уредба о чиновницима), уз напомену да у читавом периоду од 1804. до 1860. године нема општих одредаба о појму поврата.

---

<sup>293</sup> Текст Решења о начину извршења смртне казне из 1858. године код Т. Живановић: *Законски извори ...*, стр. 328.

### 2.3. Период од доношења Казнителног законика за Књажество Србију до 1929. године

Рад на кодификацији кривичног права, започет још у претходном периоду, окончан је 1860. године доношењем Казнителног законика,<sup>294</sup> који је уз бројне измене важио све до 1930. године. Законик у великој мери представља дисконтинуитет у односу на раније право, како укида готово све дотадашње уредбе и законе „*по казнителним предметима*“<sup>295</sup> и усваја многа за оно доба прогресивна и савремена решења, тако да се његово доношење с правом може сматрати преломним моментом у развоју кривичног права Србије. Највећи допринос, неспорно, представља прокламовање начела легалитета, колико год да се са аспекта савремене номотехнике његова формулација чинила архаичном (§ 2): „*За дело које није у закону, пре него што је учињено, казано да ће се и како осудити онај који га учини, за оно се не може нико ни осудити*“. Тиме је прекинута вишедеценијска примена аналогije, која је сигурно представљала извориште неуједначеног поступања судова, произвољности и злоупотреба. Поред легалитета, Законик поставља и начело сразмерности (§ 39): „... *има се свака казн точно по закону према величини кривице одредити, а никад строжије ни блажије, нити је слободно једну казн другом замењивати, осим случаја гди закон то изреком допушта, па и онда не другачије, него како закон каже*“. Ради бољег разумевања, требало би нагласити да је термину кривица дуго придавано другачије значење у односу на савремено, како је традиционално означавао кривично дело. У правној теорији истакнут је став да то у овом Законику више није случај и да величину кривице одређују две варијабле – тежина кривичног дела и степен виности, што сведочи о прихваћеном објективно-субјективном концепту прилагођавања казне.<sup>296</sup> Начело једнакости још увек није доследно спроведено, јер и даље постоје извесне привилеговане категорије учинилаца (§ 24). Традиционално, посебан третман

<sup>294</sup> Коришћен текст Законика из Д. Николић: *Кривични законик Кнежевине Србије*, Ниш, 1991. године, стр. 195.

<sup>295</sup> Уводни закон је уредио однос ранијег кривичног права са новим Законом, тако да је и даље остало на снази десетак прописа, од којих је најзначајнији Војени законик из 1839. године.

<sup>296</sup> Г. Павловић: *Кривично право, Општи део ...*, стр. 189, Т. Живановић: *Основи кривичног права, Општи део ...*, стр. 301. и др.

уживају чиновници и свештеници. Они не могу бити осуђени на казну робије, а ако је она прописана за дело које су учинили, претвара се у блажу казну заточења по прописаној сразмери (једна година робије за једну годину заточења). Једино када се ради о „*обезчестителном или обштеопасном делу*“, у шта законодавац сврстава опасну крађу, убиство из користољубља или других ниских побуда, разбојништво, ајдуковање, општеопасно паљење и тровање, поменута привилегија не важи. Такође, и бој (једина телесна казна коју Законик познаје) има ограничену примену на скитнице, слуге, шегрте, надничаре, крадљивце, пустахије (§ 32 ал. 3), једном речи на представнике нижих друштвених слојева, мада је овај облик дискриминације нестао са укидањем телесних казни изменама Законика из 1873. године.<sup>297</sup>

Поред начела као најопштијих смерница одмеравања, требало би се осврнути и на систем прописивања казни. Законодавац је у том домену веома доследан, тако да доминира релативно одређивање, са веома ретким изузецима. Одступањима од општих правила и ускраћивањем слободе суду да на основу олакшавајућих и отежавајућих околности врши избор казне послата је извесна криминално-политичка порука, па је отуда интересантно поменути о којим се кривичним делима ради. Тако је апсолутно одређена казна за извесне деликте (злочине и преступе) „*против отечества, владатеља и устава*“ (§ 86), за убиство са умишљајем (§ 156), као и квалификовани облик побацивања деце (§ 170 ал. 1). Са друге стране, код полицијских престапа релативно одмеравање представља неприкосновено правило. Даље проучавање указује на то да су искоришћени сви варијетети релативног одређивања – најчешће прописивањем само посебног максимума, затим одређивањем посебног минимума и максимума, док је реткост ограничавање казне само посебним минимумом, или одређивање само врсте казне (лишење звања је без изузетка одређено у посебном делу само врстом, као и губитак грађанске части и забрана радње).

Материја редовног одмеравања је, у поређењу са претходним периодом, детаљније и систематичније уређена, а оно што је најзначајније, она први пут добија и општу примену. Раније су слична правила била ограничена само на

---

<sup>297</sup> Д. Николић: *op. cit*, стр. 180.

полицијске преступе (према Полицијској уредби), док су сада универзално постављена, обухвативши и злочине и преступе. Приметно је да су творци Законика сачинили прилично обимну листу олакшавајућих (§ 59) и отежавајућих околности (§ 65). Оно што се одмах по ступању на снагу испоставило као проблем јесте дилема да ли наведена листа представља *numerus clausus* и да ли су околности облигаторне природе. Живановић сматра да су наведене само *exempli causa*, и да је супротно тумачење апсурдно.<sup>298</sup> При томе, он се позива на аргумент да законодавац није у стању да предвиди све релевантне чињенице, а и када би тако нешто покушао то би било крајње произвољно. Међутим, иако је став о законодавчевим предикционим капацитетима тачан, тумачење формулације „за олакшавајуће/отежавајуће околности сматраће се“ не потхрањује тезу да су оне дате само примера ради и да нису унапред вредноване. Уз то, не постоји ни самостална одредба која би суду дала опште овлашћење да и друге околности узме у оцену. Иначе, разлози ове нелогичности, вероватно леже у томе што се у овом делу одступило од пруског КЗ-а као изворника, који је утврђивање олакшавајућих и отежавајућих околности потпуно оставио на слободу судовима. Наша решења заправо копирају баденски КЗ-а, на жалост, не сасвим доследно. Преузимајући §§ 152 и 154 и изостављајући §§ 153 и 155 (без којих 154 губи прави смисао), а затим и уносећи поједине одредбе пруског КЗ-а, измешани су и појмови ублажавајућих и олакшавајућих околности, тако да је као коначан исход комбинација настало овлашћење суда да снизи казну и испод посебног минимума, и код постојања (номинално) само олакшавајућих околности, што ће касније бити детаљније објашњено.<sup>299</sup>

Законик одређује следеће околности као олакшавајуће:

- ако кривац није разумевао колико зло може изаћи из његова дела и какво ће зло њега самога зато стићи;
- ако је кривац тешком вољом или чијим наговором или преваром или заповешћу или претњом на зло наведен;

---

<sup>298</sup> Т. Живановић: *Законски извори ...*, стр. 301.

<sup>299</sup> На проблем проистекао из непажљивог и некритичког компилирања страних законика указано је у Ђ. Ценић: *Објасњење Казнителног законика за Књажество Србију*, Београд, 1866. године, стр. 199. и надаље.

- ако је зло дело учинио обузет осећањем човечности, или раздражен увредом или другим поступцима онога према којем је зло дело учинио;
- ако се кривац пре учињеног дела увек добро владао, или се из његовог поступања при самом том делу или после овога види да није сасвим покварен и неваљао човек;
- ако је чинећи зло имао прилику учинити много већу штету, па је сам од своје воље није учинио;
- ако се сам од своје воље трудио да из његова дела не изађу друга зла, која би могла изаћи или да поправи учињену штету;
- ако се сам суду пријави и своју кривицу призна, а могао је лако утећи или се сакрити, или ако призна своју кривицу пошто почне ислеђивање, али пре него се дело његово докаже другим чим.

Усмеравање судског рада остварено је и обавезом да ако „*нађе олакшавајући околности*“ у вези са злочинима запрећеним смртном казном, прописану казну замени робијом или заточењем у трајању од десет до двадесет година (§ 60). Лезичко тумачење упућује на то да је у оваквом случају довољно да се појаве само две олакшавајуће околности, а да настане обавеза ублажавања по врсти. Императивна замена казне лишења звања казном затвора (од једног до шест месеци) одређена је и ако се олакшавајуће околности нађу приликом суђења чиновницима за преступе учињене у службеној дужности (§ 63). Не може се избећи утисак да је претходно наведено правило изнуђено неславним домаћим приликама; комбинација ниског општег образовног нивоа и супротног решења, где би се за преступ извршен у службеној дужности чиновник лишавало звања, довела би у питање рад и опстанак тих служби. Све то је диктирало потребу за обавезним ублажавањем, што је у судској пракси наишло на пуну примену.<sup>300</sup> Нешто слично је нормирано и за злочине запрећене робијом или заточењем, које се факултативно могу спустити до општег минимума (тј. две године), а ако је то оправдано чак и заменити затвором, али не краћим од 6 месеци (§ 61). Од истог услова (постојање најмање две олакшавајуће околности) код преступа за које Законик прописује

<sup>300</sup> Г. Никетић: *Казнени закон и кривични судски поступак*, Београд, 1924. године, стр. 51.

затвор или новчану казну, зависи факултативно овлашћење суда да затворску казну смањи до једног дана, а новчану казну до једног талира (§ 62). Ово је практично одредило је руке судијама да готово у сваком случају заобиђу посебан минимум и изрекну блажу казну, што се не чини баш оправданим. Има сведочанстава да је ублажавање заиста узело маха, најчешће са позивањем на околности доброг владања и признања кривице.<sup>301</sup>

Занимљиво је да се у корпусу правила о одмеравању казне нашло и оно по којем је време проведено у притвору без кривице учиниоца проглашено, такође, олакшавајућом околношћу (§ 64). Вероватно је у питању непрецизна формулација, чији је прави *ratio* да обезбеди урачунавање притвора у изречену казну.

Са друге стране, као отежавајуће околности за злочине и преступе набројане су следеће:

- што је кривац зрелије размишљао и више се спремао за дело;
- што је већа штета злим делом учињена;
- што је већа опасност са злим делом скопчана, и што се мање могло постарати, да се злочин или преступ не учини;
- што је више дужности злочином или преступом погажено.

Поред отежавајућих Законик издваја и особито отежавајуће околности, где спадају:

- ако је кривац за други злочин или преступ већ био кажњен;
- ако је друге на злочин или преступ навео или ако је у делу, које је од више лица учињено, био коловођа или подбадач.

На крају, законодавац је, можда непотребно, поставио још неке смернице за редовно одмеравање. Полазећи од претпоставке да се у највећем броју случајева у

---

<sup>301</sup> Али, како је примећено, учесталости појаве није кумовао само законодавац либералним постављањем услова, већ и погрешно тумачење појединих одредаба Законика од стране судова. Тако је утврђено да потпуно механички узимају свако признање за олакшавајућу околност, не упуштајући се у испитивање да ли оно у конкретном случају има и додатне атрибуте које законодавац тражи. И проучавање примене околности доброг владања изнедрило је неке неуралгичне тачке. Прво, често се закључивало да оно постоји само на основу чињенице да је окривљени примарни учинилац, тј. није рецидивиста у кривичноправном смислу, иако законодавац каже да се ова оцена доноси не само на основу понашања пре, него и за време и после учињеног дела. Колико ова поставка може бити апсурдна, сведоче и пресуде у којима се учиниоцу приписује добро владање како раније није био осуђиван, иако му се, пошто је напоскон ухваћен, суди за читаву серију дела учињених у реалном стицају. М. П. Јовановић: *Олакшавне и отежавне околности у кривичним делима*, Архив за правне и друштвене науке, књ. IX, бр. 4, 1925. године, стр. 242.

пракси наилази на сплет више олакшавајућих и више отежавајућих околности, за висину казне су проглашене пресудним оне околности које претежу, а истовремено је изричито наглашено да се све одредбе о одмеравању примењују било да је у питању свршено или само покушано дело.

Специфичност Законика представљају тзв. посебне (или особене) олакшавајуће и отежавајуће околности, везане за одређена кривична дела,<sup>302</sup> што се може сматрати реликтом из ранијег периода. Тако је код појединих кривичних дела против закона, власти и јавног поретка олакшавајућа околност ако је дело изазвано противзаконитим, ненадлежним или неправилним поступањем чиновника или служитеља, које чак може да доведе и до потпуног ослобођења од казне (§ 104 ал. 1 и 2). Код кривичних дела повреде тела намерно злостављање крвних сродника у усходној линији проглашено је отежавајућом околношћу (§ 176). Још један од примера је пронађен у глави посвећеној злочинима и преступима чиновника у званичној дужности, где се звање чиновника у свим случајевима када при вршењу дужности учини дело, које не спада у ову групу (дакле, није службено дело у правом смислу) има ценити као отежавајућа околност (§ 131).

Анализа параграфа 59 до 63 општег дела и појединих одредаба посебног дела, наводе на закључак да Законик „болује“ од правно-техничких несавршености, често не правећи термилошку разлику између олакшавајућих и ублажавајућих околности, некада чак и привилегујућих околности, као што, са друге стране, има примера да отежавајућим погрешно назива квалификаторне околности. Добра ствар у свему томе је што их садржински одваја – рецимо, ако је неку околност прогласио олакшавајућом, а истовремено прописао да се услед њеног постојања прописана казна може спустити испод посебног минимума или заменити блажом, и поред језичке конфузије јасно је да околност припада групи ублажавајућих. Без обзира на све несавршености и недостатке Законик представља праву прекретницу у развоју домаћег кривичног законодавства, па и у нормирању одмеравања казне. У њему су први пут на једном месту, јединствено и систематски постављене олакшавајуће и отежавајуће околности, али и ублажавање и ослобођење од казне,

---

<sup>302</sup> Ова подела је уобичајна у ондашњој кривичноправној литератури, а потекла је из самог законског текста. Т. Живановић: *Основи кривичног права, Општи део ...*, стр. 302. и Г. Павловић: *op. cit.*, стр. 191.



као и правила одмеравања за дела у стицају. Квалитетнија правила вероватно представљају еманацију жеље законодавца да обезбеди једнакост и правну сигурност. Колико је она била реално остварљива веома је дискутабилно. Остали су забележени неки подаци који у великој мери бацају сенку на правилну, професионалну примену Законика. Његово спровођење (па и одмеравање казне) остављено је судском апарату у којем број школованих правника крајем 60-тих година XIX века није премашивао ни четвртину укупног особља, а данас звучи невероватно сведочење да је последњи неписмени судија пензионисан тек 1862. године!<sup>303</sup>

Крај овог периода обележен је заокруживањем процеса кодификације кривичног права доношењем Војног кривичног законика 1901. године. Њиме је усвојен систем релативно одређених казни, са ретким изузецима апсолутног одређивања (као у §51). Када је редовно одмеравање казне у питању, Законик предвиђа две специфичне олакшавајуће околности: непознавање војничке дужности (§29) и неправилно оптерећење војном службом и дужностима (§ 30). Непознавање војничке дужности представља факултативну олакшавајућу околност, са ограниченом применом на регруте тј. редове сталног кадра војске и морнарице. Под војним дужностима се подразумевају оне које су искључиви непосредни заштитни објект војних кривичних дела. Изричито је наглашено да ова околност не може бити олакшавајућа ако је регрут поново извршио исто дело, било да му је за прво дело изречена судска казна или не (§ 29 ст. 2). Из тога следи да је без значаја да ли је регрут који је поново извршио дело у поврату или у реалном стицају.<sup>304</sup> Са друге стране, неправилно оптерећење војном службом и дужностима представља обавезну олакшавајућу околност. Сматра се да неправилно оптерећење постоји у два случаја: када је наложена војна служба која се уопште том лицу није могла наложити или је наложена у већој мери него што је допуштено (преоптерећивање). Наравно, претпоставља се да је услед тога дошло до извршења војног кривичног

---

<sup>303</sup> С. Шаркић, Д. Поповић, Д. Николић: *op. cit.*, стр. 55.

<sup>304</sup> Т. Живановић: *Основи војног кривичног права*, Београд, 1924. године, стр. 171.

дела, што је фактичко питање.<sup>305</sup> Примена ове околности није ограничена, тако да се односила на сва војна лица и на сва кривична дела.

#### 2.4. Период од доношења Кривичног законика за Краљевину Југославију до другог светског рата

Кривични законик за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца<sup>306</sup> спада у ред модерних буржоаских законика, како је заснован на достигнућима правне науке онога доба. Његов значај је вишеструк и он не лежи само у усвајању прогресивних решења, већ и у томе што је њиме извршена унификација кривичног права и прекинут правни партикуларизам, настао оснивањем нове државе, услед окупљања подручја различите правне традиције и наслеђа, што је оставило трага и на материји одмеравања казне. До ступања на снагу новог КЗ-а у Србији је још увек, додуше са бројним изменама, важио Законик из 1860. године, у Црној Гори Законик из 1906. године, у Хрватској, Словенији и Босни аустријски Казнени закон о злочинима, преступима и иступима из 1852. године, у Војводини угарски Казнени закон о злочинствима и преступима из 1878. године, док су на територији читаве државе важиле једино поједине одредбе Војног КЗ-а из 1901. године и Закон о заштити јавне безбедности и поретка у држави из 1929. године. Већину поменутих извора, старијих и од пола века, време је једноставно „прегазило“, многи нису ишли у корак са науком кривичног права, нису инкорпорирали њена сазнања, те су неминовно морали бити замењени.

У области одмеравања кривичних санкција Кривични законик је проширио могућности прилагођавања конкретном случају, чему у прилог може бити наведено више аргумената, почевши од увођења нових облика санкција (мере безбедности, васпитне мере, условна осуда), прихватања система релативно одређених казни,

---

<sup>305</sup> Т. Живановић: *Основи војног кривичног права ...*, стр. 172.

<sup>306</sup> Законик је донет 27. јануара 1929. године, а ступио на снагу 1. јануара 1930. године.

проширавања могућности ублажавања, до предвиђања ширих могућности ослобођења од казне.<sup>307</sup>

У предратном кривичном законодавству сврха кажњавања, као нека општа смерница, није била нормирана, што се уосталом и није била пракса у ондашњим европским законодавствима. О њој се расправљало у оквиру правне теорије, као о неком више теоријском и правно-философском питању. Међутим, иако је правни извори изричито не наводе, то не значи да се на основу њихове природе и карактеристика не може наслутити став законодавца. Тако из духа Кривичног законика следи да је прихваћена мешовита ретрибутивно-превентивна оријентација. Пошто нема сврхе кажњавања, основна премиса од које се полази при редовном одмеравању јесте степен кривичне одговорности учиниоца (§ 70 ст. 1.). Истовремено, налаже се и признавање свих околности које утичу на то да казна буде већа или мања, а посебно:

- опасности за друштвени поредак због злочиначке наклоности учиниоца;
- побуда из којих је дело учињено;
- циља у којем је дело учињено;
- непосредног подстрека за извршење дела;
- ранијег живота учиниоца;
- личних и привредних прилика;
- мере увиђавности;
- последица дела;
- држања учиниоца после учињеног дела, да ли се за ово каје и да ли се трудио да поправи или отклони наступеле последице и
- имовног стања и осталих животних прилика које су од утицаја на његову моћ плаћања при одмеравању новчане казне (§ 70 ст. 2. и 3.).

---

<sup>307</sup> Законик садржи прилично разгранат систем ублажавања, где се као облици јављају редовно (нормално) ублажавање (§ 71), ублажавање по слободној оцени (§ 72), ублажавање и ослобођење од казне у особито лаким случајевима (§ 73) и ублажавање по посебним прописима КЗ-а. Други смер одступања од редовног одмеравања је поштравање казне, које се среће у два вида – поштравање у особито тешким случајевима (§ 75) и поштравање због поврата (§ 76).

У теорији кривичног права је примећена извесна преодминантност и хиперболисање значаја субјективних околности, или прецизније околности које се односе на учиниоца кривичног дела на листи побројаних, што констатује већина аутора из овога периода.<sup>308</sup> Евидентно је да се у законском каталогу олакшавајућих и отежавајућих околности наспрам читавог низа фактора везаних за учиниоца налази усамљена последица, као једина околност која се односи на само кривично дело. Примена историјског метода открива да поменуто решење није утемељено на тексту Пројекта из 1921. године, који је показивао управо супротну правно-философску оријентацију, пошто је на прво место ставио последицу проузроковану кривичним делом, тј. „величину учињеног зла, патње или штете“.<sup>309</sup> Изгледа да је прихваћени став представљао ехо појачаног теоријског интересовања за учиниоца кривичног дела, услед којег се нужно у први план стављају кривица, мотиви, злочиначка наклоност и остали за њега везани моменти. Субјективне чињенице, по неким схватањима ондашње теорије, одликује поливалентност значења – у етиолошком смислу представљају један од путоказа за реконструкцију генезе дела, јер упућују на то зашто злочин настао, као што истовремено имају и изражено етичко и криминално-политичко значење. О томе сведочи и следећи навод: „Ако желимо потпуно расветлити дело и најправедније и најцелисходније одредити казну, морамо узети у обзир и пажљиво проценити мотив тог дела“.<sup>310</sup> Уосталом, неретко се по овом питању наводи да се суди учиниоцу, а не кривичном делу и да се због тога не треба чудити над бројношћу ових околности. Има и другачијих виђења, по којима Законик, када је у питању значај учиниочеве личности за кривичну одговорност и употребу кривичних санкција, покушава да балансира, да пронађе компромисну, средњу линију и тако „споји захтеве класика и модерниста“.<sup>311</sup>

---

<sup>308</sup> М. Чубински: *Научни и практични коментар Кривичног законика ...*, стр. 177, Т. Живановић: *Основи кривичног права, Општи део ...*, стр. 331, М. Аћимовић: *Кривично право, Општи део ...*, стр. 160, М. Доленц, А. Маклецов: *Систем целокупног кривичног права Краљевине Југославије ...*, стр. 110. и др.

<sup>309</sup> М. Чубински: *Олакшавне и отежавне околности код одмеравања казне*, Полиција, бр. 21-22, 1933. године, стр. 1074.

<sup>310</sup> М. Чубински: *Научни и практични коментар Кривичног законика ...*, стр. 178.

<sup>311</sup> А. Маклецов: *Учиниочева личност у југословенском кривичном праву*, Правосуђе, бр. 13-14, 1933. године, стр. 534.

Приметно је да нови Законик, посматрано у односу на претходни, у номотехничком смислу уноси побољшања у материју одмеравања. Тако овде нема дилеме по питању да ли су наведене околности једине релевантне. Језичко тумачење јасно упућује на закључак да су оне дате само примера ради, што не лимитира суд као у случају затворене листе, већ пружа широке могућности прилагођавања казне. Такође, у истом смеру води и законско решење по којем околности нису *a priori* разврстане и оцењене као олакшавајуће односно отежавајуће (што је учињено у Законику из 1860. године), чиме се ствара основ за креативније, али и реалности ближе поступање, тако да једна иста околност, у различитом чињеничном склопу може преузети једну или другу улогу.

Требало би поменути да, поред побројаних околности, на одмеравање казне утиче и институт поврата (§ 76) и то на двојак начин, у зависности од тога у којем се облику појављује. На редовно одмеравање казне дејство остварује само тзв. општи поврат, док специјални представља основ за факултативно поштравање казне у стриктно прописаним границама. Општи поврат има јединствен третман, јер је једина облигаторна отежавајућа околност, иако се логички може посматрати као нека врста специфичне манифестације мерила под називом злочиначке склоности учиниоца, чије дејство на избор казне законодавац препушта слободној оцени суда. Иначе, општи поврат постоји када лице осуђено за умишљајно кривично дело на казну лишења слободе, у периоду од пет година од како је казну сасвим или делимично издржало или од пуштања из завода за мере безбедности, опет учини какво умишљајно дело (§ 76 ст. 1. КЗ-а). У теорији је с правом критикована ова дефиниција, посебно неодређена формулација „делимично издржао“. Да би се уопште могло утврдити да ли је ранија казна имала неког ефекта на осуђеника, неопходно је да је она издржана у већем делу ( $\frac{1}{2}$  или  $\frac{1}{3}$  издржане казне, како се наводи у неким старним законима); под делимично се може подвести и неколико недеља од дуготрајне временске казне, што је апсурдно. Прекратко је време да би се уопште могло процењивати да ли је казна утицала на осуђеника, па и да је остала без успеха што чини срж установе поврата.

Материја одмеравања казне допуњена је правилом које треба да помогне суду при избору алтернативно постављаних казни (§ 74). Као потврда раније

наведених ставова, и овде су преломне тачке за избор опет околности везане за учиниоца, којем следи строжа казна „*ако је дело потекло из нечасних побуда или ако показује зао карактер учиниоцев*“. Наведени услови за избор теже казне чине се морално оправданим, али се поставља питање како су они тумачени у судској пракси. Веома је занимљиво питање шта се све може сматрати показатељем „*злог карактера*“. Изгледа да је, колико год да је данас тешко реконструисати судску праксу, било благонаклоног поступања према учиниоцима. Један од таквих примера је и пресуда за кривично дело увреде (где се као алтернативе јављају затвор и новчана казна), којом је упркос постојању специјалног поврата, закључено да не постоји зао карактер и тиме одабрана новчана казна.<sup>312</sup>

## 2.5. Постављање основа новог правног система и Кривични закон од 1947. године

Изградња новог правног система започета је још у току рата, а од значаја за ово излагање је Уредба о војним судовима из 1944. године.<sup>313</sup> Иако њен назив упућује на закључак да се ради о акту процесне и организационе природе, Уредба представља и извор материјалног права, јер одређује систем кривичних санкција, поставља правила за њихово одмеравање и инкриминише одређена понашања као кривична дела. Одмеравање казне је веома штуро регулисано, предвиђањем само две релевантне околности – тежине кривичног дела (тј. друштвене опасности) односно степена кривичне одговорности и опасности учиниоца (чл. 17.). Оно што би се могло истаћи као специфичност овог извора јесте чињеница да он приликом прописивања кривичних дела не прописује истовремено и казне, као што је то уобичајно, тако да је суд приликом избора слободан да се креће у оквирима општег минимума и максимума предвиђених казни. Иначе, систем казни садржан у Уредби је прилично разгранат, како је обухватао: строги укор, новчану казну, изгон из

---

<sup>312</sup> *Судска хроника*, Архив за правне и друштвене науке, књ. XXXII (XLIX), бр. 1, 1935. године, стр. 85.

<sup>313</sup> *Зборник докумената и података о НОР-у југословенских народа – Том III, књига 13*, Београд, 1947. године, стр. 174.

пребивалишта, лишење чина односно звања, уклањање са положаја, присилни рад, тежак присилни рад и смртну казну, као главне, односно губитак војничке и грађанске части и конфискацију имовине, као споредне казне. Иако је у послератној теорији доста дуго преувеличаван допринос ових решења, у смислу да су у највећој мери пружала основ за остваривање начела сразмерности, јер се „*као последица рата, окупације, издаје буржоазије итд. јавља низ кривичних дела, која су се у конкретном извршењу знатно разликовала по друштвеној опасности дела, а нарочито учиниоца*“,<sup>314</sup> тако нешто се не може прихватити. Непредвиђање казни уз кривична дела, са једне, и хетерогеност општег система казни, са друге стране, само појачавају могућност неједнаког поступања и правне несигурности, али се вероватно у ондашњим околностима ништа друго, боље није ни могло очекивати.

После рата донет је Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, по којем је изузетно било могуће применити правне прописе предратне Југославије, под условом да нису у супротности са новим правним поретком.<sup>315</sup> Када је у питању материја одмеравања, сигурно је да се на овакав начин могао надоместити недостатак ваљаних правила и уједначавање судске праксе. Примена Законика из 1929. године је временом све више ограничавана, што се више изграђивао нови правни систем, али је вероватно да је све до 1951. године имала значаја.

Требало би поменути да је пре доношења првог послератног кривичног законика, изникао читав низ прописа који парцијално регулишу кривичноправну материју и област одмеравања. Овој групи припадају: Закон о сузбијању недопуштене шпекулације и привредне саботаже,<sup>316</sup> који истиче само једну околност битну за одмеравање, тј. тежину кривичног дела, Закон о заштити народних добара и њиховом управљању,<sup>317</sup> Закон о забрани расне и верске мржње и раздора,<sup>318</sup> Закон о штампи,<sup>319</sup> Закон о кривичним делима против народа и

---

<sup>314</sup> Н. Срзентић, А. Стајић: *Кривично право Федеративне Народне Републике Југославије, Општи део ...*, стр. 53.

<sup>315</sup> Љ. Јовановић, Д. Јовашевић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 2002. године, стр. 48.

<sup>316</sup> *Службени лист ДФЈ, бр. 26/1946.*

<sup>317</sup> *Службени лист ДФЈ, бр. 36/1945.*

<sup>318</sup> *Службени лист ДФЈ, бр. 36/1945.*

<sup>319</sup> *Службени лист ДФЈ, бр. 36/1945.*

државе,<sup>320</sup> који макар предвиђају посебне минимуме и максимуме казне, али не и критеријуме за усмеравање процеса одмеравања у датим оквирима. Закон о врстама казни<sup>321</sup> уноси извесне новине, али само по питању ванредног одмеравања. Убрзо после његовог ступања на снагу донето је и Привремено упутство о извршењу казни,<sup>322</sup> које је уврштено у проучавање услед чињенице да први пут одређује сврху кажњавања: *„Сврха казне није само кажњавање кривца, него и преваспитавање осуђеног у духу оданости отаџбини, радне дисциплине и часног односа према државним и друштвеним односима, оспособљавање осуђеног за услове заједничког живота и учврштивање оних црта његовог карактера, које ће га задржати од даљег вршења кривичних дела“*. Нешто слично среће се затим и у Правилнику о кућном реду у казнено-поправним домовима, окружним и среским затворима у ФНРЈ,<sup>323</sup> који с обзиром на мањак правила из кривичноправне области, залази и у регулисање неких питања несвојствених актима овог типа. Генерална и специјална превенција су искомбиноване, са посебним акцентом на преваспитању и развоју радне дисциплине, исправног односа према државним и друштвеним дужностима, оспособљавању осуђеног за услове заједничког живота и учврштивању оних црта његовог карактера, које ће га задржати од даљег вршења кривичних дела.

Ако би требало дати неку општу оцену извора насталих за време и непосредно после рата, сигурно да би се на врху листе нашли непотпуност, недовољна прецизност, али и изражена репресивност. Ови извори нису у довољној мери покривали материју одмеравања да би имали капацитет да искључе у потпуности поштапање одредбама Кривичног законика из 1929. године, што у атмосфери изградње новог система и раскидања веза са старим правним традицијама није дуго могло бити толерисано. Настала је потреба за систематизовањем, уједначавањем и допуном ових правила на једном месту, из које је и настао Кривични законик 1947. године.<sup>324</sup> Оно што је свакако оставило значајан печат на кажњавање онога периода јесте предвиђање законске аналогије

---

<sup>320</sup> *Службени лист ДФЈ, бр. 36/1945.*

<sup>321</sup> *Службени лист ДФЈ, бр. 48/1945. и 66/1946.*

<sup>322</sup> Упутство није објављено у службеном гласилу, а његова садржина је изложена у В. Поповић: *Систем извршења казне лишења слободe у Југославији*, Београд, 1966. године, стр. 53-55.

<sup>323</sup> *Idem.*

<sup>324</sup> *Службени лист ФНРЈ, бр. 106/1947.*



као средства за попуњавање правних празнина.<sup>325</sup> Овај облик одступања од начела законитости објашњаван је као општа карактеристика револуционарног законодавства, чији је задатак да што пре и што потпуније заштити нове друштвене односе, тако да се под плаштом остваривања „општих и виших циљева“ заправо вршило занемаривање индивидуе, човека и његових личних права и слобода.

Законик из 1947. године представља први домаћи кривични законик који нормира сврху кажњавања, очито под јаким утицајем совјетског права. Тако су прокламовани уништавање друштвено опасних делатности, одвраћање и спречавање учиниоца да не чини кривична дела, преодгајање и поправљање учиниоца, општи васпитни утицај на друге чланове друштва у циљу њиховог одвраћања од вршења кривичних дела (чл. 2. КЗ-а). Логично је поставити питање, кад год законодавац комплексно одреди сврху кажњавања, да ли неки од постављених циљева има примат или се сви налазе у истој равни. Теоретичари кривичног права онога доба истицали су да уништавање друштвено опасне делатности представља главни циљ, а да је све остало на нивоу помоћног средства за његово остваривање.<sup>326</sup> Не могу остати непримећени изрази употребљени за формулисање сврхе кажњавања, пре свега термин „уништавање“. Има мишљења да је коришћење овако „јаке“ речи последица совјетских утицаја, упрошћеног и банализованог схватања о класном пореклу криминалитета, где се он посматра као појава иманентна буржоаском и потпуно страна новом друштву, у којем се јавља само као реликт из претходног периода којег ваља уништити.<sup>327</sup> Има и оних који су реалније сагледавали проблем указујући на то да *„казном не можемо уништити злочинство као друштвену појаву ... али да казна може бити успешно средство у борби против*

---

<sup>325</sup> С. Пихлер: *Аналогија у кривичном праву*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2, 1971. године, стр. 147.

<sup>326</sup> *Коментар Општег дела Кривичног законика*, Београд, 1948. године, стр. 14.

<sup>327</sup> На ово указује С. Пихлер: *Сврха казне у југословенском кривичном праву*, Пенологија, бр. 2, 1971. године, стр. 15. Један од илустративних примера надахнуте литературе о циљевима кажњавања у социјалистичком друштву је чланак П. Власенић: *Учење о казни*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 6-7-8, 1945. године, стр. 339-344, где се закључује да казна носи обележје епохе којој припада и да је у првој фази развитка социјалистичке државе функција казне „уништење израбљивачких класа“, док се у другој фази, када је израбљивање угушено, мењају циљеви казне, те она има као главни задатак „... поправљање и преваспитање људи у духу социјализма, поправљање и преваспитање оних који нарушавају совјетски закон. Уместо функције гушења, дакле, појавила се сада функција чувања социјалистичке имовине“.

злочинства“.<sup>328</sup> Међутим, и када реалније процењују домете казнене политике, теоретичари не могу побећи од идеолошке обојености ставова, истичући неки посебан социјалистички смисао казне, која „*престаје да буде освета, одмазда и ретрибуција*“ и постаје нека специфична „*социјалистичка репресија*“.<sup>329</sup> Одвраћање и спречавање учиниоца да убудуће врши кривична дела представљају конкретизацију теорије о специјалној превенцији. Саставни делови трећег елемента, тј. преодгајање и поправљање, посматрани су као минимум и максимум пожељних исхода – преодгајање је трајна позитивна промена у животној оријентацији и понашању, а поправљање само макар и привремено невршење кривичних дела.<sup>330</sup> Најзад, четврти елемент представља исказ позитивне генералне превенције.

Одмеравању казне<sup>331</sup> је посвећена четврта глава Законика. Основне смернице у овом процесу су: сврха казне, одредбе општег дела Законика, границе казне за одређено кривично дело, друштвена опасност кривичног дела и учиниоца (чл. 47.). Критеријуми редовног одмеравања су тако постављени да, са једне стране дају слободу суду, јер му омогућавају да узме у обзир и неке друге околности сем наведених, али га и ограничавају, јер дејство у закону изричито наведених околности не подлеже његовој слободној оцени. При избору отежавајућих околности законодавац се углавном оријентисао на оне објективне природе:

- ако је дело могло угрозити интересе државе;
- ако је учињено у саставу банде, завере или другог злочиначког удруживања;
- ако се подстрекавање или помагање односи на малолетну или душевно заосталу особу или особу која се налази у неком односу подређености;
- ако је дело учињено из користољубља или других ниских побуда;

---

<sup>328</sup> С. Франк: *Казнено право, Општи део*, Загреб, 1950. године, стр. 8.

<sup>329</sup> С. Франк: *op. cit.*, стр. 8.

<sup>330</sup> *Idem.*

<sup>331</sup> Законик предвиђа систем од чак дванаест казни: смртна казна, лишење слободе са принудним радом, лишење слободе и поправни рад (главне казне) и губитак држављанства, конфискација имовине, губитак грађанских права, губитак чина, забрана бављења одређеним занимањем, протеривање, новчана казна и поправљање штете, међу којима су једино казне лишења слободе и новчана казна одређене релативно. Недовољно рафиниран систем казни је у каснијем развоју доношењем новог законика 1951. године трансформисан, па је дошло до преобраћања дела ових казни у мере безбедности или правне последице осуде.

- ако је дело учињено на нарочито окрутан начин или насиљем или лукавошћу;
- ако је дело учињено према особи у беспомоћном положају и
- ако је дело учињено у поврату (чл. 58.).

Много већу пажњу привлачи листа олакшавајућих околности (чл. 60.), мада из негативних разлога. Наиме, међу њима се препознају околности које традиционално представљају основе за ублажавање, ослобођење од казне или чак основе за искључење противправности. Одступање не мора нужно да указује на недовољну теоријску поткованост законодавца, оно се може тумачити и у другом светлу, као средство за појачавање репресије. Случајно или циљано, законодавац је довео до ширења казнене зоне. Такође, не би се могло похвалити ни кажњавање малолетника и особа заосталог душевног развоја, иако припадност овим категоријама доводи до умањивања казне; није јасно због чега нису испоштована сазнања правне науке и наслеђе из претходног периода да се због специфичности ових учинилаца према њима примењују посебне врсте кривичних санкција. Детаљније, следеће околности доводе до смањења казне у оквирима прописаним за дато кривично дело:

- ако је дело учињено у прекорачењу крајње нужде;
- ако је дело учинила малолетна или смањено урачунљива особа или особа заосталог душевног развоја;
- ако је учинилац отклонио последице дела и предузео мере да последицу отклони;
- ако је дело учињено под притиском непосредне претње или силе или службене или материјалне подређености;
- ако је дело учињено у јаком узбуђењу услед нескривљеног изазивања;
- ако је дело учињено услед стицаја тешких прилика за учиниоца или услед стицаја околности и
- имовно стање учиниоца када се изриче новчана казна.

Кривично законодавство настајало непосредно после рата задржало је поделу на редовно и војно, па би требало поменути Закон о војним кривичним делима,<sup>332</sup> и особености у изрицању казни за војна кривична дела или кривична дела према војним лицима. Поред општег режима, избор казне опредељују и следеће чињенице: ако је дело учињено из непријатељских побуда према снагама ФНРЈ, према претпостављеним за време војне службе у договору и ако постоји однос претпостављености према осталим саучесницима у вршењу кривичног дела (као отежавајуће), и ако је учинилац неоправдано оптерећен војном службом и дужностима односно ако није могао бити упознат са службеним дужностима (као олакшавајуће).

## 2.6. Кривични законик од 1951. године

Кривични законик из 1951. године<sup>333</sup> уноси извесне новине у различите сегменте материје редовног одмеравања. Тако анализа система кривичних санкција и прокламоване сврхе кажњавања указује на извесно одступање од линије постављене претходним законом. Приметна је тежња сужавања репресивне реакције, како је смањен број казни и повећан број других облика кривичних санкција, које су постављене било као њени супститути било као њен комплементарни додатак.<sup>334</sup> Редефинисана сврха кажњавања, такође, експлицитно изражава поменути развојни правац, пошто у фокус ставља превенцију у генералном и специјалном виду, односно спречавање друштвено опасне делатности, спречавање учиниоца да чини кривична дела, његово порављање, васпитни утицај на друге да не чине кривична дела, утицај на развијање друштвеног морала и дисциплине (чл. 3. КЗ-а). Очито је да се законодавац определио за генералну превенцију у активистичком смислу, потенцирајући

---

<sup>332</sup> *Службени лист ФНРЈ, бр. 107/1948.*

<sup>333</sup> *Службени лист ФНРЈ, бр. 13/1951.*

<sup>334</sup> Систем кривичних санкција сада садржи само седам казни (уместо ранијих дванаест): смртну казну, строги затвор, затвор, конфискацију имовине, новчану казну, забрану бављења одређеним занимањем и ограничење грађанских права. Многе казне из ранијег периода су пребачене или у мере безбедности или у правне последице осуде.

развијање друштвених вредности чије усвајање представља брану недозвољеном понашању. То важи и за специјалну превенцију, која се може реализовати утицајем на учиниоца кривичног дела да убудуће не врши кривична дела, али и кроз шири принцип ресоцијализације и друштвене рехабилитације, који је заговарала ондашња пенолошка теорија. Другим речима, казна ће на индивидуалном нивоу испунити превентивни минимум уколико учиниоца спречи да постане повратник, али ће ићи и корак даље ако он истински прихвати правила понашања као своју аутономну норму. Приметно је да се у формулацији нигде не среће ретрибуција, али је у теорији постојао јединствен став о томе да она није страна домаћем систему кривичног права, мада је поткрепљиван различитим аргументима.<sup>335</sup> За неке је довољно само постојање смртне казне за извођење закључка; други су наводили и чињеницу да се за најтежа дела никако не може изрећи условна осуда, чак и ако би у конкретном случају била довољна за постизање сврхе кажњавања; трећи су истицали да се код правила одмеравања помињу и објективне околности везане за кривично дело, које судска пракса често ставља у први план, чиме тежина кривичног дела постаје основни критеријум за избор казне; док су неки вршили и лингвистичку анализу, приметивши да спорадично коришћење термина „заслужена казна“ упућује на ретрибутивну оријентацију. На основу кратког прегледа, да се закључити да је ипак била прихваћена мешовита теорија о циљу кажњавања.

Раније је већ било речи о томе да увек када законодавац прибегне постављању више циљева отвара и проблем њиховог међусобног односа. У том смислу може се констатовати да је спречавање друштвено опасних делатности најопштији међу њима, да својим широким обухватом наткриљује све остале, који га само ближе одређују или представљају средства за његово реализовање.<sup>336</sup> Занимљиво је да у овом сегменту законодавац не користи термин друштвено опасно дело, већ друштвено опасна делатност, што је неке теоретичаре нагнало да закључе да се тиме заправо поручује да казна не треба да делује само на кривична

---

<sup>335</sup> Н. Срзентић, А. Стајић: *Кривично право Федеративне Народне Републике Југославије*, Београд, 1961. године, стр. 293, М. Радовановић: *Кривично право, Општи део ...*, стр. 302, Љ. Јовановић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 1969. године, стр. 247, Р. Млађеновић-Купчевић: *Основи пенологије ...*, стр. 108. и др.

<sup>336</sup> С. Пихлер: *Сврха казне у југословенском кривичном праву*, Пенологија, бр. 2, 1971. године, стр. 17.

дела него и на понашања „близу или око криминалне зоне, која прате ту зону или је чак условљавају“, чиме се неоправдано проширује пројектовани домен њеног утицаја.<sup>337</sup> Комплексу одредаба о циљевима кажњавања припада и члан 51. Кривичног законика, са прецизирањем да се они остварују извршењем казне, што је само по себи јасно и представља непотребно оптерећење законског текста.<sup>338</sup>

Опште правило о одмеравању овај процес усмерава поштовањем граница казне законом прописаних за одређено дело, као и свих околности које утичу да казна буде већа или мања (чл. 38.). Сврха се експлицитно не помиње, али је системско тумачење чини незаобилазном смерницом. Што се прописаних казни тиче, може се констатовати да су оне релативно одређене, а за извештан број дела алтернативно су забрањене две врсте казни, тако да се срећу комбинације смртне казне и казне строгог затвора, казне строгог затвора и затвора односно казне затвора и новчане казне. Систем олакшавајућих и отежавајућих околности је у потпуности другачије конципиран у односу на претходни закон. Избегнуто је априорно законско разврставање околности у олакшавајуће или отежавајуће (као раније у чл. 58. и 60. КЗ-а и чл. 6. Закона о војним кривичним делима), те је дата јединствена листа унапред невреднованих критеријума, у које спадају:

- степен кривичне одговорности учиниоца;
- побуде из којих је дело учињено;
- јачина угрожавања или повреде заштићеног добра;
- околности под којима је дело учињено;
- ранији живот;
- личне прилике;
- држање учиниоца после учињеног дела и
- имовно стање приликом изрицања новчане казне (чл. 38.).

<sup>337</sup> С. Пихлер: *Сврха казне у југословенском кривичном праву ...*, стр. 17.

<sup>338</sup> Ово је искоришћено као идејна основа за доношење детаљних прописа о извршењу казни. Тако се законодавац вратио питању сврхе казне у Закону о извршењу кривичних санкција (*Службени лист СФРЈ, бр. 15/1968*). Овде је исказан став да је сврха извршења казне лишења слободe „оспособљавање осуђених лица да по повратку у слободу живе и раде и складу са законом и испуњавају дужности грађана социјалистичке заједнице“ (чл. 9. ЗИКС-а), што представља осиромашену верзију чл. 3. КЗ-а, како пропушта елемент генералне превенције. Отуда има мишљења да члан ЗИКС-а није у складу са чл. КЗ-а. Видети у С. Пихлер: *op. cit.*, стр. 20. Супротно тврде Р. Млађеновић-Купчевић: *Основи пенологије ...*, стр. 257, В. Поповић: *Коментар закона о извршењу кривичних санкција*, Београд, 1969. године, стр. 16.

На известан начин новом концепцијом се утиче на начин оцене релевантних околности. Законске поделе на олакшавајуће и отежавајуће носе скривену поруку да је могуће издвојено и самостално вредновање утицаја сваког појединачног чиниоца на казну. Такво механичко издвајање сугерише, дакле, примену аналитичког метода. Обрнут закључак следи из модела невреднованих околности, који упућује на то да се фактори посматрају у спреси, у међусобној повезаности, односно да се синтетички евалуирају.

Традиционално, посебно је издвојен поврат (чл. 40.), при чему се прави разлика између обичаног и вишеструког. Кривични законик обичан поврат третира као обавезну отежавајућу околност, што значи да је суду препуштено да процени само степен, а не и правац његовог дејства. При овој оцени суд полази од три нарочито значајна питања: да ли су оба кривична дела истоврсна, да ли су побуде идентичне, и колико је времена протекло од осуде односно од издражане или опроштене казне до поновног извршења дела. Јасно је да истоврсност дела, идентичност побуда, као и мањи временски размак воде ка повећању казне.

Законик је у свом вишедеценијском важењу мењан у више наврата. Све интервенције нису значајне за ово излагање, па је пажња фокусирана само на оне којима се задире у област редовног одмеравања. Тако је 1959. године реформисан казнени систем, избацивањем казне ограничења грађанских права и забране бављења одређеним занимањем, али и променом општих законских оквира за све три главне казне, чиме је простор одмеравања учињен ужим у поређењу са ранијим стањем.<sup>339</sup> Посебни оквири тако нису могли остати нетакнути, негде су морали бити промењени због новина у општем делу, а негде из криминално-политичких разлога, што је опет оставило судовима уже могућности за избор мере казне. Новелиран је и правни значај поврата, који је постао факултативна отежавајућа околност. Следећа значајна измена извршена је 1962. године померањем општег минимума и максимума новчане казне услед инфлације, док је у посебном делу

---

<sup>339</sup> Општи минимум строгог затвора померен је са шест месеци на годину дана, док је општи максимум са двадесет спуштен на петнаест година. У случају да се строги затвор изриче као замена за смртну казну, раније доживотно трајање замењено је временским од двадесет година. Такође, код казне затвора општи максимум је са пет спуштен на три године, док је новчана казна са минимума од 100 динара повишена на 1.000 и са максимума од 50.000 на 300.000 динара (за кривична дела из користољубља од 300.000 динара на 1.000.000 динара).

дошло до поштравања казнене политике, претежно за дела из групе против привреде и против службене дужности. Ове измене су вршене на различите начине: повећањем посебног максимума уз задржавање посебног минимума; повећањем посебног минимума уз непромењен посебни максимум; алтернативним додавањем теже казне или уклањањем блаже казне код алтернативно постављених. Поновни реформски талас из 1967. и 1973. године изнова погађа новчану казну, опет у виду повећања општег минимума и максимума. Као што се може приметити интервенције су вршене у систему казни и у односу на поврат, док су у читавом периоду остале неизмењене сврха кажњавања и општа правила о редовном одмеравању.

## 2.7. Кривични закон из 1976. године

Доношење Кривичног закона 1976. године<sup>340</sup> иницирано је не толико криминално-политичким колико уставним захтевима, проистеклим из нове прерасподеле надлежности између федерације и федералних јединица, услед чега је постојећа кодификација замењена са чак девет кривичних закона (савезни, републички и два покрајинска). Иако се нови закон базира на решењима претходног, у материји редовног одмеравања постоје извесне модификације. Треба поменути упечатљиву трансформацију система казни, првобитно састављеног од смртне казне, казне затвора, новчане казне и конфискације имовине (чл. 34.). Тако је новим законом настављен тренд смањивања њиховог броја, а исту развојну линију пратиле су и касније измене. Најпре је из система отклоњена као најпроблематичнија и најдискутабилнија смртна казна, и то 1993. године. Став законодавца је према конфискацији имовине варирао, од укидања 1990. године до поновног, додуше краткотрајног, враћања у казнене систем Србије 2003. године, уз

---

<sup>340</sup> *Службени лист СФРЈ, бр. 44/76, 46/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 54/90, Службени лист СРЈ, бр. 35/92 (када је назив Закона промењен тако што је СФРЈ замењено са СРЈ), 16/93, 31/93, 37/93, 24/94, 61/01, Службени гласник РС, бр. 39/03.*



аргумент да представља примерено средство за „сузбијање дела са елементом организованог криминала“.<sup>341</sup>

Сврха кажњавања је, такође, рedefинисана. Прво, избачена је не баш прецизна стара формулација „спречавање друштвено опасне делатности“, која је отворила пут различитим, па и веома екстензивним тумачењима, о чему је већ било речи. По новом решењу она је обухватила: спречавање учиниоца да чини кривична дела и његово преваспитавање, васпитни утицај на друге да не чине кривична дела, јачање морала и утицај на развијање друштвене одговорности и дисциплине грађана (чл. 33.). Пажљиво читање открива да су и у „остатку“ извршене извесне корекције, које се не би могле назвати безначајним. Уместо термина „поправљање“ законодавац се определио за „преваспитање“. Иако се анализа језичких финеса може учинити претераном, нови термин ипак јасније изражава тежњу ка суштинској промени животних ставова и оријентације учиниоца. Сасвим је друго питање да ли је овако постављена сврха преамбициозна, реално остварљива и да ли у пракси може довести до неоправдано стожијег кажњавања. Када се из домена специјалне пређе у домен генералне превенције, не може остати непримећено да се уместо утицаја на „развијање друштвеног морала и дисциплине“ сада инсистира на „јачању морала и развијању друштвене одговорности и дисциплине грађана“. Развијање би могло да значи подједнако и утемљивање и усавршавање, док се јачање пре односи на постизање већег степена нечега већ постојећег. *Summa summarum*, иако је законска формулација мање-више дотеривана, она и даље наставља традицију прихватања мешовитих теорија.

Опште правило о одмеравању каже да ће суд учиниоцу кривичног дела изабрати казну у границама које су прописане за то кривично дело, имајући у виду сврху кажњавања и узимајући у обзир све околности које утичу да казна буде већа или мања, а нарочито: степен кривичне одговорности, побуде из којих је дело учињено, јачину угрожавања или повреде заштићеног добра, околности под којима је дело учињено, ранији живот учиниоца, његове личне прилике, његово држање после учињеног кривичног дела, као и друге околности које се односе на личност

---

<sup>341</sup> *Образложење уз Предлог закона о изменама и допунама КЗСРЈ, бр. 011-1711/2003. од 3. априла 2003. године.*

учиноца. Кад суд одмерава казну за дело у поврату посебно ће водити рачуна о томе да ли је раније дело исте врсте као и ново дело, да ли су дела учињена из истих побуда и колико је времена протекло од раније осуде односно од издржане или опроштене казне (ст. 2.). При одмеравању новчане казне битно је имовно стање учиноца, висина његовог личног дохотка, други приходи, имовина као и његове породичне обавезе (ст. 3.).

У поређењу са старим решењима приметно је неколико новина. Ово је први пут да се сврха казне експлицитно помиње у оквиру општег правила о одмеравању, мада је и пре морала бити уважавана по правилима системског тумачења. Каталог релевантних околности је обogaћен „другим околностима које се односе на личност учиноца“, а одређени су и значајни моменти за процену имовинских прилика, чиме је учињен даљи корак у прилагођавању казне конкретном случају.

Када су казнени оквири у питању приметно је да они у посебном делу постоје само у односу на казну затвора. Новчана казна је прописана само по врсти, те у сваком одмеравању фигуришу општи минимум и максимум. Није најјасније због чега је остављена оваква ширина, овако велики распон од 500 до 50.000 динара или 200.000 динара за дела учињена из користољубља. Дакле, када се говори о оквирима у посебним делу предмет анализе може бити само казна затвора, пошто је новчана казна одређена само по врсти, а смртна казна и конфискација због своје природе нису подложне квантификавању. Усвојени оквири су прилично разноврсни. Од деветнаест регистрованих, њих седам је затворено. Остали су полуотворени и то седам нагоре, а пет надоле. Сама ширина распона је некада претерана, те се код четрдесетак дела наилази на казну затвора од једне до десет година. Слично је и са распонима полуотвореним нагоре, где је као најмања мера предвиђена казна затвора од најмање једне године. Таквих је преко двадесет, а како би улогу максимума овде одиграо општи лимит од петнаест година, добија се још већи раскорак него у претходном примеру.

## Глава трећа

### КАРАКТЕРИСТИКЕ СИСТЕМА РЕДОВНОГ ОДМЕРАВАЊА КАЗНЕ У КОМПАРАТИВНОМ ПРАВУ

Основу компаративног проучавања редовног одмеравања казне чини традиционална подела правних система на европско-континенталне и англосаксонске. Сагледавање процеса избора врсте и висине казне у контексту поменуте класификације мотивисано је потребом да се знађе одговор на два кључна питања. Прво подразумева унутрашње испитивање сваког од система понаособ и иде за тим да се установи да ли у њима постоји кохерентност националних нормативних оквира и, ако се утврди да је тако, у којој мери је заступљена и у чему се конкретно испољава. Друго захтева прелазак на следећи ниво, ниво међусобног поређења система као целине, полазећи од онога што је за сваки од њих репрезентативно, како би се утврдиле сличности и разлике у приступу регулисању и дала критичка оцена о њима.

#### 1. Нормативно уређење система редовног одмеравања казне у европско-континенталном праву

Анализирање обимне нормативне грађе показало је да, када се оставе по страни неке „површинске“ и ефемерне различитости, европско-континенталне системе редовног одмеравања одваја степен слободе остављене суду или степен везаности правним правилима. Та неподударност у ономе што чини суштински проблем у регулисању ове материје искоришћена је као *principium divisionis*, тако да су сва законодавства из доступног узорка сврстана у неколико група, полазећи од модела са највећим бројем ограничења процеса одмеравања до модела слободне судијске оцене.

1.1. Модел редовног одмеравања казне вођен сврхом кажњавања и комбинацијом *numerus clausus* и *exempli causa* листа унапред вреднованих релевантних околности или модел највећег ограничења

Кривични законик Руске федерације<sup>342</sup> представља пример прилично обимног и детаљног регулисања, каквом је тешко пронаћи пандан у континенталном праву. У најопштијем смислу, избор врсте и висине казне усмерен је најпре принципима кривичног права, које овај Законик, за разлику од већине европских, детаљно уређује. Поред неизбежног начела законитости (чл. 3.), значај за одмеравање имају и принцип једнакости грађана пред законом (чл. 4.), принцип праведности (чл. 6.) и принцип хуманости (чл. 7.). Једнакост је дефинисана негативно, јер подразумева забрану дискриминације по основу пола, расе, националности, језика, порекла, имовинског или службеног статуса, места боравка, односа према религији, убеђења, припадности друштвеним удружењима и других околности. Праведност се непосредно односи на казну и друге мере кривичноправног карактера, које по законском одређењу морају да одговарају степену друштвене опасности кривичног дела, околностима под којима је дело учињено и личности учиниоца. Следећи захтев, захтев хуманости спречава нормирање и изрицање казни управљених на изазивање физичких патњи или понижавање људског достојанства.

Наслеђе из ранијих законика представља и регулисање сврхе кажњавања.<sup>343</sup> Она је у позитивном праву састављена из више компоненти – успостављања социјалне праведности, поправљања осуђеног и превенције извршења нових кривичних дела (чл. 43. ст. 2.). Очигледна је преминација превентивних садржаја,

---

<sup>342</sup> Коришћен превод П. Стаменковић: *Кривични законик Руске федерације од 1. јануара 1997. године (званични текст)*, Београд, 1998. године и пречишћен текст са изменама и допунама *Уголовног кодекса Росийской Федерации с изменениями и дополнениями на 15 сентября 2005 года*, Москва, 2005. године.

<sup>343</sup> Законници социјалистичких земаља су редовно садржали сврху кажњавања. Подразумева се да је она сада значајно редефинисана како је стари закон зацртао поправљање и преваспитање у духу часног односа према раду, поштовања закона, уважавања правила социјалистичког начина живота, како би се предупредило вршење кривичних дела, и то не само од стране учиниоца, него и од стране других лица (чл. 20.). *Уголовный кодекс РСФСР*, Москва, 1986. године, стр. 12.

са задржаним концептом ресоцијализације. Социјална праведност би могла да упућује и на закључак да се при избору казне мора водити рачуна о интересима жртве кривичног дела.

Одмеравању казне<sup>344</sup> је посвећена посебна (десета) глава Законика, која у својој структури садржи читав низ подцелина: опште принципе одмеравања казне (чл. 60.), олакшавајуће околности (чл. 61.), одмеравање казне при постојању олакшавајућих околности (чл. 62.), отежавајуће околности (чл. 63.), одмеравање блаже казне од оне која је прописана за кривично дело (чл. 64.), одмеравање казне од стране пороте у случају ублажавања (чл. 65.), одмеравање казне за недовршено дело (чл. 66.), одмеравање казне за саучесништво (чл. 67.), одмеравање казне при поврату (чл. 68.), одмеравање казне за стицај кривичних дела (чл. 69.), одмеравање казне по више пресуда (чл. 70.), поступак одмеравања трајања при збирању казни (чл. 71.), и израчунавање трајања казне и урачунавање казни (чл. 72.). Најосновније смернице одмеравања представљају праведност, о којој је раније био речи, и границе прописане у посебном делу у складу са одредбама општег дела Законика (чл. 60. ст. 1.). Успостављено је и правило градације, тако да се строжија казна сме изрећи само уколико се процени да се блажом не може остварити сврха кажњавања (ст. 2.).<sup>345</sup> Надаље су дата и нешто детаљнија упутства, која налажу узимање у обзир карактера и степена друштвене опасности кривичног дела и личности окривљеног, околности које олакшавају и отежавају казну, као и утицаја одмерене казне на поправљање осуђеног и на услове живота његове породице (ст. 3.).

Законик Руске Федерације садржи веома специфично решење када су релевантне околности у питању и то из неколико разлога. Прво, околности су стриктно подељене на олакшавајуће и отежавајуће, другим речима, оне су унапред вредноване, чиме се искључује могућност да их суд оцени на други начин. Друго,

---

<sup>344</sup> Требало би поменути да се систем казни прилично обиман, како обухвата: новчану казну; лишење права бављења одређеном дужношћу или одређеном делатношћу; лишење специјалног, војног или почасног звања, чина, класе или државних награда; обавезне радове; поправне радове; ограничење у војној служби; конфискацију имовине; ограничење слободe; изолацију; држање у војној јединици; лишење слободe у одређеном трајању и доживотно лишење слободe (чл. 44.).

<sup>345</sup> Иако се тако нешто само по себи подразумева, законодавац је одлучио да ово правило посебно нагласи. То је још једна реакција на стари закон, који је систем казни структурисао полазећи од најтеже казне ка лакшим. У новом је систематика обрнута, а такво опредељење је подржано и истицањем поменутог правила. А. Naumov: *The New Russian Criminal Code as a Reflection of Ongoing Reform*, Criminal Law Forum, vol. 8, no. 2, 1997. године, стр. 214.

упечатљива је и бројност предвиђених околности, листе су прилично дугачке, те се међу олакшавајућим налази десет, а међу отежавајућим чак четрнаест ставки. Каталог олакшавајућих околности чине: извршење кривичног дела мале тежине, први пут због случајног сплета околности; малолетност окривљеног; трудноћа; постојање малолетне деце код окривљеног; извршење кривичног дела услед тешких животних околности или мотива саосећања; извршење кривичног дела услед физичке или психичке принуде или материјалне, службене или друге зависности; извршење кривичног дела при повреди услова законитости нужне одбране, хапшења лица које је извршило кривично дело, крајње нужде, основаног ризика, извршења наредбе или наређења; противправност или аморалност понашања жртве која је била повод за извршење дела; пријављивање са признањем, активно помагање у откривању дела, откривање других саучесника кривичног дела, и тражење имовине присвојене извршењем дела; пружање медицинске или друге помоћи жртви непосредно после извршеног дела; добровољна накнада имовинске и моралне штете причињене извршењем дела, друге радње које су усмерене на отклањање штете жртви. Експлицитно је наглашено да круг олакшавајућих околности није затворен и да суд може узети у обзир и друге чињенице (чл. 61. ст. 2.). Такође, постоји и забрана двоструког вредновања, те ако је олакшавајућа околност предвиђена као елемент кривичног дела она сама по себи не може поново бити релевантна за одмеравање казне (ст. 3.).

Особеност руског система јесте и одређивање мере утицаја појединих олакшавајућих околности, чиме се простор слободне судијске оцене још више сужава. Компаративно посматрано, описана техника се ретко виђа у континенталном праву код редовног одмеравања, својственија је ванредном, када је и логично да законодавац ограничи меру „искакања“ из прописаног законског оквира. Ако се тиме и постиже нека врста сигурности да казна неће бити прениска, чиме се смањују њени капацитети да постигне пројектоване циљеве, губи се на флексибилности неопходној за прилагођавање хетрогеним случајевима из праксе. Овде се ради о извесној комбинацији вербалних и нумеричких смерница какве постоје, само у неупоредиво разрађенијој форми, у англосаксонском праву. Тако су за различите облике понашања после учињеног дела, у виду сарадње са државним

органима и отклањања последица изазваних кривичним делом, постављене границе до којих се казна може умањивати. Трајање или обим казне у случају пријављивања са признањем, активног помагања у откривању дела, откривања других саучесника и тражења имовине присвојене извршењем дела, пружања медицинске или друге помоћи жртви непосредно после извршења, добровољне накнаде имовинске и моралне штете причињене извршењем дела, других радњи које су усмерене на отклањање штете при одсуству отежавајућих околности, не смеју прећи три четвртине максималног трајања или износа најстроже врсте казне предвиђене за конкретно кривично дело (чл. 62.).

Отежавајућим околностима се сматрају: вишеструкост кривичних дела;<sup>346</sup> стицај кривичних дела; наступање тешких последица; извршење кривичног дела у саставу групе,<sup>347</sup> групе лица уз претходни договор,<sup>348</sup> организоване групе<sup>349</sup> или злочиначког удружења;<sup>350</sup> нарочито активна улога у извршењу; укључивање у извршење кривичног дела лица која пате од тешких психичких поремећаја или се налазе у опијеном стању, као и лица која нису навршила године живота када наступа кривична одговорност;<sup>351</sup> извршење кривичног дела на основу мотива националне, расне, религијске мржње или раздора, због освете за законита чињења других, као и са мотивом скривања другог кривичног дела или олакшавања његовог извршења; извршење кривичног дела према лицима или њиховим блиским у вези са остваривањем службене дужности од стране тог лица или извршења дуга према друштву; извршење кривичног дела према жени за коју је окривљени знао да

---

<sup>346</sup> Иза овог термина се крије институт сличан нашем продуженом делу (чл. 16.).

<sup>347</sup> Дело је учињено у саставу групе ако су у њему учествовала два или више лица без претходног договора (чл. 35. ст. 1.).

<sup>348</sup> Лица која су се унапред договорили о заједничком извршењу дела (чл. 35. ст. 2.).

<sup>349</sup> Чврста група лица која су се унапред ујединила ради извршења једног или више дела (чл. 35. ст. 3.).

<sup>350</sup> Уједињена организована група, основана ради вршења тешких или нарочито тешких кривичних дела или обједињавањем група организованих са истим циљем (чл. 35. ст. 4.).

<sup>351</sup> Активна кривична способност у руском праву наступа са навршених шеснаест година (чл. 20. ст. 1.). Изузетно, и лица са навршених четрнаест година могу бити одговорна, али само за тактивно наведена дела: убиство; умишљајно тешко нарушавање здравља; умишљајно средње нарушавање здравља; отмицу; силовање; насилне радње сексуалног карактера; крађу; пљачку; разбојништво; изнуду; незаконито управљање аутомобилом или другим превозним средством без намере присвајања; умишљајно уништење или оштећење туђе имовине при отежавајућим околностима; вандализам; одузимање или изнуду оружја, бојеве муниције, експлозивних направа; одузимање или изнуду наркотичких средстава или психотропних супстанци; чињење неупотребљивим превозних средстава или комуникацијских путева (ст. 2.).

је бременита или извршење према малолетнику, другом незаштићеном или беспомоћном лицу или лицу које се налази у зависном положају у односу на окривљеног; извршење кривичног дела са нарочитом свирепošћу, садизмом, малтертирањем или мучењем жртве кривичног дела; извршење кривичног дела коришћењем оружја, муниције, експлозивних материја или експлозивних направа или направа које их имитирају, специјално израђених техничких средстава, отровних и радиоактивних супстанци, лековитих и других фармаколошко-хемијских средстава и применом психичке или физичке принуде; извршење кривичног дела у условима ванредног стања, елементарне или друге непогоде, као и у случају масовних нереда; извршење дела искоришћавањем поверења које је указано због службеног положаја или уговора; извршење кривичног дела коришћењем униформе или докумената представника државне власти. Занимљиво је да се при нормирању отежавајућих околности не користи исти метод као код олакшавајућих. Листа отежавајућих је затворена, јер овде није дато опште овлашћење суду да разматра и друге чињенице, изузев таксативно набројаних. Несумњиво је да то иде *in favorem* учиниоца, јер је он сигуран да ништа сем прописаног не може утицати на повећање казне. Међутим, овде се не налази на границе до којих се казна може увећавати, те могућа идеја о правној сигурности није доследно спровена (подразумева се, наравно, да се не може ићи преко посебног максимума). Овде се, такође, налази забрана двоструког вредновања. Није јасно због чега је законодавац није поставио као заједничко правило, што је номотехнички боље решење, него је прибегао дуплирању код олакшавајућих и отежавајућих околности.

Допунска правила се односе на оцену недовршеног дела (чл. 66.), саучесништва (чл. 67.) и поврата (чл. 68.). Недовршено кривично дело нема оно значење какво му се придаје у нашем праву, јер представља заједнички назив за два кажњива стадијума – припремне радње и покушај (чл. 29. ст. 2.). Његово вредновање зависи од разлога због којих је дело остало некомплетно, при чему постоје посебни лимити, те казна за припремне радње не може да премашује половину посебног максимума најтеже прописане казне, а за покушај се кажњава највише са три четвртине најтеже прописане казне. Судија је ограничен и код



избора врсте казне, јер је поједине казне забрањено изрицати за недовршено дело, а у питању су доживотно лишења слободe и смртна казна. За саучесништво<sup>352</sup> је битан карактер и степен фактичког учешћа, значај учешћа за постизање циља на који је дело управљено, утицај на карактер и обим учињене штете. Законодавац је нагласио да све олакшавајуће и отежавајуће околности које се односе на личност једног саучесника, узимају се у обзир само том саучеснику. Кажњавање за поврат зависи од типа поврата – поврат,<sup>353</sup> опасан поврат,<sup>354</sup> нарочито опасан поврат,<sup>355</sup> броја, карактера и степена опасности раније извршених дела, околности због којих ранија казна није остварила повољан утицај, као и карактера и степена опасности нових кривичних дела. Трајање казне за поврат не може бити мање од половине максимума најстроже врсте казне, код опасног поврата најмање две трећине, а код нарочито опасног поврата најмање три четвртине.

Кажњавање малолетника је посебно издвојено (чл. 89.). Раније је поменуто да малолетство, само по себи, има статус облигаторне олакшавајуће околности. Специфичност ове категорије учинилаца проузроковала је да се, поред свих општих околности, посебно истакну услови живота и васпитања, степен психичког развоја, друге особине личности, али и утицај старијих на малолетника.

Кривични законик Естоније<sup>356</sup> за полазиште редовног одмеравања казне узима кривицу учиниоца, олакшавајуће и отежавајуће околности, као и потребу да се утиче на учиниоца да убудуће не чини кривична дела и заштити јавни поредак (чл. 56. ст. 1.). Додатна упутства везана су за казну затвора и она откривају

---

<sup>352</sup> Институт саучесништва у руском праву обухвата организовање, помагање и подстрекавање. Видети члан 33. Кривичног законика Руске федерације.

<sup>353</sup> Извршење умишљајног кривичног дела од стране лица које је раније већ било осуђено за умишљајно дело (чл. 18. ст. 1.).

<sup>354</sup> Поврат се сматра опасним ако је извршено дело са умишљајем, за које се изриче казна лишења слободe, а учинилац је раније био два пута осуђен на казну лишења слободe за дела учињена са умишљајем; при извршењу тешког кривичног дела са умишљајем, ако је то лице раније било осуђено за тешко кривично дело учињено са умишљајем (ст. 2.).

<sup>355</sup> Поврат се сматра нарочито опасним ако је учињено дело са умишљајем, за које се лице осуђује на казну лишења слободe, а учинилац је раније три или више пута био осуђиван на лишење слободe за тешка дела учињена са умишљајем или кривична дела са умишљајем средње тежине; при извршењу тешког дела са умишљајем, ако је раније то лице било два пута осуђивано за тешка дела са умишљајем, или је било осуђено за нарочито тешко кривично дело; при извршењу нарочито тешког кривичног дела, ако је то лице раније било осуђено за умишљајно тешко кривично дело или нарочито тешко кривично дело (ст. 3.).

<sup>356</sup> Коришћен текст са <http://legislationonline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 15.02.2012. године.

интенцију законодавца да охрабри примену алтернативних казни.<sup>357</sup> Запажање потиче из одредаба да казна затвора може бити изречена само ако се циљ кажњавања не може постићи другом блажом казном, односно да се у случају избора казне затвора, а не друге алтернативно прописане казне, суд обавезује да посебно образложи разлоге, који су га навели на такву одлуку (ст. 2.).

По питању уређења олакшавајућих и отежавајућих околности, законодавац се определио за различите методе – прве су одређене егзампларно уз дозволу суду да у процес одмеравања уврсти и друге ако их сматра релевантним (чл. 57.), док су друге дате у затвореној листи (чл. 58.). Већина олакшавајућих околности се односи на понашање после учиненог дела: спречавање настанка штетних последица или помоћ жртви одмах пошто је дело учињено; добровољна надокнада штете; помирење са жртвом; добровољна предаја; активно учешће у откривању дела; и искрено кајање. Остале откривају механизам настанка дела и обухватају извршење услед: тешких личних прилика; примене принуде или искоришћавања положаја службене финансијске или породичне зависности; стања узменирености изазваног неприкладним понашањем жртве; или прекорачења нужне одбране. Облигаторна олакшавајућа околност постоји ако је активни субјект трудница или старије лице.

Отежавајуће околности су: лични интерес или други ниски мотив; извршење дела на посебно окрутан начин или уз изражено понижавање жртве; извршење дела према лицу за које је учинилац знао да има мање од осамнаест година, да је у другом стању, да је у поодмаклим годинама, да је неспособно да се стара о себи или озбиљно ментално оболело; извршење дела према лицу које је у стању службене, финансијске или породичне зависности у односу на учиниоца; извршење дела за време ванредног или ратног стања, стања несреће или природне катастрофе; извршење дела на општеопасан начин; изазивање озбиљних последица; извршење дела да би се олакшало или прикрило извршење другог дела; извршење дела у групи; извршење дела искоришћавањем службене униформе или легитимације (чл. 58.).

---

<sup>357</sup> Поред казне затвора систем казни чине: новчана казна, престанак правног лица, забрана управљања моторним возилом, забрана вршења позива, губитак дозволе за држање оружја и муниције, губитак дозвола за лов и риболов, конфискација и протеривање странца.

Забрана двоструког вредновања је интегрисана у материју редовног одмеравања казне (чл. 59.). Прихваћено је уобичајно поимање забране, без ограничавања која се срећу у неким другим правима.

Надаље, овој групи припада и Кривични законик Румуније.<sup>358</sup> У четвртој глави под називом индивидуализација казне дата су најпре општа правила. Она не доносе ништа специфично, јер се процес редовног одмеравања руководи правилима из општег дела Законика, границама казне прописаним у посебном делу, тежином кривичног дела и личношћу учиниоца, али и олакшавајућим и отежавајућим околностима (чл. 87.). Нешто слично је речено и за одмеравање казне правним лицима, при чему су поновљена сва општа мерила, сем кривице која је због природе активног субјекта изостављена. Занимљиво је да се у кругу најопштијих смерница не налази сврха кажњавања, иако је прописана. Сет законских правила о казнама започиње управо одредбом у којој се даје дефиниција казне и одређује њихова сврха. Тако је наведено да казна представља принудну меру чији је циљ преваспитање осуђеног и спречавање вршења нових дела (чл. 57.).<sup>359</sup> Иако није директно стављена у контекст одмеравања, сврху казне није логично одвајати од овог процеса, она је са њим функционално повезана, и сигурно је да се по правилима системског тумачења уважава. У корпусу општих правила своје место је пронашла и одредба о алтернативно постављеним казнама. Како су оне предвиђене за један број кривичних дела, законодавац је осетио потребу да уреди начин избора између њих, али је то учинио крајње оквирно, те се бира она која највише одговара принципу пропорционалности. Могло би се рећи да је правило сувишно, јер је пропорционалност ионако инкорпорирана у одредбу о прилагођавању казне тежини дела и личности учиниоца.

---

<sup>358</sup> Текст Законика преузет са <http://legislationonline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 15.02.2012. године.

<sup>359</sup> Иначе, систем казни (чл. 58.) је тако организован да прати класификацију кривичних дела према тежини, те су за злочине предвиђени доживотни затвор и строги затвор у трајању од петнаест до тридесет година, а за преступе строги затвор од једне до петнаест година, затвор од петнаест дана до једне године, новчана казна по моделу дани-новчана казна и друштвено користан рад. Све оне имају карактер главне казне, док су као споредне предвиђене забрана вршења права и смањење војног чина. Забрана вршења права обухвата забрану активног и пасивног бирачког права, забрану обављања државних функција, забрану обављања професије или делатности злоупотребљене ради вршења кривичног дела, забрану родитељског права и забрану старатељског права (чл. 75.).

Кривични законик Румуније на специфичан начин нормира олакшавајуће и отежавајуће околности, делећи их на законске и судске (чл. 88-94.). Иза ових назива се заправо крију околности облигаторне и факултативне природе. Прве суд неизоставно мора укалкулисати у казну, без могућности да другачије оцени њихово дејство, док су друге дате само примера ради. У групу законских олакшавајућих околности спадају: извршење дела у стању снажне емотивне конфузије када је учинилац изазван насилним, озбиљно увредљивим и другим сличним неприкладним понашањем жртве; у прекорачењу граница нужне одбране или крајње нужде; извршење дела из мотива или са циљем који умањује опасност учиниоца; мала тежина дела због минималне повреде законом заштићене вредности (чл. 88.). Законске отежавајуће околности постоје у следећим случајевима: када су дело учинила два или више лица; ако начин и средства извршења указују на општу опасност; ако је пунолетни учинилац учинио дело заједно са малолетником; извршење дела из ниских побуда; извршења дела од стране лица које је искористило стање несреће; извршења дела према лицу које није у стању да се брани и/или да изрази своју вољу, према лицу испод петнаест година живота или према члану породице; извршење дела са циљем да се избегне хапшење, кривично гоњење или извршење кривичне санкције за себе или другог; извршења дела да би се олакшало извршење или прикрило постојање другог дела (чл. 89.).

Судске олакшавајуће околности обухватају: добро владање учиниоца пре извршења дела; настојање да отклони последице и поправи проузроковану штету; понашање после учињеног дела, приликом појављивања пред државним органима; поштено држање на суђењу; пружање помоћи у проналажењу и хапшењу осталих учесника (чл. 90.). Изричито је наведено да се ради о околностима датим само примера ради, те је суд слободан да вреднује и неке друге, ако сматра да је то оправдано. Законодавац је применио другачију технику приликом регулисања судских отежавајућих околности. Оне нису ни на који начин спецификоване, ни егземплярно, само је дата напомена да би то могле бити било које чињенице, поред законских отежавајућих околности, које кривично дело чине тежим (чл. 92.).

Новелирање Казненог законика Финске,<sup>360</sup> извршено 2003. године, захватило је и материју одмеравања казне. Доступни текст омогућава компарирање са старим решењима, која су била у употреби више деценија уназад, тачније од 1976. године. Оно што је већ на први поглед приметно јесте нова систематика и низ номотехничких побољшања, иако је интервенција ишла и даље од тога, редефинисањем неких старих и увођењем нових критеријума одмеравања. Тако се сада шеста глава, посвећена овом питању, дели на две целине – опште одредбе, у којима су наведене врсте казни и њихово трајање (чл. 1. и 2.),<sup>361</sup> и основне полазне тачке одмеравања (чл. 3.). Полазиште сваког избора казне представљају прописана казна, олакшавајуће и отежавајуће околности предвиђене у закону, уз наглашавање значаја униформности. То значи да је суд поред примене законских одредаба упућен и на консултовање и поштовање раније судске праксе, како би се избегли непожељни диспаритети. Нешто конкретније правило говори да казна мора бити сразмерна тежини и опасности кривичног дела, као и степену кривице и мотивима учиниоца (чл. 4.).

На следећем нивоу Законик даје „основе за повећање и смањење казне“ (чл. 5, 6. и 7.). До повећања казне у највећем броју доводе чињенице које се односе на механизам и настанка и начин извршења дела. Отежавајуће дејство настаје ако је криминална активност била методична, под чиме се подразумева да је дело продукт брижљивог планирања и припремања, као и када је дело учињено у саставу групе организоване ради вршења тешких кривичних дела. Овде спада и чињеница да је дело учињено ради добијања надокнаде. Поврат није априорно отежавајућа околност, неопходно је да испуњава одређене услове. На то упућује сама законска синтагма „повезана криминална историја учиниоца са новим кривичним делом“. Она је објашњена апострофирањем сличности између новог и ранијег или ранијих дела, које сведоче да учинилац очигледно не уважава правне забране и наредбе. Новину међу отежавајућим околностима представља увођење посебног мотива,

---

<sup>360</sup> Коришћен првобитни текст Законика са свим изменама и допунама, преузет са <http://legislationonline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 15.02.2012. године.

<sup>361</sup> Систем казни је диференциран према субјектима на које се могу применити. Поред општих казни (новчана казна, фиксна новчана казна, затвор, условни затвор, рад у заједници), он садржи казне за службена лица (упозорење и разрешење дужности), дисциплинске казне за војна лица (затвор, држање у војној јединици, новчана казна и упозорење) и казне за правна лица (новчана казна).

тако да учиниоци дела који су жртву изабрали на основу националне, расне, етничке припадности или припадности некој другој групи обавезно имају строжи третман.

Са друге стране, редукција казне се врши ако је постојао значајан притисак, претња или сличан утицај на лице да учини кривично дело; јака емпатија или изузетан и изненадни изазов који је изазвао вршење дела, изузетно велики допринос жртве или сличне околности које су смањиле могућност да учинилац поступа по праву. Из комплекса чињеница насталих после учињеног дела задржана су поступања којима је учинилац покушао да спречи или отклони штетне последице, за која се раније тражило да су предузета добровољно, чега нема у новом тексту. Допринос расветљењу дела је остао у непромењеној формулацији, а новелирањем је додато и измирење са жртвом. Некада је као допуна наведеним правилима било наложено суду да води рачуна о последицама које је учинилац претрпео извршењем дела, као и о последицама које би трпео применом казне добијене на основу осталих околности; ако је казна таква да је у поређењу са природом кривичног дела очигледно неразумна, требало би је смањити. Правило није задржано у овом облику, редефинисано је и разложено, те су сада олакшавајуће околности: последице које настају по учиниоца услед извршења дела; старост, лоше здравствено стање и друге сличне личне околности; протек дугог времена од извршења дела, ако би казна из устаљене судске праксе, без уважавања ове чињенице водила ка неразумном или изузетно штетном резултату.

Потпуну новину на овом месту представљају следеће околности: да учинилац у време извршења није навршио осамнаест година; да је дело остало у покушају; да је учинилац саучесник, чије је учешће у злочину очигледно мање у односу на остале саучеснике; да је дело учињено у смањеној урачунљивости или под околностима које су веома сличне онима које воде ка искључењу кривице, или у другим сличним околностима (чл. 8. ст. 1.). Када установи постојање неког од наведених критеријума суд изриче казну у износу од највише три четвртине посебног максимума (новчане казне или казне затвора), поштујући посебни минимум. Ако се ради о делу за које је прописан доживотни затвор наступа законско ублажавање, јер се уместо њега мора применити казна затвора у трајању

од две до дванаест година (чл. 8. ст. 2.). Такође, ако је као најтежа казна предвиђена временски одређена казна затвора, суд може да изрекне новчану казну уместо ње, ако за то постоје оправдани разлози.

Кривични законик Шведске<sup>362</sup> уз типичну напомену да се казне одмеравају у законом прописаним оквирима за одређено дело, наглашава и да се то чини уз поштовање конзистентности у кажњавању (чл. 29.1.). Инсистирање на сличном поступању у сличним случајевима је више својствено земљама које немају детаљна и разрађена правила за одмеравање казне, што са Шведском није случај. Законик одређује полазне основе одмеравања на које су надограђени прилично бројни каталози олакшавајућих и отежавајућих околности. У том смислу се у фокус судије најпре постављају најзначајнији објективни и субјективни фактори – штетне последице проузроковане извршењем дела и чињеница да је учинилац схватио или је требало да схвати да ће оне настати из његове радње, уз додатак намера и мотива, које би требало још ближе да расветле психолошки супстат из којег је радња потекла. Сва ова мерила нису унапред вреднована, те она у конкретном случају могу да имају различито значење и дејство.

У наставку је дата листа (облигаторних) отежавајућих околности: намера учиниоца да оствари значајно теже последице, у односу на оне које су реално проузроковане; посебно окрутан начин извршења; искоришћавање рањиве позиције жртве или неке посебне тешкоће које су је спречиле да се заштити, или злоупотреба неког другог положаја и посебног поверења жртве; утицај на друге да узму учешће у делу применом принуде, преваре или злоупотребом њихове младости, недостатака у расуђивању и одлучивању или злоупотребом зависног положаја и слично; брижљиво и опсежно припремање дела у којем је учинилац имао значајну улогу; мотив да се нанесе штета припаднику одређене етничке или сличне групе, припаднику одређене расе, боје, националног порекла, верских уверења или другог сличног својства (чл. 29.2.).

Са друге стране, до смањења казне доводи чињеница да је дело настало претежним деловањем другог лица; да је учинилац у време извршења дела био у

---

<sup>362</sup> Коришћен текст са <http://legislationonline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 15.02.2012. године.

стању знатно смањених способности да контролише своје понашање због менталних сметњи, емотивне узрујаности или неког другог разлога; ако је његово понашање повезано са манифестно дефицијентним развојем, мањком искуства или способности расуђивања; ако је дело настало из јаког осећања самилости.

Поврат је посебно издвојен, но овде се, као и у многим правима из компаративног прегледа, понављају исти критеријуми – време протекло од претходне осуде, као и сличности између ранијег и новог дела, полазећи од њихове природе и тежине (чл. 4.).

Поред наведених постоји и још једна група олакшавајућих околности. Оне су издвојене из разумљивих разлога, јер поред основне функције могу имати и улогу ублажавајућих околности „ако постоје посебни разлози да се то учини“ (чл. 29.5.) или чак основа за ослобођење од казне, ако је „очигледно неразумно учиниоцу изрећи казну“ (чл. 29.6.). Једним делом њима су покривене оне ситуације када учинилац и сам трпи због учињеног. Суд мора да уважи да је претрпео теже телесно оштећење као последицу дела, односно да пати или да постоји основани разлог да се претпостави да пати због извршења дела. У осталим случајевима води се рачуна о последицама кажњавања. Тако је обавезно укалкулисати да ће због позних година или лошег здравственог стања теже поднети казну изабрану на основу осталих околности, да ће изгубити посао или ће имати друге препреке или тешкоће у обављању свог посла или занимања, као и да ће трпети озбиљне штетне последице услед протеривања са територије Краљевства. Преостале чињенице су или понашања у корист жртве, при чему је једино издвојено да је према својим способностима покушао да спречи или умањи настанак штетних последица, или акти сарадње са државним органима сведени само на предају учиниоца. Као реткост међу олакшавајућим околностима требало би навести и чињеницу да је прошло необично много времена од извршења дела, али ово није аутоматски олакшавајућа околност, пошто се разматра с обзиром на природу дела. Дато је и опште овлашћење суду да умањи казну и услед других околности ако то сматра оправданим.



## 1.2. Модел редовног одмеравања казне заснован на слободној судијској оцени или модел минималног ограничења посебним казним оквиром

Није тешко претпоставити да је ова група најмалобројнија. Заправо, у прикупљеном материјалу једини такав пример је Кривични законик Норвешке,<sup>363</sup> те се може рећи да представља егзотику не само међу важећим законима скандинавских држава, него у европско-континенталном правном простору уопште. Слободна судијска оцена ничиме није ограничена, јер нема ни неког општег правила попут сврхе кажњавања, ни макар егзампларно датих олакшавајућих и отежавајућих околности. Једино ограничење је законски распон, иако се ни то нигде експлицитно не наводи, већ нужно проистиче из типа одмеравања. Све док поштују оквир посебног минимума и посебног максимума судије потпуно неспутано фондирају одлуку о казни,<sup>364</sup> узимајући у обзир било коју чињеницу, ако им се чини релевантном. У норвешкој теорији је својевремено покренута расправа о потреби да се ова област уреди законом, али је та иницијатива остала на нивоу теоријског залагања и никада није заживела.<sup>365</sup> Ниједан талас новелирања овог старог законика, донетог још 1902. године, није обухватио материју редовног одмеравања. Једино што је нормирано јесу одступања, или по речима законодавца смањење и увећање казне (чл. 56-65.), под чиме се подразумевају ублажавање и пооштравање, као и утврђивање јединствене казне за стицај. Са друге стране, англосаксонски утицаји су допринели да у целом процесу значајну улогу добије Врховни суд, који усмерава рад нижих судова. Тако је одмеравање заправо вођено бројним прецедентима, али и доминантном теоријском концепцијом о генералној и специјалној превенцији као циљевима кажњавања.<sup>366</sup>

---

<sup>363</sup> Коришћен текст са <http://legislationonline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 15.02.2012. године.

<sup>364</sup> Иначе, систем казни садржи као главне казне затвор, лишење слободе, рад у корист заједнице и новчану казну (чл. 15.), односно губитак грађанских права и забрану посећивања одређених места, као споредне.

<sup>365</sup> R. Hennem: *Domstolenes utmaling av straf – en undersokelse av rettspraksis*, Oslo, Justig og politi department. Наведено према К. Franko-Ass: *Sentencing in the Age of Information: from Faust to Macintosh*, Oslo, 2005. године, стр. 99.

<sup>366</sup> R. Hennem: *Domstolenes utmaling av straf – en undersokelse av rettspraksis*, Oslo, Justig og politi department. Наведено према К. Franko-Ass: *op. cit.*, стр. 99.

Поједине теоретичаре је чињеница да нема законских смерница навела на опсежно и дубинско проучавање судске праксе (већ поменуто Ненnum-ова студија). Иако би се на основу непостојања правног оквира могло очекивати верификовање радне хипотезе о диспаратима у кажњавању, студија је показала управо супротно. Упркос очекиваном, утврђено је да су неуједначености присутне, али и да су заступљене у занемарљиво малим размерама. Занимљиво је и истраживање које је спровела Stenborre 2003. године. Ради се о компаративном проучавању судске праксе у Норвешкој и Шведској. Шведски систем редовног одмеравања казне је изабран за референтни, управо због тога што представља супротност норвешком. Како је посебно обрађен у овом излагању, овде ће бити поменуте само његове основне контуре – прихваћена блага форма *just desert* доктрине као криминално-политичка платформа и постојање листе олакшавајућих и отежавајућих околности. Могло би се рећи да су резултати упоређивања изненађујући, јер нису примећене битније разлике у коришћеним критеријумима за одмеравање.<sup>367</sup> Тако је и настао закључак да је у Норвешкој избор казне мотивисан комбинацијом генералне и специјалне превенције, али са извесним примесима доктрине о заслуженој казни.

Како уједначеност у кажњавању не потиче из законских смерница, јер оне не постоје, логично је приметити да постоје неки други, не тако видљиви механизми уједначавања. Деловање Врховног суда је поменуто, али би требало апострофирати и значај норвешког информационог система *Lovdata*, који пружа различите информације о судској пракси. Норвешка није попут појединих англосаксонских земаља 80-тих година прошлог века прибегла постављању крутих нумеричких смерница и тарифирању казни, она је само у духу старе традиције поштовања судске праксе искористила могућности нових технологија и сачинила информациони систем ради лакшег и бржег прегледа података. Општа доступност је довела до тога да систем не користе само судије, већ га консултују и адвокати да би поткрепили своје ставове, позивајући се на раније судске одлуке што, такође, доприноси уједначавању.

---

<sup>367</sup> Наведено према К. Franko-Ass: *op. cit.*, стр. 99.

### 1.3. Модел редовног одмеравања казне вођен сврхом кажњавања и отвореним листама унапред невреднованих релевантних околности

Овде спадају законодавства већине бивших југословенских република. Она су посебно занимљива за проучавање, јер су се сва развила из некадашњих заједничких основа, те се поставља и питање да ли су и у коликој мери у вишедеценијском самосталном развоју начинила искорак у овој материји. Сложена државна организација довела је до тога да у Босни и Херцеговини кривичноправна материја буде расута у чак четири извора – Кривичном закону Федерације,<sup>368</sup> Кривичном закону Босне и Херцеговине,<sup>369</sup> Кривичном закону Републике Српске<sup>370</sup> и Кривичном закону Брчко дистрикта.<sup>371</sup> Како не постоји јединствени кодекс, неминовно се поставља питање колико су уједначена решења у поменутих изворима. Да ли се, упркос разуђености, може претпоставити и очекивати униформност у системима редовног одмеравања казне? И овлашан поглед на ове изворе говори да стање није такво. Технички посматрано, све их спаја иста систематика, те се у правилима о редовном одмеравању полази од тријаде, наслеђене из времена бивше Југославије: сврхе кажњавања, граница прописаних за одређено кривично дело, олакшавајућих и отежавајућих околности (чл. 49. ст. 1. КЗФБиХ, чл. 48. ст. 1. КЗБиХ, чл. 37. ст. 1. КЗРС, чл. 49. ст. 1. КЗБД). Очигледно је да се, упркос чињеници да је дефинисање сврхе кажњавања реткост у европским правима, сви и даље држе старих традиција, које подразумевају постојање читаве пирамиде циљева, почевши од заједничког циља свих кривичних санкција од којег се, као криминално-политичке платформе, гранају „спецификовани“ циљеви који би требало да буду остварени сваком појединачном врстом санкције.<sup>372</sup> Кривични закони Федерације и Републике Српске проглашавају за функцију кривичних санкција сузбијање свих противправних делатности којима се угрожавају или

<sup>368</sup> *Службене новине ФБиХ, бр. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05 и 42/10.*

<sup>369</sup> *Службени гласник БиХ, бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 и 8/10.*

<sup>370</sup> *Службени гласник Републике Српске, бр. 49/00, 18/04 и 73/10.*

<sup>371</sup> *Службени гласник Брчко дистрикта, бр. 10/03, 45/04, 06/05, 21/10, 47/11 и 52/11.*

<sup>372</sup> Став законодавца је подржан у тамошњој правној теорији, која сврху сматра значајном смерницом и пожељним делом сваког система одмеравања. Б. Петровић, Д. Јовашевић: *Кривично/казнено право Босне и Херцеговине, Опћи дио*, Сарајево, 2005. године, стр. 285. и М. Бабић, И. Марковић: *op. cit.*, стр. 380.

повређују вредности заштићене кривичним законодавством, превентивни утицај на друге да поштују правни систем и не врше кривична дела, спречавање учиниоца да чини кривична дела и подстицање његовог преваспитања (чл. 6. КЗБиХ и чл. 5. ст. 3. КЗРС). Остали имају другачији приступ. Кривични закон БиХ је, захваљујући изменама извршеним 2005. године, пројектовао заштиту друштва од извршења кривичних дела кроз превентивни утицај на друге да поштују правни систем и не чине кривична дела, спречавање учиниоца да врши кривична дела и подстицање његовог преваспитања, али је истакао и заштиту и сатисфакцију жртве (чл. 6. КЗБиХ). Готово идентична формулација се данас, после измена извршених 2010. године, налази у Закону Брчко дистрикта (чл. 7. КЗБД).

Како се не темељи на истим полазним основама, ни сврха кажњавања није могла бити постављена на исти начин. При томе се уочавају два решења. По једном, улога казне је спречавање учиниоца да чини кривична дела и његово преваспитање, утицај на друге да не врше кривична дела, развијање и учвршћивање друштвене одговорности изражавањем друштвене осуде за кривично дело и неопходност поштовања закона (чл. 28. КЗРС). Друго истиче изражавање друштвене осуде због учињеног дела, утицај на учиниоца да убудуће не чини кривична дела, утицај на друге да не чине кривична дела, утицај на свест грађана о неприхватљивости и штетности кривичних дела и о праведности кажњавања учиниоца (чл. 42. КЗФБиХ и чл. 39. КЗБиХ). Слично је и у Закону Брчко дистрикта који уместо о јачању свести о неприхватљивости и штетности говори о јачању свести о опасности кривичних дела (чл. 42. КЗБД). Без обзира на примећене разлике, очигледно је да су дата решења базирана на мешовитим теоријама. Обједињавање специјалне и генералне превенције у њеном позитивном виду и не представља неку новину, могло би се рећи да је таква оријентација преузета из ранијих решења.

За разлику од варијација на тему сврхе кажњавања, каталог релевантних околности је веома усаглашен. Листа набројаних околности није затворена, а при томе све оне имају амбивалентни карактер, јер могу добити и олакшавајуће и отежавајуће дејство, у зависности од конкретног случаја. У овом домену нису примећени искораци у односу на раније савезно законодавство, тако да регистар

релевантних околности чине: степен кривице, побуде из којих је дело учињено, јачина угрожавања или повреде заштићеног добра, околности под којима је дело учињено, ранији живот учиниоца, личне прилике учиниоца, држање након учињеног кривичног дела, и друге околности које се односе на личност учиниоца (чл. 49. ст. 1. КЗФБиХ, чл. 48. ст. 1. КЗБиХ, чл. 37. ст. 1. КЗРС, чл. 49. ст. 1. КЗБД).

Систем чини и неколико правила допунског карактера. Дате су посебне смернице за вредновање поврата и процену висине новчане казне. Тежина поврата се тако у свим изворима цени на основу следећих мерила: да ли је ново дело исте врсте као претходно, да ли су оба дела настала из истих побуда и колико је времена протекло од раније осуде односно од застареле или опроштене казне (чл. 49. ст. 2. КЗФБиХ, чл. 48. ст. 2. КЗБиХ, чл. 37. ст. 2. КЗРС, чл. 49. ст. 2. КЗБД). Када је новчана казна у питању, поред општих околности на њу утиче и имовно стање учиниоца (чл. 49. ст. 3. КЗФБиХ, чл. 48. ст. 3. КЗБиХ, чл. 37. ст. 3. КЗРС, чл. 49. ст. 3. КЗБД). Његова процена се врши на основу висине плате и других прихода, имовине и породичних обавеза учиниоца (чл. 49. ст. 2. КЗФБиХ, чл. 48. ст. 2. КЗБиХ, чл. 37. ст. 2. КЗРС, чл. 49. ст. 2. КЗБД). Такође, поједини аутори истичу да одмеравање казне, поред законских правила, обликују и извесна правила настала у судској пракси, при чему се мисли на забрану двоструког вредновања, која се и без законског упоришта веома доследно поштује.<sup>373</sup>

Развој македонског кривичног права је од осамостаљивања прошао кроз две фазе; док је прва, започета доношењем Кривичног законика 1996. године, требало да означи раскид са старим социјалистичким казненоправним системом, друга је темељним новелирањем Законика извршеним 2004. године, била предиспонирана обавезама преузетим потписивањем Уговора о стабилизацији и придруживању Европској унији.<sup>374</sup> Поред потребе хармонизације са правом ЕУ, поједине измене су диктирале и неки други разлози, при чему се мисли на регистроване промене у обиму, динамици и структури криминалитета у Македонији, које су нагнале

<sup>373</sup> М. Бабић, И. Марковић: *op. cit.*, стр. 409.

<sup>374</sup> В. Камбовски: *Реформа македонског казног права: резултати и изазови*, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, III део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2009. године, стр. 335.

законодавца да преиспита своју криминално-политичку стратегију.<sup>375</sup> Природа излагања не дозвољава елаборацију свих законских промена изазваних поменитим друштвеним факторима, те се у даљем излагању прате само оне остварене у материји одмеравања. Кривични законик Македоније<sup>376</sup> донекле прати стару схему, прописујући као општа правила да суд одмерава казну у границама прописаним законом, имајући у виду кривичну одговорност учиниоца, тежину кривичног дела, и циљеве кажњавања (чл. 39. ст. 1.). Границе и циљеви кажњавања су нека врста заједничког именитеља у правима већине бивших југословенских република, тако да је овде учињен искорак додавањем смернице да се казна првенствено обликује на основу кривичне одговорности и тежине кривичног дела. Није неосновано закључити да се ради о еху идеје о правичној или заслуженој казни, присутној у компаративном праву.

Када се говори о сврхама, требало би поменути нову оријентацију законодавца да не дефинише општу сврху свих кривичних санкција, већ само посебне сврхе сваке од њих.<sup>377</sup> Основна идеја је вероватно дубље истицање и потенцирање особене природе, а тиме и особених функција различитих кривичних санкција. Да таква интенција постоји види се и из новог устројства система кривичних санкција, који је сада организован по принципу јаке биполаризације између казне и алтернативних мера. Пре измена из 2004. године македонско кривично право је садржало само две казне (затвор и новчану казну), да би након поменуте интервенције у казне биле преведене и све раније мере безбедности у виду забране, тј. забрана управљања моторним возилом, забрана вршења професије, делатности и дужности и протеривање странца (чл. 33. ст. 1.). Рестриктиван став према мерама безбедности, чији је дијапазон сада сведен само на мере куративног карактера, на другој страни је довео до проширења круга казни, што је суду отворило нове могућности код одмеравања и дубље етаблирало начело сразмерности. Ни македонско право нису заобишле амбивалентне тенденције у

---

<sup>375</sup> В. Камбовски: *Реформа македонског казненог права ...*, стр. 336.

<sup>376</sup> Коришћен је пречишћен текст, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 19/04, са каснијим изменама *Службен весник на Република Македонија*, бр. 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 42/12, 166/12.

<sup>377</sup> Тако су издвојени циљеви казне (чл. 32.), алтернативних мера (чл. 48.), мера безбедности (чл. 60.) и васпитних мера (чл. 73.).

савременом кривичном праву које, са једне стране, иде у правцу заоштравања репресије не би ли се изборило са порастом криминалитета и стварањем нових форми, док се са друге стране, оно креће и у смеру даље хуманизације и изналагања нових алтернативних и можда некада неоправдано благих кривичних санкција.

Основна функција казне је по новим решењима остваривање правде, што се у македонској теорији тумачи као тежња ка рационалном кажњавању.<sup>378</sup> Надаље, она обухвата спречавање учиниоца да врши кривична дела и његово преваспитање, дакле, специјалну превенцију. Очито је да она има два сегмента; први, усмерен на индивидуално застрашивање и неутрализацију, и други усмерен на ресоцијализацију. Како су специјално-превентивни циљеви широко постављени, питање је да ли се код свих казни може очекивати њихово подједнако остваривање. Доживотни затвор и казне дуготрајног затвора су искључиво или углавном усмерене на неутрализацију, како се учинилац доживотно или на дуже време физички изолује из средине у којој на њега поново могу деловати подстицаји за вршење кривичних дела. Исто је и са свим казнама које се састоје у забрани (раније мере безбедности), јер оне иду ка елиминацији услова или околности у којима је раније настало дело. Краће казне затвора имају карактер шок-терапије, а тиме претежно индивидуално застрашујуће учинке. За остваривање преваспитања најпогоднија је казна затвора са трајањем, које је довољно дуго за организовање одговарајућег пеналног третмана. Занимљиво је да је ресоцијализација, поред инкорпорираности у сврху кажњавања, још једаред истакнута у правилу да ће суд приликом одмеравања казне посебно водити рачуна о дејству казне и њеним последицама на личност учиниоца и потребама његове ресоцијализације (чл. 39. ст. 3.).

Генерална превенција је прихваћена у њеној савременој позитивној варијанти, као васпитни утицај на друге да не врше кривична дела. Оваква формулација указује да је она усмерена на мењање моралних и других вредносних ставова грађана у односу на поштовање закона.

---

<sup>378</sup> В. Камбовски: *Казнено право, Општи дел ...*, стр. 650.

Следећи сегмент система чини правило да се приликом одмеравања казне у обзир узимају све околности, које утичу да казна буде већа или мања, а посебно: степен кривичне одговорности, побуде из којих је дело учињено, јачина повреде или угрожавања заштићеног добра, околности под којима је дело учињено, допринос жртве извршењу кривичног дела, ранији живот учиниоца, личне прилике учиниоца, однос учиниоца према извршеном делу и друге околности везане за личност учиниоца (ст. 2.). Иако се углавном заснива на каталогу из југословенског КЗ-а, приметно је да су додате нове околности, допринос жртве извршењу дела и однос учиниоца према извршеном делу. У македонској теорији се издвајање прве сматра оправданим, јер представља усвајање виктимолошких сазнања о улози жртве у настанку дела.<sup>379</sup> Уосталом, допринос жртве не представља непознату за кривично право, пошто је уважен код неких других института општег дела, али и у посебном делу код инкриминација учињених на мах, односно инкриминација које претпостављају пристанак жртве, попут зеленаштва (чл. 260. КЗРМ). Међутим, пошто овде допринос представља саставни део бића његова улога се исцрпљује у правној квалификацији и не може се изнова користити у процесу одмеравања. Ако се критички сагледа ова околност, може се закључити да она у квалитативном смислу не представља неки посебан помак у уређивању ове материје. Околности под којима је дело учињено представљају довољно широку формулацију, да би се у њеним оквирима суд могао бавити и евентуалним утицајем пасивног субјекта на настанак дела. Укратко, могло би се рећи да њено издвајање сигурно не може да штети, али ни да буде од неке веће користи. Да ли постоје неки дубљи разлози за њено посебно истицање није познато, јер доступни радови то уопште не помињу. Претпоставка која се логички намеће јесте неоправдано занемаривање или погрешно вредновање доприноса жртве у пракси тамошњих судова, што би могло да представља *ratio legis* описане промене. Самосталност би сигурно утицала да јој се приђе на пажљивији начин, али како не постоји могућност увида тамошњу судску праксу, постављена хипотеза се не може ни верификовати ни негирати.

Однос према учињеном делу је, у неку руку, заменио ранију околност под називом „понашање после учињеног дела“. За разлику од претходно описане

---

<sup>379</sup> В. Камбовски: *Казнено право ...*, стр. 706.



измене, ово није баш најсрећније изабрано решење. Нема сумње да се упоређивани законски критеријуми садржински делимично поклапају. Ипак, чини се да је понашање после учињеног дела по садржини и по обиму шири појам, јер је у стању да обухвати и чињенице из, да га тако назовемо, општег живота учиниоца, а не само оне које непосредно говоре о његовом односу према делу. Оно је у стању да „покрије“ и друге облике понашања учиниоца, што може бити релевантно за постављање криминалне прогнозе. Негативни ефекти сужавања би, донекле, могли бити компензовани последњим критеријумом са законске листе, тј. другим околностима које се односе на личност учиниоца кривичног дела.

Поврат има посебно место у систему редовног одмеравања. Није унапред сврстан ни у олакшавјуће ни у отежавајуће околности, само су дати типични критеријуми за његово вредновање: да ли су старо и ново дело исте врсте, да ли су дела учињена из истих побуда и колико је времена протекло од раније осуде, издржане или опрштене казне (ст. 4.). Новелирањем Законика је после одредбе о поврату „уметнут“ нови став, којим је постављена обавеза суда да приликом одмеравања казне испита и да ли је дело учињено против лица, групе лица или његове односно њихове имовине, непосредно или посредно, због националне припадности, социјалног порекла, политичког или верског убеђења, имовинског или друштвеног статуса, пола, расе или боје коже (ст. 5). Имовно стање је још у иницијалном тексту било издвојено, уз напомену да је релевантно код одмеравања имовинских казни, при чему се води рачуна о приходима, имовини и породичним обавезама учиниоца (ст. 6.).

Опште смернице одмеравања казне су по Казненом закону Републике Хрватске<sup>380</sup> границе казне постављене у посебном делу, степен кривице, погибелност дела и сврха кажњавања (чл. 56. ст. 1.). Језичко тумачење ове одредбе указује да су сва три критеријума у истом рангу и да између њих не постоји разликовање по важности. Редослед навођења, сам по себи, нема никакво значење, те се сви морају подједнако поштовати. Сврха кажњавања је прилично комплексно одређена о чему говори чињеница да је састављена из чак пет компоненти:

---

<sup>380</sup> Народне новине, бр. 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08 и 57/11.

друштвене осуде због почињеног дела; утицаја на учиниоца да убудуће не врши кривична дела; утицаја на остале да не врше кривична дела; утицаја на свест грађана о штетности (погибелности) дела; и утицаја на свест грађана о праведности кажњавања (чл. 50.). Тиме су прихваћене мешовите теорије, какве у различитим варијететима егзистирају у савременом упоредном праву. Ретрибуција је манифестована кроз изражавање осуде, потом су законски уобличене специјална и генерална превенција, уз посебно издвајање тзв. позитивне генералне превенције са примесама праведности у кажњавању. Занимљиво је да је питање сврхе и пре и после доношења овог закона изазивало расправу у тамошњој кривичноправној теорији. Иако се углавном слажу да она представља корисно усмерење судског рада и да је треба задржати,<sup>381</sup> даље оцене се прилично разликују. Једни сматрају да је у позитивном праву лоше постављена, и то из најмање два разлога.<sup>382</sup> Први је понављање наведеног у општој сврхи кривичних санкција (чл. 6.), што и није тако озбиљан приговор, јер се сврха казне мора наслањати на њу, а и само је делимично тачно, пошто су овде додати и неки специфични елементи (изражавање осуде и јачање друштвене свести). Други истиче механичко набрајање циљева без покушаја да се међусобно повежу, што реално и представља слабост прихваћеног решења. Констатовање антиномије генералне и специјалне превенције среће се и код других аутора, паралелно са закључком да се овај проблем тешко може законски разрешити,<sup>383</sup> односно да сама законска формулација имплицитно нуди одговор, дајући првенство превентивним садржајима.<sup>384</sup> Постоје и похвалне оцене, при чему се као посебан допринос (када се упореди са старим решењем) издваја увођење психо-социјалне компоненте о утицају на свест грађана да су кривична дела штетна и да је праведно кажњавати њихове учиниоце.<sup>385</sup>

---

<sup>381</sup> Ж. Хорватић: *Темељне поставке за обликовање хрватског материјалног казног права de lege ferenda*, ХЛЈКПП, бр. 1, 1994. године, стр. 34, Ф. Бачић: *Казнено право, Опћи дио*, Загреб, 1998. године, стр. 381. и др.

<sup>382</sup> П. Новоселац: *Опћи дио казног права*, Загреб, 2004. године, стр. 337. Наведено према И. Бојанић, М. Мрчела: *Сврха кажњавања у контексту шесте новеле Казненог закона*, ХЛЈКПП, вол. 13, бр. 2, 2006. године, стр. 433.

<sup>383</sup> И. Бојанић, М. Мрчела: *op. cit.*, стр. 434.

<sup>384</sup> Ж. Хорватић: *Казнено право ...*, стр. 155.

<sup>385</sup> И. Цвитановић: *Сврха кажњавања у савременом кривичном праву*, Загреб, 1999. године, стр. 341. наведено према И. Бојанић, М. Мрчела: *op. cit.*, стр. 433.

Када се ради о олакшавајућим и отежавајућим околностима примењена је опробана схема. Није показана нека значајнија инвентивност у њиховом регулисању, оне се у великој мери поклапају са околностима из ранијег савезног законодавства и обухватају: степен кривичне одговорности; побуде из којих је дело учињено; усклађеност понашања учиниоца са законима пре учињеног дела; понашање учиниоца након извршења дела; укупност личних узрока који су придонели извршењу дела; јачина угрожавања или повреде заштићеног добра; околности под којима је дело учињено; околности у којима учинилац живи (чл. 56. ст. 2.). Очигледно је да постоји неколико новина. Ранији живот је заменила околност прецизнијег, али ужег значења – усклађеност понашања са законима. Уместо личних прилика убачени су лични узроци који су допринели настанку дела и околности у којима учинилац живи. Увођење личних узрока је базирано на сазнањима о повезаности кажњивих понашања са тзв. ендогеним криминогеним факторима. Тако су за избор казне значајни подаци о личности учиниоца, као релативно трајној и непромењивој структури психичких карактеристика, која утиче на доживљај самог себе и на и начин поступања према другим људима.<sup>386</sup> Тај скуп релативно стабилних особина јединке утиче да се она разликује од осталих и да карактеристично реагује на животне ситуације, у зависности од карактера и темперамента, који се обично издвајају у анализи структуре личности. Са друге стране, околности у којима учинилац живи могу бити опште, које делују на велики број људи приближно на исти начин, попут степена привредног развоја, географског положаја, степена гаранције и заштите људских права и других, док су посебне индивидуализоване као припадност слоју, професији, услови породичног живота итд.<sup>387</sup>

Требало би поменути да је у међувремену донет нови Казнени закон.<sup>388</sup> Иако у време настајања овог рада још увек није представљао део позитивног права, јер се све до почетка 2013. године налази у фази *vacatio legis*, биће анализирана решења која нуди. Материја одмеравања је претрпела веће или мање измене у свим сегментима. Од ранијих општих смерница задржане су само степен кривице и

<sup>386</sup> Ж. Хорватић: *Казнено право ...*, стр. 191.

<sup>387</sup> Ж. Хорватић: *op. cit*, стр. 192.

<sup>388</sup> *Народне новине*, бр. 125/11.

сврха кажњавања (чл. 47. ст. 1.), док је тежина кривичног дела избачена. При томе је прецизирано да кривица одређује горњу границу казне (ст. 2.), што неодољиво подсећа на аустријско и немачко право, те није неосновано закључити да су послужили као узор, тим пре што су регистроване и друге сличности. Реформски талас је захватио и сврху кажњавања, која је у реконципираној верзији добила нове елементе – јачање поверења у правни поредак заснован на владавини права и реинтеграцију учиниоца (или враћање у друштво, како дословце гласи), уз старе циљеве друштвене осуде због почињеног кривичног дела, утицаја на учиниоца и друге да не чине кривична дела кроз јачање свести о штетности (погибелности) чињења кривичних дела и праведности кажњавања (чл. 41.). Модус нормирања релевантних околности није промењен, али је листа у садржинском смислу другачија и састоји се од: јачине угрожавања или повреде заштићеног добра, побуда, степена повреде починитељевих дужности, начина извршења и скривљених учинака дела, претходног живота, личних прилика, понашања након учињеног кривичног дела, односа према жртви и труда да се надокнади штета (чл. 47. ст. 1.). Део нових околности би се могао приписати поменутих немачким и аустријским утицајима, при чему се мисли на противдужносно понашање. У разлоге осталих измена је тешко проникнути, може се само претпоставити да су сви они фактори којих више нема (усклађеност понашања учиниоца са законима пре учињеног дела и укупност личних узрока који су придонели извршењу дела) стварали неке проблеме у тумачењу и примени. Ово тим пре што су на њихово место дошле исте оне околности које су својевремено биле истиснуте.

Кривични законик Републике Црне Горе,<sup>389</sup> такође, усваја модел одмеравања вођеног сврхом кажњавања и унапред невреднованим околностима са отворене листе. Како су прихваћена решења, сем безначајних техничких одступања, идентична регулативи из нашег Кривичног законика, нема потребе за њиховим детаљнијим приказивањем.

---

<sup>389</sup> *Службени лист Републике Црне Горе, бр. 13/04, 70/04, 47/06, 40/08, 25/10 и 32/11.*

По Казненом законуку Републике Бугарске<sup>390</sup> одмеравање казне<sup>391</sup> у оквирима посебног минимума и максимума зависи од степена друштвене опасности кривичног дела и учиниоца, мотива из којег је дело проистекло, као и осталих олакшавајућих и отежавајућих околности (чл. 54. ст. 1.). Поменуте околности нису ни на који начин прецизиране, те је питање оцене у потпуности препуштено судској пракси. Једино о чему, додуше непотребно, говори овај Законик јесте њихово дејство – олакшавајуће околности доводе до изрицања мање, а отежавајуће до изрицања веће казне (ст. 2.). Иста напомена важи и за допунска правила, посвећена алтернативним и кумулативним казнама, јер наглашавају неке општепознате моменте, да се у случају алтернативно прописаних казни бира једна од њих, она која највише одговара природи и тежини кривичног дела, односно, да се изричу све кумулативне казне, чија висина мора бити тако одређена да оне посматране у тоталитету испуњавају циљеве кажњавања (чл. 57.). Ово је једино место где се експлицитно помињу циљеви, што не значи да се о њима води рачуна само код кумулативних казни. Систематско тумачење налаже да буду уважени у било ком случају одмеравања. Сврха кажњавања садржи неколико елемената: поправљање осуђеног како би се понашао у складу са законима и правилима доброг морала, спречавање и превенирање вршења нових дела, упућујуће и упозоравајуће дејство на остале чланове друштва (чл. 36.). Као и у законима појединих источноевропских земаља, основна одредба је праћена додатком да казне не сме бити усмерена на изазивање физичких патњи и понижавање људског достојанства. Такође, саставни део овог система је и забрана двоструког вредновања (чл. 56.). Тако је генерално искључено да се елементи бића кривичног дела вреднују као олакшавајуће или отежавајуће околности. Ово правило нема ниједан изузетак, којим би било омогућено да се кроз избор казне валоризује

---

<sup>390</sup> Коришћен текст из *Наказателни кодекс с посочени стари текстове на изменените членове*, Софија, 1998. године и пречишћен текст са последњим изменама и допунама из 2005. године са <http://legislationonline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 15.02.2012. године.

<sup>391</sup> Тамошњи систем казни чине: доживотни затвор, затвор, конфискација имовине, новчана казна, условна казна, забрана обављања државних и јавних функција, забрана обављања одређене професије или делатности, губитак војног чина, јавно објављивање пресуде, губитак дозвола, почасних звања и одликовања (чл. 37.).

постојање „вишка“, које превазилази меру потребну за постојање и правну квалификацију дела.

#### 1.4. Модел редовног одмеравања казне вођен егзампларно датим и унапред невреднованим релевантним околностима

Казнени законик Италије<sup>392</sup> материју редовног одмеравања казне регулише у три члана под називима – слободно судијско уверење при одмеравању казне и ограничења (чл. 132.); тежина кривичног дела и процена утицаја на казну (чл. 133.); и имовинске прилике учиниоца и процена дејства на новчану казну (133. бис). Из самог увода недвосмислено следи да казна представља продукт слободне судијске оцене, што се у осталим законцима углавном не наглашава на овакав начин. Са друге стране, ограничења о којима се говори су уобичајна, почевши од оног који проистиче из природе овог облика одмеравања, тј. законских оквира казне за конкретно кривично дело, до обавезе образложења, која је ретко присутна у правима из компаративног прегледа.

Избор врсте и висине казне зависи од тежине кривичног дела, што сведочи о прихватању концепта о заслуженој казни. Да би се она утврдила суд треба да узме у обзир природу, врсту, начин, средство, место и било који други атрибут или модалитет радње извршења кривичног дела. Следећи незаобилазни сегмент у процени тежине јесу јачина проузрокованих последица и степен кривице. Када затвори питање тежине, суд би требало да пређе на други низ релевантних околности, које се користе за одређивање, како га законодавац назива, „криминалног капацитета“ учиниоца. Поменута криминална прогноза се заснива на његовим мотивима и карактеру, подацима о претходним осудама и његовом претходном животу уопште, понашању после учињеног дела, личним, породичним и уопште друштвеним приликама. Имовинске прилике имају утицај на новчану казну и надокнаду штете, при чему нису дата никаква детаљнија упутства о овом

---

<sup>392</sup> Пречишћен текст са изменама из 2009. године преузет са <http://altalex.com/index.php?indot=2229>, приступ 12.03.2012. године.

комплексу. Требало би поменути да су имовинске прилике „мултифункционалне“, јер у изузетним ситуацијама воде ка ванредним облицима одмеравања, ка поштравању и ублажавању казне. Судија има овлашћење да прописану казну увећа до троструког износа прописане, ако сматра да законски максимум неће бити делотворан. Могуће је и супротно, ако је финансијска ситуација учиниоца толико лоша, да се и посебан минимум чини као престога мера, новчана казна се може ублажити, али не испод једне трећине посебног минимума.

Општи утисак је да је примарна оријентација да казна зависи од слободне оцене судије поставила основне координате за италијански систем одмеравања. Сигурно је да се, полазећи од ње, није могло очекивати да ће законодавац опсежно и детаљније трасирати овај процес. Експанзија правила била би у колизији са инсистирањем на слободној судијској оцени, те је законодавац прибегао редуccionистичком приступу. Релевантне околности су, могло би се рећи, сведене на нужни минимум и све су дате вредносно неутрално што, такође, кореспондира са основном поставком. Укупно посматрано, ради се о прилично еластичном систему, са веома апстрактним и априорно невређенованим основним критеријумима.

Базу редовног одмеравања казне по Казненом закону Немачке<sup>393</sup> представља кривица учиниоца (чл. 46. ст. 1.). На одлуку о казни би, такође, требало да утичу и претпостављени ефекти које би казна могла остварити на будући друштвени живот учиниоца (чл. 46. ст. 2.). Систем редовног одмеравања обухвата и краћу отворену листу вредносно неутралних околности, у коју су увршћени: мотиви и циљеви учиниоца; ментално стање и степен добровољности у остварењу дела; степен занемаривања дужности; начин извршења и скривљене последице дела; ранија осуђиваност; личне и финансијске прилике учиниоца; понашање после учињеног дела, а посебно напори да поправи проузроковану штету и напори усмерени на поравнање са жртвом кривичног дела (чл. 46. ст. 2.). Међу смерницама се налази и забрана двоструког вредновања, са једноставном формулацијом да

---

<sup>393</sup> Коришћен текст преузет са <http://legislationonline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 12.03.2012. године.

околност која представља елемент бића кривичног дела не може бити узета у обзир код редовног одмеравања казне (чл. 46. ст. 3.).

И Казнени законик Швајцарске<sup>394</sup> не садржи неко богато уређење материје одмеравања, чиме је остављен приличан простор за примену слободне судијске оцене. Трећи одељак, посвећен овом питању, обухвата само пет чланова, којима се дефинишу принципи одмеравања (чл. 47.), ублажавајуће околности и њихово дејство (чл. 48. и 48.а), одмеравање казне за стицај (чл. 49.), образложење судске одлуке (чл. 50.) и правило о урачунавању притвора (чл. 51.). „Принципи одмеравања“ асоцирају на нека најопштија правила под каквим би се, полазећи од нашег законодавства и наше правне теорије, сматрала сврха кажњавања и сличне смернице. Међутим, он заправо нормира редовно одмеравање, те се може рећи да је тиме је послата недвосмислена порука да је овај тип одмеравања примарног карактера, док сви остали имају изузетну примену. Централна околност редовног одмеравања јесте кривица. Требало би нагласити да се она не схвата само као психички однос учиниоца према делу, већ много шире, обухватајући поред субјективних и објективне чињенице. Законодавац истиче да се овде рачунају и претходни живот учиниоца и личне прилике. У објективном смислу, кривица је детерминисана степеном повреде или степеном опасности створене по заштићено добро, од чега зависи тежина прекора који се може упутити учиниоцу. С тим у вези је и правило да се она даље градира и према могућностима које је учинилац имао на располагању, а није их искористио да избегне повреду или угрожавање заштићеног добра. Приликом избора врсте и мере казне суд, такође, води рачуна и о дејству које ће казна имати на његов живот.

Следећи сегмент правила односи се на ублажавање казне. Иако се чини да представља дигресију, привукао је пажњу због тога што су међу основе ублажавања уврћене и неке у компаративном праву уобичајне олакшавајуће околности. Тако суд има овлашћење да смањи казну испод посебног минимума или да казну замени блажом врстом ако је дело учињено из часних мотива, у стању тешке невоље, под утицајем озбиљне претње, под утицајем особе у односу на коју

---

<sup>394</sup> Коришћена италијанска верзија текста (*Codice penale svizzero*) са <http://legislationonline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 12.03.2012. године.



се налази у стању покорности и зависности, услед озбиљног провоцирања од стране жртве, под дејством негативних емоција из разумљивих (оправданих) разлога или у дубокој исцрпљености. Истом кругу припадају и искрено кајање учиниоца, посебно ако је надокнадио штету жртви према својим могућностима, и протек дужег времена од извршења дела, под условом да се учинилац од тада добро понашао.

Раније је поменуто да се у Казненом законнику пронашла и одредба, каква је код нас део процесног законодавства, јер одређује садржај судске пресуде. Наиме, ради се о обавези суда да пресуду образложи, наводећи све релевантне околности и начин на који су оне утицале на казну.

Важећи дански законик прописује да се приликом одмеравања казне, полазећи од потребе конзистентности у кажњавању, води рачуна о тежини кривичног дела и подацима о учиниоцу (чл. 80. ст. 1.).<sup>395</sup> Дати су детаљнији критеријуми како се процењује тежина, најпре објективно, констатовањем штете или опасности проузроковане делом, утврђивањем начина извршења и слично, да би се потом прешло на валоризовање субјективне компоненте, тј. облика кривице и мотива. Када се ради о учиниоцу прикупљају се чињенице о личним и социјалним приликама, његовом стању пре и после извршења дела, тако да се у данској теорији наводи да је процес одмеравања балансирање између оцене кривичног дела и личних и социјалних карактеристика учиниоца.<sup>396</sup> Међутим, то не значи да су тежина и личне и социјалне прилике равноправног дејства, јер се тежина дела сматра превалентном.<sup>397</sup> Све то сугерише на компромис између генералне и специјалне превенције, иако сам законик не нормира сврху кажњавања. Једини изузетак су санкције за малолетнике дефинисане са разумљивим нагласком на индивидуалну превенцију. Потреба конзистентности је уведена изменама из 2004. године, а инспирисана је реформама спроведеним у Финској и Шведској, како је раније приказано. Упркос либералном нормативном оквиру, има мишљења да судије нису баш толико слободне у избору казни. Wandal наводи два фактора

---

<sup>395</sup> R. H. Wandal: *Equality by Numbers or Words: A Comparative Study of Sentencing Structures in Minnesota and Denmark*, Criminal Law Forum, no. 17, 2006. године, стр. 7.

<sup>396</sup> R. H. Wandal: *op. cit*, стр. 7.

<sup>397</sup> *Op. cit*, стр. 7.

лимитираности – чињеницу да дански систем располаже читавим дијапазоном правних лекова који омогућавају корекцију судске пресуде у делу одлуке о казни, те се нижи судови „налазе под пресијом“ ставова заузетих од стране виших инстанци, као и постојањем *on-line* доступне правне базе са статистички обрађеним изреченим казнама, које наводе суд да се креће у уобичајним оквирима.<sup>398</sup>

Казнени закон Републике Словеније из 2008. године<sup>399</sup> је из основних смерница избацио сврху кажњавања, те су контуре редовног одмеравања у овом систему границе казне прописане за дато кривично дело и све околности које утичу да буде већа или мања (чл. 49.). Тиме он следи исту концепцију, која је постављена претходним законом.<sup>400</sup> У оба закона је од начелног опредељења да се не регулишу циљеви кривичних санкција учињен једини изузетак у односу на васпитне мере.<sup>401</sup> Идући надаље у компарацију са старим решењима, не може остати непримећено избацивање одредбе по којој казна првенствено зависи од тежине кривичног дела и степена кривице. Разлози ове измене нису познати, а она је, како се може видети из компаративног прегледа, веома често полазиште процеса одмеравања. Једино је сигурно да је без сврхе кажњавања и начела сразмерности теже дати неку општу оцену криминално-политичке стратегије словеначког законодавца. Релевантне околности су и даље обележене двоструком факултативношћу, која подразумева да се и друге чињенице могу узети у обзир и да су све наведене без вредносног предзнака, што даје флексибилност да буду оцењене и као олакшавајуће и као отежавајуће, у зависности од конкретног контекста. И даље су *exempli causa* наведене оне најчешће: степен кривичне одговорности; мотив; степен повреде или угрожавања заштићеног добра; околности под којима је дело учињено; пређашњи живот; личне и имовинске прилике; понашање после учињеног дела, а посебно да ли је учинилац поправио штету изазвану кривичним делом; и друге околности које се односе на личност учиниоца (чл. 49. ст. 1. и 2.). Једина овде изведена интервенција јесте истицање поправљања штете из чињеничног комплекса

---

<sup>398</sup> R. H. Wandal: *op. cit.*, стр. 7.

<sup>399</sup> *Uradni list Republike Slovenije*, št. 55/08.

<sup>400</sup> Пречишћен текст *Uradni list Republike Slovenije*, št. 95/04.

<sup>401</sup> Lj. Selinšek: *op. cit.*, стр. 253.

понашања после учињеног дела, чиме је добила приоритет над осталима из истог састава.

Иако су олакшавајуће и отежавајуће околности на први поглед готово идентичне са онима из некадашњег заједничког савезног законодавства, начин на који су регулисане довео је до тога да се изгубила једна значајна нијанса. Овде се мисли на то да су уз личне „прилепљене“ и имовинске прилике. Тиме оне нису везане само за изрицање новчане казне, како је то било учињено раније, већ им је дато универзално значење. Дакле, имовинске прилике би се могле фигурисати и код изрицања других казни, односно, казне затвора или забране управљања моторним возилом, које чине важећи систем казни у Републици Словенији (чл. 43. КЗ-а). То није једина напомена везана за имовинске прилике. Суд се у пракси често суочава са тешкоћама када треба да процени финансијско стање учиниоца, пре свега због рада на црно.<sup>402</sup> То је и утицало да се уведе ново правило за одмеравање дневног износа у систему дани-новчана казна, те се ако суд није у могућности да дође до тачних података о приходима, за дневни износ узима тридесетина просечне нето месечне зараде у Републици Словенији (чл. 47. ст. 3.).

Међу правилима о редовном одмеравању казне налазе се и уобичајне смернице за оцену поврата – врста старог и новог дела, да ли су извршена из истих мотива, и време протекло од претходне осуде (чл. 49. ст. 3.)

## **2. Нормативно уређење система редовног одмеравања казне у англосаксонском праву**

Системи редовног одмеравања казне у англосаксонском праву могу бити класификовани према истом критеријуму као и континентални системи, на основу степена слободе остављене суду или степен везаности правним правилима. Тако се добијају три модела: модел оквирног законског уређења, модел детаљних вербалних смерница и модел детаљних нумеричких смерница.

---

<sup>402</sup> Lj. Selinšek: *op. cit.*, стр. 277.

## 2.1. Модел оквирног законског уређења редовног одмеравања казне (или законодавство Канаде и Аустралије)

Нормативно уобличавање одмеравања је у Кривичном закону Канаде (*Criminal Code*)<sup>403</sup> изведено на веома специфичан начин. До таквог закључка се може доћи и на основу летимичног погледа на садржај и систематику целине посвећене овом питању, у којој су обједињена правила материјалне и процесне природе. Са аспекта наше и уопште европско-континенталне правне традиције присуство процедуралних правила у кривичном закону би се могло означити као необично; у веома ретким примерима може се пронаћи захтев да релевантне околности и њихов утицај на казну треба образложити у пресуди, чиме се једним делом одређује садржина кондемпнаторне судске одлуке. Овде се, међутим, исцрпно регулише ток рочишта за одмеравање, а разлог због којег се то помиње у овом контексту јесте чињеница да се из правила о доказивању које се тада спроводи употпуњују сазнања о критеријумима за избор казне.

Основну смерницу представљају циљеви кажњавања (чл. 718.). Они су били дефинисани већ у првобитном тексту из 1985. године, али су у два наврата, тачније 2005. и 2009. године, допуњавани тако да Законик сада садржи читаву хијарархију разнородних циљева. Поред универзално постављених постоје и специјални, којима се даје примат у тачно одређеним случајевима. Генерално посматрано, кажњавање треба да допринесе превенцији криминалитета, поштовању права и одржавању праведног, мирног и безбедног друштва. Средства којима се то постиже су следећа: осуда незаконитог понашања; одвраћање учиниоца и других лица од вршења кривичних дела; издвајање учиниоца из друштва, уколико је то неопходно; пружање помоћи учиниоцу да се рехабилитује; омогућавање репарације штете нанете жртви или друштву; развијање осећаја одговорности и спознаје код учиниоца да је делом проузроковао штету жртви и друштву као целини. Са друге стране, казна је за учиниоце кривичних дела према деци односно према

---

<sup>403</sup> Коришћен текст из S. Verdun-Jones: *Criminal Law in Canada: Cases, Questions and Code*, Toronto, 1989. године и измене и допуне са <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/index.html>, приступ 12.03.2012. године.

припадницима полиције и носиоцима правосудних функција превасходно усмерена на осуду и спречавање учиниоца да изврши ново дело (чл. 718.01. и 718.02.).<sup>404</sup> У сваком случају, редукација циљева и акцентовање осуде и спречавања рецидивизма говоре о репресивнијем приступу у кажњавању дела усмерених према поменутиим категоријама.

Поред сврхе кажњавања, полазиште одмеравања чини и неколико принципа. Први на листи јесте принцип пропорционалности, схваћен у објективно-субјективном смислу, тако да казна треба да буде сразмерна тежини кривичног дела и степену кривице учиниоца (чл. 718.1.). Други је принцип слободне судијске оцене, који суду омогућава да узме у обзир било коју чињеницу која се односи на кривично дело или на учиниоца, ако је сматра релевантном. Трећи налаже уједначеност кажњавања; прописујући да казна за слична кривична дела треба да буде слична, суд се упућује на консултовање раније судске праксе. Четврти оквирно усмерава одређивање јединствене казне за стицај, која не би требало да буде неправедно дуга и строга. Последњи инсистира на градацији казни, јер казну лишења слободе не би требало изрицати уколико мање рестриктивна санкција представља адекватну реакцију на дати случај.

Релевантне околности су подељене у зависности од тога да ли се казна одмерава физичком или правном лицу. За физичка лица су *exempli causa* дате само отежавајуће околности. Тако казну треба увећати ако је дело мотивисано пристрасношћу, предрасудама или мржњом заснованом на раси, националном или етничком пореклу, језику, боји, припадности одређеном полу, годинама старости, менталним или физичким недостацима, сексуалној оријентацији или неком сличном фактору; ако је за вршење кривичног дела учинилац злоупотребио брачног или ванбрачног партнера, односно лице које није навршило осамнаест година живота; ако је учинилац злоупотребио однос поверења или ауторитет који ужива код жртве; ако је дело учињено у корист, по налогу или у некој другој повезаности са криминалном организацијом; односно ако се ради о кривичном делу које је повезано са тероризмом (чл. 718.2.).

---

<sup>404</sup> Да би се боље разумеле интенције законодавца, требало би поменути да термин деца (*children*) нема оно значење какво му се придаје у нашем позитивном праву, јер обухвата сва непунолетна лица, тј. лица која нису навршила осамнаест година.

Новелирање Законика извршено 2003. године је детаљније усмерило избор казне за правна лица (чл. 718.21.). Поред свих горе наведених околности, које је се могу применити ако кореспондирају са природом правног лица као активног субјекта, води се рачуна и о другим факторима, полазећи од користи остварене извршењем кривичног дела. Релевантни су и степен планирања потребан за извршење дела; трајање и комплексност извршења дела; чињеница да је правно лице покушало да прикрије основна средства, да их конвертује или се на неки други начин учини неспособним за плаћање новчане казне или за надокнаду причињене штете; претпостављени утицај казне на економску одрживост правног лица и на стално запослене; трошкови државних органа у ислеђивању и оптужењу кривичног дела; свака казна изречена правном или одговорном лицу за прекршај конзумиран кривичним делом; ранија осуђиваност правног или одговорног лица за слично кривично дело или раније санкционисање за слично понашање од стране одговарајућих регулаторних тела; сваки облик реституције; свака сума новца исплаћена жртви; свака мера коју је правно лице предузело како би предупредило настанак кривичног дела.

Део процесних правила открива да на избор казне утиче и изјава жртве, у којој се описује губитак или штета настала услед извршења дела (чл. 722.). Суд је у обавези да је прибави, али то не значи да је нужно присуство жртве у поступку, може се користити и изјава дата на посебном формулару, како би се заштитила од секундарне виктимизације. Оно што посебно привлачи пажњу јесте веома екстензивно аутентично тумачење појма жртве. Није у питању само лице чије је право угрожено или повређено извршењем дела, како се то код нас сматра. Круг је много шири, те изјаву уместо пасивног субјекта, ако је преминуо или није у стању да је сачини, дају супружник, лице са којим је у ванбрачној заједници, сродник (без назнаке о каквом се облику и степену сродства ради) или лице које се правно или фактички стара о жртви, као и лица која је жртва по закону дужна да издржава.

У неким случајевима рочиште за одмеравање казне може бити одложено да би се учинилац у међувремену подвргао третману за одвикавање од зависности или упутио у породично саветовалиште код насиља у породици (чл. 720.2). Извештаји стручњака о резултатима ових третмана и саветовања, такође, утичу на одлуку, као

и извештај о претходним осудама, иако се поврат експлицитно нигде не помиње на листи отежавајућих околности за физичка лица као учиниоце кривичних дела.

Кривични закон Аустралије (*Criminal Code Act*) из 1995. године,<sup>405</sup> ниједном одредбом не регулише одмеравање казне. Међутим, на основу тога не би требало исхитрено закључити да се ради о правном систему у којем је избор врсте и мере казне у потпуности препуштен слободној вољи суда, јер је ово питање уређено посебним законом под називом *Crimes act*.<sup>406</sup> Иако дословно значење назива асоцира на то да његов предмет регулисања представљају кривична дела, то уопште није случај, пошто је ово извор претежно кривичног процесног права са незнатним материјалним примесама, у које спада и редовно одмеравање (одељак IV). Најопштија смерница налаже да казна треба да одговара свим околностима случаја (правило 16A(1)). Неке од њих су и наведене, тако да се у првом реду води рачуна о природи кривичног дела, околностима под којима је учињено, о томе да ли је повезано са неким другим делима односно учињено у серији истих или истородних. Казну опредељују проузроковане последице, тј. свака повреда, губитак или штета настала услед извршења дела, као и личне прилике жртве. Такође, као што је уобичајно, један број критеријума се односи на поступање након учињеног дела, а законодавац се определио да овде уврсти степен у којем је исказано кајање, манифестовано предузимањем радњи у циљу поправљања проузроковане повреде, губитка или штете или на било који други начин, постојање споразума о признању кривице, степен сарадње са државним органима у вези са делом за које се одмерава казна или у вези са другим делом и мера у којој се учинилац није повиновао процесним правилима. Лична својства учиниоца су заступљена у виду карактера, година старости, стања физичког и психичког здравља. Када одмерава казну суд би требало да се руководи и претпоставкама о њеном могућем дејству. Оне се, вољом законодавца, најпре постављају у односу на самог учиниоца, у смислу да суд треба да тражи ону врсту и меру казне која ће бити адекватна осуда за кривично дело, која ће имати одвраћајуће дејство и пружати перспективе за његову

---

<sup>405</sup> Текст закона преузет са <http://www.comlaw.gov.au/Series/C2004AO4868>, приступ 05.03.2012. године.

<sup>406</sup> Текст закона са последњим изменама и допунама из 2011. године преузет са <http://comlaw.gov.au/Series/C2004AO7391>, приступ 05.03.2012. године.

рехабилитацију, што заправо говори о криминално-политичкој оријентацији законодавца. То што користи термин претпоставка уместо сврхе или циља кажњавања не мења суштину ствари. Надаље, битни су и неки шири претпостављени ефекти у односу на породицу учиниоца и издржавана лица.<sup>407</sup> У круг класичних критеријума спадају и претходне осуде, као и финансијске прилике код одлучивања о новчаној казни. Специфичност представља једино забрана примене обичајног права, те се неписане норме не могу употребити као разлог за умањење или увећање тежине дела (правило 16А(2А)).

Претходно излагање обухвата заједничке основе у регулисању материје одмеравања. Свака од држава у саставу Аустралије има своје законе, а неке од њих и посебна тела задужена за мониторинг процеса одмеравања, попут *New South Wales Sentencing Council*,<sup>408</sup> *Judicial Commission of New South Wales*,<sup>409</sup> *Victoria Sentencing Advisory Council*,<sup>410</sup> и то углавном кроз прикупљање и статистичку обраду података о изреченим казнама. Како изгледа овај нормативни круг биће приказано на примеру Новог Јужног Велса. *Crimes (Sentencing Procedure) Act* из 1999. године<sup>411</sup> најпре одређује сврху кажњавања комбинујући заштиту друштва, осуду учиниоца и осигурање да је добио адекватну казну, превентивни утицај на учиниоца и друге укључујући и застрашивање, помагање рехабилитације учиниоца, стварање осећаја одговорности за оно што је учинио и стварање свести да је нанео зло жртви и друштву као целини (правило 3А). Суд одмерава казну на основу (законских) олакшавајућих и отежавајућих околности и осталих субјективних и објективних фактора који утичу на тежину дела (правило 21А(1)). Законске отежавајуће околности су дате веома исцрпно: жртва је полицајац, социјални радник, судија, васпитач заводске установе, здравствени радник, наставник, радник у државним органима и органима локалне управе, под условом да је дело управљено према овим лицима због посла који обављају; употреба насиља или претња употребом насиља; употреба ватреног оружја, експлозива, хемијског или

---

<sup>407</sup> Породицом се сматрају супружник, али и *de facto* партнер учиниоца, деца, родитељи, као и лица која ће постати чланови породице (мисли се на будућег супружника и *nasciturus*, тј. будуће дете).

<sup>408</sup> [www.sentencingcouncil.lawlink.nsw.gov.au](http://www.sentencingcouncil.lawlink.nsw.gov.au)

<sup>409</sup> [www.judcom.nsw.gov.au](http://www.judcom.nsw.gov.au)

<sup>410</sup> [www.sentencingcouncil.vic.gov.au](http://www.sentencingcouncil.vic.gov.au)

<sup>411</sup> [http://australii.edu.au/au/legis/nsw/consol\\_act/cpa1999278](http://australii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/cpa1999278), приступ 05.03.2012. године.



биолошког агенса или претња употребом; извршење дела присиљавањем жртве да узме опојну дрогу, алкохол или другу интоксикарајућу супстанцу; раније осуде; извршење дела у групи; извршење дела у присуству лица које није навршило осамнаест година живота; извршење дела у дому жртве или другог лица; посебна суровост; наступање значајне телесне или емоционална повреде, имовинске штете или губитка; мотив мржње према групи за коју је учинилац сматрао да јој жртва припада (религијска, расна, етничка, језичка, група одређене сексуалне оријентације) због година или инвалидности; угрожавање јавне безбедности; стварање ризика по националну безбедност; озбиљан ризик од наступања смрти једног или више лица; злоупотреба позиције поверења или надређености у односу на жртву; извршење дела на условној слободи; рањивост жртве услед личних карактеристика (младости, старости, инвалидитета) или посла који обавља (при чему су примера ради наведени таксиста, возач у јавном превозу, шалтерски радник у банци); већи број жртава; серија кривичних дела; планирана и организована криминална активност; мотив имовинске користи (правило (21А(2))). Све ове околности нису од значаја за одмеравање ако представљају елемент кривичног дела.

Насупрот наведеном, редукција казне је обавезна ако: телесна и емоционална повреда, имовински губитак или штета нису значајни; дело није резултат планиране или организоване активности; дело представља одговор на провокацију жртве; дело представља резултат примене принуде; учинилац није раније осуђиван, има добар карактер, малу вероватноћу рецидивирања, добре изгледе за рехабилитацију; постоји кајање изражено прихватањем одговорности за учињено и предузимањем радњи ради поправљања последица или надокнаде штете; учинилац није потпуно био свестан последица свог понашања због година или неке неспособности; постоји споразум о признању кривице, откривање дела, сарадња са државним органима (правило 21А(3)). Мера у којој допринос остваривању правде утиче на избор врсте и висине казне зависи од значаја, корисности, природе и обима сарадње; тачности и потпуности датих информација; времену када је сарадња остварена; користи коју би учинилац од тога могао да очекује; евентуалног погоршања кривичноправног положаја услед сарадње;

последица које ће претрпети сам учинилац или његова породица услед сарадње као и ризици којима се излаже; да ли се сарадња односи на дело за које му се суди или на неко друго дело. Казна добијена умањењем по овом основу не сме бити неоправдано диспропорционална природи дела и околностима под којима је учињено и мора бити детаљно образложена, уз навођење казне коју би била изречена да нема сарадње (правило 22 и 23).

Корпус законских правила је допуњен забраном коришћења појединих околности код одређених дела. Тако се код одмеравања казне за сексуалне деликте према деци добар карактер и неосуђиваност не смеју третирати као олакшавајуће, ако је суд стекао утисак да су искоришћени управо ради извршења дела (правило 5А). Постоје и чињенице које немају генерално дејство и фигуришу само као посебне отежавајуће околности. Овде спада присуство лица које није навршило шеснаест година живота у возилу учиниоца, ако се ради о делима против безбедности јавног саобраћаја (правило 5Ц).

## 2.2. Модел детаљних вербалних смерница (или законодавство Енглеске и Велса)

Иницијалну капислу реформе система одмеравања казне су у Енглеској и Велсу, исто као и у Сједињеним Америчким Државама, представљали захтеви да се рад суда учини транспарентнијим и предвидљивијим, а казнена политика уједначенијом. Чак је и ток реформског процеса донекле паралелан, јер је најпре 2003. године донет Закон о кривичном правосуђу (*Criminal Justice Act*), којим је наложено оснивање самосталног савета (*Sentencing Guidelines Council*) са основним задатком да сачини детаљно упутство за одмеравање казне (чл. 170-172.). Резултати његовог рада су већ следеће године уобличени у *Magistrate's Court Sentencing Guidelines* (скраћено *MCSG*), тј. Упутство за одмеравање казне пред основним судовима. Оно није било дугог века, како је 2008. године замењено новим, које је више пута новелирано, закључно са последњим изменама које су ступиле на снагу

недавно, тачније фебруара 2012. године.<sup>412</sup> Сем историјата, америчко и енглеско упутство немају неких даљих додирних тачака. Штавише, могло би се рећи да су по методу регулисања у питању потпуне крајности. Амерички тренд математизације процеса одмеравања није прихваћен; постављене смернице нису нумеричког, него вербалног карактера, а због високог степена њихове апстрактности могло би се констатовати да више подсећају на европско-континентални модел и на каталоге олакшавајућих и отежавајућих околности какви се у њему редовно налазе. Потреба да се поједине одредбе овог Упутства додатно прецизирају довела је до тога да систем одмеравања данас чини и низ других, комплементарних упутстава са општом применом: *Overarching Principles: Seriousness* (Свеобухватни принципи за одређивање тежине дела из 2004. године),<sup>413</sup> *Reduction in Sentence for a Guilty Plea* (Смањење казне на основу споразума о признању кривице из 2007. године),<sup>414</sup> *Dangerous Offenders: Guide for Sentencers and Practitioners* (Опасни учиниоци: Упутство за судије и практичаре из 2007. године),<sup>415</sup> *Overarching Principles Sentencing Youth* (Свеобухватни принципи за суђење малолетницима из 2009. године),<sup>416</sup> *Breach of an Anti-social Behavior Order* (Повреда наредбе о антисоцијалном понашању из 2009. године)<sup>417</sup> и *Breach of Protective Order* (Повреда заштитног налога из 2006. године).<sup>418</sup> Па ипак, не би било основано тврдити да је реформом извршен потпуни раскид са англосаксонском правном традицијом и са њој својственом казуистиком. Тако су за најчешћа кривична дела детерминисани за њих специфични фактори одмеравања. У *MCSG* је на овај начин обрађено стотинак дела, мада су релевантне околности нормиране и у самосталним упутствима: *Attempted Murder* (Покушај убиства), *Assault* (Кривична дела против телесног

---

<sup>412</sup> Преузето са [http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/MCSG\\_complete\\_version.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/MCSG_complete_version.pdf). Приступ 05.03.2012. године.

<sup>413</sup> [http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web\\_seriousness\\_guideline.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web_seriousness_guideline.pdf). Приступ 05.03.2012. године.

<sup>414</sup> [http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/Reduction\\_in\\_Sentence\\_for\\_a\\_Guilty\\_Plea\\_-\\_Revised-2007.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/Reduction_in_Sentence_for_a_Guilty_Plea_-_Revised-2007.pdf). Приступ 05.03.2012. године.

<sup>415</sup> [http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web\\_Dangerous-Offenders\\_Guide\\_for\\_Sentencers\\_and\\_Practitioners.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web_Dangerous-Offenders_Guide_for_Sentencers_and_Practitioners.pdf). Приступ 05.03.2012. године.

<sup>416</sup> [http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/Overarching\\_Principles\\_Sentencing\\_Youth.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/Overarching_Principles_Sentencing_Youth.pdf). Приступ 05.03.2012. године.

<sup>417</sup> [http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web\\_breach\\_of\\_an\\_Anti-social\\_Behaviour\\_Order.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web_breach_of_an_Anti-social_Behaviour_Order.pdf). Приступ 05.03.2012. године.

<sup>418</sup> [http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web\\_breach\\_of\\_protective\\_order.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web_breach_of_protective_order.pdf). Приступ 05.03.2012. године.

интегритета), *Overarching Principles: Assaults on Children and Cruelty to a Child* (Свеобухватни принципи за нападе на децу и сурово поступање према деци), *Domestic Violence* (Насиље у породици), *Causing Death by Driving* (Проузроковање смрти моторним возилом), *Sexual Offences Act* (Сексуални деликти), *Robbery* (Разбојништво), *Burglary in Dwelling* (Провална крађа у просторима намењеним становању), *Theft and Burglary in a Building Other than Dwelling* (Крађа и провална крађа у зградама које нису намењене становању), *Sentencing for Fraud Statutory Offences* (Одмеравање казне за дела преваре), *Drug Offences* (Кривична дела у вези са опојним дрогама), *Corporate Manslaughter & Health and Safety Offences Causing Death* (Кривична дела чији су учиниоци правна лица и дела против здравља и опште сигурности са смртним исходом).<sup>419</sup> Теоријски посматрано, то значи да олакшавајуће и отежавајуће околности у праву Енглеске и Велса имају двојну природу, јер су неке од њих институти општег, а неке институти посебног дела кривичног права. Ово је веома различито у односу на континентално право, где се у посебном делу спорадично могу срести (посебни) основи за ублажавање или ослобођење од казне, али не и околности које усмеравају редовно одмеравање.

Без обзира на то да ли се врши на основу општих или посебних олакшавајућих и отежавајућих околности, одмеравање усмерава сврха кажњавања, прокламована у раније поменутом *Criminal Justice Act*-у као осуда учиниоца, смањење стопе криминалитета (укључујући и смањење застрашивањем), поправљање и рехабилитација учиниоца, заштита друштва и репарација жртава (чл. 142(1)). Законодавац није дао никакве експлицитне индикације о томе који од наведених циљева има предност, тако да се због њихове хетерогености у пракси сигурно јавља проблем антиномије. Али, ако се узме у обзир да централно место у одмеравању има тежина дела и да се од заслужене казне може одступити јер учинилац спада у категорију „опасних“, изгледа да је осуди учиниоца и потреби заштите друштва дата превага у односу на остале.

Сваки процес избора врсте и висине казне треба да обухвати неколико хронолошки поређаних фаза или корака. По *MCSG*-у он започиње проценом

---

<sup>419</sup> Сва упутства су доступна на званичном сајту Савета [www.sentencingcouncil.org.uk](http://www.sentencingcouncil.org.uk).

тежине кривичног дела.<sup>420</sup> Тежину дела одређују два главна параметра – штетне последице и кривица (*Criminal Justice Act*-а чл. 143.1. и *Overarching Principles: Seriousness*, правило 1.4.). У овом контексту се последицом сматра не само оно што је реално проузроковано предузимањем радње, него и последице које је учинилац намеравао да оствари, као и последице за које се могло предвидети да ће настати. Упутство подвлачи разлику између последица које погађају индивидуално одређену жртву и последица по заједницу као целину. Код индивидуалних жртава оне обухватају физичке повреде, сексуално насиље, материјалне губитке, оштећење здравља, психички бол, при чему је свака од категорија подложна градирању у зависности од обима, личних карактеристика и личних прилика жртве (*Seriousness* правило 1.9. и 1.10.). Други тип последица настаје по друштво, као у случају економских губитака, штете по јавно здравље, ометање правде и слично (1.12.). Уобичајно је да се тежина процењује на основу последица по индивидуалну жртву, мада је за поједина дела оправдано водити рачуна о кумулативним ефектима, дакле, и о оним штетним ефектима по локалну заједницу. Ово се може односити и на чињеницу да су нека дела учесталија у одређеним подручјима, где би требало да буду третирана строже него на другим местима (1.38. и 1.39.). Постоје и типови последица које је тешко категорисати, као сурово поступање према животињама, мада и овде може постојати последица према човеку у виду психичког бола или материјалне штете (1.13.). Ако је последица изостала тежина дела зависи од опасности понашања учиниоца, тј. од вероватноће наступања последице и од могућег обима претпостављене последице (1.11.). Када је настала необично велика последица, а није била намеравана и налази се ван контроле учиниоца, тежина зависи од тога до које мере је последица била предвидљива (1.18). Што се кривице тиче, као другог параметра, она је изражена у четири степена: *intention*, *reckless*, *knowledge* и *negligence*, при чему је наглашено да се ради о оквирним категоријама, од којих се у сваком могу уочити нијансе, мада их не разрађује (1.17.).

Тежини дела у овом кораку одмеравања одговара тзв. почетна казна (*starting point*), која се потом коригује проценом дејства олакшавајућих и отежавајућих

---

<sup>420</sup> Видети *MCSG*, стр. 15.

околности.<sup>421</sup> Оне заправо утичу на степен кривице, тежину последица или на оба елемента (1.20.). Дата је листа таквих околности уз напомену да наведене нису једине, оне су само најчешће у пракси, те суду ништа не стоји на путу да узме у разматрање и било коју другу чињеницу, а једино ограничење потиче из забране двоструког вредновања (1.21.). Такође, оне прецизније нису вредноване, ниједна нема приоритет, ниједној није одређена мера дејства, те све то зависи од конкретног случаја. Примарно одређену кривицу отежавају веома различити фактори, од којих су најбројнији негативни мотиви и намере (1.22.):

- мотив верске или расне мржње,
- дело је било мотивисано непријатељством или је у извршењу изражено непријатељство због сексуалне оријентације жртве или претпостављене сексуалне оријентације жртве,
- дело је било мотивисано непријатељством или је у извршењу изражено непријатељство због инвалидитета жртве или претпостављеног инвалидитета,
- мотив непријатељства према мањинској групи, њеном члану или члановима,
- извршење дела ради стицања имовинске користи, ако се не ради о делу где је то елемент бића,
- намера да се проузрокује већа штета у односу на ону која је реално проузрокована и
- намерно бирање рањиве жртве.

По учесталости следе фактори који ближе одређују како је учинилац прешао на дело и како је дело извршено. Овом комплексу припадају:

- планирање дела,
- извршење дела у саставу групе или банде,
- необазирање на упозорења и забринутост других да не чини дело,
- извршење дела под утицајем алкохола или дрога,
- коришћење ватреног оружја ради застрашивања или повређивања жртве,

---

<sup>421</sup> *MCSG*, стр. 16.

- намерна и неоправдана примена насиља или стварање штете изнад мере потребне за извршење дела.

На увећање степена кривице утичу и фактори који се могу објединити под називом злоупотреба јавног или приватног поверења, где спадају:

- вршење дела за време док је учинилац био на слободи због датог јемства,
- вршење дела за време отпуста,
- злоупотреба моћи и
- злоупотреба поверења.

Надаље се у групи „катализатора“ кривице налазе и подаци који указују на то да није у питању примарни учинилац, при чему су експлицитно издвојени следећи:

- раније осуде за које је суд оценио да је оправдано да буду узете као отежавајућа околност, с обзиром на повезаност са делом за које се суди и протекло време од претходних осуда и
- чињеница да учинилац спада у категорију професионалних делинквената.

Понашање после учињеног дела, такође, може увећати примарно одређени степен кривице, при чему је творац Упутства изабрао да посебно истакне само покушај да се сакрију или униште докази. Могуће је и обрнуто дејство, тј. смањење степена кривице уколико постоји:

- већи степен провокације од оног који се нормално очекује,
- душевна болест или поремећеност,
- године старости ако утичу на одговорност,
- чињеница да је учинилац имао минорну улогу у настанку дела (1.25.).

Са друге стране, Упутство садржи и индикаторе за увећање обима штетних последица, где спадају (1.23.):

- већи број жртава,

- посебно тешке физичке и психичке последице по жртву кривичног дела, чак и када није постојала намера да буду проузроковане,
- трајан или поновљен напад на исту жртву,
- посебна рањивост жртве,
- место извршења (изоловано и слично),
- дело је извршено према лицима која раде у јавном сектору или врше јавне услуге,
- присуство других при извршењу дела, посебно деце, других сродника или партнера жртве,
- додатно понижавање жртве,
- висока вредност присвојеног или нанете штете код имовинских кривичних дела, при чему на процену утиче и тзв. афекациона вредност.

Када се изврши подешавање тежине према олакшавајућим и отежавајућим околностима суд одређује тзв. привремену или претходну казну,<sup>422</sup> која може бити виша или нижа од полазне казне. Она се надаље прилагођава у зависности од тога да ли је у конкретном случају утврђено да постоји кајање, самопријављивање, сарадња са полицијом и споразум о признању кривице (*Seriousness*, 1.26.-1.29.). При томе, кајање и сарадња са државним органима доводе до прелиминарне, а споразум о признању кривице до коначне казне. Како постоји самостално Упутство о редуковању казне на основу споразума о признању кривице оно се укрштено примењује са одредбама *Criminal Justice Act*-а (чл. 144.), које су даље разрађене правилима из *MCSG*-а и Упутства о тежини дела (*Seriousness*). Разлози због којих споразум има посебан третман су скраћење времена од оптужбе до осуде или повећање ефикасности судског рада, умањивање судских трошкова или повећање економичности, избегавање довођења жртава и сведока и стреса који код њих може изазвати појављивање пред судом (*Guilty Plea*, 2.1. и 2.2.). Вредност споразума и његово потенцијално дејство на казну зависе од фазе поступка у којој је учинилац изразио намеру да жели да закључи споразум, као и од околности под којима је изражена та намера. Споразум може пресудно да утиче на суд да уместо затвора

---

<sup>422</sup> Видети *MCSG*, стр. 17.



изабере неку некустодијалну санкцију, новчану казну или рад у корист заједнице, када се не може користити за даље редукције (2.3.). Редовно, он утиче на умањивање казне у прописаним оквирима, тј. има значај олакшавајуће околности. Таква редукција се не може односити на надокнаду штете или неке друге помоћне наредбе и налоге суда, на пример на наредбу да не сме управљати моторним возилом у одређеном периоду (2.6.).

Тачан степена редукције дат је у клизној скали, „упарен“ са фазом поступка у којој је учинилац изразио вољу да закључи споразум. Тако се препоручује умањење за једну трећину, ако је воља изражена првом разумном приликом, једну четвртину, ако је заказан датум суђења, или једну десетину уколико је изјава дата „пред вратима суда“ односно пошто је суђење већ почело (4.2.). Ово су једине смернице нумеричког карактера, мада веома различите од америчког бодовања релевантних околности. Наиме, ово су само препоруке суду, он их може али и не мора усвојити, док је урачунавање бодова обавезно. Суд чак може да ускрати редукцију, ако је изјава дата касно и из тактичких разлога, ако постоји довољно доказа о кривици, те признање не представља никакав допринос вођењу поступка. Исто овлашћење има и ако учинилац припада категорији опасних учинилаца или ако би казна била прениска с обзиром на остале околности случаја. Мера редукције може бити мања од препоручене ако се одмерава казна за стицај, а суд као максималну казну може изрећи казну затвора од 6 месеци. Посебна правила постоје код убиства, ако је прописана казна доживотног затвора, када споразум о признању кривице утиче на одређивање дела казне који учинилац мора обавезно да издржи, да би могао да тражи условни отпуст (*Guilty Plea Reduction* 6.3.) и у свим осталим случајевима неодређене казне, под чиме се подразумева казна доживотног затвора.

Четврти корак је доношење одлуке о допунским налозима.<sup>423</sup> Суд је у обавези да их разматра када је дело резултирало личном повредом, губитком или штетом (*Criminal Courts (Sentencing) Act* из 2000. године, 130(1)), а ако то не учини мора да наведе разлоге. Последњи, пети корак је изрицање казне и давање образложења, где се рекапитулира читав процес одмеравања, наводе све околности

---

<sup>423</sup> Допунски налози су веома хетерогени и углавном подсећају на мере безбедности, пошто је њихов циљ да утичу на оне факторе који су довели до вршења дела. Видети *MCSG*, стр. 168-174.

и објашњава како су утицале на казну (полазну, претходну, прелиминарну и коначну).

Упутство садржи и посебна правила о одређивању износа новчане казне, која би требало да обезбеде да она има исте ефекте према учиниоцима различите финансијске снаге. Одмеравање је и овде вођено описаним општим смерницама, с тим што је пре вредновања споразума о признању кривице, уметнут корак у којем се испитује финансијско стање учиниоца. За потребе одмеравања новчана казна је подељена на три поља – А (27-75% релевантног недељног прихода са 50% као полазном тачком), Б (75-125% релевантног недељног прихода са 100% као полазном тачком), Ц (125-175% релевантног недељног прихода са 150% као полазном тачком).<sup>424</sup>

Најобимнији део Упутства је посвећен одмеравању казне за поједина кривична дела.<sup>425</sup> Процес је сликовито представљен у виду таблица, које у девет корака сумарно приказују шта би суд требало да ради. Како се он одвија може бити показано на примеру кривичног дела напада којим је проузрокована телесна повреда.<sup>426</sup> Први корак је одређивање тежине дела на основу тежине повреде и степена кривице. Тако се дело сврстава у неку од предвиђених категорија – прву, коју одликује тежа телесна повреда и висок степен кривице; другу, ако је остварена тежа телесна повреда са ниским степеном кривице или лакша телесна повреда са високим степеном кривице; и трећу, окарактерисану лакшом телесном повредом и

---

<sup>424</sup> Релевантни недељни приход је разлика између оствареног прихода из радног односа или самосталне делатности већег од 110 фунти недељно и пореза и доприноса. Ако је приход реално мањи од 110 фунти, постављена је претпоставка да износи 110 фунти. Уколико учинилац није обезбедио информације о приходима или суд није задовољан приложеним, суд сам процењује вредност релевантног прихода. Ако нема информације од учиниоца и не може да утврди приходе на други начин, суд полази од тога да је остварен приход 400 фунти недељно, што представља износ просечне зараде. Одузимају се оправдани животни трошкови за учиниоца и лица која издржава, води се рачуна и о посебно ниским животним трошковима (мањи од уобичајних, рецимо, када не даје допринос за подмирење својих животних трошкова), уштеђевине (релевантна само ако нема приходе, а располаже значајном сумом уштеђевине), чињеници да домаћинство учиниоца има више од једног извора прихода, потенцијаној могућности зараде (када је капацитет већи од тренутне зараде, на пример није запослен али ће добити посао у кратком времену), лукративним мотивима и нивоу остварене добити. Ако се ради о учиниоцу са високим приходима казна може бити непропорционална тежини дела управо због веома високих прихода, када се води рачуна о томе да казна не пређе 75% максималне.

<sup>425</sup> *MCSG*, стр. 19-140.

<sup>426</sup> У оригиналу *Assault occasioning actual bodily harm*, регулисано у *Person Act*-у (чл. 47.) и *Crime and Disorder Act*-у (чл. 29.).

нижим степеном кривице. Да би се избегле неуједначености у тумачењу одређено је да се тешком повредом сматра преношење заразне болести, психичка траума, рањивост жртве због индивидуалних карактеристика, продужени или поновљени напад на исту жртву, док се по принципу елиминације све остало сврстава у категорију лакших. Потом се приступа идентификовању и процени фактора који повећавају кривицу. Неки од њих су раније наведени у Упутству (мотив расне мржње; мржња због сексуалне оријентације жртве или због претпоставке о њеној сексуалној оријентацији; непријатељски став због инвалидности или претпостављене инвалидности жртве; употреба оружја; намера да се оствари тежа последица од оне која је наступила; намерно изазивање теже последице, иако је дело могло бити остварено и мањом; намерно бирање рањиве жртве), а неки су нови, попут мотива националне мржње, предумишљаја, употребе опасног оруђа, водеће улоге у банди или групи, непријатељског става због година, пола или родног идентитета. Исто је и са параметрима за смањивање кривице, јер поред општих (провокација жртве у већем степену, постојање психичког поремећаја који је повезан са извршењем дела), постоје и фактори који би могли бити значајни за дело напада, као подређена улога у банди или групи, изостанак предумишљаја и ексцес нужне одбране. Иначе, ове листе нису затворене, оне само дају слику о томе шта је учестало код појединих дела.

Други корак је проналажење полазне казне у зависности од утврђене тежине дела. За прву категорију је остављен распон од 9 до 16 година затвора, са полазном тачком од 12 година; за другу од 5 до 9 година са полазном тачком од 6 година и за трећу категорију од 3 до 5 година са полазном тачком од 4 године. Овде су дате допунске табеле са олакшавајућим и отежавајућим околностима, које воде суд навише или наниже у односу на полазну тачку. Ни ове листе нису затворене. Такође, допуштено је и излагање из прописаног оквира уколико су у конкретном случају релевантне околности присутне у таквом облику да то оправдавају. У отежавајуће околности спадају: претходна осуда; чињеница да је дело учињено док се бранио са слободе због датог јемства; место и време извршења; даље последице по жртву; дело учињено према лицима која раде у јавном сектору; дело учињено у присуству других, посебно ако се ради о деци, другим сродницима или партнеру

жртве; понижавање жртве; дело настало у оквиру насиља у породици, посебно ако је жртва приморана да напусти дом; непоштовање судских наредби; дело извршено на отпусту; покушај скривања или уништавања доказа; не реаговање на упозорења и забринутост других у вези са извршењем дела; извршење дела под дејством алкохола или опојних дрога; злоупотреба моћи или односа поверења; искоришћавање малолетника за вршење дела; ранија претња или застрашивање жртве; евидентан утицај на друштвену средину; и спречавање жртве да пријави дело. Околности које смањују тежину дела су: непостојање раније, релевантне односно скорије осуде; кајање; добар карактер и примерено понашање; дело је изоловани инцидент; озбиљна болест која захтева ургентан, дуготрајан или интензиван медицински третман; предузимање третмана против зависности или неког другог понашања које је утицало на настанак дела; године или недостак животног искуства које су утицале на кривицу; протек дужег времена од извршења дела који се не може приписати учиниоцу; ментални поремећај који није имао везе са настанком дела; чињеница да је учинилац једини или главни издржавалац породице. Очигледно је да овде постоји најобимнија допуна општих околности.

Трећи корак упућује на вредновање кајања и сарадње са државним органима, а како нема неких посебних инструкција примењују се општа правила. Четврти корак налаже суду да преиспита значај споразума о признању кривице, позивањем на одредбе *Criminal Justice Act*-а и *Guilty Plea Guideline*-а. Пети корак је стварање укупне слике о делу и учиниоцу и он допушта да се, ако опасност конкретног дела то чини праведним, уместо временске казне затвора изрекне доживотни затвор. Шести корак регулише тзв. принцип тоталитета, који се односи на одмеравање казне за стицај. Наиме, ради се о веома уопштеном правилу да суд треба да обезбедити да јединствена казна буде праведна и пропорционална када се упореди са свим делима као целином. Седми корак је испитивање могућности да се изрекне надокнада штете жртви или неки други помоћни налог или наредба. У осмом кораку рада суд саставља образложење, у којем се реконструише читав поступак одмеравања, а посебно се наводи колики износ казне одговара конкретном случају пре уважавања споразума односно након вредновања споразума о признању кривице. Девети корак нема везе са одмеравањем, јер

поставља обавезу суду да у казну затвора урачуна притвор у вези са делом за које се суди, на основу чл. 240. и 240a *Criminal Justice Act*-а.

### 2.3. Модел детаљних нумеричких смерница (законодавство Сједињених Америчких Држава)

Основне контуре важећег система одмеравања казне у САД постављене су 1984. године доношењем Закона о реформи одмеравања (*Sentencing Reform Act*, скраћено *SRA*), пониклог из потребе да се реши неколико крупних проблема америчког правосуђа, сликовито названих проблемима ирационалности, обмане и неуједначености.<sup>427</sup> Први је последица нерегулисаности редовног одмеравања. Непостојање јасних и прецизних критеријума је одлуку о казни препуштало слободној оцени суда, а како оне често нису биле образложене, стицао се утисак да су засноване пре на неким интуитивним осећајима шта би било адекватно за дати случај, него на рационалним разлозима подложним контроли. Прихватање концепта ресоцијализације учиниоца и неодређених осуда као метода за његово остваривање је још више продубљивало кризу одмеравања. Пракса је показала да се таквим решењима умањује значај (ионако спорних) судских одлука и концентрише превише моћи у комисијама за условни отпуст, које су злоупотребљавале „нормативни вакуум“ редукујући казну до неприхватљивих размера. Неретко се дешавало да од првобитне казне буде извршена само једна трећина, што је несумњиво умањивало капацитете система за борбу против криминалитета. Готово да не треба наглашавати да је трећи проблем, тј. неуједначеност казнене политике, само логична консеквенца претходних, резултанта њиховог скупног дејства, и то алармантно распрострањена, што је доказано у десетинама емпиријских студија.<sup>428</sup> Занимљиво је да су поједини аутори

---

<sup>427</sup> Р. Н. Robinson: *One Perspective on Sentencing Reform in United States*, Criminal Law Forum, vol. 8, no. 1, 1997. године, стр. 2.

<sup>428</sup> О томе говори Р. Н. Robinson: *op. cit.*, стр. 6. Kempf-Leonard и Sample наводе четрдесетак таквих истраживања, видети у К. Kempf-Leonard, L. L. Sample: *Have Federal Sentencing Guidelines Reduced*

и пораст затворске популације једним делом приписали неуређености материје одмеравања, иако се показало да је полагање наде у детаљно регулисање неосновано, јер је само учврстило постојећи тренд пораста.<sup>429</sup>

*Sentencing Reform Act* није понудио конкретна решења, али је предвидео оснивање Комисије за одмеравање казне (*United States Sentencing Commission*), посебног независног тела у оквирима судске власти, коме је поверен задатак да преиспита постојећу праксу и формулише егзактна нумеричка правила. Опредељење за нумеричке смернице је настало из поменуте потребе да се на ефикасан и егзактан начин контролишу судске одлуке. Оне у буквалном смислу постају мерљиве ако се заснивају на нумерички израженим околностима. У том смислу свако, а не само судија, долази до истог резултата збирајући бодове приписане релевантним околностима случаја. Закон је у најопштијем смислу трасирао рад Комисије и тиме што је одредио сврху кажњавања као застрашивање, онемогућавање учиниоца да понови дело, рехабилитацију и остваривање праведности. Дато је и упутство да се према релевантним карактеристикама формирају категорије кривичних дела и категорије криминалне прошлости учинилаца, како би се њиховим укрштањем дошло до казненог распона у којем се изриче казна. Изричито је прописано да се проблем диспаритета предупређује постављањем уских оквира, при чему минимум не сме прећи више од двадесет пет посто максимума казне или шест месеци за казну затвора. Што условног отпуста тиче, прокламован је принцип „поштења или истине у одмеравању“ (*honesty in sentencing* или *truth in sentencing*), по којем извршење пуног износа казне треба да представља правило, а превремено отпуштање изузетак, примењив уз много рестриктивније услове.

Комисија је на основу својих овлашћења подвргла статистичкој анализи више од 40.000 пресуда за најучесталија кривична дела у САД, као и велики број одлука о условном отпусту.<sup>430</sup> Није тешко претпоставити пред каквим се изазовом

---

*Severity? An Examination of One Circuit*, Journal of Quantitative Criminology, vol. 17, no. 2, 2001. године, стр. 115.

<sup>429</sup> H. D. Miller: *Projecting the Impact of New Sentencing Laws on Prison Populations*, Police's Sciences, no. 13, 1981. године, стр. 51, Т. В. Marvell: *Sentencing Guidelines and Prison Population Growth*, The Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 85, no. 3, 2001. године, стр. 696.

<sup>430</sup> Податак преузет са сајта Комисије [www.ussc.gov](http://www.ussc.gov). Приступ 05.03.2012. године.

нашла када је требало да формира матрицу одмеравања. Најпре се појавио проблем филозофске природе, због антиномије постављених циљева, који је решен давањем преваге идеји заслужене казне, иако су прихваћене и благе примесе осталих схватања. Надаље, Комисија је морала да бира између два концепта, од којих ниједан није без принципијелних приговора. Формирање малог броја категорија, како по питању тежине дела тако и по питању криминалне прошлости, ствара једноставну схему лаку за администрирање, али и извесну опасност да ће дела и учиниоци реално различитог значаја бити „стрпани у исти кош“. Огољене и поједностављене категорије нису прихватљиве – што се конкретни случај више разликује својим богатством околности од оног садржаног у матрици, то је и већа шанса да одлука буде неправедна, а пракса и даље неуједначена. Са друге стране, увођење великог броја категорија значи реалније сагледавање варијетета, али ствара проблем тешког сналажења и неоперативности система. Листа потенцијално значајних параметара (на основу којих се формирају категорије) је непрегледно дуга и резултира још непрегледнијим бројем комбинација, у којима појединачни параметри могу добити нова значења. Познато је да судови не третирају исту чињеницу увек на исти начин, њено дејство може да варира у зависности од тога у каквом се контексту и спелету са другим чињеницама нашла. Немогућност да све што је од потенцијалне важности буде инкорпорирано у правила решено је дозвољавањем одступања. Све што суд процени као релевантно, а не налази се у унапред датој матрици, може се узети у обзир, али уз посебно образложење. Како ће у каснијем излагању бити приказано, Комисија је увела два типа одступања – вођено и невођено, у зависности од тога колика се слобода оставља суду. Селекција параметара је само почетак мукотрпног процеса стварања правила, пошто сваком од њих треба дати одређену нумеричку вредност. То значи да сви параметри морају бити међусобно упоређени и ранжирани, што није нимало лако.

После неколико година проучавања Комисија је сачинила *Sentencing Guidelines Manual* (Упутство за одмеравање казне), које је усвојено априла, а ступило на снагу новембра 1987. године. Иначе, ово није прво нумеричко упутство у САД, оно се нашло на првом месту у излагању, због поштовања хијерархије правних аката, јер је донето на савезном нивоу. Минесота је прва још 1980. године

сачинила сличан акт,<sup>431</sup> мада он ни изблиза није тако компликован и обиман као савезно Упутство. Такође, оно није ни једино, данас десетак федералних држава прати исти модел уређивања материје одмеравања казне.<sup>432</sup>

Почетак примене Упутства обележио је отпор судија. То и не чуди јер је учињен прави заокрет у правном резонувању – од слободне оцене до тарифирања казне са минималним одступањима. Многе судије су Упутство прогласиле механичким, арбитрерним и неживотним актом, који ствара привид једнакости, гарантује је само у формалном, али не и у суштинском смислу. До које мере је ишла критика најбоље сведочи то што је названа „судским ратом“ (*judicial guerrilla warfare*). У више наврата је покретано и питање његове уставности. Први захтев се у случају *Mistretta v. United States, 488 U.S. 361(1989)* односио на неуставност акта као целине, због начина на који је формирана сама Комисија, која их је сачинила. Подносилац је у томе видео повреду начела поделе власти, али Врховни суд није подржао овај став, те су Упутства остала на снази. Даље признање Упутства извршено је у случајевима *United States v. Booker, 543 U.S. 220 (2005)*, *Rita v. United States, 127 S. Ct. 2456 (2007)*, *Gall v. United States 552 US 38 (2007)* и *Kimbrough v. United States 552 US 85 (2007)*.<sup>433</sup>

После двадесет пет година важења логично је претпоставити да Упутство није остало у иницијалној верзији. Текст је више пута мењан, а схватање да га треба стално усавршавати проистиче из одредаба *SRA*. Тако је прописано да Комисија надгледа примену, саставља преглед и ревидира коментаре на Упутство дате од стране судова, повереника за условни отпуст, Министарства правде, Управе за извршење затворских казни, тужилаца и других (28 U.S.C. § 994(o)). На основу тога она сваке године објављује амандмане у савезном службеном гласилу (*Federal Register*), чиме се омогућава вођење јавне расправе (28 U.S.C. § 994(x)). Сваке године Конгрес једно од редовних заседања (1. маја) посвећује управо разматрању ових амандмана, који ступају на снагу 180 дана од усвајања, сем ако нешто друго

---

<sup>431</sup> Текст упутства *Minnesota Sentencing Guidelines* је доступан на сајту [www.msgc.state.mn.us](http://www.msgc.state.mn.us). Детаљна анализа система дата у R. H. Wandal: *Equality by Numbers or Words: A Comparative Study of Sentencing Structures in Minnesota and Denmark ...*, стр. 10-14.

<sup>432</sup> D. A. Berman: *Foreword: Beyond Blakely and Booker: Pondering Modern Sentencing Process*, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 95, no. 3, 2005. године, стр. 657. и надаље.

<sup>433</sup> Текст одлука доступан на сајту Комисије. Детаљнији коментар у D. A. Berman: *op. cit.*, стр. 675. и надаље.



није одлучено (28 U.S.C. § 994(p)). Важеће Упутство представља веома обиман акт, а да би се схватило о каквом се реду величине ради треба поменути да обухвата преко петстотина страна у *PDF* формату.<sup>434</sup> Сигурно је да њихов опсег отежава детаљно приказивање, тако да ће наредно излагање више бити усмерено на откривање духа и принципа на којима је постављено.

### 2.3.1. Одређивање тежине кривичног дела

Упутство се увек примењује по прописаном редоследу (видети Увод, §1B1.1.). Суд најпре на основу правне квалификације проналази кривично дело у другом поглављу (*Offense Conduct*), где је извршено градирање тежине. Кривична дела су систематизована у неколико група према објекту заштите.<sup>435</sup> Када се оставе по страни спорна питања везана за систематику, треба применити да је свим делима заједничко то што су заступљена у основном нивоу тежине, којем одговара одређена нумеричка вредност. Некима од њих се основни ниво тежине мења услед појаве посебних околности, које дело премештају у другу, вишу или нижу категорију у односу на основну. Најчешће су те допунске околности прецизиране тумачењем, да би се избегла различита схватања у судској пракси. Како се одвија први корак процене биће илустровано на примеру појединих кривичних дела против живота и телесног интегритета, која улазе у састав дела против личности. Првостепеном убиству (§2A1.1.) одговара 43-ћи ниво тежине, без могућности одступања наниже. Како ће касније бити показано овај ниво је резервисан за најтежа кривична дела и води изрицању доживотне робије или смртне казне. Другостепено убиство (§2A1.2.a) је на 38-ом нивоу, при чему може прећи у вишу категорију, ако је извршено на посебно одвратан, суров, бруталан или понижавајућ начин, што је детаљно регулисано у тзв. усаглашавањима на основу екстремног

<sup>434</sup> I Уводни део садржи 46, II Извршење дела 287, III Подешавања 32, IV Криминална историја 24, V Одмеравање казне 74, VI Процесна питања, споразум о признању кривице и права жртава 8, VII Повреда пробације и надгледаног отпуста 10 и VIII Одмеравање казне правним лицима 43 стране.

<sup>435</sup> Кривична дела против личности, основна имовинска кривична дела, кривична дела у вези са носиоцима јавних функција и дела којима се крше савезни закони о изборној кампањи, кривична дела у вези са дрогама и нарко-тероризам, кривична дела у вези са криминалним предузећима и рекетирањем, кривична дела у вези са имиграцијом, натурализацијом и пасошима.

понашања. Неволјном убиству (§2A1.4.a) одговара 12-ти ниво, али ако је предузето са одређеним степеном кривице (*recklessness*)<sup>436</sup> прелази у 18-ту категорију тежине, а ако је до смрти дошло са истим степеном кривице при управљању транспортним средством тежина се подиже на 22. ниво. Посебан случај је неволјно убиство више лица, чија се тежина вреднује по правилима поглавља о вишеструком урачунавању (видети поглавље Д). Завера ради извршења убиства и навођење на убиство (§2A1.5.) спада у 33-ћи основни ниво. Повећање тежине зависи од тога да ли је за извршење дела примљен новац или нека друга имовинска корист (4 степена), да ли је убиство довршено (аутоматско пребацивање у 43-ћи ниво) или је остало у покушају када долази до преквалификације у напад са намером да се лице лиши живота или покушај убиства (§2A2.1.). Његов основни степен тежине је 33 (ако би довршење дела водило ка првостепеном убиству) или 27 (у осталим случајевима). Код овог дела постоји само одступање навише, а меру одређују следеће варијабле: наступање трајне или по живот опасне телесне повреде (4 степена), тешке телесне повреде (2 степена) или повреде која је по тежини између прве две (3 степена), лукративни моменат, тј. уколико је нуђен или примљен новац или нека друга корист материјалне природе (4 степена). Тежем нападу на телесни интегритет (§2A.2.2.) одговара основни ниво 14, сем у случају када је дело подразумевало више од минималног планирања<sup>437</sup> (увећање за 2 степена), када је повреда настала испалењем из ватреног оружја (5 степени), када је на други начин употребљено ватрено оружје или друго опасно средство (4 степена), када се учинилац машао за ватрено оружје или друго опасно средство или је њима претио (3 степена). Поред начина извршења, други параметар озбиљности дела су обим и природа нанетих повреда: обична телесна повреда (увећање за 3 степена), тешка телесна повреда (5 степени), трајна и по живот опасна повреда (7 степени), телесна повреда између прве и друге (4 степена) и између друге и треће (6 степени). Упутство поставља ограничење увећавања тежине на основу начина извршења и насталих последица за

---

<sup>436</sup> Овај облик кривице постоји када је учинилац свестан ризичности сопственог понашања, при чему је ризик такве природе и мере да његово занемаривање представља велико одступање од стандарда понашања сваке разумне особе.

<sup>437</sup> „Више од минималног планирања“ означава свако одступање од оног планирања које је типично за ово дело у најједноставнијем облику, али и планирање да се дело учини под таквим околностима (време, место, начин и слично) које ће отежати откривање. Примера ради, наведено је коришћење маске, намамљивање жртве на забачено место и слично.

максимално 10 степени. Конкретно, то значи да се из категорије 14, којој одговарају казне у распону од 15 до 46 месеци (скупно посматрано и без укрштања са криминалном прошлошћу), дело уз отежавајуће околности може пребацити у категорију 24 са распоном од 51 до 125 месеци (уз горњу напомену). Међутим, ово нису једине отежавајуће околности. Законодавац је сматрао да на тежину утиче и чињеница да је дело извршено повредом судског реда (плус 2) и ако се ради о осуди из 18 U.S.C. § 111b или § 115 (плус 2). Укупно посматрано, казна би се теоретски са овим поваћењима нашла у опсегу од 78 до 175 месеци. Да не би било погрешно схваћено, суд нема толику слободу избора у пресуђивању конкретног случаја, она је ограничена тиме што се оса тежине укршта са осом криминалне прошлости, када се добија одређени распон у којем између минимума и максимума казне затвора постоји разлика од само шест месеци.

Илустрације ради, изабрано је и неколико имовинских дела. Крађа обијањем и проваљивањем у стан или друге затворене просторе (§2B2.1.) има као основни ниво 17 ако је у питању стан, односно, 12 ако је у питању неки други затворени простор, са идејом да провала у стан носи већи ризик од физичког и психичког повређивања власника. Параметри на основу којих се отежава казна су чињеница да је предузето више од минималног планирања (плус 2 степена) и висина процењене штете по прописаној прогресији: више од 2500 долара (1 степен); више од 10.000 (2); више од 50.000 (3); више од 250.000 (4); више од 800.000 (5); више од 1.500.000 (6); више до 2.500.000 (7) и више од 5.000.000 (8). Ако је делом присвојено ватрено оружје, разорна направа, или суптанца у контролисаном промету, или је циљ дела било њихово одузимање утврђена категорија се увећава за један степен, а ако је при извршењу дела ношено оружје или опасно оруђе за још два степена.

Разбојништво има основни ниво 20. Специфичне околности, које оправдавају подизање нивоа тежине су одузимање ствари у власништву финансијске институције или поште или ако је одузимање таквих ствари циљ дела (за 2 степена), испаливање из ватреног оружја (7), употреба ватреног оружја на други начин (6), машање и ношење ватреног оружја (5), употреба опасног средства (4) машање и ношење опасног средства (3) и претња смрћу (2). Други основ су

телесне повреде: телесна повреда (за 2 степена), озбиљна телесна повреда (4), трајна и по живот опасна телесна повреда (6), и међукатегорије (3 односно 5). Кумулативно сви поменути фактори не би требало да доведу до подизања за више од 11 нивоа. Други круг варијабли чине: ако је неко лице отето да би се олакшало извршење или бекство са лица места (за 4 степена), ако је ради напуштања места извршења силом или претњом одузет аутомобил неког од присутних лица или је присвојен други доступан аутомобил (2), ако је одузето ватрено оружје, разорна направа или супстанца у контролисаном промету (1). Укупан број поена на оружје и телесне повреде не сме прећи 11. Поред наведеног и проузрокована штета је, такође, битан параметар, ако прелази 10.000 (за 1 степен), 50.000 (2), 250.000 (3), 800.000 (4), 1.500.000 (5), 2.500.00 (6), односно 5.000.000 долара (7). Смртни исход при вршењу овог дела доводи до примене правила о првостепеном убиству.

Сви ови примери указују на екстремну казуистичност. Творци Упутства су буквално за свако кривично дело стварали самосталне листе околности и вредновали их приписивањем одређене нумеричке вредности. Било какво детаљно навођење било би потпуно апсурдно. Уопштавањем се долази до тога да су у питању чињенице које представљају атрибуте радње (начин, средство, време, место предузимања, објект на којем се врши и слично), одсликавају природу и обим штетне последице, говоре о степену кривице учиниоца, а понегде и механизму преласка на дело.

Међутим, овде се не завршава одређивање тежине. Добијени износ из описане фазе бива коригован тзв. подешавањима или усаглашавањима (треће поглавље), односно подацима који се односе на жртву кривичног дела, улогу учиниоца у делу, опструирање кривичног поступка и слична понашања, као и на прихватање кривице. Подешавањима припада и тзв. вишеструко урачунавање, али о њему неће бити речи, јер се иза овог назива заправо крију правила за одмеравање казне за дела у стицају.

Када је жртва у питању изабрано је неколико основних параметара: ако је дело учињено из мржње, према рањивој жртви (§3А.1.1.) или према тзв. *official victim* (§3А.1.2.), ако је жртва на неки начин била ограничена, тј. неспособна да се брани (§3А.1.3.), док су посебно издвојене жртве тероризма (§3А.1.4.). Уколико се

у току поступка установи да је жртва намерно изабрана према припадности раси, боји, религији, националном пореклу, етничком пореклу, полној и родној припадности, због инвалидитета или сексуалне оријентације тежина дела расте за 3 нивоа. Ако је учинилац знао или могао да зна да је у питању рањива жртва, што се процењује према годинама старости, физичком и психичком стању или на основу неке друге карактеристике, дело иде навише за 2 нивоа, односно, за додатна 2 нивоа ако је било више таквих жртава. Овде постоји и забрана двоструког вредновања, али она не „покрива“ све могуће случајеве, јер је тако постављена да онемогућава да године жртве буду узете као околност за одмеравање, пошто су садржане у бићу кривичног дела. Практично, ограничење се односи само на малолетнике, који би се могли подвести под појам рањиве жртве, само ако није у питању дело прописано ради посебне заштите ове категорије. *Official victim* је тешко преводиво, а да не изгуби нешто од значења. Није у питању појам аналоган нашем службеном лицу, јер обухвата државне службенике или запослене у државној служби, бивше државне службенике или запослене у државној служби, као чланове уже породице ових лица, под условом да је извршење дела мотивисано овим њиховим статусом. Редовно, њихов статус дело подиже за 3 категорије, сем када је у питању дело против личности, чији се ранг увећава за 6. Посебна заштита је пружена полицији – ако је напад учињен према лицу за које је учинилац знао или је могао да зна да се ради о полицајцу, а дело је учињено за време извршења дела или бекства са лица места померање навише се врши за 6 нивоа. Исти третман имају и дела напада учињена према лицу за које учинилац зна или има довољно разлога да верује да је радник заводске установе, а дело је учињено док се учинилац налази у притвору, затвору или другој корекционој установи. У правилима о жртви се налази и вођено одступање навише, које се примењује ако је у питању веома висок званичник (попут председника, потпредседника САД и слично), при чему степен повећања зависи од тога колико ће државна функција трпети. Изричито је наведено да се ове одредбе не примењују ако је *official* статус жртве елемент дела. Следећи разлог за увећање тежине дела су ограничења жртве. Она дело померају нагоре за 2 нивоа, а ради се о различитим стањима због којих није у стању да пружи отпор и да се брани. Најстрожији третман је предвиђен ако

су у питању жртве дела у вези са тероризмом, односно, дела учињених ради промоције тероризма, која померају тежину за 12 категорија. Ако ни тада укупан скор не досеже 32. ниво тежине дела, дело се аутоматски мора повећати до 32. нивоа.

Посебан део подешавања односи се на улогу у делу, која је најпре једноставно подељена на отежавајућу (§3Б1.1.) и олакшавајућу (§3Б1.2.). Ова упутства тежину дела не доводе у везу само са доприносом у настајању последице, што је вероватно прва асоцијација на синтагму улога у делу, већ и са величином криминалне групе или организације којој учинилац припада. Својство организатора и вође криминалне активности, под условом да је у њеном остварењу учествовало више од пет лица или је криминална активност на други начин била екстензивна, носи увећање за 4 степена; ако је учинилац управљао или надгледао (али не у смислу организатора или вође), а криминална активност је укључила пет или више лица или је на други начин била екстензивна (за 3); ако је лице организатор или вођа, управља или надгледа криминалну активност у другим случајевима сем наведених (за 2). Лица која организују и руководе представљају већу опасност по друштво и код њих постоји већа опасност од рецидивизма, и зато су на првом месту. Олакшавајућа улога није дефинисана на уопштен начин, него се до ње долази у сваком конкретном случају, упоређивањем са активностима које су предузели други чланови групе односно организације. Тако постоји минимална улога, тј. најмања од свих учесника (са умањењем од 4 нивоа), мала улога, тј. мања од неких других учесника, али не и најмања (са умањењем од 2 нивоа), и међу-улога, чија примена долази у обзир ако је по оцени суда по тежини између прве две (са умањењем од 3 нивоа).

Даља подешавања врше се на основу злоупотребе положаја поверења и употребе посебних вештина (§3Б1.3.). Ако је учинилац злоупотребио јавно или приватно поверење или је користио посебне вешитне, које су му значајно олакшале вршење дела или његово прикривање, дело постаје теже за 2 степена. Експлицитно је искључено њихово коришћење када улазе у састав кривичног дела и кумулативно увећавање на основу посебних вештина и отежавајуће улоге из §3Б1.1. (то значи да је дозвољено кумулирање злоупотребе поверења и отежавајуће

улоге). Занимљиво је да се овај тип прилагођавања примењује и у ситуацијама када учинилац реално није на позицији од јавног или приватног поверења, али даје довољно индиција жртви да она у то поверује.

На ниво тежине утиче и искоришћавање малолетника за извршење, прикривање дела и за избегавање хапшења (§3Б1.4.). То омогућава суду да тежину подигне за 2 нивоа, што је дозвољено и ако је искоришћавање остало само у покушају. Творци Упутства су прецизирали значење коришћења као усмеравање, командовање, охрабривање, застрашивање, саветовање, обучавање, регрутовање, упућивање молбе или припремање малолетника. За искоришћавање је предвиђено и делимично везано одступање, које овлашћује суд да се креће навише на оси тежине, полазећи од чињенице да је искоришћено више од једног малолетника.

Првобитни текст није садржао коришћење панцира при извршењу, покушају или хапшењу за дела трговине трогом и дела насиља (§3Б1.5.). Оно је уведено тек 2002. године, због потребе да се Упутство усагласи са посебним законом. Ова околност спада у значајније отежавајуће околности, јер помера тежину дела за чак 4 категорије.

Следећи аспект усаглашавања се тиче ометања или спречавања кривичног поступка. Различите радње усмерене на ометање или спречавање фазе истраге, оптужења или суђења, као и покушај ових радњи, дело сврставају у два нивоа тежу категорију. Уз наведену смерницу је наглашено да се увећање због опструкције правде примењује и када учинилац то чини у односу на „свој“ поступак, али и у односу на повезане поступке, рецимо, поступак против саучесника. Изузетно је дозвољено да се и понашања пре истраге третирају на описани начин, само ако се докаже да су предузета са циљем да осујете истрагу. Суд је упозорен да одмеравање не сме да угрози гарантована права оптужених, тако да се опструкцијом не сматра непризнавање кривице, одбијање да се закључи споразум о признању кривице и слично. Истовремено, оцени појединих понашања треба приступити обазриво, јер иако се негативно одражавају на поступак не морају нужно да потичу из намере учиниоца да га омета. Тако лажна изјава може бити резултат конфузије или нормалног процеса заборављања. Опструкција може да

варира по природи, ширини и степену озбиљности. Дата је опсежна листа примера шта се све сматра радњама опструкције.<sup>438</sup>

Подешавање тежине у зависности од ометања или спречавања вођења поступка нема универзалну примену. По логици ствари, већина наведених радњи улази у састав дела против правосуђа, те забрана двоструког вредновања спречава да се узму за отежавајуће код следећих дела: непоштовање суда; опструкција правде; кривоклетство; подмићивање сведока; непојављивање материјалног сведока у поступку; непојављивање оптуженог у поступку; исплата сведока; помагање после извршеног кривичног дела; непријављивање кривичног дела.

Корпусу опструкције поступка припадају још неке чињенице. Отежавајућа околност угрожавања приликом бекства (§3C1.2.) постоји ако је учинилац нехатно створио значајан ризик од наступања смрти или озбиљне телесне повреде другог лица у току бекства од службеног лица (увећање за 2 нивоа), а ако је угрожавања потекло из неког вишег облика кривичне тежина иде нагоре за још 2 нивоа. Друга особа може бити било ко, чак и саучесник. Број угрожених особа води ка одступању навише, при чему се примењују посебна правила (део К – Одступања). У састав групе улази и извршење дела за време отпуста (§3C1.3.), што се сматра

---

<sup>438</sup> Претња, застрашивање и други незаконит утицај на друге саоптужене, сведоке, поротнике, као и покушај ових радњи; подмићивање и покушај подмићивања ради лажног сведочења; прављење или покушај прављења лажних или измењених докумената и записника у току истраге; уништавање или скривање доказног материјала, навођење или проналажење особе која би уништила или сакрила доказни материјал у току истраге или судског поступка, као и покушај ових радњи (уништавање и скривање паралелно са привођењем (на пример, прогута или баци дрогу) није довољно за примену правила сем уколико не резултира материјалним препрекама за вођење истраге и оптужење дела); бекство и покушај бекства из притвора или намерно избегавање да се по позиву појави у судском поступку; давање материјално погрешних информација судији; давање материјално погрешних информација полицији или тужилаштву које значајно опструирају и ометају вођење истраге или оптужење дела; давање материјално погрешних информација поверенику за условни отпуст у погледу опозива; други облици опструкције регулисани 18 U.S.C. §§ 1510, 1511; понашање које није у складу са забраном или налогом према 21 U.S.C. § 853(e) или са наредбом да се врати имовина по 21 U.S.C. § 853(p); претња жртви кривичног дела са циљем да не пријави дело; и било које друго опструктивно понашање према службеном лицу које спроводи истрагу, кривично гоњење или суди за конкретан случај. Одређени облици понашања уобичајно се не подводе под ово подешавање, али кроз неку другу околност (параметар) могу да утучу на висину казне. Овде се ради о давању лажног имена или идентификационог документа при хапшењу, сем у случају када је такво понашање резултирало значајним препрекама у истрази или оптужењу; давању лажног исказа службеном лицу у полицији без заклетве, сем уколико тиме није значајно ометен поступак; давању непотпуних и нетачних информација које се не односе на дело под истрагом; избегавању и бекству од хапшења; лагању поверенику за условни отпуст у вези са коришћењем дроге, док се налази на слободи пре суђења, иако би такво његово понашање могло да води повећању казне.



злоупотребом датог поверења и отежава дело за 3 категорије, и лажно пријављивање пребивалишта (§3С1.4.) са увећањем од 2 нивоа.

Досадашњи преглед говори у прилог тези да се усаглашавања углавном односе на отежавајуће околности. Прихватање одговорности (§3Е1.1.) је супротан пример, оно је увек позитивно, али у различитој мери. Основно правило налаже да се тежина дела умањи за 2 нивоа, када окривљени на јасан начин покаже да прихвата кривицу за учињено. Ако учинилац испуњава услове за смањење који су горе наведени, а ради се о делу чији је ранг одређен на 16 (прописана казна у распону од 21 до 57 месеци) или више другим операцијама, а прихватањем кривице је помогао властима у фази истраге или оптужбе, благовремено их обавештавајући да има намеру да закључи споразум о признању кривце, чиме је омогућено да се ефикасније користе ресурси суда и других државних органа, тежина опада за још 1 степен. Приликом процене да ли оптужени заслужује описана снижњења посебно треба водити рачуна о следећим околностима: искрено признање дела и другог понашања које се подводи под релевантно понашање (§1Б1.3.); учинилац може добити редукцију и ако остане нем по питању релевантног понашања; добровољни одустанак од извршења дела или добровољно повлачење из криминалне организације; добровољна надокнада штете жртви пре доношења одлуке о кривици; добровољна предаја властима одмах након извршења дела; добровољна помоћ властима у предаји средстава за извршење или противправно стечене имовинске користи; добровољна оставка са службе или позиције коју је заузимао у време извршења дела; рехабилитациони напори учињени по извршењу дела (програм одвикавања од зависности, саветовалишта и сл); благовременост признања кривице.

Ова подешавања нису намењена оним учиниоцима који су терет доказивања пребацили на државу, да би потом, када је њихова кривица доказана, признали да су криви и да осећају кајање.

### 2.3.2. Криминална прошлост учиниоца

Пошто је на основу претходних правила суд лоцирао дело на вертикалној оси тежине, прелази на израчунавање степена криминалне прошлости, како би добио вредност хоризонталне осе. Криминалној прошлости и криминалној прогнози је посвећено четврто поглавље, са следећим целинама: уводним коментаром, категоријама криминалне прошлости (§4A1.1.), дефиницијама и инструкцијама за израчунавање категорије криминалне прошлости (§4A1.2.), одступањима заснованим на неадекватности категорије (§4A1.3.), професионалним делинквентима, обрасцу криминалног понашања и приходу од криминала (§4A1.5.), понављању дела уз коришћење ватреног оружја (§4A1.6.), повратницима и опасним сексуалним делинквентима ако су жртве малолетници (§4A1.7.). Основни руководни принцип одређивања значаја криминалне прошлости је идеја да учинилац са досијеом заслужује већи прекор и већу казну у односу на примарног учиниоца, али и да понављање дела представља индикатор тежег остваривања рехабилитације, као једног од циљева кажњавања.

Криминална историја има шест нивоа тежине, који се добијају збрајањем бодова по одређеном принципу. Свака претходна осуда на казну затвора преко годину и месец дана носи 3 бода, претходна осуда на казну од 60 дана до годину и месец дана 2 бода, док је 1 бод остављен за све остале осуде (осуде на казну затвора краћу од 60 дана, условну осуду, новчану казну, осуде на кућни затвор и полу-затвор), уз ограничење да се по основу других осуда не може добити више од 4 бода. Додатна два поена се добијају ако је дело учињено у току извршења казне затвора за претходно дело, за време условне осуде, условног отпуста или неког другог облика отпуштања са казне, као и за време бекства, са којим је изједначено и неодазивање на налог за извршење казне. Кривична дела насиља, такође, добијају по допунски поен ако нису вреднована по горе наведеним критеријумима, јер су ушла у састав јединствене осуде, с тим што се тако може додати највише 3 поена.

На први поглед одређивање криминалне историје делује много једноставније од утврђивања тежине дела. Међутим, не треба изгубити из вида да су ово само основна, полазна правила и свако их њих има низ пратећих. Оно што

би требало нагласити да појам претходне осуде није исти као у нашем праву, јер се сматра да постоји увек када је у судском поступку утврђена кривица, независно од тога да ли је изречена казна или не. Тако се постојање осуде рачуна на основу доказане кривице, изјаве или споразума о признању кривце, као и на основу *nolo contendere*. Претходна осуда је и осуда на коју је изречена жалба, осим ако жалба има суспензивно дејство. Како је горе поменуто број бодова зависи од висине изречене казне, али ако је казна суспендована по неком правном основу, релевантном висином се сматра оно што је од ње преостало.

Поврат је временски одређен. Осуде на више од годину и месец дана се не узимају у обзир ако су изречене пре више од петнаест година рачунајући уназад од извршења текућег дела, сем уколико се издржавање казне није протегло у овај петнаестогодишњи период; пресуде за дела учињена у време малолетства, сем уколико је до суђења за ова дела дошло када је лице навршило осамнаест година; пресуде страних судова, неважеће и брисане осуде. У групу осуда које носе 2 поена не спадају све претходне осуде донете у периоду од више од десет година рачунајући уназад од извршења дела за које се суди; осуде за дела учињена у периоду малолетства, сем уколико се издржавање казне по овим осудама не протеже у десетогодишњи период рачунајући уназад од извршења текућег дела; осуде за извесна дела која не спадају у злочине се никада не рачунају,<sup>439</sup> а исто је и са страним пресудама и пресудама племенских судова, застарелим и неважећим пресудама. У групу осуда које носе један поен не спадају осуде донете пре више од пет година, рачунајући од извршења дела за које се суди; пресуде за дела учињена у малолетству се рачунају само ако се издржавање казне за то дело протеже у период од пет година уназад, рачунајући од извршења текућег дела; пресуде за поједина дела која не спадају у злочине се никада не рачунају,<sup>440</sup> а за поједина само

---

<sup>439</sup> Злочинима (*felony*) се сматра било које дело (из савезног законодавства или законодавства федералне државе) запређено смртном казном или казном затвора преко једне године. Остала дела су или преступи (*misdemeanor*) или иступи (*petty offences*), а у овом случају су искључена следећа дела: повреде прописа из области лова и роболова (*Fish and game violations*); скитња (*Hitchhiking*); младалачки деликти и беспосличење (*Juvenile status offenses and truancy*); повреде локалних прописа, сем оних који су истовремено и повреде по праву федералне државе (*Local ordinance violations, except those violations that are also violations under state criminal law*); дангубљење (*Loitering*); блаже повреде саобраћајних прописа попут прекорачења брзине (*Minor traffic infractions (e.g., speeding)*); опијање на јавном месту (*Public intoxication*); скитња (*Vagrancy*).

<sup>440</sup> Иста дела као и у претходној напомени.

ако испуњавају посебне услове;<sup>441</sup> скретања поступка се рачунају као претходна осуда, само ако је пред судом доказана кривица; пресуде страних и племенских судова, неважеће и застареле никада не представљају предмет урачунавања; и пресуде за војна дела долазе у обзир ако су донете од стране општег или специјалних војних судова.

Када сабере укупан број бодова учинилац бива сврстан у прву (0 или 1), другу (2 или 3), трећу (4-6), четврту (7-9), пету (10-12) или шесту категорију (преко 13). Слично као код тежине дела, постоји могућност корекције, ако суд процени да бодовање не одсликава реално озбиљност криминалне прошлости и вероватноћу рецидивирања. Оправданост померања у вишу категорију заснива се на следећим факторима: претходна осуда или осуде нису коришћене за рачунање бодовне вредности и сврставање у одређену категорију (на пример, осуде страних судова или племенских судова); претходна осуда или осуде преко једне године су резултат независних дела учињених различитим приликама; претходно слично лоше понашање санкционисано грађанском судском одлуком или одлуком административних органа; ако осуђени чека суђење или изрицање казне за друго дело у време када му се одмерава казна за текуће; претходно слично понашање које није резултирало кривичном осудом. Овде постоји и једна забрана, а односи се на коришћење евиденције о привођењу за повећање категорије. Надаље, суд би требало да одреди меру одступања навише, користећи као референцу, категорију криминалне прошлости примењиву на учиниоца чија је криминална прошлост и вероватноћа рецидивирања најближа учиниоцу којем се суди. У случају када суд установи да су обим и природа криминалне историје учиниоца такви да оправдавају одступање од шесте категорије, суд ће конструисати одступање

---

<sup>441</sup> Рачунају се ако је и ново дело сличне природе, а за старо дело била изречена условна осуда са утврђеном казном затвора дужом од годину дана или безусловна казна затвора од најмање тридесет дана. Овој групи припадају: непажљива и безобзирна вожња (*Careless or reckless driving*); непоштовање суда (*Contempt of court*); стварање нереди и угрожавање јавног мира (*Disorderly conduct or disturbing the peace*); вожња без дозволе или када је одузета дозвола и забрањена вожња (*Driving without a license or with a revoked or suspended license*); лажна дојава полицији (*False information to a police officer*); коцкање (*Gambling*); ометање полиције или непокоровање полицијским наређењима (*Hindering or failure to obey a police officer*); издавање чека без покрића (*Insufficient funds check*); напуштање места несреће (*Leaving the scene of an accident*); недавање издржавања (*Non-support*); бављење проституцијом (*Prostitution*); опирање хапшењу (*Resisting arrest*); ометање поседа (*Trespassing*).

крећући се ка следећем нивоу тежине дела, све док не нађе распон који одговара конкретном случају. Могуће је и супротно, да поуздане информације пружају индикацију да је категорија криминалне прошлости пренаглашена. Тада је оправдано одступање надоле, али не и за тзв. професионалне учиниоце са историјом кривичних дела вршених применом ватреног оружја и сексуалне делинквенте рецидивисте и опасне сексуалне делинквенте, када је дело учињено према малолетницима. Поред забране постоје и ограничења – мера одступања наниже за професионалне делинквенте не сме да иде више од једне категорије.

Следећи део криминалне историје односи се на професионалне делинквенте. Њихов степен криминалне прошлости се не израчунава, они су аутоматски сврстани у највишу (шесту) категорију, те се рад суда своди на утврђивање да ли конкретни учинилац припада овој групи. Постоји неколико кумулативних захтева за статус професионалног делинквента: дело за које се суди мора бити учињено у пунолетству; текуће дело мора бити или злочин насиља или злочин у вези са контролисаним супстанцама; постоје најмање две претходне осуде за злочине насиља или у вези са контролисаним супстанцама. Стог третман проистиче и из посебних правила о тежини дела. Када се упореде са редовном табелом, евидентно је да су за исту категорију дела по тежини прописане строже казне, или по врсти или по висини:

<b>степен тежине кривичног дела</b>	<b>казна за професионалне делинквенте</b>
<b>37</b>	<b>доживотни затвор</b>
<b>34</b>	<b>затвор од 25 и више година</b>
<b>32</b>	<b>затвор од 20 и више година</b>
<b>29</b>	<b>затвор од 15 и више година</b>
<b>24</b>	<b>затвор од 10 и више година</b>
<b>17</b>	<b>затвор од 5 и више година</b>
<b>12</b>	<b>више од 1 мање од 5 година затвора</b>

Кривични положај професионалних делинквената отежава чињеница да је деликт проистекао из „схеме криминалног понашања” и да се дела врше у циљу

стицања прихода од криминала (§4B1.3.). Схема не подразумева *modus operandi*, како би се могло помислити, него чињеницу да је за извршење дела потребно значајно и дуготрајно планирање. У том случају тежина дела не сме бити мања од 13. нивоа. Евентуално постојање неке од олакшавајућих околности из домена прихватања одговорности, може да умањи тежину, али никада испод 11. степена. На егзактан начин је прописано и када се сматра да учинилац стиче приходе од криминала. Ако је вршењем дела у било ком дванаестомесечном периоду стекао најмање суму која се добија када се минимална цена рада по сату увећа две хиљаде пута, као и да је у току тог периода доказано да му је криминал био примарна окупација.

Казна за учиниоце са историјом коришћења ватреног оружја се, исто као и код професионалних делинквената, отежава двоструко и преко посебних правила о тежини дела и преко криминалне прошлости. Коришћење или поседовање ватреног оружја или муниције у вези са кривичним делом насиља или делом у вези са контролисаним супстанцама дело аутоматски лоцира на 34. позицију тежине и 6. позицију криминалне прошлости, односно на 33. и 4. позицију, ако је неко друго дело у питању. Међутим, ако се према општим правилима или правилима за професионалне делинквенте долази до више категорије тежине онда она има примат.

Иста схема је примењена и за поновљене или опасне сексуалне делинквенте према малолетницима. Да би био сврстан у ову групу довољно је да постоји само једна ранија осуда за сексуални деликт. Њима припада пета категорија, али ако се применом општих правила долази до строжег резултата (практично до категорије 6), онда се она примењује. Тежина је, такође, вреднована по посебној табели:

степен тежине дела	казна за сексуалне делинквенте
37	доживотни затвор
34	затвор од 25 и више година
32	20 и више година, али мање од 25
29	15 и више година, али мање од 20
24	10 и више година, али мање од 15

<b>17</b>	<b>5 и више година, али мање од 10</b>
<b>12</b>	<b>1 и више година, али мање од 5</b>

### 2.3.3. Одређивање казненог распона

Следећа фаза одмеравања јесте одређивање казненог распона укрштањем категорија тежине дела и криминалне прошлости на табели за казну затвора и новчану казну. Као што се види из табеле, дате на страни 227, дела су по тежини сврстана у зоне А, Б, Ц и Д са различитим правним режимима (§5Ц1.1.). За дела из А зоне није увек неопходно изрицање казне затвора, сем уколико то не проистиче нужно из правила о тежини кривичног дела. Могуће замене су условна осуда или новчана казна. У зони Б долазе у обзир казна затвора, казна затвора са надзираним условним отпустом (*supervised release*), при чему је обавезно извршење макар једног месеца казне затвора, затварање у заједници (*community confinement*),<sup>442</sup> полу-затвор (*intermittent confinement*)<sup>443</sup> или кућни затвор. Ако је дело у зони Ц, онда се поред казне затвора у одређеном износу, може и изрећи и казна затвора са надзираним условним отпустом, који се може применити тек по издржаној најмање једној половини казне затвора. У случају када је учинилац дела из зоне Б или Ц зависник од дроге, других контролисаних супстанци или алкохола, када је душевно оболео, или постоји неки други проблем који би требало решавати одговарајућим стручним третманом, суд је овлашћен да одступи од поменутих правила. Пресудна је процена да ће посебни третмани елиминисати или умањити проблем и тиме смањити ризик од поновног вршења дела. Зона Д, за разлику од претходних, садржи дела такве тежине за која је процењено да замена алтернативама није оправдана.

Када се определи за казну затвора суд је везан распоном из пресека тежине дела и криминалне прошлости. Међутим, за таксативно набројана дела (21 U.S.C.

<sup>442</sup> Подразумева боравак у посебним установама, као што су центри за третман у заједници, рехабилитациони центри за зависнике од алкохола или дрога, установе за ментално здраље, уз узимање учешћа у програмима за професионално оспособљавање, тражење посла, и сличне програме.

<sup>443</sup> Затварање преко ноћи или викендом.

§841, 844, 846, 960, 963) минимум није обавезан под условом да је криминална прошлост изражена кроз прву категорију, да при извршењу дела није примењено насиље или озбиљна претња, да учинилац није носио оружје или друго опасно оруђе, да дело није резултирало смрћу или тешком телесном повредом, да учинилац није организатор, вођа, нити је управљао или надзирао процес извршења дела, и да је најкасније у току поступка дао информације о делу (§5Ц1.2.).<sup>444</sup>

Посебна правила су дата за новчану казну. Минимум и максимум новчане казне зависе од тежине кривичног дела и крећу се у општем оквиру од 100 до 250.000 долара. Међутим, Упутство у одељку о одступањима допушта изрицање новчане казне у зависности од висине проузроковане штете или прибављене имовинске користи, када њен износ може бити на нивоу двоструке суме штете односно користи. Уз то, код појединих дела *United States Code* прописује много више максимуме, као код производње, увоза и дистрибуције опојних дрога (8 милиона долара, видети у 21 U.S.C. §841Б и 960Б), а исто важи и за многа дела из споредног законодавства (на пример, Закон о контроли загађивања воде омогућава да се 50.000 долара изрекне за сваки дан загађења). При одмеравању новчане казне суд треба да размотри (§5Е1.2.): потребу да рефлектује тежину дела (оно што је жртва претрпела и прибављену корист); промоцију владавине права; праведност у кажњавању и ефекте застрашивања; било који доказ о материјалним могућностима да плати казну, као и доказ да ће у одређеном будућем периоду моћи да је плати с обзиром на приходе које остварује и друге финансијске ресурсе; последице које ће трпети осуђени и лица која мора да издржава ако плати новчану казну; реституција и репарација које је учинио или је обавезан да учини; колатералне последице осуде, укључујући и обавезе грађанске природе проистекле из дела; ранију осуђиваност на новчану казну за слично дело; очекиване трошкове за државу, ако се изрекне нека друга казна и друге значајне и правичне околности. Висина казне увек треба да буде таква да заједно са другим изреченим санкцијама има пунитиван карактер, што значи да тамо где процени да казна из табеле није довољна да би се осигурало пунитивно дејство, она може бити увећана. Дозвољено је и супротно одступање –

---

<sup>444</sup> Пракса је показала да се ове одредбе често злоупотребљавају. N. Greenblatt: *How Mandatory are Mandatory Minimums? How Judges Can Avoid Imposing Mandatory Minimum Sentences?*, American Journal of Criminal Law, vol. 36, no. 1, 2008. године, стр. 5.



ако суд установи да учинилац не може нити ће бити у стању да плати казну чак и на рате (у року од максимално 12 месеци), или када ће казна претешко пасти учиниоцу и лицима које издржава, суд може ублажити казну или у потпуности ослободити учиниоца од плаћања. Непријављивање прихода и имовине са намером да се тиме издејствује нижа казна представља отежавајућу околност из корпуса чињеница које указују на опструкцију кривичног поступка.

#### 2.3.4. Одмеравање казне унутар одређеног казног распона

Када одреди распон из табеле суд треба да изабере конкретан износ казне, што се чини на основу посебних карактеристика учиниоца (део X). Претходно излагање је показало да се овим околностима спорадично и у малој мери поклања пажња у нижим стадијумима одмеравања, када се формира степен тежине дела и степен криминалне прошлости учиниоца. Њихова улога је остављена за финале овог процеса. Пошто су правила о посебним карактеристикама саветодавне природе, она обезбеђују извесну флексибилност, а како опредељују казну у веома уским оквирима нису у стању да створе значајније диспаритете. У том смислу Упутство прави разлику између три скупине личних околности. Прву чине карактеристике чије је урачунавање забрањено по Закону о реформи: раса, пол, национално порекло, вероисповест и социјално-економски статус. Друга група обухвата оне које статистички посматрано најчешће имају утицај на казну – године старости, емоционално и ментално стање, стање физичког и психичког здравља. Само изузетно, оне могу довести до изласка из датог оквира, ако је мера у којој су изражене или скупно дејство са другим факторима такво да случај веома одступа од типичног, те и типична казна престаје да буде адекватна. Трећа група обухвата чињенице, које су генерално неподобне за избор казне. Саме по себи оне најчешће немају неки значај, али могу добити на важности ако су у комбинацији са другима и то за избор у датим оквирима, ређе ван њих. Комисија за одмеравање служи као информациони центар, како је наведено у Закону о реформи, што у овом контексту

значи да прати како се примењују посебне карактеристике, рецимо, учесталост употребе, мера утицаја, додатни критеријуми за њихово вредновање.

Творац Упутства је посебно издвојио: године старости (најчешће воде одступању наниже ако је учинилац слаб и немоћан, те је казна кућног затвора прихватљива, јер се претпоставља да ће бити довољно ефикасна, али и економичнија у односу на затвор); образовање и професионалне вештине (обично нису од значаја, сем ако се ради о њиховој злоупотреби ради извршења кривичног дела, мада могу говорити у прилог надзираног отпуста, рада у корист заједнице, или ради ограничавања или забране вршења одређених активности у циљу заштите јавне сигурности); ментално и емоционално стање (може оправдати одступања самостално или у комбинацији са другим факторима, ако је атипично и ако суд процени да је потребан неки посебан третман, учешће у програму за ментално здравље и слично); физичко стање (изузетно води одступању наниже, обично има примену код физичких недостатака, који кућни затвор чине бољом солуцијом од затвора); зависности или злоупотреба алкохола и дрога (нису разлог за одступање наниже, али могу бити релевантни за одступање навише, јер повећавају ризик од рецидивизма); коцкарска зависност (не сме се користити за одступање наниже); радни досије (значајан само код супститута, рецимо, када се одређује трајање кућног затвора); породичне везе и одговорности (опредељују висину новчане казне, иначе се не сматрају битним); војна, грађанска, добротворна, јавна служба, доприноси везани за рад, ранија добра дела (само изузетно воде одступању наниже); недостатак васпитања у младости и слични фактори (са значајем само у оквиру распона).

#### 2.3.5. Одступања од казненог распона

Одступања од Упутства (део К) су основи за излазак из утврђеног распона, било наниже, било навише. Ка вишем износу казне воде:

- значајна помоћ властима у фази истраге или оптужења другог лица (истинитост, потпуност, поузданост, корисност, време давања информација; природа и обим сарадње; последице које је учинилац претрпео услед сарадње, ризик и опасности који настају по њега самог или чланове његове породице услед сарадње са властима); обрнуто, одбијање сарадње у односу на поступак према другим лицима не мора да буде отежавајућа околност;
- смртни исход (сви критеријуми о којима се води рачуна код убиства – степен кривице, средства, број жртава и слично);
- физичка повреда жртве (степен повреде; намерно изазавана; изазавана понашањем за које је учинилац знао да је ризично; када жртва више пати);
- екстремна психичка патња жртве (изазвана намерно, уз знање да постоји ризик од њеног настанка; створила је значајне проблеме у домену интелектуалних или емотивних процеса, промене у понашању и животним навикама жртве);
- отмица и противправно лишење слободе да би се олакшало извршење или скривање дела;
- настала штета или губитак (ако нису урачунати раније, у зависности од тога да ли су настали намерно, са знањем да постоји ризик од наступања; висина штете или губитка; мера у којој превазилазе штету или губитак који су неопходни за постојање дела);
- оружје и опасно оруђе (степен опасности оружја односно оруђа; начин употребе; мера у којој су угрожена друга лица);
- ремећење рада државних органа (природа и степен ремећења; значај државног органа);
- екстремно понашање (одвратно, сурово, понижавајуће понашање, тортура, продужавање патње и понижења; недозвољени утицаји на пороту и слично);
- „криминална сврха“ (дело је у функцији олакшавања или прикривања извршења другог);

- добробит друштва (ако су национална безбедност, јавно здравље, или безбедност значајно угрожени);
- полуаутоматско оружје са великим шаржером (ношено или коришћено приликом вршења кривичног дела насиља или дела у вези са контролисаним супстанцама, у зависности од ризика од наступања смрти или телесних повреда);
- припадност уличној банди организованој ради вршења насиља;
- извршење дела коришћењем униформе или службених легитимација државних органа;
- обустављање поступка и изостанак оптужења за друго дело на основу споразума о признању кривице;
- дело обухваћено програмом раног решавања (не више од 4 нивоа, и под условом да је програм ауторизован од стране Врховног државног тужиоца САД или државног тужиоца нижег ранга).

Ка нижем износу казне воде:

- допринос жртве (природа и околности под којима је дело учињено, а посебно величина, телесна снага и друге физичке карактеристике жртве посматране у поређењу са учиниоцем; упорност жртве и напори учиниоца да избегне конфликт; разумна оцена опасности која прети од жртве, рецимо, њене репутације да је насилна; реална опасност која је од жртве претила учиниоцу; било какво друго понашање којим је допринела настанку дела; пропорционаланост између опасности жртве и одговора учиниоца);
- избегавање веће штете (дело је настало, јер је учинилац настојао да спречи већу штету; није допуштено ако постоји јак интерес да се оствари сврха застрашивања);
- сила и претња (озбиљност, разумност реакције учиниоца; пропорционалност учињеног са степеном силе или претње, уз изричито наглашавање да се финансијске тешкоће учиниоца и економски притисци у привредном пословању не рачунају);

- битно смањена урачунљивост (изузев ако је настала добровољним узимањем дрога или других опојних супстанци, ако због околности под којима је дело учињено постоји изражена потреба заштите друштва, рецимо, употребљено насиље или је постојала озбиљна претња насиљем, а није дозвољено и када криминална историја говори у прилог затварања, или ако је учинилац био осуђена за одређена кривична дела (71, 109а, 110, 117 18 U.S.C.);
- добровољно откривање дела (ради се о делу за које је вероватно да на други начин не би било откривено, мотивисано кајањем, а не страхом да ће бити откривен);
- девијантно понашање (врло рестриктивна примена, ако је примарни учинилац, ако дело није резултат значајног планирања, ограничено је трајало и резултат је девијантног понашања, при чему постоји листа дела када није могуће, код свих дела са последицом смрти или телесне повреде, ако је коришћено ватрено оружје или опасно оруђе, ако се ради о озбиљном делу у вези са опојним дрогама);
- напори за рехабилитацију учињени после одмеравања казне (сем ако је одмерена казна затвора).

# SENTENCING TABLE

(in months of imprisonment)

	Offense Level	Criminal History Category (Criminal History Points)					
		I (0 or 1)	II (2 or 3)	III (4, 5, 6)	IV (7, 8, 9)	V (10, 11, 12)	VI (13 or more)
	1	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6
	2	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	1-7
	3	0-6	0-6	0-6	0-6	2-8	3-9
Zone A	4	0-6	0-6	0-6	2-8	4-10	6-12
	5	0-6	0-6	1-7	4-10	6-12	9-15
	6	0-6	1-7	2-8	6-12	9-15	12-18
	7	0-6	2-8	4-10	8-14	12-18	15-21
Zone B	8	0-6	4-10	6-12	10-16	15-21	18-24
	9	4-10	6-12	8-14	12-18	18-24	21-27
	10	6-12	8-14	10-16	15-21	21-27	24-30
Zone C	11	8-14	10-16	12-18	18-24	24-30	27-33
	12	10-16	12-18	15-21	21-27	27-33	30-37
	13	12-18	15-21	18-24	24-30	30-37	33-41
	14	15-21	18-24	21-27	27-33	33-41	37-46
	15	18-24	21-27	24-30	30-37	37-46	41-51
	16	21-27	24-30	27-33	33-41	41-51	46-57
	17	24-30	27-33	30-37	37-46	46-57	51-63
	18	27-33	30-37	33-41	41-51	51-63	57-71
	19	30-37	33-41	37-46	46-57	57-71	63-78
	20	33-41	37-46	41-51	51-63	63-78	70-87
	21	37-46	41-51	46-57	57-71	70-87	77-96
	22	41-51	46-57	51-63	63-78	77-96	84-105
	23	46-57	51-63	57-71	70-87	84-105	92-115
	24	51-63	57-71	63-78	77-96	92-115	100-125
Zone D	25	57-71	63-78	70-87	84-105	100-125	110-137
	26	63-78	70-87	78-97	92-115	110-137	120-150
	27	70-87	78-97	87-108	100-125	120-150	130-162
	28	78-97	87-108	97-121	110-137	130-162	140-175
	29	87-108	97-121	108-135	121-151	140-175	151-188
	30	97-121	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210
	31	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235
	32	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262
	33	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293
	34	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327
	35	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365
	36	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365	324-405
	37	210-262	235-293	262-327	292-365	324-405	360-life
	38	235-293	262-327	292-365	324-405	360-life	360-life
	39	262-327	292-365	324-405	360-life	360-life	360-life
	40	292-365	324-405	360-life	360-life	360-life	360-life
	41	324-405	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life
	42	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life
	43	life	life	life	life	life	life

## Глава четврта

### ИЗАЗОВИ ОДМЕРАВАЊА КАЗНЕ У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Посебан предмет проучавања представља редовно одмеравање казне у међународном кривичном праву, који ће бити сагледаван из више аспеката. Први, уводни део односи се на стандарде одмеравања. Како се да претпоставити, они најопштији су нормирани у читавом низу међународних аката посвећених људским правима. Међутим, данас се поред таквих стандарда који материју одмеравања додирују на један крајње оквиран начин, могу пронаћи и много конкретније смернице у вези са циљевима кажњавања, устројством система кривичних санкција, устројством система олакшавајућих и отежавајућих околности, при чему се посебно издвајају акти Савета Европе. Наведени разлози су, као и потреба хармонизовања домаћег права са правом Европске уније, условили подробније бављење управо овим изворима. Други сегмент проучавања односи се на анализу правног оквира на основу којег се одмерава казна у поступцима пред међународним судовима, почевши од суђења у Нирнбергу и Токију после другог светског рата, преко суђења пред трибуналима за бившу Југославију и Руанду, до правила предвиђених Римским статутом. Поред историјског и догматског приступа, правила су подвргнута и критичкој анализи. Наиме, недовољна изграђеност читавог међународног кривичног права, услед које се може означити синтагмом „права у ембрионалној фази“, а тиме и правила о одмеравању казне, отворила је многа осетљива питања из домена заштите људских права, на шта ће, такође, бити указано у оквиру следећих разматрања.

## 1. Међународни стандарди одмеравања казне

Несумњиво је да се општи напредак на плану заштите људских права морао рефлектовати и на одмеравање казне. Тако су унапређивању овог процеса допринели забрана мучења, свирепог, нечовечног или понижавајућег поступања и кажњавања,<sup>445</sup> право на једнакост пред законом и забрана дискриминације,<sup>446</sup> право на правично суђење,<sup>447</sup> право на делотворан правни лек,<sup>448</sup> гарантовање принципа законитости кривичног дела и казне.<sup>449</sup> Ближе интегрисање држава стварањем Европске уније проузроковало је појаву новог типа стандарда, који се много непосредније баве питањем одмеравања. Тежња за остваривањем већег степена јединства између држава чланица довела је до тога да Савет Европе, са циљем уједначавања казнене политике, донесе Препоруку Комитета министара о конзистентности у одмеравању казне.<sup>450</sup> Препорука садржи сет правила усмерених на избегавање нежељених диспаритета, који нарушавају принцип праведности и из њега проистекло правило да се у истим случајевима исто поступа, што у крајњем доводи до слабљења поверења у правосудни систем. Сва предложена решења су заснована на Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, и она се, прецизније речено, налазе у функцији остваривања поменуте забране мучења, права на слободу и безбедност, права на правично суђење и принципа законитости. Основне смернице за уређивање националних законодавстава односе се на циљеве кажњавања, структуру система кривичних санкција, олакшавајуће и отежавајуће околности, значај претходне осуде за одмеравање казне, али и на нека друга питања, попут образложења пресуде, забране *reformatio in peius*, принципа урачунавања, статистике о изречним казнама и међународне сарадње.

---

<sup>445</sup> Члан 5. Универзалне декларације УН о људским правима из 1948. године, чл. 7. Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године (Закон о ратификацији, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71), члан 3. Европске конвенције о основним правима и слободама (Закон о ратификацији, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003).

<sup>446</sup> Члан 7. Универзалне декларације, чл. 14. и 26. Међународног пакта, чл. 14. Европске конвенције.

<sup>447</sup> Члан 10. Универзалне декларације, чл. 6. Европске конвенције.

<sup>448</sup> Члан 8. Универзалне декларације, чл. 13. Европске конвенције.

<sup>449</sup> Члан 11. Универзалне декларације, чл. 15. Међународног пакта, чл. 7. Европске конвенције.

<sup>450</sup> *Recommendation R (92)17 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Consistency in Sentencing*, од 19. октобра 1992. године.



Када су циљеви кажњавања у питању истакнуто је више значајних момената. Поред тога што је пожељно њихово уношење у законски текст, препоручено је да се, у случају да их има више, одреди који има предност тј. приоритетан значај у односу на остале. Уважавајући чињеницу да се у улози учиниоца могу наћи различити субјекти, физичка и правна лица, малолетне или пунолетне особе, препоручено је да се, полазећи од општих циљева, поставе и посебни, прилагођени специфичностима одређене категорије учинилаца. Укупно посматрано, сви циљеви кажњавања треба да буду усмерени на избегавање непотребне строгости казни. Отуда сврха кажњавања мора да прати савремене тенденције криминалне политике, која иде за смањивањем употребе казне затвора, проширивањем примене алтернативних санкција и диверзификационих мера, подразумева се, уз пуно поштовање права жртава.

Изричито је наглашено да правила о одмеравању казне не смеју да пружају могућности за било који облик дискриминације у односу на расу, боју коже, пол, националну припадност, друштвени статус, политичка уврећа било учиниоца било жртве кривичног дела. Посебно је истакнуто да фактори као што су незапосленост, неповољне културне или социјалне прилике не би требало да утичу на одлуку тако да дискриминишу учиниоца кривичног дела и стављају га у неповољнији положај у односу на друге, код којих нису регистровани поменути фактори.

Препоручено је и преиспитивање система кривичних санкција. Први правац редефинисања мора омогућити да се заводске санкције примењују као последње средство, тј. само када је на основу тежине кривичног дела и свих осталих околности случаја јасно да су друге казне неделотворан и неадекватан одговор. Предложено је и преиспитивање законских распона. Минимум и максимум прописаних казни треба да буду тако постављени да заиста рефлектују тежину дела и омогућавају да се казна прилагоди различитим модалитетима његовог извршења. Распони не би требало да буду прешироко постављени, јер тако нису од неке помоћи суду и не могу адекватно да усмере његов рад. Приликом редефинисања казни за поједина кривична дела, не би требало изгубити из вида кохерентност читавог система, те је препоручено државама чланицама да размотре идеју о градирању кривичних дела према тежини.

У зависности од могућности, национални системи чије позитивно право и правна традиција то дозвољавају могу применити и друге технике у обезбеђивању конзистентности у одмеравању. Две су изричито препоручене – „оријентир одмеравања“ и „полазне тачке“. Прва подразумева дефинисање олакшавајућих и отежавајућих околности, док је друга предвиђање базичне висине казне, коју суд може да смањује или повећава у зависности од конкретних олакшавајућих и отежавајућих околности. Остављено је специфичностима националних система да се оријентир и полазне тачке уреде законом, упутствима од стране врховног суда, независне комисије или неког другог надлежног тела.

Приликом стварања законског каталога олакшавајућих и отежавајућих околности треба водити рачуна да оне да буду компатибилне са прокламованим циљевима кажњавања. За олакшавајуће и отежавајуће околности треба бирати само неспорне и у пракси потврђене чињенице. Међу тим околностима, посебно место има поврат. Постојање претходне или претходних осуда, иако се о њима мора водити рачуна приликом одмеравања казне, не би требало аутоматски узимати на штету учиниоца кривичног дела. Њихов утицај зависи од природе и карактеристика ранијих дела. Најслабије или никакво дејство претходна осуда би требало да има у следећим случајевима: ако је протекао значајан период између претходне осуде и новог кривичног дела; ако су и претходно кривично дело и ново мале тежине (багателна кривична дела); или ако се ради о лицу које је младо. Принцип једнакости налаже и стварање јединственог става о статусу ранијих осуда обухваћених актом амнестије или помиловања, као и према осудама донетим од страних судова.

Природа излагања не допушта детаљније бављење процесним гаранцијама, али се ипак не може прескочити принцип да се свака казна мора образложити, како би се јасно видели разлози који су руководили судију да изабаре баш одређену врсту и одређену меру казне. Образложење доприноси остваривању транспарентности читавог система, што се сматра веома значајним циљем. Самосталан сегмент Препоруке бави се управо механизмима за њено остваривање, посебно статистиком о изреченим казнама. Податке о функционисању правосудног система треба учинити доступним не само судијама и стручној јавности, него и

јавности уопште. Отуда се и препоручује вођење званичних статистика о изреченим казнама, које у методолошком смислу, треба да буду доведене у везу са врстама деликата за које су изречене, како би статистички подаци били прегледни и реално употребљиви. На крају, остављено је државама чланицама да установе и разраде методе за континуирану размену информација о трендовима и новим достигнућима у области права одмеравања казне, казненој политици и пракси, како би се међу европским земљама ширила сазнања о могућим путевима унапређивања конзистентности у овој области.

## **2. Статут Међународног војног суда и пракса судова у Нирнбергу и Токију**

Статут Међународног војног суда и поред несумњивог историјског значаја, оствареног кроз формулисање принципа који ће потврђивањем од стране Организације уједињених нација постати темељ читавог међународног кривичног права (тзв. нирнбершки принципи), није оставио неки разрађен правни оквир за одмеравање казне. Осим одредбе да се службени положај оптужених, било као шефова државе било као одговорних државних службеника, неће сматрати основом за ослобођење или ублажавање казне (чл. 2.) и одредбе о томе да се наређење претпостављеног може узети као разлог за ублажавање казне, ако суд нађе да то захтева правичност (чл. 4.), готово и да нема других смерница. Ни систем казни није детаљније уређен, како је суду остављено да бира између смртне или неке друге казне, за коју нађе да је праведна (чл. 27.). Са друге стране, Закон број 10 Контролног савета, иако понавља правила о правном третману званичног положаја и наређења претпостављеног (чл. 4а и 4б), није следио потпуно исту логику код уређивања система казни. Мада се и Закон позива на праведност као основни руководни принцип при избору казне, он одређује да се свако лице за које се утврди да је криво за злочин против мира, ратни злочин или злочин против човечности може казнити једном или кумулативно већим бројем казни од изричито наведених: смртном казном, доживотним затвором или затвором у одређеном

трајању са или без принудног рада, новчаном казном, конфискацијом имовине, повраћајем неправилно стечене имовине, одузимањем појединих или свих грађанских права (чл. 3.). Иако нису фиксирани минимум и максимум, већ је њихово трајање односно износ препуштен осећају правичности судија, ипак је учињено извесно побољшање, јер је макар постављен каталог казни. Посебно правило о одмеравању, односи се на забрану коришћења било каквих привилегија стечених у периоду од 30. јануара 1933. до 01. јула 1945. године, што искључује позивање на имунитет, помиловање или амнестију дату за време нацистичког режима.

Сврха кажњавања није била одређена, али структура изречених казни упућује на то да је ретрибуција имала главну улогу. Овакав закључак се може утемељити на широкој заступљености смртне казне. Од укупно деветнаест осуђујућих пресуда, донетих у Нирнбергу, смртна казна је била изречена у укупно дванаест случајева. По учесталости следи доживотна робија (три случаја), а потом и временски одређене казне – казна затвора од двадесет година (два случаја), казна затвора од петнаест година (један случај) и казна затвора од десет година (један случај). Међутим, изгледа да су циљеви кажњавања ипак били шире посматрани, о чему сведочи и предлог за кривично гоњење и кажњавање, који је саставио тужилац Robert H. Jackson: *„Кажњавање ратних злочинаца треба да буде примарно мотивисано ефектима застрашивања, подстреком који оно даје за унапређивање стандарда понашања у међународним односима, и ако је теорија кажњавања довољно широка, кроз имплицитну осуду немилосрдности и незаконите примене силе ради остваривања националних циљева. Задовољење инстинкта освете и одмазде ради њих самих очито представља најмање здраву основу кажњавања. Ако казна треба да води у прогрес, онда мора бити донета у облику који ће по мишљењу света бити признат као прогресиван и доследан основним правилима морала ...“*<sup>451</sup>

Пошто је указано на оскудност и штурост правних правила, поставља се питање како је на основу њих суђено. Логично је претпоставити да су се у

---

<sup>451</sup> M. C. Bassiouni: Crimes against Humanity in International Criminal Law, no. 14, 1992. године, наведено према A. Shabas: *Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach*, Duke Journal of Comparative & International Law, vol. 7, 1997. године, стр. 500.

практичном раду судова искристалисале неке релевантне околности. Међутим, изненађујуће је колико су војни судови из Нирнберга и Токија оставили иза себе мало правила везаних за одмеравање. Неки сматрају да је ова појава објашњива чисто процесним разлозима. Наиме, међународни војни судови нису одржавали посебна рочишта на којима се разматрају олакшавајуће и отежавајуће околности и доноси одлука о врсти и висини казне, каква су уобичајно следила на националним (америчким и британским) војним судовима, пошто се утврди кривица учиниоца.<sup>452</sup> Тако је суд истовремено, пошто је констатовао постојање кривице изрицао казну и то обично без некаквог опширнијег образлагања. У нирнбершкој пресуди се, у делу који се односи на појединачну одговорност, веома ретко срећу констатације о олакшавајућим и отежавајућим околностима, као што се и тамо где их има о њима фактографски и површно говори, без објашњења у којој мери су утицале на избор казне. Може се само претпоставити да су тежина, суровост, монструозност и масовне размере злочина за које се судило учинили да расправа, посебно о олакшавајућим околностима, буде, на извешан начин, депласирана, готово увредљива. Шта више, некада је и суд у образложењу експлицитно изражавао овакав став, као у случају *Goering*: „*Ништа се не може наћи као олакшавајућа околност, јер је Goering био често, готово увијек, главна покретачка снага, одмах иза свог вође. Он је био иницијатор агресијских ратова и као политички и као војни вођа. Он је руководио програма принудог рада и насилних мера против Јевреја и других раса у Немачкој и ван ње ... Његова кривица је јединствена у својој огромности. Никаквих извињења нема за овог човека*“.<sup>453</sup>

Са друге стране, у суђењима пред националним војним судовима могу се пронаћи примери много детаљнијег приступа. Амерички војни суд је у случају *List* и остали (познат као случај „*Гаоци*“) изричито навео разлоге од којих зависе врста и висина казне. Констатовавши на почетку да су они многобројни, суд је ипак издвојио оне најзначајније, почевши од природе злочина, година и животног

---

<sup>452</sup> Посебно рочиште на којем се расправљају питања везана за казну представља уобичајни део поступка пред британским војним судовима, али таква пракса није заживела у суђењима одржаним после другог светског рата. А. Shabas: *op. cit.*, стр. 461.

<sup>453</sup> Коришћен превод пресуде из монографије *Нирнбершка пресуда (приредио З. Томић)*, Сарајево, 2001. године, стр. 164.

искуства учиниоца, мотива, околности под којима је дело учињено и евентуалне провокације и доприноса жртве, уколико су постојали.<sup>454</sup>

Најчешћа чињеница о којој се расправљало у нирнбершком процесу јесте наређење претпостављеног. Такакав третман је очекиван, јер је то једина околност која је изричито поменута у Статуту Међународног војног суда. Оптужени су се често на њу позивали, мада у крајњем то није дало очекиване резултате. Суд је одбио да призна наређење претпостављеног као олакшавајућу околност, а кроз образложење овакве одлуке је и поставио критеријуме на основу којих се и у будуће може ценити када је оно релевантно. Илустративан је закључак у случају Keitel: „Наређења претпостављених, упућена чак и војнику, не могу се сматрати као олакшавајућа околност тамо где су како страховити тако и многобројни злочини били извршени свесно, безобзирно и без икаквог војничког оправдања“.<sup>455</sup> Исти став је заузет у у пресуди Jodl-у: „Учешиће у таквим злочинима као што су они у којима је он учествовао никада се није ни од ког војника захтевало и он се не може сакривати иза мистике слепе војничке послушности, као оправдања за вршење таквих злочина“.<sup>456</sup> Међутим, национални војни судови дају и другачије примере. Британски војни суд је у пресуди Eck-у уважио наређење претпостављеног, што је смањило казну на петнаест година затвора, а нешто слично се десило и пред америчким војним судом у пресуди Von Leeb-у.<sup>457</sup>

Са друге стране, одбијање наређења је више пута потврђено као олакшавајућа околност, мада није увек имало исту тежину. У највећој мери је утицало на смањење казне Von Neurath-у, који је извукао највише користи из ове околности, будући да је осуђен на казну затвора од петнаест година. „Као олакшавајућу околност у његову корист треба поменути да је Von Neurath интервенисао код Полиције безбедности и СД у циљу да се пусте многи Чехословаци, који су били затворени 1. септембра 1939. године и да се пусте на слободу студенти затворени касније 23. септембра 1943. године. Позвао га је

---

<sup>454</sup> United States of America v. Wilhelm List et al. (Hostage Trial) 11 T.W.C. 757, 1317 (1948). A. Shabas: *op. cit.*, стр. 485.

<sup>455</sup> Нирнбершка пресуда ..., стр. 173.

<sup>456</sup> *Op. cit.*, стр. 208.

<sup>457</sup> United Kingdom v. Eck (Peless Trial), L.R.T.W.C. 1, 13-14 (1947) и United States of America v. Von Leeb (High Command Trial), 11 T.W.C. 1, 563 (1948). Наведено према А. Shabas: *op. cit.*, стр. 487.

Хитлер и рекао му да није довољно оштар и да шаље у Протекторат Heydrich-а да се бори против чехословачких група отпора. Von Neurath је покушао да Хитлера одврати од тога да пошаље Heydrich-а и када у томе није успео, понудио је оставку. Кад његова оставка није прихваћена отишао је на одсуство 27. септембра 1941. године и одбио је вршити функцију као протектор после тог датума“.<sup>458</sup> Међутим, иако је ова чињеница установљена и у неколико других предмета, она није имала неког утицаја на изречену казну. Разлог за то лежи у незнатном дејству, јер одбијање није резултирало спречавањем злочина, али и због тога што су оптужени остајали на функцији упркос неслагању са наређеним мерама. Тако су остали оптужени који су се на њу позивали осуђени на смрт: „С времена на време Rosenberg се противио ексцесима и свирепостима које су његови потчињени вршили, нарочито у случају Koh-а, али су ови ексцеси трајали и он је остао на функцији од краја“.<sup>459</sup> Суд је у случају Frank, такође, разматрао одбијање наређења: „Несумњиво је истина да је већину злочина ... извела полиција, да је Frank имао сукобе надлежности са Himmler-ом и да је Хитлер многе од тих несугласица решио у корист Himmler-а. Стога може бити истина да су у неки од злочина, извршених у Генераловом гувернману, били учињени без знања Frank-а, понекад чак и упркос његовог противљења. Такође, може бити истина да неке од злочиначких мера нису водиле порекло од Frank-а ... али је, такође истина да је Frank учествовао свесно и вољно у вршењу терора у Пољској, у економској експлоатацији Пољске на начин који је доводио до смрти од глади велики број становништва, у депортацији у Немачку више од једног милиона Пољака на принудни рад и у погрому најмање три милиона Јевреја“.<sup>460</sup> И у случају Seyss-Inquart употребљени су исти аргументи. Суд је прихватио доказе који су показали да се он „... противио крајњим мерама које су примењивала друга надлежства, као на пример када је у великој мери успео спречити војску да споведе мере „спаљивања до темеља“ и настојао код виших вођа СС и полиције да смањи број талаца за стрељање. Али остаје чињеница да је Seyss-Inquart добровољно и свесно учествовао у ратним злочинима и злочинима против човечности који су извршени

<sup>458</sup> Нирнбершка пресуда ..., стр. 220.

<sup>459</sup> Оп. cit, стр. 178.

<sup>460</sup> Оп. cit, стр. 180.

у току окупације Холандије“.<sup>461</sup> Правило о одбијању наређења је у више наврата потврђено и пред националним војним судовима. Амерички војни суд је Nosske-а осудио на доживотну робију уместо на смртну казну управо стога што је одбио да изврши наређење које је обухватало и егзекуције, Schultz-а на двадесет година затвора и Lanz-а на дванаест година, узимајући у обзир одбијање извршења незаконитог наређења.<sup>462</sup>

Природа дела за које се судило налагала је и преиспитивање значаја места у војној и државној хирерахији. При томе се увек водило рачуна и о чињеници како се оптужени реално понашао на функцији, колико је био активан, да ли су повреде међународног права настајале по његовој личној иницијативи или не и слично, што је било у функцији утврђивања степена кривице. Иако се о томе углавном не говори као о околности одмеравања, образлагање одговорности по тачкама оптужнице, показује да се у сваком предмету о томе водило рачуна. Један од примера када су положај и понашање на функцији директно доведени у везу са казном је случај Funk, у којем је закључено да: „*упркос чињеници да је заузимао званичан положај, он никада није био доминантна личност у разним програмима у којима је узимао учешће. То је олакшавајућа околност коју суд узима на знање*“.<sup>463</sup>

Британски војни суд је изрицао релативно ниске казне (од пет година затвора) за „*мале људе са малим одговорностима*“, који су регрутовани од стране нацистичког режима. Тако је у случају Ruehl-а, припадника Einsatz групе, суд уважао његов низак ранг, кратак период у којем је припадао групи и чињеницу да није имао активног учешћа у њеним операцијама, уз примедбу да је непостојање противљења нацистичким суровостима ирелевантно, јер и да је постојало њега ионако нико не би ни слушао.<sup>464</sup> Такво правило је примењено и пред америчким војним судом у сучајевима Rothenberger и Lautz, од којих је потоњи био државни

---

<sup>461</sup> *Нирнбершка пресуда ...*, стр. 214.

<sup>462</sup> United States v Ohlendorf et al. (Einsatzgruppen Trial), 4 T.W.C. 1, 558 (1948), 4 L.R.T.W.C. 470, 15 Ann. Dig. 656 (1948), 15 T.W.C. 1180,1187 (1948) и United States of America v. Wilhelm List et al. (Hostage Trial) 11 T.W.C. 757, 1317 (1948). Наведено према А. Shabas: *op. cit.*, стр. 487. и 488.

<sup>463</sup> *Нирнбершка пресуда ...*, стр. 189.

<sup>464</sup> United States v Ohlendorf et al. (Einsatzgruppen Trial), 4 T.W.C. 1, 558 (1948). Наведено према А. Shabas: *op. cit.*, стр. 489.



тузилац, али није био активан у нацистичкој партији и одбијао је приговоре да треба да буде активнији.<sup>465</sup>

Значајно место међу малобројним изричито наведеним чињеницама у нирнбершкој пресуди заузима и поступање према жртвама, усмерено на смањивање њихових патњи, као и на умањење материјалних разарања. Како се да претпоставити, нема много таквих примера. Јединствен је случај Speer: *„Као олакшавајућу треба признати чињеницу да је Speer-ово увођење тзв. блокираних индустрија многе раданике оставило код куће и да је у завршним стадијумима рата он био један од малобројних људи, који је имао одважности да каже Хитлеру да је рат изгубљен и да се предузме мера која ће спречити непотребно уништавање средстава за производњу, како у окупираним областима тако и у Немачкој. То га је доводило у приличну личну опасност. Он се и супротставио смишљеном саботажом Хитлеровом програму спаљивања до темеља у неким земљама и у Немачкој на велики сопствени ризик“*.<sup>466</sup> Пред националним војним судовима ова околност се неупоредиво чешће среће. Тако је у случају Radetzky суд утврдио да је оптужени повремено настојао да помогне жртвама, као и да је омогућио једном броју заточеника логора да побегну.<sup>467</sup>

Чврсто повезана са претходном је и чињеница поштовања важећих међународних правила о вођењу рата, која је регистрована у нирнбершком процесу, мада је неупоредиво учесталија у суђењима пред националним трибуналима. Doenitz је једини оптужени, којем је у Нирнбергу призната ова околност: *„... доказано је да је активно учествовао у вођењу агресорског рата ... али је са британским морнарима, ратним заробљеницима у логорима под надлежношћу Doenitz-а било поступано тачно према одредбама Конвенције и Суд узима у обзир ову чињеницу, сматрајући је олакшавајућом“*.<sup>468</sup> Исто је констатовано и у пресуди Dehner-у, који настојао да примењује важећа правила о вођењу рата, а не

---

<sup>465</sup> United States of America v. Alstötter (Justice Case) 3 T.W.L.C. 1 (1948) 1118, 1200 и United States of America v. Alstötter (Justice Case) 3 T.W.L.C. 1 (1948) 1128, 1200. Наведено према А. Shabas: *op. cit*, стр. 489.

<sup>466</sup> *Нирнбершка пресуда ...*, стр. 217.

<sup>467</sup> United States v Ohlendorf et al. (Einsatzgruppen Trial), 4 T.W.C. 1, 578 (1948). Наведено према А. Shabas: *op. cit*, стр. 492.

<sup>468</sup> *Нирнбершка пресуда ...*, стр. 198.

„нацистичке девијације истих“.<sup>469</sup> Свесни напори да се испоштују правилне процедуре довели су до умањења казне и у случају Flick<sup>470</sup> или у случају Steinbrick, који је поступио по правилима о бродоломницима, спасавајући преживеле са потопљеног брода.<sup>471</sup>

Године старости и стање болести представљају класичне личне околности, регистроване спорадично. Раније поменути Von Neurath осуђен је на петнаест година затвора, делимично и уважавањем његових година. Са друге стране је Schlegelberger, познати немачки правник, осуђен на доживотну робију, иако је био у касним седамдесетим, у таквом здравственом стању да није био у могућности да прати суђење, иако је уважено и то што је дао оставку на своје место које је заузимао у нацистичкој правосудној хијерехији.<sup>472</sup>

Признање кривице, иако се спорадично среће у предметима расправљаним пред судом у Нирнбергу, није имало утицаја на казну, чак и када је дало изванредан допринос утврђивању материјалне истине: *„Све ове злочине он је отворено признао. Код неких специфичних случајева могу се сведочења разликовати, али углавном лична признања Goering-ова више су него довољна да се може закључити да је крив“*.<sup>473</sup> Сличан је и третман са ретким изјавама кајања и осећања кривице: *„На почетку свога саслушања Frank је изјавио да има осећање страшне кривице за свирепости учињене над окупираним територијама. Али, његова одбрана је у великој мери посвећена покушају да докаже да уствари он није одговоран, да је издавао само наређења потребна за неопходно смирење, да се ексцеси имају приписати акцијама полиције, која није стајала под његовом контролом и да никада није знао за режим концентрационих логора. Доказивао је такође да гладовања треба приписати последицама рата и мерама спроведеним према четворогодишњем плану; да је програм рада стојао под управом Sauchel-a и да је*

---

<sup>469</sup> United States of America v. Wilhelm List et al. (Hostage Trial) 11 T.W.C. 757, 1300 (1948). Наведено према A. Shabas: *op. cit.*, стр. 493.

<sup>470</sup> United States of America v. Flick et al. 9 L.R.T.W.C. 1, 29 (1949). *Op. cit.*, стр. 493.

<sup>471</sup> United States of America v. Flick et al. 9L.R.T.W.C.69, 158 (1949), United States of America v. Flick et al. 9L.R.T.W.C.69, 158 (1949). *Op. cit.*, стр. 493.

<sup>472</sup> United States of America v. Alstötter (Justice Case) 3 T.W.L.C. 1 (1948) 1199-1200. A. Shabas: *op. cit.*, стр. 493.

<sup>473</sup> *Нирнбершка пресуда ...*, стр. 164.

*истребљење Јевреја вршено од стране полиције и SS-а по директним наредбама Himmler-а“.*

Критеријуми за одмеравање казне у међународном кривичном праву могу се пронаћи и у одлукама Контролног савета за Немачку. Контролни савет, састављен од представника савезничких сила, имао је овлашћење да казну „смањи или на други начин измени, али не и поништи“ (чл. 29.). Спорна је правна природа овог института. Како нису постојали правни лекови, он се јављао као нека врста супститута, иако се могу повући и сличности са установом условног отпуста и помиловања. Сигурно да Контролни савет није било баш идеално тело за доношење таквих одлука, поготову што су његови чланови поступали по налозима својих влада, руковођени искључиво политичким разлозима. Непосредно по окончању поступка у Нирнбергу, осуђеници су поднели молбе Контролном савету, али су све биле одбијене. У Извештају о поднетим молбама наводи се да има неколико осуђених који су показали храброст и карактер одбијајући поједине „ужасне дужности“, али и да је општи утисак да је већина ипак поступала са убеђењем да је оно што чини исправно.<sup>474</sup> Временом је долазило до превременог пуштања затвореника, док на крају није остао само Rudolf Heß, због вета које су уложили руски представници, како неки сматрају да би задржали приступ британској зони Берлина у којој је издржавао казну, иако су болест, старост и више од четрдесет година проведених у затвору ишли у прилог његовог помиловања.<sup>475</sup> Ипак, искристалисано је неколико важних фактора о којима се водило рачуна приликом разматрања молби: положај у хијерархији (релативна субоординираност), степен кривице, чињеница да је осуђени имао храбрости да на сопствени ризик одбије наређење, тешка болест осуђеника или посебне околности сличне природе.<sup>476</sup>

---

<sup>474</sup> Report of the Advisory Board on Clemency for War Criminals to the United States High Commissioner for Germany, 15 T.W.C. 1157,1161(1948). Наведено према А. Shabas: *op. cit.*, стр. 485.

<sup>475</sup> D. Van Zyl Smit: *Облици одмеравања казне у међународном кривичном правосуђу*, ХЛКПП, вол. 11, бр. 2, 2004. године, стр. 1005.

<sup>476</sup> Statement of High Commissioner for Germany, 31 January 1951, Upon Announcing His Final Decisions Concerning Requests for Clemency for war Criminals Convicted at Nuremberg, 15 T.W.C. 1176, 1177 (1948). Наведено према А. Shabas: *op. cit.*, стр. 486.

### 3. Статут *ad hoc* Трибунала за бившу Југославију и Правила о поступку и доказивању

Један од фундаменталних проблема који оптерећује одмеравање казне на међународном нивоу јесте проблем „правде победника“, који је обележио суђења одржана после другог светског рата у Нирнбергу и Токију. Неки теоретичари истичу да је формирање *ad hoc* трибунала 90-тих година пружио нову шансу и могућност да се одмеравањем казне постигне квалитативно другачији облик правде, иако то није нимало лак циљ.<sup>477</sup> Општи поглед на садржину Статута *ad hoc* Трибунала за бившу Југославију, открива да се ради о акту који се, пре свега, бави питањима процесне и организационе природе, а само једним мањим делом институтима материјалног кривичног права. У тој оскудици материјалних правила, тешко је очекивати некакав заокружен и разрађен систем норми о одмеравању. Статут једино налаже суду да приликом одмеравања казне узме у обзир факторе попут тежине кривичног дела и личних прилика осуђеника. Ни Правилник није од веће помоћи, мада он незнатно допуњује материју, наводећи значајну сарадњу са тужиоцем, као једну од потенцијалних олакшавајућих околности (правило 101 (i) и (ii)). Када су казне у питању, треба рећи да су одређене само у знацима, тј. врстом и без постављања општег минимума и максимума, како је то уобичајно у националним кривичноправним системима. Тако суд може изрећи казну затвора као главну, односно повраћај имовине и имовинске користи као споредну казну (чл. 24.). Такође, ни приликом нормирања кривичних дела из надлежности суда нису забрањене казне (чл. 2-5.), што је уобичајна ствар у националним законодавствима. Да би се надоместило одуство било каквог казног оквира, пронађен је излаз у позивању на „опиту праксу изрицања затворских казни пред судовима бивше Југославије“ (чл. 24. ст. 1.).<sup>478</sup> Ова статутарна одредба настала је са једним дубљим циљем, да се очува темељно начело кривичног права – *nullum crimen nulla poena sine lege* – и избегне ретроактивна примена права, због које је међународно правосуђе трпело озбиљне приговоре још од нирнбершког и

<sup>477</sup> R. Henham: *International Sentencing in the Context of Collective Violence*, International Criminal Law Review, no. 7, 2007. године, стр. 451.

<sup>478</sup> Идентичну норму садржи и Статут Трибунала за Руанду. Видети чл. 23. ст. 1.

токијског процеса. Не треба заборавити да је Статут донет 25. маја 1993. године, а да је њиме дат мандат Трибуналу да пресуђује за случајеве кршења међународног хуманитарног права учињене од 1991. године.<sup>479</sup> Отуда и не чуди што се на самом почетку израде овог акта развила жива дебата о правним механизмима, успомоћ којих би се задовољили захтеви *lex praevia*.<sup>480</sup>

Међутим, иако ослањање на правни поредак одређен по *locus delicti commissi* изгледа као једино решење, то не значи да оно идеално и да није праћено никаквим тешкоћама у примени. Прво, поставило се питање да ли је релевантна само судска пракса, што следи из стриктног језичког тумачења, или би суд морао да води рачуна о кривичном законодавству. Експерти су закључили да, као и у многим другим земљама, и у Југославији има мало употребљивих пресуда, које се односе на случајеве сличне онима из надлежности Међународног суда. У том смислу, најпознатије су пресуде у случају Михаиловић из 1946. године и у случају Артуковић из 1986. године. Како је у оба случаја изречена смртна казна, дискутабилно је шта би се из њих могло извући, посебно ако се свему додају пратеће контроверзе и сумњива политичка позадина. Општа оцена, до које се дошло у извештају приређеном за потребе овог Трибунала, говори о томе да је број осуђених за геноцид и ратне злочине толико мали да не допушта извођење никаквих респектабилних закључака о пракси пред судовима бивше Југославије.<sup>481</sup> Зато су известиоци и предложили, када већ нема довољно осуда за кршење међународног хуманитарног права, да се узме у разматрање казнена политика за убиства, телесне повреде и силовања, дакле, за дела из њиховог састава. Принципијелно посматрано, смернице добијене на овакав начин не би биле претерано корисне, јер сва ова „обична“ дела добијају низ специфичности када се врше у посебним, ратним околностима. Треба поменути да и Статут Трибунала за Руанду садржи идентичну одредбу, те се и овај суд суочио са истим проблемом, мада у још драстичнијем виду. Увид у тамошњу праксу је једноставно немогућ,

---

<sup>479</sup> Исто је и са Статутом Трибунала за Руанду, донетим 8. новембра, са циљем да се гоне дела учињена од 1. јануара 1994. године.

<sup>480</sup> Она је детаљно обрађена у W. A. Shabas: *op. cit.*, стр. 471. и надаље. Видети Извештај Corell – Türk – Thune, где је и предложено решавање проблема ослањањем на национално законодавство, као и мишљења руског, француског, италијанског и других експертских тимова.

<sup>481</sup> Видети извод из Извештаја који су сачинили Јанковић и Васиљевић у W. A. Shabas: *op. cit.*, стр. 477.

пошто нема јединствене званичне статистике, али и због уништавања судских архива у току оружаног сукоба.<sup>482</sup>

Претпостављене тешкоће су навеле теоретичаре да примене други приступ. Уместо стриктног језичког значења „опште праксе“ сугерисано је више него креативно тумачење ове синтагме, које би омогућило примену кривичног закона. Сама идеја је настала компарирањем верзија текста на различитим језицима. Чини се да је француски текст отворенији и пријемчивији за овакво тумачење, пошто препоручује Међународном суду да се најпре држи судске праксе, дајући јој предност над општим законским одредбама о казни.<sup>483</sup> Као што ће касније бити показано, Трибунал је имао у виду управо Кривични закон из 1976. године, а не тешко употребљиву судску праксу.

Ако се ствари тако поставе искрсавају два крупна нова проблема. Прво, како помирити југословенске прописе и Правилник о поступку и доказима који садржи казну доживотног затвора (правило 101 (А)). Наиме, важећи југословенски КЗ је предвиђао смртну казну и казну од двадесет година као њену замену. Ако је смртну казну немогуће изрећи пред међународним судом, јер се напосто не налази на листи дозвољених, позивање на националне прописе водило би ка казни затвора од двадесет година, а никако ка доживотном затвору. Зашто се онда доживотни затвор појавио као алтернатива, да ли је у питању миопија твораца међународних правила, који нису били у стању да системски сагледају норме Статута и Правилника и предвиде консеквенце усвојених решења или постоје неки други разлози. Одговор се опет проналази у генези ових правила. Расправа у вези са казним системом открива да је неусаглашеност била регистрована, али и да је под притиском неких држава ипак прихваћен доживотни затвор као „природна“ алтернатива смртној казни. Теза о неопходности доживотног затвора није одржива – многе земље које су укинуле смртну казну замениле су је временском казном затвора, те је закључак о „природности“ једноставно неутемељен. Надаље, увођење ове казне дефинитивно нарушава принцип законитости и забрану примене *ex post* закона. Иако ни Статут ни Правилник не одређују циљеве кажњавања, суд је изградио сопствена правила о

---

<sup>482</sup> W. A. Shabas: *op. cit.*, стр. 477.

<sup>483</sup> „*Recours à la grille générale des peines appliquée par les tribunaux de l' ex-Yougoslavie*“.

томе. Док се са становишта усвојене *just desert* теорије може подржати, доживотни затвор се никако не уклапа у рехабилитацију, један од циљева, признатих у досадашњем раду суда. Да не говоримо о томе да је суд преслободно искористио статутарно овлашћење да донесе правилник о поступку и доказима (чл. 15.), предвидевши казну која нема упориште у самом Статуту. То је и нагнало неке теоретичаре да Правилник назову самопроглашеним.<sup>484</sup>

Са друге стране, оваква неусаглашеност се није јавила пред *ad hoc* Трибуналом за Руанду, јер је казна доживотног затвора саставни део њиховог кривичноправног система. То значи да нема препреке изрицању доживотног затвора, бар са аспекта законитости. Један други принцип би се могао испречити њеној примени, а то је принцип једнакости, гарантован у оба статута (чл. 21. ст 1. Статута Трибунала за бившу Југославију и чл. 20. ст. 1. Статута Трибунала за Руанду). Да би се разумело од каквог је овде значаја, пошто су судови аутономни, требало би се сетити да они деле исту жалбену канцеларију. Сада је јасно да би се жалбени суд могао наћи у веома деликатној позицији да различито поступа према двојници осуђених за слична дела, само због тога што су учињена у различитим земљама, чија законодавства познају односно не познају казну доживотног затвора. Да ли уопште треба коментарисати незахвалну дилему, где се практично одлучује о томе да ли превагу има начело законитости или начело једнакости?!

У светлу расправе о казним оквирима и принципу законитости посебно је проблематичан злочин против човечности. Начин на који је дефинисан у Статуту нема пандан у југословенском законодавству, тако да је везивање за национални правни поредак у односу на ово кривично дело потпуно бесмислен и јалов приступ. Свеукупно посматрано, без прецизног и јасног упоришта у међународном и националном кривичном праву, слобода суда је у овом случају најмање ограничена, што се никако не може оценити као прихватљиво.

Други спорни момент позивања на општу праксу настаје отуда што нема никаквих временских ограничења, те постоји дилема да ли се ради о пракси (или по

---

<sup>484</sup> D. van Zyl Smith: *op. cit.*, стр. 1011.

ширем схватању прописима) у време извршења дела или у време суђења.<sup>485</sup> Међутим, ако се све време говори о маневру зарад обезбеђења законитости, јасно је да би требало да буду релевантни само извори који су важили у време извршења дела, каснији би евентуално дошли у обзир под условом да су блажи за учиниоца.

На основу претходног испитивања још увек скромних казних одредаба могу се открити развојне тенденције међународног кривичног права после Нирнберга, при чему посебну пажњу привлаче два момента – забрана смртне казне и покушај остваривања законитости ослањањем на националне правне системе. Обе новине су дефинитивно последица универзалног напретка на пољу заштите људских права. Искључење смртне казне нужно происходи из општег међународног стандарда, из забране окрутних, нељудских и понижавајућих казни. То свакако представља корак напред, мада замагљен чињеницом да је за супститут изабрана казна доживотног затвора, која се у делу теорије оцењује као неспојива са поменутиим стандардом. Критика некада иде до тих размера да се она, због пролонгиране патње, оцењује чак као нечовечнија од смртне. И покушај да се оствари правна сигурност кроз начело законитости је, такође, похвалан. Али, добра идеја и адекватна реализација су две различите и некада веома удаљене ствари, те се може рећи да међународно кривично право, на посматраном нивоу развоја, још увек није уобличио адекватан механизам за њено практично отелотворење.

#### 4. Анализа праксе *ad hoc* Трибунала за бившу Југославију

На почетку је констатована малобројност и недовољна профилисаност правила о одмеравању, што питање како се у свему томе снашао Трибунал чини веома занимљивим. Ово тим пре што је вероватно да ће пракса, не само *ad hoc* Трибунала за бившу Југославију него и *ad hoc* Трибунала за Руанду, трасирати и будући рад сталног међународног кривичног суда. За разлику од Нирнберга, свака судска одлука, којом се изриче или преиспитује казна поводом жалбе, сада има

---

<sup>485</sup> W. A. Shabas: *Perverse Effects of Nulla Poena Principle: National Practice and the ad hoc Tribunals*, *European Journal of International Law*, vol. 11, no. 3, 2000. године, стр. 526.



образложење, што представља корак ка поштенom и правичном суђењу. Уважавање елементарног личног достојанства осуђеника налаже рационално објашњење зашто је осуђен и како се дошло до конкретно изречене казне. Уједно, образложење олакшава реконструисање и критичко сагледавање одмеравања, у којем ће најпре бити разматране теме казних оквира и сврхе кажњавања, као основних претпоставки и основних смерница за одвијање овог процеса, док ће се у даљем фокусу проучавања наћи судско тумачење статутарних појмова тежине кривичног дела и индивидуалних прилика учиниоца и других фактора, који су по схватању суда релевантни за избор казне.

#### 4.1. Казнени оквири у пракси Трибунала

Приликом одређивања висине казне суд је редовно цитирао одредбе Кривичног закона СФРЈ из 1976. године. Ово је опште место свих пресуда донетих пред Трибуналом; потпуно очекивано, јер статутарна одредба упућује на њихово коришћење. Теоријска дилема, да ли се под формулацијом „општа пракса“ мисли буквално на судске одлуке или кривични закон у време извршења дела, отклоњена је и решена у корист закона. Правило је постављено у предмету Ерденовић, где је установљено да нема судских одлука, које би се односиле на сличне случајеве какви се налазе пред међународним судом, те услед ових фактичких препрека улогу смернице имају законске одредбе.<sup>486</sup> Али, било би исхитрено закључити да се све изречене казне налазе у распону од пет до двадесет година, како следи из главе XVI Кривичног закона. Напротив, постоје прекорачења у оба смера, настала услед става суда да ове одредбе немају обавезујући карактер. Како год да су у пресудама називане, као помоћно или корисно средство, назнака, индикација казне или нешто томе слично, увек су праћене експлицитном напоменом да не ограничавају дискреционо овлашћење суда да изабере казну. Тако не остаје ни трачак сумње да је позивање на КЗ само празна форма, без реалног утицаја на висину казне. Да се

---

<sup>486</sup> Првостепена пресуда у предмету Ерденовић, бр. IT-96-22-T од 29. новембра 1996. године, пар. 36-40.

тима компромитује законитост није могло остати непознато суду, који је унеколико наврата, додуше невешто, покушао да оправда одступање од законског распона: „*Међународни суд може изрећи казну која премашује казну примењиву према КЗ Југославије. Тиме се не нарушава начело законитости, будући да је оптужени морао бити свестан да кривична дела за која се терети представљају најтежа кришења међународног хуманитарног права која подлежу најстрожим казнама*“.<sup>487</sup> Непоштовање начела легалитета је најевидентније у односу на злочин против човечности, који не постоји у кривичном законодавству Југославије у облику какав је постављен Статутом (чл. 5.). Претресно веће је у случају Ердемовић лаконски закључило да ће: „... *задржати принцип по којем су за слична кривична дела која су тамо дефинисана* (мисли се на Кривични закон из 1976. године, прим. аут), *на пример геноцид, предвиђене најстроже казне*“.<sup>488</sup> Ово није ништа друго до еклатантан пример нарушавања начела законитости применом аналогije, који је веће настојало да оправда следећим речима: „... *упућивање на општу праксу наведеним принципом законитости значило би не препознати криминални карактер који се свуда приписује злочину против човечности, или у најбољем случају учинити то упућивање мање редундантним. Веће је управо показало да је злочин против човечности већ одавно део међународног правног поретка и да су за исти предвиђене најстроже казне. Стога би и наведену референцу било погрешно интерпретирати наведеним принципом легалитета*“.<sup>489</sup> Структура изрицаних казни јасно потврђује да се Трибунал није држао законских оквира, те је изрицао и доживотни затвор<sup>490</sup> и временске казне које прилично премашују законом

---

<sup>487</sup> Видети првостепене пресуде у предметима: Блашкић, бр. IT-95-14-T од 3. марта 2000. године, пар. 681; Брђанин, бр. IT-99-36-T од 01. септембра 2004. године, пар. 1144; Крајишник, бр. IT-00-39-T од 27. септембра 2006. године, пар. 1170 и 1171; Зеленовић, бр. IT-96-23/2-S од 4. априла 2007. године, пар. 57; другостепену пресуду у предмету Муџић, бр. IT-96-21-A од 20. фебруара 2001. године, пар. 816 и 817.

<sup>488</sup> Ердемовић, пар. 35.

<sup>489</sup> Ердемовић, пар. 38. Исти проблем се појавио и у пресудама Тодоровић, бр. IT-95-9/1-S од 31. јула 2001. године, пар. 104; Симић (Милан), бр. IT-95-9/2-S од 17. октобра 2002. године, пар. 46; Васиљевић, бр. IT-98-32-T од 29. новембра 2002. године, пар. 247; Чешић, бр. IT-95-10/1-S од 11. марта 2004. године, пар. 103 и др.

<sup>490</sup> Видети, на пример, првостепену пресуду у предмету Стакић, бр. IT-97-24-T од 31. јула 2003. године и другостепену пресуду у предмету Галић, бр. IT-98-29-A од 30. новембра 2006. године.

дозвољени максимум од двадесет година.<sup>491</sup> Веома је ретко супротно одступање, где је изречена казна испод посебног минимума од пет година.<sup>492</sup>

Став о необавезности националног поретка примењиван је веома доследно, што се рефлектовало и у односу на начело *lex mitior*. Постоје два разлога који упућују на његово поштовање. Оно је уграђено у југословенско законодавство, па је дозвољена ретроактивна примена кривичног закона, под условом да је блажи за учиниоца (чл. 4. ст. 2. КЗ-а). Не сме се заборавити ни да се ради о међународном стандарду, гарантованом Међународним пактом о грађанским и политичким правима (чл. 14.), Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода (чл. 7. ст. 1.) и многим другим документима. Све то говори да би требало да буде уважен од стране суда, што се, међутим, у пракси није догодило.<sup>493</sup> Суд је искључио примену *lex mitior*, наводећи да се он примењује само у случајевима када се извршење кривичног дела и изрицање казне за то дело дешавају унутар истог правног система.<sup>494</sup> Обрнуто, у случају упоредне надлежности две државе, она у којој се суди, по међународном праву нема обавезу да примени казни оквир или опште одредбе о одмеравању казне оне у којој је дело учињено. У компаративном праву, додуше, има примера обавезне примене права по *lex loci delicti commissi* ако је блаже за учиниоца, али је то реткост и не представља саставни део *lex mitior* као међународног стандарда.<sup>495</sup> Ако се принцип односи на упоредну надлежност држава, тим пре важи за упоредну надлежност судова у бившој Југославији и Међународног суда, што је изведено из статутарне одредбе о примату потоњег.<sup>496</sup> По тумачењу Трибунала, примат је тај који му допушта да не изрекне блажу казну,

<sup>491</sup> Како изгледа казнена политика суда види се из наставка, где се у загради налази казна из првостепене и другостепене пресуде: Блашкић (45 – 9 година), Брђанин (32 – 30 година), Галић (20 година – доживотни затвор), Јелисић (40 – 40 година), Кордић (25 – 25 година), Крајишник (27 – 20 година), Крстић (46 – 35 година), Кунарац (28 – 28 година), Мартић (35 – 35 година), Милошевић (33 – 29 година), Николић (27 – 20 година), Жигић (25 – 25 година).

<sup>492</sup> Првостепеном пресудом Алексовски је осуђен на казну затвора у трајању од две године и шест месеци. Алексовски, бр. IT-95-14/1-T од 25. јуна 1999. године.

<sup>493</sup> Генерални секретар УН је упозорио да Међународни суд обавезују међународни стандарди о правима оптужених у свим фазама поступка. Видети Извештај Генералног секретара у складу са параграфом 2 Резолуције бр. 808 (1993) Савета безбедности, бр. S/25704, од 3. маја 1993. године, пар. 106.

<sup>494</sup> Николић (Драган), бр. IT-94-2-S од 18. децембра 2003. године, пар. 163; Дeroњић, бр. IT-02-61-S од 30. марта 2004. године, пар. 168.

<sup>495</sup> Кривични законик Швајцарске (чл. 5. ст. 1. и 2, чл. 6. ст. 1. и 2. и чл. 6. bis ст. 1. и 2, као и Кривични законик Шведске, поглавље 2.2.3.

<sup>496</sup> Николић (Милан), бр. IT-02-60/1-S од 2. децембра 2003. године, пар. 165; Дeroњић, пар. 170.

ако је евентуално касније прописана. Каснији закони, као део националног правног система, деле у потпуности његову судбину и сматрају се необавезујућим. То не значи да је суд у потпуности одбацио правило *lex mitior*. Напротив, он га је везао за измене Статута и Правилника, а не за национално право бивше Југославије и нових држава насталих на том подручју.<sup>497</sup>

Пошто је практично одбачена логична примена казних распона из Кривичног закона бивше Југославије, суд је прибегавао консултовању своје раније праксе.<sup>498</sup> Образац казни, како је обично насловљено разматрање праксе Трибунала, указује на неколико закључака. Прво, постоји јасно инсистирање на конзистентности казнене политике. Основу сваког рационалног и праведног правосудног система чини претпоставка да учиниоци сличних кривичних дела под сличним околностима не би требало да добију сувише различите казне. Тако би и међународни судови требало да се понашају попут националних, који воде рачуна о том, да га тако назовемо, судском казненом распону. Иако не обавезује, он се користи као смерница, не би ли се избегла појава да слободно судијско уверење резултира претераним варирањима каква би, у крајњем, умањила поверење јавности и довела у питање интегритет правосуђа. То, наравно, не значи да је суд дужан да изрекне идентичне казне у два предмета која су у општим цртама слична. Тиме би се сузио дискрециони простор, неопходан за прилагођавање специфичностима. Друго, види се да је суд свестан ограниченог значаја претходних осуда. Униформност је тешко очекивати, посебно ако се има у виду мали број предмета, што праксу међународних судова чини апсолутно неупоредивом са праксом било којег националног правосуђа. Претходни рад још увек није толико богат да се би из њега могла извући некаква чврста скала изречених казни. И треће, питање конзистентности је озбиљно искомпликовано праксом *plea bargaining*, која омогућава да нагађање и преговарање доведу до неупоредиво повољнијег третмана учиниоца, у односу на оног који није пристао на овакву погодбу. Како овај

---

<sup>497</sup> Жалбене пресуде у предметима Николић (Драган), бр. IT-94-02-A од 4. фебруара 2005. године, пар. 81-82 и Дерић, бр. IT-02-61-A од 20. јула 2005. године, пар. 96.

<sup>498</sup> Видети, на пример, следеће пресуде: Алексовски, пар. 243; Крнотелац, бр. IT-97-25-T од 15. марта 2002. године, пар. 527-532; Квачка, бр. IT-98-30/1-T од 2. новембра 2001. године, пар. 710; Љимај, бр. IT-03-66-T, од 30. новембра 2005. године, пар. 735; Николић (Драган), пар. 174; Стакић, пар. 931; Муцић, пар. 526 и др.

институт ствара драстичне разлике илуструју примери двојице осуђених, Мрђе и Васиљевића.<sup>499</sup> Први је добио седамнаест година затвора за учешће у убиству око двеста људи, док је други за помагање у убиству петорице, осуђен на петнаест година. Очито је Мрђино признање кривице превагнуло над обимом проузроковане последице, суровим начином извршења (бацање са стена у провалију) и обликом учешћа, факторима који недвосмислено говоре у прилог томе да би требало да добије вишу казну у односу на Васиљевића.

Надаље, Трибунал је у неким предметима, тражећи адекватну казну, посегао за законском казненом политиком земаља, које ни на који начин нису повезане са случајем за који се суди. Тако у више наврата коришћен извештај професора Siebera из Института *Max Planck*, са приказом казни из чак двадесет три земље.<sup>500</sup> Тешко је рационалном правном аргументацијом објаснити зашто су ти казнени оквири битнији од оних из кривичноправног система СФРЈ. Како нема правног утемељења, једино што се намеће као закључак јесте да се ради о покушају да се оправда и учини прихватљивијом казна каква се по југословенском праву не би могла изрећи, што се и догодило у случају Николића, осуђеног на казну затвора у трајању од двадесет и три године. Без намере да се појави консултовања права, на која не упућују ни Статут ни Правилник нити нека тачка везивања из датог случаја, да политичка конотација, не може се прећутати неисправност овакве праксе.

#### 4.2. Сврха кажњавања у пракси Трибунала

Иако ни у Статуту Хашког трибунала ни у Правилима о поступку и доказима, није изричито прописана сврха кажњавања, судије се редовно на њу позивају, као на једну од општих смерница. Огромна већина пресуда садржи посебне параграфе посвећене разматрању овог питања. Међутим, у том сегменту постоје значајне разлике, јер поједине пресуде само констатују шта се сматра сврхом кажњавања, без неког даљег образлагања, док се друге упуштају у

<sup>499</sup> Васиљевић, бр. IT-98-32-T од 29. новембра 2002. године и Мрђа, бр. IT-02-59-S од 31. марта 2004. године.

<sup>500</sup> Николић (Милан), пар. 166-173; Дeroњић, пар. 171-177.

детаљније тумачење међународних извора, анализу јуриспруденције Нирнбершког и Токијског суда, самих *ad hoc* трибунала за бившу Југославију и Руанду и Кривичног закона СФРЈ из 1976. године, а некада чак и различитих извора и праксе у неким другим земаљама, да би се на крају закључило шта се сматра легитимним циљем. Летимичан поглед на осуђујуће пресуде не указује да је сврха кажњавања тако често узимана у обзир, али је то ипак тачно, пошто се она „скрива“ под неким другим терминима, попут циљева, принципа или функција казне, а ређе иза недовољно прецизне синтагме политика одмеравања која је, такође, у оптицају.

Претресна већа су у појединим предметима заузела став да се сврха кажњавања може извести из Резолуције 827 (*S/RES/827*, 1993. године).<sup>501</sup> Савет безбедности је оснивањем Трибунала спровео у дело своје овлашћење да предузима мере потребне за одржавање међународног мира и безбедности, заснованао на чл. 39. Повеље УН. Из изјава чланица Савета безбедности приликом усвајања ове резолуције видљиво је да су оне у Трибуналу виделе средство којим ће се *„наметнути владавина права и одвратити сукобљене стране од даљих злочина и уверити их да их више не чине“*. У годишњем извештају Међународног суда Генералној скупштини и Савету безбедности ови се циљеви поново истичу и додаје се да ће некажњавање криваца *„само распиривати жељу за осветом ... чиме ће се довести у опасност повратак законитости, помирење и поновно успостављање мира“*.<sup>502</sup> Из тога је у предмету Ердемовић закључено да су задаци Трибунала општа превенција, ретрибуција, репробација, као и колективно помирење, што може послужити као општа смерница за одмеравање казне. Ово није јединствен пример, како је позивање на поновно успостављање мира регистровано и у другим случајевима као руководни принцип одмеравања.<sup>503</sup> Тако је и закључено да ретрибуција никако не сме бити једини моменат којим се *ad hoc* Трибунал руководи у поступку избора казне, јер је то не само контрапродуктивно, него и у супротности са политиком и циљем Савета безбедности да доведе до

---

<sup>501</sup> Тако је учињено у првостепеној пресуди Ердемовићу, пар. 58 и првостепеној пресуди Јелисићу, бр. IT-95-10-T, од 14. децембра 1999. године, пар. 116.

<sup>502</sup> Годишњи извештај *A/49/342, S/1994/1007*, од 29. августа 1994. године, параграфи 11-16.

<sup>503</sup> Првостепена пресуда у предмету Брало, бр. IT-95-17-S, од 7. децембра 2005. године, пар. 21.

помирења зараћених страна.<sup>504</sup> Са истог полазишта суд је кренуо и у предмету Обреновић, рекавши да једино исправно да се приликом утврђивања сврхе кажњавања пође од сврхе постојања самог Међународног суда. Суд тумачи да је основна замисао била да суд допринесе „миру и помирењу у Југославији, а шире од тога утврђивању истине и владаваине права.“<sup>505</sup> Кажњавање стога мора да одговори на захтеве за правдом оних који су били непосредне жртве злочина или су им злочинима нанете патње, као и одговор на захтеве међународне заједнице да се стане на крај кршењима људских права у оружаним сукобима. Слично је закључено и у случају Стакић, где се, такође, кажњавање посматра у функцији остваривања мира.<sup>506</sup> Међутим, не би се могло констатовати да је Резолуција беспоговорно прихваћена као извор смерница за одмеравање казне, јер је суд у случају Кунарац, заузео управо супротан став.<sup>507</sup> Коришћење текста Резолуције Савета безбедности за проналажење упутстава за одмеравање казне оцењено је као потпуно неприкладно. Такав став је исправан, пошто одломак на који се друга већа позивају пре представља образлагање потребе за оснивањем Трибунала, него давање упутстава за одмеравање казне.<sup>508</sup>

Како је Кривични закон из 1976. године дефинисао сврху кажњавања, што је већ раније објашњено у оквиру поглавља о историјском развоју, пред Трибуналом се поставило и питање статуса ових одредаба. Став суда није јединствен, тако да се у неким предметима оне сматрају полазном основом, док се у другим прихватају са

---

<sup>504</sup> Првостепена пресуда у предмету Муцућ, пар. 1231.

<sup>505</sup> Првостепена пресуда у предмету Обреновић, бр. IT-02-60/2-S, од 10. децембра 2003. године, пар. 45.

<sup>506</sup> Првостепена пресуда у предмету Стакић, пар. 52 и Блашкић, пар. 762.

<sup>507</sup> Првостепена пресуда у предмету Кунарац и други, бр. IT-96-23-T и IT-96-23/1-T, од 22. фебруара 2001. године, пар. 842.

<sup>508</sup> „Поново изражавајући своју дубоку забринутост непрестаним извештајима о широко распрострањеним и флагрантним кршењима међународних хуманитарних закона, која се одигравају на територији бивше СФРЈ, а посебно у Републици Босни и Херцеговини, укључујући и извештаје о масовним убиствима, масовним, организованим и систематским затварањима и силовањима жена и наставку праксе етничког чишћења у сврху стицања и задржавања територије; установивши да се та ситуација наставља и да представља претњу међународном миру и безбедности, одлучни да станемо на пут таквим злочинима и предузмемо делотворне мере како бисмо пред лице правде довели особе које су за њих одговорне, уверени да би у конкретним условима који владају у бившој Југославији оснивање међународног суда ... омогућило остваривање тог циља и придонело поновном успостављању и одржавању мира, верујући да оснивање међународног суда и кривично гоњење особа одговорних за горе наведена кршења међународних хуманитарних закона допринети да таква кршења буду заустављена, а њихове последице успешно поправљене“.

опрезом и резервом. Овакво поступање се образлаже чињеницом да је надлежност Трибунала *ratione materiae* битно другачија од надлежности националних судова, који морају санкционисати све облике кривичних дела, при чему се углавном ради о општем криминалитету, а не о кршењима међународног хуманитарног права. Анализа некада сеже и дубље у поменути проблем, те је претресно веће у предмету Ердемовић, на основу пресуда судова у бившој СФРЈ, закључило да је међу свим циљевима – репресија, генерална и специјална превенција, преваспитање, васпитни утицај на друге, развој друштвене одговорности и дисциплине грађана – превага била дата преваспитним учинцима казне, што је у овом контексту оцењено као неприхватљиво.<sup>509</sup>

У неким другим пресудама Кривични закон СФРЈ је управо узет за полазиште. У предмету Благојевић и Јокић<sup>510</sup> претресно веће је заузело став да сврха кажњавања из овог закона обухвата специјалну превенцију и преваспитање (спречавање учиноца да чини кривична дела и његово преваспитање), генералну превенцију (васпитни утицај на друге да не чине кривична дела), док је јачање морала социјалистичког самоуправног друштва и утицај на развијање друштвене одговорности и дисциплине грађана протумачено као израз концепта јавне сигурности и заштите, односно, као модус остваривања владавине права, што је, такође, у сагласности са циљевима утврђеним у пракси овог суда. Сличан третман је позитивном праву бивше Југославије дат и у предметима Купрешкић, Муцић и Обреновић.<sup>511</sup>

Укупно посматрано, у пракси *ad hoc* Трибунала за бившу Југославију, искристалисале су се две главне сврхе кажњавања, које се конзистентно понављају. Ради се о ретрибуцији и превенцији, док су се неки други циљеви само спорадично пробијали до статуса битне смернице. Ретрибуција се у пресудама редовно одређује као осуда кривичног дела и учиноца, те готово да нема предмета у којем се ово не понавља. Кроз ретрибуцију се манифестује одлучност међународне заједнице да не толерише тешке повреде међународног хуманитарног права,

---

<sup>509</sup> Првостепена пресуда у предмету Ердемовић, пар. 61.

<sup>510</sup> Првостепена пресуда Благојевић и Јокић, бр. IT-02-60-T, од 17. јануара 2005. године, пар. 820 и 821.

<sup>511</sup> Првостепена пресуда у предмету Купрешкић, бр. IT-95-16-T од 14. јануара 2000. године, пар. 848; Обреновић, пар. 45; Муцић, пар. 1230.



односно, гнушање и згражавање над почињеним злочинима. Некада се томе додаје и да она доприноси смањивању гнева и осећања неправде код жртава и шире друштвене заједнице, који се свакако јављају као реакција на извршене злочине. Поред наведеног, поједина судска већа су сматрала да је неопходно истаћи да ретрибуција, упркос свом „примитивном призвуку“ није исто што и освета или одмазда, јер подразумева суздржаност.<sup>512</sup> Она налаже изрицање правичне и одговарајуће казне и ништа више од тога. Интересантно је да се исти полазни став надаље развија на различите начине. Тако се у већини пресуда полази од Статута, који налаже Трибуналу да се усредреди на тежину кривичног дела приликом одмеравања казне (чл. 24.). Дакле, већински је став да је праведна и одговарајућа она казна која одговара тежини учињеног дела, као објективној околности.<sup>513</sup> Са друге стране, незнатан је број пресуда у којима је начело сразмерности повезано са кривицом учиниоца, као субјективним супстратом кривичног дела.<sup>514</sup>

Превентивно дејство кажњавања изражено је кроз хетерогене формулације, од којих свака открива неку посебну нијансу значења – одвраћање,<sup>515</sup> обесхрабривање,<sup>516</sup> дестимулисање<sup>517</sup> или осујећивање вршења сличних кривичних дела.<sup>518</sup> Уобичајно је да се у пресудама наглашава да се превенција узима у свом пуном значењу, тако да покрива оба модалитета, и специјални и генерални. Док је у фокусу специјалне превенције увек учинилац, што и не тражи неку даљу експликацију, поједина судска већа су настојала да ближе одреде, у неку руку конкретизују, адресате општег превентивног дејства. Иако је несумњиво да изречене казне треба да утичу на свакога, у делу пресуда се говори о томе да су оне

<sup>512</sup> Првостепене пресуде у предметима Брало, пар. 22; Брђанин, пар. 1090; Купрешкић, пар. 848; Мартић, бр. IT-95-11-T од 12. јуна 2007. године, пар. 484; Николић (Драган), пар. 140 и др.

<sup>513</sup> Првостепене пресуде у предметима Благојевић и Јокић, пар. 819; Бабић, бр. IT-03-72-S од 29. јуна 2004. године, пар. 44; Брало, пар. 22; Чешкић, пар. 24; Јокић, бр. IT-01-42/1-S од 18. марта 2004. године, пар. 31; Љимај и други, пар. 723; Мрђа, пар. 14; Налетелић, бр. IT-98-34-T од 31. марта 2003. године, пар. 739; Плавшић, бр. IT-00-39&40/1-S од 27. фебруара 2003. године, пар. 23; Симић и други, бр. IT-95-9-T од 17. октобра 2003. године, пар. 1059; Тодоровић, пар. 29. и др.

<sup>514</sup> Првостепене пресуде Брђанин, бр. IT-99-36-T од 01. септембра 2004. године, пар. 1090; Николић (Драган), пар. 140; Крајишник, бр. IT-00-39-T од 27. септембра 2006. године, пар. 1135; Зеленовић бр. IT-96-23/2-S од 04. априла 2007. године, пар. 32.

<sup>515</sup> На пример, првостепена пресуда Благојевић и Јокић, пар. 822.

<sup>516</sup> Као у првостепеној пресуди у предметима Чешкић, пар. 25; Јокић, пар. 33; Николић, пар. 135 и други.

<sup>517</sup> Првостепена пресуда у предмету Крајишник, пар. 1136.

<sup>518</sup> Првостепена пресуда у предмету Мрђа, пар. 16.

ипак више усмерене на поједине категорије лица. Основну циљну групу чине, пре свега, војни команданти.<sup>519</sup> Њихова улога претпостављених носи са собом посебну одговорност за остваривање и обезбеђење поштовања правила међународног хуманитарног права. Управо су команданти ти који треба да утичу на потчињене да се придржавају ратних закона, као и да их казне уколико је дошло до кршења. Нешто слично је закључено и у предмету Стакић, али у односу на носиоце функција цивилних власти.<sup>520</sup>

Детаљнија анализа формулација у којима је дефинисана генерална превенција указује на то да је прихваћен њен тзв. позитиван концепт. За разлику од негативног, чија је суштина застрашивање казном, позитивни идеје за тиме да допринесе развијању и јачању оних друштвених вредности које служе као препрека вршењу кривичних дела. Тако се често износи да је један од жељених исхода кажњавања стварање „правне освешћености“ не само оптуженог, него и најшире јавности, како би се сви уверили да правни систем функционише.<sup>521</sup> Инсистирање на јачању правног поретка и повећању степена поверења друштва у ефикасност казних норми забележено је и у другим примерима.<sup>522</sup>

Уз редовно позивање на специјалну и генералну превенцију као циљеве кажњавања, судска већа су веома често покушавала да на неки начин квантификују њихово дејство. Подразумева се да је то могуће учинити само на један крајње оквиран и дескриптиван начин. Тако да се, када је генерална превенција у питању, истиче да јој „не треба давати превелику тежину“,<sup>523</sup> „непримерену (превелику) важност“,<sup>524</sup> „превелик значај“<sup>525</sup> и слично. Умереност у урачунавању генералне превенције једноставно проистиче из начела правичности. Било би крајње

---

<sup>519</sup> Такви примери постоје у предметима: Благојевић и Јокић, пар. 822; Бабић, пар. 45; Алексовски другостепена пресуда, бр. IT-95-14/1-A од 24. марта 2000. године, пар. 185; Челебићи другостепена пресуда, бр. IT-96-21-A, од 20. фебруара 2001. године, пар. 806.

<sup>520</sup> Стакић, пар. 53

<sup>521</sup> Брђанин, пар. 1091.

<sup>522</sup> Дероњић, пар. 149; Чешић, пар. 26; Мрђа, пар. 17; Николић (Драган), пар. 139; Зеленовић, пар. 34. и др.

<sup>523</sup> Првостепена пресуда у предмету Хаџихасановић и Кубура, предмет бр. IT-01-47-T од 15. марта 2006. године, пар. 2072.

<sup>524</sup> Пресуда по жалби Алексовски, пар. 185; пресуда по жалби Тадић, предмет бр. IT-94-1-A i IT-94-1-Abis, од 26. јануара 2000. године, пар. 56; првостепена пресуда у предмету Кунарац и други, пар. 840.

<sup>525</sup> Брало, пар. 22; Јокић, пар. 33; Мартић, пар. 484; жалбена Тадић, пар. 48.

неправедно осуђеном наметнути већу казну само да би се други одвратили од вршења кривичних дела. Казна је првенствено реакција на његово понашање и то се не сме изгубити из вида. У супротном, сигурно је да би се, као негативна друштвена последица, појавило слабљење поверења у правни поредак у целини.<sup>526</sup> И за специјалну превенцију је често констатовано да игра малу улогу у формирању суда о висини казне. Обично се ради о случајевима када је процењено да су ризик односно вероватноћа од понављања сличних кривичних дела занемарљиво мали.<sup>527</sup> Постоје и пресуде у којима је експлицитно наведено да индивидуално одвраћање уопште није релевантно за висину казне.<sup>528</sup>

Готово у половини предмета судско веће је заузело став да казну треба обликовати не само имајући у виду ретрибуцију и превенцију, него и рехабилитацију и поновно интегрисање осуђеног у друштво. Лишавање слободе се, као облик казне који примењује овај Трибунал, у том смислу посматра као специфичан контекст, односно, подстицај осуђеном за размишљање о штетности учињеног и о патњи нанетој другима, што му може помоћи да се поново укључи у друштво. Ово је у делу пресуда експлицитно проглашено главним моментом (додуше, не самостално него уз ретрибуцију и превенцију). Њихов број се не може сматрати занемарљивим, како их, у време настанка овог рада, укупно има негде око десетак, што представља скоро четвртину свих кондемпнаторних пресуда.<sup>529</sup> Ипак, чињеница да се не ради о општеприхваћеном циљу кажњавања, логично намеће питање шта је то пресудно утицало на суд да се определи за рехабилитацију и уврсти је у релевантне факторе одмеравања. Дубље сагледавање ових предмета доводи до закључка да су ти разлози хетерогене природе, али да се ипак могу класификовати у две групе. Са једне стране, пресудне су биле субјективне, индивидуалне околности, које рефлектују тзв. „рехабилитациони капацитет“ учиниоца, док је у другим случајевима превагнуо објективни моменат односно дискриминаторски карактер кривичног дела. Прецизније речено, рехабилитација је

---

<sup>526</sup> Чешић, бр. IT-95-10/1-S од 11. марта 2004. године, пар. 26; Крајишник, бр. IT-00-39-T од 27. септембра 2006. године, пар. 1137.

<sup>527</sup> Крајишник, пар. 1137; Кунарац и други, пар. 840; Зеленовић, пар. 33 и др.

<sup>528</sup> Николић, пар. 135.

<sup>529</sup> Бабић, пар. 46; Чешић, пар. 28; Галић, IT-98-29-T од 5. децембра 2003. године, пар. 757; Јокић, пар. 35 и 36; Мрђа, пар. 18 и 19; Обреновић, пар. 49 и 53; Рајић, бр. IT-95-12-S од 8. маја 2006. године, пар. 71 и др.

узимања за полазну основу у делу случајева када је учинилац признао своју кривицу. Искрено суочавање са сопственом одговорношћу оцењено је као важан корак у реинтеграцији,<sup>530</sup> али и као допринос ширем процесу помирења<sup>531</sup> и исцељења друштвене заједнице.<sup>532</sup> Поред признања кривице, релевантним су сматрани и други индивидуални чиниоци из комплекса држања после учињеног дела, попут добровољне предаје, кајања, ранијег живота тј. одсуства ранијег насилничког понашања<sup>533</sup> или личних прилика, при чему је посебно издвојена младост учиниоца кривичног дела.<sup>534</sup>

Други круг сачињавају случајеви кривичних дела код којих постоје дискриминаторски елементи, о чему сведочи и следећи извод: *„Посебно у случајевима где је злочин почињен на дискриминаторним основама ... поступак суочавања с изјавама жртава, ако не и самим жртвама, може побудити – ако не и поново пробудити – толеранцију и разумевање за "другога", смањујући тако вероватноћу да би неки оптужени, ако би му се указала прилика да поново поступи на дискриминаторни начин, збиља то и учинио. Кривични поступак је само полазиште, а речени процес траје и по повратку осуђеника у друштво и даје активни допринос помирењу. Претресно веће сматра да је рехабилитација у овом предмету посебно важан елемент ...“*<sup>535</sup>

У осталим предметима где се помиње рехабилитација констатацију да представља легитиману сврху кажњавања прати и оцена да је она од ограниченог или невеликог дејства управо због озбиљности злочина за које се суди. Како се ради о тешким кршењима међународног хуманитарног права, упркос чињеници да *„и национална правосуђа и извесни међународни и регионални правни инструменти о људским правима предвиђају да судови при одмеравању казни морају да воде рачуна првенствено о рехабилитацији, то не може да игра доминантну улогу у процесу одлучивања претресних већа Међународног суда. Жалбено веће и претресна већа МКСЈ и МКСП доследно су истицала да су две главне сврхе*

<sup>530</sup> Бабић, пар. 46; Јокић, пар. 36; Мрђа, пар. 19.

<sup>531</sup> Чешић, пар. 27.

<sup>532</sup> Рајић, пар. 71.

<sup>533</sup> Галић, пар. 757.

<sup>534</sup> Блашкић, пар. 778.

<sup>535</sup> Обреновић, пар. 53.

*изрицања казни за те злочине одвраћање и ретрибуција. У складу са тим, иако је рехабилитација у складу са међународним стандардима људских права треба да се сматра релевантним фактором, она није фактор којем треба да се придаје прекомерна тежина“.*<sup>536</sup>

Спектар различитог третмана рехабилитације се не исцрпљује тиме што јој нека судска већа придају већи, а нека мањи значај у одмеравању казне, него и у чињеници да се она у делу предмета посматра искључиво у контексту индивидуализације у поступку извршења казне. Она треба да усмерава затворски третман, а не процес избора казне: *„Коначно чини се да специфичности злочина у надлежности Међународног кривичног суда искључују могућност разматрања било какве рехабилитативне функције казне. Ипак затворски третман којем буде подвргнут осуђеник у складу са чл. 27. Статута може имати тако нешто за циљ. Без намере да казну лиши сваке рехабилитативне функције и функције поправљања осуђеника, поготово с обзиром на животно доба, његово физичко или психичко стање, ниво његовог ангажмана у организованом подухвату (или систематској радњи) који је довео до извршења злочина против човечности, Веће је мишљења да у овом тренутку одмеравања казне та сврха кажњавања мора уступити место стигматизацији најтежих кршења међународног хуманитарног права ...“.*<sup>537</sup>

Спорадично се помиње и заштита друштва као циљ кажњавања, мада са различитим схватањима о месту, које би требало да заузима у процесу одмеравања.<sup>538</sup> У предмету Муџић проглашена је значајним фактором, под условом да се ради о непријатељски настројеним и за друштво опасним појединцима, када треба изрицати дуготрајне казне затвора. Међутим, претресно веће у предмету Кунарац није подржало наведени став, констатујући да ће пред Трибуналом заштита друштва ретко имати неког утицаја на висину казне. При томе је наведено више аргумената. Прво, у већини предмета пред Трибуналом, оптужени нису никада раније били осуђени ни за какво кривично дело, а поготову не за кривична дела по међународном праву. То би значило да пред овим судом, вођеним идејом

<sup>536</sup> Пресуда по жалби на казну Тужилац против Дероњића, бр. IT-02-61-A од 20. јула 2005. године, пар. 135.

<sup>537</sup> Ердемовић, пар. 66. Исто и у предмету Фурунџија, бр. IT-95-17/1-T од 10. децембра 1998. године, пар. 91.

<sup>538</sup> Муџић, пар. 1232; Кунарац, пар. 843; Брђанин, пар. 1092; Хаџихасановић и Кубура, пар. 2073.

заштите друштва, треба на неки други начин показати да је одређена особа опасна, јер је склона кршењима међународног хуманитарног права или бар вршењу повезаних кривичних дела, као што су злочини почињени из мржње или злочини засновани на дискриминацији. У супротном, не би било правично користити заштиту друштва или превентивно заточење као општи фактор одмеравања. Надаље, специфичан је контекст у којем се дешавају кршења међународног хуманитарног права, те је мала вероватноћа да ће се он поново јавити у заједници у коју би се по отпуштању осуђени вратио. Потоња идејна линија је праћена у случајевима који су уследили, с тим што се појавило мишљење да заштиту друштва не треба самостално посматрати; она се ионако разматра у оквиру одвраћања, јер представља један од њених сегмената.

Скромно место међу циљевима кажњавања пронашли су и морално упозорење,<sup>539</sup> репробација<sup>540</sup> и јавна стигматизација.<sup>541</sup> У предметима где су узети у обзир наведено је да су само од релативног, ограниченог значаја.

#### 4.3. Забрана двоструког вредновања

Поред сврхе кажњавања у пракси Трибунала изграђена су и нека друга општа правила значајна за одмеравања казне, попут забране двоструког вредновања, тј. правила да се околност која представља елемент бића кривичног дела не може узети у обзир приликом одмеравања.<sup>542</sup> У том смислу цивилни статус жртва није признат за отежавајућу околност код злочина против човечности,<sup>543</sup> о чему сведочи следећи извод: „... осуде за убиство, окупно поступање и противправни напад на цивиле у околностима овог предмета подразумевају да жртве противправног напада нису непосредно учествовале у непријатељствима и да су зато биле рањиве, ненаоружане и неспособне да се бране. Другим речима, Претресно веће је рањивост цивила узело у обзир већ у склопу саме дефиниције

<sup>539</sup> Бановић, пар. 35.

<sup>540</sup> Ердемовић, пар. 58 и Ердемовић, друга пресуда, пар. 65.

<sup>541</sup> Јелисић, пар. 117.

<sup>542</sup> Блашкић, пар. 693.

<sup>543</sup> Симић (Милан), пар. 70; Мрђа, пар. 46; Бановић, пар. 49 и др.

ових кривичних дела ... Претресно веће, дакле, закључује да се у овом предмету рањивост жртава не може сматрати отежавајућом околношћу“.<sup>544</sup> Идентични закључак важи и за дискриминаторну намеру, ако се ради о прогону као облику овог дела.<sup>545</sup>

#### 4.4. Тежина кривичног дела

Тежина кривичног дела представља неспорно најважнију околност за обликовање казне и готово да нема пресуде у којој се то изнова не наглашава. Тако се она одређује као „лакмус тест“,<sup>546</sup> „пробни камен“,<sup>547</sup> „првенствено полазиште“<sup>548</sup> за одређивање казне и слично. Иако постоји консензус по питању пресудног утицаја на висину казне, анализа праксе показује да се тежина не поима увек на исти начин, мада се углавном процењује на основу природе кривичног дела, улоге коју је учинилац имао у злочину и последица које су претрпеле жртве.

Када је у питању природа кривичних дела требало би подсетити да је Трибунал основан са циљем да гони за тешке повреде међународног хуманитарног права почињене од 1991. године на територији бивше Југославије. У том циљу Статутом су дефинисана четири облика међународних кривичних дела, тако да под надлежност суда долазе тешке повреде Женевских конвенција из 1949. године, кршење закона и обичаја ратовања, геноцид и злочин против човечности (чл. 2-5). Поставља се питање да ли се ова дела могу сместити у некакав хијерархијски низ, управо полазећи од тежине коју носе. Ако је то могуће, таква градација би се нужно морала рефлектовати на казнену политику Трибунала, као полазна основа за остваривање начела сразмерности и избегавање диспаритета у кажњавању. Проблем упоређивања тежине кривичних дела искрсао је на самом почетку рада у предмету Ердемовић. Као што ће бити показано на овом примеру, судско веће се није бавило апстрактним поређењима статутарних категорија, већ је било

---

<sup>544</sup> Јокић, пар. 64 и 65.

<sup>545</sup> Тодоровић, пар. 57; Васиљевић, пар. 277; Стакић, пар. 904.

<sup>546</sup> Првостепена пресуда у предмету Благојевић и Јокић, пар. 831.

<sup>547</sup> Првостепена пресуда у предмету Николић (Драган), пар. 144.

<sup>548</sup> Првостепена пресуда у предмету Симић и други, пар. 1062.

фокусирано на компарацију истих радњи које се могу супсумирати под различите одредбе Статута. Наиме, првостепеном пресудом Ердемовић је осуђен за убиства квалификована као злочин против човечности, за шта му је изречена казна од десет година затвора.<sup>549</sup> Предмет је убрзо враћен на поновно суђење, пошто је усвојен жалбени навод да он није био свестан свих импликација изјаве о признању кривице, тј. није био упућен на чињеницу да злочини против човечности вуку тежу казну од ратних злочина.<sup>550</sup> Казна је тада преполовљена услед преиначења квалификације дела у ратни злочин. Тако је заузет став да је злочин против човечности инхерентно тежи од ратних злочина и да казна мора да одражава ту дистинкцију. Исто је закључено и у првостепеној пресуди у предмету Тадић.<sup>551</sup> Међутим, не може остати непримећено да је питање тежине дела поделило судско веће, јер су се у оба предмета појавила издвојена мишљења да нема разлике у тежини између ових кривичних дела.<sup>552</sup> Наведени аргументи су прилично бројни. Прво, тежина кривичног дела зависи од суштинске природе дела, а не од неке теоријске класификације. Друго, злочини против човечности су први пут уведени после другог светског рата Статутом Међународног војног суда, како би се попунила празнина настала ограниченим регулисањем ратних злочина у односу на дела учињена против бораца и ратних заробљеника других зараћених држава и цивила на окупираним територијама, те је њиховим нормирањем омогућено кривично гоњење за зверства која је Немачка учинила против сопствених држављана, нарочито Јевреја и антинацистички оријентисаних политичара и интелигенције. На суђењима која су уследила није прављена разлика у кажњавању између ратних злочина и злочина против човечности. Треће, међународни акти не раздвајају по значају ова кривична дела; она се, на пример, у Конвенцији о незастаревању ратних злочина и злочина против човечности третирају на исти начин. Четврто, злочин против човечности није злочин против човечанства, како га некада погрешно интерпретирају заговорници становишта о његовој већој тежини, него повреда хуманости, која погађа (или би требало да погађа) општељудска

---

<sup>549</sup> Ердемовић, бр. IT-96-22-T од 29. новембра 1996. године, пар. 10.

<sup>550</sup> Ердемовић, бр. IT-96-22-A од 07. октобра 1997. године, диспозитив, пар. IV (3).

<sup>551</sup> Тадић, пар. 28.

<sup>552</sup> Пресуда Жалбеног већа у предмету Ердемовић, Издвојено и противно мишљење судије Lee-а, параграфи 18-26; Пресуда о казни у предмету Тадић, издвојено мишљење судије Robinson-а.



осећања сваког човека.<sup>553</sup> Коначно, иако имају само консултативни значај, могу се узети и решења Кривичног закона из 1976. године, који прописује исту казну за обе категорије – казну затвора од најмање пет година или смртну казну (чл. 141-143.).

Неколико година касније жалбено веће је у предмету Тадић заузело став да према обичајном међународном праву злочини против човечности нису озбиљнији од повреда закона и обичаја рата и да је висина казне одређена конкретним околностима случаја.<sup>554</sup> Међутим, и тада није постојао консензус, јер се судија Cassese zaloжио за строже кажњавање злочина против човечности.<sup>555</sup> Жалбено веће је у предмету Фурунција потврдило став жалбеног већа из предмета Тадић,<sup>556</sup> што је пресудно утицало на даљи рад, јер све пресуде од 2000. године конзистентно прате овде усвојено схватање.<sup>557</sup> Изузетак је једино прогон, који се због дискриминационе намере третира као тежи од ратних злочина, али и других и злочина против човечности.<sup>558</sup>

Место геноцида у потенцијалном хијерархијском низу детаљније је разматрано у предмету Крстић. Иако га је оптужба, повучена праксом Трибунала за Руанду, назвала „злочином над злочинима“, суд се са тиме није сагласио. Констатовано је да се већа тежина може бранити чињеницом да је правно условљен постојањем специфичне намере да се у целости или делимично уништи нека национална, етничка, расна или верска група као таква. У том смислу, лице осуђено за дела геноцида сноси већу кривицу управо због постојања геноцидне намере, мада се саме по себи радње које чине геноцид не разликују од радњи подведених под статутарни појам злочина против човечности или злочина против закона и обичаја ратовања.<sup>559</sup> Тиме се веће приклонило приступу да висина казне мора бити

---

<sup>553</sup> Терминолошки неспоразум потекао од вишезначности речи *humanity (crimes against humanity)*, која означава човечанство (читав људски род), али и човечност или хуманост. Такав став је изнет у првостепеној пресуди у предмету Тадић, пар. 28.

<sup>554</sup> Пресуда Жалбеног већа у предмету Тадић, пар. 69.

<sup>555</sup> Издвојено мишљење судије Cassese-a, пар. 14-16. *Idem*.

<sup>556</sup> Пресуда Жалбеног већа у предмету Фурунција, пар. 247.

<sup>557</sup> Првостепене пресуде у предметима Крстојевац, пар. 511; Чешкић, пар. 32; Мрђа, пар. 24; Кунарац, пар. 851; Јокић, пар. 43; Брђанин, пар. 1095; Мрђа, пар. 24 и др.

<sup>558</sup> Блашкић, пар. 785; Годоровић, пар. 113; Сикирица, бр. IT-95-8-S од 13. новембра 2001. године, пар. 232 и др. Због описане тежине у предмету Бановић прогон је назван „крвним делом“, јер обухвата различите облике кажњивог понашања (пар. 38). Исто и у жалбеној пресуди Купрешкић, пар. 97-98.

<sup>559</sup> Првостепена пресуда у предмету Крстић, пар. 700.

прилагођена сваком појединачном случају, тј. последицама и околностима у којима су проузроковане, а не некаквој градацији злочина *in abstracto*.

Очито је да *ad hoc* Трибунал за бившу Југославију није поступао на исти начин као *ad hoc* Трибунал за Руанду. Тамо је изграђена и поштована поставка о квантификацији тежине међународних кривичних дела, ранжираних на следећи начин: геноцид (злочин над злочинима), злочин против човечности (злочин екстремне тежине) и ратни злочин (злочин мање тежине).<sup>560</sup> Усвојено схватање је имало непосредне импликације на казнену политику овог суда, пошто је за геноцид, готово по правилу, изрицана најтежа казна – казна доживотног затвора.

Следећи показатељ тежине представља облик учествовања, који се по статутарним одредбама може манифестовати као: планирање, иницирање, наређивање, вршење кривичних дела, као и помагање и подржавање планирања, припреме или извршења кривичних дела (чл. 7. ст. 1.). Природа описаних радњи имплицитно упућује на закључке о њиховим потенцијалним носиоцима. Тако је логично претпоставити да се планирање, иницирање и наређивање пре односи на надређене, тј. лица на вишим хирерахијским позицијама, док је непосредно вршење углавном „резервисано“ за подређене. То значи да су питања учествовања и положаја учиниоца међусобно испреплетана, услед чега се у пресудама заједно и разматрају. У том смислу је за процену тежине кривичног дела подједнако битно одговорити на оба питања – ко и шта ради.

Творци Статута се нису даље упуштали у проблем криминалног учествовања, те је терет утврђивања садржаја ових појмова и правног значаја пао на Трибунал. Планирање постоји када једно или више лица осмисли кажњиво понашање санкционисано Статутом, које потом буде и извршено.<sup>561</sup> Иако постоји сагласност у вези са објективним елементом планирања (*actus reus*), став о субјективном (*mens rea*) је варирао од „довољно знања о припремној фази извршења конкретног дела“ до „знатне вероватноће да ће при извршењу плана бити учињено кривично дело“.<sup>562</sup> Иницирање је термин којим је заправо означен

<sup>560</sup> Kambanda, бр. ICTR 97-23-S од 4. септембра 1998. године, пар. 10-16.

<sup>561</sup> Видети првостепену пресуду у предмету Блашкић, пар. 279, пресуду жалбеног већа у предмету Кордић и Черкез, бр. IT-95-14/2-A од 17. децембра 2004. године, пар. 26.

<sup>562</sup> Упоредити пресуде Брђанин, пар. 357 и пресуду жалбеног већа Кордић и Черкез, пар. 31.

институт подстрекавања. За његово постојање је потребно доказати узрочно-последичну везу између радње подстицања и извршеног кривичног дела.<sup>563</sup> Није потребно доказивати да дело не би било извршено без доприноса оптуженог, довољно је да се докаже да је допринос био значајан и да је радња подстрекавања извршена са умишљајем (директним или евентуалним).<sup>564</sup> Редак пример осуде за подстрекавање постоји у случају Брђанин, који је осуђен због навођења на присилно премештање босанских Муслимана и Хрвата.<sup>565</sup> Радња наређивања се састоји у томе да лица са позиција власти дају другом лицу упутство да изврши дело.<sup>566</sup> За разлику од подстрекавања овде је нужен хијерархијски однос, лице које наређује мора да има власт у односу на непосредног извршиоца,<sup>567</sup> која може бити не само формалне него и фактичке природе.<sup>568</sup> Извршење подразумева физичко предузимање или пропуштање да се предузме одређена радња обавезна по правилима кривичног права.<sup>569</sup> Преостали статутарни облици учествовања јесу помагање и подржавање и они су састављени од следећих елемената: практичног доприноса и охрабривања или моралне подршке, који битно утичу на извршење злочина (*actus reus*) и знања да те радње помажу извршење кривичног дела (*mens rea*).<sup>570</sup>

Посебан квалитет учествовања остварује се у оквирима тзв. удруженог злочиначког подухвата. Иако га Статут нигде не помиње, овај спорни концепт је нашао широку примену у пракси Трибунала, почевши од 1999. године када је донета пресуда у предмету Тадић. Основни облик, од ког су деривирали остали, постоји када сви учесници имају намеру да остваре заједнички циљ и предузимају радње ради његовог остварења.<sup>571</sup> Ако се елементима основног облика дода постојање организованог система злостављања, као што су логори, са заједничком

---

<sup>563</sup> Блашкић, пар. 280.

<sup>564</sup> Жалбена пресуда Кордић и Черкез, пар. 26 и 32.

<sup>565</sup> Брђанин, пар. 574 и 577.

<sup>566</sup> Пресуде жалбеног већа Блашкић, пар. 42; Кордић и Черкез, пар. 28; Галић, пар. 176.

<sup>567</sup> Стругар, пар. 332.

<sup>568</sup> Жалбене пресуде Кордић и Черкез, пар. 28 и Галић, пар. 176; и пресуда претресног већа у предмету Стугар, пар. 331.

<sup>569</sup> Пресуда по жалби у предмету Тадић, пар. 188.

<sup>570</sup> Блашкић, пар. 283, Фурунција, пар. 249. Очигледно је да је институт обликован према англосаксонском *aiding and abetting*.

<sup>571</sup> Пресуде по жалби у предмету Тадић, пар. 196; Квочка, пар. 82; Васиљевић, пар. 100.

сврхом да се ту чине злочини над заточеним лицима, онда се ради о другом, „системском“ облику злочиначког подухвата.<sup>572</sup> „Проширени“ злочиначки подухват настаје када поред заједничке намере да се изврши одређено кривично дело, поједини учесници изврше и дело које није обухваћено заједничким циљем, али је природна и предвидљива пратећа последица остваривања.<sup>573</sup> И у оквиру удруженог злочиначког подухвата не морају сви имати исте улоге, те се издвајају: непосредно учествовање у вршењу договореног дела (главни учинилац); присуствовање (са знањем да је извршење у току или непосредно предстоји) и намерно помагање или охрабривање другог да изврши злочин; и деловање у потпору неком систему у којем се чини злочин путем положаја власти или функција оптуженог, са знањем о карактеру тог система и намером да се он реализује.<sup>574</sup>

Пошто је констатовано у којим се све модалитетима може јавити, логично је поставити питање да ли се и како описано разграничавање рефлектовало на висину изрицаних казни. У неколико наврата суд је подвукао разлику у тежини између (са)извршилаштва и помагања у оквиру удруженог злочиначког подухвата. Колико она може утицати на висину казне показује случај Васиљевић – жалбено веће је преиначило казну са двадесет на петнаест година затвора, управо због тога што је утврдило да су у првостепеном поступку радње учиниоца погрешно квалификоване као саизвршилаштво уместо као помагање и подржавање у заједничком злочиначком подухвату (који је обухватио убиство као кршење закона и обичаја ратовања (чл. 3. ст. 5. Статута) и прогон путем убистава и нехуманих дела као злочина против човечности (по чл. 5.(h) ст. 3. Статута)).<sup>575</sup> Градација је заснована не само на радњи, него и на квалитету психичког садржаја који их прати. Помагач зна за намеру главног учиниоца, док је учесник у заједничком злочиначком подухвату прихвата као своју и дели дели са главним учиниоцем.<sup>576</sup>

---

<sup>572</sup> Пресуда по жалби Квочка, пар. 182.

<sup>573</sup> Пресуде по жалби Тадић, пар. 204.

<sup>574</sup> Првостепена пресуда у предмету Крнџељ, пар. 81.

<sup>575</sup> Пресуде жалбеног већа у предметима Васиљевић, пар. 182 и Квочка, пар. 92. Обрнуто се десило у случају Крнџељ; њему је казна затвора од седам година и шест месеци преиначена на петнаест година затвора. Како су усвојени и други жалбени наводи, тешко је проценити појединачни допринос преквалификације из једног у други облик учешћа.

<sup>576</sup> Пресуда жалбеног већа Крнџељ, пар. 75 и првостепена Брђанин, пар. 274.

Међутим, било је примера да се и помоћ сматра значајним доприносом остварењу злочиначког циља: „У вези са Видојем Благојевићем Претресно веће сматра да он није био међу главним учесницима у вршењу злочина ... допринос се углавном састојао у пружању значајне помоћи у присилном расељењу. Претресно веће мора узети у обзир да је практична помоћ коју је пружио у значајној мери утицала на извршење злочина геноцида ... Јокић није играо кључну улогу ... Међутим, он је у значајној мери помогао вршењу злочина упућивањем механизације Инжињеријске чете на места погубљења, те припадника Инжињеријске чете ради учешћа у операцији покопавања“.<sup>577</sup> Нешто слично је закључено и у предмету Бабић: „Тачно је да Бабић није био главни покретач кампање прогона. Међутим, Претресно веће подсећа да је ... пружао значајну подршку прогонима ... тако што је, између осталог, учествовао у пружању финансијске, материјалне, логистичке и политичке подршке ... држао хушачке говоре на националној основи, подстицао и помагао набавку и дистрибуцију оружја ... својом улогом је омогућио функционисање УЗП и својим учешћем допринео остварењу његовог циља“.<sup>578</sup>

Приликом одмеравања казне суд је редовно водио рачуна и о кумулацији различитих облика криминалног учествовања. Регистровано је више комбинација. Тако је појединим осуђеницима, за које је доказано да су (физички) извршили кривично дело, претходно учествовање у планирању узимано као отежавајућа околност.<sup>579</sup> Са друге стране, када су надређени у питању, због природе њиховог положаја у хијерархији, често се дешавало да су истовремено планирали и наредили вршење кривичних дела, што је такође водило ка отежавању њиховог кривичноправног положаја, иако нису физички извршиоци.<sup>580</sup> Стицај улога је некада попримао и шире размере, све до троструког учешћа, као у случају Купрешкић, где је један од саоптужених учествовао у планирању напада, издавао наређења својим подређенима и непосредно и активно учествовао у убијању цивила, разарању њихових домова и протеривању.<sup>581</sup>

<sup>577</sup> Благојевић и Јокић, пар. 835 и 836.

<sup>578</sup> Бабић, пар. 79 и 80.

<sup>579</sup> Видети пресуде у предметима Брђанин, пар. 268; Стакић, пар. 443; Кордић и Черкез, пар. 386.

<sup>580</sup> Видети пресуде у предметима Рајић, пар. 88; Милошевић, пар. 994; Дeroњић, пар. 202.

<sup>581</sup> Првостепена пресуда у предмету Купрешкић, пар. 862 и другостепена пресуда пар. 464.

У склопу претходне расправе је поменуто да суд треба да се руководи и бројем жртава и њиховим патњама, као квантитативним односно квалитативним аспектима тежине злочина. Бројност жртава је увек водила ка увећању казне, било да је сагледавана на описани начин, у склопу оцене тежине кривичног дела,<sup>582</sup> било да је издвајана у самосталне отежавајуће околности.<sup>583</sup> Можда није ни потребно наглашавати да бројност фигурише увек када постоји више од једне жртве, што је децидирано наведено у предмету Кунарац.<sup>584</sup> Различите индивидуалне карактеристике жртава су, такође, довођене у везу са тежином, ако сведоче о њиховој повећаној рањивости. Трибунал је вредновао вулнерабилност у хетерогеним ситуацијама – ако је дело вршено према заточеницима, који због свог инфериорног положаја нису у стању да се бране<sup>585</sup> или ако се ради о деци, женама, младим или старијим особама, оболелима или инвалидима.<sup>586</sup> Цивилни статус жртава најчешће није водио ка увећању тежине кривичног дела, услед потврђеног правила о забрани двоструког вредновања.<sup>587</sup> Са друге стране, тек ако цивилни статус није интристично обележје дела, прерастао је у релевантан фактор одмеравања.<sup>588</sup> Рањивост је на специфичан начин процењена у случају Дероњић – пошто су добили гаранције да ће бити безбедни, мештани села су предали оружје; тако су онемогућени да пруже отпор у нападу који је уследио десетак дана касније.<sup>589</sup> Изузетно, на висину казне су се рефлектовали и интерперсонални

---

<sup>582</sup> Видети пресуде у предметима: Бабић, пар. 53; Благојевић и Јокић, пар. 841; Брало, пар. 30; Дероњић, пар. 222(i); Ердемовић, пар. 85; Галић, пар. 764; Крајишник, пар. 1148 и 1150; Крстић, пар. 710 и 702; Љимај и други, пар. 730; Мрђа, бр. IT-02-50-S од 31. марта 2004. године, пар. 28; Мркшић, бр. IT-95-13/1-T од 27. септембра 2007. године, пар. 686; Николић (Момир), пар. 114; Обреновић, пар. 77; Плавшић, бр. IT-00-39-40/1-S од 27. фебруара 2003. године, пар. 52; Рајић, пар. 86; Стакић, бр. IT-97-24-T од 31. јула 2003. године, пар. 910; Зеленовић, пар. 38.

<sup>583</sup> Блашкић, пар. 784; Хаџихасановић и Кубура, пар. 2083; Крнојелац, пар. 523 (i); Кунарац, пар. 866; Квочка, пар. 713, 721, 729, 738; Николић (Драган), пар. 213 (vii); Васиљевић, бр. IT-98-32-T од 29. новембра 2002. године, пар. 276.

<sup>584</sup> Кунарац, пар. 866.

<sup>585</sup> Алексовски, пар. 227, фуснота 458; Бановић, пар. 50; Чешић, пар. 49; Фурунција, пар. 283; Јелисић, пар. 131; Крајишник, пар. 1150; Мрђа, пар. 47 и 48; Обреновић, пар. 102 и 103; Квочка, пар. 712, 713, 720, 728, 737; Николић (Драган), пар. 213 (vi); Васиљевић, пар. 39; Симић (Милан), пар. 70; Симић и др, пар. 1083, 1094, 1107.

<sup>586</sup> Бабић, пар. 53; Благојевић и Јокић, пар. 844; Блашкић, пар. 783; Брало, пар. 31; Брђанин, пар. 1106; Крстић, пар. 702; Симић (Милан), пар. 70.

<sup>587</sup> Благојевић и Јокић, пар. 843; Брђанин, пар. 1104; Чешић, пар. 49; Јокић, пар. 64; Љимај, пар. 731; Мартић, пар. 500; Мрђа, пар. 46; Симић (Милан), пар. 70.

<sup>588</sup> Блашкић, пар. 786; Симић (Милан), пар. 77.

<sup>589</sup> Дероњић, пар. 207-209.

односи између жртве и учиниоца. Сама чињеница да учинилац није показао самилост ни према људима које је од раније познавао говори о већем степену безосећајности, што суд није могао да занемари приликом избора казне.<sup>590</sup> Овај фактор је тим пре долазио до изражаја, ако су жртве биране управо по критеријуму ранијег познанства. Такође, тежина кривичног дела је довођена у везу и са постојањем трајних промена у физичком и психичком здрављу преживелих жртава,<sup>591</sup> али и са друштвено-економским последицама проистеклим из вишегодишњег избегличког статуса жртава.<sup>592</sup> Поред неспорног утицаја последица које је претпрела или још увек трпи жртва кривичног дела, у пракси је развијен став да је за оцену тежине битно и дејство на најближе сроднике жртве.<sup>593</sup>

Тежину кривичног дела моделују и неки други чиниоци. Најчешће се ради о начину или средству извршења и трајању кривичног дела, као објективним, и предумишљају, дискриминаторној намери и аморалним мотивима, као субјективним околностима. У великом броју случајева суд је нашао да је дело учињено на округан, садистички, изопачен и хладнокрван,<sup>594</sup> односно, посебно понижавајућ начин.<sup>595</sup> То је значајно утицало на казну, јер не само да увећава патње жртва него и сведочи о личности учиниоца, тј. „*накарадности ума потребној да се смисле и нанесу такви облици патње*“.<sup>596</sup> На истој листи налазе се

---

<sup>590</sup> Васиљевић, пар. 279; Симић и др, пар. 1083; Симић (Милан), пар. 70.

<sup>591</sup> Васиљевић, пар. 276; Зеленовић, пар. 40; Стакић, пар. 910; Обреновић, пар. 77; Николић (Момир), пар. 113 и 121; Николић (Драган), пар. 200-205; Бабић, пар. 52 и 53; Благојевић и Јокић, пар. 845; Блашкић, пар. 787; Брало, пар. 37-40; Брђанин, пар. 1105; Дeroњић, пар. 210-218.

<sup>592</sup> На пример, Николић (Момир), пар. 121; Блашкић, пар. 787; Дeroњић, пар. 219, Стакић, пар. 910.

<sup>593</sup> Муцић, пар. 1226; другостепена Крнојелац, пар. 260; другостепена Блашкић, пар. 683; Мартић, пар. 486; Милошевић, пар. 990 и др.

<sup>594</sup> Блашкић, пар. 783 (жртве су живе спаљене); Хаџихасановић и Кубура, пар. 2084 (лишење живота одрубљивањем главе); Муцић, пар. 1275 (везао горући штапин око жртве, присилио оца и сина да туку један другог); Мрђа, пар. 26 (ликвидација бацањем у провалију); Васиљевић, пар. 27.9 (убиства извршена хладнокрвно на реци, како би се избегао проблем уклањања тела). Видети и пресуде у предметима Тодоровић, пар. 65; Чешић, пар. 51-54; Јелисић, пар. 130-132; Николић (Драган), пар. 186-192 и 213(i) и Крстић, пар. 703.

<sup>595</sup> Најчешће је закључено да се ради о понижавајућем начину код сексуалног злостављања: Чешић, пар. 54 (фелацио између браће, што су стражари посматрали и смејали се); Брало, пар. 34 (силовање у присуству других лица); Муцић, пар. 1262, 1267 и 1275 (силовање у присуству других лица, присиљавање браће не међусобни фелацио); Симић, пар. 63 (терали затворенике да стоје у реду са раширеним ногама и рукама, да би их ударили у полне органе) и слично.

<sup>596</sup> Мрђа, пар. 26.

и систематичност и методичност напада.<sup>597</sup> Од осталих чинилаца који одсликавају тежину могу се навести и врста коришћеног средства,<sup>598</sup> време када је учињено,<sup>599</sup> трајање дела,<sup>600</sup> већи број учинилаца,<sup>601</sup> и злостављање пре лишења живота.<sup>602</sup>

Вршење кривичног дела са предумишљајем је у јуриспруденцији *ad hoc* Трибунала доводило до тога да се оно сматра „кривичним делом вишег степена“.<sup>603</sup> Иако није подробније објашњено, језичко тумачење формулације сугерише да се предумишљај овде доводи у везу са тежином кривичног дела. То није случај и у осталим предметима, где се о њему говори као о самосталној отежавајућој околности,<sup>604</sup> те у том домену постоји неусаглашеност. У неким другим питањима пракса је уједначенија. Тако је јединствен став да се предумишљај не може узети у обзир код злочина против човечности, док код геноцида или ратних злочина чињеница да су унапред планирани, што се сматра пресудним за постојање предумишљаја, може представљати отежавајућу околност.<sup>605</sup>

Природа конфликта на просторима бивше Југославије учинила је очекиваним вршење дела са дискриминаторном намером, где се жртве бирају управо према припадности одређеној етничкој или верској групи. Трибунал је закључио да су таква дела тежа и да заслужују нарочиту моралну осуду. Намера дискриминације увек представља отежавајућу околност, али само под условом да не улази у састав кривичног дела.<sup>606</sup> Апстрактно посматрано, она се може појавити у процесу одмеравања код свих статутарних облика кршења међународног

---

<sup>597</sup> Хаџихасановић и Кубура, пар. 2081 (сакупљање ратног плена); Обреновић, пар. 77 (масовна погубљења); Николић (Момир), пар. 121 (масовна погубљења).

<sup>598</sup> Модификоване авионске бомбе које су веома непрецизне, те није могуће предвидети где ће пасти, а имају велику разорну моћ (Милошевић, пар. 1001); направе за изазивање електрошокова (Муџић, пар. 1264); „боксер“, гумена цев испуњена оловом и сл. (Николић Драган, пар. 189).

<sup>599</sup> Напад на село у раним јутарњим сатима, када жртвама није дата никаква могућност да побегну. Купрешкић, пар. 859 и 862.

<sup>600</sup> Зеленовић, пар. 43; Тодоровић, пар. 65; Брђанин, пар. 1111; Кунарац, пар. 865 и 874; другостепена Кордић и Черкез, пар. 1090; Брало, пар. 57; Хаџихасановић и Кубура, пар. 2082; Крајишник, пар. 1153; Мартић, 499; Милошевић, пар. 1000; Тодоровић, пар. 65; Николић (Драган), 213(i).

<sup>601</sup> Посебно код силовања. Кунарац, пар. 866.

<sup>602</sup> Васиљевић, пар. 276; Обреновић, пар. 66; Чешкић, пар. 51.

<sup>603</sup> Брђанин, пар. 1109.

<sup>604</sup> Муџић, пар. 1274; Блашкић, пар. 793; Крстић, пар. 710.

<sup>605</sup> Блашкић, пар. 793; Крстић, пар. 711.

<sup>606</sup> Првостепене пресуде у предметима Бановић, пар. 39; Кунарац, пар. 867; Мартић, пар. 488; Васиљевић, пар. 278; Зеленовић, пар. 41. Став је потврђен и у пресудама жалбеног већа у предметима Кунарац, пар. 357; Блашкић, пар. 694; Васиљевић, пар. 172 и др.



хуманитарног права изузев прогона. Овај облик злочина против човечности не постоји без дискриминаторне намере (чл. 5(h) Статута), а забрана двоструког вредновања онемогућава да се она поново стави на терет учиниоцу урачунавањем у висину казне.

Надаље, кривично дело у субјективном смислу, поред предумишљаја и намере дело може да одреди и мотив. Мотив се прилично ретко среће у пресудама *ad hoc* Трибунала, али се и из тих малобројних примера могу извући закључци о његовом положају у систему међународног кривичног права. Тако је утврђено да не утиче на постојање дела и одговорности,<sup>607</sup> чиме су побијене спекулације да се нека дела не могу сматрати геноцидом, пошто представљају акт освете. С тим у вези је и поставка о јасном разликовању мотива и намере. Покушавајући да их разграничи, Трибунал није настојао да то учини дефинисањем ових психичких категорија, него је проблему приступио чисто егзампларно: „*Лична побуда починиоца геноцида може бити остварење личне економске добити или политичке користи или неког облика моћи. Постојање личне побуде не спречава починиоца да има и специфичну намеру да почини геноцид*“.<sup>608</sup> Друге пресуде су само допуниле изнета становишта да се они јасно могу разлучити и код осталих кривичних дела, а не само код геноцида,<sup>609</sup> а до идентичних закључака је дошао и *ad hoc* Трибунал за Руанду.<sup>610</sup> Анализа јуриспруденције говори о ретком вредновању мотива при одмеравању казне, мада има и супротних примера: „*Мотив за чињење ових повреда хуманитарног права такође је релевантан отежавајући фактор којег треба узети при одмеравању казне ... Докази указују на то да су Хазима Делића, поред опитих садистичких мотива потицала и осветничка осећања ...*“.<sup>611</sup> Иако експлицитно не говори о садистичким мотивима, претпоставља се да су урачунати и

---

<sup>607</sup> Пресуде жалбеног већа у предметима Тадић, пар. 252 и 327 и Стакић, пар. 45.

<sup>608</sup> Другостепена пресуда у предметима Јелисић, пар. 49 и Кунарац, пар. 103 и 153.

<sup>609</sup> Другостепена пресуда у предмету Крнојелац, пар. 102.

<sup>610</sup> Видети другостепене пресуде у предметима Kayishema и Ruzindana, бр. ICTR-91-A од 01. јуна 2001. године, пар. 161 и Niyitegeka, бр. ICTR-96-14-T од 16. маја 2003. године, пар. 52.

<sup>611</sup> Првостепена пресуда у предмету Муцић, пар. 1269. Мотив освете је утврђен и код трећептуженог у истом предмету Есада Ланца, видети пар. 1273.

у свим случајевима када је утврђено да је учинилац са посебним ентузијазмом и уживањем мучио своје жртве.<sup>612</sup>

#### 4.5. Индивидуалне прилике осуђеника

Прва пресуда која је донета пред Трибуналом, пресуда у случају Ердемовић,<sup>613</sup> садржи тумачење појма индивидуалних прилика. Оно је веома значајно, како их Статут само помиње без икаквог даљег објашњења, те је могло обликовати будуће поступање суда по правилима прецедента. Са друге стране, инсистирање на поменутом тумачењу има смисла и услед чињенице да се „индивидуалне прилике“ не поклапају са „личним приликама“, сада већ традиционалним фактором редовног одмеравања казне у нашем националном законодавству. Запажајући да ширина формулације омогућава супсумирање великог броја хетерогених чинилаца, који варирају од случаја до случаја, претресно веће је издвојило више околности из овог комплекса. Тако су, без претензије да представљају неку коначну и потпуну листу, примера ради набројани: старосно доба, физичко и психичко стање, личност, прошлост и евентуална грижа савести (пар. 44). Очито је да индивидуалне околности чини „микс“ наших личних прилика, ранијег живота и држања учиниоца после учињеног кривичног дела. Јуриспруденција Трибунала је новим пресудама модификовала овај појам, али је дала и нека друга објашњења. Прво, у неким пресудама је учињен покушај да се процени мера утицаја индивидуалних прилика на висину казне, при чему је констатовано да казна, ипак, претежно зависи од тежине кривичног дела.<sup>614</sup> У том смислу је кориговање казне с обзиром на индивидуалне прилике незнатно. Друго, закључено је да се функција индивидуалних околности састоји у расветљавању етиологије злочина на основу чега суд процењује капацитет учиниоца за поновну

---

<sup>612</sup> Видети пресуде у предметима Муџић, пар. 1264 (смејао се патњама жртава и молбама за милост); Квочка, пар. 741 (чинило се да злочин сматра забавом); Јелисић, пар. 130 и 131 (уживање у осећају моћи услед наметања своје воље жртвама и чињенице да одлучује о животу и смрти, што говори о његовом презиру према човечанству и праву на живот).

<sup>613</sup> Предмет бр. IT-96-22-T од 29. новембра 1996. године.

<sup>614</sup> Пресуда у предмету Блашкић, пар. 765.

социјалну интеграцију,<sup>615</sup> што представља један од прихваћених циљева кажњавања.

Старосно доба учиниоца, и младост и старост, у извесном броју пресуда фигуришу као олакшавајућа околност, мада из веома различитих разлога. Док је младост узимана у обзир због недовољног животног искуства и могућности остваривања реинтеграције учиниоца, као једног од циљева кажњавања, старост је уважавана због чињенице да терет година, тј. последице које са њима иду додатно отежавају издржавање казне. Занимљиво је истражити како се ови појмови схватају и где се, по ставовима Трибунала, налазе границе једног односно другог доба. Само један осуђени је, са навршених деветнаест година у време извршења кривичног дела, био на ивици пунолетства, што је и прихваћено у процесу одмеравања.<sup>616</sup> Међутим, у претежном броју случајева младост, као основ за смањивање казне, се односила на узраст од двадесет и три године у време извршења дела.<sup>617</sup> Могло би се помислити да са овим годинама престаје младост, наравно у смислу олакшавајуће околности, јер је Трибунал одбио предлоге одбране да смањи казну Мрђи, Дошену и Чешићу, који су у критичном периоду имали двадесет и пет (прва двојица) односно двадесет и седам година (последњи осуђени).<sup>618</sup> Међутим, даља анализа свих осуђујућих пресуда показује недоследност у кривичноправном третману година, јер су као младост посматране следеће околности: тридесет година,<sup>619</sup> тридесет и две године<sup>620</sup> и тридесет и три године живота.<sup>621</sup> Поставља се питање да ли се ради о непримереном „двоструком аршину“ или постоји нека логика која оправдава различито поступање. Све постаје јасније у контексту осталих околности случаја – Чешић и Мрђа су били само полицајци ниског ранга, Дошен је био вођа смене у логору Кератерм, док је генерал Блашкић заузимао положај са великом одговорношћу, пре свега у организовању војске и вођењу војних операција у критичном периоду, тако да је суд стекао уверење да због својих година и животног искуства свему томе није био дорастао. Такође, компарације ради, пред

---

<sup>615</sup> Пресуда у предмету Блашкић, пар. 765; Квочка и други, пар. 704 и др.

<sup>616</sup> Муџић и други, пар. 1238.

<sup>617</sup> Бановић, пар. 74; Ердемовић, пар. 109; Фурунџија, пар. 284; Јелисић, пар. 124.

<sup>618</sup> Мрђа, пар. 93; Сикирица, пар. 182 и 192; Чешић, пар. 91.

<sup>619</sup> Стакић, пар. 923.

<sup>620</sup> Блашкић, пар. 778.

<sup>621</sup> Симић и други, у односу на Симић Благоја, пар. 1084.

*ad hoc* Трибуналом за Руанду младим су сматрана и лица од тридесет и две до тридесет и седам година година,<sup>622</sup> тако да се у поменутиим одлукама праксе два *ad hoc* трибунала приближавају.

Код проучавања старости логика је управо супротна – много је значајније утврдити доњу границу, јер тек од ње позивање на поменуту околност може бити делотворно. Прва пресуда са усвојеним захтевом одбране да се старост узме за олакшавајућу околност донета је у предмету Крнојелац (пар. 533). Претресно веће је без посебног образложења констатовало да је старосно доба од шездесет две године прихваћено као фактор одмеравања. Ово је уједно и најнижа граница, како су сви остали осуђени били старији – Тадић је имао шездесет и шест година (пар. 1099), Јокић шездесет девет (пар. 101), Стругар седамдесет једну (пар. 469), а Плавшићева седамдесет и две године у време доношења пресуде (пар. 106). Управо у овом последњем случају је вођена најдетаљнија расправа о утицају година старости на казну. Тако је разматран предмет *Папон против Француске*, који се водио пред Европским судом за људска права. Наиме, деведесетогодишњи жалилац (којег је француски суд прогласио кривим за помагање и подржавање злочина против човечности) је тврдио да је због комбинације фактора старости и здравственог стања казна затвора у супротности са чланом 3. Европске конвенције о људским правима, која забрањује мучење и нечовечне или понижавајуће поступке или казне. Суд је оценио да само поодмакло животно доба није препрека казни затвора, али да праћено другим факторима (као што је здравствено стање) може бити узето у обзир приликом одмеравања и за време издржавања казне (нпр. кад се казна затвора замењује условном осудом или кућним притвором). И национални кривичноправни системи воде рачуна о старости, што је илустровано примерима из судске праксе Велике Британије, Аустралије и Канаде. Осим тога, дати су и примери Норвешке, Шпаније и Португалије, где је укинут доживотни затвор и замењен временским затворским казнама, затим Румуније где се казна доживотног затвора не може изрећи лицима старијим од 60 година, као и Украјине где оваква забрана постоји у односу на лица старија од 65 година.

---

<sup>622</sup> Првостепена пресуда у предметима Serushago, бр. ICTR-98-39-A од 6. априла 2000. године, пар. 39; Kayishema и Ruzindana, пар. 12.

Такође, одбрана се позивала и на податке из Демографског годишњака Савета Европе и Извештаја Међународне здравствене организације из 2001. године, на основу чега је процењено да је очекивани животни век Плавшићеве још 8,2 године. То би значило да се свака казна од осам и више година затвора претвара у доживотни затвор, а то се директно противи забрани окрутних и неуобичајених, као и нехуманих и понижавајућих облика кажњавања. На овај проблем је указано још у „Општем извештају о поступању са дугогодишњим затвореницима“ из 1975. године, који је припремила Европска комисија о проблемима криминалитета. Претресно веће је одбацило тврдње одбране да се свака казна већа од 8,2 године своди на доживотни затвор и да би представљала нехуману или понижавајућу казну. Да би таква казна била обухваћена забраном из члана 3. Европске конвенције о људским правима, морале би постојати и додатне околности везане за здравствено стање, али оне не постоје у предоченој медицинској документацији, те је закључено да нема препрека за изрицање затворске казне (*Papon v. France*; видети, такође, и *Kulda v. Poland*, ЕСЈП). Претресно веће није сматрало уверљивим ни аргумент очекиваног животног века оптужене, али је ипак узело у обзир њено животно доба, и то из два разлога. Прво, због слабљења физичког здравља у старијој доби, издржавање исте казне пада теже старијим него за млађим особама. Друго, оптуженој особи поодмакле доби можда не преостаје много квалитетног живота након пуштања на слободу (пар. 105 и 106).

Сумирајући изнете закључке, могло би се рећи да упркос свему овај фактор, као уосталом и други из комплекса индивидуалних прилика, не могу у знатној мери бити олакшавајући када је реч о међународним кривичним делима. Управо је на њихову ограничену тежину указано у многим предметима.<sup>623</sup> Такође, веома често се он и не посматра као самостална олакшавајућа околност, него тек у садејству са другим чиниоцима из индивидуалних прилика добија описани правни значај.<sup>624</sup>

Подаци о брачном и породичном статусу постоје у свим предметима, али им с обзиром на тежину злочина за које се суди није придаван никакав или незнатан значај. Има и примера где брачно стање није уважено из других разлога. У случају

---

<sup>623</sup> На пример, Бановић, пар. 776.

<sup>624</sup> На то је указано, на пример, у предмету Јокић, пар. 102.

Чешић Трибунал је одбио да урачуна чињеницу да је оптужени у браку, јер је брак закључен у Централном затвору у Београду, док је оптужени ишчекивао премештај у Хаг (пар. 92). Необразложеност овог става наводи на претпоставку да је суд посумњао на срачунатост и манипулативност поступка оптуженог, те ову чињеницу није узео за позитиван показатељ претходног живота. Када су породичне прилике у питању, слично као и судској пракси пред националним судовима, и пред *ad hoc* Трибуналом, оне су проналазиле своје место у процесу одмеравања ако је оптужени родитељ малолетне деце,<sup>625</sup> старатељ малолетне деце после развода брака,<sup>626</sup> ако су доказани болест или инвалидитет,<sup>627</sup> односно, смрт члана породице.<sup>628</sup>

Када се говори о породичним приликама, пажњу привлаче и веома ретки примери позивања на стање у породици порекла оптуженог. Разумљиви су мотиви одбране, која је инсистирала на таквим разматрањима, како би, у неку руку, пронашла оправдање за асоцијално понашање свог браћеника, али се то није показало као ефикасна тактика. Трибунал није прихватио тешко детињство, ако није доказана повезаност између ове околности и каснијег понашања.<sup>629</sup> У супротном, уколико је утврђено да је оставило трага на оптуженог, може бити узето за олакшавајуће само у скупном дејству са низом других индивидуалних прилика.<sup>630</sup>

Природа дела за која се суди навела је на претходну, радну претпоставку да се имовинско стање породице оптуженог уопште неће појавити у процесу одмеравања. Свеобухватна анализа је то донекле демантовала. Незапосленост

---

<sup>625</sup> Бановић, пар. 74; Блашкић, пар. 708; Брало, пар. 47; Дероњић, пар. 268; Ердемовић, пар. 110; Фурунција, пар. 284; Љимај и други у односу на оптуженог Балу, пар. 732; Рајић, пар. 159; Сикирица и други у односу на оптуженог Дошена, пар. 183; Зеленовић, пар. 53.

<sup>626</sup> Благојевић и Јокић, пар. 855.

<sup>627</sup> Квочка и други, у односу на оптуженог Прцаћа, пар. 724; Хаџихасановић и Кубура, у односу на оптуженог Кубуру, пар. 2088; Љимај и други, у односу на оптуженог Балу, пар. 732; Мрђа, пар. 88; Стругар, пар. 469.

<sup>628</sup> Брало, пар. 48; Сикирица и други, у односу на оптуженог Дошена, пар. 182.

<sup>629</sup> Чешић, пар. 90.

<sup>630</sup> Мрђа, пар. 88.

супруге и тешке материјалне прилике породице се ипак помињу у мањем броју случајева,<sup>631</sup> али се више ради о констатацији без неке реално мерљиве улоге.

Један број случајева издваја се својом специфичношћу. Тако се у предмету Бабић не срећу типични разлози за уважавање породичних прилика, већ претпостављени безбедносни ризици. Наиме, судско веће је оценило да је Бабићева сарадња са Тужилаштвом довела у питање не само његову личну сигурност, него и сигурност чланова његове породице, која „... живи у страху од насилне одмазде оних који у њима виде издајнике, тако да никада неће моћи да се врате у домовину“ (пар. 87). Посебан је и случај Мартић, како је за увршћивање породичних прилика у круг олакшавајућих околности сматрано пресудним то што су он и његова породица протерани и расељени после операције „Олуја“ (пар. 509). Овом кругу припада и пресуда Ердемовићу, на чију казну је, између осталог, имала утицаја и чињеница да ће је издржавати у затвору удаљеном од своје земље, што ће отежати одржавање контакта са породицом (пар. 109).

Образовање и припадност професији, по правилу, нису представљали предмет интересовања Трибунала у домену одмеравања. Изузетак је учињен у предметима Стакић и Симић и други, у којима су узети за отежавајуће околности.<sup>632</sup> При томе су разлози потпуно идентични – високо образовање и лекарска професија. Учешће у злочинима је нешто потпуно неочекивано и неспојиво са обављањем хумане лекарске професије, те је посматрано као огрешење о професионалне и општеморалне обавезе према друштвеној заједници. Тиме је потврђен став, раније заузет пред *ad hoc* Трибуналом за Руанду у предметима Kayishema и Ruzindana,<sup>633</sup> односно, Elizaphana и Gérard Ntakirutimane.<sup>634</sup> Такође, Трибунал се бавио значајем образовања и у односу на друге осуђене у предмету Симић. Тако су и Тадићу, поред осталих, и чињенице да се ради образованој особи и просветном раднику по занимању, утицале на повећавање казне (пар. 1095).

---

<sup>631</sup> Бановић, пар. 74; Николић (Момир), пар. 169; Сикирица и други, у односу на оптуженог Дошена, пар. 183; Стругар, пар. 469.

<sup>632</sup> Стакић, пар. 915 и Симић и други, пар. 1084.

<sup>633</sup> Kayishema et Ruzindana, предмет бр. ICTR-95-1-Т од 21. маја 1999. године, пар. 26.

<sup>634</sup> Elizaphana et Gérard Ntakirutimane, бр. ICTR-96-10-Т и ICTR-96-17-Т од 21. фебруара 2003. године, пар. 910.

Надаље, и сам овлашан преглед на садржај осуђујућих пресуда донетих пред *ad hoc* Трибуналом открива да се приликом одмеравања казне расправљало и о околности под необичним називом „добар карактер“ учиниоца кривичног дела. Међутим, иако би се на основу коришћене синтагме могло помислити да се ради о некаквом психолошком проучавању и преиспитивању црта карактера, даља анализа указује да се ради о нечему посве другачијем. Недовољно прецизна формулација крије податке из приватног и професионалног живота учиниоца, са фокусом на ранију неосуђиваност и недискриминаторно понашање (схваћено у најширем смислу те речи) према људима различитих националности и конфесија. Ово потоње се процењује како у односу на период пре извршења дела, те се у том домену јавља као узоран ранији живот, али и за време и након вршења кривичног дела. Много пута је закључено да добар карактер сам по себи не представља олакшавајућу околност, али да то може бити изузетно у склопу са другим чињеницама,<sup>635</sup> да има ограничену тежину због природе међународних кривичних дела и чињенице да је карактеристичан за многе оптужене,<sup>636</sup> али и да га је неопходно испитати, јер се на основу тога процењује могућност рехабилитације, значајна посебно у односу на млађе осуђенике.<sup>637</sup> Редак пример, где је добар карактер у већој мери утицао на висину казне јесте предмет Обреновић: *„На основу предочених доказа Претресно веће констатује да је пре рата Драган Обреновић уживао велико поштовање своје околине и да није спроводио никакву дискриминацију против било кога. Надаље, Претресно веће на основу исказа сведока констатује да је Драган Обреновић чак и за време рата континуирано помагао неколицини Муслимана које раније није познавао. Претресно веће то сматра значајним фактором за ублажење казне“*.<sup>638</sup>

Ранија неосуђиваност представља типичну олакшавајућу околност и готово да нема предмета у којем се одбрана није позивала на њу. Друго је питање како је Трибунал поступао према овој чињеници. Најчешће је она и била призната, али са незнатним или ограниченим дејством на казну,<sup>639</sup> иако има примера да је оцењена

---

<sup>635</sup> Првостепена пресуда у предмету Бабић, пар. 91 и др.

<sup>636</sup> Првостепена пресуда у предмету Бановић, пар. 76 и др.

<sup>637</sup> Првосетепена пресуда у предмету Ердемовић, пар. 103 и др.

<sup>638</sup> Првосетепена пресуда у предмету Обреновић, пар. 134.

<sup>639</sup> Алексовски, пар. 236; Бановић, пар. 76; Блашкић, пар. 780; Фурунџија, пар. 284; Хадихасановић и Кубура, пар. 2080; Јелисић, пар. 124; Крајишник, пар. 1164; Крстић, пар. 714; Мрђа, пар. 94;



потпуно ирелевантном.<sup>640</sup> То је једноставно условљено природом кривичних дела, на шта је упозорено у једној од пресуда: „*Када се окривљени осуди за крајње тешка кривична дела извршена на изразито суров начин, чињеница да претходно није кажњаван не води нужно нишој казни*“.<sup>641</sup>

Обрнута ситуација, постојање раније осуде, има извесне специфичности и не вреднује се на исти начин као у нашем правосуђу. Иако је мало таквих примера те се не може говорити о томе да је став према претходним осудама укорењен у раду Трибунала, чињеница да пресуде имају значај прецедента, налажу детаљније разматрање. Претходна осуда се први пут појавила у предмету Налетелић у односу на другооптуженог Мартиновића, који је раније осуђен за кривично дело убиства и два кривична дела тешке крађе. Ниједна од тих осуда није утицала на казну, мада не из истих разлога. Пресуда за убиство још увек није била правноснажна (за време суђења пред Трибуналом није био окончан жалбени поступак), тако да је то прво правило искристалисано у вези са овом околношћу. Што се осуде за тешку крађу тиче, заузет је став да би било „*непримерено узимати их у обзир приликом одмеравања казне за тешка кршења међународног хуманитарног права*“ (пар. 762). Тако је настало и друго правило, по којем се све претходне осуде не могу урачунавати. Из њега се, додуше, не види какав би квалитет требало да поседују да би биле укалкулисане. Међутим, овако постављен проблем, на посредан начин, решавају неки други случајеви. Поједина претресна већа су у оквиру података о карактеру оптуженог посебно истицала да нису раније осуђивани за „*насилна кривична дела*“.<sup>642</sup> Када се описани ставови доведу у заједнички контекст, постаје јасније да су у фокусу код процене раније осуђиваности биле управо осуде за дела са елементима насиља. Слику о поврату у пракси Трибунала употпуњује и пресуда у предмету Чешић. Он је осуђен за убиство на мах (одбранио жену од насртаја њеног мужа). Претресно веће заузело став да природа претходног дела и околности

---

Мркшић, пар. 710; Николић (Драган), пар. 265; Рајић, пар. 162; Симић и други, пар. 1089, 1100. и 1113; Симић (Милан), пар. 108; Стругар, пар. 467; Зеленовић, пар. 56.

<sup>640</sup> Видети пресуде у предметима Налетелић, пар. 754; Брђанин, пар. 1128; Фурунција, пар. 284; Дероњић, пар. 275 и др.

<sup>641</sup> Брало, пар. 48.

<sup>642</sup> Рецимо, у првостепеној пресуди у предмету Крстић, пар. 714. Такође, у оквиру образложења казне, читаво поглавље првостепене пресуде у предмету Брђанин је насловљено формулацијом „непостојање ранијих насилних кривичних дела“ (видети поглавље 3д).

под којима је учињено воде ка контрадикторним закључцима о његовом карактеру. Иако би чињенице могле упућивати на склоност импулсивном и несразмерном поступању, оне би се истовремено могле искористити и као доказ његове спремности да помогне другима у опасности. Зато се суд и определио да претходној осуди не дā ни позитивно ни негативно значење (пар. 84 и 85).

Да сумирамо, формална чињеница постојања претходне осуде не представља сама по себи отежавајућу околност, како се често дешава пред националним судовима. Иако они испитују да ли се ради о специјалном поврату, који има строжији третман од општег, наши судови не праве горе поменуте разлике између осуда.

Здравствено стање је у ретким примерима имало утицаја на висину казне. Одбрана се први пут позвала на лоше здравствено стање оптуженог генерала Крстића, мада оно није уважено као олакшавајућа околност: „... *иако саосећа са тегобама које је генерал Крстић осећао за време суђења, Претресно веће сматра да та околност није повезана са сврхом кажњавања*“.<sup>643</sup> За разлику од овога, у предмету Симић је закључено да се ради о изузетном случају када лоше здравље постаје значајно. Процењено је да до тада није било оптужених са толико тешким здравственим проблемима, тако да их суд из разлога хуманости није могао пренебрегнути: „*Претресно веће је ... констатовало да је он, као параплегичар, осуђен на инвалидска колица и да треба константну здравствену његу, укључујући целодневну помоћ код неопходних свакодневних активности ... У складу са тим, изриче се краћа затворска казна од оне коју би Милан Симић иначе добио*“.<sup>644</sup> Очигледно је да је Трибунал водио рачуна о чињеници да иста дужина казне теже погађа оболелу него здраву особу. Са друге стране, није прихваћен став одбране да ће затворска казна скратити животни век Симића (навод у пар. 99), јер у приложеном лекарском налазу не постоје индикације које тако нешто чине вероватним.

---

<sup>643</sup> Пресуда у предмету Крстић, бр. IT-98-33-T од 2. августа 2001. године, пар. 723. Наиме, крајем децембра 1994. године генерал Крстић је, нагазивши на мину, задобио тешке телесне повреде због којих му је део ноге ампутиран, тако да је до средине 1995. године био на лечењу и рехабилитацији.

<sup>644</sup> Симић, бр. IT-95-9/2-S од 17. октобра 2002. године, пар. 116.

По хронолошком реду, здравствено стање се надаље помиње у предметима Налетелић, Симић и други, Плавшић, Стругар, Љимај и Зеленовић. Са изузетком првог, у којем није признато за олакшавајућу околност, јер одбрана није поднела доказе како би поткрепила тврдњу да се стање оптужених погоршало у притвору,<sup>645</sup> као и случаја Плавшић, у којем је оцењена као неоснована претпоставка да ће се здравствено стање *„временом погоршавати, посебно у условима стреса изазваног кривичноправном ситуацијом и затворским условима живота“*,<sup>646</sup> у преостала четири случаја је довела до модификовања казне. Тако је она умањена због *„извесног степена васкуларне деменције и депресије, као и губитка памћења“*,<sup>647</sup> *„проблема са радом срца и крвним притиском“*,<sup>648</sup> односно, због *„дијабетес мелитуса типа два и установљене инвалидности од 80 посто“*.<sup>649</sup>

#### 4.6. Значајна сарадња оптуженог са Тужилаштвом

Значајна сарадња са Тужилаштвом представља једину олакшавајућу околност изричито наведену у Правилнику о поступку и доказима (правило 101 В (ii)), што је на непосредан начин ставља у виши ранг у односу на све остале, потенцијалне олакшавајуће околности. Осим тога што се инсистира на атрибуту значајности, и што је изричито наглашено да утиче на казну и ако је остварена пре, али и након доказане кривице, нема неких детаљнијих упутстава. Због тога је сама пракса морала да изнађе и развије стандарде за процену вредности сарадње. Први такви критеријуми постављени су у предмету Ердемовић. Сарадња је понела тражени атрибут, јер је оптужени изнео потпуно нове податке (о четири догађаја за које Тужилаштво уопште није знало, укључујући и податке о учиниоцима, што је резултирало издавањем међународних налога за хапшење), као што је и потврдио неке од раније познате чињенице. Такође, Тужилаштво је посебно истакло да је

---

<sup>645</sup> Првостепена пресуда у предмету Налетелић, пар. 752 и 757.

<sup>646</sup> Првостепена пресуда у предмету Плавшић, пар. 96 и 110.

<sup>647</sup> Првостепена пресуда у случају Стругар, предмет бр. IT-01-42-T од 31. јануара 2005. године, пар. 469.

<sup>648</sup> Првостепена пресуда Бали у случају Љимај и други, пар. 732.

<sup>649</sup> Зеленовић, пар. 53.

описана сарадња била „спонтана и безусловна“, како заузврат нису дата никаква обећања оптуженом.<sup>650</sup> Укратко речено, квалитет и квантитет датих информација, спонтаност и безусловност постају пресудни, што је потврђено у многим каснијим случајевима.

Иако је пошло од описаног приступа, претресно веће је у предмету Тодоровић закључило да чињеница да је оптужени остварио или би могао остварити корист на основу споразума с оптужбом, не спречава суд да сарадњу посматра као олакшавајућу околност.<sup>651</sup> Наведени су и аргументи за изнети став: прво, суд није ни на који начин обавезан споразумом о признању кривице, који се склапа између оптуженог и Тужилаштва; друго, ако је квалитет и квантитет информација задовољавајућ, као што је то у овом случају, пошто неке чињенице без сарадње суду не би биле расположиве, није логично да се она не оцени као значајна. Нема сумње да су тако унети нови моменти. Релативизован је захтев безусловности, он није нужно потребан да би сарадња била значајна, мада ће јој, ако постоји, сигурно дати већу тежину.<sup>652</sup> Прецедентна правила о сарадњи допуњена су и у предмету Крнојелац. Указујући на повезаност сарадње и процесног начела ефикасности, пошто је јасно да она омогућава да се суђење заврши за много мање времена него што би то иначе било потребно, Трибунал је упозорио на проблем логичког закључивања а *contrario*. Наиме, на основу правила, потврђеног у пракси овог *ad hoc* Трибунала, да се кооперативност оптуженог рачуна њему у корист, између осталог и због поменуте ефикасности, не би ваљало закључити да супротно понашање, тј. некооперативност води ка повећању казне.<sup>653</sup> Иако није даље образлаган, јасно је да се овакав третман несарадње не би никако могао уклопити у гарантовано право на одбрану, те је и одбачен као неприхватљив.

Посебно је интересантно питање вредновања сарадње у другим поступцима. Наиме, поједини оптужени су или предавали документа или су потврђивали аутентичност докумената коришћених у другим предметима, док су неки и

---

<sup>650</sup> Ердемовић, пар. 99-101 и Ердемовић, друга пресуда, пар. 16 (iv).

<sup>651</sup> Тодоровић, пар. 85.

<sup>652</sup> Оптужба је, додуше без успеха, покушала да компромитује сарадњу оптуженог Васиљевића, тврдећи да је мотивисана лично коришћу и да тиме не досеже ниво „значајне“. Васиљевић, пар. 299.

<sup>653</sup> Крнојелац, пар. 520. Видети фусноту 1536.

непосредно учествовали у другим поступцима у својству сведока. Тако су пред Трибунал стављена два проблема. Прво, да ли уопште вредновати овакве облике сарадње, посебно ако се „сарадник“ њима не инкриминише, као што је то случај када помаже тужилаштву и суду у свом предмету, и друго, да ли суд треба сарадњу да узме априорно, саму по себи, или би требало да се се упушта у процену значаја за тај други, њему више-мање непознат предмет? Анализа случајева у којима је одбрана предочила ову, да је тако назовемо, екстерну сарадању, недвосмислено показује да је она утицала на избор казне. Суд се, при томе, позивао више на вољу и спремност учиниоца да сарађује, него на реалне домете сарадње.<sup>654</sup> Позитиван третман, дакле, није проистицао из форензичке вредности, већ из изражене предусретљивости учиниоца. Да није тако, суд би се нашао у незахвалној, а некада и готово немогућој мисији да изнова процењује доказе из других поступака, што је посебно евидентно ако други случај нема неке контекстуалне везе са случајем који пресуђује.

Проблем сличан наведеном јесте и обећање будуће сарадње. Оно се редовно среће у споразуму о признању кривице, где се типски понавља обавеза учиниоца да сведочи, тј. пружи потпуне и истините информације кад год се то од њега затражи. Као што се може претпоставити, на основу претходног излагања, и овако израженој спремности на сарадњу је придавана пажња у процесу одмеравања.

#### 4.7. Наређење претпостављеног

Природа кривичних дела, стављених у надлежност Трибунала, неминовно је утицала на потребу нормативног уобличавања института наређења претпостављеног. Као и у другим случајевима, на жалост, није дошло до неког детаљнијег регулисања, пошто Статут само, забрањујући могућност да наређење искључи кривичну одговорност, дозвољава суду да га третира као олакшавајућу околност приликом одмеравања казне, уколико сматра да је то праведно (чл. 7. ст. 4.). Праведност је дефинитивно веома апстрактан и широко постављен услов, те је

---

<sup>654</sup> Видети пресуде у предметима Брало, пар. 77; Николић (Момир), пар. 156; Дерићић, пар. 245-252.

остало на суду да га ближе одреди и „испуни“ неким конкретнијим садржајем. Већ на самом почетку свог рада (у случају Ердемовић) постављене су извесне смернице за правно вредновање наређења претпостављеног. Тако је закључено да дејство института зависи од одговора на следећа питања: да ли је оптужени могао избећи ситуацију у којој се затекао или је био суочен са непремостивим наређењем од којег се никако није могао извући; да ли је он или члан његове уже породице био у непосредној смртној опасности; да ли је оптужени имао моралну слободу да се супротстави добијеном наређењу и ако јесте да ли је то покушао.<sup>655</sup> Не може остати непримећено да је приликом дефинисања смерница дошло до фузије два одвојена правна института – наређења претпостављеног и принуде. Они нису нужно логички повезани, наређење не мора увек да прати принуда, мада је чињеница да је то у доба рата честа појава. Дакле, да би добило статус олакшавајуће околности наређење би требало да буде такво да се није могло избећи односно да се његово извршење налазило у функцији одбијања непосредне животне опасности која је претила или оптуженом или члановима његове породице. Илустрације ради, у поменутом предмету је закључено да се ради о олакшавајућој околности из неколико разлога: посебно осетљивог положаја, како се ради о босанском Хрвату у ВРС, предисторије неслагања са надређеним због чега је раније кажњен губитком чина, као и због чињенице да је у критичном догађају стављен пред екстреман избор да убија или ће бити убијен.<sup>656</sup> Описано повезивање извршавања наређења и принуде трасирало је даљи рад суда. Идући за примером ове пресуде, одбрана је често покушавала да докаже да је наређење праћено принудом, те је Трибунал и у осталим случајевима био стављен у позицију да о њима расправља „у пакету“. Из тога не би требало извући закључак да наређење представља олакшавајућу околност искључиво под условом да је надређени применио силу или претњу. То је екстреман случај, те се наређења могу се навести као олакшавајуће околности и потпуно независно од принуде. Подређеном се као олакшавајућа околност може уважити извршавање наређења, иако га надређени нису директно принуђивали на извршење, али само у случајевима када наређење није било очигледно

---

<sup>655</sup> Првостепена пресуда у предмету Ердемовић, пар. 89.

<sup>656</sup> Друга пресуда у предмету Ердемовић, пар. 17.

противправно, на шта је указано у неким предметима.<sup>657</sup> Наравно, могуће је и обрнуто, да лице које нема својство надређеног принуди друго да учини злочин служећи се силом или претњом, што опет води смањивању казне.

Било је и покушаја, додуше неуспешних, да се наређење претпостављеног „подупре“ и неким другим чиниоцима. Одбрана се у предмету Мрђа позивала на Извештај професора Gallwitz-а, који је закључио да тако млада особа са ниским положајем у хијерархији, уз акутни стрес у атмосфери јаке међунационалне мржње и јако идентификовање са групом којој припада, није у стању да се одупре добијеним наређењима.<sup>658</sup> Претресно веће није негирало да су те околности могле на неки начин утицати на понашање, али није прихватило да су оне биле тако неододљиве да нису остављале простор за други избор сем за учествовање у делу (убиство око двеста цивила). Осим тога, наређења су била толико очигледно противправна да је оптужени морао бити свестан да се њима крше елементарни закони ратовања и императиви човечног поступања. Чињеница да их је упркос томе извршавао не завређује умањивање казне.

Иако и у неким другим случајевима наређење није утицало на висину казне, то не значи да на посредан начин нису искристалисани и неки нови евалуациони критеријуми. Рецимо, у случају Јелисић среће се исти закључак до којег је својевремено дошао и суд у Нирнбергу: „... чак и да је доказано да је поступао по наређењима неке надређене особе, немилосрдна жестина и окрутност његових дела би искључила могућност да му се то узме у обзир као олакшавајућа околност“.<sup>659</sup> Поред суровости, наређење са листе олакшавајућих околности „бришу“ и садистичким мотиви из којих се оно извршава: „... и када би се прихватило да је понекад било наређено да убије или злоставља затворенике у логору, доказни материјал не показује да је он то чинио невољко. Напротив, природа његових дела децидирано указује да је изопачено уживао у наношењу великог бола и понижавању“.<sup>660</sup>

---

<sup>657</sup> Првостепена пресуда у предмету Мрђа, 65.

<sup>658</sup> *Idem*, пар. 61.

<sup>659</sup> Првостепена пресуда у предмету Јелисић, пар. 146.

<sup>660</sup> Првостепена пресуда у предмету Муцић, пар. 1281.

#### 4.8. Остале олакшавајуће и отежавајуће околности

Поред обавезних околности предвиђених Статутом и Правилником, у пракси Трибунала су се појавили и неки други релевантни чиниоци. Ради прегледности излагања они се могу класификовати у две групе, и то према тренутку настанка. Првом кругу околности из времена извршења дела припадају злоупотреба положаја у војној или цивилној хијерархији, смањена урачунљивост и спасавање жртава или умањивање њихових патњи. У другу целину смештене су хетерогене чињенице, од којих су неке логички повезане са раније обрађеном сарадњом, попут добровољне предаје, потврдног изјашњавања о кривици, понашања у притворској јединици и у току поступка, али и чињенице који говоре о односу према самом кривичном делу и сведоче о рехабилитационом капацитету осуђеног, као што су кајање и саосећање са жртвама.

Раније је назначено да се у кршењима међународног хуманитарног права у оружаним сукобима, може очекивати учешће лица са различитих позиција – политички руководиоци могу одговарати за планирање и заверу, високе војне старешине за спровођење ових планова издавањем наређења потчињенима, док војници нижих чинова могу бити одговорни за њихово непосредно извршење. Од оснивања Трибунала више пута је истакнут његов циљ да пред лице правде изведе првенствено субјекте који су у стању да, због свог надређеног положаја, у већој мери подрију међународни поредак, а не оне који као пуко оруђе извршавају наређења. Ова декларативна оријентација послужила је као инспирација одбрани, која је покушавала да манипулише позивањем на ниски положај оптуженог, проглашавајући Трибунал ненадлежним. То, међутим, ниједном није дало очекиване резултате: „*Међународни суд има пуну надлежност да не суди само, као што то тврди одбрана оптуженог, великим злочинцима као у Нирнбергу, већ и извршиоцима*“.<sup>661</sup> Исто је закључено у случају Муцић, где је одбрана пласирала тезу о ненадлежности у односу на оптуженог Ланцу, који је само обичан војник.<sup>662</sup>

---

<sup>661</sup> Ердемовић, пар. 83.

<sup>662</sup> Муцић, пар. 1280.



Иако је било примера да оптужени нижег ранга буду пребачени на поступање националним судовима,<sup>663</sup> разлози за то не леже у ненадлежности, већ у потреби да се ресурси трибунала усмере на случајеве за које се може претпоставити да не би правилно били вођени пред националним судовима, услед одређене политичке климе и утицаја оптуженог. Како статутарне одредбе јасно говоре о томе да Трибунал има надлежност и над вођама и над „обичним“ непосредним извршиоцима (чл. 7. ст. 1. Статута), да се претпоставити да је често био у прилици да процењује утицај различитих положаја у војној или цивилној хијерархији на висину казне.

Анализа осуђујућих пресуда открива став да пука чињеница да се учинилац налазио на положају власти није аутоматски и отежавајућа околност, пошто се тражи да је та власт злоупотребљена.<sup>664</sup> Другим речима, отежавајућа је комбинација положаја власти и начина на који се врши. Степен у којем руководећи положај може повећати тежину злочина зависи од стварног нивоа овлашћења. Ако положај, на пример, даје власт над великом групом људи, јасно је да учинилац његовом злоупотребом може да нанесе већу штету у односу на ону коју би могао проузроковати делујући сам.<sup>665</sup> Поред овог аргумента, у неким предметима се понашање надређених сматра опаснијим и због тога што може служити као пример другима.<sup>666</sup> Када су цивилне функције у питању, негативан предзнак давала је чињеница да су њихови носиоци изневерили обавезу да се старају о свим грађанима без разлике.<sup>667</sup> Илустративан је следећи извод: *„Дужност Тодоровића као начелника полиције била је да штити и брани све грађане ... Уместо тога, на свом положају шефа институције задужене за заштиту законитости, Стеван Тодоровић је активно и директно учествовао у делима које је требало да*

---

<sup>663</sup> Видети, на пример, налоге којима се допушта повлачење оптужби против Јањића, Кондића, Лајића, Шапоње и Тимарца од 5. маја 1998. године.

<sup>664</sup> Првостепене пресуде у предметима Крстић, пар. 709; Дероњић, пар. 195; Галић, пар. 765; пресуде жалбеног већа у предметима Бабић, пар. 80; Дероњић, пар. 67; Стакић, пар. 411.

<sup>665</sup> Тадић, пар. 55. и 56.

<sup>666</sup> Првостепена пресуда у случају Налетелић, пар. 758; другостепена пресуда Налетелић, пар. 608-613.

<sup>667</sup> Дероњић, пар. 194; Крајишник, пар. 1159; Мрђа, пар. 51; Тодоровић, пар. 61 и 62; Симић и други, пар. 1082.

кажњава.“<sup>668</sup> Кршење јавне дужности и легитимних очекивања грађана је узимано у обзир и када су у питању нижи хијерархијски положаји.<sup>669</sup>

У досадашњим суђењима одбрана је покушавала да умањи негативно дејство положаја, позивајући се на различите чиниоце – да је положај преузет нерадо, преко воље;<sup>670</sup> да оптужени није имао искуства и да га ништа у претходном животу није могло припремити за ту функцију;<sup>671</sup> да се ради о личности склоној конформизму, која нема снажан карактер да би се могла одупрети утицајима<sup>672</sup> и слично. Међутим, ниједан од изнетих аргумената није довео у питање третман злоупотребе као отежавајуће околности.

Посебан проблем којег се Трибунал дотакао јесте фактичка власт појединих оптуженика. Наиме, није искључено да се нечији формални положај у хијерархији власти не подудара са ефективном влашћу коју има и спроводи. Трибунал је у том случају тежину процењивао према фактицитету, поступајући на исти начин као Трибунал за Руанду.<sup>673</sup>

Требало би нагласити да злоупотреба положаја надређеног, у одређеном правном контексту, никако не може бити отежавајућа околност. Ако је учинилац осуђен на основу чл. 7. ст. 3. Статута, чињеница да се оглушио о обавезу да спречи злочине односно казни учиниоце постаје инкорпорирана у командну одговорност, те би се њено урачунавање у висину казне противило забрани двоструког вредновања.<sup>674</sup>

Са друге стране, низак положај учиниоца, не води аутоматски до ниже казне. Инхерентна тежина дела некада може да компензира дефицитарност положаја, што је потврђено у низу пресуда.<sup>675</sup> То је још један од доказа почетне тезе да се потпунија представа добија када се положај и улога посматрају заједно, а не вештачки одвојено, свака за себе. Додуше, нека претресна већа су настојала да

---

<sup>668</sup> Тодоровић, пар. 61.

<sup>669</sup> Мрђа, пар. 51-53.

<sup>670</sup> Тодоровић, пар. 62.

<sup>671</sup> Кордић и Черкез, пар. 855. Слично и у предмету Квочка и други, пар. 732.

<sup>672</sup> Крњојелац, пар. 516.

<sup>673</sup> Блашкић, пар. 788. Видети и пресуду у предмету Sherushago, пар. 29 и Akayesu, бр. ICTR-96-4-T од 2. октобра 1998. године, пар. 36 (ii).

<sup>674</sup> Бабић, пар. 60 и Обреновић, пар. 99.

<sup>675</sup> Бановић, 46 и 55; Чешић, пар. 32; Налетелић, пар. 744 и други.

разлуче положај од улоге и да процене шта вуче већу тежину: „*Може се дакле закључити да је положај надређеног већа отежавајућа околност него директно учествовање, утолико што иако директно учествовање надређенога представља отежавајућу околност, одсуство директног учествовања с његове стране не може оправдати умањење казне*“.<sup>676</sup>

За своје потребе Трибунал је направио компаративну анализу положаја у хијерархији власти и висине изречених казни. До доношења пресуде Крстићу 2001. године, није уочена драстична разлика у казненој политици према овим категоријама учинилаца. Просечна дужина казни, изречених надређенима, износила је седамнаест година затвора, док су подређени у просеку добијали петнаест година.<sup>677</sup> Сигурно је да се овој анализи може упутити више замерки. Прво, казна не зависи само од положаја, него од читавог низа фактора. Друго, не би се могло рећи да је сама позиција учиниоца најбитнија међу њима; да је тако грешка настала услед апстракције осталих фактора била би у сваком случају мања.

Смањена урачунљивост се уопште не помиње у Статуту Међународног кривичног суда, а у Правилнику о поступку и доказима је само постављена обавеза одбране да обавести тужиоца о намери да изнесе неку посебну одбрану, укључујући и одбрану смањеном урачунљивошћу или неурачунљивошћу (правило 67 В (ib)).<sup>678</sup> Како се у поменутих актима не налази ништа сем поменутог правила, судска пракса је морала да се „избори“ са два питања – са дефиницијом и правним дејством института. При томе се често полазило од решења нашег Кривичног закона из 1976. године, али су она сматрана само као смерница, те су и коришћена у помоћном, консултативном смислу. Руководећи се тиме нека претресна већа су дала своју дефиницију смањене урачунљивости, која постоји ако је учиниоцу „*ослабљена способност да расуђује о противправности или карактеру свог понашања, или да управља својим понашањем у складу с оним што налаже*

---

<sup>676</sup> Блашкић, пар. 791.

<sup>677</sup> Крстић, фуснота 1573.

<sup>678</sup> Занимљиво је да се Трибунал није баш у потпуности придржавао овог процесног правила. У предмету Васиљевић одбрана није унапред најавила позивање на смањену урачунљивост, већ је тезу презентирала у току суђења. Судско веће је ипак о њој расправљало, уважавајући њен значај и чињеницу да је оптужба имала довољно времена да припреми одговор. Васиљевић, пар. 280.

закон“.<sup>679</sup> Што се правног значаја тиче, може се рећи да је *ad hoc* Трибунал за бившу Југославију у једном више апстрактном и теоријском смислу прогласио смањену урачунљивост за олакшавајућу околност. Реално она није утицала на висину казне, због чињенице да одбрана није успела да задовољи тзв. стандард веће вероватноће, тј. да докаже да је вероватнија претпоставка да се учинилац у време извршења дела налазио у стању смањене урачунљивости од претпоставке да је био потпуно урачунљив.<sup>680</sup> Трибунал је одбио да умањи казну због незреле и импулсивне личности, интелигенције с квоцијентом нешто испод просека, ниског образовног нивоа и карактера оптуженог који није био довољно снажан да би се одупро ратној пропаганди.<sup>681</sup> Одбрана се некада позивала и на смањење урачунљивости услед дејства алкохола. Како није било доказано да је компромитовала способност расуђивања и одлучивања, суд је закључио да би је требало узети као отежавајући фактор, али то није учинио зато што ово питање није покренула оптужба.<sup>682</sup>

Исто као и у националним правним системима и пред овим *ad hoc* Трибуналом се чињеница да је оптужени предузео неке радње како би умањио обим штетних последица котира као олакшавајућа околност. Она се у образложењу казне обично среће под називом „спасавање жртава и умањивање њихових патњи“ и редовно је праћена констатацијом да сведочи о способности учиниоца и за морално понашање и капацитету да се његов карактер реформише у позитивном правцу.<sup>683</sup> При томе, највећу вредност има трајније и поновљено понашање у корист жртава, као у случају Алексовски, где је утврђено да је оптужени активно настојао да побољша услове заточеништва, као и да је у више наврата лично превозио заточенике како би им била пружена медицинска помоћ.<sup>684</sup> Судско веће је на исти начин поступило и према Дошену и Колунцији, који су настојали да ублаже стравичне услове у логору Кератерм,<sup>685</sup> односно, у предмету Обреновић,

---

<sup>679</sup> Васиљевић, пар. 282.

<sup>680</sup> Јелисић, пар. 125; Васиљевић, пар. 295; Тодоровић, пар. 95; Сикирица и други, пар. 177; Ердемовић, пар. 88.

<sup>681</sup> Бановић, пар. 81

<sup>682</sup> Квочка и други, пар. 748. (у односу на оптуженог Жигића).

<sup>683</sup> Муџић, пар. 1270; Блашкић, пар. 781; Брало, пар. 59 и др.

<sup>684</sup> Алексовски, пар. 238.

<sup>685</sup> Сикирица и други, пар. 195 и 242.

где је значајно умањење казне наступило услед тога што оптужени није правио разлике приликом пружања помоћи, није тражио ништа заузврат, а био спреман да другима да и своју личну имовину.<sup>686</sup> Други тип ове околности представљају спорадичне, изоловане појаве и селективно пружање помоћи (рођацима, пријатељима, познаницима, лицима исте националности и слично) са минорним или никаквим утицајем на висину казне,<sup>687</sup> посебно ако је оптужени био у позицији да предузме трајније и систематске мере како би спречио насиље, а то није чинио.<sup>688</sup> Када је ова околност у питању, нема разлике у односу на ставове заузете пред Трибуналом за Руанду.<sup>689</sup>

Добровољна предаја је у пракси *ad hoc* Трибунала за бившу Југославију, по правилу, узимана за олакшавајућу околност.<sup>690</sup> Такав став је обично браћен аргументима да она утиче и на друге оптуженике да се предају, чиме и да рад Трибунала постаје много ефикаснији. Поред поменутог општег места понекад се водило рачуна и о томе да је предајом избегнуто ангажовање СФОРА и државних органа на потенцијално ризичним акцијама хапшења, што је још једна у низу позитивних страна.<sup>691</sup> Занимљиво је да се судска већа нису упуштала у испитивање да ли је предаја заиста била добровољна. Ово би се питање могло појавити као спорно у вези са оптуженицима који су се јавно противили изручењу, пре него што су их власти предале уз званично обавештење да се ради о добровољној предаји. Екстремно ретко, предаја није утицала на висину казне, чак ни минимално. У предмету Мркшић је закључено да је предаја оптуженог после осам година од потврђивања првобитне оптужнице и издавања међународног налога за хапшење, изгубила свој прави смисао. Иако је констатовано да кашњење може имати веома

---

<sup>686</sup> Обреновић, пар. 132. Слично и у пресуди Симић и други, пар. 1096 и 1109.

<sup>687</sup> Брђанин, пар. 1120; Љимај, пар. 733; Брало, пар. 59; Квочка, пар. 723; Чешић, пар. 79; Блашкић, пар. 781; Бановић, пар. 83.

<sup>688</sup> Другостепена Муџић, пар. 776; Крајишник, пар. 1162; Мартић, пар. 508; Стакић, пар. 916.

<sup>689</sup> Видети првостепене пресуде у предметима Serushago, пар. 37 и Akayesu, пар. 35 ii.

<sup>690</sup> Ердемовић, пар. 97; Купрешкић, пар. 853, 860 и 863; Блашкић, пар. 776; Кунарац, пар. 868; Симић (Милан), пар. 107; Плавшић, пар. 84; Симић и други, пар. 1086, 1097 и 111; Јокић, пар. 73; Бабић, пар. 86; Благојевић и Јокић, пар. 856; Стругар, пар. 472; Брало, пар. 60; Хаџихасановић и Кубура, пар. 2078 и 2088; Мартић, пар. 510.

<sup>691</sup> Видети пресуду о казни у предмету Симић (Милан), пар. 107.

различите разлоге, не наводећи ближе на шта се мисли, судско веће је одабрало да ову чињеницу не тертира ни као олакшавајућу ни као отежавајућу.<sup>692</sup>

Пошто је утврђено да се, по правилу, ради о олакшавајућој околности, остаје питање квантификације дејства. Бројни случајеви у којима се предаја јавља довели су до издвајања неколико фактора за процену тежине добровољне предаје. Тако је, најпре, посматрано време када је предузета. Илустративан је предмет Симић и други; како се првооптужени предао готово три године касније у односу на другу двојицу, његовој предаји је дат много мањи значај.<sup>693</sup> Укратко, што је предаја пре уследила то је и њено дејство снажније. Поставља се питање, да ли постоји нека временска граница после које добровољна предаја постаје ирелевантна. Судећи по примеру Мркшића, има логике да се тако нешто закључи. И неке друге пресуде показују да се интервал од осам година може оценити као „критичан“. Мартић је избегавао правду приближно седам година. Иако је и раније могао да се преда и да одговори на оптужбе које су му стављене на терет, он је изабрао да то не учини, чак је јавно износио омаловажавајуће коментаре на рачун Трибунала, али му је предаја ипак сврстана у олакшавајуће околности, мада са минорним ефектом.<sup>694</sup>

На листи критеријума за процену нашли су се и положај односно чин оптуженог, што је у вези са поменутиим утицајем на остале да се добровољно предају.<sup>695</sup> У истом светлу је посматрана и чињеница да је оптужени први који се предао. Тако је предаја Милана Симића, првог који се предао из Републике Српске, од стране претресног већа оцењена као позитиван преседан за будуће предаје и већу сарадњу, пошто је могла утицати на то да и власти и грађани промене став према Трибуналу.<sup>696</sup>

Требало би нагласити да је поред добровољне предаје као олакшавајуће околности признавана и сама понуда добровољне предаје. Правило је настало у предмету Обреновић. Он је ухапшен иако је, знајући да је на листи осумњичених, понудио да се добровољно преда. Изјава је забележена у уписнику разговора са тужилаштвом, и касније је узета као фактор за смањење казне. Пошто је закључило

---

<sup>692</sup> Мркшић, пар. 698.

<sup>693</sup> Упоредити параграфе 1086, 1097 и 1110. првостепене пресуде у предмету Симић и други.

<sup>694</sup> Мартић, пар. 510.

<sup>695</sup> Благојевић и Јокић, пар. 856 и Јокић, пар. 73.

<sup>696</sup> Симић (Милан), пар. 106 и 107.

да је незахвално бавити се спекулацијама да ли би се он заиста предао или не, судско веће се ипак определило *in favorem* учиниоца.<sup>697</sup> Правило је поново примењено и у случају Дероњић.<sup>698</sup>

Поред наведених запажања требало би поменути да се добровољна предаја углавном разматрала самостално, мада има и примера да је она посматрана у склопу кајања, као један од показатеља искренности, о чему ће касније бити речи.

Потврдно изјашњавање о кривици је од тренутка када се појавило пред Трибуналом изазвало дијаметралне коментаре. Ако се стави на страну негодовање појединих удружења жртава рата, због тога што су неки осуђени, по њиховој оцени, добили релативно ниске казне на основу признања, остаје и чињеница да ни ставови судија нису били јединствени. У предмету Дероњић признање је поделило судско веће, те је један од судија издвојио своје мишљење.<sup>699</sup> Наведени аргументи односе се на третман признања у националним законодавствима и у пракси националних судова. Наиме, како је показала компаративна анализа спроведена за потребе суђења, већина земаља овој околности придаје или незнатну или никакву тежину када се ради о тешким кривичним делима, те би тако требало поступити и у овом случају.<sup>700</sup> Упркос почетним контроверзама, признање је ипак увршћено у круг олакшавајућих околности, а пресуде које су уследиле изнедриле су низ правила о томе зашто и под којим условима добија овакво дејство.

Разлози услед којих се признање кривице пред овим Трибуналом сматра олакшавајућом околношћу нису у потпуности подударни са разлозима какви се сматрају легитимним пред националним правосуђем. Велики број пресуда позива се на аргумент да је признање у функцији реализовања основних циљева, ради чијег остварења је суд и основан – откривања истине о злочинима,<sup>701</sup> кажњавања за

---

<sup>697</sup> Обреновић, пар. 135.

<sup>698</sup> Дероњић, пар. 236.

<sup>699</sup> Пресуда о казни претресног већа у предмету Дероњић, противно мишљење судије Wolfgang Schomburg, пар. 14.

<sup>700</sup> Овакав закључак проистиче из извештаја који су саставили професор Sieber и група аутора са „Max Planck“ института. Тако је у законодавствима Аустралије, Канаде, Кине, Енглеске и Немачке за убиство с предумишљајем прописна казна доживотног затвора, која се не може преиначити због признања, као што је у Пољској је забрањена нагодба са тужиоцем код тешких кривичних дела. Дероњић, пар. 229-233. Слична анализа је коришћена и у предмету Николић (Драган), пар. 226-230.

<sup>701</sup> Тодоровић, пар. 81; Сикирица, пар. 149; Николић (Момир), пар. 149; Николић (Драган), пар. 233; Дероњић, пар. 236; Чешкић, пар. 58; Јокић, пар. 76; Мрђа, пар. 79; Плавшић, пар. 80; Рајић, пар. 146.

тешке повреде међународног хуманитарног права<sup>702</sup> и започињање процеса помирења.<sup>703</sup> Поједина судска већа су оправдање за третман признања кривице као фактора који умањује казну пронашла и у извесним, да их тако назовемо, олакшањима каква осећају жртве после признања дела. Прво, ради се о некој врсти моралне сатисфакције и психичког растерећења, насталог услед признања учинилаца да су им нанели патње.<sup>704</sup> Да се не ради о некаквим апстрактним спекулацијама о потенцијалним дејствима и недовољно утемељеним предвиђањима, показују и неки конкретни примери, где су сведоци потврдили да им је признање у горе поменутом смислу било значајно.<sup>705</sup> Друго, није занемарљиво ни то што су у многим предметима признања изменила ток доказног поступка, те је постало непотребно да се саме жртве или сведоци појаве пред судом. Тако су поштеђени непријатности сведочења и опасности да буду секундарно виктимизирани.<sup>706</sup> Иако се можда, у поређењу са неким другим аргументима, чине мање битним, нису занемарљиви ни учинци признања на ефикасност суђења и процесну економију, као штеде и време и ограничене материјалне ресурсе.<sup>707</sup> Значај овог аспекта је посебно подвукао судија Cassesse у предмету Ердемовић, указујући на то да деривира из специфичности суђења пред међународним судом: *„Из свеукупног духа Статута и Правилника јасно се види да су појмом позитивног изјашњавања о кривици њихови састављачи намеравали да оптуженом (као и Тужоцу) пружи могућност да избегне потенцијално дуготрајно суђење, са свим потешкоћама које га прате. Ове потешкоће – није згорег подвући – још су израженије у међународним поступцима, где је сакупљање доказног материјала често изузетно напорно и изискује огроман утрошак времена ... Надаље, међународни кривични поступци су скупи, што је последица потребе да се учесницима пружи читав низ услуга (симултано превођење на разне језике;*

<sup>702</sup> Николић (Момир), пар. 69.

<sup>703</sup> Бабић, пар. 69; Чешић, пар. 58; Дероњић, пар. 238; Јокић, пар. 76; Плавшић, пар. 81; Обреновић, пар. 111; Рајић, пар. 146; Николић (Момир), пар. 145; Николић (Драган), пар. 233.

<sup>704</sup> Чешић, пар. 58; Николић (Момир), пар. 146; Обреновић, пар. 111 и други.

<sup>705</sup> Николић (Момир), пар. 146. и 147.

<sup>706</sup> Годоровић, пар. 80; Николић (Момир), пар. 150; Обреновић, 117; Дероњић, пар. 24; Николић (Драган), пар. 234; Брало, пар. 64; Чешић, пар. 58; Дероњић, пар. 234; Јокић, пар. 76.

<sup>707</sup> Сикирица, пар. 149; друга пресуда Ердемовић, пар. 16ii; Тодоровић, пар. 81; Плавшић, пар. 73; Бановић, пар. 67; Јокић, пар. 76; Брало, пар. 64; Дероњић, пар. 234; Обреновић, пар. 118; Рајић, пар. 146.



обезбеђивање транскрипата поступка, такође на разним језицима; превоз жртава и сведока из удаљених земаља; пружање разних облика помоћи жртвама и сведоцима током суђења, итд.)“). Такође, не треба изгубити из вида користи по друге случајеве, јер признање може бити од помоћи у вођењу истраге или извођењу доказа,<sup>708</sup> као што може стимулисати друге учиниоце да се предају, посебно ако је раније доводило до значајнијег умањења казне.<sup>709</sup>

Хронолошки посматрано, признање се први пут појавило у предмету Ердемовић, али је тада само потврђено правило да споразум о признању кривице не обавезује суд.<sup>710</sup> Тако је констатовано да споразум о признању кривице представља само „споразум двају страна постигнут на њихову властиту иницијативу без доприноса или охрабрења од стране Претресног већа ... Стране су и саме признале да споразум не обавезује Веће, иако је заједнички предложен од стране оптужбе и одбране на претресу 14. јануара 1998. године, као и у заједничком предлогу. Иако није ни на који начин обавезано тим споразумом, Претресно веће га је пажљиво размотрило, приликом одређивања казне коју треба изрећи оптуженом“.<sup>711</sup> Нови моменти у вези са признањем кривице настају нешто касније. Први у низу упозорава на то да признање нема обавезно олакшавајуће дејство. Сама формална чињеница признања није довољна, пошто се захтева да оно представља израз искреног кајања, као и да даје допринос остваривању материјалне истине. До оваквог закључка се долази *argumentum a contrario* из случаја Јелисић, чије признање је доведено у питање управо због уверења суда да није искрено и због тога што је дато тек када је дело недвосмислено доказано, између осталог и презентирањем фотографија са којих се види како врши убиство.<sup>712</sup> Услов да признање даје допринос утврђивању истине детаљније је разрађено у предмету

<sup>708</sup> Николић (Момир), пар. 71.

<sup>709</sup> Другостепена пресуда у предмету Ердемовић, пар. 21; Дероњић, пар. 234; Јокић, пар. 76.

<sup>710</sup> Правилник о поступку и доказима, пар. 62ter В.

<sup>711</sup> Ердемовић, пар. 19. У низу пресуда је правило о необавезности потврђено. Видети првостепену пресуду у предмету Тодоровић, пар. 79.

<sup>712</sup> Првостепена пресуда у предмету Јелисић, пар. 127. Јелисић се жалио на ту тачку, тврдећи да није узето у обзир његово потврдно изјашњавање о кривици. Жалбено веће је то одбацило са образложењем да се у првостепеном поступку водило рачуна о овој околности, као и да жалилац није успео да докаже да је првостепено веће погрешило у својој дискреционој оцени о томе какву тежину треба приписати оваквој изјави. Видети пресуду по жалби у предмету Јелисић, бр. IT-95-10-A од 5. јула 2001. године, пар. 119-123.

Тодоровић, довођењем у везу са временом односно фазом кривичног поступка када је дато. Наиме, постављена је извесна градација у вредновању признања: највећи значај има ако је дато пре почетка суђења, уз напомену да постепено опада, ако се деси у каснијој фази поступка или чак по завршетку суђења.<sup>713</sup> Оптуженом Тодоровићу је, у складу са изнетим закључком, признање умањило казну; иако је дато после више од 26 месеци од његовог првог ступања пред Трибунал, суђење још увек није било почело, тако да је правилно утврђен допринос остваривању начела материјалне истине и ефикасности рада. Правило је поново примењено на суђењу Ланци. Његово закаснило признање за дела учињена у затвору Челебићи је у потпуности одбачено, како је у писаној изјави дато по окончању суђења,<sup>714</sup> а описаном логиком судско веће се руководило и у многим другим предметима.<sup>715</sup>

Пракса је створила и правило о делимичном признању кривице. Оно привлачи пажњу, јер се разликује од третмана какав има у нашем правосудју, које признаје само потпуна признања. Шантић, један од осуђених у предмету Купрешкић, признао је да је био у саставу формације која је испланирала и извела напад на село Ахмићи, али је оспоравао степен свог учешћа у догађају, тачније својство заповедника формације и активну улогу у убијању и уништавању имовине.<sup>716</sup> Иако је одбило жалбене наводе, судско веће је констатовало да је његово „... ограничено прихватање кривице, чак и у овако касној фази релевантно, и да га треба узети у обзир у контексту казне“.<sup>717</sup>

Принцип да потврдно изјашњавање о кривици треба сматрати олакшавајућим фактором при редовном одмеравању казне потврђен је и у више предмета пред *ad hoc* Трибуналом за Руанду. У предмету Kambanda, жалбено веће је потврдило одлуку претресног већа, констатујући да пресуда показује да је узет у обзир „... принцип да потврдно изјашњавање о кривици, као олакшавајућа околност повлачи за собом смањивање казне“.<sup>718</sup>

---

<sup>713</sup> Тодоровић, пар. 81.

<sup>714</sup> Муцић, пар. 1279.

<sup>715</sup> Сикирица и други, пар. 150 и 151; Николић (Момир), пар. 148 и 149; Николић (Драган), пар. 234; Симић (Милан), пар. 85; Плавшић, пар. 66; Обреновић, пар. 113. и др.

<sup>716</sup> Пресуда по жалби Купрешкић и други, бр. IT-95-16-A од 23. октобра 2001. године, пар. 362.

<sup>717</sup> Исто (Купрешкић), пар. 464.

<sup>718</sup> Првостепена пресуда у предмету Kambanda, бр. ICTR-97-23-A од 19. октобра 2000. године, пар. 120 и Serushago, пар. 24.

Кајање и саосећање са жртвама често прате признање кривице. Да би одиграли улогу олакшавајућег фактора, исто као и пред националним судовима, захтева се да буду искрени, што је и потврђено у већем броју случајева.<sup>719</sup> Суд се приликом процене искрености руководио различитим показатељима. Један од њих је понашање учиниоца после извршеног кривичног дела. Тако је у предмету Блашкић искреност доведена у питање, јер оптужени, након што је издао наређења која су резултирала вршењем злочина, ни на који начин није покушао да ограничи или ублажи њихове последице,<sup>720</sup> док је, у супротној ситуацији, ову околност признао у корист Јокића, због чињенице да је одгирао пресудну улогу у постизању споразума о потпуном прекиду ватре и његовом спровођењу.<sup>721</sup> Тражени квалитет изјаве је некада поткретпљивало и понашање у самом кривичном поступку, тако да су као кључни показатељи узимани добровољна предаја и сарадња са тужилаштвом,<sup>722</sup> односно, потврдно изјашњавање о кривици.<sup>723</sup> Једно претресно веће је чак утврдило да је измена правила 85 из јула 1998. године, по којој се од оптуженог тражи да доказе у вези са казном изводи само у оквиру главног претреса, резултирала тиме да он доказ кајања може дати само ако се истовремено и изјасни кривим.<sup>724</sup> Веома ретко, потврда о реалном постојању гриже савести долазила је из налаза и мишљења вештака-психијатара, као у случају Ердемовић: *„Посттравматски стрес од којег је оптужени боловао ... показује у коликој мери је он сам пропатио због тога што је присиљен да противно својој вољи почини убиства“.*<sup>725</sup> Корелацију између признања кривице и кајања суд је некада и другачије посматрао; у претходним примерима, искреност кајања је извођена на

---

<sup>719</sup> Бабић, пар. 84; Бановић, пар. 72; Чешић, пар. 66; Брђанин, пар. 1139; Дeroњић, пар. 264; Јокић, пар. 89; Мрђа, пар. 85; Николић (Драган), пар. 242; Обреновић, пар. 121; Плавшић, пар. 81; Рајић, пар. 152; Сикирица и други, пар. 152, 194 и 230; Симић и други, пар. 1087, 1098 и 1111; Симић (Милан), пар. 94; Тодоровић, пар. 92; Зеленовић, пар. 51.

<sup>720</sup> Блашкић, пар. 775.

<sup>721</sup> Јокић, пар. 89.

<sup>722</sup> Тодоровић, пар. 92 и др.

<sup>723</sup> Чешић, пар. 66 и др. У предмету Мркшић, пребацивање кривице за злочине на друге довело је до тога да суд одбаци кајање, видети пар. 700.

<sup>724</sup> Васиљевић, пар. 296, видети фусноту 702.

<sup>725</sup> Ердемовић, друга пресуда, пар 16 (iii).

основу признања, док је у предмету Јелисић управо изостанак кајања умањио вредност признања и његов утицај на висину казне.<sup>726</sup>

Са друге стране, суд је одбио да неке друге облике понашања оптуженог у току поступка доведе у контекст са кајањем. Оптужба је покушала да компромитује изјаву кајања чињеницом да је одбрана “екстензивно, детаљно, дуготрајно и проицљиво” унакрсно испитивала жртве сведоке.<sup>727</sup> То међутим није прихваћено; иситивање сведока представља право проистекло из права на одбрану, као што је основна дужност браниоца, по Професионалном кодексу бранилаца, да штите интересе својих клијената на сваки начин који није непоштен и недозвољен, те као такав не штети интересима правде.

Исти третман је кајање имало и пред Трибуналом за Руанду у предметима Akayesu,<sup>728</sup> Serushago<sup>729</sup> и Kambanda.<sup>730</sup>

У околности настале после извршења дела спада и понашање у притворској јединици и у току кривичног поступка. И овде се ради о околности према којој је Трибунал заузимао контрадикторне ставове. У највећем броју случајева примерено и кооперативно владање, поштовање суда и других учесника у поступку, затворске управе и осталих притвореника третирали су као олакшавајућа околност.<sup>731</sup> Изузетне су пресуде где се суд децидирано изјаснио да се позитивно понашање једноставно подразумева и захтева од свих, те не може бити сврстано у факторе одмеравања.<sup>732</sup> Истовремено, закључено је да обрнута ситуација (непримерено понашање) представља значајан показатељ и спада у отежавајуће околности.<sup>733</sup> Питање је колико се све то уклапа у опште поставке од којих Трибунал полази. Наиме, више пута је истакнуто да олакшавајуће околности могу бити и чињенице које нису директно повезане са кривичним делом, као што су сарадња са

---

<sup>726</sup> Јелисић, пар. 127.

<sup>727</sup> Симић (Милан), пар. 93.

<sup>728</sup> Пресуда о казни у предмету Akayesu, пар. 35 (i)

<sup>729</sup> Пресуда о казни у предмету Serushago, пар. 40 и 41.

<sup>730</sup> Пресуда о казни у предмету Kambanda, пар. 51.

<sup>731</sup> Видети пресуде у следећим предметима: Бановић, пар. 64; Брало, пар. 82; Чешић, пар. 86; Хаџихасановић и Кубура, пар. 2078 и 2088; Јокић, пар. 101; Крајишник, пар. 1164 и 1168; Крнојелац, пар. 519; Николић (Драган), пар. 268; Николић (Момир), пар. 168; Обреновић, пар. 137; Симић и други, пар. 1091, 1102 и 1114; Симић Милан, пар. 109; Стакић, пар. 922; Стругар, пар. 472; Зеленовић, пар. 56.

<sup>732</sup> Брђанин, пар. 1135; Дероњић, пар. 237; Николић (Момир), пар. 168.

<sup>733</sup> *Idem.*

Тужилаштвом, искрено кајање, потврдно изјашњавање о кривици и слично, што не важи за отежавајуће. Оне се морају односити било на кривично дело за које се учинилац терети, било на самог учиниоца у време извршења дела.<sup>734</sup> Ако нека околност не испуњава наведене услове онда и није подобна да буде употребљена као фактор одмеравања. У том светлу, урачунавање понашања у притворској јединици и у току кривичног поступка чини одступање и преседан од општег правила.

Трибунал је велику пажњу полагао на однос оптуженог према сведоцима, посебно ако су жртве у питању, и различите видове сарадње који су резултирали повећањем ефикасности суђења. Тако је досадашња пракса потврдила правило да екстремни у опхођењу – поштовање односно непоштовање сведока, имају утицаја на висину казне. О томе сведочи и пресуда у предмету Муџић, којем је чињеница да је све време исказивао пркос и непоштовање према учесницима, до тога да је претио и застрешивао сведоке урачуната у казну, и то као „*посебно релевантно отежавајуће понашање*“.<sup>735</sup> Стакићу је, међутим, умањило казну то што је извесног сведока поштедео унакрсног испитивања, уважавајући патње које је претрпео и његово лоше ментално стање, као и то што је другом приликом упркос болести присуствовао суђењу, како би омогућио испитивање других сведока, чиме их је поштедео стреса од поновног доласка на суд.<sup>736</sup>

Позитивну оцену заслужили су и различити видови кооперативности оптужених. Рецимо, у случају одсуства судије поједини оптужени су својим пристанком на именовање новог судије, по правилу 15bis Правилника о поступку и доказима, спречили одуговлачење и омогућили даљи наставак суђења, које би у супротном морало бити поновљено.<sup>737</sup> Суд је на исти начин валоризовао и сагласност оболелог оптуженог да прати суђење преко сателитске видео везе, чиме је избегнуто одлагање. Значај сагласности је тим већи јер се, по наводима из

---

<sup>734</sup> Кунарац, пар. 850; Стакић, пар. 911; Дероњић, пар. 185; Стругар, пар. 466.

<sup>735</sup> Муџић, пар. 1244.

<sup>736</sup> Стакић, пар. 922.

<sup>737</sup> Симић и други, пар. 1090; Стакић, пар. 921.

пресуде, оптужени на неки начин одрекао права да буде присутан на суђењу, гарантованог Статутом Међународног суда (чл. 21(4д)).<sup>738</sup>

На листи олакшавајућих околности из овог чињеничног комплекса нашло се још и придржавање услова превременог пуштања на слободу,<sup>739</sup> док одбијање оптуженог да сведочи, што је оптужба у више наврата покушала да предочи као отежавајућу околност, није утицало на висину казне, јер би се тиме нарушило право на одбрану.<sup>740</sup>

## 5. Редовно одмеравање казне према Римском статуту

Нова етапа у развоју међународног кривичног права започиње доношењем Римског статута 1998. године.<sup>741</sup> Оно што у бити разликује овај акт од свих до тада донетих јесте чињеница да се њиме предвиђа оснивање сталног суда, а не *ad hoc* или хибридног трибунала, какви су обележили досадашњи еволутивни пут међународног кривичног права. Логично је запитати се да ли су сама „стална“ природа овог тела, које би требало да суди за будућа кршења међународног хуманитарног права,<sup>742</sup> али и ранија искуства са правним празнинама и недостацима статута *ad hoc* трибунала за Руанду и бившу Југославију, утицали на то да се са више пажње приступи обликовању материјалних правила, па и правила о одмеравању казне, или се ипак ради о преурањеним и неутемељеним очекивањима.

Прва новина јесте гарантовање начела законитости, са експлицитним наглашавањем све четири компоненте – *lege scripta, praevia, certa* и *stricta* (чл. 22-24.). Несумњиво је да се ради о позитивном помаку, што постаје јасније ако се има

<sup>738</sup> Симић (Милан), пар. 110 и 111.

<sup>739</sup> Хаџихасановић и Кубура, пар. 2078 и 2088; Јокић, пар. 101; Стругар, пар. 472.

<sup>740</sup> Мартић, пар. 496; другостепена Челебићи, пар. 783; другостепена Блашкић, пар. 687; Плавшић, пар. 64; Кунарац и др. 847.

<sup>741</sup> Наша земља га је потписала и ратификовала, тако да је коришћен званични превод Римског статута Међународног кривичног суда, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 5/2001*.

<sup>742</sup> Познато је да је Статут ступио на снагу 1. јула 2002. године, када га ратификовао неопходан број земаља (шездесет, према чл. 126.), да би данас тај број премашио стотину (прецизније, у тренутку настанка овог рада 122 земље су ратификовале Статут). Суд је свечано отворен 2003. године, а први случајеви у којима је поступао су из Уганде, Конга и Судана.

у виду да је у Нирнбергу приговор ретроактивне примене био одбачен, услед легитимног захтева да учиниоци веома тешких злочина буду кажњени, као и ако се дода чињеница да је пред *ad hoc* трибуналима начело законитости схватано прилично либерално и флексибилно,<sup>743</sup> што је и показано у претходним излагањима. Декларативно залагање за законитост непосредно је реализовано одређеним интервенцијама у казненом систему. Тако је темељну трансформацију претрпела казна затвора. Предвиђена су два њена модалитета – временска казна затвора, која не може трајати дуже од тридесет година и казна доживотног затвора, уз коју је постављен услов да је оправдана с обзиром на екстремну тежину дела и индивидуалне околности учиниоца (чл. 77.).<sup>744</sup> Постављање општег максимума и макар оквирних услова за доживотни затвор пружају веће гаранције да ће у пракси бити поштована основна људска права, него што је то био случај са одредбама статута трибунала за Руанду и бившу Југославију. Када се посматра новоуведена новчана казна,<sup>745</sup> захтев правне сигурности се може довести у питање, пошто је одређена само по врсти. Међутим, статутарне одредбе су допуњене Правилником о поступку и доказима, који ограничава њен укупни износ, тако да она ни у ком случају не сме прећи 75 % од утврђене ликвидне aktive осуђеног лица (правило 146. тач. 2.). Поред фиксне новчане казне предвиђен је и систем дневних износа (*daily fines*, правило 146. тач. 4.). Ако се определи за овај модалитет суду је на располагању распон од тридесет дана до пет година, мада минимални и максимални дневни износи нису постављени, те у потпуности зависе од финансијских прилика сваког појединачног учиниоца. Колико је Статут далеко од прецизности и извесности каква постоји у националним правним системима показују норме посебног дела. Ово стога што нису уопште назначене казне код

---

<sup>743</sup> W. A. Shabas: *General Principles of Criminal Law in International Criminal Court Statute*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, no. 4, 1998. године, стр. 90, K. Ambos: *General Principles of Criminal Law in the Rome Statute*, Criminal Law Forum, no 10, 1999. године, стр. 6. и др.

<sup>744</sup> Постављањем посебних услова уз доживотни затвор учињен је компромис, како је један број земаља водио кампању против ове казне, означавајући је као нехуману и несразмерну, чак и када су у питању најтежа кршења међународног хуманитарног права. Са друге стране, постојала је и кампања за увођење смртне казне, али она није дала резултате, како је ова казна и раније била одбачена. О историјату настанка правила више у W. A. Shabas: *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2001. године, стр. 140. и надаље.

<sup>745</sup> Новчана казна је једна од две споредне казне, поред конфискације прихода, имовине или добара директно или индиректно прибављених кривичним делом (чл. 77. ст. 2. Статута).

појединачних кривичних дела из јурисдикције међународног суда (чл. 5-8). То значи да су питања хијерархије дела, градирања казни и обезбеђивања конзистентности у кажњавању и даље више него актуелна. Непостојање посебних минимума и максимума у теорији је пропраћено коментаром да отвара широко поље за слободну судијску оцену и да не пружа у довољној мери правну сигурност.<sup>746</sup>

Поред законитости Статут гарантује и нека друга начела, која у најопштијем смислу моделују процес одмеравања казне. На тој листи се налази једнакост у поступању, те је приликом тумачења и примене права забрањена свака дискриминација по полу, раси, старости, језику, религији или уверењу, политичком или другом мишљењу, националном или социјалном пореклу, богатству, рођењу или било ком другом основу (чл. 21. ст. 3.). Иако га експлицитно не наводе, творци Статута су имали у виду и начело пропорционалности, што проистиче из низа материјалних и процесних правила: да казна треба да буде прилагођена тежини кривичног дела и околностима везаним за личност учиниоца (чл. 72. ст. 1.); да ће се, у случају да донесе осуђујућу пресуду, суд одлучити за адекватну казну (чл. 76. ст. 1.); као и правила да тужилац или осуђено лице могу уложити жалбу на осуђујућу пресуду, уколико сматрају да казна није сразмерна делу (чл. 81. ст. 2а).

У следећем нивоу процес одмеравања казне требало би да артикулише сврха кажњавања, али је изостало њено нормирање. На Римској конференцији чак нису ни поменути циљеви кажњавања, те је у неку руку, ово питање било потиснуто и занемарено због исцрпне дебате о систему казни.<sup>747</sup> Неки то сматрају крупним хендикепом; циљеви прецизније структурирају процес одмеравања, усмеравају процес извршења изречених казни, а у крајњем могу допринети и легитимизирању читаве идеје међународног правосуђа.<sup>748</sup> Описана дефицијентност ће вероватно

---

<sup>746</sup> К. Ambos: *op. cit.*, стр. 6, W. A. Shabas: *An Introduction to the International Criminal Court ...*, стр. 137, А. Касезе: *Међународно кривично право* (превод О. Рачић), Београд, 2005. године, стр. 182, R. Henham: *International Sentencing in the Context of Collective Violence*, *International Criminal Law Review*, no. 7, 2007. године, стр. и др. Насупрот томе, раније су се сретала и супротна мишљења да је довољно јемство одређивање казне по врсти. О. Triffterer: *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des Materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, 1966. године, стр. 139, наведено према К. Ambos: *loc. cit.*

<sup>747</sup> W. A. Shabas: *An Introduction ...*, стр. 140.

<sup>748</sup> D. van zyl Smith: *op. cit.*, стр. 1021. и R. Henham: *Some Issues for Sentencing in International Criminal Law*, *International and Comparative Law Quaterly*, no. 52, 2003. године, стр. 90.



довести до ослањања на праксу судова претходника, где су, како је показано, регистровани хетерогени циљеви – ретрибуција, одвраћање, рехабилитација и заштита друштва. Међутим, проблем тиме неће успешно бити решен, пошто судови претходници нису оставили задовољавајуће дефиниције циљева, нису одредили који су међу њима приоритетни, нити су поставили конкретна упутства о томе како сваки од њих утиче на висину казне. Укратко, творци Статута су пропустили да поставе јасне концептуалне основе кажњавања, што може бити једна од неуралгичних тачака у будућем раду суда.

Када се ради о олакшавајућим и отежавајућим околностима, као најнепосреднијим факторима одмеравања, творци овог акта нису показали никакву инвентивност. Они су само репродуковали формулације из чл. 24. ст. 2. Статута Трибунала за бившу Југославију и чл. 23. ст. 2. Статута Трибунала за Руанду, тако је суд обавезан да при одређивању висине казне води рачуна о тежини кривичног дела и околностима везаним за личност учиниоца (чл. 78.). Понавља се и правило да јавна функција, сама по себи, не представља основ за лакше кажњавање (чл. 27. ст. 1.). Тако је евентуална разрада норми о редовном одмеравању казне поново остављена Правилнику о поступку и доказима, који сада садржи сет правила из ове материје (правила 145-147.). Она се могу поделити у две групе – општа правила о одмеравању и правила о одмеравању појединих казни, тј. доживотног затвора и новчане казне. Основна премиса сваког одмеравања казне јесте да треба узети у обзир све релевантне олакшавајуће и отежавајуће околности, како оне које се односе на учиниоца тако и оне које се односе на само кривично дело. Неке од њих су и наведене *exempli causa*: степен проузроковане штете, посебно зло нането жртвама и члановима њихових породица; природа незаконитог понашања; степен учешћа учиниоца; степен преданости у извршењу; начин, средство, време и место извршења; године старости, образовање, економске и друштвене прилике учиниоца. Правилник је отишао и корак даље експлицитно вреднујући поједине факторе. Тако су у групу олакшавајућих сврстане: смањена урачунљивост и принуда, свако понашање после извршења кривичног дела усмерено на то да се обештете жртве, као и сарадња са судом (правило 145. тач. 2а). Отежавајуће дејство приписано је постојању претходне осуде за кривична дела из јурисдикције суда или

за кривична дела сличне природе, злоупотреба моћи и овлашћења, вршење злочина над беспомоћном жртвом, која не може да пружи отпор, бројност жртава, нарочита суровост у поступању, негативни мотиви, а посебно мотив дискриминације и друге сличне околности (правило 145. тач. 2б.). Очито је да су инспирацију за састављање каталога олакшавајућих и отежавајућих околности творци Правилника пронашли у пракси *ad hoc* трибунала, јер се међу наведеним не налази ниједна околност, која се већ раније није појавила у процесу одмеравања пред овим трибуналима.

Следећи сегмент излагања односи се на специфична правила. Она код доживотног затвора нису од превелике помоћи; понавља се статутарни услов да се може изрећи само када екстремна тежина или индивидуалне околности учиниоца то оправдавају, с тим што се додаје да то мора бити осведочено постојањем једне или већег броја отежавајућих околности. Са друге стране, новчаној казни је дат неупоредиво већи простор, вероватно због тога што она није раније била предвиђена, те нема неке претходне праксе на коју би се суд евентуално могао ослонити. Висина казне зависи од више параметара – од финансијских способности учиниоца, обима проузроковане штете, али и мотива користољубља, те би суд морао да утврди да ли је на извршење дела учиниоца потакла идеја о остваривању личне материјалне добити (правило 146. тач. 1.).

Уопштено посматрано, читав Статут, а не само на одредбе о одмеравању казне, упадљиво сведочи о неразвијености општег дела, који никако није упоредив са системима унутрашњег права. Занемаривању општег дела кумовао је стицај више околности, почевши од тога да међународно право стварају политичари, а у најбољем случају стручњаци међународног јавног права, који нису претерано склони удубљивању у комплексне проблеме кривичног права, до доминације САД која је, као припадница англосаксонског правног круга, утрла пут казуистици, а не систематској обради општих института.<sup>749</sup> Онда и не чуди што су међународни извори, у покушају балансирања између права и политике, односно и између два велика правна система, такви какви јесу, пуни празнина, штури и недовољно прецизни. То неминовно генерише проблеме, јер иза међународног правосуђа не

---

<sup>749</sup> K. Ambos: *Remarks on the General Part of International Criminal Law*, Journal of International Criminal Justice, no. 4, 2006. године, стр. 661.

стоји залеђе богате вишевековне праксе, каква постоји у англосаксонским земљама. Свему ваља додати и још неке напомене. Наиме, пуни домашај ових правила не треба сагледавати на херметичан начин, задржавајући се на тумачењу самог текста Статута и компарирању са ранијим решењима. Треба бити свестан и једног ширег контекста, у којем се она примењују. Иако се може констатовати да Римски статут представља потпунији правни оквир у односу на своје претходнике, и тиме поузданији гарант заштите људских права, сенку на ту чињеницу баца репулзиван став великих сила према Сталном међународном суду.<sup>750</sup> Отуда су у праву теоретичари који упозоравају да селективност примене компромитује саму идеју међународне правде.<sup>751</sup> Да ли ће и у будућности међународни судови и даље бити инструменти међудржавне опресије, где се права оптужених, али и права жртава, налазе у другом плану, подређена тзв. вишим државним интересима, веома је тешко и незахвално прогнозировать.

Једини пресуђени случај пред Сталним међународним судом у време настајања дисертације јесте случај *Lubanga*,<sup>752</sup> тако да би излагање о нормативном оквиру из Римског статута требало допунити и извесним напоменама о томе како се он примењује. При томе ће бити коришћена иста систематика као и раније, те ће најпре бити дата запажања у вези са општим смерницама одмеравања, а потом и са регистрованим олакшавајућим и отежавајућим околностима. Када је казнени распон у питању пред Судом се, на иницијативу Тужилаштва, повела дебата о тзв. полазним тачкама одмеравања (*baselines*), односно, висини казне од које би сваки процес одмеравања требало да крене, како би се сузбила појава диспаритета у кажњавању. По њиховом мишљењу полазна тачка би увек требало да буде казна која износи 80 процената од статутарног максимума казне, без образложења како се дошло баш до овог постотка, који би се потом модификовао према одговарајућим

---

<sup>750</sup> САД су предузеле читав низ озбиљних мера како би заштитиле своје грађане (доношење тзв. *Hague Invasion Act*-а, изнуђена Резолуција Савета безбедности 1422, нуђење билатералних уговора различитим земљама, којим се обавезују да неће изручивати америчке држављане суду). Негативан став имају и Кина и Русија, мада га већина европских земаља подржава, при чему је велико питање како би реаговале када би се њихови држављани нашли пред тим судом. З. Стојановић: *Има ли међународно кривично право будућност?*, зборник Међународно кривично право и људске слободе, Тара, 2008. године, стр. 16-17.

<sup>751</sup> *Idem.*

<sup>752</sup> Видети Одлуку о казни у предмету *Lubanga*, бр. ICC-01/04-01/06, од 10. јула 2012. године.

одредбама Римског статута и Правилника о поступку и доказима, тј. према предвиђеним релевантним околностима. Прецизније речено, то би значило да суд у сваком случају полази од казне затвора у трајању од 24 године. Судско веће је, с правом, одбацило овај предлог, наводећи да он није утемељен ни у једном правном принципу нити у досадашњој пракси међународних судова, тако да судије никако не могу бити везане наведеном полазном казном. Може се рећи и да је такво полазиште превисоко постављено када се има у виду правило да ниједна казна не сме да пређе максимум од тридесет година, изузев ако услед изузетне тежине и индивидуалних околности постоји оправдање за изрицање доживотног затвора. Штавише, тако нешто би било у директној супротности правилу да казна треба да буде сразмерна учињеном кривичном делу.<sup>753</sup>

Са друге стране, у тражењу адекватне казне судско веће је покушало да пронађе некакав оријентир у предметима који су раније пресуђени пред *ad hoc* трибуналима и специјалним судовима. Једино су се пред Специјалним судом за Сијера Леоне појавили случајеви регрутовања деце у оружаним снагама, те се суд позвао на предмете Fofana и Kondewa,<sup>754</sup> Taylor,<sup>755</sup> Sesay, Kallon и Gbao,<sup>756</sup> као и Brima, Kamara и Kanu.<sup>757</sup> Компарације ради, суд за Сијера Леоне је углавном изрицао дуготрајне казне затвора, тако да је Issa Sesay осуђен на 50 година, Morris Kallon на 35 година, Messrs Sesay на 52 године, Kallon Sesay на 40 година, док је Kondewa осуђен на 7 година затвора.

Судско веће се у много мањој мери бавило циљевима кажњавања, иако би се можда могло очекивати супротно, и то из два разлога. Прво, како је поменуто у претходном излагању, Римски статут не нормира сврху кажњавања и, друго, ово је прва пресуда Сталног међународног суда на коју ће се сигурно угледати и позивати у будућем раду. У овом контексту Суд је само констатовао извесне опште наводе из преамбуле Статута, које инсистирају на томе да најтежа дела против

---

<sup>753</sup> Lubanga, пар. 93.

<sup>754</sup> Пресуда у предмету Fofana and Kondewa, бр. SCSL-04-I4-T, од 2. августа 2007. године (тзв. случај „CDF“).

<sup>755</sup> Пресуда у предмету Taylor, бр. SCSL-03-01-T, од 18. маја 2012. године.

<sup>756</sup> Пресуда у предмету Sesay, Kallon and Gbao, бр. SCSL-04-I5-T, од 25. фебруара 2009. године (тзв. случај „RUF“).

<sup>757</sup> Пресуда у предмету Brima, Kamara and Kanu, бр. SCSL-04-16-T, од 20. јуна 2007. године (тзв. случај „AFRC“).

међународне заједнице као целине не смеју остати некажњена, као и на томе да кажњавање треба да допринесе спречавању таквих дела у корист садашње и будућих генерација.<sup>758</sup> Забрана двоструког вредновања је, такође, поменута у оквиру општих смерница одмеравања, у смислу да се чињеница која је узета у обзир код процене тежине кривичног дела не може касније поново вредновати као отежавајућа околност.<sup>759</sup>

У разматрању релевантних околности судско веће је пошло од члана 78. Статута, који налаже испитивање тежине кривичног дела и околности везаних за личност учиниоца.<sup>760</sup> Процена тежине је вршена у неколико равни. Најпре је закључено да регрутовање лица која нису навршила петнаест година живота (тј. деце, како се у пресуди називају), као и њихово прихватање и коришћење у оружаним снагама представља инхерентно веома тешко дело, посебно када се има у виду да регрутовање подразумева и примену принуде. Коришћење деце у оружаном сукобу подразумева да се она стављају у реалну опасност као потенцијалне мете. То је у потпуности недопустиво, јер се ради о рањивој категорији, која би требало да ужива посебну и појачану заштиту, што проистиче из многих међународних докумената. Она не подразумева само заштиту њиховог живота и телесног интегритета, него и заштиту од озбиљних траума, какве прате регрутовање, одвајање од породица, прекид школовања, и излагање атмосфери насиља и страха.<sup>761</sup>

Као следећи параметар тежине коришћене психичке и социјалне последице које су претрпела или ће у будућности претрпети деца, али и чланови њихових породица. У циљу процене тражено је и мишљење стручњака, који је пронашао низ негативних психичких последица у виду посттрауматског стресног поремећаја,<sup>762</sup> депресије код деце која су била приморавана да користе алкохол и опојне дроге, или суицидних тенденција.<sup>763</sup> Примећено је и да деца-војници имају проблем са контролом агресивних импулса и да су се понашала конфликтно када су враћена у

---

<sup>758</sup> Lubanga, пар. 16.

<sup>759</sup> Lubanga, пар. 35.

<sup>760</sup> Lubanga, пар. 36.

<sup>761</sup> Lubanga, пар. 38.

<sup>762</sup> Lubanga, пар. 40.

<sup>763</sup> Lubanga, пар. 41.

своје породице и средину у којој су раније живела.<sup>764</sup> Психолошко испитивање је открило и значајне проблеме у когнитивним способностима, што ће отежати школовање, на основу чега је закључено да ће и деца и њихове породице „*бити обогалјене генерацијама*“.<sup>765</sup> Пропуштено у социјализацији и усвајању, како се вештак изразио – *цивилних животних вештина* – као и пропуштено у школовању, је веома тешко надокнадити, тако да се може очекивати да ће из тога настајати нови проблеми, немогућност вођења нормалног живота, проблем са проналажењем пристојног посла и слично.

Посебан допринос тежини дела дало је и искоришћавање несрећне ситуације у којој су се многа деца налазила, јер су се „добровољно“ прикључивала војним формацијама због крајњег сиромаштва родитеља који нису били у могућности да их прехране, или да би побегла од породичног насиља.<sup>766</sup> Надаље, тежину је определило и то што је појава регрутовања и прихвата деце била великих размера и широке распрострањености. Поједини сведоци су тврдили да је у формацији *UPC/FPLC* било око 2.900 деце испод петнаест година; суд је закључио да је тешко доћи до тачног броја, али и да је недвосмислено доказано да је ова појава била учестала.<sup>767</sup>

Следећи фактори у процени тежине јесу степен учешћа и умишљај учиниоца.<sup>768</sup> Суд је установио да се Lubanga сагласио са злочиначким планом да се сачини оружана формација која би омогућила војну и политичку контролу у области *Inturi*, као и да је учествовао у његовој реализацији. Па ипак, он није имао примарно намеру за ове сврхе искоришћава децу, али је сигурно да је као политички лидер и командант знао да се то дешава, јер је континуирано био информисан о дешавањима на терену, укључен у планирање војних операција и пружање логистичке подршке. Он је уско био укључен у доношење одлука о регрутовању и активно је подржавао регрутовање деце, на пример, у говорима и наступима пред локалним становништвом. Све наведено је оцењено као суштински

---

<sup>764</sup> Lubanga, пар. 41.

<sup>765</sup> Lubanga, пар. 41.

<sup>766</sup> Lubanga, пар. 43.

<sup>767</sup> Lubanga, пар. 49-50.

<sup>768</sup> Lubanga, пар. 51-53.

допринос у остваривању заједничког плана и самим тим као значајна отежавајућа околност.

Претходно описани начин процене тежине кривичног дела није задовољио све чланове судског већа, тако да је судија Benito издвојио мишљење, јер сматра да нису у довољној мери уважене последице нанете жртвама и њиховим породицама. По његовом схватању потцењен је значај читавог низа чињеница, почевши тога да ће деца као рањиве категорије имати дугорочне последице услед присуствовања сценама насиља, због животне угрожености, због тога што су била изложена тортури и силовањима, због тога што су била отета, што су присуствовала убијању или злостављању чланова породице, што су била одвојена од породице, држана у нехуманим условима у транзитним камповима без здраве воде и хране, што су нека држана у затвору, што су приморавана на дуготрајне маршеве. Није довољно уважен ни значај чињенице да су неке од жртава услед нехуманог третмана и бруталног кажњавања постале инвалиди или су преминуле.<sup>769</sup> Исто је и са последицама које су трпеле девојчице: силовање, масовно силовање, присилна проституција, присилна стерилизација, насилни прекиди трудноће, пораћање без медицинске помоћи, зараженост хив-ом и другим сексуално преносивим болестима.<sup>770</sup> Такође, није дат значај чињеници да су неке од трудних девојчица „демобилисане“ и враћене породицама, које их од срамоте нису прихватиле, тако да су буквално завршиле на улици.<sup>771</sup> Чак и у случају када су их породице примиле, девојчице ће, као и њихова ванбрачна деца, бити стигматизоване у широј заједници, тако да су још једном подвучени трансгенерацијски ефекти овог дела.<sup>772</sup>

Када су у питању околности везане за личност поменутог су године старости (осуђени је имао четрдесет једну годину у време извршења дела), интелигенција и образовање оптуженог (диплома из области психологије), на основу којих је изведен закључак да је сигурно у потпуности био свестан природе и тежине дела за која је оглашен кривим, свих последица које ће трпети деца лишена родитељске

---

<sup>769</sup> Видети Издвојено мишљење судије Benito-a, пар. 4-13.

<sup>770</sup> Издвојено мишљење судије Benito-a, пар. 13.

<sup>771</sup> Издвојено мишљење судије Benito-a, пар. 17.

<sup>772</sup> Издвојено мишљење судије Benito-a, пар. 19.

бриге и школовања, што је узето за значајан отежавајући фактор код одмеравања казне.<sup>773</sup>

Оптужба се позивала на различите отежавајуће околности – бруталан третман деце, кажњавање непослушних бичевањем и батинањем, држањем у покривеном рову, али је веће закључило да нема доказа да је Lubanga наредио или подржавао такав вид кажњавања.<sup>774</sup> Исто је и са сексуалном злоупотребом малолетника, за коју је закључено да му се не може приписати у кривицу.<sup>775</sup> Такође, оптужба је указала и на беспомоћност жртава, али је суд одбио да је поново урачуна, јер је о томе водио рачуна код процене тежине дела.<sup>776</sup> Одбијен је и дискриминаторни мотив, који је оптужба пласирала са аргументом да су већином женски регрути били изложени сексуалном искоришћавању, што говори о родно заснованом насиљу.<sup>777</sup>

Са друге стране, као олакшавајуће околности, мада веома малог дејства, признате су стање нужде, тј. чињеница да су војне формације организоване јер је у области Ituri претила опасност од масакра, а није постојала заштита Уједињених нација,<sup>778</sup> миротворачки напори, односно, то што је оптужени покушавао да утиче на нестабилну ситуацију и успостави мир,<sup>779</sup> а исто је и са проглашењем демобилизације.<sup>780</sup>

Посебно је разматрана сарадња са Судом. Одбрана се у оквиру ових разматрања позивала на више околности – екстремну кооперативност у току суђења, наводну повреду права на правично суђење, јер му нису остављени адекватно време и средства за припрему одбране, као и дуже време проведено у притвору због пропуста у раду Тужилаштва које је одуговлачило поступак. Прихваћена је једино кооперативност и коректно понашање у поступку, којима је

---

<sup>773</sup> Lubanga, пар. 56.

<sup>774</sup> Lubanga, пар. 59.

<sup>775</sup> Lubanga, пар. 75.

<sup>776</sup> Lubanga, пар. 78.

<sup>777</sup> Lubanga, пар. 79-81.

<sup>778</sup> Lubanga, пар. 83.

<sup>779</sup> Lubanga, пар. 87.

<sup>780</sup> Lubanga, пар. 87.



дат посебан значај, јер се оптужени определио за овакво поступање иако је трпео значајне притиске у току суђења.<sup>781</sup>

---

<sup>781</sup> Lubanga, пар. 90.

## Глава пета

### РЕДОВНО ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ У ПОЗИТИВНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Централно место у проучавању припада редовном одмеравању казне у позитивном праву Србије. По систематизацији Кривичног законика правила о одмеравању су смештена у четврто поглавље, под називом „Казне“. Поред сврхе кажњавања (чл. 42.) и казненог система (чл. 43-53.), датих у његовом првом делу, у другом су регулисане следеће целине: општа правила о одмеравању (под чиме се подразумева редовно одмеравање, чл. 54. и 54а), поврат (чл. 55.), ублажавање казне (чл. 56.), границе ублажавања (чл. 57.), ослобођење од казне (чл. 58.), поравнање учиниоца и оштећеног (чл. 59.), стицај кривичних дела (чл. 60.), продужено кривично дело (чл. 61.), одмеравање казне осуђеном лицу (чл. 62.), урачунавање притвора и раније казне (чл. 63.). Када је редовно одмеравање у питању, прописано је да ће суд учиниоцу кривичног дела одмерити казну у границама које су законом прописане за то дело, имајући у виду сврху кажњавања и узимајући у обзир све околности које утичу да казна буде мања или већа (олакшавајуће и отежавајуће околности), а нарочито: степен кривице, побуде из којих је дело учињено, јачину угрожавања или повреде заштићеног добра, околности под којима је дело учињено, ранији живот учиниоца, његове личне прилике, његово држање после учињеног дела, а нарочито однос према жртви, као и друге околности које се односе на личност учиниоца кривичног дела (чл. 54. ст. 1.). Посебно је издвојено да се при одмеравању новчане казне у одређеном износу води рачуна о имовном стању учиниоца (чл. 54. ст. 2.). Новелирањем Законика из 2012. године уведена је и посебна околност за одмеравање казне за дело учињено из мржње, која је специфична по томе што једина има унапред прописано отежавајуће дејство (чл. 54а). Пре ове допуне наше законодавство је припадало системима који процес редовног одмеравања усмеравају сврхом кажњавања и отвореном листом унапред

невреднованих околности, али је њоме учињен заокрет ка хибридном моделу нормирања релевантних околности. У смернице је, такође, увршћена и забрана двоструког вредновања, тако да се околност која је обележје кривичног дела не може узети у обзир и као отежавајућа односно олакшавајућа околност, изузев ако превазилази меру потребну за постојање кривичног дела или одређеног облика кривичног дела или ако постоје две или више оваквих околности, а само једна је довољна за постојање тежег односно лакшег облика дела (чл. 54. ст. 3.).

Кратке уводне напомене на имплицитан начин откривају систематику даљег излагања, које је организовано у неколико сегмената. Први је посвећен запажањима о новом казненом систему, за којим следе анализа сврхе кажњавања, анализа казних распона, тумачење законских олакшавајућих и отежавајућих околности и забране двоструког вредновања, док су специфичности редовног одмеравања казне малолетницима и правним лицима диктирале издвајање ових питања у засебне тематске јединице.

## **1. Реформа казног система – нове могућности и нове дилеме**

Систем казни у Републици Србији је претрпео значајне трансформације доношењем Кривичног законика из 2005. године.<sup>782</sup> Реформа је остварена на два нивоа – редефинисањем оквира постојећих казни (новчане и казне затвора) и увођењем потпуно нових казни, рада у јавном интересу и одузимања возачке дозволе. Казна затвора је тако уређена да се може изрицати у распону од тридесет дана до двадесет година (чл. 45. ст. 1.), а за најтежа кривична дела и за најтеже облике тешких кривичних дела у распону од тридесет до четрдесет година, с тим што овај повишени распон може бити прописан само алтернативно са казном затвора до двадесет година (чл. 45. ст. 3.). Историјски посматрано, општи максимум од двадесет година је код нас постојао у неким ранијим периодима, прецизније у доба важења КЗ-а из 1951. године, мада је од његовог новелирања 1959. године, доста дуго ова казна била лимитирана на петнаест година. У том

---

<sup>782</sup> *Службени гласник Републике Србије*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09 и 121/12.

смислу, нови максимум прекида вишедеценијски континуитет поменуте границе и представља јасан сигнал заоштравања законске казнене политике. Ако би се разматрање пребацило на терен компаративног права, могло би се закључити да има и законодавстава са идентичним,<sup>783</sup> али и са нижим,<sup>784</sup> као и са вишим општим максимумом,<sup>785</sup> те наша представља неко средње решење и не привлачи посебну пажњу. Оно што отвара извесна спорна питања јесте постојање изузетка у односу на општи максимум у виду казне од тридесет до четрдесет година. Она се сматра посебним случајем казне затвора, који је уведен као замена за смртну казну.<sup>786</sup> Како је смртна казна и раније била искључена из система, улогу супститута је играла казна затвора од четрдесет година, те су евидентне промене и у овом домену. Сличном логиком су се руководиле и друге бивше југословенске републике,<sup>787</sup> иако упоредно право садржи и другачије примере – увођење доживотног затвора,<sup>788</sup> повишен максимум казне затвора,<sup>789</sup> мада се може замислити и да се казна затвора за најтежа дела (за која је раније била прописана смртна казна) одмерава до општег максимума, ако је довољно високо постављен да за то има криминално-политичког оправдања.

Померање оквира у нашем праву није праћено неким допунским упутствима за одмеравање. Нема ни речи о томе шта би могло пресудно утицати на суд да се определи између затвора до двадесет година и вишег оквира ове казне, нити о томе како се у вишем оквиру долази до конкретне висине казне. То значи да се примењују општа правила, да се узимају у обзир све околности случаја које утичу да казна буде већа или мања, имајући у виду остваривање сврхе кажњавања (чл. 54.). Једине специфичне смернице везане за казну затвора од тридесет до четрдесет

<sup>783</sup> Видети чл. 39. ст. 1. КЗ-а Републике Бугарске или чл. 40. КЗ-а Швајцарске.

<sup>784</sup> Као примери се могу узети Шведска, која је фиксирала максимум казне затвора на десет година (чл. 26. ст. 1.) или Немачка са максимумом од петнаест година (чл. 38. ст. 2.).

<sup>785</sup> Рецимо, максимум од тридесет година садрже КЗ Румуније (чл. 58. ст. 3.) и Француске (чл. 131-1-2).

<sup>786</sup> З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2012. године, стр. 213, Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2011. године, стр. 235. и др.

<sup>787</sup> Распон од двадесет и једне до четрдесет година постоји у Хрватској, по КЗ-у из 2011. године (чл. 46. ст. 1.), од двадесет до четрдесет пет година по КЗ-у Босне и Херцеговине (чл. 42. ст. 2.) и КЗ-у Брчко дистрикта (чл. 43. ст. 2.), од двадесет пет до четрдесет пет у КЗ-у Републике Српске (чл. 32. ст. 1.). У свим наведеним законима повишени распон се назива дуготрајним затвором.

<sup>788</sup> КЗ Француске (чл. 131-1-1), Немачке (чл. 38. ст. 1.), Руске федерације (чл. 44.) и др.

<sup>789</sup> Тако у праву Норвешке поред општег максимума од петнаест година постоји и повишен максимум од двадесет година (чл. 17.).

година су обавеза изрицања на пуне године (тј. искључење изрицања на месеце, чл. 45. ст. 3.) и забрана изрицања лицима која нису навршила двадесет једну годину живота у време извршења дела (чл. 45. ст. 4.). У теорији постоји мишљење да има оправдања да се забрана прошири, како би обухватила бремените жене, лица која су дело учинила у стању битно смањене урачунљивости, лица старија од шездесет пет година.<sup>790</sup> Иако предлози нису образложени, може се претпоставити да су мотивисани разлогом хуманости, што се може прихватити. Са друге стране, и тумачење да ова казна представља супститут смртне казне може бити искоришћено као аргумент у прилог наведеног става; када већ нова казна ступа на њено место и постаје најтежа у систему, можда би требало да „наследи“ и сва правила везана за њено одмеравање, чиме би се додатно поткрепила евентуална забрана изрицања бременитој жени. Ово нису једина могућа ограничења, повишена казна се у појединим правима не може изрећи за покушај.<sup>791</sup>

Међутим, непостојање посебних критеријума није једини проблем. Између општег максимума и минимума посебног оквира налази се јаз од чак десет година. Због чега се законодавац определио за овакав интервал, није баш најјасније. Скок је тешко бранити, тешко је пронаћи неку практичну функцију или сврху коју би могао да има. Поједини аутори сматрају да је овакво решење неоправдано и са аспекта генералне и са аспекта специјалне превенције.<sup>792</sup> Технички посматрано, проблем би се могао превазићи на следеће начине. Први је прописивање довољно пространог распона казне у општем делу, који би надаље у посебном делу, код регулисања појединих инкриминација, био изнијансиран према њиховој апстрактној тежини. Друга могућност полази од интенција нашег законодавца. Очита је његова намера да издвоји најтежа дела и најтеже облике тешких кривичних дела и додатно усмери њихово кажњавање, а то се могло остварити постављањем другачијих граница повишеног оквира, рецимо, од двадесет до тридесет година.

---

<sup>790</sup> Љ. Лазаревић: *Критички осврт на нека решења у Кривичном закону Србије*, зборник Ново казнено законодавство – дилеме и проблеми у теорији и пракси (уредник Д. Радовановић), Будва 2006. године, стр. 38. и Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 215.

<sup>791</sup> Овакво решење познаје КЗ Црне Горе (чл. 35. ст. 3.).

<sup>792</sup> Љ. Лазаревић: *Критички осврт на нека решења у Кривичном закону Србије ...*, стр. 39.

По новим решењима новчана казна се може одмерити или у дневним износима (чл. 49.) или у одређеном износу (чл. 50.). Паралелизам два система најпре отвара питање њиховог међусобног односа. Наши теоретичари су сагласни да је одмеравање путем дневних износа примарано, док је стари начин секундарне и допунске природе.<sup>793</sup> Разлог његовог останка лежи у очекивању проблема са којима се судови могу суочити приликом примене нове алтернативе. Пошто је антиципирано да они могу бити непремостиви, стари систем је морао остати као нека врста „нужног излаза“ или „резервне варијанте“. То, наравно, не искључује да ће се *de lege ferenda* на нормативном нивоу ситуација рашчистити ишчезавањем двојног режима. Под претпоставком да се добро покаже у пракси, систем дневних износа би могао да остане као једини, док би у супротном алтернатива морала и даље бити присутна.

Увођење дневних износа би се могло похвалити, како представља корак напред у прилагођавању новчане казне финансијским капацитетима учиниоца. Смисао оваквог начина одмеравања јесте да се уместо чисто формалне дође до суштинске једнакости – до казне која има исте учинке на осуђене различитог имовног стања. Код оваквог одмеравања се број дана одређује применом општих правила (логика налаже примену свих олакшавајућих и отежавајућих околности, изузев имовног стања), док се разлика у погледу укупне висине постиже одмеравањем новчане вредности једног дана. Кривични законик предвиђа да се новчани износ једног дана утврђује тако што се разлика између прихода и нужних расхода учиниоца у протеклој календарској години подели са бројем дана у години. Један дневни износ не може бити мањи од петсто динара нити већи од педесет хиљада динара (чл. 49. ст. 3.). Очигледно је да примена овог система подразумева постојање егзактних података о приходима и расходима. Законодавац је настојао да помогне суду, тако што је искључио позивање на обавезу чувања пословне и друге тајне, те банке, финансијске институције, државни органи и правна лица морају да одговоре на захтев суда и учине их доступним (чл. 49. ст. 4.). Има теоретичара који сумњају да је то довољно за решавање овог комплексног задатка, прогнозирајући

---

<sup>793</sup> З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 224, Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 242. и др.

да ће у многим случајевима знаће судија из области финансија бити једноставно недовољно и да ће он, уколико настоји да примени овај систем, морати да тражи асистенцију вештака финансијске струке.<sup>794</sup> Последица, нужно скопчана са ангажовањем вештака, јесте увећање трошкова и потенцијално одуговлачење кривичног поступка, те би систем дневних износа могао да се оцени као скупљи и неекономичнији, посебно ако се у пракси покаже да се њихова стручна помоћ пречесто тражи. Други проблем са утврђивањем дневног износа, по овом аутору, лежи у томе што се законодавац није упуштао у прецизирање шта се сматра нужним расходом, те је ово питање у потпуности остављено судској пракси.<sup>795</sup> Проблеми скопчани са применом могу довести до тога да судије помало зазиру од овог метода, пребацујући се при првој тешкоћи на алтернативни, када им већ закон то допушта.

Уколико се не могу прибавити веродостојни подаци о приходима и расходима учиниоца или уколико он не остварује никакав приход, али је власник имовине или носилац имовинских права, суд има овлашћење да на основу расположивих података по слободној процени утврди висину дневног износа (чл. 49. ст. 5.). Поставља се питање да ли је законодавац помало недоследан у описаним решењима. При томе се мисли на то да је у случају када се за учиниоца не могу прибавити веродостојни подаци о приходима или ако нема приходе, али има имовину и имовинска права, суд може слободно проценити његове имовинске могућности, док се у случају када учинилац има приходе, не предвиђа констатовање вредности имовине којом учинилац располаже. Имовинска карта би могла много реалније да одслика финансијске капацитете у земљи у којој има много грађана са упечатљивом дискрепанцом између остварених прихода и онога што поседују. Такође, поменуто инсистирање на слободној оцени је у делу наше теорије критиковано, полазећи од тога да може представљати реалну опасност за нарушавање правне сигурности.<sup>796</sup>

---

<sup>794</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 241.

<sup>795</sup> Љ. Лазаревић: *op. cit.*, стр. 241.

<sup>796</sup> И. Симовић: *Казне у предлогу Кривичног законика Србије*, зборник Казнено законодавство: прогресивна или регресивна решења (уредник Д. Радовановић), Будва, 2005. године, стр. 118.

Одмеравање новчане казне у одређеном износу, као алтернативни начин одмеравања, бива „активирано“ ако није могуће утврдити висину дневног износа ни на основу слободне процене или ако би прибављање таквих података знатно продужило трајање кривичног поступка (чл. 50. ст. 1.). До конкретног износа се долази на основу општих правила о одмеравању казне у фиксном износу у оквирима посебног минимума и максимума за конкретно кривично дело. Поједини аутори критикују то што се у корпусу одредаба о новчаној казни у одређеном износу не налази правило које би наложило суду да при оваквом начину одмеравања казне води рачуна о имовном стању учиниоца, те препоручују да се о оно разматра кроз личне прилике учиниоца.<sup>797</sup> Поменута констатација, међутим, није тачна. Законодавац није направио никакав превид или пропуст. Имовно стање се не помиње на овом месту, али је зато у каталогу релевантних околности и посебно је везано за процену висине новчане казне у одређеном износу (чл. 54. ст. 2.). Овде је нешто друго помало збуњујуће. Ако суд није могао прецизно да утврди економско стање и одмери новчану казну у дневним износима, нити је то могао да учини на основу слободне оцене, како очекивати да ће у алтернативном систему одмерити казну на основу имовног стања, када му у примарној процедури управо то није баш ишло од руке?

Непажња у регулисању новчане казне, по Лазаревићу, постоји и у другим аспектима. Једна од недоследности проистиче отуда што су општи минимум и максимум у алтернативно постављеним системима посве другачији.<sup>798</sup> Да би се дошло до овог закључка довољна је елементарна математика. Када се најмањи број дана (десет) помножи са најмањим дневним износом (петсто динара) добија се општи минимум од пет хиљада динара. Максимум од осамнаест милиона динара настаје по истом принципу, као производ највећег броја дана (тристашездесет) максималног износа по дану (педесетхиљада динара). Ако се сетимо да новчана казна у одређеном износу не може бити мања од десет хиљада ни већа од милион динара, односно, од десет милиона ако је дело учињено из користољубља (чл. 50.

---

<sup>797</sup> Ђ. Ђорђевић: *Актуелни проблеми одмеравања казне у нашем кривичном праву*, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, IV део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2010. године, стр. 164.

<sup>798</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 241.



ст. 2.), постаје очигледно да се алтернативни казнени оквири уопште не поклапају. На тај начин минимум и максимум казне коју ће учинилац „добити“ зависи од тога да ли је суд могао да утврди приходе и расходе учиниоца, односно, одмери новчану казну на основу имовине или му то није успело. Описану неподударност је тешко одбрани. Штавише, може се очекивати да ће учиниоци предузети све могуће да дезавуишу напоре суда у откривању података о имовном стању, посебно ако су богати, јер им се то више исплати. Није нереално ни то да се суд крене линијом мањег отпора. Што да се „бакће“ са детаљним утврђивањем прихода и расхода када има другу могућност, да се само оквирно и површно бави имовним стањем, посебно у ситуацији велике оптерећености бројем предмета.

Занимљивост у регулисању новчане казне представља и опредељење да се обимно поље између општег минимума и општег максимума подели на више сегмената. То је учињено везивањем за казну затвора у одређеном трајању, те се број дневних износа новчане казне креће:

- до шездесет, ако се ради о кривичном делу за које се може изрећи казна затвора до три месеца,
- од тридесет до стодвадесет, ако се ради о кривичном делу за које се може изрећи казна затвора до шест месеци,
- од шездесет до стоосамдесет, ако се ради о кривичном делу за које се може изрећи казна затвора до једне године,
- од стодвадесет до двестачетрдесет, ако се ради о кривичном делу за које се може изрећи казна затвора до две године,
- од најмање стоосамдесет дневних износа, ако се ради о кривичном делу за које се може изрећи казна затвора до три године и
- у оквиру прописаног броја дневних износа за дела за која је као једина прописана новчана казна (чл. 49. ст. 6.).

Исти метод нормирања примењен је и на казну у одређеном износу, тако да она износи:

- до сто хиљада динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до три месеца,

- од двадесет до двеста хиљада динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до шест месеци,
- од тридесет до триста хиљада динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до једне године,
- од педесет до петсто хиљада динара за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до две године,
- најмање сто хиљада за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до три године и
- у оквиру прописаног износа за кривична дела за која је као једина прописана новчана казна.

Све ово су посебни минимуми и максимуми, само што су из номотехничких разлога, ради постизања концизности законског текста, наведени у општем делу да не би били понављани код појединих инкриминација. По нашем мишљењу давање додатних смерница јесте позитиван помак у уређењу новчане казне и велика помоћ у њеном одмеравању. То би требало да спречи „лутање“ у растегнутом распону и спречи одмеравање како прениских тако и превисоких новчаних казни. Са друге стране, има и оних који то не признају, наводећи да се ради о претераном исказивању неповерења према судовима.<sup>799</sup>

Последње правило из корпуса о новчаној казни односи се на могућност да буде изречена као споредна за кривична дела из користољубља и онда када није предвиђена за то кривично дело, или када је законом прописаном прописано да ће се учинилац казнити казном затвора или новчаном казном, а суд се определи да као главну изрекне казну затвора (чл. 48. ст. 2.). Можда би се могло рећи да оно представља одступање од начела законитости, али стоји и чињеница да је овде тешко дати неко прецизније усмерење, јер се мотив користољубља може јавити код свих кривичних дела.

Поједини аутори, на основу недостатака за које сматрају да реално постоје, доводе у питање опстанак неких решења. Тако постоји скепса да новчана казна у дневним износима неће бити дугог века, јер је, како наводе, механички пресликана из скандинавских права, без уважавања домаћих специфичности и недостатка

<sup>799</sup> Љ. Лазаревић: *Критички осврт на нека решења у Кривичном законнику Србије ...*, стр. 39.

техничке подршке за њену примену.<sup>800</sup> И правници практичари упозоравају на прилично резервисан став судија, не само због начина на који је нормирана, него и због инфлације и ниског животног стандарда у нашој земљи.<sup>801</sup> Међутим, не може остати непримећено да је негативна критика помало предимензионирана, те не би требало прихватити предлоге за брисање новчане казне у дневним износима, који се несумњиво налази у функцији потпунијег остваривања начела сразмерности. Штавише, посматрано са аспекта остваривања овог начела има више оправдања да се укине његова алтернатива, јер би се тако избегла појава да судови „заобилазе“ систем новчане казне у дневним износима, како би себи олакшали посао бавећи се имовним стањем учиниоца само оквирно, тј. на не тако детаљан начин како овај систем налаже.

Иновирање система казни остварено је и коначним увођењем рада у јавном интересу.<sup>802</sup> Предлози за њено нормирање дати су још у току реформи кривичног законодавства 90-тих година, када је истакнуто да се њоме може неутралисати висока заступљеност краткотрајних казни затвора, све негативне последице које из тога проистичу, као и некритичка примена условне осуде настала у недостатку погоднијих алтернатива.<sup>803</sup> Овом изменом је наше законодавство стало у ред многобројних, како је ова казна, од појаве у Великој Британији 1972. године (доношењем *Criminal Justice Act-a*), постала толико распрострањена да је данас тешко пронаћи систем у којем није у неком модалитету заступљена.<sup>804</sup>

Рад у јавном интересу се може изрећи за кривична дела за која је прописан затвор до три године или новчана казна (чл. 52. ст. 1.), при чему је оптирање за ову

---

<sup>800</sup> Љ. Лазаревић: *Критички осврт на нека решења у Кривичном законнику Србије ...*, стр. 39.

<sup>801</sup> Н. Пековић: *Алтернативне кривичне санкције: проблеми у пракси*, зборник Ново казнено законодавство – дилеме и проблеми у теорији и пракси (уредник Д. Радовановић), Будва 2006. године, стр. 131.

<sup>802</sup> Поједини аутори сматрају да је погрешно сврстана у казне и да има више резона да буде регулисана уз админитивне санкције, судску опомену и условну осуду. Љ. Лазаревић: *Критички осврт на нека решења у Кривичном законнику Србије ...*, стр. 40.

<sup>803</sup> З. Стојановић: *Напомене о могућностима и потреби реформе Општег дела КЗСФРЈ*, ЈРККП, бр. 2, 1990. године, стр. 40. и Н. Мрвић-Петровић: *Алтернативне санкције и ново законодавство Републике Србије*, Темида, бр. 1, 2006. године, стр. 55.

<sup>804</sup> О распрострањености и различитим варијантама видети И. Марковић: *Рад за опште добро на слободи у законодавствима на југословенским просторима*, Правна ријеч, бр. 19, 2009. године, стр. 126. и Ђ. Ђорђевић: *Нове казне у Кривичном законнику Републике Србије*, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, IV део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2007. године, стр. 173.

алтернативу базирано на следећим условима: могућности остваривања сврхе кажњавања, врсти кривичног дела, личности учиниоца и његовој спремности да обавља рад (чл. 52. ст. 3.). У теорији је примећено неколико слабости у вези са постављеним захтевима. Прво, критеријум за изрицање је прописана, а не одмерена казна коју би суд иначе изрекао да се није одлучио за замену, што је уобичајно у упоредном праву.<sup>805</sup> Овакво решење је несумњиво боље и правичније, јер могућност примене рада у јавном интересу мора да зависи од конкретно испољене, а не од апстрактне законом процењене тежине кривичног дела. Њиме би се пружиле допунске могућности прилагођавања казне конкретном случају код оних дела чији је посебни максимум виши од три године, а која су остварена у лаком виду, рецимо, због прекорачења нужне одбране, компулзивне силе, претње или неког другог основа за ублажавање казне. Други недостатак се односи на то да законодавац говори о врсти, а не о тежини кривичног дела, мада је ово можда само пропуст у редакцији текста.

За разлику од казне затвора и новчане казне, рад у јавном интересу није у Законику прописан ни за једно кривично дело, те се увек одмерава у границама општег минимума и максимума, тј. између шездесет и тристашездесет часова (у оквиру од једног до шест месеци, са ограничењем на шездесет часова месечно, по чл. 52. ст. 3.). При томе, није постављена никаква пропорција између трајања рада и прописане казне затвора или новчане казне, што би у великој мери олакшало посао суда приликом одмеравања и допринело уједначености кажњавања. Законодавцу није непозната оваква техника, он је већ применио код регулисања новчане казне, а не види се разлог због којег то не би учинио и на овом месту. Овако се конкретна мера алтернативе тражи у „истом кошу“ и када она треба да буде супститут за најлакшу и за најтежу могућу казну проистеклу из законских услова. У том смислу било би пожељено да се законодавац, у евентуалним интервенцијама *de lege ferenda*, позабави и овим проблемом.

Такође, поред тога што општи оквир није „парцелисао“ на уже подоквире, Кривични законик не садржи ни нека посебна правила за одмеравање рада у јавном интересу. Раније је поменуто да избор казне зависи од остваривања сврхе

---

<sup>805</sup> Ђ. Ђорђевић: *Нове казне у Кривичном законнику Републике Србије ...*, стр. 176.

кажњавања, као опште смернице за избор било које друге казне, с тим што она овде инклинира према специјалној превенцији. Тежина кривичног дела би требало да значи да је последица остварена у мањем обиму, о чему ће касније детаљније бити речи. Када је личност учиниоца у питању, сигурно је да би требало посветити пажњу околностима попут раније неосуђиваности и односа према учињеном делу, мада наша досадашња пракса показује да се уважава и његово животно доба.<sup>806</sup> Све ово није никакав спецификум рада у јавном интересу, ова мерила су значајна и за одмеравање других казни. Изузетно је једино инсистирање на добровољном престанку осуђеног да обавља рад, проистекло из уставне и међународне забране принудног рада.<sup>807</sup> Међутим, постоји чињеница о којој се не говори, а могла би да утиче на процену трајања рада. Ако се пође од тога да законодавац није одредио садржину ове казне, осим што је нагласио да је рад друштвено користан, да не вређа људско достојанство и да се не врши у циљу стицања добити (чл. 52. ст. 2.), да се закључити да се под ове атрибуте реално могу подвести послови различите тежине. То би значило да положај осуђеника неће бити исти, иако имају исти број сати рада, уколико су распоређени на послове са неједнако тешким захтевима. Штавише, суд уопште није у могућности да ову чињеницу укалкулише, он не одређује врсту посла, пошто се ово питање решава накнадно у поступку извршења.<sup>808</sup> Одлуку о томе доноси повереник, водећи рачуна о способностима, стеченим знањима и здравственом стању осуђеног лица. Дискутабилно је и то колико ће повереник бити у стању да у нашим друштвеним условима испоштује све наведено. Поједини аутори страхују да он неће увек бити у прилици да изабере

---

<sup>806</sup> „Кад је окривљени оглашен кривим за кривично дело за које се може изрећи казна затвора до три године, испуњени су услови за изрицање казне рада у јавном интересу када није раније осуђиван, признао је дело и има 23 године“. Пресуда Окружног суда у Београду К 2402/06 од 17. јуна 2006. године. И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, осма књига*, Београд, 2008. године, стр. 36.

<sup>807</sup> Устав Републике Србије (чл. 26. ст. 3.), *Службени гласник РС, бр. 98/06*; Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода из 1950. године (чл. 4. ст. 2.), Закон о ратификацији, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 9/2003*; Међународна конвенција о забрани присилног рада бр. 105 из 1957. године (чл. 1а); Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године (чл. 48. ст. 3.), Закон о ратификацији, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 7/71* и др.

<sup>808</sup> Видети члан 182. Закона о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС, бр. 85/2007, 79/09 и 31/11*.

најбоље, пошто му у друштву са високом незапосленошћу (читати мањком радних места) мало тога преостаје.<sup>809</sup>

Каква ће бити искуства са овом казном тек треба видети. У прво време је непостојање елементарних техничких услова за извршење рада у јавном интересу блокирало изрицање ове казне,<sup>810</sup> мада се и касније, са успостављањем повереничких служби и закључивањем уговора са субјектима у којима би рад требало да се обавља, примећује њена недовољна и помало бојажљива употреба од стране домаћих судова.<sup>811</sup>

И одузимање возачке дозволе је за нас нова казна, која се изриче учиниоцу кривичног дела у вези са чијим извршењем или припремањем је коришћено моторно возило (чл. 53. ст. 1.). Она се може изрећи као споредна уз новчану казну и казну затвора, али и као главна казна за кривична дела за која је прописана казна затвора до две године или новчана казна (чл. 53. ст 3.).

Одузимање возачке дозволе од тренутка нормирања прати низ недоумица. Прво, како би суд требало да тумачи услове за њену примену? Појам „коришћење“ је прилично широк и он не обухвата само управљање возилом, на које најпре асоцира. Да их не треба поистовећивати сведочи и став страних судова, у земљама које имају више искуства са применом ове казне, по којем је дозвољено одузимање возила и оним саучесницима, који нису њиме лично управљали.<sup>812</sup> То значи да у овом контексту није толико битан облик радње коришћења, неупоредиво је значајнија њена улога у остваривању дела, функционална повезаност са њим, чињеница да макар олакшава његово извршење.<sup>813</sup> Ако би дело било ионако извршено, и без коришћења моторног возила, читав овај концепт не би имао смисла.

---

<sup>809</sup> Ђ. Ђорђевић: *Нове казне у Кривичном законнику Републике Србије ...*, стр. 175.

<sup>810</sup> Н. Пековић: *op. cit.*, стр. 133.

<sup>811</sup> Ј. Лазаревић: *Рад у јавном интересу*, зборник Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције, Златибор, 2009. године, стр. 216.

<sup>812</sup> З. Стојановић: *Нова решења у кривичним законцима Србије и Црне Горе и искуства у њиховој примени*, зборник Нова решења у кривичном законодавству и искуства у њиховој примени, Златибор, 2006. године, стр. 14, Ђ. Ђорђевић: *Нове казне у Кривичном законнику Републике Србије ...*, стр. 184.

<sup>813</sup> З. Стојановић: *op. cit.*, стр. 14, Ђ. Ђорђевић: *op. cit.*, стр. 184.

Друга недоумица настаје ако су у конкретном случају испуњени услови за примену казне одузимања возачке дозволе и мере безбедности забране управљања моторним возилом, када се пред суд поставља задатак да изабере између њих две. Он то мора да рашчисти, јер је Закоником забрањено да буду заједно изречене (чл. 52. ст. 3.). Иако су сличне по начину ограничавања учиниоца, ове санкције имају различите циљне групе и различите улоге. Забрана управљања моторним возилом је резервисна за учиниоце кривичних дела против јавног саобраћаја, ако се процени да је опасно да даље управљају возилом одређене врсте и категорије, док казна има много шире поље примене, како није условљена врстом дела, него чињеницом да је моторно возило коришћено за његово припремање или извршење. Све мере безбедности су првенствено оријентисане ка специјалној превенцији, а казна поред ње обједињава и ретрибутивне и генерално-превентивне елементе. Многи домаћи аутори су, обрађујући одузимање возачке дозволе, једноставно заобишли проблем конкуренције. Малобројни који су се њоме бавили сматрају да предност треба дати мери безбедности, јер су услови за њено изрицање прецизније одређени, а пошто је њено трајање дуже (од три месеца до пет година, чл. 86. КЗ-а), не могу се негирати ни извесни генерално-превентивни учинци.<sup>814</sup> По нашем мишљењу, решење проблема постаје јасно ако се приметити да се казна и мера безбедности налазе у односу општег и посебног, што у правној логици увек имплицира превагу потоњег, те су Стојановић и Ђорђевић у праву када тврде да суд треба да се определи за меру безбедности.

Исто као и рад у јавном интересу ни одузимање није прописано у посебном делу, тако да се увек одмерава у општем оквиру од једне до три године (чл. 53. ст. 2.). Нема ни посебних правила за одмеравање дужине трајања, што значи да се поступа по општем режиму из члана 54. Општа правила о одмеравању, међутим, не могу да пруже одговор на питање да ли се одузимање дозволе може изрицати на пуне године, месеце или дане или само на пуне године и месеце. Полазећи само од језичког значења, чине се допуштеним све могућности, али се системско томе противи. Наиме, ако осуђени управља моторним возилом док траје казна

---

<sup>814</sup> З. Стојановић: *Нова решења у кривичним законима Србије и Црне Горе и искуства у њиховој примени ...*, стр. 13, Ђ. Ђорђевић: *Нове казне у Кривичном законик у Републике Србије ...*, стр. 182.

одузимања возачке дозволе суд ће ову казну заменити затвором по принципу једна година одузимања – један месец затвора (чл. 53. ст. 4.). Дакле, предмет замене је искључиво казна изражена у пуним годинама, што имплицитно у себи садржи одговор на претходно питање. Шта би се десило да казна није изречена на пуне године? Постоје предлози да се казна замени сразмерно пропорцији једна година – један месец.<sup>815</sup> У сваком случају најбоље би било да законодавац ово питање реши неким будућим изменама Кривичног законика. Поједини аутори су на основу изнетог закључили да није за чуђење што се у нашој пракси недовољно користе капацитети које би ова казна могла да пружи.<sup>816</sup> По нашем мишљењу ипак нема ваљаног оправдања за слабо коришћење ове казне. Очито је да она има значајне предности, јер је једноставна за извршење и не подразумева никакве трошкове.

## 2. Сврха кажњавања

Излагања посвећена компаративном праву открила су да у већини страних кривичних законика сврха кажњавања није предвиђена. Истовремено, утврђено је да је традиционално била одређивана у социјалистичким земљама, од којих су многе и данас наставиле такву праксу, подразумева се уз мање или веће њено редефинисање, те и наш Законик представља један од таквих примера. Пре него што сврха кажњавања буде детаљније размотрена, требало би поменути да она, логички посматрано, представља само једно конкретно испољавање опште сврхе кривичних санкција, тј. сузбијања дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством (чл. 4. ст 2. КЗ-а). Кривични законик поставља низ циљева кажњавања: спречавање учиниоца да убудуће чини кривична дела и утицање на њега да убудуће не чини кривична дела; утицање на друге да не чине кривична дела; изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона (чл. 42. КЗ-а). Анализа

---

<sup>815</sup> Ђ. Ђорђевић: *Нове казне у Кривичном законнику Републике Србије ...*, стр. 185.

<sup>816</sup> Ј. Лазаревић: *Одузимање возачке дозволе и рад у јавном интересу као нове кривичне санкције са посебним освртом на искуство у досадашњој примени*, зборник *Нова решења у кривичном законодавству и досадашња искуства у њиховој примени*, Златибор, 2006. године, стр. 132. и Н. Пековић: *op. cit.*, стр. 135.



наведене одредбе недвосмислено указује на прихватање концепта релативних теорија, и то кроз комбиновање специјалне и генералне превенције у класичном смислу (тач. 1. и 2.). Када је специјална превенција у питању, законодавац је предвидео два пута њеног остваривања – спречавање учиниоца да врши кривична дела и утицање да убудуће не врши кривична дела. Иако је вероватно прва асоцијација на синтагму „спречавање вршења кривичних дела“ изолација од друштва изрицањем казне затвора, не би требало пренебрегнути да се и у тој специфичној микро-заједници, упркос мерама контроле и обезбеђења, могу вршити кривична дела, тако да спречавање пре треба повезати са применом различитих третмана него са пуким чином физичког издвајања из друштва. Тиме се долази и до функционалне повезаности са другим аспектом специјалне превенције, тј. утицајем на учиниоца да убудуће не врши кривична дела. У домаћој теорији постоје схватања да је ова друга формулација сасвим довољна, те се *de lege ferenda* може размишљати о брисању „спречавања“.<sup>817</sup>

И генерална превенција се, такође, остварује на два начина, најпре кроз утицај на друге да не врше кривична дела. Не може остати непримећена лексика законодавца, јер је сам термин „утицај“ веома широког значења и некако вредносно неутралан. Из њега се не види природа дејства, па може подразумевати и застрашивање грађана и опомену, као и васпитно дејство. Вероватно су карактеристике термина навеле неке теоретичаре да закључе како је у њему дошло до спајања застрашујуће и етичке функције кривичног права.<sup>818</sup>

Позитивна генерална превенција је нашла, такође, своје место у одређењу сврхе кажњавања (тач. 3.), чиме је дефиниција усаглашена са савременим схватањима, која истичу управо овај аспект. Не може остати непримећено да је и раније кривично законодавство садржало сличну одредбу, али је њен значај био умањен додавањем идеолошких примеса, што је споменуто у излагању историјског развоја правила о редовном одмеравању. Њихово елиминисање је несумњиво побољшало дефиницију и приближило је савременим концептима. Активистички приступ у остваривању генералне превенције има за циљ стварање код грађана два

---

<sup>817</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 223.

<sup>818</sup> Љ. Лазаревић: *op. cit.*, стр. 224.

основна става у односу на криминалитет – свест да је ова друштвена појава противправна и забрањена (правна свест), као и да се њоме другим људима наноси штета (друштвена свест). Иако се наведена одредба уобичајно посматра као посебна нијанса из спектра генералне превенције, Лазаревић одступа од општег схватања, наводећи да се она не може подвести ни под генералну ни под специјалну превенцију, премда нагиње првој.<sup>819</sup> Истовремено, констатује се да она представља више неки философски концепт друштвене функције кажњавања уопште, а не неки непосредни циљ. Тако посматрано, она је претежно деклараторне природе, али се не сматра сувишном, јер изражава начелни друштвени став према криминалитету.

У теорији је постављено питање да ли у нашем позитивном праву постоји ретрибуција, као једна од могућих сврха кажњавања. Већина аутора, потпуно разумљиво, даје негативан одговор, јер начин на који је формулисана на то непосредно указује. Са друге стране, тешко је у потупности отписати ретрибутивност, како је она инкорпорирана у сам појам казне. Тако има мишљења да се ретрибуција може појавити као сврха кажњавања само ако је подређена принципима праведности и сразмерности, и то увек као нека секундарна сврха, која увек мора да устукне и уступи примат специјалној и генералној превенцији.<sup>820</sup>

### 3. Анализа казних распона

Новелирање Кривичног законика, извршено 31. августа 2009. године, погодило је у највећој мери управо казнене распоне у посебном делу. Ретко који је од првобитно постављених остао нетакнут, о чему сведочи и податак да готово нема групе кривичних дела у којој није приметна интервенција. Из тог разлога је, уместо енумерације, много једноставније прибећи елиминацији и навести једину групу где се буквално ништа није променило – групу кривичних дела против правног саобраћаја. Изузетак представљају и кривична дела против безбедности

---

<sup>819</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 224.

<sup>820</sup> З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 205.

рачунарских података, код којих се измене нису састојале у корекцији прописаних казни, већ у увођењу нових инкриминација. Најтемељнија трансформација обухватила је дела против полне слободе, како су казне за већину дела из ове групе изнова одређене. Укупно посматрано, 174 казнена распона су другачије постављена, при чему је законодавац прибегао различитим модалитетима, интервенишући преко посебног минимума, посебног максимума, истовремено преко посебног минимума и максимума или додавањем нове врсте казне. Ово су само основни облици промена које се надаље гранају у различите подврсте. Када се говори о посебном максимуму, има примера његовог повећања, повећања уз кумулативно додавање нове (без изузетка новчане) казне, као и ретких случајева смањења. Кориговање посебног минимума је регистровано само у облику повећања и то у два варијетета, као чисто повећање и повећање уз кумулативно додавање новчане казне. Коначно, код једног броја дела измене су захватиле и доњу и горњу границу казне, мада не увек на исти начин, тако да је забележено њихово паралелно повећање, паралелно смањење, односно смањење једног и повећање другог посебног лимита. Нова казнена политика је једним делом реализована додавањем новчане казне, која уопште није била предвиђена за посматрано кривично дело, или променом статуса раније предвиђене новчане казне, тј. претварањем из алтернативне у кумулативно одређену.

Статистички посматрано, највећи постотак корекције прописаних казни отпада на повећање посебног максимума (47 случајева или 27,01%), а за њим следе:

- повећање посебног минимума и максимума казне (44 или 25,29%),
- повећање посебног минимума (29 или 16,67%),
- кумулативно предвиђање новчане казне која уопште није била прописана за дато кривично дело (22 или 12,64%),
- повећање посебног минимума и максимума казне уз кумулативно додавање новчане казне (11 или 6,32%),
- повећање посебног минимума и максимума уз претварање алтернативно постављене новчане казне у кумулативно постављену (6 или 3,45%),
- повећање посебног максимума уз додавање новчане казне (5 или 2,87%),

- смањење посебног минимума и максимума (3 или 1,72%),
- претварање алтернативно предвиђене новчане казне у кумулативно предвиђену (2 или 1,15%),
- смањење посебног максимума (1 или 0,57%),
- повећање посебног минимума уз додавање нове врсте казне (1 или 0,57%),
- повећање посебног минимума и максимума уз брисање алтернативно предвиђене новчане казне (1 или 0,57%),
- смањење посебног минимума и максимума уз кумулативно додавање новчане казне (1 или 0,57%) и
- смањење посебног минимума и повећање посебног максимума уз брисање алтернативно предвиђене новчане казне (1 или 0,57%).

Када се сагледају најчесталије промене постаје јасно да су измене ишле у правцу заоштравања казнене политике. Њима је створен прилично разгранат систем, у којем су казне прописане на чак педесетчетири различита начина, која се могу сврстати у једну од следећих група: групу затворених казних оквира, групу полуотворених оквира нагоре, групу полуотворених оквира надоле, групу алтернативно прописаних или кумулативно прописаних казни.

Затворени распони представљају преовлађујући начин одређивања казни. Примењени су у 556 случајева (или у 56, 85%), а како изгледају њихове конкретне манифестације и каква је њихова дистрибуција представљено је у следећем прегледу:

- од три месеца до три године (50),<sup>821</sup>
- од три месеца до пет година (30),
- од шест месеци до три године (4),
- од шест месеци до пет година (114),
- од једне до пет година (16),
- од једне до шест година (2),

---

<sup>821</sup> У загради се налази број кривичних дела за која је запређена напред наведена казна.

- од једне до седам година (1),
- од једне до осам година (83),
- од једне до десет година (13),
- од једне до петнаест година (3),
- од две до осам година (2),
- од две до десет година (83),
- од две до дванаест година (30),
- од две до петнаест година (30),
- од три до дванаест година (11),
- од три до петнаест година (50),
- од пет до петнаест година (28) и
- од пет до осамнаест година (1).

Раније је поменуто да на рад суда значајно утиче ширина казних оквира. Најупечатљивија разлика између посебног минимума и максимума постоји код казне затвора у трајању од једне до петнаест година, мада је таквих случајева у укупној маси веома мало. Поред занемарљивог постотка, карактеристично је и да се овакав распон среће само у групи кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом (чл. 378. ст. 1, чл. 384. ст. 1, чл. 384. ст. 2.). Дубља анализа показује да у највећем броју затворених оквира разлика између посебног минимума и максимума износи више од пет година, тачније у 305 случајева или 58,54% посматраног узорка. Фокусирањем на разлику од десет и више година може се издвојити 112 случајева или 21,5% узорка што, такође, није занемарљив број.

За разлику од казне затвора, новчана казна је у посебном делу обично одређена само врстом, мада је законодавац у ретким примерима одступио од овог правила. Изузетак је начињен код неколико дела против части и угледа, за која је новчана казна дата управо у затвореним оквирима:

- од 20 до 120 дневних износа или од 40.000 до 200.000 динара (1),
- од 30 до 120 дневних износа или од 20.000 до 200.000 динара (1),

- од 60 до 180 дневних износа или од 30.000 до 300.000 динара (2) и
- од 80 до 240 дневних износа или од 150.000 до 450.000 динара (1).

Један од модалитета је и одређивање казни само посебним минимумом. Оваквих оквира отворених нагоре има укупно 45 (или 4,6%), при чему је доња граница фиксирана на:

- најмање три године (1),
- најмање пет година (20) и
- најмање десет година (24).

Како се и овде као посебан максимум примењује општи максимум за врсту казне, следи да је простор суда у редовном одмеравању омеђен границама од три до двадесет година, од пет до двадесет година и од десет до двадесет година. Тако се добијају веома широки распони, са разликом између горње и доње границе од десет, петнаест и чак седамнаест година.

Такође, систем познаје и другу варијанту полуотвореног оквира, те је за један број казни дат само посебни максимум (полуотворени оквир надолу). Њих има укупно 85 (или 8,69%), при чему висина максимума прилично варира:

- до шест месеци (1),
- до једне године (7),
- до две године (5),
- до три године (69),
- до четири године (1),
- до пет година (1) и
- до осам година (1).

Алтернативно постављене казне представљају заједнички назив за прилично различите комбинације. Има их укупно 204 или 20,86%. Најчешће су у овом односу новчана казна и казна затвора у полуотвореном оквиру надолу:

- новчана казна или казна затвора до три месеца (3),
- новчана казна или казна затвора до шест месеци (15),
- новчана казна или казна затвора до једне године (71),
- новчана казна или казна затвора до две године (45),
- новчана казна или казна затвора до три године (39) и
- новчана казна или казна затвора до три године и новчана казна (2).

Много је мање заступљена новчана казна у алтернативном односу са казном затвора у затвореном оквиру:

- новчана казна или казна затвора од три месеца до три године (2) и
- новчана казна или казна затвора од шест месеци до пет година (1).

Следећи правило из општег дела законодавац је у алтернативни однос ставио и најстрожу казну у нашем систему, казну затвора од тридесет до четрдесет година, и то у следећим варијантама:

- најмање пет година или казна затвора од тридесет до четрдесет година (6),
- најмање десет година или казна затвора од тридесет до четрдесет година (20).

Велика варијабилност постоји када је у питању додавање новчане казне, што је примењено у 88 случајева (или 9%). Као што се да претпоставити законодавац се определио за кумулирање код кривичних дела која се редовно врше из лукративних мотива или са лукративним циљевима, као што су дела против имовине или против привреде. Исти систем је у мањој мери присутан и у другим групама, те се среће у групи против животне средине, правосуђа, полне слободе, опште сигурности, јавног реда и мира, а спорадично и међу кривичним делима против живота и тела (угрожавање опасним оруђем при свађи или тучи, чл. 124. ст. 2.), службене дужности (превара у служби, чл. 383. ст. 2.) или човечности и других добара

заштићених међународним правом (кршење санкција уведених од стране међународних организација, чл. 384.а ст. 1.). Новчана казна је најчешће кумулирана са казном затвора у различитим затвореним оквирима:

- од три месеца до три године и новчана казна (16),
- од шест месеци до пет година и новчана казна (28),
- од једне до осам година и новчана казна (12),
- од једне до десет година и новчана казна (6),
- од две до десет година и новчана казна (5),
- од две до дванаест година и новчана казна (6),
- од три до десет година и новчана казна (1) и
- од пет до петнаест година и новчана казна (1),

а потом и са казном затвора у полуотвореним оквирима надоле, као у следећим примерима:

- казна затвора до шест месеци и новчана казна (3),
- казна затвора до две године и новчана казна (2) и
- казна затвора до три године и новчана казна (8).

Кратак преглед је осмишљен са циљем да покаже колики је „меневарски простор“ дат суду при редовном одмеравању. Посебан осврт у таквом излагању свакако припада утврђивању заступљености проблематично растегнутих оквира. Укупно посматрано, њихова распрострањеност је алармантна, јер је у чак 239 случаја (или 24,44%) суду остаљено да казну тражи у распону од десет или више година. То значи да се за нешто мање од трећине дела предвиђених Кривичним закоником тешко може рећи да прописана казна представља корисну смерницу у процесу редовног одмеравања.

Следећи талас измена и допуна Кривичног законика из 2012. године је само у детаљима променио слику казних оквира у посебном делу, углавном због увођења нових кривичних дела. Затворени распони и даље представљају



преовлађујући начин одређивања казни, како су примењени у 565 случајева (56,61%), мада је њихова процентуална заступљеност незнатно смањена (у односу на ранијих 56,85%). У каквом се конкретном облику јављају, када је казна затвора у питању, може се видети из следећег прегледа:

- од три месеца до три године (53),
- од три месеца до пет година (28),
- од шест месеци до три године (3),
- од шест месеци до пет година (122),
- од једне до пет година (14),
- од једне до шест година (2),
- од једне до седам година (1),
- од једне до осам година (84),
- од једне до десет година (19),
- од једне до петнаест година (3),
- од две до осам година (2),
- од две до десет година (87),
- од две до дванаест година (29),
- од две до петнаест година (30),
- од три до дванаест година (11),
- од три до петнаест година (45),
- од пет до петнаест година (29) и
- од пет до осамнаест година (1).

Са друге стране, распрострањеност новчане казне у посебном затвореном оквиру је смањена декриминализовањем клевете и сведена на само два случаја:

- од 20 до 120 дневних износа или од 40.000 до 200.000 динара (1) и
- од 80 до 240 дневних износа или од 150.000 до 450.000 динара (1).

Одређивање казне само посебним минимумом је после најновије интервенције регистровано у незнатно повећаном броју, тј. у 49 случајева (или 4,91%), при чему је доња граница фиксирана на:

- најмање три године (1),
- најмање пет година (23) и
- најмање десет година (25).

Занимљиво је да се заступљеност полуотворених оквира надоле ни после новелирања није променила, тако да их и даље има укупно 85 (или 8,69%), при чему је висина максимума различита:

- до шест месеци (1),
- до једне године (7),
- до две године (5),
- до три године (69),
- до четири године (1),
- до пет година (1) и
- до осам година (1).

Алтернативно постављених казни сада има незнатно више, укупно 209 (или 20,94%), при чему су и даље у овом односу најчешће новчана казна и казна затвора у полуотвореном оквиру надоле:

- новчана казна или казна затвора до три месеца (3),
- новчана казна или казна затвора до шест месеци (15),
- новчана казна или казна затвора до једне године (72),
- новчана казна или казна затвора до две године (45),
- новчана казна или казна затвора до три године (39) и
- новчана казна или казна затвора до три године и новчана казна (2),

док је много мање присутна комбинација новчане казне у алтернативном односу са казном затвора у затвореном оквиру:

- новчана казна или казна затвора од три месеца до три године (2) и
- новчана казна или казна затвора од шест месеци до пет година (1).

У алтернативном односу је, због правила из општег дела, и казна затвора од тридесет до четрдесет година, и то у следећим варијантама:

- најмање пет година или казна затвора од тридесет до четрдесет година (6),
- најмање десет година или казна затвора од тридесет до четрдесет година (22) и
- најмање 12 година или казна затвора од тридесет до четрдесет година (2),

при чему је последњи варијетет новина из 2012. године, предвиђен за квалификовани облик тероризма (чл. 391. ст. 4) и терористичко удруживање (чл. 393а ст. 1.).

Кумулација новчане казне са казном затвора је сада нешто заступљенија него раније и присутна је у 90 случајева (или 9,02%), најчешће у комбинацији са казном затвора у затвореним оквирима:

- од шест месеци до три године и новчана казна (1),
- од три месеца до три године и новчана казна (16),
- од шест месеци до пет година и новчана казна (28),
- од једне до осам година и новчана казна (13),
- од једне до десет година и новчана казна (6),
- од две до десет година и новчана казна (6),
- од две до дванаест година и новчана казна (6),
- од три до десет година и новчана казна (1) и
- од пет до петнаест година и новчана казна (1),

а ређе са казном затвора у полуотвореним оквирима надоле:

- казна затвора до шест месеци и новчана казна (2),
- казна затвора до две године и новчана казна (2) и
- казна затвора до три године и новчана казна (8).

Требало би поменути да прва могућност са листе – казна затвора од шест месеци до три године и новчана казна – раније није постојала, она је уведена 2012. године за ново кривично дело договарање исхода такмичења (чл. 280б ст. 1.).

Када се све узме у обзир следи да ни најновија интервенција није донела побољшање у смислу скраћивања прешироких оквира, посебно оних у којима разлика између минимума и максимума износи десет или више година, јер су они и даље високо присутни у 246 случајева или 24,65%.

#### **4. Олакшавајуће и отежавајуће околности**

На почетку је поменуто да је наше позитивно право до 2012. године припадало оним системима који садрже отворену листу унапред невређених релевантних околности, када је увођењем једне облигаторне отежавајуће околности, преведено у систем мешовитог карактера. Законски каталог олакшавајућих и отежавајућих околности није претерано бројан, у компаративном праву постоје и много богатији, али је то надомештено чињеницом да су све високог степена апстракције, као и правилом да суд било коју другу чињеницу може уградити у казну, ако је сматра значајном. Иако је тако нешто мало вероватно, јер општост набројаних околности даје довољан капацитет за апсорбовање свега потенцијално релевантног, законодавац се определио за то да овакво генерално овлашћење ипак задржи „у резерви“. Како се законске околности примењују у пракси и какви проблеми се при томе могу појавити представља предмет даљег излагања.

#### 4.1. Степен кривице учиниоца

Драстичан заокрет, начињен напуштањем кривичне одговорности и нормирањем кривице на новим основама, произвео је значајне ефекте и у домену редовног одмеравања.<sup>822</sup> Теоријско полазиште ранијих законских решења биле су (данас превазиђене) психолошке теорије, док је позитивним правом прихваћен мешовити приступ. То значи да је важећим концептом нужно задржан природни психички садржај, сада употпуњен одређеним нормативним примесима.<sup>823</sup> Конкретније, за постојање кривице је неопходно да је учинилац био урачунљив, да је поступао са умишљајем или из нехата, као и да је био свестан да је његово дело забрањено, односно, да је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено (чл. 22. КЗ-а). Приликом одмеравања казне суд мора да води рачуна о томе како су се (у каквом облику односно интензитету) испољиле све три компоненте. Новина је у томе што предмет оцене представља и новоуведени конститутивни елемент – постојећа односно потенцијална свест о противправности. При томе, маневарски простор суда није исти код свих саставних делова кривице, иако стоји да су сви подложни градирању. У погледу урачунљивости и свести о противправности могућности степеновања су мање, због тога што њихово одсуство доводи до искључивања кривице, што одмеравање казне чини беспредметним. Такође, битно смањена урачунљивост и отклоњива правна заблуда су факултативни основи за ублажавање казне, тако да нижи степен кривице у овим случајевима постаје релевантан за редовно одмеравање само уколико суд нађе да ублажавање није оправдано, јер се тако добијеном казном не може остварити сврха кажњавања.

---

<sup>822</sup> Стојановић је упозоравао на проблематичност концепта кривичне одговорности. Схваћена у субјективном смислу, она представља непотребан и сувишан појам, јер се преклапа са појмом кривице. Такво потискивање кривице је потпуно неоправдано, јер се ради о институту који би требало да представља носећи стуб кривичног права. З. Стојановић: *Кривица или кривична одговорност*, Бранич, бр. 3-4, 2004. године, стр. 13. и надаље.

<sup>823</sup> Неопходност увођења нормативног елемента је веома упечатљиво аргументовао Стојановић. Полазећи од чињенице да су умишљај и нехат субјективни елементи бића кривичних дела, он је констатовао да се „њихова садржина једним делом исцрпљује већ у самом неправу, они су као облици кривице донекле ослабљени, испражњени, па је то разлог више да се у кривицу унесе и нормативни елемент, чиме се она појачава и садржински обогаћује“. З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 146.

#### 4.1.1. Процена дејства урачунљивости у процесу редовног одмеравања

Урачунљивост представља први елемент кривице. Иако није законом одређена, њен појам се може извести, по принципу супротности, из дефиниције неурачунљивости (чл. 23. ст. 2.). Тако она означава психичко стање учиниоца *tempore criminis*, које га чини способним да схвати значај свога дела и да управља својим поступцима. Очито је да се ради о комплексном феномену, заснованом на претпостављеном душевном здрављу, као биолошкој основи, која омогућава несметано одвијање психичких процеса расуђивања и одлучивања. У домаћој теорији се готово не разматра утицај ове, да је тако назовемо, потпуне урачунљивости на редовно одмеравање. Из тога се закључује да се она посматра више као предуслов за постојање осталих сегмената кривице, од чијег интензитета испољавања заправо зависи каква ће казна бити изречена. Тако је у процесу редовног одмеравања казне потпуна урачунљивост вредносно неутрална, не остварује ни олакшавајуће ни отежавајуће дејство, јер представља основни или нулти степен урачунљивости.

За разлику од уобичајног схватања, Атанацковић инсистира на уважавању индивидуалности, која нужно води ка разбијању монолитности потпуне урачунљивости. Ова правна категорија није тако хомогена, како се чини на основу претходног става. Реалност упућује на то да различита лица, иако се правно сматрају потпуно урачунљивим, немају подједнаке интелектуалне и вољне способности: *„У том погледу могла би се замислити једна веома шаренолика лествица разноврсних степена могућности расуђивања и одлучивања. На једном крају те лествице налазили би се људи чија је могућност схватања значаја свог дела или управљања својим поступцима веома мала (али ипак није смањена). На другом крају те лествице налазили би се људи чија је могућност схватања значаја свог дела или управљања својим поступцима веома велика. Између тих супротних ситуација постоји читав спектар најразноврснијих прелазних облика“*.<sup>824</sup> Изложено схватање има неколико импликација. Најпре, оно би у процесном смислу

---

<sup>824</sup> Д. Атанацковић: *Критеријуми одмеравања казне* ..., стр. 114. Исти став заступа и Ј. Таховић: *Коментар Кривичног законика*, Београд, 1956. године, стр. 65.

значило да суд има обавезу утврђивања урачунљивости у сваком случају. Претпоставка урачунљивости се логички не уклапа у описано становиште, јер негира и занемарује психичке особености. Такође, сам степен урачунљивости би при избору казне могао да се испољи тројако: неутрално, ако су психичке способности просечне; олакшавајуће, ако су испод просека; и отежавајуће, ако превазилазе и надмашују замишљени просек. Као што се да приметити, да би се потпуна урачунљивост увела у процес одмеравања, неопходно је, као полазну основу, конструисати стандард просечне интелектуалне односно просечне вољне способности. Она би по овом схватању играла улогу вредносно неутралног, тј. ирелевантног за процес одмеравања, док би свако одступање у једном или другом смеру утицало на избор казне.

Једини степен урачунљивости који Законик дефинише јесте степен битно смањене урачунљивости. Она постоји када је способност учиниоца да схвати значај свога дела или способност да управља својим поступцима била битно смањена услед душевне болести, привремене душевне поремећености, заосталог душевног развоја или теже душевне поремећености (чл. 23. ст. 3.). Очигледно је да се ради о категорији која има додирних тачака и са појмом неурачунљивости и са појмом урачунљивости. Веза са појмом неурачунљивости остварује се преко истих биолошких основа, истих патолошких стања и процеса који их изазивају.<sup>825</sup> Надаље, то је и разлог што се за њихово утврђивање користи исти мешовити метод, односно, што се и учиниоцима битно смањене урачунљивости могу изрицати психијатријске мере безбедности. Психолошка компонента, међутим, битно

<sup>825</sup> Може се рећи да је иновирање основа увођењем „теже душевне поремећености“ направило раскол у домаћој теорији. Једни ову допуну сматрају нужном, попут Стојановића и Дракића. При томе се истиче да теже душевне поремећености апсорбују, као генусни појам, различита стања у виду „душевних одступања од норме“. Њихово постојање лице не чини болесним, у правом смислу те речи, али се истовремено не може рећи ни да је оно потпуно душевно здраво, услед поремећаја у сфери нагона или карактера, првенствено психопатија и неуроza, тако да је измена значајнија са аспекта битно смањене урачунљивости. У том смислу З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 123. и Д. Дракић: *Битно смањена урачунљивост*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1, 2009. године, стр. 162. Други сматрају нереалним то што се: „... оне душевне поремећености, које су према ранијем законском решењу, пре свега, имале значај за утврђивање смањене урачунљивости, сада прописују као основ за утврђивање неурачунљивости или битно смањене урачунљивости“. Н. Делић: *Неке дилеме у вези утврђивања неурачунљивости и битно смањене урачунљивости (члан 23. КЗ)*, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, I део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2007. године, стр. 167. и 168. Трећи, не виде разлоге за напуштање ранијих решења, мада посебно не образлажу због чега их сматрају прихватљивијим. Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 119.

смањену урачунљивост значајно приближава урачунљивости. Већ на основу назива института постаје јасно да се ради само о верзији урачунљивости. Суштински аргумент се добија анализом дефиниције у коју су инкорпориране моћи расуђивања и одлучивања, иако је неопходно да је макар једна од њих била битно ометена у тренутку извршења дела. Не сме бити занемарен ни кривичноправни третман института битно смањене урачунљивости. Чињеница да он не искључује кривично дело и кривицу и да води кажњавању учиниоца више него довољно показује да се ради о подврсти урачунљивости.<sup>826</sup> Отуда се може довести у питање и законска систематика по којој се, упркос кључним разликама, неурачунљивост и битно смањена урачунљивост налазе у истом члану.

Укратко, могло би се рећи да душевни поремећаји код битно смањене урачунљивости не искључују интелектуалну и вољну способност, али их битно отежавају, тако да је учиниоцу потребно више менталне снаге да би остварио успех у поменутиим психичким процесима.<sup>827</sup> Његови недостаци немају карактер непремостивих, већ само отежано премостивих, што се преко степена кривице мора рефлектовати на висину изречене казне. Што је душевни поремећај више ометао прилагођавање понашања захтевима правне норме, што је изискивао више напора за схватање дела и за одупирање импулсима који воде ка његовом извршењу, то је и степен кривице нижи, те би казну требало у већој мери умањити.

Детаљније проучавање битно смањене урачунљивости у оквирима домаће кривичноправне теорије, довело је до закључка да описани приступ није једини. Поједини аутори битно смањену урачунљивост посматрају на другачији начин, као трећу, самосталну категорију, смештену између потпуне неурачунљивости и потпуне урачунљивости. Другим речима, они је одређују као делимичну урачунљивост и делимичну неурачунљивост, у зависности од тога из ког је угла

---

<sup>826</sup> Д. Дракић: *op. cit.*, стр. 157. и Н. Делић: *Неке дилеме у вези утврђивања неурачунљивости и битно смањене урачунљивости ...*, стр. 164.

<sup>827</sup> Овакав став је прихваћен у немачкој теорији. Т. Lencker: *Die verminderte Zurechnungsfähigkeit, Handbuch der forensischen Psychiatrie, Band I, Berlin-Heidelberg-New York, 1972.* године, стр. 121, R. Maurach, Н. Zipf: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I, 8. Auflage, Heidelberg, 1972.* године, стр. 504. Наведено према Д. Дракић: *op. cit.*, стр. 157. У нашој старијој теорији иста теза је изложена у Б. Златарић: *Правни статус анормалних делинквената*, ЈРККП, бр. 3, 1964. године, стр. 305.



посматрају.<sup>828</sup> Таква концепција, по којој се учинилац битно смањене урачунљивости истовремено сматра делимично способним и делимично неспособним да схвати значај свога дела или да управља својим поступцима, није исправна и представља *contradictio in adiecto*.

У савременим системима кривичног права је постало уобичајно да се битно смањена урачунљивост третира као један од основа за ублажавање казне.<sup>829</sup> При томе постоје извесне разлике међу законским решењима, јер је ублажавање негде постављено облигаторно, негде факултативно, као што има и различитих решења по питању граница ублажавања. Традиционално, у нашем праву ублажавање је факултативно,<sup>830</sup> а то нужно доноси и питање критеријума, пресудних за доношење одлуке о томе да ли прибећи овом ванредном или редовном облику одмеравања казне. Чини се да су за процену значајна два момента. Прво, значајан је сам степен испољавања битно смањене урачунљивости. Ако су интелектуалне и/или вољне способности компромитоване у толикој мери да она тежи ка неурачунљивости, онда је ублажавање оправданије и обрнуто. Такође, више пута је наглашено да се околности одмеравања у пракси не могу посматрати изоловано, истргнуто из целине, тако се и у овом случају битно смањена урачунљивост мора тумачити у оквирима датог чињеничног склопа. Ако је праћена и другим олакшавајућим околностима има више разлога у прилог ублажавања казне.<sup>831</sup> У супротном, претежније присуство отежавајућих околности може навести суд на утисак да ублажена казна неће бити довољна за постизање сврхе кажњавања. У оваквој констелацији битно смањена урачунљивост ће пре имати улогу олакшавајуће него ублажавајуће околности. Није искључено ни да се укупни степен кривице, упркос

---

<sup>828</sup> Такав став заступа Јовановић: „Између душевног здравља, на којем се базира урачунљивост, и душевне поремећености, која доводи до неурачунљивости, постоје бројна прелазна стања, која доводе до тога да учинилац није ни потпуно урачунљив ни потпуно неурачунљив. То ограничење урачунљивости, које се истовремено појављује као ограничење неурачунљивости и које се по свом интензитету може појавити у различитим степенима назива се смањена урачунљивост“. Љ. Јовановић: *Кривично право ...*, стр. 288. Исто и код Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић: *Кривично право ...*, стр. 185, Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 138. и др.

<sup>829</sup> З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 161, Н. Делић: *Неке дилеме у вези утврђивања неурачунљивости и битно смањене урачунљивости ...*, стр. 165.

<sup>830</sup> У домаћој теорији постоје заступници става да би требало да буде обавезно. Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 124.

<sup>831</sup> Б. Златарић: *Кривични законик у практичној примјени*, Загреб, 1956. године, стр. 37. и Ј. Таховић: *Кривично право ...*, стр. 226.

постојању битно смањене урачунљивости, узме као отежавајућа околност. Судска пракса пружа реалне случајеве у којима битно смањена урачунљивост не доводи до искључења умишљаја.<sup>832</sup> Такође, некада психопатска или неуротична структура, иако су проузроковале битно смањену урачунљивост, могу бити испољене и кроз безобзирност, бездушност или упорност учиниоца, што никако не води олакшавању његовог кривичноправног положаја.

Посебан проблем код процене утицаја битно смањене урачунљивости на степен кривице потиче из неопходности асистенције вештака. Да не би било погрешно схваћено, требало би нагласити да се овде ни у ком случају не негира значај стручне помоћи, већ се критикује извесна замена улога уочена у пракси.<sup>833</sup> Наиме, исправно поступање подразумева да психијатар најпре утврди да ли су код учиниоца у време извршења дела постојала патолошка стања или процеси, а потом да ли су и на који начин утицали на његове психичке функције (последича прихваћеног мешовитог метода). Оваква реконструкција психичког стања учиниоца у време извршења дела треба да послужи суду за правно вредновање тј. за његово евентуално сврставање у категорију битно смањене урачунљивости. Међутим, у стварности се о овој „подели надлежности“ не води довољно рачуна, те се дешава да се вештаци експлицитно изјашњавају о постојању битно смањене урачунљивости. Таква пракса је потпуно погрешна, јер битно смањена урачунљивост није психијатријска дијагноза, него логички суд, настао супсумирањем одређених чињеница из налаза и мишљења вештака под одређену правну норму. Но, то није једина погрешка, јер се по истраживању Лазаревића, дешава да се у налазу и мишљењу дају некакве опште оцене психичког стања, независно од кривичног дела, које суд тешко може да искористи за степеновање урачунљивости, а самим тим и кривице.<sup>834</sup>

Практична искуства говоре да до битно смањене урачунљивости најчешће доводе лакши паралистички или шизофрени дефекти, почетне артериосклеротичне или сенилне појавне форме деменције, лакши облици епилепсије или

---

<sup>832</sup> Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 1765/01 од 21. новембра 2001. године, *Билтен Окружног суда у Београду*, бр. 58, 2002. године, стр. 5.

<sup>833</sup> На ову опасност је указано у Д. Дракић: *op. cit.*, стр. 165.

<sup>834</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 124.

слабоумности, повреде мозга са незнатним психичким последицама, стања пијанства, афекти, неурозе, психопатије и нагонски поремећаји.<sup>835</sup> Посебну пажњу због учесталости привлачи стање алкохолисаности, које игра значајну улогу у генези криминалитета насиља, као и саобраћајне делинквенције.<sup>836</sup> Посматрано са форензичког аспекта, алкохол утиче и на интелектуалне и на вољне процесе, и често генерише агресивно понашање, што га и сврстава у значајне криминогене чиниоце. Резултати неких старијих истраживања упућују на благонаклон став суда према лицима која су дело учинила под дејством алкохола.<sup>837</sup> Ова околност је редовно узимана за олакшавајућу, услед тога што алкохол доводи до попуштања моралних стега и слаби контролу понашања. Изузетак од правила представљају једино саобраћајна дела, код којих је алкохолисаност учиниоца деловала отежавајуће. Неки су чак приметили да се овом околношћу манипулише у циљу смањења кривице, пошто има примера да се она без даљих доказа узима само на основу изјаве оптуженог, што је потпуно недопустиво.<sup>838</sup> Процена дејства алкохола је веома комплексна, зависна од стања психофизичког здравља, структуре личности, фазе алкохолисаности и слично. У том смислу, никакве опште оцене не долазе у обзир, јер је дејство увек индивидуално, може да варира од изазивања потпуне неурачунљивости (рецимо, ако се јаве алкохолманске психозе, абнормално напито стање, хронични алкохолизам), до битно смањене или смањене урачунљивости.<sup>839</sup>

Чест узрок битно смањене урачуљивости представљају и афекти. Како се њихова појава у приличном броју случајева може приписати провоцирајућем понашању пасивног субјекта, следи да се значај афеката, само теоријски може изоловано процењивати. Права слика се у пракси добија тек сагледавањем

---

<sup>835</sup> Д. Дракић: *op. cit.*, стр. 162.

<sup>836</sup> У криминологији постоје многобројне студије о дејству алкохола и алкохолизма на криминалитет. Он представља потенцијални криминогени фактор, при чему се прави разлика између алкохолног криминалитета, где се конзумирање алкохола јавља као узрок недозвољеног понашања и криминалног алкохолизма, где има само допунску, доприносићу улогу. С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић: *Криминологија*, Ниш, 2009. године, стр. 395.

<sup>837</sup> Б. Петрић: *Индивидуализација казне*, Гласник АКВ, бр. 10, 1972. године, стр. 20, Ж. Хорватић: *Избор казне ...*, стр. 168.

<sup>838</sup> Б. Петрић: *loc. cit.*

<sup>839</sup> Б. Крстић: *Судска психијатрија*, Ниш, 1996. године, стр. 139.

јединствене целине околности под којима је дело учињено. Али, ако је утицај афеката признат у кривичном праву код прекорачења нужне одбране услед раздражености или препасти изазване нападом, која представља факултативни основ за ослобођење од казне, као и код појединих дела у виду привилегијуће околности (убиство и тешка телесна повреда на мах), нема разлога да се у домену редовног одмеравања казне не третира као олакшавајућа околност, при чему остаје питање мере олакшавајућег дејства.

За разлику од битно смањене урачунљивости, Законик изричито не помиње и не дефинише тзв. смањену урачунљивост, иако се она издваја и у правној теорији и у судској пракси. Смањена урачунљивост представља даље градирање психичког стања лоцираног између битно смањене урачунљивости, као доње, и потпуне урачунљивости, као горње границе. Поставити разлику између битно смањене урачунљивости и смањене урачунљивости је веома деликатан и тежак задатак, у чијем решавању се суд прилично ослања на мишљење вештака.<sup>840</sup> Неки запажају да се због поменутих проблема у судским одлукама ретко наилази на кривицу степенувану и кроз урачунљивост.<sup>841</sup> Али, ако се утврди постојање смањене урачунљивости онда она добија карактер олакшавајуће околности, у мери у којој су биле компромитоване интелектуална и вољна способност учиниоца у време извршења кривичног дела. Готово да не треба наглашавати да се ово правило не примењује ако је учинилац *tempore criminis* био смањено (или битно смањено) урачунљив у смислу института *actiones liberae in causa*.

На крају, требало би поставити и питање да ли неки правни значај има утврђена душевна поремећеност, која у конкретном случају није остварила негативне ефекте на способност расуђивања и одлучивања. Очигледно је да за процену степена кривице не би дошла у обзир. Али, како се у законском каталогу налазе и околности назване личним приликама, које обухватају и здравствено стање, није искључено да се нађу у процесу одмеравања.<sup>842</sup> Такође, нека од ових стања, а пре свега привремена душевна поремећеност, могу да настану после

<sup>840</sup> Н. Делић: *Битно смањена урачунљивост у контексту кривичне одговорности*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2, 1995. године, стр. 98.

<sup>841</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 217.

<sup>842</sup> Ж. Хорватић: *Избор казне ...*, стр. 129, Б. Златарић: *Кривични законик у практичној примјени ...*, стр. 37.

извршења дела, када би евентуално могла да утичу на одмеравање казне кроз држање учиниоца после учињеног кривичног дела. Слично је и са годинама учиниоца – младост и недовољно животно искуство, као и старост и физиолошки сенијум, могу са собом носити одређене психичке сметње и утицати на урачунљивост,<sup>843</sup> али ако се то не деси, могу се по другом основу, кроз личне прилике или друге околности везане за личност учиниоца кривичног дела, убацити у процес редовног одмеравања.

#### 4.1.2. Процена дејства умишљаја и нехата у процесу редовног одмеравања казне

Излагање о дејству умишљаја и нехата на редовно одмеравање казне нужно мора започети извесним напоменама о њиховом месту у систему кривичног права. Наиме, не сме бити заборављено да они, као конкретне манифестације степена кривице, поред улоге у одмеравању улазе у састав бића кривичног дела и утичу на правну квалификацију. Иако би требало да се подразумева, дешава се да се о томе не води рачуна.<sup>844</sup> Непризнавање двоструке функције представља неосновано поједностављивање и ограничавање улоге умишљаја и нехата, који некада чак обављају основну разграничавајућу функцију, јер служе за селекцију понашања значајних у кривичноправном смислу, од оних која то нису, посебно када то није могуће учинити на нивоу радње кривичног дела. Ако се ствари тако поставе, онда логично следи закључак да суд приликом одмеравања обично не долази у позицију да повећава казну, због тога што је дело учињено са умишљајем, односно обрнуто да смањује казну, пошто је дело учињено из нехата. Такав избор, у огромном броју случајева, не долази у обзир једноставно зато што га законодавац не допушта. Уколико је заузео став да је и нехатно извршење неког дела кажњиво, законодавац

---

<sup>843</sup> П. Јеринић: *Године живота као околност из чл. 38. КЗ-а*, ЈРККП, бр. 3, 1971. године, стр. 477.

<sup>844</sup> У судској пракси се спорадично региструје појава неразликовања двоструке функције: „Погрешно је узета као отежавајућа околност да је кривично дело убиства извршено са директним умишљајем, јер овај квалитет виности чини конститутивни елемент кривичног дела за које је он оглашен кривим, па онда и не може бити овако вреднован ...“. Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1122/2003 од 07. октобра 2003. године, *Судска пракса*, бр. 1, 2004. године, стр. 20.

га је самим тим издвојио као самостални ентитет, прописујући за њега и посебан казни оквир, различит од казног оквира одређеног за умишљајни облик тог дела. Дакле, процена значаја степена кривице у процесу одмеравања казне врши се у оквиру умишљаја, кроз разликовање директног и евентуалног, или у оквиру нехата, кроз разликовање свесног и несвесног. Општа процена да ли се ради о умишљају или о нехату припада другом, претходном сегменту рада суда, у којем се врши правна квалификација дела. Ретки су примери инкриминација у Кривичном законнику, код којих је законодавац јединственим обликом обухватио и умишљајно и нехатно поступање, попут несвесног рада у служби (чл. 361.), где би разликовање ових облика кривице било значајно на плану редовног одмеравања казне.<sup>845</sup> Ова појава је уочена и код тежих облика појединих кривичних дела, као што су прикривање (чл. 221.) или прање новца (чл. 231.), чија радња се може извршити са евентуалним умишљајем или свесним нехатом.

Као што се види, слобода суда да модификује казну према испољеном интензитету кривице и није тако велика као што би се на први поглед могло претпоставити. Она је надаље лимитирана и чињеницом да постоје инкриминације које је могуће остварити само са једном врстом умишљаја. Сва дела код којих је намера прописана као посебни елемент могу бити извршена само са директним умишљајем,<sup>846</sup> док се за нека друга, због њихове природе, захтева искључиво евентуални умишљај.<sup>847</sup> У складу са уводном тезом о томе да умишљај и нехат само апстрактно-теоријски, као и на плану правне квалификације могу стајати у односу више-мање,<sup>848</sup> док се у поступку редовног одмеравања казне тако нешто

---

<sup>845</sup> Иако су у теорији изнета различита схватања о субјективном елементу овог кривичног дела, прихватљивије је тумачити га на описани начин. Исто и код З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 948, Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 1052. и И. Вуковић: *О појму нехата и његовим појавним облицима*, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства средства реаговања, III део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2009. године, стр. 49.

<sup>846</sup> Примера ради овде спадају: крађа (чл. 203.), прање новца (чл. 231.), рачунарска саботажа (чл. 299.), позивање на насилну промену уставног уређења (чл. 309.) и др.

<sup>847</sup> Том опису одговара несавесно пружање лекарске помоћи (чл. 251.). Ако би радња овог дела била предузета са директним умишљајем, више се не би радило о овом, већ о неком другом делу, у зависности од врсте и тежине проузроковане последице.

<sup>848</sup> То потврђује и правило, садржано у Франковој формули, по којем суд у случају када не може да прецизно разлучи да ли је учинилац поступао са евентуалним умишљајем или свесним нехатом мора да поступи *in dubio pro reo*. Другим речима, тада се претпоставља постојање свесног нехата, као блажег облика кривице, чиме се мења квалификација од умишљајног ка нехатном облику, и у домену одмеравања казне иде ка другом распону, постављеном за нехатно дело.

углавном не дешава, даље излагање биће усмерено на истраживање критеријума на основу којих се могу градирати конкретна испољавања умишљаја односно нехата.

Позитивно право Србије познаје директни и евентуални умишљај. Кривично дело је учињено са директним умишљајем када је учинилац био свестан свог дела и хтео његово извршење (чл. 25.), што значи да се ради о облику кривице код којег су у највишем степену изражене и свесна и вољна компонента. Ни једна ни друга нису некакве „монолитне“ категорије и могу се у извесној мери нијансирати. При томе, постоје мишљења да је вољна компонента у већој мери подложнија степеновању од интелектуалне.<sup>849</sup> Са друге стране, поједини аутори истичу да природа интелектуалног елемента не дозвољава градирање, због чега овај облик кривице „постаје крут, статичан, нединамичан и отежава индивидуализацију“, <sup>850</sup> што се не би могло прихватити.

Илустративни пример нијансирања представља тзв. намерни умишљај (*dolus coloratis*). У немачкој кривичноправној теорији он се чак посматра као самосталан облик, поред директног и евентуалног. Његов назив упућује на основну карактеристику, постојање намере, која заправо подразумева појаву додатних момената (посматрано у односу на директни умишљај) – представе о циљу, у интелектуалној сфери, и посебно изражене воље за постизањем циља, у оквиру волунтаристичких процеса. Појава намере, како се из наведеног да закључити, увек „интензивира“ директни умишљај, тако да намерни, с пуним правом, може понети епитет умишљаја првог степена. Готово да не треба наглашавати да намера, кроз законску околност „степен кривице“, бива укалкулисана у казну само уколико није конститутивни елемент кривичног дела. У обрнутој ситуацији, забрана двоструког вредновања искључиће ову субјективну чињеницу из процеса одмеравања. Међутим, пошто за постојање дела, у чији састав улази намера, није потребно да је она заиста и остварена, поставља се питање како третирати случај када је до тога дошло. Поменута објективна реализација свакако мора имати своје место у избору казне и то као отежавајућа околност, иако не долази у обзир њено супсумирање под

---

<sup>849</sup> Ф. Бачић: *Кривично право ...*, стр. 258.

<sup>850</sup> С. Франк: *Кривично право ...*, стр. 89.

одредбу о степену кривице. Са аспекта одмеравања, остваривање намере добија карактер штетне последице проузроковане делом учиниоца.

Иако је константно присутна у домаћим изворима кривичног права и то као конститутивни елемент појединих инкриминација, намера никада није представљала предмет законског дефинисања. Вероватно је то један од разлога изостанка консензуса у домаћој теорији по питању њеног појмовног одређења, али и њеног односа са директним умишљајем. Живановић, као представник наше старије теорије, поставио је основе схватању ове психичке категорије у виду „*мотивисања (определивања) радње представом о последици (општа намера) или о чему другом кривично-правно релевантном (посебна намера)*“.<sup>851</sup> Другим речима, намера постоји када је представа о последици, односно, некој другој чињеници од кривичноправног значаја, подстакла и покренула учиниоца да предузме радњу кривичног дела. При томе је изричито наглашено да намера ствара тежи степен кривице од умишљаја. У новијој теорији ову идејну линију прати више теоретичара. Таховић, на пример, говори о томе да: „*Намера постоји када код учиниоца, поред представе о стварним околностима дела, постоји посебна представа о значају одређене последице кривичног дела за њега или неког другог, што се у ствари појављује као психички покретач његове одлуке за извршење дела. Намера, даље, карактерише се тиме што представа учиниоца о последици не ограничава се само на непосредну последицу дела, већ обухвата и неке даље последице, које управо чине стварну садржину хтења у вези са тим кривичним делом*“.<sup>852</sup> Другу струју чине аутори који намеру доводе у везу са циљем,<sup>853</sup> сматрајући је свесном управљеношћу на остварење циља, чија представа покреће предузимање радње. Циљ и последица очигледно немају исто значење. Циљ је даља промена, коју учинилац настоји да оствари и он се налази изван бића кривичног дела (за разлику од последице). Учиниоца који је мотивисан представом о циљу свестан је последице и жели њено наступање, управо зато што је то нужна карика, нужни претходни стадијум на путу ка остварењу циља. Истовремено, ови аутори

<sup>851</sup> Т. Живановић: *Основи кривичног права ...*, стр. 49.

<sup>852</sup> Ј. Таховић: *Кривично право ...*, стр. 175.

<sup>853</sup> Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић: *Кривично право Југославије ...*, стр. 206, Љ. Јовановић: *Кривично право ...*, стр. 320.



сматрају да циљ није садржан у умишљају, тако да постојање намере квалификује умишљај. Карановић донекле прати поставке ове струје теоретичара, али их другачије тумачи. Његова полазна теза је да ствари треба посматрати из визуре учиниоца кривичног дела. У том смислу, он тврди да намера никада није окренута ка постизању последице, него ка одређеном циљу, тј. задовољавању одређених потреба или прохтева.<sup>854</sup> Иако се по томе подудара са осталима, његово схватање се надаље грана у потпуно супротном смеру, јер он намеру види само у оквиру директног умишљаја, као његов саставни део.<sup>855</sup>

Излагање о градирању умишљаја надаље неминовно води ка предумишљају (*dolus praemeditatus*), посебном облику умишљаја, који познају упоредно право и правна теорија. Код нас је уобичајно схватање да поменути облик кривице постоји када је учинилац „*хладнокрвно и детаљно размишљао о делу пре него што га је учинио*“,<sup>856</sup> или када је донео одлуку да учини дело „*хладно, трезвено, промишљено, после дужег или краћег размишљања и озбиљне и зреле процене свога понашања*“.<sup>857</sup> Интелектуалну компоненту предумишљаја одсликава детаљно разматрање свих обележја кривичног дела, а вољну снажна мотивисаност и постојаност одлуке да се дело оствари. Учиниоци дела са предумишљајем сматрају се опаснијим од осталих, због описане окупираности, мобилисаности и усмерености психичких капацитета ка забрањеном понашању. Савремена теорија прихвата еклектичко, темпорално-психолошко објашњење предумишљаја,<sup>858</sup> увиђајући да промишљање, као и истрајност воље нужно имају своју временску димензију. Да би се овако специфично психичко стање испољило потребно је време, иако нема неког посебног правила о трајању интервала од доношења одлуке

---

<sup>854</sup> М. Карановић: *Намера као елемент кривичног дела*, ЈРККП, бр. 1, 1976. године, стр. 94.

<sup>855</sup> М. Карановић: *op. cit.*, стр. 96.

<sup>856</sup> Љ. Јовановић: *Кривично право ...*, стр. 323.

<sup>857</sup> Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 119.

<sup>858</sup> Схватање је настало комбинацијом психолошког концепта, који инсистира на психичком стању учиниоца (изразита решеност и упорност да се дело оствари) и схватања да је за предумишљај карактеристичан протек времена од доношења одлуке, као првог стадијума кривичног дела, до предузимања радње кривичног дела, као њене реализације. Иначе, предумишљај није потпуно стран нашем праву. Постојао је у решењима Кривичног законика Краљевине Југославије, за која се у овом контексту може рећи да усвајају психолошки приступ, захтевајући такво психичко стање кривца „*које га приказује као мирног и хладнокрвног злочинца, који је пре него што је починио дело детаљно и промишљено одмерио све мотиве за и против извршења дела*“.

до предузимања радње кривичног дела.<sup>859</sup> То укратко значи да је за вредновање предумишљаја битан тоталитет – интензитет психичког бављења делом (или дубина размишљања о делу) и време у којем се испољавао (или дужина размишљања о делу). Веома често, он се у објективном смислу очитује у брижљивом припремању дела, којим се стварају основе за његово успешно извршење.

Интензитет (директног) умишљаја, прецизније његове вољне компоненте, могу да одреде и испољена безобзирност и упорност. Безобзирност одаје потпуну равнодушност према добрима другог. Она може да сведочи о постојању деструктивних нагона и психопатске структуре личности, која сопствене жеље увек ставља испред добара других, жртвујући их без бриге савести, чак и када су много значајнија и вреднија од самог предмета жеље. Психички садржај упорности чини спремност да се дело оствари упркос реалним препрекама и тешкоћама. Ако учинилац улаже већи труд и не жали своје напоре, очито је да постоји већа „загрејаност“ за дело, о чему се посебно води рачуна о судској пракси.<sup>860</sup> Такође, судови сматрају да упорност постоји и када се предузима „прекомерна“ радња, не би ли се осигурало наступање последице,<sup>861</sup> као што се некада о њеном постојању закључује и на основу временског трајања дела.<sup>862</sup>

Са друге стране, изненадни умишљај (*dolus repentinus*) представља опозицију предумишљају. Учиниоца у афективном стању изненада доноси одлуку о извршењу дела и непосредно по донетој одлуци предузима радњу извршења. Подразумева се да је овде реч о физиолошком, а не о патолошком афекту, чије постојање потиже кривицу. Карактеристично дејство афеката, нагли излив емоција, који сужава свест и слаби вољу, доводи до моменталног доношења одлуке и брзе

---

<sup>859</sup> Љ. Јовановић: *Појам и врсте умишљаја*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1976. године, стр. 141.

<sup>860</sup> Један од низа примера је случај када је учинилац кривичног дела силовања био неуобичајно упоран у обијању куће у којој је живела оштећена. Пресуда Окружног суда у Ваљеву Кж. 45/97 од 25. децембра 1995. године, *Судска пракса*, бр. 5, 2002. године, стр. 24.

<sup>861</sup> На пример, када се испали више хитаца у тело убијеног. Пресуда Врховног суда Србије Кж.. 587/2002 од 03. септембра 2002. године, *Судска пракса*, бр. 11-12, 2003. године, стр. 8.

<sup>862</sup> Такав је случај крађе немерене електричне енергије, која се одвијала у периоду од готово шест година. Пресуда Окружног суда у Чачку Кж. 70/2003, од 31. марта 2003. године, *Судска пракса*, бр. 7-8, 2004. године, стр. 12.

физичке реакције усмерене на њену материјализацију.<sup>863</sup> Специфичности умишљаја на мах утичу на то да се он може јавити само код дела која су по својој природи таква да се могу извршити одмах, пошто се мисао о радњи и забрањеној последици претвори у одлуку о извршењу. У принципу, најчешће се ради о „делима контакта“, попут дела из групе против живота и тела (уз напомену да улази у састав бића неких дела), части и угледа, иако ретко долазе у обзир и друга дела (уништење и оштећење туђе ствари и слично). Читаво излагање указује на то да би се у области одмеравања казне могла поставити потпунија градација умишљаја, у односу на ону предвиђену законом, на чијем би се врху нашли умишљај са намером односно предумишљај, на дну умишљај на мах, док би законски облици директног и евентуалног представљали прелазне форме.

Традиционално, у доктрини кривичног права се, поред наведених, разликују и друге врсте умишљаја, тако да се поставља питање њиховог утицаја на одмеравање казне. Значај овог питања потиче и отуда што домаћи теоретичари, у оквиру излагања о степену кривице, попут општег места понављају констатацију да се могу узети у обзир и они облици умишљаја, које наше позитивно право не познаје, али се не упуштају у објашњење шта то конкретно значи. Полазећи од времена настанка, он се дели на претходни (*dolus antecedens*) и накнадни (*dolus subsequens*), док се у зависности од степена свести о обележјима бића кривичног дела (а првенствено о последици) издвајају одређени (*dolus determinatus*) и неодређени (*dolus indeterminatus*), општи (*dolus generalis*) и посебни умишљај (*dolus specialis*).<sup>864</sup> Претходни умишљај се поклапа са општим појмом умишљаја, тако да нема неке додатне ефекте на формирање суда о степену кривице, док је накнадни, као одобравање учињеног дела, специфичан облик испољавања околности, коју је законодавац назвао држањем учиниоца после учињеног кривичног дела. Сама чињеница да се јавио по извршеном делу искључује могућност његовог вредновања кроз степен кривице, јер се она процењује у односу на време извршења дела.

---

<sup>863</sup> Д. Јефтић: *Судска психопатологија*, Београд, 1960. године, стр. 42, Б. Крстић: *op. cit.*, стр. 49. и 50. и др.

<sup>864</sup> Љ. Јовановић: *Појам и врсте умишљаја ...*, стр. 140.

Одређени умишљај постоји када је учинилац, сагледавајући све околности, предвидео онакву забраћену последицу каква је стварно и настала. Код одређеног умишљаја, дакле, постоји подударност између пројектованог и реализованог, што одређени умишљај, подразумева се уз постојање хтења последице, чини директним умишљајем у најчистијем виду. Свесну компоненту неодређеног умишљаја, са друге стране, карактерише оквирно предвиђање последице, те не може бити пуног поклапања између представе и оствареног. Он се јавља у две модификације, као алтернативни и као евентуални. Алтернативни умишљај постоји када је учинилац предвидео више последица у односу међусобне алтернације. Занимљиво је да алтернативни умишљај може представљати специфичну варијанту како директног, тако и евентуалног умишљаја, што је веома значајно за избор казне. Он се мора узети као алтернативни-директни увек када се предузетом радњом остварује последица која је циљ делатности, односно као алтернативни-евентуални умишљај, када се поред циљне последице предвиђа могућност наступања и неке друге на коју се пристаје. Основна претпоставка је, наравно, реално остваривање те друге последице. У домаћој теорији има и мишљења да се неодређени умишљај може појавити као директан, само под условом да је неодређен у погледу небитних обележја стварно проуроковане последице, а посебно ако у погледу „типичне“ последице за то дело постоје сви услови за директни умишљај.<sup>865</sup> Неодређени евентуални умишљај постоји када је учинилац предвидео наступање више последица тако што једну предвиђа као сигурну, а остале као могуће, што се у савременој теорији решава кроз конструкцију дела квалификованог тежом последицом.<sup>866</sup> Очигледно је да неодређени-евентуални умишљај и законски евентуални умишљај нису исте категорије. Разлика је у томе што евентуални умишљај из Кривичног законика подразумева предвиђање само једне последице, учинилац сматра да је могућа само једна и пристаје на њено наступање.

Класификација на општи и посебни умишљај није јединствено прихваћена. Неки сматрају да општи и посебни умишљај представљају варијанте одређеног и

---

<sup>865</sup> Ј. Таховић: *Кривично право ...*, стр. 177.

<sup>866</sup> Љ. Јовановић: *Појам и врсте умишљаја ...*, стр. 146.

неодређеног,<sup>867</sup> док их други проглашавају самосталним.<sup>868</sup> Општи умишљај постоји када учинилац погрешно верује да је предузетом радњом остварио последицу коју је хтео, па предузима другу радњу према истом објекту, али са другим циљем, и тек њоме остварује жељену последицу. Конструкција овог облика умишљаја заснована је на повезаности обе радње, које се појављују као нека врста стадијума у остваривању финалне последице, на основу чега се закључује да је читав тај ток (права радња, прва последица, друга радња и друга последица) обухваћен јединственим умишљајем.<sup>869</sup> Међутим, има и другачијих ставова, по којима се општем умишљају одриче својство посебне врсте, јер у оваквим случајевима заправо постоје два различита степена кривице у стицају (тј. умишљај и нехат).<sup>870</sup> По нашем мишљењу, први став је прихватљивији. Заблуда о каузалном току, када је учинилац реализовао последицу коју је желео, али не на замишљени (претпостављени) начин, отуда постаје ирелевантна у погледу утицаја на степен кривице. Са друге стране, посебни умишљај постоји када је остварена баш она последица коју је учинилац предвидео и хтео, те он не представља ништа друго до директни умишљај. На основу напомена о општем и посебном умишљају јасно следи да они немају неког специфичног утицаја на редовно одмеравање казне.

Евентуални умишљај постоји када је учинилац био свестан да може учинити дело, па је на то пристао (чл. 25.). На основу компарације свесног и вољног елемента директног и евентуалног умишљаја следи закључак да се евентуални јавља као нижи степен кривице, што се мора узети у обзир приликом одмеравања казне као олакшавајућа околност. Мера смањивања казне, ако је дело извршено са евентуалним умишљајем, некада и неће бити тако велика. Разлог лежи у томе што пристајање на наступање последице, некада говори о тоталној равнодушност према повреди или угрожавању заштићеног добра, а такав став не даје за право да се овај случај третира драстично другачије у односу на онај када је кривично дело учињено са директним умишљајем. Штавише, има мишљења да се у ретким животним ситуацијама, кроз евентуални умишљај испољава већи степен

---

<sup>867</sup> Љ. Јовановић: *Појам и врсте умишљаја ...*, стр. 144.

<sup>868</sup> Ј. Таховић: *Кривично право ...*, стр. 176.

<sup>869</sup> Ј. Таховић: *op. cit.*, стр. 178.

<sup>870</sup> Љ. Јовановић: *Појам и врсте умишљаја ...*, стр. 145.

безобзирности и дрскости, него кроз директни, тако да се о њему не може *a priori* говорити као о блажем облику кривице.<sup>871</sup>

Наше кривично право не познаје општу одговорност за нехат, како је Закоником постављено правило да се за нехат кажњава само онда када је то изричито прописано (чл. 22.). Да ли се на основу тога може закључити да ће суд ређе бити у прилици да градира нехат, из једноставног разлога што он не представља редовни облик кривице, тако да и теоријска запажања о критеријумима за његово вредновање нису у тој мери битна као она која се односе на умишљај? Ако се за полазиште у трагању за одговором узме сам законски текст, недвосмислено следи да нехатних дела има неупоредиво мање од умишљајних, негде око педесетак.<sup>872</sup> Чињеница малобројности у позитивном праву, међутим, не представља пресудан показатељ реалних потреба за степеновањем нехата. Сигурно је да се релевантнији увид добија на основу структуре криминалитета, тј. на основу статистичких показатеља о уделу нехатних дела у криминалитету уопште. Ови подаци сведоче о приличној заступљености, тим пре што се поједини учестали облици криминалитета јављају искључиво у нехатном облику, попут саобраћајних деликата.<sup>873</sup> Последње напомене, свакако, говоре у прилог томе да се критеријуми за оцену нехата не смеју назвати питањем „другог реда“. Чињеница да је суд ређе у прилици да их користи, не може бити пресудна за процену њиховог значаја, који проистиче отуда што се и они налазе у функцији проналажења адекватне казне, тј. остваривања прописне сврхе кажњавања.

---

<sup>871</sup> Ф. Бачић: *Кривично право ...*, стр. 258, Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић: *Кривично право Југославије ...*, стр. 205, Љ. Јовановић: *Кривично право...*, стр. 319. и др.

<sup>872</sup> Проучавајући историјске аспекте овог облика кривице, Јовановић је закључио да број нехатних дела све до 30-тих година прошлог века био потпуно занемарљив. По његовом мишљењу, одређене друштвене промене, убрзана електрификација, развој моторног саобраћаја, једном речи, технички напредак уопште, створили су потребу за инкриминисањем све већег броја понашања, која се одликују управо одсуством потребне пажње, због немарности, необазривости, несмотрености или неспретности, уз олако држање да последица неће наступити или да ће моћи бити спречена, односно, у противдужносном непредвиђању иначе предвидљиве последице, у чему је садржан став према делу. Љ. Јовановић: *Нехат као облик виности*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1977. године, стр. 135. и 136.

<sup>873</sup> Статистички подаци говоре да су дела против саобраћаја прилично честа код нас. Тако је у 2009. години 14,8% од укупног броја осуђених пунолетних лица било осуђено за неко дело из ове групе. Слична заступљеност од 13,9% следи и из података за 2010. годину, односно, од 12% за 2011. годину. *Саопштење Републичког завода за статистику*, бр. 203, год. LXII, од 17.7.2012. године, стр. 2.

Полазећи од тековина европско-континенталне правне традиције и домаће право разликује свесни (*luxuria*) и несвесни нехат (*negligentia*). Свесни нехат постоји када је учинилац био свестан да својом радњом може учинити дело, али је олако држао да до тога неће доћи или да ће то моћи спречити, док код несвесног учинилац није био свестан да својом радњом може учинити кривично дело, иако је према околностима под којима је оно учињено и према својим личним својствима био дужан и могао бити свестан те могућности (чл. 26.). У том смислу, задатак суда се у домену редовног одмеравања казне своди на процену две околности – прво, да ли је дело учињено са свесним или несвесним нехатом, и друго, да ли се у утврђеном облику могу приметити извесне нијансе.

У домаћој теорији постоји схватање да свесни нехат, у поређењу са несвесним, *in abstracto* представља тежи облик кривице.<sup>874</sup> Други примећују да правило да учинилац који је поступао са свесним нехатом заслужује већи степен прекора, уопште не треба ставити на ниво апсолутног, јер у изузетним ситуацијама значај може бити обрнут. Наиме, недостатак дужне пажње и небрижљивост учиниоца код несвесног нехата могу бити тако јако испољени, да његово понашање оправдано понесе епитет „невреднијег“.<sup>875</sup> Тако се може десити да учинилац који поступа неразмишљајући буде строже кажњен од учиниоца који је размишљао о свом понашању, додуше, изводећи погрешне закључке. Не треба испустити из вида да је овакво вредновање у потпуном сагласју са новом психолошко-нормативном концепцијом кривице. Логичко развијање премисе да код учиниоца, као и код сваког просечног грађанина, треба да постоји позитиван став према социјалним дужностима, кристалише несвесни нехат као тежи облик занемаривања, тим пре што је учинилац према околностима случаја и личним својствима могао да изгради

---

<sup>874</sup> М. Бабовић: *Нехат у кривичном праву*, докторска дисертација (необјављена), Београд, 1981. године, стр. 205, Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић: *Кривично право Југославије ...*, стр. 377, Љ. Јовановић: *Кривично право ...*, стр. 333. и др.

<sup>875</sup> Из законске одредбе о нехату проистиче да је само за несвесни нехат специфично изостајање дужне пажње. Међутим, оно постоји и код свесног нехата, иако се другачије манифестује. Занемаривање дужне пажње се не отелотворује у сегменту свести о могућности настанка последице, јер таква спознаја постоји код свесног нехата, него у погрешном предвиђању дејства спољашњих чинилаца или сопствених активности. Да је био пажљивији у предвиђању, учиниоцу би било јасно да каузални ток, инициран радњом кривичног дела, не могу зауставити његове активности, односно, неке друге, спољашње околности. Исту тезу о противдужносном поступању заступа и И. Вуковић: *О појму нехата и његовим појавним облицима ...*, стр. 253.

правилан став. Обрнута теоријска позиција, настала прихватањем чисто психолошког концепта, тешко да би у логичком смислу, могла да подржи описану „обрнуту градацију“. Отуда у нашој старијој теорији постоји контрадикторност код појединих аутора, који хвале и заговарају психолошка схватања, и истовремено признају да се несвесни нехат може третирати као тежи облик кривице. Такође, има и мишљења да се свесни и несвесни нехат не могу упоређивати по тежини, како разлика између њих није квантитативне него квалитативне природе, што се види из структуре ових облика кривице.<sup>876</sup>

Надаље, законска дефиниција свесног нехата указује на то да се не ради о јединственој категорији. Иако он увек представља невољно проузроковање последице, постоји разлика у томе што некада учинилац олако сматра да до последице неће доћи, јер ће је он сам спречити, а некада, јер очекује да ће нека друга околност искључити њен настанак. Она је и допринела томе да се у домаћој теорији ове форме свесног нехата именују као самопоуздање и поуздање. У погледу предвиђања последице постоји идентичност између самопоуздања и поуздања, који се разилазе по питању основа веровања да она ипак неће бити остварена. Суштину самопоуздања чини вера учиниоца у сопствене акције, напоре и умешности. Из тога се логично закључује да код њега постоји спремност да се ангажује у циљу избегавања последице, иако је погрешно оценио (прецизније речено, преценио) сопствене моћи. Иако снаге учиниоца нису довољне за прекидање каузалног дејства предузете радње, сама решеност да их мобилише оставља позитивнији утисак, у односу на онај који ствара пасивни учинилац, који наду полаже у спољашње околности. Пасивни нема намеру да сам нешто предузме не би ли спречио последицу, јер очекује да ће неки други фактор пресећи узрочно-последични ток. Такво очекивање се обично базира на присутности фактора у време предузимања радње или на основу назнаке његове појаве. Проблем је у томе што или интензитет његовог дејства није довољан или што није сигурно да ће заиста и наступити. Што је мања вероватноћа да ће спољни фактор спречити последицу, то се ради о тежем облику поуздања, који се све више приближава

---

<sup>876</sup> Такав став је заступљен у немачкој теорији, о чему говори Стојановић, који и сам прихвата ову тезу. З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 154. Исто и у В. Камбовски: *Казнено право ...*, стр. 417.



евентуалном умишљају. Све ово говори у прилог тези да је самопоуздање лакши степен кривице од поуздања, а то се мора нужно рефлектовати на избор казне. Мера дејства самопоуздања односно поуздања на казну, како је показано, зависи од тога колико је олако држао да до последице неће доћи, тј. колико је био нереалан у процени сопствених способности или објективних околности.

Када је несвесни нехат у питању, има мишљења да се за његово градирање веома успешно могу искористити извесна правила, позајмљена из грађанског права. Наиме, невољни деликти нису никакав спецификум кривичног права, они постоје и у другим гранама, па и у грађанском праву, у чијим оквирима је и развијена и подела на груби или тешки (*culpa lata*), обични или лаки (*culpa levis*) и веома лак нехат (*culpa levissima*). Ово „позајмљено“ квантификовање може бити полазна тачка за разликовање несвесног нехата у зависности од мере испољене непажње.<sup>877</sup> Груби нехат постоји када би наступање последице предвидео сваки, иоле пажљив човек; код лаког нехата то би учинио просечно пажљив човек; а код врло лаког нехата само изразито пажљив, нарочито опрезан човек. Није тешко запазити да описана традиционална подела пружа само неку врсту контуре, а не и довољно прецизне границе. Упркос томе, њена примена при одмеравању казне се не доводи у питање.

Као посебан облик нехата домаћи теоретичари издвајају и професионални нехат.<sup>878</sup> Ова форма није изричито нормирана, али би могла бити од значаја за избор казне, и то код кривичних дела учињених у обављању одређених занимања. У том смислу, овај нехат представља недостатак оног степена пажње, који се захтева у обављању неке професије, те је читава концепција базирана на идеји да професионалци, због својих стручних знања и вештина, треба да поступају са повећаним степеном брижљивости у односу на ону која одликује и може се

---

<sup>877</sup> Историјски посматрано, све три врсте нехата су некада постојале у кривичном праву, али су потиснуте доминацијом концепта субјективне одговорности, на којој су изграђене форме, које данас познајемо. Иако је била карактеристична за доба објективне одговорности, стара подела се може користити код несвесног нехата, јер се управо ту додирују и мешају субјективни са објективним елементима. Љ. Јовановић: *Нехат као облик виности ...*, стр. 150.

<sup>878</sup> Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазревић: *Кривично право Југославије ...*, стр. 207, Б. Чејовић: *Кривично право ...*, стр. 259, Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 123, Љ. Лазревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 141, Ј. Ћирић: *Професионални нехат*, зборник Проблеми реинтеграције и реформе југословенског кривичног законодавства, Београд, 1995. године, стр. 158. и др.

очекивати од „обичног“ човека. Тако посматрано професионални нехат заслужује да буде отежавајућа околност код редовног одмеравања казне. Једини проблем, који се овде јавља, јесте чињеница да суд често неће бити у могућности да процени да ли овај облик кривице постоји или не, тако да ће му за то бити неопходна асистенција вештака одговарајуће струке, са свим споредним ефектима – повећањем трошкова кривичног поступка и одвајањем додатног времена потребног за његов рад.<sup>879</sup>

Ако би требало рекапитулирати излагање о степену кривице, онда би закључци били следећи. Суд углавном није у прилици да модификује казну у зависности од тога да ли је дело учињено са умишљајем или из нехата, пошто се о овој разлици води рачуна приликом правне квалификације дела. Дакле, умишљај и нехат имају раздвајајућу функцију, јер се уз њихову помоћ одвајају умишљани од нехатног облика кривичног дела. Основно степеновање кривице се отуда врши у оквиру умишљаја односно у оквиру нехата, а даље у оквиру њихових законом предвиђених облика, и то у зависности од интензитета у којем су испољени интелектуални и волунтаристички елементи. Извесну улогу у процесу редовног одмеравања казне могу имати и облици кривице, који нису изричито предвиђени Закоником, попут намерног умишљаја, предумишљаја, умишљаја на мах или професионалног нехата.

#### 4.1.3. Процена степена свести о противправности у процесу редовног одмеравања

Како је раније поменуто, реконцептуализовање кривице је под њено окриље довело и свест о противправности, као самостални елемент.<sup>880</sup> Тако је сада за постојање кривице неопходно и да је учинилац био свестан или био дужан и могао

<sup>879</sup> Ј. Ћирић: *Професионални нехат ...*, стр. 158.

<sup>880</sup> У кривичноправној теорији не постоји сагласност по питању места противправности у оквиру кривице, тако да се поред схватања да треба да буде самостална, среће и мишљење да она представља саставни део умишљаја (Лазаревић). У оквиру другог приступа даље разликовање се врши према томе да ли се тражи постојање актуелне или потенцијалне свести о противправности. Н. Делић: *Свест о противправности као конститутивни елемент кривице*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2, 2008. године, стр. 173.

бити свестан да је његово дело забрањено (чл. 22. ст. 2.). Језичко тумачење законске одредбе, којом је дефинисана ова компонента кривице, указује на то да се она јавља у две варијанте – као испољена (постојећа или актуелна) односно као претпостављена (могућа или потенцијална) свест о противправности. То значи да је и она сама, по свом саставу, психичко-нормативни феномен, код којег у првом модалитету доминира психички, док је код другог изражен дужносни тј. нормативни аспект.

Питање од кључног значаја за разумевање свести о противправности, јесте питање њене садржине. Шта би то она морала да обухвати да би се донео логички суд о постојању кривице? Највиши степен свести је свакако знање, у овом случају, знање правне норме у којој се налази дата инкриминација. Међутим, инсистирање на „максимуму свести“ ствара потпуно апсурдне консеквенце, и не може се узети за оправдано. Логичким развијањем тезе о неопходности знања правне норме, долази се до закључка да су само правници подобни да буду криви. Штавише, обимност и комплексност савремених правних система дају разлог да се претпостави, да се у кругу потенцијалних криваца чак не би нашли ни сви правници, већ само експерти кривичари. За разлику од осталих грађана, једино су они детаљно упућени у садржину правних норми, којима су прописана кривична дела. Јасно је да би постављање оваквог стандарда довело читаво кривично право у ћорсокак, јер би описани садржај свести о противправности, у крајњем, осујетио остваривање заштитне функције кривичног права. Отуда је у нашој теорији прихваћен став да свест о противправности постоји када је учинилац, на један општи, лаички начин, свестан тога да чини нешто правом забрањено.<sup>881</sup> Ретки су аутори који је посматрају у ужем смислу, као свест о одређености дела у закону,<sup>882</sup> или као свест о томе да се ради нешто што друштво оцењује као недопуштено.<sup>883</sup> Дакле, могло би се констатовати да су подједнако неодговарајући, мада из супротних разлога, и захтев детаљног познавања правне норме и захтев за

---

<sup>881</sup> З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 149, Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 114, Н. Делић: *Свест о противправности као конститутивни елемент кривице ...*, стр. 176. и др.

<sup>882</sup> Љ. Лазаревић: *Критички осврт на нека решења у Кривичном законнику Србије ...*, стр. 37.

<sup>883</sup> Овакав став није примећен у односу на важећа законска правила, већ је раније био изложен у оквиру теоријских разматрања о противправности, тако да се помиње као једна од могућности тумачења уопште. Ф. Бачић: *Кривично право ...*, стр. 290.

присутвом свести о друштвеној штетности датог понашања. Први представља исувише строг стандард, други је преблаг и недовољан за постојање овог сегмента кривице. Свест о противправности је више од свести о друштвеној штетности понашања, јер инкорпорира и поимање да је друштвено добро, које је у конкретном случају нападнуто (повређено или угрожено) заштићено правом, чиме постаје правно добро. Такође, садржај се прецизира и методом елиминације, примењеном у ставу да свест о противправности не мора да садржи и свест о кажњивости,<sup>884</sup> што сматрамо исправним тумачењем законског текста.

Са аспекта редовног одмеравања казне, суд је у обавези да пође од законског градирања овог елемента. Актуелна и потенцијална свест о забрањеност немају исти ранг. Актуелна јасно сведочи о природи става према правном поретку, јер је учинилац упркос томе што му је било познато да је одређено понашање забрањено, ипак одлучио да га предузме. Свест о забрањености, очито, није деловала инхибиторно, а то експлицитно упућује на негативан однос према праву. Теоретски, ово је тежи случај од онога када учинилац није изразито негативно оријентисан, мада није оријентисан ни позитивно, како је занемарио дужност да формира свест о противправности, иако је био у могућности да то учини. У крајњем, на исправност описаног вредновања утиче и чињеница да је законодавац одсуство свести, настало услед недовољне пажње учиниоца, тј. постојање отклоњиве правне заблуде, предвидео као један од факултативних основа за ублажавање казне (чл. 29. ст. 2.), па би се, тим пре, она могла третирати као олакшавајућа околност, полазећи од логичког принципа *argumentum a maiori ad minus*.

Утврђивање потенцијалне свести о забрањености дела, посматрано у контексту правила о редовном одмеравању казне, крије у себи једну опасност, и то концепцијске природе. Наиме, док се дужност процењује на основу правног стандарда просечног човека,<sup>885</sup> лична својства учиниоца чине базу за процену

---

<sup>884</sup> Н. Делић: *Свест о противправности као конститутивни елемент кривице ...*, стр. 176.

<sup>885</sup> Неки су критику новог концепта кривице засновали управо на аргументу да просечан грађанин има свест о забрањености само када су у питању дела „класичног“ криминалитета, тзв. *mala in se*: убиство, телесне повреде, силовање, увреда, крађа и сл. Хипертрофирање инкриминација доводи до тога да просечан грађанин нема формирану свест у односу на све већи број дела, посебно из области банкарства, привреде, безбедности рачунарских података и др, која би се могла подвести под тзв.

могућности. Године живота, степен образовања, прилике у којима живи и сличне околности постају пресудни фактори за доношење суда о томе да ли је учинилац могао имати свест о забрањености. Сада постаје јаснија почетна напомена, јер је евидентно да се ради о олакшавајућим и отежавајућим околностима из члана 54. Кривичног законика. Да ли тиме нарушава правило о забрани двоструког вредновања, пошто се исти чиниоци узимају најпре за процену степена кривице, а потом и самостално? Додуше, стоји да се иста околност не урачунава два пута непосредно у висину казне; она је једном утицала на обликовање кривице, која ће у добијеном степену непосредно остварити утицај на казну. Ова двострука улога обавезује суд да поменуте околности пажљиво разматра, не би ли закључио у којој мери их треба уважити кроз степен кривице, што мора бити образложено. Такође, иако раније о томе није било речи, идентичан проблем искрсава и код несвесног нехата. Општеприхваћен став у домаћој теорији и судској пракси да се за његово постојање тражи кумулативно испуњење објективног и субјективног услова,<sup>886</sup> доводи до истих недоумица. Постојање субјективног услова и овде зависи од личних својстава и прилика. Ако су оне такве да чине способности учиниоца вишим од способности просечног грађанина, нема несвесног нехата, као што га нема ни у обрнутој ситуацији, када су способности учиниоца испод способности просечног грађанина.

Следећи сегмент у раду суда, настаје након разрешења питања да ли се ради о актуелној или потенцијалној свести о забрањености дела. Он се односи на питање да ли је практично изводљиво некакво степеновање у оквиру утврђеног модалитета. Сматрамо да је тако нешто могуће. Сваки „вишак“ у односу на неопходни минимум лаичке свести о забрањености, у том смислу би отежавао положај учиниоца. Обрнуто није могуће, јер би свест мања од лаичке искључила постојање кривице. Вредновање потенцијалне свести, са друге стране, зависило би од правила: што су лични капацитети били већи за стварање праве слике о забрањености, то би учинилац завређивао и већи степен прекора. Став потиче

---

*mala prohibita*. Љ. Лазаревић: *Критички осврт на нека решења у Кривичном законнику Србије ...*, стр. 9.

<sup>886</sup> З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 155.

отуда што он није уложио ни минимум напора, а то га чини мање вредним од учиниоца скромнијих капацитета, који услед тога мора више да се потруди.

#### 4.1.4. Вредновање силе, претње, стварне и правне заблуде

Излагање о степену кривце не би било потпуно без осврта на дејство силе, претње, стварне и правне заблуде. Наше законодавство до доношења Законика из 2005. године није нормирало силу и претњу као опште институте кривичног права, мада су оне биле присутне у посебном делу код једног броја инкриминација преко радње извршења основног облика или у виду квалификаторне околности. Нова решења им приписују различит правни значај. Једним делом он не може имати никакве везе са редовним одмеравањем, како апсолутна сила по законској одредби искључује постојање кривичног дела (чл. 21. ст. 1.), а исто је и са компулзивном силом и претњом, које овакво дејство могу изузетно остварити ако су испуњени законски услови за крајњу нужду или нужну одбрану.<sup>887</sup> Није немогуће ни то да компулзивна сила и претња, ако су примењене у неком екстремном облику или због неке преосетљивости субјекта према којем су усмерене, доведу у питање урачунљивост. Њихова примена ће некада утицати на интензивирање иначе нормалног осећања страха, које се јавља у ситуацијама које перципирамо као опасне, и његовог прерастања у афекат. Познато је да афекти компромитују психичке процесе, како оне интелектуалне тако и вољне,<sup>888</sup> те би овде, ако је регистровано постојање битно смањене урачунљивости, у обзир могло доћи ублажавање казне (чл. 23. ст. 3.). Има аутора који сматрају да је предвиђање компулзивне силе и претње као основа за ублажавање казне прилично дискутабилно, јер оне у највећем броју случајева не искључују умишљај.<sup>889</sup> Лице на које се делује компулзивном силом или претњом зна да се налази под принудом и

---

<sup>887</sup> Н. Делић: *Сила и претња у кривичном праву*, Ново казнено законодавство – дилеме и проблеми у теорији и пракси (уредник Д. Радовановић), Будва, 2006. године, стр. 101, З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 171. У нешто старијој литератури видети Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић: *Кривично право Југославије ...*, стр. 146, Љ. Јовановић: *Кривично право ...*, стр. 345.

<sup>888</sup> М. Костић: *Форензичка психологија*, Београд, 2002. године, стр. 170. и надаље.

<sup>889</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 111.

зна шта се од њега тражи, тако да је интелектуални елемент умишљаја неспоран. Присутна је и вољна компонента, јер компулзивна сила и претња не потиру вољно деловање, само га на одређени начин трасирају. Штавише, није неосновано говорити ни о томе да лице под принудом извршава дело са веома јасним, прецизно дефинисаним циљем да прекине зло које се примењује према њему (непосредна сила) или њему блиском лицу (посредна сила), односно, да предупреди и спречи остваривање најављеног зла (претња). Са друге стране, принуда на нехатно дело представља пре теоријски модел, него реалну ситуацију из судске праксе.<sup>890</sup>

Када се наведено сагледа у контексту редовног одмеравања, јасно је да постоји неколико варијанти деловања кроз степен кривице. Прва настаје ако суд, упркос утврђеној битно смањеној урачунљивости изазваној њиховим дејством, закључи да се ублаженом казном не може постићи сврха кажњавања. То значи да се избор врши у редовном казненом оквиру где би компулзивна сила и претња имале значај олакшавајућих околности. Друга варијанта подразумева да је урачунљивост недирнута, када би суд требало да се позабави дејством на умишљај, као другу компоненту кривице. То у први план ставља испитивање колико је учинилац, делујући под принудом, имао реалних могућности да избегне понашање по њеном „диктату“ и да ли је искористио алтернативе које су му евентуално стајале на располагању. Тако посматрано, умишљај би могао бити искључен само ако није био могућ ефикасан отпор или некакав маневар којим би се акт принуде на други начин могао избећи.<sup>891</sup>

Следећи сегмент се односи на испитивање значаја стварне заблуде. Прво, законско решење недвосмислено упућује на то да се у процесу редовног одмеравања може наћи само отклоњива стварна заблуда, како неотклоњива искључује постојање кривичног дела услед искључења кривице као његовог конститутивног елемента (чл. 28. ст. 1.). Друго, стварна заблуда је увек (без обзира на то у ком се од наведених облика јавља) неспојива са умишљајем, што имплицира процену у оквирима нехата. У том смислу се вредновање одвија на два међусобно повезана колосека; пошто је постојала објективна дужност учиниоца да

---

<sup>890</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 111.

<sup>891</sup> З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 172.

има правилну представу и субјективна могућност да је заиста и формира, мера утицаја на казну зависи од јачине дужности и тежине пропуста учиниоца, и то у обрнутој пропорцији. Што су ови параметри израженији, мања је оправданост умањивања казне и супротно. Све то имплицира да се значај стварне заблуде не простире ни на нехат у целини, већ само на несвесни нехат.

Када је у питању правна заблуда, требало би направити паралелу са ранијим решењима. Пре доношења Кривичног законика из 2005. године, правна заблуда је имала двојако дејство, које се остваривало искључиво у домену кажњавања. Тако се учинилац, који из оправданих разлога није знао да је дело забрањено, могао блаже казнити или ослободити од казне (чл. 17. ОКЗ-а), док је отклоњива правна заблуда служила само као обична олакшавајућа околност. Наша теорија је с правом упозоравала на то да је овакав третман неотклоњиве правне заблуде неприхватљив, јер није у складу са принципом кривице.<sup>892</sup> Нови Законик на трагу тог запажања успешно исправља пропуст, тако да сада неотклоњива правна заблуда искључује постојање кривичног дела (чл. 29. ст. 1.). Она се никако не може наћи у процесу редовног одмеравања, што је некада теоретски било могуће, позивањем на *argumentum a maiori*. Са друге стране, прописано је да се учиниоцу казна може ублажити, ако није знао да је његово дело забрањено, али је био дужан и могао је то да зна (чл. 29. ст. 3.). То значи да се у случају неадекватности ублажене казне, отклоњива заблуда „пребацује“ у процес редовног одмеравања и постаје олакшавајућа околност. Механизам њеног олакшавајућег дејства је такав да умањује степен кривице утицајем на њену трећу компоненту, тј. на свест о противправности. Иако је ова констатација сама по себи логична, чини се да није ни излишно навести је, јер се у делу наше теорије појавило мишљење да отклоњиву правну заблуду требало ценити у вези са умишљајем.<sup>893</sup> Пошто се законодавац, у складу са савременим схватањима, определио за самосталност свести о

---

<sup>892</sup> Видети Д. Атанацковић: *Појам заблуде у кривичном праву*, ЈРККП, бр. 1, 1977. године, стр. 61, П. Новоселец: *Одредба о правној заблуди у Кривичном закону СФРЈ и принцип кривње*, ЈРККП, бр. 1, 1985. године, стр. 74, С. Пихлер: *Правна заблуда и принцип субјективне одговорности*, Гласник АКВ, бр. 7-8, 1988. године, стр. 31. и др.

<sup>893</sup> Ово је последица схватања да свест о противправности не треба издвајати као самосталан елемент. Лазаревић сматра да је она морала бити обухваћена умишљајем, а то би значило да правна заблуда преко њега остварује утицај на степен кривице. Љ. Лазаревић: *Критички осврт ...*, стр. 37. и надаље.



противправности, следи да се домет правне заблуде никако не може растегнути на умишљај или нехат. Тако посматрано, у односу на дело могу постојати (тзв. природни) умишљај или нехат, а да кривице опет нема, под условом да учинилац није могао и није био дужан да зна да његово понашање представља кривично дело, или да степен кривице опада, јер је учинилац могао и био дужан да има правилно формирану свест о забрањености сопственог понашања. Она тангира само нормативну компоненту, а то у овом контексту значи да би судска пракса требало да иде за тиме да утврди степен дужности и степен могућности да се оформи правилна представа о забрањености дела, што се не може учинити без сагледавања личних карактеристика учиниоца, околностима у којима живи. При томе мора поступати обазриво, да ове факторе не би два пута вреновао, једном због потребе утврђивања степена кривице, а други пут самостално.

Отклоњива правна заблуда сигурно неће представљати чест инструмент редовног одмеравања. Кривична дела која спадају у *mala in se* су у толикој мери инкорпорирана у друштвену свест, њихова дуготрајна присутност и релативна стабилност, тј. слаба подложност променама, доводе до тога да ће неко тешко бити у заблуди када су она у питању. Код њих се „правна“ и „друштвена“ забрањеност преклапају.<sup>894</sup> То није случај са *mala prohibita*, која услед тога могу многим остати непозната, али то не значи да не постоји дужност и могућност да и о њима буде формирана правилна представа.

#### 4.2. Побуде из којих је дело учињено

Полазећи од мултифакторског приступа у криминалној етиологији, који настанак дела не приписује једном него читавом сплету био-психо-социјалних фактора, требало би издвојити (побуде) мотиве као један од значајних чинилаца психогенезе. Ако се из чињеничног описа и правне квалификације види шта учињено, утврђивање мотива представља један од кључева за разумевање зашто је

---

<sup>894</sup> З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 166.

учињено. Побуде су у нашем праву, може се рећи класичан, незаобилазни део законског каталога релевантних околности.

#### 4.2.1. Појам и врсте побуда (мотива)

Проучавање литературе о мотиву кривичног дела, укључујући изворе који се узгред баве овом темом и оне ретке само њој посвећене, показало је да се оквирно може издвојити неколико приступа у његовом дефинисању. Наша старија кривичноправна доктрина углавном путем функције објашњава мотив. Тако је по Живановићу мотив представа о произвођењу извесне кривичноправне последице, која доприноси субјективној одлуци да се учини радња кривичног дела.<sup>895</sup> Слично је и схватање Чубинског; полазећи од претпоставке да свака свесна радња има одређени циљ, мотив се може посматрати као тежња ка постављеном циљу.<sup>896</sup> Суботић, најбољи познавалац материје у предратној теорији, дефиницијом обухвата не само функцију, као у претходним примерима, него и процес формирања мотива, те он представља психичку појаву, насталу из надражаја и психичких својстава човека, која као таква производи вољну делатност.<sup>897</sup> И већина аутора у послератној теорији на мање-више сличан начин говори о мотиву. Углавном се истиче да је мотив „унутрашњи психички порив“,<sup>898</sup> „унутрашњи разлог, покретач“,<sup>899</sup> „унутрашња психичка снага“,<sup>900</sup> „прохтев који гони човека“<sup>901</sup> на одређено (у овом контексту криминално) понашање. Насупрот наведеним ауторима, Јовановић сматра да је тачно, али и непотпуно поистоветити мотив са психичким изазивачем људске активности. Тиме се открива само једна његова страна, али се истовремено и пренебрегава чињеница да он, пошто је

---

<sup>895</sup> Т. Живановић: *Основи кривичног права ...*, стр. 50.

<sup>896</sup> М. Чубински: *Научни и практични коментар ...*, стр. 177.

<sup>897</sup> С. Суботић: *Мотив и његов значај у кривичном праву, докторска дисертација*, Београд, 1938. године, стр. 45.

<sup>898</sup> Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић: *Кривично право Југославије ...*, стр. 314.

<sup>899</sup> Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 232.

<sup>900</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 258.

<sup>901</sup> М. Карановић: *Утврђивање виности у кривичном поступку, докторска дисертација*, Београд, 1980. године, стр. 79.

изазвао одређену активност, у даљем току има веома значајну улогу, јер је каналише и утиче на то да човек истраје у њеном вршењу.<sup>902</sup> Другим речима, свођење мотива на функцију покретача човековог делања представља сужавање појма ове психичке категорије, како он и усмерава, одржава и доводи до краја свако човеково поступање. Следећи ову идеју и Ђурић посматра мотив у кривичноправном смислу као „интегрални психички фактор, који ствара и детерминише криминално понашање“.<sup>903</sup> Цитирани аутори заправо прате сазнања савремене психологије, која у мотивима види органско-психолошке чиниоце, који покрећу и регулишу људско понашање ради постизања одређених циљева. Тако сваки мотивациони процес започиње најпре стварањем жеље под утицајем биолошких, психолошких и социјалних чинилаца, да би се потом приступило фази акције, тј. спровођењу активности у циљу реализације и задовољења жеље.<sup>904</sup>

Упркос томе што се може учинити да представља дигресију у излагању, овде ће бити дата и једна наизглед терминолошка напомена. Наиме, Кривични законик, вероватно по инерцији ранијих решења, за означавање ове околности користи назив побуда, док наша теорија уз законски употребљава и термин мотив, као његов синоним.<sup>905</sup> Ако се ове речи посматрају у контексту претходног излагања, постаје јасно да оне уопште нису подударног значења. Са психолошког аспекта, значење побуде је много уже, јер она представља иницијалну капислу мотивационог процеса, који резултира стварањем мотива. Дакле, сама појава побуде још увек не значи да ће се мотив нужно формирати; маса побуда у процесу селекције бива одбачена и никада не доведе до мотива – покретача и регулатора човековог понашања.<sup>906</sup> Наведена законска непрецизност чини се не производи неке негативне практичне последице, и то, парадоксално, управо због теоријске

---

<sup>902</sup> Љ. Јовановић: *Мотиви и одлучивање*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1985. године, стр. 41.

<sup>903</sup> А. Ђурић: *Мотив у кривичном праву, докторска дисертација*, Ниш, 2005. године, стр. 49.

<sup>904</sup> Н. Рот: *Психологија личности*, Београд, 1994. године, стр. 212, С. Хрњица: *Опита психологија са психологијом личности*, Београд, 2003. године, стр. 301. и др.

<sup>905</sup> Лингвисти подржавају овакво поступање и страни израз мотив (нлат. *motivum*) дефинишу домаћим изразом побуда. М. Вујаклија: *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 2004. године, стр. 569.

<sup>906</sup> На ову непрецизност је указао Б. Симоновић: *Криминолошки, кривичноправни, кривичнопроцесни и криминалистички аспекти мотива кривичног дела*, докторска дисертација, Крагујевац, 1991. године, стр. 727.

грешке поистовећивања значења побуде и мотива! На крају, могло би се констатовати да и законодавац и теоретичари заправо мисле исто, али у различитим терминима, као и да би терминологију требало исправити *de lege ferenda*. Из описаних разлога у даљем излагању биће коришћен исправнији термин мотив.

Психологија даје многобројне поделе мотива, а једна од општеприхваћених се заснива на облику потребе (побуде) из које он извире.<sup>907</sup> Неки мотиви су органске природе, настају из физиолошких потреба организма (глад, жеђ, сексуално задовољство и слично). Други се називају ситуационим, јер настају из одређене животне ситуације – мотив страха, када је угрожена личност или њени интереси и мотив борбености, када се појави препека у остваривању неке тежње. Трећи су изведени мотиви. Они проистичу из постигнутог циља; иако је уобичајно да се по остварењу циља мотив гаси, може се десити да он и даље изазива активност и тада постаје изведени. Четврту групу чине стечени мотиви, усвојени под утицајем друштва у процесу социјализације. Неки међу стеченим мотивима праве разлику између социјалних – одражавају однос јединке према друштвеној заједници и другим људима, и личних мотива – усмерених на саму јединку, попут мотива стицања друштвеног статуса, угледа, постизања успеха,<sup>908</sup> мада је оваква подела очигледно релативна.

У кривичноправном смислу сви мотиви су или криминални или некриминални. Док први могу имати поливалентни значај у оквирима кривичног права,<sup>909</sup> други су потпуно ирелевантни. Сви описани мотиви (органски, ситуациони, изведени и стечени) могу бити криминални, али то не значи да ће увек утицати на одмеравање казне. Типичан пример су ситуациони, мада је неспорно да

---

<sup>907</sup> Б. Крстић: *op. cit.*, стр. 76, Љ. Јовановић: *Мотиви и одлучивање ...*, стр. 44, Н. Рот: *op. cit.*, стр. 73, С. Хрњица: *op. cit.*, стр. 310. Слична наведеној је и подела мотива на биолошке и социјалне. М. Аћимовић: *Психологија злочина и суђења*, Београд, 1987. године, стр. 118, З. Ђирић, Б. Димитријевић: *Основи судске психијатрије и психологије*, Ниш, 2009. године, стр. 55. и др. На релативност ових подела указано у Б. Симоновић: *op. cit.*, стр. 311.

<sup>908</sup> Д. Јефтић: *op. cit.*, стр. 30, Б. Крстић: *op. cit.*, стр. 76.

<sup>909</sup> У општем делу Кривичног законика мотив се не среће само у тзв. општим правилима за одмеравање казне. Многи институти су доведени с њим у везу – опозивање условног отпуста (чл. 47. ст. 2.); изрицање новчане казне када није прописана законом или када је прописана алтернативно са казном затвора, а суд је као главну изрекао затвор (чл. 48. ст. 2.); поврат (чл. 55.); опозивање условне осуде због новог кривичног дела (чл. 67. ст. 2.); протеривање странца из земље (чл. 88. ст. 2.). У посебном делу Законика од његовог постојања зависи правна квалификација, тј. постојање дела, разграничење основног од тежих или лакших облика.

су често криминални, они некада настају под утицајем патолошких афеката – привремених душевних поремећаја изазваних навалом емоција које настају и пролазе нагло, најчешће сужавају свест, али и доводе до патолошких промена већине или чак свих психичких функција.<sup>910</sup> То значи да су карактеристични за стање неурачунљивости, када нема ни говора о кажњавању.

Најбитнија карактеристика свих мотива, па и криминалних, јесте њихова подобност за правно-социјално-етичко вредновање, на основу чега се могу посматрати било као негативни било као позитивни. Најчешће се у теорији социјални мотиви сагледавају на овакав начин – позитивни мотиви сведоче о позитивном односу према друштвеним вредностима и другим људима (грегарни, афилијативни, алтруистички, мотив сазнања, и др.), док се негативни манифестују кроз агресивност, себичност, саможивост, непријатељство и нетолеранцију. Ђурић сматра да постоји и трећа категорија вредносно неутралних, нека врста границе између негативних и позитивних мотива, а за пример узима милосрђе или самилост,<sup>911</sup> што се не би могло прихватити. На крају, готово да не треба наглашавати да позитивни мотиви играју улогу олакшавајуће, а негативни отежавајуће околности.

#### 4.2.2. Проблем тзв. „кривичних дела без мотива“

Веома интересантно питање, које је поделило теоретичаре, јесте питање да ли постоје кривична дела без мотива. Једна, додуше малобројна, струја заступа став да је то могуће, а њени представници као типичне и илустративне примере наводе малолетнички криминалитет (Беличева), хулиганске деликте (Жижиленко), или аутоматизовано понашање из навике или традиционализма (Mezger).<sup>912</sup> Већина ипак сматра, полазећи од сазнања савремене дубинске психологије, да нема немотивисаног понашања, а како у основном мотивационом механизму између неделинквентног и делинквентног понашања нема неке разлике, нема ни

<sup>910</sup> Д. Јевтић: *op. cit.*, стр. 37, Б. Крстић: *op. cit.*, стр. 53. и др.

<sup>911</sup> А. Ђурић: *op. cit.*, стр. 61.

<sup>912</sup> Б. Симоновић: *op. cit.*, стр. 258.

немотивисаног кривичног дела.<sup>913</sup> Немотивисаност је заправо заблуда, потекла из два разлога. Први настаје отуда што посматрачи (са стране) у неким поступцима једноставно не виде мотив, те им дело изгледа потпуно необјашњиво, некада чак и бизарно или апсурдно, а други због тога што су у пракси забележени случајеви да учинилац, чак и када је вештачењем утврђено да је урачунљив, није у стању да објасни своје понашање. Овакав раскорак делује збуњујуће, јер је учинилац истовремено потпуно свестан „шта хоће“ да постигне радњом кривичног дела, и у потпуности или делимично несвестан „зашто баш то хоће“. У психологији је познато да се у описаној ситуацији не ради о изостанку мотива, већ о постојању несвесног мотива. При томе, хетерогени разлози спречавају или ометају „освешћавање“ мотива, тј. његов продор у поље свести и интелектуалну обраду. Често несагласност потребе и усвојених моралних начела доводи до потискивања мотива, на шта је указао још Фројд, описујући криминалца из осећаја кривице, којег руководи несвесна потреба за казном, мада то могу бити тзв. снап или борба мотива или неки други фактори.<sup>914</sup>

Сви несвесни мотиви нису исти, те их Симоновић дели у три групе. Један облик се јавља када учинилац уопште није у стању да објасни због чега је учинио кривично дело. Други постоји када учинилац погрешно тумачи своје мотиве – мисли да је дело учинио из једног мотива, а у ствари га је учинио из неког другог, што је у психологији познато као рационализација мотива, карактеристична за примарне учиниоце. Трећи облик представљају неадекватни мотиви, тј. мотиви у евидентном несагласју са тежином учињеног кривичног дела, који настају код учинилаца са психопатском структуром личности посебно када су дуже времена изложени фрустрацији.

Проблеми у објашњењу мотива имају карактер индиције неурачунљивости учиниоца и они указују на потребу психијартијског вештачења. Међутим, енигма несвесних мотива излази на видело управо у резултатима вештачења. Пракса

---

<sup>913</sup> У нашој теорији поред Б. Симоновића и М. Аћимовић: *op. cit.*, стр. 386, М. Милутиновић: *Криминологија*, Београд, 1985. године, стр. 399, С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић: *op. cit.*, стр. 427.

<sup>914</sup> Б. Симоновић: *op. cit.*, стр. 261.

показује да они не искључују увек урачунљивост и кривицу,<sup>915</sup> што отвара проблем њихове евалуације у процесу одмеравања казне. Комплексност проблема проистиче отуда што треба одговорити на два питања – претходно, да ли уопште узимати несвесни мотив при одмеравању, и накнадно, ако је на то дат позитиван одговор, какав је смер утицаја несвесних мотива на казну. Једна могућност је да се пође од претпоставке да се за несвесно не може одговорати, јер би у супротном кажњавали учиниоца због карактера и особина личности, а не због самог дела. Другим речима, несвесно је апсолутно неподесно за било какво етичко процењивање. Симоновић, као једини аутор који се код нас бавио овом темом, има другачији став. Он полази од премисе да сваки човек има у себи деструктивне тенденције, које различити људи различито каналишу: *„Код неких учинилаца свест је о социјалним вредностима висока тако да је борба између свесног дела личности и несвесних антисоцијалних тенденција жестока и дуготрајна ... насупрот овима, други ће одмах прихватити антисоцијалне и агресивне пориве, без икакве унутрашње борбе ... вредновање односа свесног дела личности према деструктивним, несвесним тенденцијама може да буде од значаја код одмеравања казне, пре свега као олакшавајућа околност“.*<sup>916</sup> Домаћа судска пракса не барата термином несвесног мотива, пошто дела у којима се он појављује назива делима без мотива, делима учињеним из обести или бахатости, делима без повода и слично, али зато редовно њихове учиниоце строже кажњава.<sup>917</sup> Изгледа да се иза таквог поступања крије заправо став о повезаности „дела без мотива“ и опште моралне оријентације учиниоца. Наиме, свака активност у којој се не види мотив или мотив изгледа потпуно баналано када се доведе у конекцију са проузрокованом последицом, сведочи о учиниоцу коме није много стало до прихваћених друштвених вредности, јер је исте подредио својим агресивним импулсима, иако сам тога не мора да буде свестан. При томе се овде не мисли на моралну

---

<sup>915</sup> Колекција примера из судске праксе у којима се и поред постојања несвесних мотива радило о потпуно урачунљивим лицима сакупљена у Б. Симоновић: *op. cit.*, стр. 281. и надаље.

<sup>916</sup> Б. Симоновић: *op. cit.*, стр. 281.

<sup>917</sup> Овакве резултате је дало истраживање И. Симић: *Утицај мотива на одмеравање казне код кривичних дела убиства*, Правни живот, бр. 1, 1981. године, стр. 87, као и једно старије истраживање Р. Млађеновић-Купчевић: *Мотиви убиства у Босни и Херцеговини*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1971. године, стр. 107. и надаље.

деградацију у виду *moral insanity*,<sup>918</sup> већ на појаву код здравих (урачунљивих) лица, насталу ако су се развијала у неповољним моралним и другим друштвеним условима. Њих обично одликује отуђеност од других, што се даље манифестује дисбалансом у вредносним ставовима према сопственим и туђим добрима, по коме се ова прва, макар била и незнатна, увек више цене од ових других, чак и када су елементарна, попут живота или телесног интегритета. Што је уочљивији такав дисбаланс, то би реакција морала бити строжа.

Иако се појава обично везује за крвне деликте, она је регистрована и код саобраћајних кривичних дела. Бахато и наизглед немотивисано понашање у возњи говори о томе да се управљање аутомобилом код недовољно морално изграђених особа доживљава као еманација сопствене моћи и знак вишег друштвеног статуса, уз истовремено занемаривање, потцењивање и ниподаштавање других учесника у саобраћају.<sup>919</sup> Тиме су наведена домаћа истраживања саобраћајног криминалитета заиста и потврдила тезу о испољавању наличја карактера за воланом.

#### 4.2.3. Садржина најчешћих мотива у позитивном праву и судској пракси

У претходном излагању је наглашено да мотиви имају одређену улогу код већег броја кривичноправних института, те се због концизности излагања на то нећемо враћати. Фокус даље расправе биће усмерен на мотив као конститутивни елемент дела и као околност код редовног одмеравања казне. Опис бића кривичног дела ретко експлицитно садржи неки од мотива. Готово без изузетка, они су у појам кривичног дела уведени или као квалификаторне или као привилегујуће околности, а малобројност дела која их изричито садрже допушта да буду побројана:

- тешко убиство (користољубље, прикривање или извршење дела другог дела, безобзирна освета и друге ниске побуде, чл. 114. ст. 5.);

<sup>918</sup> Д. Јевтић: *op. cit.*, стр. 425.

<sup>919</sup> Коришћени су резултати истраживања „Увиђај код саобраћајних незгода на јавним путевима“ укратко приказани у чланку В. Пешић: *Морал и преступништво*, ЈРККП, бр. 2, 1973. године, стр. 229.



- лишење живота из самилости (самилост, чл. 117.);
- ванбрачна заједница са малолетником (користољубље, чл. 190. ст. 3.);
- одузимање малолетног лица (користољубље или друге ниске побуде, чл. 191. ст. 3.);
- запуштање и злостављање малолетног лица (користољубље, чл. 193. ст. 2.);
- одавање пословне тајне (користољубље, чл. 240. ст. 2.);
- одавање службене тајне (користољубље, чл. 369. ст. 2.) и
- противправно убијање и рањавање непријатеља (користољубље, чл. 378.).

Кратак приказ открива очекивану доминацију негативних мотива, од којих је по учесталости на првом месту користољубље. Са аспекта одмеравања казне битно је поменути да код оваквих дела мотив који представља њихово обележје не фигурише као релевантна околност, јер се његова улога углавном исцрпљује у фази правне квалификације. Начин на који је формулисана забрана двоструког вредновања указује да мотив из бића кривичног дела само изузетно може утицати на избор казне. За то је потребно испуњење једног од два услова: да прелази меру потребну за постојање кривичног дела или одређеног облика кривичног дела, или да поред мотива постоји још нека околност, при чему је само једна довољна за постојање тежег односно лакшег облика кривичног дела. Практичну примену може имати само други случај. Није нереално замислити, на пример, тешко убиство код којег се стичу мотив користољубља и подмукао начин извршења. Тада се мотив-вишак, непотребан за извршење правне квалификације, премешта у избор казне и то као отежавајућа околност. Насупрот потенцијалној кумулацији квалификаторних околности, кумулација привилегујућих, где би се „претекли“ часни мотив рачунао као олакшавајућа околност, не постоји.

У теорији кривичног права нема сагласности по питању одређивања садржине појединих криминалних мотива. При томе је веома занимљиво што се највеће разликање у дефинисању среће управо код тако често присутног користољубља. Могло би се претпоставити да његова учесталост и кривичноправни значај воде, ако не ка консензусу, онда макар ка мањем шаренилу схватања о томе шта се под њиме подразумева, али то није тако. Сам Законик не даје појам користољубља, иако би се могло очекивати, тим пре што га користи и у

општем делу, као критеријум за изрицање новчане казне када није прописана. Да таква одредба постоји, њоме би било „покривено“ изрицање новчане казне као споредне, као што би се олакшало одмеравање казне у начелу и допринело уједначавању судске праксе.

Етимолошки посматрано, у корену термина користољубље налази се реч корист, што значи да се одређивање користи појављује као нека врста претходног питања при сваком покушају дефинисања користољубља. Најпре, да видимо колико нам законски текст може помоћи у овако постављеном проблему. Непосредно никако, јер не садржи дефиницију користи. Посредна помоћ постоји, како се у тексту срећу термини корист и имовинска корист.<sup>920</sup> Чињеница да је код неких кривичних дела законодавац користи јасно додао придев „имовинска“, сведочи о интенцији да се она издвоји од осталих типова користи. Тиме смо дошли до почетног закључка да корист може бити двоструке природе, иако у принципу означава сваки повољнији положај или стање једног лица. Истраживање тумачења појма користи у нашој савременој теорији када она није спецификована указало је да постоји сагласност око тога да обухвата и материјална и нематеријална погодновања.<sup>921</sup> Док се нематеријална корист само помиње, материјална се и дефинише као свако увећање имовине или спречавање умањења до којег би иначе дошло.

Међутим, питање којим се теоретичари ретко баве јесте питање шта се сматра пресудним за оцену постојања користи – субјективни став учиниоца да нешто представља корист, објективно постојање користи или њихова комбинација. Субјективна процена би, свакако, водила ка неодређености и произвољности, објективна је несумњиво реалнија, пошто се као корист за учиниоца узима оно што је корист за свакога. Радовановић, једини аутор који се бавио овим питањем фаворизује мешовити метод, при чему се некад треба приклонити објективном, а

---

<sup>920</sup> Фреквентна употреба ових термина чини излишним набрајање свих дела у којима се јављају, али се за примере имовинске користи могу узети: отмица (чл. 134.), крађа (чл. 203.) и већина других дела против имовине, рачунарска превара (чл. 301.), превара у служби (чл. 363.) и слично, док формулације „корист“ односно „каква корист“ или „нека друга корист“ фигуришу у делима: давање и примање мита у вези са гласањем (чл. 156.), злоупотреба службеног положаја (чл. 359.), противзаконито посредовање (чл. 366.), примање мита (чл. 367.), давање мита (чл. 368.) и др.

<sup>921</sup> З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 487, 943, 961. и др, Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 1045, 1070. и др.

некада субјективном приступу, у зависности од природе кривичног дела.<sup>922</sup> Тако материјалној користи више пристаје објективно, а нематеријалној субјективно процењивање.

Сматрамо да је компонента користољубља само материјална корист, јер би увођење нематеријалне довело до недовољног разликовања овог од неких других мотива. Али, да би се разумело користољубље, поред разјашњења шта је то корист, неопходно је утврдити и природу психичког односа учиниоца према њој. Напомене ради, и ово питање се углавном не разматра детаљно и самостално, већ је углавном расправљано у оквиру излагања о тешком убиству и имовинским кривичним делима. Једна струја поменути мотив објашњава као намеру стицања имовинске користи.<sup>923</sup> Међутим, намерно поступање је поступање са представом о циљу, дакле, о неком спољном, објективном феномену, који постоји изван личности и само се одражава у свести човека. На основу тога се да закључити да исто дело које се чини у намери прибављања имовинске користи, може бити различито мотивисано. Узмимо за пример крађу, она ће некада бити мотивисана потребом за храном или лечењем, док се у другом случају може настати да би се дошло до новца за коцкање или уживање у алкохолу. Различита етичка тежина мотива, доводи до тога да би се само први могао узети као олакшавајућа околност. И законодавац јасно разликује мотив и намеру, а да је то тако сведочи и чињеница да се код убиства јасно говори о користољубљу, а код имовинских дела о намери прибављања имовинске користи.

Неки аутори сматрају да користољубље одређује „*намера богаћења*“, а не намера прибављања имовинске користи.<sup>924</sup> Богаћење даје другачију ноту мотиву, како више асоцира на трајнију оријентацију и истовремено искључује све оне ситуације социјалне нужде, када се делом прибављају средства за основне егзистенцијалне потребе. Другим речима, користољубље је жудња за задовољењем човекове похлепе. На хиперболисаност тежње ка материјалним добрима указује и

---

<sup>922</sup> М. Радовановић: *Нека питања о појму користи у кривичном праву*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3, 1956. године, стр. 340.

<sup>923</sup> У старијој теорији Т. Живановић: *Основи кривичног права, Посебни део, књига друга*, Београд, 1938. године, стр. 20, Ј. Таховић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 266, а у новијој З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 397, Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 441.

<sup>924</sup> Ј. Таховић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 441.

Франк, говорећи да користољубље постоји: „*Кад се жеља за стицањем добара јавља у необичној, нездравој, неморалној мери ..., као стремљење за властитом коришћу која не уважује у довољној мери интересе других, па се услед тога налази у опреци са заповједима морала*“.<sup>925</sup> Пожуда за прекомерним и непотребним стицањем је у основи одређења које даје Јовашевић,<sup>926</sup> док Златарић додаје квалификативе безобзирности и егоистичности, што значи да учинилац у циљу задовољења мотива не преза ни од чега, јер је решен да корист постигне по сваку цену.<sup>927</sup> Истом правцу припада и Симићева, јер сматра да се ради о безразложној тежњи за стицањем имовинске користи, која не почива на некој оправданој потреби, већ се поистовећује са намером богаћења.<sup>928</sup>

У нашој старијој теорији пласирана је теза о користољубљу као карактерној црти личности. Суботић истиче да је то „*психолошко стање које стално и по својој природи интензивно надражује кривца на противправно искоришћавање туђег иметка ..., када кривац већ из навике осећа задовољство, уживање у противправном присвајању туђег иметка*“.<sup>929</sup> Исту идеју прати и Атанацковић. По његовом схватању користољубље је трајна карактеристика личности и она не настаје, него се само испољава код извршења одређеног дела.<sup>930</sup> Због тога мотив користољубља одликује тежња ка личној користи, за разлику од намере коју у закону обично прати алтернатива „себи или другоме“. Овај аутор сматра да његов став поткрепљује и законска могућност остављена суду да изрекне као споредну новчану казну поред казне затвора и онда када није изричито прописана, под условом да је учинилац користољубив. Законодавац очито жели да коригује користољубиве тенденције, тако да могућност изрицања новчане казне има за циљ потирање и гушење задовољства насталог услед присвајања. Атанацковић наводи и да је то уобичајно схватање и у страниој теорији.<sup>931</sup>

---

<sup>925</sup> С. Франк: *Казнено право ...*, стр. 216.

<sup>926</sup> Д. Јовашевић: *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2010. године, стр. 23.

<sup>927</sup> Б. Златарић: *Кривични законик у практичној примјени ...*, стр. 80.

<sup>928</sup> З. Симић: *Одређивање користољубља у кривичном праву*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 4, 1968. године, стр. 451.

<sup>929</sup> С. Суботић: *op. cit.*, стр. 236.

<sup>930</sup> Д. Атанацковић: *Да ли је дело учињено из користољубља ако је њиме прибављена корист за другог*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3-4, 1966. године, стр. 507.

<sup>931</sup> При томе он наводи само примере из немачке теорије. Д. Атанацковић: *op. cit.*, стр. 506.

Најширу, еклектичку дефиницију проналазимо код Ђурића, који користољубље сматра стеченом карактерном цртом личности и безразложном егоистичком тежњом за стицањем, како имовинске тако и неимовинске користи.<sup>932</sup>

Постоје и аутори који упозоравају да се у домаћој теорији праве две грешке у вези са одређивањем појма користољубља. Прва потиче отуда што се мотив користољубља меша са користољубивошћу као трајнијом особином личности, а друга настаје јер се користољубље сматра јединственим мотивом, иако се се ради о комплексу, заједничком називу за групу сродних мотива.<sup>933</sup> У том смислу, Симоновић говори о чистим користољубивим мотивима, кроз које се испољава скупљачки карактер, жеља за поседовањем материјалних добара и материјалним богатством.<sup>934</sup> За разлику од чистог користољубља, које се ређе среће, учесталији су мешовити мотиви у које спадају: хедонистички мотив (прибављање у функцији уживања, провода и сл.), мотив повећања животног стандарда (обухвата и обезбеђење елементарних животних потреба), мотив наношења материјалне и нематеријалне штете другоме (на пример, крађа драге успомене), племенити мотив (прибављање лека ради помоћи другоме).<sup>935</sup>

Наведено излагање упућује на неколико закључака о којима треба водити рачуна при одмеравању казне. Прво, потребно је разлучити да ли се ради о једној трајнијој тежњи ка туђим добрима или о појединачном случају. Не могу имати исти третман једнократно стицање имовинске користи од дела у виду заната или занимања код којих се евидентно испољава мотив користољубља и јасно изражава негативан однос према легалном стицању материјалних средстава. Ово треба применити и када се кривичним делом стичу средства за задовољење животних потреба, ако из околности случаја проистиче постојање паразитизма, или како каже Суботић „*одсуство жеље за уредним животом од рада и одвратност према раду*“.<sup>936</sup> Такође, не треба поистовећивати намеру и мотив. То значи да се у свим случајевима присвајања имовинске користи не може аутоматски извући закључак о постојању користољубља. Некада се у пракси на основу намере одмах

---

<sup>932</sup> А. Ђурић: *op. cit.*, стр. 295.

<sup>933</sup> Б. Симоновић: *op. cit.*, стр. 549.

<sup>934</sup> Б. Симоновић: *op. cit.*, стр. 556.

<sup>935</sup> Б. Симоновић: *op. cit.*, стр. 55.

<sup>936</sup> С. Суботић: *op. cit.*, стр. 236.

претпоставља користољубље, али то није исправно. Други проблем, потекао од поистовећивања намере и мотива, јесте и тај што се сматра да користољубље постоји и када се присваја за другог, што не мора да одговара истини, јер се иза таквог присвајања може крити мотив помоћи другоме. Сваки конкретни случај треба посебно процењивати и то у склопу осталих околности, имовног стања, висине прихода, обавезе издржавања других и слично. На крају, на вредновање би могла утицати и сазнања форензичке психологије из домена мотивационе анализе, која откривају да учиниоци из користољубља не осећају кривицу, као и да је њихова пенолошка прогноза осредња, а ако се ради о рецидивистима веома неповољна.<sup>937</sup>

Поред користољубља, законодавац изричито помиње и освету. Овде се ради о унутрашњем пориву лица да зло, које му је учинила жртва или њој блиско лице, врати злом.<sup>938</sup> При томе, мотив може постојати подједнако у случају када је учиниоцу реално нането зло, али и када он само тако сматра. Основни параметри за оцену овог мотива су: степен несразмере између зла-повода и зла-одговора, при чему је важан дисбаланс у вредности добара, али и начин извршења освете (ако се бира суровији или такав начин да у већој мери излаже понижењу), временски интервал између тих дешавања, посебна упорност у извршењу освете, да ли се врши према лицу које је реално нанело зло, за које погрешно сматра да му је нанело зло, или према неком другом ко са тим догађајем нема никакве везе, да ли је то што учинилац сматра злом законит или незаконит поступак и слично. Од тога како су и у ком интензитету испољена поменута мерила зависи процена да ли се ради о „обичној“ освети или безобзирној освети. Истовремено, неки од њих доприносе издавајању освете и крвне освете, мада се ови мотиви разликују и по томе што је први условљен првенствено психичким карактеристикама учиниоца, док други детерминише друштвена средина са примитивним традиционалним наслеђем. Укратко, за вредновање освете је битно да ли се она може некако људски разумети или не, иако се свакако не оправдава њена примена. Она спада у негативне мотиве и има значај отежавајуће околности, тако да се поменуто

---

<sup>937</sup> Г. З. Голубовић, А. Лакић, Б. Илић: *Основи форензичке психологије и психопатологије*, Бор, 2002. године, стр. 52.

<sup>938</sup> Б. Симоновић: *op. cit.*, стр. 528.

вредновање односи на утврђивање мере отежавајућег дејства. Симоновић сматра да овакав закључак важи за већину случајева, али и наводи изузетне примере када освета није са моралног становишта ниска и могла би се узети за олакшавајућу околност. Такав је случај човека који је из освете убио зета, јер је годинама мучио његову кћер на најсуровије начине, услед чега је преминула, или случај убиства ратног злочинца, који је ликвидирао многе људе и годинама се успешно крио од правде.<sup>939</sup> За одмеравање може бити од значаја и то што се у оквиру форензичке анализе криминалне мотивације, сматра да мотив освете у највећем броју случајева не прате кајање и грижа савести, мада се тај закључак не сме генерализовати.<sup>940</sup> То значи да кајање и грижа савести морају бити предмет самосталног испитивања и да се њихово постојање или не постојање не смеју претпостављати.

Ниске побуде представљају генерички назив за различите мотиве, који се са етичког становишта не оцењују само како негативни, него као изразито негативни. У новијој теорији се о њима говори код тешког убиства, и то на један шаблонски начин. Већина аутора покушава да их одреди, полазећи буквално од законског текста, као све остале ниске побуде сем користољубља и освете (чл. 114. ст. 5.). А како у логичком смислу овакве елиминаторне или негативне дефиниције немају неку спознајну вредност, пошто говоре о томе шта неки појам није, а не шта јесте, обично се комбинују са енумерацијом примера, тако да се кроз конкретизацију настоји приближити појам ниских побуда. Раније је било покушаја да се и другачије објасне, тако да је Суботић пресудним сматрао критеријум интереса, те су ниске побуде присутне увек у понашању у којем се ради етички ниско стојећих, малих егоистичних интереса на коцку стављају значајни и алтруистички.<sup>941</sup> Ако се вратимо набрајању ниских мотива, можемо приметити да нема потпуне сагласности међу домаћим ауторима. Симићева оцењује да су користољубље, крајњи егоизам и национална мржња сами по себи ниски, док би за друге требало испитати да ли су оправдани или неоправдани.<sup>942</sup> Лазаревић и Симоновић сматрају

---

<sup>939</sup> Б. Симоновић: *op. cit.*, стр. 532.

<sup>940</sup> М. Костић: *op. cit.*, стр. 53.

<sup>941</sup> С. Суботић: *op. cit.*, стр. 201.

<sup>942</sup> З. Симић: *Појам ниских побуда*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, 1967. године, стр. 93.

да је љубомора увек ниска побуда,<sup>943</sup> Стојановић се залаже за процену њеног значаја од случаја до случаја.<sup>944</sup> По нашем мишљењу љубомора има негативан предзнак, јер се у њеној суштини налази тежња ка инструментализовању других људи, тежња за присвајањем, поседовањем и контролом другог људског бића. Колико је негативна зависи од тога да ли је жртва својим понашањем давала повода за њен настанак или не. У домаћој судској пракси, међутим, има и примера да је љубомора сматрана и олакшавајућом околношћу, јер се окривљени под дејством љубоморе налазио у стању афекта у физиолошким границама.<sup>945</sup> Поред љубоморе, у ову групу би се могли сврстати и пакост (тежња да се другоме нанесе каква штета ради уживања у његовом болу), мржња и нетрпељивост (посебно када се у њима огледају неприхватљиви дискриминаторски ставови према припадницима одређене расе, националности, религије, пола, сексуалног опредељења, политичких ставова и слично, због чега се често нормирају као самостална отежавајућа околност), завист и слично.

#### 4.2.4. Општа запажања о третману мотива у нашој судској пракси

Мотив је, када се упореди са осталим околностима из законског каталога, неправедно занемарен у пракси редовног одмеравања казне. Готово сви аутори, који су се бавили емпиријским истраживањима, не само мотива него и појединих облика криминалитета и казнене политике, долазе до истог закључка.<sup>946</sup> Неки чак констатују да уочена тенденција није неки спецификум домаћег правосуђа, јер се јавља и у другим земљама.<sup>947</sup> Занемаривање значаја мотива репрезентују и изводи

<sup>943</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика* ..., стр. 444. и Б. Симоновић: *op. cit.*, стр. 533.

<sup>944</sup> З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика* ..., стр. 399.

<sup>945</sup> Пресуда Окружног суда у Београду К 1636/63. Слични примери када је љубомора узета као олакшавајућа околност дати су у чланку З. Симић: *Појам ниских побуда* ..., стр. 89.

<sup>946</sup> Од старијих истраживања видети А. Ђурић: *op. cit.*, стр. 316, а од новијих Ј. Ђирић, Ђ. Ђорђевић, Р. Сепи: *Казнена политика судова у Србији*, Београд, 2006. године, стр. 90. и 91. Симоновић је дошао до налаза да се суд у већини случајева бавио мотивима, али је због малог обима узорка питање колико је закључак репрезентативан. Б. Симоновић: *op. cit.*, стр. 689.

<sup>947</sup> Појава је уочена, на пример, у Украјини приликом истраживања праксе Обласног суда града Кијева, уз ограду да су узорак чиниле само пресуде за кривично дело убиства. А. Ђурић: *op. cit.*, стр. 316.



из једне пресуде Врховног суда: „Мотив за извршење убиства може остати неутврђен. Нису основани наводи жалбе јавног тужиоца да је оптужени учинио кривично дело мотивисан тиме што сада покојна није прихватила његове ниске и аморалне захтеве и да то суд није ценио код избора казне, јер такво закључивање не произлази из утврђеног чињеничног стања. Мотиви за извршење кривичног дела остали су познати само оптуженом, а он је у вези тога изнео различита тврђења од којих ниједно не може да укаже на постојање захтева о којима жалба говори“.<sup>948</sup>

Због чега се дешава да мотив има неједнак третман, шта га то издваја од осталих околности, када су, законски посматрано, све у истом рангу? Тим пре треба поставити ово питање, јер је обавеза суда да узме у обзир све околности које утичу на то да казна буде већа или мања, а нарочито набројане, чиме све оне бивају издигнуте из чињеничног супстрата на један виши ниво. Неутврђивањем мотива теоретски се отвара простор да нека неименована околност пресудније делује на избор казне од мотива, што није а priori погрешно и неоправдано, али у одређеном сплету околности може бити. Однос према мотиву можда потиче од Атанацковића, који је критикујући субјективизам у решавању извесних кривичноправних проблема у предратној теорији (Суботић и Чубински, Mayer, Thomsen, Friedrich и други) истакао да: „... став према мотиву у социјалистичком кривичном праву мора бити веома опрезан ... мотив као морални показатељ у процесу оцене тежине учиниоца кривичног дела, никако не би смео бити сматран неким посебно одлучујућим фактором код одмеравања казне. Он се мора ценити равноправно и у јединству са осталим факторима значајним за одмеравање казне. При томе посебно треба нагласити потребу да се увек води рачуна о томе да се јединствена процена свих фактора не претвори у процену тих фактора кроз призму мотива. Али исто тако и обратно свако процењивање мотива са гледишта других фактора који утичу на одмеравање казне крије у себи опасност ...“. Такође, неки форензичари сматрају да код суда постоји извештан отпор према психолошким вештачењима, мада се мотив у многим случајевима може утврдити и без оваквог

---

<sup>948</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 2124/98 од 23. децембра 1999. године, Судска пракса, бр. 2-3, 2002. године, стр. 15.

испитивања. Обично се као разлози некоришћења наводе: одуговлачење судског поступка, неекономичност, али и схватање да се путем испитивања личности окривљеника настоји умањити његова одговорност, до тога да се њиме наводно угрожава положај окривљеног као људског бића.<sup>949</sup> Полазећи од овог мишљења, испада да суд радије неће утврђивати мотив, него што ће затражити стручну експетизу.

У домаћој теорији су дати и неки предлози у циљу постављања мотива на право место у процесу редовног одмеравања. Један од њих изискује измену кривичног законодавства, којом би се наметнула обавеза суду да у сваком конкретном случају утврђује мотив.<sup>950</sup> Изнети предлог је логично потекао из базичног става аутора да је мотив саставни део кривице, да је посебно значајан за настанак умишљаја, и да се, комбиновањем са Франковом формулом, може користити као успешан критеријум за разграничавање евентуалног умишљаја и свесног нехата. Другим речима, то значи да суд, не би ли утврдио степен кривице у сваком конкретном случају, мора да процењује како свест и вољу, тако и мотив кривичног дела. Корак даље иде Карановић, који сматра да би при судовима требало установити посебне службе за испитивање личности, са задатком да помажу суду при решавању питања кривице и мотива.<sup>951</sup> Сигурно је да су поменути предлози, иако би можда и довели до бољег третмана и реалнијег сагледавања мотива у одмеравању, прилично неизводљиви. Оно што остаје јесте апел судовима да уложе додатни напор за сагледавање мотива. Чињеница је да сазнавање мотива није увек лако, услед тога што се кроз мотив прелама друштвена реалност у психичкој реалности учиноца, а то значи да је за њихово правилно разумевање потребно „укрстити“ податке из ранијег живота, околности случаја, личних прилика учиноца кривичног дела.

---

<sup>949</sup> М. Костић: *op. cit.*, стр. 158.

<sup>950</sup> А. Ђурић: *op. cit.*, стр. 115. и Б. Симоновић: *op. cit.*, стр. 729.

<sup>951</sup> М. Карановић: *op. cit.*, стр. 171. и надаље.

#### 4.3. Јачина повреде или угрожавања заштићеног добра

Објективна страна кривичног дела рефлектује се на избор казне преко јачине повреде или угрожавања заштићеног добра, као и преко околности под којима је дело учињено (подразумева се оних објективних из датог комплекса). Често се у оквиру теоријских разматрања о јачини повреде или угрожавања, истиче да судови ову околност стављају на пиједестал најзначајније, тако да је она у стању да у највећој мери определи казну,<sup>952</sup> ретко уз коментар да јој *a priori* не треба давати одлучујуће значење.<sup>953</sup> Наша наука има готово јединствен став да се под овим законским термином подразумева заправо последица кривичног дела. Иако делује неспорно, претходна изјава се да различито тумачити, у зависности од тога како се сагледава место последице у систему посебног дела кривичног права. Код нас је већинско схватање да последица увек представља конститутивни елемент бића кривичног дела.<sup>954</sup> На основу тога Лазаревић изводи закључак да се узимање последице за критеријум „дозирања“ казне појављује као јединствени изузетак од забране двоструког вредновања,<sup>955</sup> што се ни би могло прихватити. Проблематичност закључка потиче од погрешне основне поставке. Несумњиво је да радња кривичног дела увек проузрокује некакву последицу, али је ствар у томе што она није увек саставни део бића. Само ако је законодавац изричито уградио у ткиво дела, без њеног наступања оно неће постојати.<sup>956</sup> У супротном, она је потпуно ирелевантна за егзистирање, тј. правну квалификацију дела. Страна теорија је одавно усвојила ово становиште, на којем је и изграђена подела свих кривичних дела на делатносна и последична.<sup>957</sup> Зато се теза да свако дело има

<sup>952</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 258. и др.

<sup>953</sup> Ж. Хорватић: *Избор казне ...*, стр. 137.

<sup>954</sup> М. Радовановић: *Кривично право ...*, стр. 79, Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић: *Кривично право Југославије ...*, стр. 114, Љ. Јовановић: *Кривично право ...*, стр. 139, Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 67. и др.

<sup>955</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 259.

<sup>956</sup> Исто важи и за последице, које је закон предвидео као објективни услов инкриминације, што ће касније бити образложено.

<sup>957</sup> Тако се у англосаксонском праву традиционално разликују *conduct crimes* и *result crimes*. А. Ashworth: *Principles of Criminal Law*, Oxford, 1999. године, стр. 108. и 109, W. R. La Fave: *Criminal Law*, West Group, St. Paul Minnesota, 2000. године, стр. 9, А. P. Simester, G. R. Sullivan: *Criminal Law, Theory and Doctrine*, Oxford-Portland Oregon, 2000. године, стр. 60, J. Dressler: *Understanding Criminal Law*, Lexis Nexis, New York-San Francisco, 2001. године, стр. 111. Код нас је то схватање прилично

последницу може прихватити само ако се она схвати другачије, у ширем смислу, као негативно дејство на објект заштите. Управо ова последица јесте значајна за одмеравање казне, иако је примарно, пресудна за одлучивање да ли ће неко понашање уопште бити предвиђено као кривично дело. Тако се може рећи да се судска процена тежине кривичног дела не заснива само на конкретном испољавању последице из бића, него на једној обимнијој, комплексној оцени објективне неповољности кривичног дела, а шта то конкретно значи биће објашњено у излагању које следи.

#### 4.3.1. Утврђивање степена тежине остварене последице

Ако је последица учињена градивним елементом неке инкриминације процена започиње тражењем одговора на питање да ли је остварена или не. Уколико се то десило, посао суда представља логични наставак процеса који је започео законодавац *in abstracto*. У том смислу, суд се има руководити истим факторима од којих је пошао и творац норме, а то су значај заштићеног добра и врста и обим последице, али овога пута *in concreto*, на бази утврђених чињеница у вези са датим кривичним делом.<sup>958</sup> Код последица у виду повреде битно је да ли се негативна промена на објекту радње остварује у виду уништења, оштећења или чињења неупотребљивим, ако је, с обзиром на природу дела, уопште могуће повући ову разлику. Некада је то изводљиво као код уништења и оштећења туђе ствари (чл. 212. ст. 1.). Ово дело се сматра оствареним у три различите алтернативно постављење ситуације – када је туђа ствар уништена, када је оштећена или учињена неупотребљивом, што омогућава модификовање казне према подврсти последице повреде. Даља квантификација ишла би у правцу утврђивања интензитета унутар регистрованог подоблика. Уништење, због своје природе није подложно градацији, али је зато степеновање негативног дејства

---

усамљено. У старијој теорији његов заступник је Д. Атанацковић: *Објективни услов инкриминације и његово разграничење од последице кривичног дела*, ЈРККП, бр. 3, 1994. године, стр. 5, а у новијој З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 110. и 111.

<sup>958</sup> Д. Атанацковић: *Критеријуми одмеравања казне ...*, стр. 47.

оштећења и чињења неупотребљивим реално изводљиво. Штавише, оштећење и чињење неупотребљивим обично и настају заједно, мада је изузетно могуће да добро буде учињено неупотребљивим без оштећења, као у случају када се сложена ствар демонтира, растави на саставне делове у чију се супстанцу не дира. Основни критеријуми за оцену степена неупотребљивости били би трајност или привременост дејства, као и количина напора, трошкова, времена неопходних за „поправку“, тј. повраћај у претходно функционално стање.

Последица угрожавања означава стварање стања опасности, у којем постоји већа или мања вероватноћа наступања повреде, тако да се управо према тој вероватноћи и дели на подврсте конкретне и апстрактне опасности. Конкретна стварно постоји и представља близак и непосредан ризик од наступања последице повреде, апстрактна означава стање у којем постоји само могућност настанка конкретне опасности. Типично дело са последицом конкретне опасности је изазивање опште опасности (чл. 278.), где она мора да наступи по живот или тело људи или имовину већег обима. За процену тежине оваквог дела опет треба пратити општи шаблон – врста добра, јер у хијерархији друштвених вредности немају исти ранг живот, телесни интегритет односно имовина. Надаље, како су живот и телесни интегритет лична, индивидуална добра, релевантан је и број људи у опасности. Законодавац је на недвосмислен начин упутио на значај ове чињенице, како је као квалификаторну околност поставио услов да је дело учињено на месту где је окупљен већи број људи. Врховни суд сматра да под формулацијом „већи број људи“ треба подразумевати најмање десет,<sup>959</sup> тако да је све испод тога у домену одмеравања казне за основни облик дела. Други сегмент вредновања односио би се на степен вероватноће да ће наступити повреда; што је то било извесније казну треба повећавати и обрнуто.

Апстрактна опасност је специфична, она није последица у ужем смислу те речи и тиме није обележје бића, већ разлог због којег се неко понашање предвиђа као кривично дело. Неке радње са собом редовно носе опасност и њиховим инкриминисањем законодавац настоји да делује превентивно, као би спречио

---

<sup>959</sup> Правно схватање Кривичног одељења ВСС од 17. априла 2006. године. Наведено према З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика* ..., стр. 781.

нежељене исходе високо ризичних понашања, и то не само у виду повређивања него и у виду стављања заштићеног добра у стање конкретне опасности.<sup>960</sup> Међутим, тешко да би се могао одбранити став да је „удаљеност“ од наступања конкретне опасности ирелевантна за редовно одмеравање. Веће шансе за њен настанак су штетније по заштићено добро од оних мање извесних. Тиме се поново враћамо на основну премису да казну модификује не само последица у ужем, него и у ширем смислу.

Веома ретко се може догодити да оваква понашања, у којима се стичу сви законски елементи одређеног кривичног дела, не проузрокују у реалности баш никакву штету. Типичан пример је кривично дело надрилекарства (чл. 254. ст. 1.). Да би постојало, довољна је чињеница да се неко бави лечењем или пружањем медицинских услуга без одговарајуће стручне спреме. Претпоставља се, на основу законске формулације, да је то само по себи веома опасно, те се не мора доказивати. За правну квалификацију је, дакле, потпуно ирелевантан реални исход лечења или пружања медицинских услуга. Отуда се у друштвеној стварности надрилекарство може јавити у низу варијетета: када је здравствено стање остало непромењено, када је погоршано, када је побољшано, као и када је наступило потпуно излечење. У равни редовног одмеравања, суд не би смео да остане индиферентан према овим чињеницама, било да су оне позитивне или негативне природе. Судска пракса, додуше усамљеним примерима, сведочи да постоје практичари традиционалне медицине, који годинама упркос недостатку формалне стручне оспособљености успешно лече пацијенте,<sup>961</sup> па би се овакав реални изостанак штетних последица морао узети у обзир као олакшавајућа околност. Укратко, то значи да законска претпоставка о ризичности описаног понашања није стопроцентно тачна, али је њена статистичка вероватноћа толико висока, да ипак оправдава инкриминисање.

---

<sup>960</sup> Број таквих дела је све већи у савременом праву, а овде, примера ради, припадају: непоступање по здравственим прописима за време епидемије (чл. 248.), надрилекарство и надриапотекарство (чл. 254.), оштећење објеката и уређаја за заштиту животне средине (чл. 263. ст. 1.), оштећење брана, насипа и водопривредних објеката (чл. 282. ст. 2.), уништење, оштећење и уклањање знакова којима се упозорава на опасност (чл. 283.) и друга.

<sup>961</sup> Ј. Ћирић: *Кривичноправна заштита здравља људи*, зборник Југословенско кривично законодавство и слободе и права човека и грађанина, Златибор, 2001. године, стр. 120. Исто и З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 734. и 735.

Поред природе, на висину казне утиче и трајање последице. Радња извршења једног броја кривичних дела производи противправно стање, чије наступање је довољно да се дело сматра довршеним у формалном смислу, иако оно може и надаље да се одржава, да траје у времену све до прекида, акцијом самог учиниоца или неког трећег лица, када се дело сматра и материјално довршеним.<sup>962</sup> Број оваквих *delicta continua* није безначајан, и она се могу наћи у веома различитим групама.<sup>963</sup> Временски интервал између формалног и материјалног довршења игра улогу у процесу одмеравања, на шта је први указао Живановић,<sup>964</sup> а ово мишљење се спорадично среће и касније. Да је дужина трајања противправног стања релевантна за висину казне, следи и из чињенице да је законодавац користи за конструисање квалификованог облика неких трајних дела. Такви примери су противправно лишење слободе (трајање дуже од тридесет дана, чл. 132. ст. 3.) и отмица (задржавање дуже од десет дана, чл. 134. ст. 3.).

Уобичајно је да трајна дела компарирају са тзв. делима стања. Заједничко им је то да се предузимањем радње ствара извесно противправно стање, али оно код дела стања формално не припада неправу тог кривичног дела. Ова дела су свршена наступањем последице, њено трајање углавном не производи никаква правна дејства изузев значаја за одмеравање казне. Наши судови уважавају трајање стања, посебно када су у питању повреде телесног интегритета, тако да је изабран један од многих примера, који то илуструје: „*Чињеница да је као последица рањавања оштећеног дошло до потпуне одузетости доњих екстремитета, па је оштећени*

---

<sup>962</sup> Проблем материјалног довршења дела је неправедно занемарена тема у домаћој теорији, иако се значајна правна дејства везују управо за овај тренутак. Страна теорија се неупоредиво систематичније и продубљеније бавила овим проблемом, али то није резултирало јединственошћу ставова о овом појму, који неки описују као „неуспелу правну фигуру“, а други сматрају самосталним институтом општег дела, посебним стадијумом иза формалног довршења. И. Вуковић: *Материјално довршење кривичног дела*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2, 2008. године, стр. 139. и надаље.

<sup>963</sup> На пример, противправно лишење слободе (чл. 132.), отмица (чл. 134.), нарушавање неповредивости стана (чл. 139.), ванбрачна заједница са малолетником (чл. 190.), одузимање малолетног лица (чл. 191.), узимање талаца (чл. 392.).

<sup>964</sup> Живановић је издвојио и друге консеквенце раскорака између материјалне и формалне довршености, истичући да је у овом периоду могуће саучесништво, да рок застарелости почиње да тече тек од престанка противправног стања и др. Т. Живановић: *Основи кривичног права Краљевине Југославије ...*, стр. 381.

*трајно везан за инвалидска колица, указује на јачину повреде заштићеног добра као отежавајуће околности“.*<sup>965</sup>

Поред главне последице, на коју је и управљена радња кривичног дела, могу се појавити и споредне, које настају узгредно било као нужан предуслов за њено наступање (претходне или ближе) било као нужан резултат њеног наступања (накнадне или даље). Узгредна последица некада чини самостално дело и тада постоји стицај, те се у домену одмеравања примењују посебна правила. У супротном, ако се значај узгредне последице не исцрпљује у правној квалификацији, може утицати на одлуку о казни. Тако је Златарић констатовао да уколико се споредна последица „... указује толико споредног значаја да по разборитој оцијени можемо узети да је потпуно покривена, односно ликвидирана кривичноправном санкцијом за главно кривично дјело ... она је садржана у тој санкцији, јер суд о њој води рачуна приликом одмеравања казне“.<sup>966</sup>

На почетку је истакнуто да се приликом оцене тежине дела мора водити рачуна о укупном негативном дејству. Оно се некада огледа и у трауматским психичким реакцијама код пасивног субјекта, те се поставља питање да ли их треба укалкулисати у казну. Наши судови узимају у обзир претрпљени стрес, депресивне реакције, стање шока, а неке од прикупљених пресуда говоре управо о томе: „Као отежавајућа околност може се користити и чињеница да је оштећена са својом ћерком претрпела шок од извршења кривичног дела разбојништва и да су те последице код ње биле присутне и у време главног претреса. Неспорно је да се овде ради о тешком кривичном делу, али последице које су наступиле превазилазе уобичајне последице извршења дела, јер је оштећена са својом ћерком доживела шок ... те то представља отежавајућу околност ...“;<sup>967</sup> или „Оптужени је показао нарочиту безобзирност ... тиме што је аутомобил оштећеног одузео када се у њему налазило дете старо осам година које је спавало, па када је схватио да се у

---

<sup>965</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1167/98 од 27. маја 1999. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 56/97 од 06. априла 1998. године, И. Симић: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, трећа књига*, 2000. године, стр. 32.

<sup>966</sup> Б. Златарић: *Кривични законик у практичној примјени ...*, стр. 172.

<sup>967</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1948/2000 од 29. марта 2001. године, *Судска пракса, бр. 11-12, 2001. године*, стр. 21.



*одузетом возилу налази дете, оставио га је ноћу на њему непознатом месту и тиме изазвао стрес код детета и његових родитеља“.*<sup>968</sup>

#### 4.3.2. О значају материјалног довршења дела

Посебан проблем приликом процене јачине повреде или угрожавања заштићеног добра представља тзв. материјално довршење дела. Иако се наша теорија при разматрању стадијума обично задржава на објашњењу доношења одлуке, припремних радњи, покушаја и формалног довршења дела, у овом контексту би било потпуно неприхватљиво прећи преко чињенице да се невредност и штетност појединих дела заокружују тек неким даљим догађањем које се налази изван њиховог бића. Такав је случај са свим делима која као конститутивни елемент садрже намеру. Сама чињеница њеног постојања, уз све остале елементе, чини дело довршеним у формалном смислу, док би за материјално довршење било неопходно и да је заиста и реализована. Тешко је побијати да је случај остварене намере тежи облик напада на заштићено добро, те би о томе требало водити рачуна при избору казне.

Тренутак материјалног и формалног довршења се разилазе и код тзв. итеративних деликата или дела са индиферентним бројем чињења или проузроковања. Сам назив упућује на њихову основну карактеристику да се *„изнова остварују путем више чињења или пропуштања, иако се дело формално окончава већ првим чињењем или пропуштањем“.*<sup>969</sup> У овој групи се најпре налазе кривична дела чија је радња одређена несвршеним, трајним или учесталим глаголом. Ово је прилично распрострањена појава, тако да је прилично тешко, а и излишно набрајати сва дела са таквим формулацијама.<sup>970</sup> Као њихов посебни подслучај или подврста издвајају се деликти бављења, које је старија теорија

<sup>968</sup> Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 2414/97 од 03. децембра 1997. године и пресуда Другог општинског суда у Београду К. 94/97 од 10. априла 1997. године, И. Симић: *Збирка судских пресуда из кривичноправне материје, књига друга*, Београд, 1998. године, стр. 43.

<sup>969</sup> И. Вуковић: *Материјално довршење кривичног дела ...*, стр. 146.

<sup>970</sup> Примера ради, овде спадају: злостављање и мучење (чл. 137.), недозвољена производња (чл. 242.), неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога (чл. 246.), преношење заразне болести (чл. 249.) и др.

непотребно поистовећивала са вештачком конструкцијом колективног кривичног дела.<sup>971</sup> Без неоправданог компликовања проблема позивањем на колективно кривично дело, само језичко тумачење термина „бављење“ недвосмислено указује на две ствари – прво, да предузимање једне радње никако неће бити довољно за постојање ових кривичних дела (неопходне су макар две) и друго, да виšekратно предузимање радње не доводи до стицаја. Може се рећи да је *ratio* у томе што је законодавац проценио да неке радње појединачно не носе критични квантум друштвене штетности да би постале радње кривичног дела, и да тек њиховим понављањем, тј. мултипликовањем појединачне невредности, могу досегнути поменути ранг. Типични примери су дела надрилекарства и надриапотекарства (чл. 254.), као и надриписарства (чл. 342.), која постоје када се лице без одговарајуће стручне спреме бави лечењем или пружањем медицинских услуга, справљањем или издавањем лекова, односно пружањем правне помоћи уз накнаду. У неким случајевима бављење квалификује основни облик дела, као код недозвољеног прекида трудноће (чл. 120. ст. 2.), изнуде (чл. 214. ст. 4.), уцене (чл. 215. ст. 4.), трговине људима (чл. 388. ст. 6.) и других. Поред бављења категорији итеративних припадају и сва дела која трају у времену односно дела „учествовања“<sup>972</sup> и „поседовања“.<sup>973</sup>

Поставља се питање да ли описано понављање (обнављање) радње може утицати на избор казне. Тешко је смислено негирати да је виšekратно недозвољено понашање штетније за заштићено добро од једнократног, али и да је било који број понављања „покривен“ употребљеном законском формулацијом. Број понављања

---

<sup>971</sup> Код нас се, попут каквог општег места, у оквиру излагања о привидном реалном стицају говори и о колективном кривичном делу. Наиме, ради се о поставци да више истих или истородних дела једног учиниоца треба правно квалификовати као једно, јер су повезана истим психичким садржајем, како се врше из навике, занимања или заната. Посебно проблематично у вези са овом конструкцијом је то што се сматрало (не само у науци, него и у судској пракси) да колективно дело у виду бављења постоји ако је само једном предузета радња, под условом да постоји спремност да се понавља. Ово је потпуно неприхватљиво, јер значи да се неко не кажњава само *post factum*, него и за претпостављену вољу, која би се евентуално у будућности могла реализовати понављањем истог понашања. Упркос дискутабилности концепта, он се и даље, по инерцији и без критичког сагледавања, среће и у новијим удбеницима. Љ. Јовановић: *Кривично право ...*, стр. 268. и Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 162. Супротно мишљење видети у З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 215. и 216.

<sup>972</sup> Учествовање у тучи (чл. 123.), оружана побуна (чл. 311. ст. 1.), учествовање у групи која спречи службено лице у вршењу службене дужности (чл. 323. ст. 1.), учествовање у групи која изврши кривично дело (чл. 349. ст. 1.).

<sup>973</sup> Недозвољено држање оружја и експлозивних материја (чл. 348.).

се отуда може посматрати као отежавајућа околност, само под условом да премашује минимум, захтеван за правну квалификацију, што би било од значаја за дела бављења. Са друге стране, трајност стања које се успоставља код деликата поседовања, се у нашој судској пракси сматра безначајним за одмеравање казне: *„Држање оружја од стране учиниоца представља обележје кривичног дела из члана 33. ЗОМ, па се дужина трајања не може ценити код одмеравања казне као отежавајућа околност ... Држање оружја представља стање, које није временски ограничено, па чињеница да је окривљени пушку држао четири године не може представљати отежавајућу околност“*.<sup>974</sup>

#### 4.3.3. Утицај постојања дела у продуженом трајању на процену јачине повреде или угрожавања заштићеног добра

У вези са јачином повреде или угрожавања заштићеног добра треба размотрити и конструкцију продуженог кривичног дела. За разлику од претходних, важећи Законик одређује његов појам, чиме је одбачен део контраверзи везаних за овај институт.<sup>975</sup> Тако продужено кривично дело чини више истих или истоврсних кривичних дела учињених у временској повезаности од стране истог лица, која представљају целину због постојања најмање две од следећих околности: истоветности оштећеног, истоврсности предмета дела, коришћења исте ситуације или истог трајног односа, јединства места или простора извршења дела или јединственог умишљаја учиниоца (чл. 61. ст. 1.). Уређена су и питања конструисања продуженог дела против личности, правне квалификације дела која у

---

<sup>974</sup> Пресуда Савезног суда Кзс. 2/99 од 01. јуна 1999. године. И. Симић: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, трећа књига ...*, стр. 32.

<sup>975</sup> Раније је постојала дилема око тога који су фактори пресудни за повезивање примарног плуралитета дела у јединствено дело, да ли само они објективне природе или је неопходан и заједнички субјективни, психички супстрат у виду јединственог умишљаја. Домаћа судска пракса је имала колебљив став – до мишљења Врховног суда из 1965. године, инсистирало се на јединственом умишљају, који је од тог тренутка сврстан у тзв. варијабилне (или, како се у мишљењу називају, алтернативне) елементе, чиме се пракса приклонила објективном концепту. Ј. Бутуровић: *Продужено кривично дело*, Београд, 1980. године, стр. 54. Иако је циљ мишљења био уједначавање судске праксе, неки теоријски извори новијег датума, сведоче да је она до данас, тј. до регулисања продуженог дела, остала подељена по том питању. З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 273.

себи обухватају лакше и теже облике истог, кривичних дела чије је битно обележје новчани износ и накнадно откривеног дела (чл. 61. ст. 2-6.). Не може се порицати да је учињен позитиван помак у односу на ситуацију када је решавање ових проблема било препуштено судовима. Међутим, упркос свему, неки спорни моменти и даље упорно прате овај институт. Ако оставимо по страни приговор непотребности ове конструкције, јер представља извргавање закона и незаслужено фаворизовање учинилаца већег броја дела,<sup>976</sup> остаје дискутабилно питање кажњавања.<sup>977</sup> Наш законик првобитно није поставио никаква специјална правила, тако да су се примењивала општа. Прва консеквенца ове поставке јесте да се суд креће у оквирима прописаним за појединачно кривично дело чију квалификацију носи. Може се претпоставити да законодавац у почетку није прибегао поштравању, као теоријској алтернативи, јер је сматрао да су прописани оквири довољно флексибилни и са високо постављеном горњом границом, што пружа могућности проналажења адекватне казне и у случају дела у продуженом трајању. О строгости казни, на себи својствен начин, говоре и судови кроз казнену политику, обележену појавом изрицања казни ближе посебном минимуму и честим практиковањем ублажавања. Дакле, може се констатовати да законски капацитети постоје, а друга је ствар што се они у пракси уопште или недовољно користе.

Како је закључено да се продужено дело налази у домену редовног одмеравања, поставља се питање да ли његов састав, чињеница да представља већи број дела у континууму, има утицаја на висину казне. Другим речима, да ли је продужено дело, као јединство појединачних дела, теже од једног појединачног дела по којем носи квалификацију. Чини се да постоје различите равни компарације – апстрактна и конкретна. Апстрактно узевши, веома је тешко

---

<sup>976</sup> С. Пихлер: *Шта је заправо тзв. продужено кривично дело*, Право, теорија, пракса (посебни број), 1987. године, стр. 40, М. Бабић: *Установа продуженог кривичног дјела*, ЈРККП, бр. 1-2, 1996. године, стр. 50, З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 216. и др. Занимљиво је да су неке државе које су регулисале продужено дело, попут Румуније и Бугарске, на крају одустале од овог института.

<sup>977</sup> Кривична законодавства земаља које регулишу продужено дело, по томе како уређују кажњавање, могу бити разврстана у један од три модела. Нека га сматрају основом за поштравање казне, нека обавезном или факултативном отежавајућом околношћу, а нека и немају засебна правила о кажњавању, те се казна одређује према општим правилима. Став наше теорије није јединствен, има заговорника обавезног поштравог кажњавања (Живановић), кажњавања по општим прописима (Таховић), односно по правилима за стицај (Бачић). Ј. Бутуровић: *op. cit.*, стр. 173. и надаље.

проценити шта је теже. Сама бројност дела не води нужно јачем степену повреде или угрожавања заштићеног добра. Да је то тачно може се доказати на теоријским моделима, рецимо, проневере. Сигурно ће тежи напад на заштићено добро представљати присвајање енормне количине новца у једном наврату, од вишекратног присвајања безначајних сума, које ни збрајањем не досежу до неког већег износа. Тежина једне и скупне последице очито није иста, мада на дефинитивну процену јачине напада утичу и друге околности, што отвара врата непрегледној комбинаторици која, у крајњем, једно дело може учинити тежим од конструисаног јединства дела, као што *a priori* не искључује ни обрнуто. На основу наведеног, да се закључити да у апстрактном смислу сама бројност није фактор број један у процени тежине. Међутим, не треба заборавити да суд није позван да се бави апстрактним контемплирањем, него да решава конкретан случај. Он пред собом има опис одређеног броја дела, која су на основу законских критеријума, проглашена за једно. У сфери конкретног тешко је порећи да то конкретно продужено носи већу тежину од сваког конкретног појединачног дела из његовог састава. Елементарна логика каже да део не може бити већи од целине којој припада, те ни појединачна последица из једног продуженог дела не може бити већа од збира свих последица из тог истог дела. Не само што последица јединственог дела представља резултат мултипликовања појединачних, него је и продужено дело као нови квалитет у стању да „повуче“ и друге околности из појединачних дела.

Ставови о третману продуженог дела у области одмеравања казне нису јединствени у домаћој теорији. Једни сматрају да број дела из конструкције јесте отежавајућа околност,<sup>978</sup> други сматрају да се то не може поставити као опште правило и препоручују фактичку процену, од случаја до случаја.<sup>979</sup> Специфично је схватање које продужено дело не сагледава као параметар који одређује јачину повреде или угрожавања заштићеног добра, него степен кривице. Тако Бутуровић истиче да „... *уколико је продужено дело извршено великим бројем радњи и кроз дужи временски период то може сведочити о великом степену упорности*

---

<sup>978</sup> Т. Живановић: *Основи кривичног права, Општи део, књига I ...*, стр. 199.

<sup>979</sup> Ј. Таховић: *Продужено кривично дело*, Југословенска адвокатура, бр. 5-6, 1956. године, стр. 32.

*извршиоца при извршењу кривичног дела, што може представљати отежавајућу околност кроз висок степен кривичне одговорности. Наравно да ово може доћи до изражаја и када се продужено дело састоји из малог броја радњи и ако су извршене кроз краћи временски период, мада знатно ређе“.*<sup>980</sup>

Започета реформа продуженог дела је настављена изменама Кривичног законика из 2009. године, када је нова интервенција погодила управо домен кажњавања. Продуженом кривичном делу је приписно ново дејство, како је постало факултативни основ за поштравање казне. Постављена су и извесна ограничења, тако да тежа казна није смела да пређе двоструку меру прописане казне нити двадесет година затвора (осим када се радило о кривичном делу за које се може изрећи казна затвора од тридесет до четрдесет година). Ако се не определи за нову алтернативу, суду је преостајало да изабере казну по правилима редовног одмеравања, у чијим оквирима има улогу отежавајуће околности, на начин како је претходно описано. Нови талас измена КЗ-а 2012. године је кажњавање за продужено кривично дело вратио на старо укинувши могућност поштравања.

#### 4.3.4. Улога објективних услова инкриминације у процени јачине повреде или угрожавања заштићеног добра

Излагање о јачини угрожавања или повреде заштићеног добра не би било потпуно без сагледавања улоге тзв. објективних услова инкриминације.<sup>981</sup> Поменути институт спада у ретко проучаване и спорне теме, те се евентуално погрешно и неуједначено поступање судова не може приписати само њима у кривицу. Проблематичности института „кумује“ и сам законодавац, тиме што га користи при дефинисању једног броја дела, иако га уопштено нигде не помиње и не одређује његов појам. Ако се за почетак оставе по страни различитости у

<sup>980</sup> Ј. Бутуровић: *op. cit.*, стр. 176.

<sup>981</sup> Неки овај институт називају о објективним условима кажњивости, мада тај термин није адекватан. Ф. Бачић: *Кривично право ...*, стр. 139. Условно би се могао прихватити, али само ако се тумачи као услов за прописивање кривичног дела (самим тим) и казне, а никако као услов за изрицање прописане казне. Много је прецизнији термин објективни услови инкриминације, пошто, како ће бити показано, само остварење бића законодавац не третира као кривично дело, другим речима, не инкриминише га. Оно постаје инкриминисано само остварењем ових допунских услова.

малобројним схватањима, онда на површину избија јединствени став да се ради о конститутивним елементима дела, који не улазе у састав бића.<sup>982</sup> То значи да елементи бића, посматрани изоловано (сами за себе, тј. без објективног услова инкриминације) не творе кривично дело, него неки други деликт јавног права (прекршај или привредни преступ) или се у потпуности налазе изван сфере кажњивог. Очито је да епитет конститутивног погађа основно дејство ових услова, који имају снагу да „*садржај бића пребаце у стварну зону криминалног*“.<sup>983</sup> Другим речима, они представљају главни фактор метаморфозе из потенцијаног у реално кривично дело. Уводне напомене указују на то да се они, криминално-политички посматрано, налазе у функцији сужавања репресије, јер без њих неко понашање нема довољан квантум штетности по друштво да би постало кривично дело.

Анализа законских описа дела са објективним условом инкриминације открива да они нису увек исти и да се могу класификовати на услове, који су по својој природи последице, и на услове, који представљају неку другу врсту претпоставке за постојање дела. Посебну пажњу, у овом контексту, привлачи прва категорија. Ако се детаљније погледа, може се видети да ни она није хомогена, јер у себи обухвата како последице проузроковане радњом учиниоца,<sup>984</sup> тако и последице проузроковане радњом неког другог лица. Илустрације ради, таква дистинкција постоји између угрожавања јавног саобраћаја и учествовања у тучи. Да би постојало дело угрожавања јавног саобраћаја (чл. 289.) потребно је да учесник у саобраћају на путевима, не придржавајући се саобраћајних прописа, доведе у опасност живот или тело људи или имовину већег обима, као и да је услед тога код другог наступила лака телесна повреда или проузрокована имовинска штета преко одређеног новчаног износа. Јасно је да из понашања учиниоца проистичу и стварање опасности, тј. последица у кривичноправном смислу у виду угрожавања, и одређени степен повреде личних и имовинских добара као последица у природном смислу, тј. објективни услов инкриминације. Када је у питању кривично дело учествовања у тучи (чл. 123.), последица се састоји у

---

<sup>982</sup> Д. Атанацковић: *Објективни услови инкриминације*, Зборник радова Правног факултета у Мостару, 1980. године, стр. 18, Ђ. Марјановић: *Објективни услови инкриминације*, Зборник радова Правног факултета у Мостару, 1980. године, стр. 79, З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 110.

<sup>983</sup> Д. Атанацковић: *Објективни услови инкриминације ...*, стр. 37.

<sup>984</sup> Овакав је највећи број дела са објективним условом инкриминације.

апстрактној опасности по живот и телесни интегритет људи, док су смрт или тешка телесна повреда објективни услови инкриминације. У реалности ове две „последнице“ ничу из два паралелна узрочна тока. Актер првог низа својим учествовањем у тучи ствара опасност, а актер другог непосредно проузрокује смрт или тешку телесну повреду. Иако се не може негирати извршен допринос актера првог низа у настанку последице смрти или тешке телесне повреде, због стварања поменутог опасног стања, повезаност је много даља и слабија но у претходном примеру и далеко је од узрока. Такође, не само што нема директне повезаности у објективном, нема је ни у субјективном смислу. Постојање умишљаја у односу на последицу смрти односно телесне повреде, изменило би квалификацију у помагање или подстрекавање у кривичном делу убиства или тешке телесне повреде.

Друга врста објективних услова инкриминације може се одредити негативно, као претпоставка за постојање дела, која не представља последицу у природном смислу те речи. Хетерогеност не дозвољава да се све поброје, али се илустрације ради, постоји код непријављивања припремања кривичног дела (чл. 331.), чији је услов да се ради о покушаном или свршеном делу за које се по закону може изрећи казна затвора од пет година или тежа.

Следећа заједничка тачка, око које су окупљени домаћи теоретичари, јесте став да објективни услови инкриминације не морају бити обухваћени умишљајем или нехатом учиниоца, али ће се он ипак сматрати одговорним за кривично дело.<sup>985</sup> То значи да објективни услови не сужавају репресију, како је у почетку закључено, него је, управо обрнуто, повећавају увођењем објективне одговорности на мала врата. Због тога би њихово коришћење требало свести на најмању меру.

Поставља се питање да ли се објективни услови инкриминације могу наћи у процесу редовног одмеравања. Са једне стране, кратак увод указује да поједини од њих представљају прикривена обележја кривичног дела,<sup>986</sup> што ствара дилему да ли се њиховим урачунавањем у казну крши забрана двоструког вредновања. Са друге стране, јасно је да нису у сагласју са основним начелом кривичног права *nullum*

---

<sup>985</sup> Д. Атанацковић: *Објективни услови инкриминације ...*, стр. 35, Ђ. Марјановић: *Објективни услови инкриминације ...*, стр. 80, З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 110.

<sup>986</sup> Због тога се у немачкој теорији деле на праве и неправе објективне услове инкриминације. З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 111.



*crimen nulla poena sine culpa*, пошто се не тражи да буду обухваћени умишљајем или нехатом учиниоца, што продубљује проблем оправданости урачунавања у казну. Уколико бисмо стриктно пратили принцип кривице, објективни услов се не би могао користити као отежавајућа околност. Али ако пратимо идеју да они, попут каквог појачивача, биће доводе на ранг критичног квантума друштвене штетности, онда се не би се слагало са основном интенцијом законодавца да буду занемарени. У том смислу, све што надилази критични квантум треба да буде трансферисано из домена правне квалификације у домен одмеравања казне, чиме је испоштована и забрана двоструког вредновања. Конкретан облик и степен испољавања постављеног услова треба да утиче на висину казне. Тако би, на пример, требало направити разлику између учествовања у тучи са тешком телесном повредом и смрћу неког лица као коначним исходом, као што би код угрожавања саобраћаја требало водити рачуна о броју страдалих лица, тежини проузрокованих повреда, износу имовинске штете.

Полазећи од раније поставке да су поједини објективни услови инкриминације само прикривена обележја кривичног дела, сматрамо да постоји потреба за законском интервенцијом, којом би се интегрисали у биће. Ово је несумњиво чистије решење, јер би тако били обухваћени кривицом, што би надаље водило очувању и доследном спровођењу принципа субјективне одговорности. После ове законске интервенције неће постојати и последица кривичног дела и објективни услов инкриминације. Довољно ће бити да се установи кривица у односу на последицу (која се сада сматра условом), чиме ће се искључити могућност постојања последице, која се сада сматра последицом кривичног дела (у виду апстрактне ретко конкретне опасности), а која ће бити конзумирана последицом повреде. Занимљиво је да и данас постоје дела, код којих је ова идеја примењена, те би се могла користити као нека врста шаблона. Несавестан рад у служби (чл. 361.) постоји када службено лице кршењем закона или других прописа или општих аката, пропуштањем дужности надзора или на други начин очигледно несавесно поступа у вршењу службе, иако је било свесно или је било дужно и морало бити свесно да услед тога може наступити тежа повреда права другог или имовинска штета, па је таква штета и наступила. Дакле, за постојање дела није

потребно само да таква последица и наступи него да је обухваћена кривицом, и ово би се могло користити као модел за остала дела.

#### 4.3.5. Вредновање изостанка последице код дела која су остала у покушају

Јачина повреде или угрожавања заштићеног добра зависи и од стадијума у којем се налази кривично дело. Како припремне радње више нису општи кажњиви стадијум, остала је само разлика између покушаног и свршеног дела.<sup>987</sup> Чињеница да дело није комплетно, да је учинилац успео да оствари само један његов сегмент, мора бити вреднована при одмеравању казне. Па ипак, недовршеност дела није увек релевантна. Начин на који је уређена кажњивост института говори о лимитираном потенцијалном дејству, и то само код оних кривичних дела за која се може изрећи казна од пет година затвора или тежа (чл. 30. ст. 1.). Изузетно, по изричито израженој вољи законодавца, покушај може постати кажњив и када дело не испуњава претходни услов (чл. 30. ст. 1.).<sup>988</sup> Тумачење генералне клаузуле указује да се у групи дела чији је покушај кажњив налазе како дела са посебним минимумом или максимумом од пет година, тако и сва она чији законски оквир садржи у себи ову казну. Када су изузеци у питању, постоји мишљење да их има превише и да их законодавац често неконтролисано, без правог оправдања

---

<sup>987</sup> Нови Законик по овом питању представља дисконтинуитет у односу на ранија решења. Основни кривични закон је, може се рећи традиционално, нормирао припремање (чл. 18.). Законом је било указано на то да је кажњавање за припремање изузетно, само онда када то налаже степен друштвене опасности. Није постојала нека општа дефиниција припремања, али је набрајањем врста, ипак било конкретизовано као: набављање или оспособљавање средстава за извршење дела; отклањање препрека за извршење дела; договарање, планирање или организовање са другима ради извршења дела; друге радње којима се непосредно стварају услови за извршење дела, а које не представљају радњу извршења. Проблематичност кажњавања за припремне радње потиче управо из чињенице да оне нису радња кривичног дела (то их и раздваја од покушаја, којим је она започета или чак извршена у потпуности). Како се не могу обухватити појмом кривичног дела, тешко је и наћи неко догматско оправдање за увођење у криминалну зону.

<sup>988</sup> Такав модус прописивања кажњивости примењује се код следећих кривичних дела: крађа (чл. 203.), разбојништво (чл. 206. ст. 4.), уништење, оштећење и изношење у иностранство заштићеног природног добра (чл. 265. ст. 3.), уношење опасних материја у Србију и недозвољено прерађивање, одлагање и складиштење опасних материја (чл. 266. ст. 1.), шумска крађа (чл. 275.), спречавање службеног лица у вршењу службене радње (чл. 322. ст. 1. и 2.), напад на службено лице у вршењу службене дужности (чл. 323. ст. 1. и 2.), учествовање у групи која спречи службено лице у вршењу службене радње (чл. 324.), скидање и повреда службеног печата и знака (чл. 327.), одузимање и уништење службеног печата и списка (чл. 328.), фалсификовање исправе (чл. 355. ст. 1.).

конституише. Тако Лазаревић тврди да је „доста проширена зона кажњавања за покушај, јер су, на пример, обухваћена и нека дела за која је прописана казна затвора до једне године“.<sup>989</sup> Много је реалнија оцена да број изузетака није алармантан, али да постоји проблем принципа по којима су бирани, јер се стиче утисак да је то учињено произвољно.<sup>990</sup> Некада је заиста тешко проникнути у логику законодавца и открити разлоге којима се руководио.

Поред прописане казне, ограничавајући фактор може бити и природа кривичног дела, како је познато да су нека неспојива са појмом покушаја. Овој групи припадају сва дела код којих су покушај или припремање изједначени са свршеним делом, прави оmissивни деликти, као и деликти чије биће не садржи последицу, код којих није могућ свршени покушај.<sup>991</sup>

Када је у питању кажњавање за овај стадијум, суд може да се креће у оквиру прописаном за то дело, као што казну може факултативно ублажити, док у случају неподобног покушаја долази у обзир могућност ослобођења од казне (чл. 30. ст. 2. и чл. 31.).<sup>992</sup> Законска формулација да ће се учинилац за покушај казнити казном прописаном за кривично дело или ублаженом казном, претрпела је извесне негативне критике. Лазаревић истиче да она наводи на помисао да кажњавање за покушај у оквирима прописане казне представља правило, а ублажавање изузетак.<sup>993</sup> Други теоретичари не деле наведено мишљење, позивајући се на аргумент да се из законске одредбе не види да је некој од могућности дата предност.<sup>994</sup> Оне су потпуно равноправне, само место у реченици нема неко посебно значење и тешко да би могло довести суд у заблуду, како се прибојава Лазаревић. Одмеравање казне за покушај отуда обухвата две етапе. У првој се мора

---

<sup>989</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 162.

<sup>990</sup> И. Вуковић: *Покушај кривичнога дела*, необјављена докторска дисертација, Београд, 2008. године, стр. 237.

<sup>991</sup> З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 160.

<sup>992</sup> Правила о кажњавању за покушај нису се битније мењала у домаћем праву, тако да се наставља традиција Кривичног законика из 1929. године (чл. 32. ст. 1. и 2.), Кривичног закона из 1951. године (чл. 19. ст. 2.) и Кривичног закона из 1976. године (чл. 20.). Једини излет био је извршен Кривичним закоником из 1947. године, када је било предвиђено да се за покушано дело кажњава исто као и за довршено, дакле, без могућности ублажавања (чл. 21.). Прописани су били и ближи критеријуми за одмеравање казне за покушај: друштвена опасност учиниоца и кривичног дела, близина наступања последице кривичног дела, као и узроци због којих није дошло до извршења дела.

<sup>993</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 162.

<sup>994</sup> И. Вуковић: *Покушај кривичнога дела ...*, стр. 241.

изабрати казнени распон (редовни или ванредни-ублажени), да би потом у другој била изабрана конкретна мера казне. Изузетно, ако је покушано кривично дело за која је прописана казна затвора од 30 до 40 година, суд пред собом има три алтернативе: виши редовни оквир, казну затвора до 20 година, као и ублажени оквир. И одлука о избору казног распона код кривичних дела за која је прописна алтернативно новчана казна и казна затвора може у пракси бити обележена одређеним специфичностима. Уобичајно њихов покушај није кажњив, јер законодавац нигде није прописао новчану казну уз казну затвора од пет година, али постоје изузеци установљени посебном одредбом. Таква алтернативна предвиђеност фактички може резултирати тиме да суд и не размишља о ублажавању, него да једноставно прибегне изрицању новчане казне (у редовном оквиру).

Пошто је одбачена теза о обавези суда да проба да адекватну казну тражи најпре применом ублажавања, поставља се питање како он уопште доноси одлуку да казну изабере на један или други расположиви начин.<sup>995</sup> У теорији су развијени супротстављени приступи – вредновање свих околности дела и учиниоца и вредновање околности везаних покушај.<sup>996</sup> Заговорници првог полазе од премисе да је инсистирање само на оним околностима које се односе на покушај, не само тешко изводљив, него и потпуно вештачки захтев, који у крајњем може да доведе до неправедног исхода. У реалном чињеничном склопу процена о оправданости ублажавања не би била потпуна без уважавања „... *других састојака испољеног неправда и кривице – побуда, околности под којима је дело учињено, степена кривице, личних прилика итд...* управо због тих других околности, рецимо, због чињенице да је учинилац вишеструки повратник, може да се испостави да

---

<sup>995</sup> Теоријски посматрано, тиме је наше право прихватило „златну средину“ између две крајности – истог кажњавања за покушано и свршено дело и обавезног ублажавања за покушај. Прописивање обавезног ублажавања носи опасност од компромитовања начела сразмерности, како је у приличном броју случајева законодавац „започињање“ подигао на ранг радње извршења, тј. инкриминисао као свршени деликт. Предност умереног приступа је и у томе што код довршеног покушаја последица често не настаје услед случаја, па није опортуно ставити суд у позицију да мора да ублажи казну. Тако је факултативно ублажавање, криминално-политички посматрано, боље решење од обавезног, с обзиром на то да личност и испољена злочиначка енергија и поред објективног факта недовршености могу захтевати задржавање редовног оквира прописане казне. Наш законодавац је комбиновањем успео да задржи предности оба типа одмеравања.

<sup>996</sup> И. Вуковић: *Покушај кривичнога дела ...*, стр. 246.

учинилац уопште не заслужује да буде кажњен блажом казном“.<sup>997</sup> Присталице другог сматрају неопходним фокусирање на покушај, на његову објективну и субјективну страну. У том смислу, треба ценити значај самог изостанка формалног довршења, који у контексту различитих деликата има и различита значења, степен некомплетности или комплетност радње, као и степен кривице учиниоца. Иако оба схватања нису без недостатака, у теорији је прихваћено ово друго.<sup>998</sup>

У случају да редовно одмеравање оцени као примереније, суд треба да процени како покушај утиче избор конкретне казне из овог оквира. Природа или смер дејства сигурно нису спорни; он је у сваком случају олакшавајућа околност, по принципу *argumentum a maiori ad minus*. Спорна је само мера. Наша теорија углавном и није од неке помоћи, како или не пружа никаква упутства,<sup>999</sup> или даје неке оквирне, неразрађене и недовољно конкретизоване смернице. Тако се, поред наведеног да покушај треба узети као олакшавајућу околност, за параметре узима разлика између несвршеног и свршеног покушаја.<sup>1000</sup> Међутим, вредновање покушаја је много комплексније него што би се то могло помислити на основу цитираних извора.

Чини се исправним да сада долази у обзир примена учења о свеукупном посматрању.<sup>1001</sup> Анализирајући субјективну страну покушаја, суд треба да разлучи да ли је предузет са директним или са евентуалним умишљајем, при чему важе све напомене које су раније учињене у оквиру степена кривице. Објективна сфера би најпре обухватила проучавање радње. Подразумева се да некада није могуће диференцирање покушаја кроз већи број нијанси радње, што зависи од њене сложености, која и диктира потенцијални опсег градирања. Није свеједно да ли се радња састоји из једног покрета, више покрета који чине јединствену делатност, или пак из више повезаних делатности. Сагледавање комплетности или мере некомплетности радње треба да постави основе за процену њене опасности, тј. степена ризика од наступања последице. У том смислу значајно је поставити и

---

<sup>997</sup> И. Вуковић: *Покушај кривичнога дела ...*, стр. 246.

<sup>998</sup> *Idem*.

<sup>999</sup> Љ. Јовановић: *Кривично право ...*, стр. 247, Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 150. и др.

<sup>1000</sup> М. Радовановић: *Кривично право ...*, стр. 136. и Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 161.

<sup>1001</sup> И. Вуковић: *Покушај кривичнога дела ...*, стр. 253. И З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 162.

доказати хипотезу о близини или удаљености њеног настанка. На врху скале опасности, као консеквенца деловања закона каузалитета, нашла би се свршена радња, док би степен опасности све више опадао што јој више елемената недостаје. Надаље, битни су разлози због којих последица није остварена. Иако је свако теоријско предвиђање унапред осуђено на то да буде сиромашније од непрегледне комбинаторике животне стварности, могу се замислити различити случајеви изостанка последице. Некада ће то бити услед случајног сплета околности, иако је учинилац уложио максимум свог напора, некада услед недостатка упорности и одлучности, недовољно вештог поступања или недовољне опремљености и припремљености учиниоца, али се као фактори могу појавити и отпор жртве, опасност да ће учинилац бити откривен ако настави, све до физичког спречавања учиниоца да дело доведе до краја. Очигледно је да се у побројаним алтернативама криминална воља и енергија не испољавају у истом квантуму, што би логично морало имати утицаја на висину казне.

При оцени покушаја не треба заборавити ни то да се кроз покушај једног дела може остварити (довршити) неко друго кривично дело, што се у теорији назива квалификованим покушајем. До тога долази било тако што лакше представља прелазну фазу ка тежем било тако што је настала лакша последица од оне која је била обухваћена умишљајем учиниоца. Ово се у делу наше теорије проглашава важном чињеницом за одмеравање казне, без декларисања око њеног дејства,<sup>1002</sup> док се код других изричито сматра отежавајућом околношћу.<sup>1003</sup> Међутим, не деле сви наведено схватање, јер сматрају да поједностављује проблем квалификованог покушаја. Вуковић наглашава поливалентност значења квалификованог покушаја, што и илуструје навођењем два крајње различита примера. У првом указује на то да је „... суд исправно закључио постојање покушаја тешке крађе, када је учинилац спречен у извршењу дела, тако што је из пртљажника туђега возила, претходно отвореног подешеним кључем, изнео само део ствари чија је вредност била испод вредности украдене ствари код ситне

<sup>1002</sup> Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић: *Кривично право ...*, стр. 154, Љ. Јовановић: *Кривично право ...*, стр. 245. и Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 150.

<sup>1003</sup> З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 195, Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 161. и др.

крађе ... Како је учињено проваљивање, а умишљај учиниоца је био управљен на прибављање свега вреднијег што нађе, суд је правилно закључио да његов умишљај није ишао за тим да се прибави мала имовинска корист. Ипак чињеницу да је кроз покушај остварио само малу имовинску корист суд ће вредновати као олакшавајућу околност“. Други се односи на третирање квалификованог покушаја као отежавајуће околности: „Ако је учинилац кроз покушај убиства довршио телесно повређивање жртве ова чињеница се има процењивати с обзиром на интензитет повреде или угрожавања заштићеног добра, где овај интензитет може захтевати због наступелих нарочито тешких повреда да је искључено ублажавање ... суд ће сигурно водити рачуна да казна за покушај буде еквивалентна јачини повреде тела жртве, али ће је и превазићи због степена угрожености њеног живота и умишљаја усмереног на усмрћивање“. <sup>1004</sup> На основу свега Вуковић закључује да априоран став о нужности вредновања саме чињенице другог дела као отежавајуће околности није правилан, јер ова околност може имати крајње разноврсно кривичноправно дејство, те предлаже да у сваком појединачном случају суд неизоставно треба да испита међусобни однос покушаног и оствареног дела и да тек на основу брижљиве процене доноси одлуку о дејству квалификованог покушаја.

Поред наведеног, треба водити рачуна и о томе да се некада, упркос изостанку последице кривичног дела, могу појавити неке друге штетне последице, на пример, психички шок код жртве покушаја силовања и слично, <sup>1005</sup> које никако не би смеле бити занемарене у процесу одмеравања, јер представљају отежавајуће околности.

За разлику од свршеног и несвршеног покушаја, вероватноћа да се неподобни покушај појави у сфери редовног одмеравања је неупоредиво мања. Природа ове форме покушаја ствара једну више апстрактну опасност по заштићено добро, тако да се сврха кажњавања да постићи ванредним одмеравањем. Да би се дошло до редовног потребно је да суд „прескочи“ као неадекватне чак три могућности – ослобођење од казне, неограничено ублажавање и ублажавање. У

---

<sup>1004</sup> И. Вуковић: *Покушај кривичнога дела ...*, стр. 260.

<sup>1005</sup> З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 162.

хипотетичком случају да се то деси, поставља се питање шта би се могло користити за процену тежине неподобног покушаја. Српско право познаје само неподобни покушај услед неподобности средства или неподобности предмета (чл. 31.), што и није од неке помоћи. Једино би се, по логици ствари, кумулативно постојање мањкавости и средства и предмета могло сматрати лакшим обликом када се упореди са мањкавошћу сваког од њих појединачно. Некада је на законском нивоу постојала разлика између апсолутно и релативно неподобног покушаја, која је условљавала и разлику у кажњавању.<sup>1006</sup> Иако није спорно да апсолутно неподобан покушај заслужује повољнији третман, из перспективе угрожености заштићеног добра, у теорији се оправдано упозорава да често није могуће јасно разграничавање ових форми.<sup>1007</sup> Тиме су аргументовани и предлози о напуштању апсолутне и релативне неподобности и њиховом искључивању из процеса одмеравања казне. Са друге стране, поједини аутори се залажу за останак поделе уз предлог да се разграничење врши на другачији начин. Суштина предлога је у померању фокуса. Уколико би на основу општепознатих чињеница и чињеница познатих учиниоцу просечни посматрач сматрао довршење могућим, покушај би се сматрао подобним, иако је накнадно доказано да се то није десило због својстава предмета или средства, те би се само они покушаји, за које се већ унапред (*ex ante*) могло проценити да су безопасни, сматрали би неподобним.<sup>1008</sup>

Када цени меру у којој покушај утиче на казну, суд хтео-нехтео не може побећи од компарирања замишљеног свршеног и несвршеног дела које има пред собом. Ово стога што би, по логици ствари, казна за покушај морала бити мања од казне за свршено дело под идентичним околностима. Недостатак последице нужно умањује потребу за кажњавањем, услед чега је сигурно да као потенцијална казна отпада посебни максимум. Фиксирајући га на одређеном нивоу законодавац је у свом апстрактном „одмеравању“ имао у виду замишљени најтежи случај тог довршеног кривичног дела. Како наше право више не садржи апсолутно одређене казне, просто је немогуће да покушај као олакшавајућа околност не спусти казну са

<sup>1006</sup> Кривични законик ФНРЈ из 1951. године, али је та одредба брисана новелом из 1959. године.

<sup>1007</sup> Б. Златарић: *Кривични законик у практичној примјени...*, стр. 83, Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић: *Кривично право Југославије ...*, стр. 154, Љ. Јовановић: *Кривично право ...*, стр. 250, З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 197. и И. Вуковић: *Покушај кривичнога дела ...*, стр. 257.

<sup>1008</sup> И. Вуковић: *op. cit.*, стр. 258.



посебног максимума. Несумњиво је да је оријентир добијен поређењем са свршеним делом, много кориснији при оцени свршеног него несвршеног покушаја.

#### 4.3.6. Нека запажања о примени јачине повреде или угрожавања заштићеног добра у нашој судској пракси

Старија истраживања судске праксе су показала да судови у образложењима својих одлука ретко наводе околности које се односе на материјалну тежину дела, иако то не значи да је не узимају у обзир: „С једне стране, могли смо установити да објективна тежина кривичног дела има највећи утицај на одмеравање казне. Али ова чињеница се не одражава адекватно или скоро никако у образложењима пресуде, дакле, међу истакнутим отежавајућим и олакшавајућим околностима ... најчешће се тежина кривичног дела не спомиње ни као отежавајућа ни као олакшавајућа околност, иако има о томе у спису довољно података. Из тога се може закључити: судови не сматрају да је потребно образложити одмерену казну с обзиром на тежину дела, управо због тога што полазе од одређеног стандарда (можда бисмо могли рећи од тарифе), у коме је већ садржана (укључена) тежина дела. Околности се наводе само онда када се ради о одступањима од тарифе да би се та одступања оправдала“.<sup>1009</sup> У новијем истраживању, које су спровели Ћирић, Ђорђевић и Сепи, само је потврђено истрајавање у старој пракси. Тако је јачина повреде или угрожавања у само 2,2% случајева узета за олакшавајућу, а у 18,9% за отежавајућу околност.<sup>1010</sup> То значи да је у тек и нешто више од петине пресуда из узорка експлицитно уважено и објашњено дејство овог фактора на висину изабране казне. Нажалост, природа спроведеног истраживања је таква да не пружа податке о томе шта је било пресудно да овај фактор добије једно или друго дејство. Једино што се може прокоментарисати јесте међусобни однос јачине повреде или угрожавања и осталих околности са законске листе. На тај начин се и долази до закључка да је њена минорна заступљеност међу олакшавајућим околностима у

<sup>1009</sup> Љ. Бавцон: *Неколико примедба у вези са применом кривичних санкција у пракси наших судова*, ЈРККП, бр. 2, 1966. године, стр. 222.

<sup>1010</sup> Ј. Ћирић, Ђ. Ђорђевић, Р. Сепи: *op. cit.*, стр. 90. и 91.

великој сенци личних и породичних прилика (59,2%), држања учиниоца после учињеног дела (37,6%), ранијег живота (35,9%), других околности везаних за личност (26, 2%) и околности под којима је дело учињено (10,5%).<sup>1011</sup> Са друге стране, она је међу отежавајућим околностима најчесталија, мада је у стопу прати ранији живот учиниоца са 18,1%, а потом и околности под којима је дело учињено са 15,9%.<sup>1012</sup> Иако се претпоставља да је суд и у осталим случајевима негде водио рачуна о јачини повреде и угрожавања и да је она инкорпорирана у изречену казну, појава да то није констатовано у образложењу је једноставно недопустива. Огромна је грешка ако се иза непостојања у образложењу крије и реално неуважавање ове околности, што је мало вероватно, али се помиње више као хипотетичка могућност. Квалитет и квантитет последица треба да представљају „полазну станицу“ на путу редовног одмеравања, тако да се остале околности само надовезују и коригују почетни суд о казни у једном или другом смеру. Без уважавања врсте и интензитета последице, овај процес губи своје чврсто утемељење и постаје на неки начин деформисан, о чему је већ било речи у претходним излагањима.

#### 4.4. Околности под којима је кривично дело учињено

Околности под којима је дело учињено представљају скупни назив за многобројне и разнородне чињенице. Могло би се рећи да се ради о једном од најкомплекснијих инструмената редовног одмеравања, управо због непрегледног низа конкретних видова испољавања. Сваки покушај сачињавања некаквог пописа, потпуне и исцрпне листе чињеница из овог склопа унапред је осуђен на неуспех, па је уобичајно говорити само о најтипичнијим и најчешћим у пракси. Наведена особина изазвала је и изражену потребу да се оне некако среде и учине прегледнијим, тако да се, без готово изузетка, у домаћој теорији класификују на субјективне и објективне, у зависности од тога да ли се односе на учиниоца или на

---

<sup>1011</sup> Ј. Ђирић, Ђ. Ђорђевић, Р. Сепи: *op. cit.*, стр. 90.

<sup>1012</sup> *Op. cit.*, стр. 91.

кривично дело.<sup>1013</sup> Како је раније указано на то да појам субјективних и објективних околности не треба користити у горе наведеном смислу, у даљем излагању ће околности под којима је дело учињено једноставно бити подељене на оне које се односе на субјекте кривичног дела и на само кривично дело. Логична консеквенца постојања околности које се односе на учиниоца, у оквиру околности под којима је дело учињено, јесте њихова повезаност са, да их тако назовемо, општим околностима везаним за учиниоца, са кривицом, побудама, личним приликама и ранијим животом, односно, повезаност околности које се односе на дело са јачином повреде или угрожавања заштићеног добра. То надаље значи да се, на пример, приликом одређивања шта све спада у околности које се односе на дело мора водити рачуна о томе како се тумачи појам јачине повреде или угрожавања заштићеног добра, да ли се он узима у рестриктивном или екстензивном смислу.<sup>1014</sup> Међутим, испреплетеност околности под којима је дело учињено са неким другим олакшавајућим и отежавајућим околностима, није једини проблем. Оне су веома често инкорпориране у само биће кривичног дела, у основни, квалификовани или привилеговани облик, тако да због забране двоструког вредновања у појединим случајевима не могу утицати на избор казне.

#### 4.4.1. Околности које се односе на субјекте кривичног дела (учиниоца и жртву кривичног дела и њихове интерперсоналне односе)

Околности које се односе на субјекте представљају извесне карактеристике или обележја учиниоца и жртве кривичног дела, и оне се теоријски могу издвајати и самостално разматрати, мада се у процесу одмеравања казне сагледавају у контексту њихових интерперсоналних односа, где добијају нови квалитет и своје пуно значење. Као и свака друга личност и жртва кривичног дела се одликује

---

<sup>1013</sup> В. Пешић: *Олакшавајуће и отежавајуће околности ...*, стр. 11, Д. Атанацковић: *Критеријуми одмеравања казне ...*, стр. 100, Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић: *Кривично право Југославије ...*, стр. 314, Љ. Јовановић: *Кривично право ...*, стр. 450, Д. Јовашевић: *Одмеравање казне према Кривичном закону ...*, стр. 119, Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 259. и др. Исто и у страног литератури В. Камбовски: *Казнено право ...*, стр. 706, Ж. Хорватић: *Казнено право ...*, стр. 195, Љ. Selinšek: *Kazensko pravo ...*, стр. 285.

<sup>1014</sup> З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 244.

многобројним својствима и особинама. Логично је претпоставити да све оне немају утицај на редовно одмеравање, те је неопходно пронаћи неки критеријум за селекцију. Основне и почетне смернице, у неку руку, даје сам законски текст. Наиме, ако је законодавац, инкриминишући поједина понашања, проценио да одређена својстава жртве воде ка квалификованом облику дела, онда није неосновано закључити да би та иста околност код других дела могла имати утицаја на избор казне. Свако законско издвајање неке категорије пружањем посебне заштите, представља несумњиво признање да су њени припадници подложнији или изложенији виктимизацији, више предиспонирани да буду жртве или да трпе веће негативне последице у односу на друге категорије које немају таква својства.<sup>1015</sup> Типичан пример су деца и малолетници, али и труднице, стара, болесна или немоћна лица. Очигледна је интенција законодавца да им се пружи појачана заштита, што се у процесу одмеравања рефлектује повећањем казне ако се нађу у улози жртве.<sup>1016</sup> Наравно, овде постоји опасност од урачунавања својстава које немају никакве везе са кривичним догађајем, што се некада дешава несвесно и спонтано, а некада због манипулација одбране, о чему ће детаљније бити речи у оквиру излагања о психологији одмеравања казне.

Када се говори о односу између учиниоца и жртве, потребно је нагласити да он нема исти значај код свих кривичних дела. Он може бити потпуно ирелевантан, рецимо, када се ради о тзв. делима без жртве (*victimless crimes*), а некада веома битан као код тзв. „деликата односа“. Ова дела се остварују у непосредном међусобном контакту физичке и психичке природе, а типични примери су дела против живота и тела, полне слободе или части и угледа. Фокус испитивања овде мора бити усмерен на интерперсонални однос, а не само на индивидуалне карактеристике субјеката, јер се поузданија слика добија тек када се оне посматрају у конекцији, а не изоловано, саме за себе.

---

<sup>1015</sup> Е. А. Fattah: *Улога жртве у одређивању деликта*, ЈРККП, бр. 4, 1970. године, стр. 647.

<sup>1016</sup> Једна од илустрација је и следећи извод из пресуде: „Представља отежавајућу околност код кривичног дела увреде, то што је окривљени увредио малолетну оштећену“. Пресуда Округног суда у Београду Кж. 3506/06 од 30. јануара 2007. године и пресуда Општинског суда у Сопоту К. 35/06 од 05. октобра 2007. године. И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, осма књига ...*, стр. 38.

Основно је питање да ли се учинилац и жртва познају од раније или не. Ако се познају, нужно је утврдити о каквом се односу ради, под чиме се подразумева најпре тип односа – сроднички, брачни, пријатељски, познанички, суседски, колегијални, љубавнички и слично. Много детаљнији подаци заједничке предисторије добијају се анализом квалитета односа, јер он може бити обележен позитивним (толеранција, уважавање, поштовање, љубав итд.) или негативним садржајем (нетолеранција, мржња, завист, љубомора, све до присуства физичког, психичког или сексуалног злостављања). Отуда је погрешно *a priori* закључивати да је неки претходни однос учинилац-жртва у конкретном случају позитиван, јер је статистички најучесталије и очекивано да буде позитиван. Крвно сродство, посебно међу блиским сродницима, у највећем броју случајева прати међусобна љубав и поштовање, али има и потпуно супротних примера, тако да се квалитет јавља као много поузданији критеријум од самог типа односа. Не сме бити занемарена ни усмереност садржаја, јер у неким односима позитивност или негативност долазе са обе стране, док су у неким другим једносмерне. Истовремено, да би одлука о казни била правилна и правдена, у сваком случају поремећених односа треба испитати и како је до њих дошло, кривицом једне или друге стране, јер је управо то пресудно за сврставање претходног односа у отежавајуће или олакшавајуће околности, али и за спознају и разумевање мотива, који су изазвали и усмерили деловање учиниоца.

Генерално посматрано, сваки претходни позитиван однос има дејство отежавајуће околности, ако је дело учињено управо његовом злоупотребом. Учиниоцу се мора ставити на терет то што тенденциозно користи читав фактора проистеклих из позитивног става жртве. Ако учинилац ужива њено поверење, она не очекује да од њега може бити виктимизирана, па и нема уобичаји „гард“, не предузима радње обезбеђења и предострожности, а због затечености и парализујућег и изненађујућег дејства неочекиваног напада некада не предузима ни радње одбране. Такође, позитиван претходни однос може имати улогу код припремања дела, јер се тако долази до пуне информисаности о жртви (особинама, навикама, условима у којима живи, уопште о њеном животном стилу), као и до стварања прилике за извршење дела услед близине, учесталости контаката и

могућности бирања најповољнијег тренутка. Позитивни претходни однос учиниоца чини и мање сумњивим и може да отежа касније доказивање кривичног дела.

За разлику од описаног, претходни позитиван однос има дејство олакшавајуће околности обично када је комбинован са нехатним поступањем и кајањем, као у следећем примеру: „Првостепеном пресудом оптужени је оглашен кривим за тешко дело против опште сигурности, јер је у шали са својим другом извадио пиштољ за који је мислио да је празан, уперо га у друга, повукао обарач и усмртио га. Правилно је првостепени суд као олакшавајућу околност ценио да последица кривичног дела погађа оптуженог, с обзиром да је са покојним био најбољи друг од своје десете године живота што је манифестовао и после извршења дела“.<sup>1017</sup>

У домаћој теорији су ретка истраживања вредновања претходног односа између учиниоца и жртве, а она спроведена сведоче о занемаривању ове околности.<sup>1018</sup> Иако се суд бавио испитивањем претходног односа у претежном броју случајева (78%), зачуђујуће је што се тим сазнањима ретко служио код одмеравања казне (око 17%), али је зато утврђено да је битно утицао на њену висину, тамо где се појавио у образложењу пресуде.<sup>1019</sup> Најучесталији типови односа у узорку су сроднички, суседски, пријатељски и познанички. При томе су, посматрано кроз призму квалитета ових односа, као олакшавајуће околности најчешће третирани трајнији лоши односи са жртвом кривичног дела, ако их је жртва проузроковала или када је било тешко проценити чији је допринос претежнији. Такав став се може пронаћи и у новијим судским пресудама.<sup>1020</sup> Са

---

<sup>1017</sup> Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 873/01 од 29. јуна 2001. године, *Судска пракса*, бр. 10, 2002. године, стр. 9.

<sup>1018</sup> Једно такво истраживање спровела је у Србији Николић-Ристановић. Узорак је обухватио 385 осуђујућих пресуда са подручја окружних и општинских судова у Београду, Нишу, Крагујевцу, Краљеву и Ваљеву из петогодишњег периода од 1980. до 1985. године. Радило се о кривичним делима убиства, телесним повредама, силовању, крађи, разбојништву, превари и угрожавању безбедности јавног саобраћаја. В. Николић-Ристановић: *Околности везане за жртву и одмеравање казне*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3-4, 1994. године, стр. 359.

<sup>1019</sup> В. Николић-Ристановић: *op. cit.*, стр. 363.

<sup>1020</sup> „Представља олакшавајућу околност чињеница да је окривљени кривично дело тешке телесне повреде извршио испровоциран ранијим неспоразумом са оштећеним ... чињеницом да га је оштећени пар дана пре извршеног кривичног дела псовао будући да касни са исплатом ...“. Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 790/06 од 27. марта 2006. године и пресуда Петог општинског суда у Београду К. 796/04 од 20. децембра 2005. године. И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, седма књига*, Београд, 2006. године, стр. 41.

друге стране, злоупотреба поверења које је жртва имала у учиниоца је без изузетка рачуната као отежавајућа околност.

Оно што чини вредновање претходног односа посебно деликатним јесте чињеница да су неки учиниоци и жртве неминовно упућени једни на друге, било због тога што живе у заједници, што су комшије или колеге са посла. То значи да ће по осуди и издржавању казне бити опет у контакту, на основу чега се у пракси некада умањује казна, како се не би продубио постојећи сукоб.<sup>1021</sup> Шта више, није искључено ни да сама жртва инсистира на томе. Све то изискује максималну обазривост суда, који би морао да поведе рачуна да ли су жеље за каснијом нормализацијом односа обостране, искрене, реалне или се иза тога крије нешто друго, рецимо, притисак на жртву и неки вид застрашивања.

Интерперсоналне односе „криминалног пара“ битно може да одреди и својство које бисмо слободно назвали дистрибуцијом моћи. Теоријски, постоје различити модалитети дистрибуције. Она може бити равномерно распоређена (равнотежа моћи), као што може постојати и дисбаланс, који је нарочито значајан за одмеравање казне ако иде на штету жртве кривичног дела. При томе је и само фактичко постојање неравнотеже негативно, а оно постаје још негативније ако је од учиниоца смишљено и планирано искоришћено за вршење кривичног дела. Дистрибуција моћи је веома компликовано питање и зависи од различитих чинилаца. Оквирно, они се могу поделити на физичке и социјалне. Док је прве много лакше набројати, други су готово неисцрпни. У физичке факторе спадају узраст (одрасла особа и дете или стара особа), пол, телесна конституција и здравствено (ментално и физичко) стање, али и трудноћа. Посебна стања, када се жртва налази под дејством алкохола или опојних средстава, такође, могу да утичу на дистрибуцију моћи. Социјални фактори су различити облици зависности и подређености због обавезе издржавања, хијерархијског односа на радном месту, било којег односа где једна особа црпи моћ из тога што одлучује о неком праву или интересу друге особе, разлика у финансијском статусу, у степену образовања, у друштвеном положају, припадност вулнерабилним групама и слично. Описане

---

<sup>1021</sup> Ж. Хорватић: *Утјецај жртве на судско одмјеравање казне и примену других кривичних санкција према учиниоцу кривичног дела*, Наша законитост, бр. 5-6, 1975. године, стр. 526.

физичке разлике упечатљиво долазе до изражаја код дела којима се нападају живот и телесни интегритет, што се често признаје у судској пракси: „Као отежавајућу околност код кривичног дела тешке телесне повреде суд може ценити чињеницу да је оштећени знатно старији од окривљеног“,<sup>1022</sup> или „Када је учинилац лишио живота своју супругу која је тежак инвалид, неспособна и у немогућности да се брани, то представља отежавајућу околност“.<sup>1023</sup> Наравно, разлике између учиниоца и жртве могу бити релевантне и код других кривичних дела: „При одмеравању казне за кривично дело разбојништва треба ценити ... да су дело извршила два млада маскирана лица према брачном пару који су старији људи од 70 година ...“.<sup>1024</sup> Подразумева се да злоупотреба дистрибуције моћи игра улогу у одмеравању казне како код субјеката који се познају од раније, тако и у супротној ситуацији, под условом да је разлика евидентна. Степен негативног дејства зависи од тога да ли се на постојању „инфериорности“ непознате жртве, *ad hoc*, заснива одлука или би дело било учињено и независно од ових карактеристика.

Друга варијанта односа постоји када се субјекти не познају од раније. Та чињеница углавном не усмерава избор казне. Међутим, у извесним ситуацијама вредновање ове чињенице зависи од механизма преласка на дело. Негативан утисак оставља дело учињено из обести према непознатој жртви, која није дала никаквог повода, док се чињеница да је дело испровоцирано понашањем саме жртве сматра олакшавајућом.

Следећи сегмент излагања биће посвећен управо анализи утицаја жртве на настанак дела, сада не у смислу претходних односа, већ у виду акције жртве предузете непосредно пре започињања дела. У криминалној етиологији и виктимологији постоји претпоставка да све жртве нису једнако невине, исто као што ни сви учиниоци нису једнако криви, тако да је пред суд постављен и задатак да утврди да ли је, на који начин и у којој мери, жртва допринела сопственој виктимизацији. Готово да није потребно наглашавати деликатност овог проблема.

---

<sup>1022</sup> Пресуда Округног суда у Београду Кж. 266/04 од 12. фебруара 2004. године, *Билтен Округног суда у Београду, бр. 64, 2004. године*, стр. 66.

<sup>1023</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1595/05 од 03. новембра 2005. године и пресуда Округног суда у Београду К. 518/05 од 16. јуна 2005. године. И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, седма књига ...*, стр. 44.

<sup>1024</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1974/02 од 12. јуна 2003. године, *Билтен Округног суда у Београду, бр. 62, 2004. године*, стр. 79.



Умањивање утицаја жртве доводи до неоправданог пребацивања терета на учиниоца и увећавање његове кривице. Са друге стране, хиперболисање доприноса жртве фаворизује учиниоца и истовремено води ка њеној секундарној виктимизацији.

Настојећи да одговоре на питање како долази до кривичног дела, многи криминолози и виктимолози су поставили тезу о „кривици“ или „одговорности“ жртве. Тако се поред жртве која не учествује у делу (не даје допринос, не пружа отпор или пружа отпор), издвајају латентне или предиспониране жртве (био-психо-социјално предодређене), жртве-провокатори (активне или пасивне), жртве које учествују у извршењу дела и лажне жртве (представљају се као жртве иако то нису, или су то постале због сопственог намерног или ненамерног понашања).<sup>1025</sup> Други компарирају „кривицу“ жртве и учиниоца, издвајајући потпуно невину (чедоморство), незнатно криву (трудна жена која се подвргне недозвољеном побачају), подједнако криву (случај одлучује ко ће бити жртва), више криву (убиство на мах), и искључиво криву жртву (убијена при одбијању напада код нужне одбране).<sup>1026</sup> За потребе овог излагања посебно је погодна шестостепена скала „одговорности“ жртве у виду: позива на извршење кривичног дела уласком жртве у опасну зону; олакшања посла учиниоцу услед непредузимања мера опреза; провокације активним деловањем, којим се изазива одговор учиниоца; тешког изазивачког напада од стране жртве, код којег за разлику од претходног, жртва иде за тим да повреди учиниоца; сарадње жртве са учиниоцем, њеног пристанка; и захтева и активног охрабривања учиниоца да учини дело.<sup>1027</sup> У испитивању могућности примене ових сазнања у процесу одмеравања казне формирано је неколико закључака. Прво, посматрано са кривичноправног аспекта, није исправно користити термине кривица или одговорност,<sup>1028</sup> јер се тако сужава појам релевантног утицаја жртве на настанак дела. Много је примереније говорити о

---

<sup>1025</sup> Ову поделу је дао Fattah. Поред наведених постоје и друге класификације, али оне се свде на исто, са мање или више рашчлањеним типовима. В. Николић-Ристановић: *Утицај жртве на појаву криминалитета*, Београд, 1984. година, стр. 45. и надаље.

<sup>1026</sup> Подела коју је дао Mendelsohn, преузета из З. Шепаровић: *Оштећеник у казненом праву: правни и виктимолошки аспекти*, Наша законитост, бр. 5-6, 1985. године, стр. 494.

<sup>1027</sup> Ову поделу је сачинио Lamborn. Наведено према З. Шепаровић: *op. cit.*, стр. 553.

<sup>1028</sup> У нашој правној теорији нема језичких финеса као, на пример у немачкој, која има самосталне термине за кривицу учиниоца (*Schuld*) односно жртве (*Verschulden u Mitverschulden*).

доприносу жртве. Кривица и одговорност подразумевају психички супстрат, а допринос инкорпорира и елементе објективне природе. Допринос жртве је некада чисто објективан, њена радња у физичком смислу изазива радњу учиниоца и затим забрањену последицу, а да при томе нема кривице, која подразумева урачунљивост, умишљај или нехат и свест о противправности. Релевантност овог облика понашања жртве за одмеравање казне најбоље се види на примеру саобраћајног дела насталог, на пример, тако што је петогодишње дете изненада излетело из живице на коловоз. Забрањена последица овде може да настане чак превасходним деловањем жртве, уз претпоставку да је возач поштовао прописе, пре свега ограничење брзине, као и да није било начина да предвиди овакво њено понашање. Крећући се и даље у чисто објективном сагледавању доприноса, не може остати непримећено да су неке радње жртве противправне (чест случај код саобраћајних дела), неке изазивају прекор јер су социјално-етички неприхватљиве, а неке нису чак ни то. По сагледавању узрочно-последичних веза, може се приступити и испитивању кривице, некада чак и у кривичноправном смислу, али су такве ситуације ретке (жртва тешке телесне повреде тужена за увреду којом је изазвала учиниоца). Ако се наведене идеје сумирају, долази се до следећих закључака: између понашања жртве и последице мора да постоји узрочно-последична веза; кривица није нужна за постојање доприноса; ако она постоји у кривичноправном смислу, о томе се води рачуна код одмеравања казне. Наравно, подразумева се да се овде не говори о доприносима који воде искључивању противправности (нужна одбрана) или привилегованом облику дела (убиство на мах), већ искључиво о доприносу који се третира као олакшавајућа околност, у мањој или већој мери, у зависности од описаних нијанси.

Цитирана Менделсонова класификација наводи на размишљање о степену доприноса, као околности за одмеравање. Занимљиво је да се у старијој теорији по том питању појавило схватање да кривични суд треба да се угледа на поступање парничног, када одређује квоте за надокнаду настале штете.<sup>1029</sup> Међутим, са уважавањем чињенице да је у парници прецизно квантификовање нужност, јер се

---

<sup>1029</sup> В. Банић: *Утицај доприноса жртве кривичног дела на степен кривице учиниоца и меру основаности имовинскоправног захтева*, ЈРККП, бр. 4, 1982. године, стр. 569.

износ штете мора прецизно поделити, инсистирање на примени овог модела у кривичном праву је непримерено. Сигурно је да су некакви процентуални изрази доприноса непримерени и непотребни и да они удаљавају одмеравање од синтетичког и приближавају га аналитичкој оцени околности. То опет не значи да није битно да ли је допринос заменарљив, мањи, подједнак, или претежан, већ само да није неопходно некакво прецизно математичко изражавање ових категорија.<sup>1030</sup>

Први стадијум Ламборнове поделе има значај за објашњење дела, а никакав за одмеравање казне кроз допринос жртве. Широко постављен појам „уласка у опасну зону“ не даје за право да се стави на терет жртви. Вођење свакодневног живота нужно доводи до тога да смо стално у некој „опасној зони“, пошто учествујемо у саобраћају, остављамо аутомобиле на нечуваном паркингу, пролазимо недовољно осветљеном улицом, улазимо сами у лифт и слично. Било би неоправдано тако нешто сматрати доприносом жртве битним за одмеравање. Са друге стране, коришћење описаних прилика може бити *modus operandi* учиниоца, што је значајно са криминалистичког аспекта, али и са аспекта кривичног права.

Следећи облик доприноса постоји када је жртва лаковерна, несмотрена, неодговорна према сопственој безбедности (не закључава кућу или аутомобил, оставља ствари без надзора и сл). Она тиме делује или подстицајно на учиниоца, јер утиче на формирање одлуке да се изврши дело, или само да олакшава његово извршење, ако одлука већ постоји. Раније је изостанак или недовољан степен пажње, надзора и контроле у домаћој судској пракси узиман као олакшавајућа околност за службена и имовинска кривична дела, код којих је оштећени правно лице, а учинилац запослени. Правна теорија није била јединствена у оцени регистроване појаве, тако да су једни сматрали погрешним поступање судова,<sup>1031</sup> док су други били блажи у критици, признајући да недостатак или недовољна контрола (исто као и лакомислено понашање жртве) представљају допринос, али да

---

<sup>1030</sup> Да кривично и грађанско право нису толико далеко може се доказати примером кривичних дела којима је прозорокована штета. Ако оштећени постави имовинскоправни захтев, а постојао је и његов допринос у настанку штете, кривични суд би се практично нашао у ситуацији да поступа као парнични. Наравно, оштећени може бити упућен на парницу, а онда је дискутабилно колико би оквирно процењени доприноси обеју страна представљали основу за успешно решавање питања надокнаде штете. Без прецизног одређивања доприноса, кривични суд не поставља добар темељ парничном суду за решавање овог важног питања.

<sup>1031</sup> Б. Златарић: *Кривични законик у практичној примјени ...*, стр. 137.

га не треба преувеличавати, поготову када се покаже да би учинилац и без тога извршио кривично дело.<sup>1032</sup> По нашем мишљењу новија пракса има исправнији став. Николић-Ристановић је у свом истраживању показала да се допринос жртве остварен пасивном провокацијом (у коју спадају горе описани случајеви), утврђује у кривичном поступку, али се не рачуна као олакшавајућа околност.<sup>1033</sup> Када се већ говори о пасивној провокацији, требало би поменути да се некада водила жива расправа о њеном значају код сексуалних кривичних дела, али да је данас потпуно депласирано и неукусно кривити жртву за провокацију изгледом.

Провокација у виду активног понашања жртве редовно има третман олакшавајуће околности. Овде се ради о ситуацијама када је радња жртве акција на коју је учинилац реаговао предузимањем кривичног дела. Појам активне провокације, у контексту Ламборнове поделе, супсумира хетерогена поступања жртве, посебно са аспекта правне евалуације. Тако понашање жртве може бити недозвољено, што се често дешава код кривичних дела против безбедности јавног саобраћаја. Жртва својом претходно предузетом нехатном радњом изазива нехатну радњу учиноца, којом се остварује биће кривичног дела. Пошто Кривични законик не даје никакве смернице за стицај нехата, нехат жртве треба узети као олакшавајућу околност, и то у оној мери у којој је утицао на проузроковање последице.<sup>1034</sup> Са друге стране, активан допринос жртве настанку забрањене последице уопште не мора да буде противправан. Вербални исказ може бити итекако иритантан, иако у себи нема елементе противправности, као фино уобличена критика од стране колеге, пребацивање и „звоцање“ од стране партнера и слично.<sup>1035</sup> На основу изнетих напомена, при одмеравању казне када постоји овај тип активне провокације требало би водити рачуна о два фактора – мери доприноса у настанку забрањене последице у чисто објективном смислу, и о томе да ли је радња провокације противправна или не.

---

<sup>1032</sup> П. Новоселец: *Кривња жртве у нашем кривичном праву*, Наша законитост, бр. 5-6, 1985. године, стр. 535. и надале.

<sup>1033</sup> В. Николић-Ристановић: *Околности везане за жртву и одмеравање казне ...*, стр. 362.

<sup>1034</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 141.

<sup>1035</sup> „Чињеница да је окривљени био изазван од стране оштећеног на свом радном месту пре него што му је нанео тешку телесну повреду представља олакшавајућу околност“. Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 1999/03 од 18. септембра 2003. године, *Судска пракса*, бр. 1, 2004. године, стр. 19.

Тежи облик провокације представља изазивачки напад жртве, усмерен на то да повреди учиниоца, што у кривичном праву, традиционално, има израз кроз институт прекорачења нужне одбране. Овде се ради о специфичној инверзији улога, јер је нападач услед прекорачења граница нужне одбране постао жртва кривичног дела (поменуто је да се у теорији некада назива лажном или псеудо-жртвом, управо зато што је први напао заштићено добро и тиме иницирао ланац недозвољеног понашања). Прекорачење нужне одбране представља основ за факултативно ублажавање казне, односно, за факултативно ослобођење од казне, ако је до прекорачења дошло услед раздражености или препаста изазване нападом (чл. 19. ст. 3.). Редовно одмеравање долази у обзир ако суд процени да се, у склопу осталих околности, ванредним одмеравањем не може постићи сврха кажњавања. Утицај прекорачења нужне одбране на висину казне тада би зависио од степена несразмере између нападнутог и нападачевог добра, као и од степена несразмере између напада и одбијања напада, узимајући у обзир њихов интензитет (коришћена средства, начин њихове употребе, као и карактеристике нападача и нападнутог). Све ово представља фактичко питање, повезано са тиме какве су биле реалне алтернативе за одбијање напада, шта је од расположивог нападнути изабрао, као и колико је уопште психички био у стању да организује одбрану, којом би у већој мери поштедео нападачева добра.<sup>1036</sup>

Такође, изазивачки напад жртве као облик провокације може бити тумачен и позивањем на одредбе о убиству и тешкој телесној повреди на мах. У опису ових дела се, поред напада, налазе и злостављање и тешко вређање од стране убијеног или повређеног. Злостављање је генерички назив за радње којима се изазивају психичке и/или физичке патње (при чему се не ради о телесној повреди), док је тешко вређање правни стандард и утврђује се објективно, на основу владајућих обичаја у датој средини. Укратко, приликом редовног одмеравања описано изазивачко понашање жртве постаје предмет процене ако нема законског основа за искључење противправности, ако није оправдно ублажавање односно ослобођење

---

<sup>1036</sup> З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 105.

од казне,<sup>1037</sup> или ако се понашање жртве не може супсумирати под неко од наведених привилегованих кривичних дела.

Специфичан облик доприноса кривичном делу дају тзв. добровољне жртве. Теоретски, добровољна жртва постоји када захтева и охрабрује учиниоца да повреди или угрози неко њено правно добро односно када пристаје на повреду или угрожавање. Отуда назив пристанак повређеног, који се код нас користи, чисто семантички посматрано, асоцира на претходно постојање неког предлога или понуде учиниоца са којим се жртва саглашава. У том случају иницијатива је на страни учиниоца, док се код захтева тежиште помера ка жртви, јер је она та која инсистира на предузимању дела. Не залазећи дубље у ову расправу, чињеница је да се у теорији пристанак повређеног, под одређеним условима, третира као посебан основ за искључење противправности. Наше материјално кривично право пристанак повређеног не предвиђа као општи институт, али га уважава код лишења живота из самилости (чл. 117.) и код недозвољеног прекида трудноће (чл. 120. ст. 1.), док се у процесном изражава кроз одлуку оштећеног да не покрене или не настави кривично гоњење. Такође, пристанак може имати утицаја на одмеравање казне.<sup>1038</sup> Претпоставка је да се ради о добровољном пристанку пунолетног и урачунљивог лица, који је дат тако да се може доказати. Уобичајно се (за искључење противправности) тражи и то да је пристанак дат пре или за време извршења дела, док би за одмеравања казне био значајан и накнадни пристанак. У неким специфичним ситуацијама пристанак не би могао играти улогу олакшавајуће околности. Наиме, саглашавање жртве је некада у функцији остваривања злоупотреба, на пример, да би се проузроковала болест или неспособност за рад, у циљу признавања неког права из социјалног осигурања које јој по закону или другим прописима или општим актима не припада. У истој равни би се нашао пристанак са циљем да би се избегло давање издржавања, или одложило

---

<sup>1037</sup> Ово важи и за основе предвиђене у посебном делу Кривичног законика: „Ако је увређени увреду узвратио па суд окривљеног не ослободи од казне, ту чињеницу може ценити као олакшавајућу околност. Поред тога, суд је као олакшавајућу околност на страни окривљене утврдио чињеницу да је она прва била увређена да је увреду повратила“. Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 3505/06 од 21. децембра 2006. године и пресуда Општинског суда у Сопоту К. 111/05 од 11. маја 2006. године. И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, осма књига ...*, стр. 36.

<sup>1038</sup> Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић: *op. cit.*, стр. 147.

издржавање казне. Учиница коме је све то познато не би требало да извлачи било какве погодности при одмеравању.

У судској пракси се најчешће нека врста прећутног пристанка појављује код кривичних дела против безбедности јавног саобраћаја, на начин који илуструје следећи извод: *„Код кривичног дела угрожавања безбедности јавног саобраћаја олакшавајућу околност представља чињеница да је оштећена која је задобила повреде од којих је умрла замолила оптуженог да је повезе, иако је знала да је он под утицајем алкохола“*.<sup>1039</sup>

У оквиру закључка о различитим модалитетима доприноса, вратићемо се на поменуто истраживање Николић-Ристановић. Методолошки, они нису тако прецизно разграничени, пошто се оквирно помињу вербална провокација, непрописно понашање (везано за саобраћајну делинквенцију) и комбинација физичког напада и вербалне провокације.<sup>1040</sup> Много је значајнији резултат истраживања да допринос не утиче на висину казне у некој нарочито високој мери. То је и навело ауторку на закључак да домаћи судови полазе од става да је жртва већ платила своју грешку тиме што је постала жртва, тако да значајније умањивање казне не би било непримерено. Два су разлога оваквог третмана – потреба да се заштити жртва, као и интереси остваривања генералне и специјалне превенције.

Такође, у претходним излагањима је било речи о доприносу жртве у настанку дела, и то у фази стварања идеје и плана, у фази започињања дела и у фази извршења. Не треба испустити из вида да жртва својом активношћу и после наступања последице може да утиче на њен обим и доведе до прогредирања. Илустративни пример је повређени, који из неког разлога не прихвати лекарску помоћ, услед чега наступи смрт, иако би се таква последица могла избећи.

Околности које се односе на учиниоца у овом склопу добијају се применом логичког метода елиминације. У том смислу, све што није обухваћено степеном кривице и побудама, евентуално ранијим животом и личним приликама, а манифестује се приликом извршења дела, припада овом корпусу. Најчешће се ради о некаквим „спољним“ обележјима активног субјекта, попут својства – родитеља,

<sup>1039</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 680/99 од 01. јуна 2000. године, *Судска пракса*, бр. 4, 2002. године, стр. 14.

<sup>1040</sup> В. Николић-Ристановић: *Околности везане за жртву и одмеравање казне ...*, стр. 362. и 363.

наставника, васпитача, староца, усвојиоца, службеног лица и слично – посебно ако су била злоупотребљена ради вршења дела. Подразумева се да то долази у обзир само када поменути својства не представљају квалификаторне околности.

Надаље, извесну улогу у редовном одмеравању казне има и број извршилаца. Док чињеница да је дело извршило једно лице не привлачи неку посебну пажњу, постојање множине активних субјеката интензивира тежину самог кривичног дела, што се мора рефлектовати на висину казне. Такво дело, криминолошки посматрано, припада колективном криминалитету (за разлику од солитарног), и одликује се већим степеном друштвене опасности, управо због те повезаности и садејства криминалних енергија.<sup>1041</sup> У области кривичног права, поред саизвршилаштва као општег института, чињеница да више лица<sup>1042</sup> учествује у извршењу представља конститутивни елемент неких дела или квалификаторну околност. За примере би се могли узети учествовање у групи која спречи службено лице у вршењу службене радње (чл. 324.), тешка крађа (чл. 204. ст. 2.) и силовање (чл. 178. ст. 3.), када се значај броја извршилаца углавном исцрпљује у оквиру правне квалификације. Следећи концепцију законодавца, који разликује појам „више лица“ од појма „групе“, као критеријум за вредновање множине субјеката при одмеравању казне, може се узети не само број извршилаца, него и степен њихове организованости.

Такође, појава више лица у остварењу дела, односно, саучесништво у ужем смислу, ствара потребу разграничавања по врсти доприноса. Подстрекавање, као тежи облик саучесништва треба строже третирати у односу на помагање. Помагање је један од факултативних основа ублажавања казне, и може постати олакшавајућа околност, када суд процени да се овим ванредним обликом одмеравања не може постићи сврха кажњавања. Постоје и учиниоци који кумулирају различите улоге у истом кривичном делу. Како је прихваћено да између различитих облика саучесништва нема стицаја, јер тежи у себи садрже лакше облике, постојање

---

<sup>1041</sup> Д. Атанацковић: *Саучесништво у кривичном делу*, ЈРККП, бр. 1-2, 1995. године, стр. 5.

<sup>1042</sup> Под појмом више лица се, на основу језичког тумачења, подразумева најмање два лица. Термин групе је аутентичним тумачењем ближе одредио законодавац. Тако групу чини најмање три лица, а она је организована ако су се удружила ради вршења кривичних дела (чл. 112. ст. 2.).



различитих улога неће остварити дејство на квалификацију, него само на кажњавање.

Поред наведеног, у околности које се односе на учиниоца могла би се подвести и чињеница да је деловао по наређењу претпостављеног. Наређење претпостављеног у нашем праву не представља општи основ за искључење противправности. Његово дејство је веома скучено, како искључује противправност само у вршењу службене дужности у војсци Србије. Постављени услови примене су веома строги, те је потребно да се наређење односи на службену дужност, да се не односи на вршење кривичног дела за које се може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна, а до искључења неће доћи ако је потчињени знао да ће извршењем наређења остварити кривично дело (чл. 430.). Евентуално, наређење претпостављеног би се, сем оних ситуација где искључује противправност, могло третирати као олакшавајућа околност. Златарић је то објаснио чињеницом да се у оваквој ситуацији учинилац налази у положају зависности и подређености, што се мора рефлектовати при одмеравању казне.<sup>1043</sup>

Овом скупу би се, евентуално, могле додати и чињенице које откривају механизам преласка на дело. Позитивно право не познаје припремне радње као кажњиви стадијум, иако су у посебном делу кажњиве код појединих кривичних дела, тако да кажњива зона почиње, под одређеним условима, тек са покушајем. То другим речима значи да се припремање може посматрати као отежавајућа околност; што је било потребно дуже и компликованије припремање, то је и потреба за повећањем казне израженија, као у следећем примеру: *„Извршењу разбојништва претходиле су припремне радње, сазнање да оштећени у стану држи већу суму новца, проналажење стана оштећеног преко кућног броја телефона, преко службе 988, проналажење интерфона и списка станара, праћење оштећеног, набављање полицијских униформи, што је имало утицаја, у смислу члана 54. на одмеравање казне“*.<sup>1044</sup> Очигледно је да овде постоји преплитање са

<sup>1043</sup> Б. Златарић: *Кривични законик у практичној примјени ...*, стр. 62.

<sup>1044</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 2468/05 од 13. фебруара 2006. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 649/05 од 20. септембра 2005. године. И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, седма књига ...*, стр. 42.

степеном кривице, јер темељно припремање сведочи о већој усмерености психичке енергије учиниоца, што је детаљно обрађено у претходним излагањима.

Неки теоретичари сматрају да се у оквиру околности под којима је дело учињено налазе и извесне чисто субјективне (психичке категорије). Тако је Атанацковић издвојио тзв. субјективне доживљаје настале приликом вршења кривичног дела (раздраженост, страх, депресивност, изненађеност, разочарање и слично), и трајне карактеристике његове личности, али само под условом да су дошле до изражаја у критичном периоду (приликом доношења одлуке и вршења кривичног дела).<sup>1045</sup> Такве околности би могле бити пргавост, поводљивост, лакомисленост, преосетљивост, безосећајност и друге. У супротном, када нису манифестоване, никако се не могу укалкулисати у казну, јер би то значило да некога кажњавамо за сам карактер као такав, што није оправдано.

#### 4.4.2. Околности које се односе на кривично дело

Околности као што су време, место, начин и средство извршења радње, уколико не представљају конститутивни елемент бића, појављују се као конкретизација или модалитет кривичног дела, те као такви могу имати импликације на редовно одмеравање казне, и то углавном као отежавајуће околности. Хетерогеност, на коју је указано на почетку излагања, овде у пуној мери долази до изражаја, тако да ни приближно није могуће претпоставити шта би се све у пракси могло појавити и подвести под поједине од наведених околности. Како је, као идеја водила, у овим разматрањима коришћена теза да се приликом утврђивања садржаја олакшавајућих и отежавајућих околности најпре треба послужити законским текстом, као полазним и основним извором смерница, исти принцип биће примењен и у овом случају.

Време извршења се веома ретко појављује у законском опису дела. Најчешће је код кривичних дела против уставног уређења и безбедности (непосредна ратна опасност, ратно стање, оружани сукоб, ванредно стање),

---

<sup>1045</sup> Д. Атанацковић: *Критеријуми одмеравања казне ...*, стр. 100.

кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом (рат, оружани сукоб, окупација), мада се спорадично среће и код других кривичних дела – убиство детета при порођају (за време порођаја или непосредно после за време поремећаја изваног порођајем), непоступање по здравственим прописима за време епидемије или тешка крађе (за време пожара, поплаве, земљотреса или другог удеса). Случајеви уважавања времена као отежавајуће околности, нису тако чести, а у прегледаним пресудама оцењено је као значајно то што је дело учињено за време бекства са издржавања казне,<sup>1046</sup> односно, за време бомбардовања.<sup>1047</sup>

Исте напомене важе и за место извршења дела. Изузетно, место може бити значајно када у извесном смислу погодује извршењу и доприноси већој опасности дела. Тада учинилац „рачуна“ на карактеристике места, тј. иде за тим да их искористи. Такође, чињеница да је дело учињено на јавном месту некада може да фигурише код одмеравања, јер показује дрскост и безобзирност учиниоца. Пресуде из којих би се видео третман места извршења у домаћој пракси су веома ретке. Једина из колекције, прикупљене за потребе овог проучавања, узима као отежавајућу околност чињеницу да је дело учињено у ходнику суда након изласка из суднице.<sup>1048</sup>

Многобројност конкретних видова испољавања је посебно евидентна код средстава. Апсурдно је и размишљати о томе шта све може послужити за извршење кривичног дела, а у самом Законику се помињу: опасно оруђе, оружје, средство подобно да тело тешко телесно повреди, штрудљива материја, експлозив, отров, електрична струја, средство за омамљивање и слично. Оно што би се могло узети као некакав критеријум за процену значаја средстава јесте, слободно названа, количина напора са којом се до њега долази. Неки учиниоци користе средства која су им се „нашла при руци“, други морају више да се потруде да би их прибавили или чак сачинили наменски за вршење кривичног дела. Јасно је да први тип

---

<sup>1046</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1522/98 од 16. септембра 1999. године и пресуда Округног суда у Београду К. 14/98 од 24. марта 1998. године.

<sup>1047</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1540/01 од 14. марта 2002. године и пресуда Округног суда у Београду К. 30/00 од 13. марта 2001. године, *Билтен Округног суда у Београду*, бр. 60, 2002. године, стр. 11.

<sup>1048</sup> Пресуда Округног суда у Чачку Кж. 50/2005 од 10. фебруара 2005. године, *Судска пракса*, бр. 4, 2005. године, стр. 23.

учинилаца није тако опасан као други, код којег се уочава другачији механизам преласка на дело, јер га припремају, што је опет повезано са већом упорношћу у реализовању криминалне намере, односно, са већим степеном кривице, или са постојањем претходних криминалних искустава. Други значајни моменат може се објаснити успомоћ претпоставке нужног средства. То значи да би пажњу суда требало да привуче коришћење средстава чије особине превазилазе меру неопходну за проузроковање забрањене последице. Чињеница да је учинилац, на пример, изабрао средство којим се изазива већа патња или јаче застрашење жртве представља показатељ патолошких црта карактера – безосећајности, свирепости, укратко, на постојање садистичких порива.

Већи број дела одређен је управо начином на који се врше: свирепо, нарочито свирепо, подмукло, опасно, дрско, понижавајуће. Регистровано је више пресуда у којима се поткрала грешка везана управо за начин извршења. Наиме, првостепени суд је приликом одмеравања казне погрешно узео као отежавајућу околност чињеницу да је дело учињено на насилан начин, јер је то управо елемент бића кривичних дела за која се судило.<sup>1049</sup> Међутим, код кривичних дела која се врше применом силе, судови узимају као отежавајућу околност чињеницу да је употребљена сила била прекомерна.<sup>1050</sup>

Поред наведених, у каталог околности под којима се врши кривично дело могу бити уврштене и оне које је позитивна школа означила као космотелурске околности. Њихов домашај је прилично ограничен и они се везују за саобраћајна кривична дела, а ту спадају чиниоци попут атмосферских падавина, видљивости, влажности или клизавости подлоге и слично.

---

<sup>1049</sup> „Оптуженом који је осуђен за кривична дела из чл. 103. и 168. не може се као отежавајућа околност ценити да је насилно вршио кривична дела, за која је оглашен кривим, јер је то елемент кривичних дела за која је осуђен“. Пресуда Врховног суда Србије Кж. 852/01 од 25. јула 2001. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 294/99 од 03. октобра 2000. године, *Билтен Окружног суда у Београду*, бр. 58, 2002. године, стр. 8.

<sup>1050</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1766/03 од 24. децембра 2003. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 527/03 од 07. јула 2003. године, И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, седма књига ...*, стр. 43.

#### 4.5. Ранији живот учиниоца

Ранији живот учиниоца представља још једну из корпуса околности везаних за учиниоца кривичног дела. Полазећи од начина на који је формулисана, чини се на први поглед да законодавац генерално сматра значајним читав учиниочев претходни живот, односно боље речено, живот пре извршења кривичног дела, како није посебно акцентовао ниједан његов сегмент. Тако испада да се пред суд ставља сизифовски задатак да утврди читав комплекс различитих података, који се грубо могу класификовати у две велике целине, пошто неки припадају јавном животу, а други чисто приватној сфери учиниоца кривичног дела. Међутим, нити је суд у могућности да спроводи овакво дубинско истраживање, нити је опет тако нешто потребно. При томе би требало нагласити компликованост и деликатност прибављања података из породичног и брачног живота. Иако би се могли сагласити са тиме да је понашање у кругу блиских особа много аутентичнији и непатворени израз личности, него било који облик иступања у јавности, схваћене у најширем смислу те речи, у којој су људи више склони различитим облицима мимикрије и прерачунавања, постоји низ проблема у вези са његовим утврђивањем. Оно спада у човекову интиму, па је питање где би нас довело инсистирање на неком детаљном трагању. Прво, не само што постоји законска заштита приватности, већ постоје и реалне тешкоће код доказивања ових података. По правилу, до њих се долази сведочењем најближих лица, која могу одбити сарадњу, али и ако то не учине увек остаје, због заинтересованости и емотивне везаности, оправдана сумња у истинитост чињеница које износе. Не треба занемарити ни процесну економију, ефикасност и смањење трошкова кривичног поступка, на којима се данас толико инсистира, која просто не дозвољава превелико упуштање у ранији живот учиниоца.

Уводна излагања показују да очигледно није ни могуће ни потребно расплињавање на непрегледни сплет чињеница нечијег живота, што даље имплицира неопходност селекције, тј. апстраховања небитних и концентрисање само на оне оцењене као релевантне. Помоћ у идентификовању ових чињеница свакако представља *ratio legis* ове одредбе, као и систематско и логичко тумачење

Кривичног законика. Ако је законодавац, као што је уобичајно, посебно издвојио ранију осуђиваност, тј. поврат, да се закључити *argumentum a contrario*, да неосуђиваност има подједнаког значаја. Надаље, ако се осуђиваност и неосуђиваност посматрају као стожери чињеничног комплекса, следи да интересовање суда треба да привуку и други подаци о животној (криминалној односно некриминалној) оријентацији учиниоца кривичног дела. Ово испитивање треба да буде усмерено на утврђивање да ли је учинилац водио примеран и беспрекоран живот, или је пак обрнуто, морално искварена и социјално девијантна личност. То би помогло и у расветљавању генезе конкретног случаја, не би ли се схватило да ли кривично дело представља само несрећну епизоду или происходи из животних ставова и животног стила учиниоца. Другим речима, неопходно је установити да ли је дело само ексцес у понашању или је пак дубоко укоренено у схватањима и начину живота, што је функционално повезано са одмеравањем казне и остваривањем сврхе кажњавања. Из наведених разлога излагање о ранијем животу учиниоца биће подељено у две основне целине, посвећене ранијој неосуђиваности и поврату.

#### 4.5.1. Ранија неосуђиваност

Потпуно неоправдано, ранија неосуђиваност није ни приближно привукла толико пажње у кривичноправној теорији као поврат. Она се углавном само спомиње и то кроз констатацију да је судска пракса редовно узима као олакшавајућу околност без неког даљег образлагања.<sup>1051</sup> А да ли је уочено шематизовано поступање судова исправно, где леже његови узроци и какве су његове импликације представљају логична и неразјашњена питања. Прво, припадност категорији примарних учинилаца не представља неко посебно морално достигнуће. Поштовање закона је нормално, статистички најчешће понашање, нешто што се за већину грађана једноставно подразумева. У том смислу, ако се

---

<sup>1051</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 262, 3. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 245. и др. Иста констатација важи и за старије изворе Хорватић: *Избор казне ...*, стр. 132. и др.

пође од Атанацковићевог схватања да свако одмеравање казне јесте доношење суда о моралној тежини дела и учиниоца,<sup>1052</sup> онда ранија неосуђиваност представља један, али не и довољан фактор за процену моралног лика. Чини се да у том смислу мотиви из којих је деловао или понашање после учињеног дела могу више да кажу о његовој личности, него чиста формална чињеница неосуђиваности. Нешто тако уобичајно не завређује посебну похвалу, и не може некритички и аутоматски бити признато као велики плус преступнику. Има мишљења да неосуђиваност уопште и не би требало да се цени као олакшавајућа околност, не само услед чињенице да не представља неки морални домет, већ због тога што се (зло)употребљава да би се санирале неке неуралгичне тачке кривичног права. Јединствено је схватање да се кроз хиперболисање значаја раније неосуђиваности заправо коригују непотребно строги законски минимуми и максимуми и ублажава казнена политика законодавца.<sup>1053</sup> Тако ће суд увек посегнути за овим критеријумом ако се не слаже са прописаном казном, при чему је кључни моменат абузивности, пресудан за избор баш ове а не неке друге околности, лака доступност податка, који може увек бити „извучен из фиоке“. Такође, интристично својство неосуђиваности је егзактност, којом се не могу похвалити неки други показатељи ранијег живота, превасходно ако потичу из исказа блиских (читати мање-више пристрасних лица), те се коришћењем неосуђиваности истовремено настоји услишити и захтев за објективизацијом процеса одмеравања казне.<sup>1054</sup>

Резиме различитих напомена у вези са ранијом неосуђиваношћу сигурно би се најједноставије могао дати ставом да она изоловано *per se* не ствара, али дефинитивно употпуњава позитивну слику о учиниоцу, уз претпоставку да постоје и неки други позитивни показатељи.

---

<sup>1052</sup> Д. Атанацковић: *Критеријуми одмеравања казне ...*, стр. 108.

<sup>1053</sup> Ј. Ђирић: *Ранија неосуђиваност као олакшавајућа околност код одмеравања казне*, ЈРККП, бр. 1-2, 1996. године, стр. 100.

<sup>1054</sup> Ј. Ђирић: *op. cit.*, стр. 96.

#### 4.5.2. Ранија осуда за кривично дело (поврат у кривичноправном смислу)

Позитивним правом је начињен извештај заокрет у начину нормативног уређења поврата. Тражи се само један услов за његово постојање, те је довољно да је учињено ново кривично дело после издржане, опроштене, застареле казне или ослобођења од казне, по протеклу рока за опозивање условне осуде или после изречене судске опомене (чл. 55.). Другим речима, одустало се од традиционалног издвајања вишеструког поврата и некадашњег поврата као факултативног основа за поштравање казне (чл. 46. ранијег ОКЗ-а). Практична последица јединствености поврата осетила се управо у домену кажњавања, како сада ниједан његов облик не може да доведе до „искакања“ из казног оквира прописаног за дато кривично дело. Другим речима, сваки поврат, колико год се његови појавни видови међусобно разликовали, представља искључиво факултативну отежавајућу, а не и евентуалну поштравајућу околност.

Законик набраја неколико одредница, ради усмеравања суда навише или наниже у оквирима казног распона, у које спадају:

- тежина раније учињеног кривичног дела,
- да ли је раније кривично дело исте врсте као и ново кривично дело,
- да ли су оба учињена из истих побуда,
- околности под којима су дела учињена и
- колико је времена протекло од раније осуде, односно од изречене, опроштене или застареле казне, ослобођења од казне, од протекла рока за опозивање раније условне осуде или од изречене судске опомене (чл. 55.).

Свака од наведених околности представљаће предмет посебног проучавања. Логичка анализа прве околности „тежине раније учињеног кривичног дела“ даје три потенцијалне ситуације: а) претходно дело је лакше од новог дела; б) претходно дело је исте тежине као и ново дело и в) претходно дело је теже од новог дела. Иако се може учинити претераним поменуто рашчлањивање, оно ипак много говори о учиниоцу и успеху претходно изречене или чак извршене казне. Први теоријски моделован случај сведочи о негативној тенденцији у понашању



учиниоца, о прогредирању асоцијалног понашања и дубљем залажењу у криминалну зону. Друга могућност говори о линији истрајавања у недозвољеном понашању. Иако би се из тога могло закључити да је овај случај лакши од претходног, јер бар све остаје у истом степену негативно и не погоршава се, реално је претпоставити да се иза свега може сакрити и појава професионализације делинквента, наравно уз испуњење додатних услова. Трећа варијанта је уједно и најбенигнија, што све мора да добије одговарајући израз код избора мере казне.

Следећа релевантна околност у процени дејства поврата на избор висине казне јесте истоврсност дела. Инсистирајући на томе да треба узети у обзир да ли је раније дело „исте врсте“ као и ново, законодавац прећутно уважава значај специјалног поврата у области редовног одмеравања, иако га нигде под тим називом не помиње. Овде се може поставити питање како схватити постављени захтев „исте врсте“. Најуже посматрано, то може бити буквално исто кривично дело или други облик истог кривичног дела, док би шире значење обухватило и било које друго кривично дело из исте групе. Међутим, да ли законски текст даје за право да се истоврсност схвати у једном ширем смислу, као припадност одређеном типу криминалитета, што је несумњиво много екстензивније поимање. Илустративни пример „ширине“ представља криминалитет насиља,<sup>1055</sup> под чије се окриље сврставају: крвни деликти (кривична дела против живота и тела), насиље у породици (кривична дела против брака и породице), сексуални деликти (кривична дела против полне слободе), злочини мржње (изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости из групе против уставног уређења и безбедности), криминалитет прогањања (нема адекватне инкриминације у домаћем праву, мада би се дело угрожавања сигурности из групе против слобода и права човека и грађанина евентуално могло подвести под овај тип), мобинг (извесна дела из групе против права по основу рада и против полне слободе) и насиље у спорту, које чине дела из тзв. допунског кривичног законодавства, нормирана посебним Законом о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама.<sup>1056</sup> Иако

---

<sup>1055</sup> Коришћена типологија криминалитета из С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић и М. Костић: *op. cit.*, стр. 113. Она је издвојена из низа постојећих типологија у домаћој литератури управо због обимности, како друге садрже мањи број облика криминалитета насиља.

<sup>1056</sup> *Службени гласник Републике Србије*, бр. 67/2003, 101/2005, 90/2007, 72/2009 и 111/2009.

сви наведени облици имају исти заједнички именитељ у примени насиља, око чије дефиниције криминолози баш и нису јединствени,<sup>1057</sup> овако нешто се може учинити претераним. Али, ако се доведе у везу са сврхом кажњавања, тј. њеним специјално-превентивним аспектом (спречавање учиниоца да убудуће чини кривична дела и утицање на њега да убудуће не чини кривична дела), онда за избор казне није нимало занемарљиво постојање склоности ка примени насиља, иако је она манифестована вршењем дела из различитих група.

Међутим, постоје и други начини повезивања дела из различитих група. Да би се разумела идеја биће узет пример тешке телесне повреде. Иако егзистира као самостално кривично дело, она се јавља и као тежа последица, која основни облик многих дела преводи у квалификовани. Било би и предугачко и непотребно набрајати сва код којих се јавља оваква трансформација, услед чега ће, само подсећања ради, бити наведена нека од њих: силовање, насиље у породици, разбојничка крађа или несавесно пружање лекарске помоћи. Како онда у поступку одмеравања казне, рецимо за квалификовани облик насиља у породици (чл. 194. ст. 3.) услед наступања тешке телесне повреде, ценити околност да је учинилац раније био осуђиван за самостално дело тешке телесне повреде? Има ли основа за изрицање теже казне од оне која би долазила у обзир да је учињено неко потпуно другачије дело, као крађа на пример. Чини се оправданим, иако дела по слову закона не улазе у исту групу. Ово је одрживо из разлога специјалне превенције, али и стога што се појединим делима не штити само једна него више значајних друштвених вредности, те је законодавац за потребе систематизовања кривичних дела морао издвојити једну од њих као предоминантну, не би ли делу пронашао место у законском тексту. Како се ова процена врши и да ли је она увек оправдана сасвим је друго питање, и оно превазилази постављену тему проучавања.

Паралелно са захтевом за испитивањем истоврсности дела законодавац инсистира и на утврђивању истоветности мотива. У пракси ове две појаве често

---

<sup>1057</sup> Неки од њих сматрају да насиље значи „употребу силе или претње или злоупотребу моћи према другом лицу“. С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић и М. Костић: *op. cit.*, стр. 111. Нешто уже поимање насиља обухвата „незакониту физичку или психичку принуду“, као код М. Бошковић: *Социјална патологија*, Нови Сад, 2002. године, стр. 97, или дела код којих се „ради постизања одређеног циља користи напад на жртву или се њиме прети“, код Ђ. Игњатовић: *Криминологија*, Београд, 1996. године, стр. 203.

„иду у комплету“, те понављање дела прати и понављање мотива. Међутим, овакав паралелизам не представља апсолутно правило. Иста дела могу бити другачије мотивисана, као што и исти мотив може бити психичка позадина хетерогених дела. Рецимо, убиство може пратити читав спектар мотива некада и супротних етичких вредности, као што и један те исти мотив, узмимо освету за илустрацију, може представљати субјективну спрегу дела, у којима се сем тога не примећује ништа заједничко – убиства, увреде или уништења туђе ствари. Разлог оваквог истицања истоветности уместо моралног садржаја, на који се обично помисли као на квалификатив мотива, лежи у томе што она пружа већу вероватноћу закључку да постоје тенденције ка криминалном понашању. Дакле, на бази поклапања дела у објективном и субјективном смислу, реалније је говорити о склоности, а тиме и очекивати и прогнозировать будуће недозвољено понашање, него у случају када оваква подударност не постоји.

Међутим, поновно извршење дела са истим побудама не мора нужно бити манифестација веће моралне покварености учиниоца. На пример, поновно дело ситне крађе ради личне потрошње не одражава увек жељу за паразитским начином живота, јер може да потиче из тешког, безизлазног материјалног стања учиниоца. Стога је исправно што законодавац оставља пуну слободу суду да у сваком конкретном случају одреди значај мотива у склопу свих осталих околности и заузме став о њиховом скупном утицају на казну.

Следећа смерница у одмеравању казне за поврат, околности под којима су дела учињена, је веома флексибилно постављена. Прво, околности су скупни назив за читав пакет чињеница, као што су: место, време, начин и средства извршења, али и коришћење неке трајније ситуације или односа за извршење дела, бирање жртава по одређеном моделу и слично. Друго, не само што су чињенице подведене под „околности“ бројне, оне уз то у законском тексту ничим нису детаљније одређене, али је основано претпоставити да и овде истоветност или истоврсност могу имати значајну улогу. Увек када се да наслутити какав *modus operandi*, то треба да буде сигнал суду да оштрије реагује, него у ситуацији када нема описане повезаности међу ранијим и новим кривичним делом, што илуструје и следећи извод из судске пресуде: „Ако је учинилац и раније вршио кривична дела на сличан начин то значи

да таква понашања нису страна његовој личности, већ напротив да су она типична и да се испољавају у континуитету“.<sup>1058</sup>

Последњи изричито наведени фактор одмеравања казне за поврат јесте временски интервал између новог дела и раније осуде, односно изречене, опроштене или застареле казне, ослобођења од казне, протекла рока за опозивање раније условне осуде или изречене судске опомене. По правилу, што је тај интервал краћи, то је криминална склоност учиниоца интензивније изражена, док трајнији размак може бити показатељ да између дела нема неке дубље, унутрашње повезаности. Домаћи судови су управо тако тумачили овај захтев, уз напомену да је оцена протеклог времена као кратког или дугог фактичко питање, решавано од случаја до случаја. Несумњиво је да кратко време постоји када је ново дело учињено непосредно након изласка осуђеног са издржавања казне затвора.<sup>1059</sup>

На крају, треба истаћи да је свих пет фактора органски повезано, те се при одмеравању казне не смеју одвајати. Погрешно би било посматрати их изоловано, јер тек у свом тоталитету и садејству могу да пруже слику о томе да ли је и у којој мери учинилац склон криминалном понашању.

Не може остати непримећено да је у групи околности од посебног значаја за оцену дејства поврата на избор казне, законодавац „испустио“ број кривичних дела. Тако следи да је постојање вишеструког поврата по свом значају у рангу осталих околности, мада наравно није ни онемогућено да га судија „урачуна“. Језичко тумачење формулације „кад суд одмерава казну учиниоцу за дело које је учинио после издржане казне ... може ту околност узети као отежавајућу, ценећи при том посебно ...“, говори да су околности што следе примарне и прворазредне, али и да се неке друге могу узети у разматрање. То значи да је вишеструки поврат доживео велику трансформацију, од некадашње поштравајуће околности, до потпуног утапања и невидљивости у оквирима јединственог појма поврата. Суд чак није ни посебно обавезан да о његовом постојању води рачуна. Сигурно је да су се на

---

<sup>1058</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 229/98 од 21. маја 1998. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 11/97 од 9. септембра 1997. године. Извор И. Симић: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, трећа књига ...*, стр. 34.

<sup>1059</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1928/06 од 06. јула 2005. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 1231/04 од 03. марта 2005. године, И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, седма књига ...*, стр. 45, пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 2567/2002 од 24. децембра 2002. године, *Судска пракса, бр. 9, 2003. године*, стр. 15.

законска решења рефлектовале сумње изражене у теорији у вези са давањем посебног статуса вишеструком поврату.<sup>1060</sup> Пооштравању казне због вишеструког поврата може се приговорити да се учинилац строже кажњава због дела за која је већ био осуђен односно кажњен, а посебној мери безбедности за вишеструке повратнике, која постоји у неким правима, да се своди мање-више на затварање преступника, тј. фактички на продужење (пооштравање) казне. Са друге стране, законодавац је уважио и искуства домаће судске праксе, у којој овај ванредни вид одмеравања казне није заживео, те је стога дошло до његовог напуштања.

Излагање о ранијој осуди би остало непотпуно без указивања на извесне процесне аспекте. Прво, доказивање чињенице раније осуђиваности у огромној већини предмета, није скопчано са неким тешкоћама, што је констатовано и на почетку излагања. Кривичним закоником је дозвољено издавање података из казнене евиденције суду, и то само у вези са поступком који се води против раније осуђиваног лица (чл. 102. ст. 2.). Једини проблем повезан са доказивањем раније осуђиваности искрсава у ситуацији када се казна одмерава страном држављанину, односно, лицу осуђеном у иностранству. Тада би суд морао да се ослони на међународну правну помоћ,<sup>1061</sup> што несумњиво компликује и одуговлачи кривични поступак. Није неосновано претпоставити да се у пракси реално могу очекивати случајеви када суд неће успети да дође до овог податка, чиме се отвара питање даљег поступања. Најлогичније је описани проблем, у недостатку неког посебног правила, решити позивањем на општи принцип *in dubio pro reo*, дакле, претпоставком да лице није раније осуђивано. Подробно истраживање судске праксе, у циљу проналажења потврде наведеног става, иако се у почетку учинило да неће дати резултате, указало је на постојање одлуке по којој је суд управо пошао од наведене идеје.<sup>1062</sup> Изузетно, подаци о ранијој осуди се не могу издати суду уколико је наступила рехабилитација. Нова законска решења у вези са поменути

---

<sup>1060</sup> З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика* ..., стр. 248.

<sup>1061</sup> Регулисана је Законом о пружању међународне правне помоћи у кривичним стварима, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 20/2009. Овај облик правне помоћи би се могао подвести под тзв. размену обавештења и достављање писмена и предмета који су у вези са кривичним поступком у држави молиљи (чл. 83. ст. 3.).

<sup>1062</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 388/2003 од 01. априла 2003. године, *Правни информатор*, бр. 2, 2004. године, стр. 27.

институтом уклонила су раније постојеће дилеме.<sup>1063</sup> Данас је јасно да се њоме брише осуда, престају све правне последице осуде, као и да се осуђени сматра неосуђиваним (чл. 97. ст. 1.). Дакле, услед успостављања фикције неосуђиваности предмет издавања из евиденције могу бити само подаци у вези са којима није наступила рехабилитација, и само они се могу рачунати код редовног одмеравања.

Друго, иако није посебно наглашено, ранија осуда може имати својство отежавајуће околности само уколико је правноснажна.<sup>1064</sup> Разлоге готово и не треба помињати. Постоји реална (макар и минимална) опасност да је одлука неправилна или незаконита, те услед тога све до одлуке другостепеног суда по жалби или до протеча рока за њено изјављивање, не би било оправдано осуду узимати као основ за изрицање строже казне за ново кривично дело.

У судској пракси су забележене грешке у примени раније осуђиваности и то у случају изрицања јединствене казне приликом опозивања условне осуде: *„Не може се оптуженом ценити као отежавајућа околност раније изречена условна осуда која је истом пресудом опозвана. Првостепени суд је погрешно када је оптуженом ценио као отежавајућу околност чињеницу да му је раније била изречена условна осуда, која је истом пресудом опозвана и окривљеном изречена јединствена казна затвора. Иста околност се не може оптуженом ценити на његову штету по два различита законска основа“*.<sup>1065</sup> Јасно је да описано поступање представља повреду Кривичног законика на штету окривљеног, коју је другостепени суд морао исправити, јер о оваквом облику повреде води рачуна по службеној дужности.

---

<sup>1063</sup> Решење рехабилитације из ранијег ОКЗ-а је са основом критиковано, јер није доводило до правог брисања осуде, те је имало мало везе са уобичајним схватањем и регулисањем овог института. О различитим концепцијама рехабилитације, прихватаним у ранијем кривичном законодавству детаљније у З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 355. и Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 381-382.

<sup>1064</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1973/05 од 01. децембра 2005. године и пресуда Округног суда у Новом Саду К. 270/05 од 13. септембра 2005. године. Извор И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, седма књига ...*, стр. 45.

<sup>1065</sup> Пресуда Округног суда у Београду, Кж. 1872/98 од 17. септембра 1998. године и пресуда Општинског суда у Сопоту К. 31/98 од 20 јуна 1998. године, И. Симић: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, трећа књига ...*, стр. 33. и Пресуда Округног суда у Београду Кж. 512/2002 од 12. априла 2002. године, *Билтен Округног суда у Београду, бр. 60, 2003. године*, стр. 12.

4.5.3. Ранија осуда која не представља поврат у кривичноправном смислу (осуда на друге кривичне санкције, осуда за друге јавноправне деликте и дисциплинске преступе)

Законска дефиниција поврата искључује из састава овог института осуде на мере безбедности и васпитне мере, али их домаћа судска пракса узима у разматрање приликом одмеравања казне у оквиру шире, законске околности ранијег живота. Разлози за то леже у чињеници да овакве осуде могу сведочити о постојању склоности ка вршењу кривичних дела, поготову ако се не ради само о једној претходној осуди. Тако је у једној пресуди изнет овакавак закључак на основу податка да је оптуженом као малолетнику прво била изречена мера појачаног надзора због кривичног дела тешког случаја разбојништва, а годину дана касније и васпитна мера упућивања у васпитно-поправни дом због кривичног дела тешке крађе.<sup>1066</sup> Истоврсност дела и кратак интервал између њиховог извршења говоре у прилог постојања криминалних тенденција. Има и других примера где се као отежавајућа околност узимало то што је оптужени као малолетни извршилац кривичних дела долазио у сукоб са законом.<sup>1067</sup>

Како је раније објашњено, срж установе поврата чини постојање претходне осуде, подразумева се за кривично дело. Међутим, да ли се на одмеравање казне може рефлектовати ранија осуда за неки други јавноправни деликт (прекршај и привредни преступ)? Овакве осуде се, свакако, не могу увести у процес одмеравања казне преко поврата, јер дефиниција овог института то не подржава, али је јасно да оне улазе у шири појам ранијег живота. Почетна констатација мора бити допуњена одређеним напоменама. Наиме, ранија осуда за неки други јавноправни деликт теоретски представља отежавајућу околност, али не у свим ситуацијама. Ако је учинилац најпре осуђен за прекршај (или привредни преступ), а потом за кривично дело које у себи обухвата елементе тог прекршаја (или

---

<sup>1066</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 405/05 од 21. априла 2005. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 428/04 од 24. септембра 2004. године, И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, седма књига ...*, стр. 42.

<sup>1067</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 606/06 од 15. маја 2006. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 444/05 од 03. фебруара 2006. године, И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, осма књига ...*, стр. 38.

привредног преступа),<sup>1068</sup> било би погрешно претходну осуду узети као отежавајућу околност. Разлози правичности стоје томе на путу и из њих проистекло правило да се иста околност не може два пута ценити на штету учиниоца, право кроз правну квалификацију, а затим и кроз одмеравање казне. Домаћа судска пракса је по том питању заузела правилан став: *„Код кривичног дела насилничког понашања суд не може ценити као отежавајућу околност ранију осуђиваност и прекршајно кажњавање, јер та околност представља обележје бића кривичног дела. Савезни суд налази да се у захтеву за заштиту законитости основано наводи да је другостепени суд учинио повреду кривичног закона ... јер је преиначио првостепену пресуду и оптуженима изрекао казну затвора узевши им као отежавајуће околности ранију осуђиваност и прекршајно кажњавање, а које околности представљају обележје бића кривичног дела. Према томе, произлази да су елементи бића узети у обзир код одмеравања казне, што ... није дозвољено“.*<sup>1069</sup>

Друга варијанта, када кривично дело не конзумира прекршај или привредни преступ, допушта да се претходна осуда за прекршај односно привредни преступ рачуна код одмеравања казне. Извод из једне одлуке илуструје наведени став: *„Као отежавајућу околност код кривичних дела против безбедности јавног саобраћаја треба ценити раније кажњавање оптуженог због прекршаја из области безбедности јавног саобраћаја. Подцењен је од стране првостепеног суда значај околности да је оптужени раније три пута био кажњаван због прекршаја при управљању моторним возилом под дејством алкохола из Закона о основама безбедности саобраћаја на путевима и то сва три пута уз изрицање заштитне мере забране управљања моторним возилом“.*<sup>1070</sup> Како оваква ситуација прилично подсећа на поврат (готово да би се и могла назвати „псеудо-повратом“ или „привидним повратом“), није без основа поћи од истих оних околности, *mutatis*

<sup>1068</sup> Обрнуто није дозвољено: *„Неће се казнити за прекршај лице које је у кривичном поступку или поступку за привредни преступ правноснажно оглашено кривим за дело које има обележја прекршаја“* (чл. 8. ст. 2.) Закона о прекршајима, Службени гласник Републике Србије, бр. 105/05, 116/08 и 111/09 и чл. 14. Закона о привредним преступима, Службени лист СФРЈ, бр. 4/1977, 36/1977, 14/1985, 10/1986, 74/1987, 57/1989 и 3/1990, Службени лист СРЈ, бр. 27/1992, 16/1993, 31/1993, 41/1993, 50/1993, 24/1994, 28/1996, 64/2001 и Службени гласник РС, бр. 101/2005.

<sup>1069</sup> Пресуда Савезног суда Кзс. 7/97 од 10. септембра 1997. године, И. Симић: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, трећа књига ...*, стр. 273.

<sup>1070</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 685/98 од 22. фебруара 2001. године, *Билтен Округног суда у Београду*, бр. 55, 2001. године, стр. 58.



*mutandis*, поменутих у виду смерница за одмеравање казне код „правог поврата“. Тако би се приликом оцене водило рачуна о следећим околностима: тежини раније учињеног другог јавноправног деликта, да ли други јавноправни деликт припада истој врсти као кривично дело, да ли су други јавноправни деликт и кривично дело учињени из истих побуда, о околностима под којима су деликти учињени и о времену протеклом од раније осуде. Иначе, оваква преклапања се најчешће срећу код деликата против јавног реда и мира, деликата против безбедности саобраћаја, деликата у вези са оружјем, еколошких и пореских деликата.

Дисциплински преступи се не могу подвести под деликте казног права. Од јавноправних деликата их одваја читав низ карактеристика – не представљају повреду јавног поретка, другачији начин прописивања, другачији систем санкција, поступак по правилу не воде државни органи и друго. Они представљају противправно понашање везано за радни однос или повреду радне дисциплине регулисане правом.<sup>1071</sup> Природа ових осуда указује да се у поступку редовног одмеравања казне могу наћи у веома ограниченим случајевима, када се суди за кривична дела против права по основу рада, кривична дела против службене дужности или нека друга која су у логичкој повезаности са дисциплинским преступима, другачије би било апсурдно. У том смислу овакве осуде су значајне као показатељ континуитета у недовољно пажљивом или нехајном односу према радним обавезама. Наравно, уз претпоставку да суд уопште има сазнања о томе.

#### 4.5.4. *Varia* или остале околности које се могу подвести под појам ранијег живота

Последња целина у разматрању ранијег живота посвећена је хетерогеним околностима, од којих се једне оправдано, а друге неоправдано јављају у процесу редовног одмеравања казне. Тако су регистроване пресуде у којима је чињеница да су против окривљеног покренути и да се воде други кривични поступци третирана као отежавајућа околност. Виши суд је оправдано стао на становиште да ова

---

<sup>1071</sup> С. Пихлер: *Прекршајно право*, Нови Сад, 2000. године, стр. 45.

околност никако не утиче на одмеравање казне: „Приликом одмеравања казне првостепени суд је погрешио када је ценио као отежавајућу околност да је против окривљеног у току други кривични поступак. Ово због тога што тај поступак није окончан правноснажном одлуком и стога се не може сматрати као отежавајућа околност полазећи од начела презумције невиности“.<sup>1072</sup> Наведени став је потврђен и када се против оптуженог води кривични поступак за истоврсно кривично дело.<sup>1073</sup> Применом аналогije долази се до закључка да исти третман треба да има и покретање односно вођење поступка за прекршај односно привредни преступ.

Значајнији показатељ ставова и животног стила учиниоца представља и постојање неког облика социјалне девијантности.<sup>1074</sup> Алкохолизам и наркоманија представљају веома чест облик испољавања ове појаве, са тешким мултипликованим последицама које за собом остављају, при чему се не мисли на физичко и психичко здравље алкохоличара и наркомана, већ на низ социјалних импликација. Оне редовно повлаче и поремећај односа са другим људима, почевши од породице која може претрпети негативне структуралне и функционалне промене, до отежаног обављања или занемаривања пословних обавеза. Ранији живот обележен алкохолизмом или наркоманијом обично карактерише и општа деградација – лична, породична, професионална и са њом повезана економска, што није ништа друго до предворје света криминала. Међутим, оне нису једини облици девијантности, јер ова појава обухвата и скитничење, беспосличење и просјачење. Ако настају услед одбијања лица да прихвати одговорност, уобичајне норме понашања и одбијања да се социјално интегрише, а не услед неких ситуационих фактора, могу се узети у обзир код одмеравања казне. Битно је да су повезане са извршењем дела, као и да постоји вероватноћа да ће лице наставити са девијантним

---

<sup>1072</sup> Пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 291/95 од 6. априла 1995. године и пресуда Општинског суда у Младеновцу К. 123/94 од 23. септембра 1994. године, И. Симић: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, књига друга ...*, стр. 35.

<sup>1073</sup> Врховни суд Србије, Кж. 1517/97 од 26. фебруара 1998. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 152/97 од 22. априла 1997. године, И. Симић: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, трећа књига ...*, стр. 31.

<sup>1074</sup> Најшире посматрано, девијација је свако понашање које је маргинално и неуобичајно. У домаћој криминолошкој литератури девијантност се схвата уже, као понашање које у значајној мери одступа од друштвених норми и изазива реакцију неодобравања, по једнима без обзира да ли је инкриминисано, док су по другима то само она понашања која, уз претходно наведене услове одступања и неодобравања, не фигуришу као кривична дела. Ћ. Игњатовић: *Криминологија ...*, стр. 37.

животним стилем, што указује на ризик од поновног вршења дела. Зависности, са друге стране, имају специфичан третман. На њих ће бити реаговано адекватним куративним мерама безбедности, ако је дело настало управо услед зависности и ако услед зависности постоји озбиљна опасност да ће учинилац и даље вршити кривична дела.

Иако је до сада било речи о негативним појавама, то не значи да не постоје и позитивне околности о којима судска пракса води рачуна. Тако се као олакшавајуће околности из корпуса „ранији живот“ срећу награде, одликовања, учествовање у хуманитарном раду и слично. Један од упечатљивих примера из судске праксе јесте петиција већине житеља села у којем је живео окривљени, којом су тражили његово блаже кажњавање, јер се ради о поштенем човеку који је водио беспрекоран живот.<sup>1075</sup>

#### 4.6. Личне прилике учиниоца

Наша теорија кривичног права на различите начине приступа објашњењу личних прилика. Уз незнатне стилске разлике, уобичајно је да се оне одређују као услови, околности или прилике у којима живи учинилац кривичног дела.<sup>1076</sup> Исту идејну линију следе и аутори, чије дефиниције наведеном додају и прилике у којима учинилац ради.<sup>1077</sup> За разлику од поменутих, следећу струју одликује другачији методолошки приступ, јер уместо апстракције и генерализације, као метода за конструисање општих појмова, полазе од метода конкретизације. Једноставније речено, њени представници настоје да личне прилике одреде набрајањем чињеница – конкретних појавних облика, који се под ову околност

---

<sup>1075</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 2449/05 од 07. фебруара 2006. године и пресуда Окружног суда у Зајечару К. 70/05 од 21. октобра 2005. године. Извор И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, осма књига ...*, стр. 37.

<sup>1076</sup> Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић: *Кривично право Југославије ...*, стр. 315, Љ. Јовановић: *Кривично право ...*, стр. 451. и др.

<sup>1077</sup> Д. Јовашевић: *Одмеравање казне према Кривичном законнику Републике Србије – олакшавајуће и отежавајуће околности*, зборник Ново казнено законодавство – дилеме и проблеми у теорији и пракси (уредник Д. Радовановић), Будва, 2006. године, стр. 120.

могу подвести.<sup>1078</sup> При томе се најчешће помињу брачне, породичне, здравствене, радне, стамбене и материјалне околности. Занимљиво је да се међу прикупљеним судским одлукама нашла и једна са дефиницијом личних прилика, очито еклектичке природе: „Под личним приликама учиниоца подразумевају се околности везане за прилике у којима учинилац живи, здравствено стање учиниоца, његова старосна доб, породичне прилике, број чланова породице, нарочито деце, и њихово старосно доба и здравствено стање, економско стање породице, инвалидност учиниоца или чланова његове породице и слично“.<sup>1079</sup>

Општост формулације наводи на закључак да су све чињенице из корпуса личних прилика релевантне. Овакав површан утисак није тачан, јер суд неће о свему што спада у личне прилике водити рачуна. Како би онда требало да се одвија процес селекције релевантних од ирелевантних околности? Који би то критеријуми били пресудни за тријажу? Најлогичније је држати се чињеница које су допринеле настанку кривичног дела. Ако су једном генерисале недозвољено понашање, са високим степеном вероватноће се да претпоставити да ће такво дејство остварити и убудуће, посебно ако су трајније природе. Отуда је Атанацковић у праву када инсистира на тријади личне прилике-кривично дело-могућност даљег криминалног понашања,<sup>1080</sup> у којој је сваки претходни чинилац узрок потоњег. Околност, која иницира овакав ланчани низ, свакако мора бити укалкулисана у казну путем личних прилика. Сваки прекид узрочно-последичног низа анулира значај почетне околности, што је сликовито показао на примеру. Ако је учинилац крађе у детињству остао без родитеља, без васпитања, у средини која је негативно утицала на његов развој, чини се реалним постојање повезаности. Ситуација би се потпуно променила када бисмо у теоријски модел убацили неко друго дело, рецимо, давање лажног исказа, када би било теже успоставити неку конекцију.

Међутим, иако је тачно, описано становиште је преуско и требало би га допунити. И околности настале након извршења дела, иако очито не могу бити део описаног ланца, јесу значајне под условом да се на њима може базирати

---

<sup>1078</sup> М. Радовановић: *Кривично право ...*, стр. 277, Ж. Хорватић: *Избор казне ...*, стр. 133. и др.

<sup>1079</sup> Решење Округног суда у Београду Кж. 2096/05 од 20. октобра 2005. године и решење Другог општинског суда у Београду К. 1903/03 од 05. јула 2004. године, И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, осма књига ...*, стр. 40.

<sup>1080</sup> Д. Атанацковић: *Критеријуми одмеравања казне ...*, стр. 104.

криминална прогноза. Ако њихово постојање утиче на ризик од понављања дела или га са великом вероватноћом умањује, то је свакако сигнал да се ради о битној околности, због потребе остваривања специјалне превенције као сврхе кажњавања. Узмимо за пример да је учинилац, пошто је дело већ учињено, оболео од тешке прогресијентне болести која ће га приковати за постељу. Јасно је да оваква накнадна околност прилично смањује вероватноћу од предузимања новог дела. Слично дејство, мада у много мањој мери, могли би остварити и обавеза издржавања малолетне деце или брига о болесним родитељима. Дакле, иако се можда учинило да учиниоцу иде у прилог узимање само околности, испољених при вршењу дела, то заправо није случај. Такво тумачење спутава прилагођавање казне конкретном случају и остваривање специјално-превентивне компоненте сврхе кажњавања. Некада то иде у корист учиниоца, као када се ризик смањује, а некада на штету, ако је новонастала околност јак криминогени фактор, који понављање дела чини извеснијим. Било у ком смеру да иде занемаривање је увек неоправдано.

Евидентна бројност и хетерогеност чињеница из састава личних прилика наводи на размишљање о могућем разврставању. Рецимо, све би се могле поделити према томе на шта се односе, на лично стање или на животни амбијент учиниоца, као што је то урадио Атанацковић.<sup>1081</sup> Међутим, чини се да и време настанка може бити погодан критеријум за класификацију, како се неке појављују пре, неке за време или након извршења дела. Ова подела чак изгледа много значајније, пошто отвара питање односа личних прилика са неким другим околностима из законског каталога. Треба се запитати да ли постоји поклапање између „претходних“ личних прилика и ранијег живота, односно „истовремених“ личних прилика и околности под којима је дело учињено и „накнадних“ личних прилика и држања учиниоца после учињеног кривичног дела. У крајњем, од одговора на постављено питање не зависи само разграничавање законом предвиђених фактора, него и неопходност постојања личних прилика, као самосталног ентитета у систему редовног одмеравања казне. У хипотетичком случају потпуне покривености другим околностима, личне прилике постају, речено језиком математике, празан скуп, а то би значило да представљају непотребно и нелогично оптерећење законског текста.

---

<sup>1081</sup> Д. Атанацковић: *Критеријуми одмеравања казне ...*, стр. 108.

Сигурно је да законодавац није толико нерационалан да потпуно исти садржај означи различитим терминима, те је оправдано да се личне прилике нађу на листи. Друго, потпуно поклапање не постоји, иако се не може негирати да је у некој мери присутно, као што је међусобна повезаност и условљеност садржаја регистрована и у другим случајевима. Како се то конкретно манифестује види се, на следећем примеру. Ако се ранији живот поистовети са ранијом осуђиваношћу или неосуђиваношћу, отвара се шири простор за личне прилике. Али, ако ранији живот обухвати и све оне околности које треба да покажу степен социјализованости или социјалне адаптираности, у виду прихватања друштвених правила у најширем смислу те речи, онда настаје изванредан трансфер чињеница између два законска комплекса. Дакле, чињеница да је учинилац у браку, да је узоран отац породице лако би се могла преместити у ранији живот. Слична је ситуација и склапањем брака и формирањем породице након учињеног дела. Екстензивно схваћено држање учиниоца после учињеног кривичног дела, могло би да обухвати ову чињеницу, док би је рестриктивно „препустило“ личним приликама. Из наведеног се види да су границе између појединих законских околности прилично флуидне. Могло би се рећи да је систем олакшавајућих и отежавајућих околности устројен попут система спојених судова, пошто се поједине чињенице могу „преливати“ из једног у други комплекс, у зависности од тога колико се широко или уско поставе њихова појмовна одређења.

Када се говори о различитим могућностима класификације, евидентно је да неке околности из корпуса личних прилика зависе од воље учиниоца, а неке не.<sup>1082</sup> Управо о томе би суд требало да води рачуна приликом одмеравања. Разлог за посебан третман околности зависних од воље лежи у томе што оне репрезентују став учиниоца о општеприхваћеним друштвеним вредностима. Чињеница да је учинилац изабрао брак и породични живот, а не неки асоцијални вид понашања, може се узети за показатељ његовог позитивног става. Обрнуто је са околностима независним од воље, оне једноставно ништа не говоре о овом односу. Рецимо, чињеница да је учинилац оболео од неке болести у овом смислу не може носити никакве вредносне предзнаке; њен значај се процењује у неким другим релацијама.

---

<sup>1082</sup> Ж. Хорватић: *Избор казне ...*, стр. 133.

#### 4.6.1. Начешће околности које се сврставају у личне прилике

Подаци о томе да је учинилац у браку и да има деце, посебно ако су малолетна, веома често у пресудама фигуришу као олакшавајуће. Томе се могу приговорити најмање две ствари. Први спорни моменат је процесне природе. Наиме, ако се ови подаци шаблонски преузимају из генералија, без икакве провере, постоји опасност од нетачности. Сама изјава учиниоца о свом брачном статусу и породичним приликама није довољно поуздана, уколико није поткрепљена доказима, тако да би се у списима предмета морали наћи изводи из матичних књига. Без доказа, ови подаци постају практично неупотребљиви. Други проблем је материјалне природе и односи се на вредновање ових околности. У теорији је примећено да судови по некаквом аутоматизму поменуте околности сврставају у олакшавајуће, често занемарујући потребу да буду сагледане у вези са конкретним кривичним делом и конкретним учиниоцем. Атанацковић је својевремено био веома зачуђен појавом да се код кривичног дела силовања узимало за олакшавајућу околност то што је учинилац ожењен и отац малолетне деце.<sup>1083</sup> Затеченост податком је потпуно оправдана, јер се баш од породичног човека не очекује насилно и недозвољено понашање у сексуалном животу, а ако је нешто тако и учинио ваљда би требало да подлеже тежој осуди у односу на учиниоца другачијих личних прилика. Изгледа да су судови били склони некој више апстрактној оцени, посматрајући проблем из традиционалистичке визуре. Закључење брака и оснивање породице представљају вредности које се високо котирају у хијерархији патријархалног морала, јер постоји претпоставка да се из тога дā наслутити позитиван став појединца према друштвеним вредностима уопште. И нека новија истраживања указују на некритичко приписивање олакшавајућег дејства чињеници да је учинилац „породичан човек“.<sup>1084</sup> Штавише, показано је и да наша судска пракса није јединствена у тумачењу овог појма. Тако поједини судови „породичним“ сматрају некога ко је у браку и има деце, док је за друге довољно само постојање брака. Такође, по неким ауторима је неоправдано постојање

<sup>1083</sup> Д. Атанацковић: *Критеријуми одмеравања казне ...*, стр. 107.

<sup>1084</sup> Ј. Ђирић, Ђ. Ђорђевић, Р. Сепи: *op. cit.*, стр. 95.

малолетне деце учиниоца посматрати као олакшавајућу околност при одмеравању казне за убиство, посебно када су иза жртве остала малолетна деца.<sup>1085</sup> Истовремено, они констатују да се у пракси ово редовно дешава, као и да се у пресудама за убиство увек може видети број и узраст деце учиниоца, док подаци о породичном стању жртве не представљају предмет интересовања.

Очигледно је да брачне и породичне прилике, имају вишеструку улогу. Оне се користе као један од показатеља става према општеприхваћеним друштвеним вредностима и као фактор криминалне прогнозе, исто као што се кроз њих провлачи и идеја о уважавању интереса супружника и малолетне деце. Несумњиво је да они, без свог доприноса и кривице, могу постати депривирани осудом, оставши без средстава за издржавање, без емотивног ослонаца и подршке. Ако се ствари тако посматрају, онда би за процену дејства чињенице да учинилац има малолетну децу било значајно испитати и да ли постоји други родитељ, да ли је у могућности да се стара о деци и слично. Обрнуто, постојање пунолетне деце не улази у избор казне, сем изузетно, ако учинилац има законску обавезу да их издржава.

Услове у којима учинилац живи одређује и то да ли је запослен или не. Домаћа пракса је заузела став да незапосленост не може оправдати имовинска кривична дела, док су, са друге стране, несумњива њена процесна дејства. Извод из једне од пресуда потврђује изнети став: *„Не може се ценити као олакшавајућа околност то што је окривљени незапослен. Чињеницу да је окривљени незапослен првостепени суд је утврдио и правилно оценио, а што се види из дела одлуке којим је ослобођен од обавезе плаћања трошкова и паушала. Међутим, чињеница да је неко незапослен не може се третирати као олакшавајућа околност код кривичног дела крађе за које је оглашен кривим при одлучивању висини кривичне санкције, јер она не може умањити кривичну одговорност окривљеног“*.<sup>1086</sup> Ако не може бити олакшавајућа околност, поставља се питање каква је њена улога у процесу редовног одмеравања. Сигурно је да она помаже разумевању етиологије дела и постављању криминалне прогнозе.

---

<sup>1085</sup> Б. Петрић: *op. cit.*, стр. 20.

<sup>1086</sup> Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 586/01 од 26. априла 2001. године, *Судска пракса*, бр. 11-12, 2001. године, стр. 21.



Треба приметити да у неким случајевима незапосленост не постоји као претходно, већ као накнадно стање. У оваквим ситуацијама незапосленост није ни иницирала ни допринела вршењу кривичног дела, већ је настала као правна консеквенца извршеног кривичног дела. У пракси је могуће и да је пре кривичног вођен дисциплински поступак који је резултирао отказом, те настаје дилема да ли то некако утиче на висину казне. Ако се казне, одмерене за прекршај и привредни преступ, урачунавају у казну изречену за кривично дело, под условом да обухвата елементе прекршаја и привредног преступа, следећи исту логику и ова чињеница би била значајна: „Ако оптужена изгуби посао у оштећеном предузећу после извршења кривичног дела, ту околност треба ценити као олакшавајућу приликом одмеравања казне, јер је очито да и сам губитак посла који отежава социјални положај оптужене и њене породице представља својеврсну казну“.<sup>1087</sup>

Старија теорија је инсистирала на радним и материјалним приликама, тако да су неки чак сматрали да све остале околности постају много јасније када се са њима доведу у контакт.<sup>1088</sup> Ако се оставе по страни могуће идеолошке основе изнетог става, остају извесни реални доприноси. Тако ово испитивање, по предлогу аутора, треба да обухвати питање колико материјалних средстава има учинилац – мало, довољно за основне потребе, довољно за пристојан и удобан или луксузан живот. Друго питање је извор прихода, те би било значајно да ли средства потичу из марљивог рада или се до њих долази без превише залагања. Трећи значајан момент је начин трошења материјалних средстава – позитиван (на кућне, културне потребе и сл.) или негативан (на алкохол, коцку и сл.). Све то говори о склоностима учиниоца: „Ако је марљив и вредан човек, ако је својим пожртвованим радом издржавао своју породицу и испуњавао друге обавезе све то указује на његову слабију друштвену опасност и упућује да се на његову кривичну одговорност гледа блажим критеријумом“.<sup>1089</sup>

У изузетним случајевима запосленост и добар материјални статус могу да отежају положај учиниоца. Тако нешто се дешава када је он упркос свему томе

---

<sup>1087</sup> Д. Јовашевић: *Значај олакшавајућих и отежавајућих околности при одмеравању казне у кривичном праву*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. XLIII, 2003. године, стр. 198.

<sup>1088</sup> В. Пешић: *Олакшавајуће и отежавајуће околности по Кривичном законик*у, Правни живот, бр. 1, 1956. године, стр. 17.

<sup>1089</sup> В. Пешић: *loc.cit.*

изабрао да изврши дело ради стицања имовинске користи. Деликт се тада не може на неком општељудском плану разумети, јер је јасно да потиче из незајажљивости, похлепе или бахатости, а некада и из жеље за експериментисањем или из авантуризма, што се дешава код веома младих особа.

Теоријски посматрано, комплексу личних прилика спадају и стамбене прилике, али је мало вероватно да оне могу да утичу на одлуку о казни. Једино када се установи да нерешено стамбено питање игра улогу у криминалној мотивацији или када се процени да неизгледност његовог решавања може и убудуће да генерише недозвољено понашање, могле би бити уврштене у круг релевантних.

Здравствене прилике учиниоца кривичног дела се, по правилу, у процесу редовног одмеравања казне појављују као здравствени проблеми и тиме олакшавајуће околности. Логика оваквог третмана болести<sup>1090</sup> и инвалидности<sup>1091</sup> почива на претпоставци да ова стања доприносе да иста казна (пре свега, казна затвора) теже пада лицима код којих постоје него здравима, иако је напредак на пољу заштите права осуђеника донео и гарантовање права на здравствену заштиту.<sup>1092</sup> Тако се елементарна хуманост, али и захтев сразмерности користе као оправдање за урачунавање здравствених прилика. Обрнута ситуација, где би стање телесног здравља имало утицај на избор казне је тешко замислива. Но, поменуто новије истраживање је пронашло и један такав, мада усамљен пример. Тако је здравље учиниоца, комбиновано са његовом младошћу и добром ситуираношћу, третирано као отежавајућа околност.<sup>1093</sup> Како аутори ближе не објашњавају овај изузетан случај, не види се чак ни о ком делу је реч, може се претпоставити да су

---

<sup>1090</sup> Илустрација како се примењује здравствено стање: „Здравствено стање окривљеног – да је ХИВ позитиван, да болује од хепатитиса и карцинома лимфне жлезде, представља олакшавајућу околност“. Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 186/02 од 18. фебруара 2002. године и пресуда Првог општинског суда у Београду К. 615/00 од 21. јуна 2001. године, *Билтен Окружног суда у Београду*, бр. 58, 2002. године, стр. 9.

<sup>1091</sup> Примери уважавања инвалидности: „Здравствене прилике окривљеног који је ратни војни инвалид представљају олакшавајуће околности“. Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 43/02 од 24. јануара 2002. године и пресуда Првог општинског суда у Београду К. 610/01 од 25. маја 2001. године, *Билтен Окружног суда у Београду*, бр. 58, 2002. године, стр. 8. Такође, и: „Као олакшавајућа околност може се ценити и здравствено стање окривљеног који је инвалид прве категорије“. Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 41/02 од 13. фебруара 2002. године, *Судска пракса*, бр. 9, 2002. године, стр. 14.

<sup>1092</sup> Видети чл. 65. ЗИКС-а и чл. 36-39. Правилника о кућном реду у казнено-поправним заводима и окружним затворима, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 27/2006.

<sup>1093</sup> Ј. Ћирић, Ђ. Ђорђевић, Р. Сепи: *op. cit.*, стр. 94.

све ове позитивне околности у животу учиниоца, вршење дела учинили неразумљивим и необјашивим, тако да једино остаје да се припише његовој обести.

Када се говори о болестима требало би се, због специфичности, осврнути на болести зависности. Оне су чест криминогени фактор, на који се реагује адекватним куративним мерама безбедности. У пракси се дешава да одбрана покушава да манипулише чињеницом да се брањеник лечи од овакве болести, као у следећем примеру: *„Околност да се оптужена лечи од наркоманије није олакшавајућа околност која би могла бити од утицаја на изрицање казне оптуженој, будући да јој је мера безбедности обавезног лечења наркомана изречена као учиниоцу кривичног дела ... управо због сталне употребе дрога и опасности да ће услед ове зависности и даље вршити кривична дела“*.<sup>1094</sup>

Занимање учиниоца, такође, може да привуче пажњу суда. Ово се редовно дешава када је због поверења које жртва има у припаднике одређених занимања (лекаре, психијатре, полицајце, социјалне раднике и слично) дело било крајње неочекивано, тако да јој је услед шока било тешко да се одупре и одбрани. Како је показано у компаративном праву, ова околност је често присутна, али у другачијој формулацији, тј. као „злоупотреба јавног поверења“. Наша пракса некада погрешно оцењује значај занимања, о чему говори и следећи извод: *„Представља олакшавајућу околност чињеница да је окривљени професор универзитета, без обзира што је извршио кривично дело корупције у здравству у вези са вршењем позива лекара“*.<sup>1095</sup> То што је учинилац професор универзитета, апстрактно посматрано, говори о позитивној животној оријентацији, вишегодишњим залагањима и напорима уложеним у образовање и усавршавање. Управо од особе таквих квалитета се очекује понашање у складу са професионалним моралом, те је питање колико је суд овде у праву.

На крају, општа оцена личних прилика садржи неколико закључака. Прво, описана флуидност ствара проблем њиховог разграничавања од осталих околности. То опет не сме водити закључку да су оне „непотребна компликација“. Иако

---

<sup>1094</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 130/00 од 13. јуна 2000. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 355/99 од 18. октобра 1999. године, И. Симић: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, трећа књига ...*, стр. 34.

<sup>1095</sup> Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 350/06 од 03. марта 2006. године и пресуда Другог општинског суда у Београду К. 1912/03 од 03. новембра 2005. године.

спорне, оне имају место у процесу редовног одмеравања казне. Без њиховог урачунавања изречена казна би могла произвести више штете него користи, а то би се друштву вратило као бумеранг.<sup>1096</sup> Друго, њихова природа је таква да их је лакше замислити као олакшавајуће, иако коначан суд о томе зависи од природе самог кривичног дела и укупног чињеничног мозаика. Новија проучавања то потврђују, како су у посматраном узорку у чак 59,2% имале претпостављено дејство, а само у 0,3% отежавајуће.<sup>1097</sup>

#### 4.7. Држање учиниоца после учињеног кривичног дела а нарочито однос према жртви

Држање учиниоца после учињеног дела је претрпело извесну трансформацију у односу на ранија решења. Законодавац се определио да из овог чињеничног комплекса посебно издвоји однос према жртви, чиме је недвосмислено послао поруку да судови о томе првенствено морају водити рачуна. Промена је свакако позитивна и уклапа се у тенденцију боље и потпуније заштите права и интереса жртве. Држање учиниоца после учињеног кривичног дела представља једну од две околности (поред ранијег живота учиниоца) које већ у самом називу садрже извесно временско одређење. Док се под појмом ранији живот подразумева живот пре извршења кривичног дела, овде се ради о понашању после извршења дела, тако да би се на други начин ова околност могла назвати „каснијим животом“. Како је прихваћена теорија делатности, у питању је држање учиниоца након предузимања радње кривичног дела (чл. 16. ст. 1.). Ако је ово почетни тренутак, логично је да постоји и друга временска граница, а то ће, по природи ствари, бити тренутак када више није могуће кориговати одлуку о казни коришћењем правних лекова. На основу претходних напомена о времену појављивања и на основу општости законске формулације, да се претпоставити да се под њено окриље може подвести читав комплекс многобројних и хетерогених чињеница, а то ствара

<sup>1096</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 262.

<sup>1097</sup> Ј. Ћирић, Ђ. Ђорђевић, Р. Сепи: *op. cit.*, стр. 90. и 91.

потребу њиховог сређивања и систематизовања. Иако се све ове чињенице могу поделити по томе када настају или по томе да ли су по својој природи објективне или субјективне, чини се да је посебно погодно њихово разграничавање на основу тога да ли су везане за само кривично дело, кривични поступак који се поводом њега води или се уопштено односе на понашање учиниоца.<sup>1098</sup> У теорији се срећу и другачије класификације, на пример на чињенице које се односе на отклањање или ублажавање последице кривичног дела и на чињенице које се односе на понашање у кривичном поступку.<sup>1099</sup> Ипак, већина аутора се не бави питањем разврставања, пошто једноставно набраја чињенице из овог комплекса, при чему обично издваја и објашњава само неке од њих, које сматра посебно значајним.

#### 4.7.1. Држање учиниоца према кривичном делу

Непосредно по остварењу кривичног дела код учиниоца се формира изванпсихички став према ономе што је учињено. Овде се не ради о психичком односу у смислу кривице, јер се она процењује у време извршења дела, већ о психичком садржају који настаје (макар и незнатно) касније. Наиме, код сваког учиниоца долази до преламања свести о учињеном кроз призму емотивног доживљаја и призму вредновања, а то може доста рећи о његовој личности, општем односу према друштвеним регулама и добрима заштићеним кривичним правом. Богатство психичког живота човека омогућава претпостављање различитих нијанси психичког садржаја, од којих свака носи и извесне моралне конотације. Најпре, да кренемо од потпуне равнодушности и индиферентности према делу, која асоцира на хладнокрвност и изостанак емпатије. Код неких учинилаца долази до накнадног прихватања и саглашавања са невољно проузрокованом последицом (тзв. *dolus subsequens*), док се код других може појавити осећај задовољства и уживање у ономе што је остварено. Није нереално замислити ни жаљење, негодовање или бес што се последица није остварила у неком већем обиму или

<sup>1098</sup> Ђ. Ђорђевић: *Држање учиниоца после учињеног кривичног дела као олакшавајућа и отежавајућа околност*, ЈРККП, бр. 3, 1996. године, стр. 100.

<sup>1099</sup> Д. Јовашевић: *Одмеравање казне према Кривичном законнику ...*, стр. 121.

тежем виду. Дефинитивно, ниједна од описаних варијанти, уколико би била доказана, не би представљала олакшавајућу околност. Све су, вредносно посматрано, морално неприхватљиве реакције на недозвољено понашање.

За разлику од наведених, има и учинилаца који се не мире са учињеним, тако да се код њих развија осећај гриже савести, кривице, жаљења, кајања, што се под одређеним условима може третирати као олакшавајућа околност. Исказани опрез потиче отуда што су саме изјаве учиниоца о појави ових реакција, често тенденциозне и представљају смишљену манипулацију у циљу побољшавања кривичноправног положаја. Дакле, да би се узеле као олакшавајуће мора постојати неки доказ који ће поткрепити тачност и искреност навода. Поред тога, проучавања судске праксе указују да се често греши и када се на основу признања кривичног дела извлачи закључак о постојању кајања, иако за то не постоје неки други докази.<sup>1100</sup> Међутим, готово да не треба објашњавати да признање и кајање нису нужно повезани. Постоје учиниоци који ће из поноса или таштине признати дело, иако не осећају никакву грижу савести, што се обично дешава када је деликт био мотивисан осећајем дужности. Типични примери су и политички деликти, али и деликти настали из предрасуда или празноверја, када је учинилац убеђен у исправност или чак праведност свога поступка, иако је истовремено свестан чињенице да је противправан и кажњив. Јасно је да на описаној „психичкој подлози“ не може нићи никакво кајање.

Неки аутори констатују да се у судској пракси под кајањем често подразумева кајање изјављено на главном претресу, напомињући истовремено да се оно може јавити и пре и касније у односу на тај тренутак.<sup>1101</sup> Поменута напомена је свакако тачна, и она наводи на размишљање да ли се време настанка може некако рефлектовати на одмеравање казне. Сигурно је да кајање манифестовано у поступку извршења казне треба одмах искључити, јер оно више не може да утиче на редовно одмеравање, али може бити релевантно за неке друге институте кривичног права, на пример за условни отпуст или помиловање. Такође, чини се логичним да је етичка вредност кајања насталог одмах по извршењу дела већа у

<sup>1100</sup> П. Станојевић: *Чињенице које треба утврђивати при избору и одмеравању кривичних санкција*, Зборник радова, 1996. године, стр. 139.

<sup>1101</sup> В. Пешић: *Олакшавајуће и отежавајуће околности ...*, стр. 18.

односу на кајање настало у току кривичног поступка, поготово ако је праћена неком реалном радњом у корист жртве кривичног дела (извињење, пружање помоћи и слично). Испољено кајање, када дело још није откривено, говори о социјализованом учиниоцу и може бити узето приликом криминалне прогнозе као један од поузданијих показатеља да неће поновити дело. Међутим, иако се на основу кајања закључује да код учиниоца не постоји склоност ка вршењу кривичних дела, ову би претпоставку требало посматрати као релативну и обориву. Алкохоличар се може искрено кајати што је извршио дело у напитом стању, али ако постоји оправдана бојазан да ће и даље конзумирати алкохол, тај његов став према кривичном делу неће представљати никакву гаранцију да ће се убудуће исправно понашати.<sup>1102</sup>

Није само временска компонента битна за оцену кајања. Не треба заборавити да је оно само подложно градирању, од благог до кајања које потреса читаво човеково биће, што је некада праћено другим психичким и телесним манифестацијама. Да не помињемо да у ретким случајевима може водити и ка суицидном понашању. Укупно посматрано, утицај кајања на казну зависи од више чинилаца – од тога да ли се ради само о изјави или постоје и неки други докази који поткрепљују искреност, од тога када се и у ком степену јавља, као и да ли је праћено неким конкретним активностима у корист жртве кривичног дела.

Наведени облици психичког става према делу нису једини. Требало би поменути и емотивну отупелост или осећај олакшања и растерећења услед извршења дела, што се често среће када се у улози учиниоца нађе жртва дуготрајног (породичног) насиља, а у улози жртве сам насилник. Иако у начелу нису позитивна реакција, у овом контексту се не би могли узети као отежавајућа околност.

*Summa summarum*, психички став према већ оствареном делу представља неку врсту коректива раније формиране кривице. Сматрамо да се и оквиру накнадног психичког односа према делу могу раздвојити свесна и вољна компонента са различитим садржајима, у зависности од тога о каквом ставу се ради. Узмимо кајање за пример, оно садржи свест о томе да је учињено нешто

---

<sup>1102</sup> Д. Атанацковић: *Критеријуми одмеравања казне ...*, стр. 104.

погрешно, док је у волунтаристичком домену обележено неодобравањем и жаљењем због проузроковања последице.

Поред психичког односа, утицај на одмеравање казне могу имати и различити модалитети реалног (физичког) односа према кривичном делу. Некада последица не наступа управо заслугом учиниоца, што је у кривичном праву пронашло израз кроз институт добровољног одустанка. Добровољни одустанак постоји када је извршилац покушао извршење кривичног дела, али је својевољно одустао од његовог извршења или је спречио наступање последице, односно, када је саизвршилац, подстеркач или помагач добровољно спречио извршење кривичног дела којем је доприносио (чл. 32.). Уобичајно је да овај институт води ка ванредним облицима одмеравања. Кривични законик га нормира као факултативни основ за ослобођење од казне, а уколико се суд не одлучи за ову солуцију, може га употребити као основ за неограничено ублажавање. Надаље, ако се ниједним од ванредних облика одмеравања у конкретном случају не може постићи сврха кажњавања, поштујући правило *argumentum a maiori ad minus*, добровољни одустанак се „пребацује“ у редовно одмеравање и постаје један од значајних критеријума.

По законским решењима добровољни одустанак се јавља као одустанак од несвршеног или свршеног покушаја. Поставља се питање да ли се ова разлика некако рефлектује на избор казне, а да би се на њега одговорило неопходно је сагледати склоп оба вида добровољног одустанка. Код одустанка од несвршеног покушаја разлог изостанка последице јесте некомплетност радње. Учишилац је само започео, али је није извео до краја, а овакво одустајање од довршења радње је реално могуће све док није предузета и последња активност која треба да изазове настанак забрањене последице. Док одустанак од несвршеног покушаја представља суздржавање од даљег чињења, одустанак од свршеног покушаја, управо супротно, налаже даље чињење, предузимање неке делатности у циљу спречавања настанка забрањене последице. Проблем вредновања описаних облика добровољног одустанка успешно се може решити путем, слободно названог, модела дубине заласка у криминалну зону. Што је учинилац више закорачио у недозвољено понашање, то би казнена реакција требало да буде строжа. Ово не изискује само



напор издвајања једног од другог облика, него и извесна разграничавања унутар њих. Тако је код одустанка од несвршеног покушаја битан степен или мера предузете радње, што је посебно значајно када су оне комплексне природе.

У објективном домену добровољни одустанак постоји и када је спречена последица личним ангажовањем учиниоца или од стране других лица која је позвао да то учине уместо њега.<sup>1103</sup> Позитивност поступка би евентуално могла умањити чињеница да учинилац из неког разлога није желео да уложи напор неопходан за лично ангажовање на отклањању последице, иако је реално био у могућности да то учини, те је позвао друга лица да то обаве уместо њега.

Теоретичари су сагласни да мотиви одустанка нису од значаја за постојање института, али да се могу узети у обзир код кажњавања.<sup>1104</sup> Тако субјективну страну одустанка могу да чине сажаљење према жртви или кајање, али и кукавичлук, страх од казне, страх од осуде или одбацивања од стране друштва, разочарање због изостанка или мале вредности користи која би била остварена делом, гађење и слично. Такође, нова концепција добровољног одустанка у важећем законодавству дозвољава његово постојање и у оним случајевима када доношење одлуке није засновано искључиво на унутрашњим мотивима, него и на спољним околностима, при чему је пресудно да учинилац сматра да и поред њиховог постојања може да доврши кривично дело. Тиме је омогућено и да се мотивисаност релативним спољним сметњама, које не искључују добровољност, појави као критеријум код одмеравања казне.

Поред спречавања настанка и накнадно деловање на остварену последицу утиче на одмеравање казне и то у оба смера. Природа неких кривичних дела допушта отклањање последице и успостављање стања које је постојало пре њеног наступања. Тако учинилац кривичног дела крађе може вратити власнику украдену ствар, исто као што учинилац отмице може да пусти жртву на слободу, иако није остварен циљ отмице и слично. Ако је до отклањања последице дошло добровољним ангажовањем учиниоца, онда постоји институт стварног кајања.

---

<sup>1103</sup> З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 166, Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 168. и др.

<sup>1104</sup> З. Стојановић: *op. cit.*, стр. 166, Љ. Лазаревић: *op. cit.*, стр. 169, Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 152. и др.

Њега треба разликовати од описаног добровољног одустанка, али и од тзв. личног кајања, које представља само изразе жаљења упућене жртви. У светлу одмеравања казне сви наведени институти немају исту вредност, јер се могу градирати, почевши од добровољног одустанка као најпозитивнијег, преко стварног до личног кајања. Међутим, код неких кривичних дела услед испреплетаности личног и стварног кајања уопште није лако направити разлику између њих. Такав је случај са извињењем код кривичног дела увреде или раније са опозивањем клеветничке изјаве, које имају значај негирања дела, али и улогу пружања извесне моралне сатисфакције пасивном субјекту.

Реално, свако отклањање последице умањује тежину кривичног дела, као што утиче и на стварање слике о самој личности учиниоца и његовом односу према заштићеним добрима. Та слика може бити употпуњена сазнањем мотива, чиме и место стварног кајања у редовном одмеравању постаје детаљније одређено. Иначе, да не буде забуне, важећи Законик нормира отклањање последице од стране учиниоца кривичног дела за које је прописана казна затвора до пет година као факултативни основ за ослобођење од казне, под условом да је последица отклоњена пре него што је учинилац сазнао да је откривен (чл. 59. ст. 2.). Остваривање сврхе кажњавања у склопу осталих околности може да диктира померање ка ублажавању, а затим и ка редовном одмеравању, те се отуда овде и помиње. Други разлог лежи у чињеници што отклањање последице утиче на редовно одмеравање и када се десило пошто је учинилац сазнао да је откривен, као и када се ради о делу за које је прописана казна затвора преко пет година.

Отклањање представља најпожељнији и најпозитивнији, али не и једини вид деловања на проузроковану последицу. Активност учиниоца није увек тако успешна и делотворна, јер може резултирати само делимичним отклањањем или ублажавањем последице. Не улазећи у питање правне природе ублажавања последице,<sup>1105</sup> чије разјашњење и није нужно с обзиром постављени предмет истраживања, може се са сигурношћу констатовати да се ради о инструменту редовног одмеравања. Његов утицај на висину казне зависи од степена ублажавања,

---

<sup>1105</sup> О различитим дефиницијама и природи стварног кајања више у Ђ. Ђорђевић: *Стварно кајање*, ЈРККП, бр. 4, 1990. године, стр. 31.

што је он већи оправданије је смањивати казну, и обрнуто, уз напомену да се истовремено мора водити рачуна и о побудама које су руководиле учиниоца и о реалним могућностима да се последица анулира у целини.

Надаље, следеће место у хијерархији заузима неуспели покушај отклањања. Иако последица и даље постоји, ваљало би наградити учиниоца за уложени труд и напор, иако све то није дало никаквог ефекта. При одмеравању казне овде до изражаја долази психички однос немирења са последицом, који се манифестује у предузетим радњама, а не стварно дејство на последицу, јер је потпуно изостало. На крају, најмањи значај има обећање учиниоца да ће поправити последицу, а његова конкретна вредност у сваком случају зависи од искрености, спремности и реалних капацитета да се обећање и реализује.

Како се извршењем кривичног дела обично наноси штета пасивном субјекту, било да је материјалне или нематеријалне природе, позитиван став учиниоца може бити манифестован и њеном надокнадом. Иако је у старијој теорији неспорно да има карактер олакшавајуће околности, нема сагласности око тога да ли представља облик стварног кајања или не.<sup>1106</sup> Нова законска решења – систематика и изједначавање значаја добровољног отклањања последице и добровољне надокнаде штете (чл. 59.), сведоче о опредељењу законодавца да надокнаду поистовети са стварним кајањем. Међутим, како се овде разматра редовно одмеравање казне шира теоријска расправа о природи надокнаде штете представљала би непотребну дигресију. Много су битније конкретније смернице за вредновање надокнаде приликом одмеравања. Тако би суд требало да обрати пажњу на то да ли износ реално одговара проузрокованој штети. Одступање је могуће и у корист и на штету пасивног субјекта, при чему би код овог другог требало испитати и неке додатне околности. Наиме, неподударност нема увек исти значај, у зависности од чинилаца који су је изазвали. Ако је учинилац дао мању надокнаду, јер му објективне могућности нису више дозволиле, не можемо сумњати у његове добре намере. Обрнуто, ако се покаже да је искористио лаковерност, незнање или неинформисаност пасивног субјекта, чињеница да му је

---

<sup>1106</sup> Ђ. Ђорђевић: *Надокнада штете проузроковане кривичним делом и одмеравање казне*, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, III део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2009. године, стр. 193.

нешто дао неће оставити повољан утисак. Наравно, код сваке делимичне накнаде фигурише и објективни показатељ, тј. обим у којем је извршена.

Да би надокнада штете постала олакшавајућа околност није неопходно испуњење услова, који се траже да би постала основ за ослобођење од казне. Тако није потребно да је надокнада извршена пре него што је учинилац сазнао да је откривен, иако је време давања надокнаде битно за процену мере позитивног дејства. Такође, ослобођење од казне на основу надокнаде штете дозвољено је само код дела за која је прописана казна затвора до пет година, док за редовно одмеравање висина прописане казне није релевантна. На основу свега, да се закључити да надокнада штете постаје олакшавајућа околност или када не испуњава услове постављене за ослобођење од казне, или када их испуњава, али је суд проценио да се сврха кажњавања не може постићи ни ослобођењем од казне ни ублажавањем. Само обећање надокнаде може бити разматарно при редовном одмеравању, али има мањи значај и зависи од спремности и објективне способности да се реално оствари.

Посебан облик односа учиниоца према кривичном делу постоји у случају поравнања са оштећеним. Важећи Законик поравнање сматра факултативним основом за ослобођење од казне (чл. 59.), што је уобичајно решење у савременом кривичном праву. Ослобођење од казне услед поравнања између учиниоца и оштећеног везано је за неколико кумулативно постављених услова: да се ради о кривичном делу за које је прописана новчана казна или казна затвора до три године, да је постигнут споразум између оштећеног и учиниоца, као и да је учинилац испунио све обавезе које су из њега проистекле. Изузетно, поравнање би могло доћи у обзир код редовног одмеравања казне у различитим ситуацијама. Прво, када нису испуњени предвиђени услови за ослобођење од казне – прописана казна затвора у трајању дужем од три године, када је постојао неуспешан покушај поравнања, јер није закључен споразум, али не кривицом учиниоца, или када је постигнут споразум, а није извршен у потпуности. Друго, некада се и поред испуњења свих услова суд може да сматра да се сврха казне не може остварити ослобођењем од казне или ублажавањем.

У домаћој правној теорији је примећено да је примена поравнања врло дискутабилна.<sup>1107</sup> Разлози за то леже у чињеници да се не зна ништа о самом споразуму, пошто нема одредаба које би разјасниле како његову материјалну тако и формалну страну. Није јасно шта конкретно представља садржину споразума, мада се, телеолошки посматрано, претпоставља да је законодавац имао у виду неки облик обештећења жртве. Таквом констатацијом се, међутим, само отварају нова спорна питања – да ли у обзир долази само материјално обештећење или има места и за неке друге, нематеријалне облике.<sup>1108</sup> Надаље, нема правила о поступку, који се води у циљу постизања споразума, нити правила о форми споразума у ужем смислу. Како ни Кривични законик ни Закон о кривичном поступку<sup>1109</sup> не уређују поступак ради постизања поравнања у обзир долазе судско и вансудско поравнање, али и медијација.<sup>1110</sup> Није регулисан рок у којем треба закључити поравнање, тако да долази у обзир и оно закључено пре, али и после покретања кривичног поступка, све до доношења другостепене пресуде у жалбеном поступку. И трећи услов, тј. испуњење обавеза, носи са собом одређене недоумице; пре свега, како и којим средствима доказати да су обавезе испуњене, да ли је довољно да оштећени то потврди или се морају презентовати и неки материјални докази, у којим роковима се испуњава, шта се дешава ако споразум буде само делимично испуњен и слично. Сви наведени разлози истакли су потребу усаглашавања материјалног и процесног законодавства, јер је без регулисања поступка поравнања наведени институт потпуно неприменљив.<sup>1111</sup> Посебан проблем постоји ако је договорено да се обавезе испуњавају на рате или у одређеном року тако да су у време одлучивања

---

<sup>1107</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 276. и 277.

<sup>1108</sup> Садржај споразума, по мишљењу већине аутора представља накнада штете, пружање неке друге компензације оштећеном, враћање имовинске користи. Ђ. Ђорђевић: *Надокнада штете проузроковане кривичним делом и одмеравање казне ...*, стр. 199. Има мишљења да у обзир може доћи и морална сатисфакција кроз извињење учиниоца. Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 216.

<sup>1109</sup> *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001, 68/2002 и *Службени гласник Републике Србије*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 20/2009. и 72/2009. Покушај уређења поступка поравнања извршен је Закоником о кривичном поступку из 2006. године (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 46/2006, 49/2007, 122/2008. и 72/2009.), али како је његова примена одлагана и како је на крају и стављен ван снаге, ове одредбе никада нису заживеле.

<sup>1110</sup> Ђ. Ђорђевић: *Надокнада штете проузроковане кривичним делом и одмеравање казне ...*, стр. 198. и Н. Делић: *Поравнање учиниоца и оштећеног као основ за ослобођење од казне*, зборник Казнено законодавство, прогресивна или регресивна решења, Београд, 2005. године, стр. 291.

<sup>1111</sup> З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 258.

суда још увек недоспеле.<sup>1112</sup> У таквом случају, када у време одлучивања суда о казни поравнањем преузете обавезе још нису доспеле, произлази да нема ослобођења, мада би било оправдано законом предвидети могућност ослобођења под условом да је учинилац предузео гаранције да ће сигурно испунити обавезе. Са друге стране, постојање оваквог договора би се у овом контексту могло третирати као олакшавајућа околност.

Новија судска пракса бележи и случајеве у којима је „заваравање“ пасивног субјекта у току кривичног поступка лажним обећавањем надокнаде узето као отежавајућа околност: *„Пошто је оптужени током целог кривичног поступка обећавао да ће обезштетити оштећено предузеће и да до завршетка главног претреса није ништа вратио оштећеном, то је као отежавајућу околност суд ценио понашање учиниоца после извршења кривичног дела“*.<sup>1113</sup>

Насупрот описаном, накнадно дејство на остварену последицу може бити и отежавајућа околност. До тога долази у неколико ситуација: ако се последица одржава у оном обиму у којем је произведена, ако се неким активностима ометају и спречавају друга лица која настоје да је отклоне или чак ако се увећава њен обим. Последња могућност се односи и на извршење новог дела, које се због правила о привидном реалном стицају не квалификује као самостално него се инкорпорира у претходно (тзв. накнадно некажњиво дело). Рецимо, ако извршилац крађе скрива или протура украдену ствар не чини кривично дело прикривања, јер је оно конзумирано крађом,<sup>1114</sup> као што неће одговарати за стицај крађе и уништења туђе ствари, ако је украдену ствар уништио, на пример, да би прикрио доказе.

Уопштено посматрано, држање учиниоца према кривичном делу обухвата и предузимање различитих делатности у циљу прикривања трагова. Може се рећи да је то редовно, очекивано или „нормално“ понашање већине учинилаца. Аутори који спомињу уклањање трагова у контексту редовног одмеравања, констатују да се оно

---

<sup>1112</sup> Ђ. Ђорђевић: *Надокнада штете проузроковане кривичним делом и одмеравање казне ...*, стр. 199.

<sup>1113</sup> Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 2584/06 од 24. октобра 2004. године и пресуда Четвртог општинског суда у Београду К. 132/06. од 10. априла 2006. године, И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, осма књига ...*, стр. 39.

<sup>1114</sup> З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 213.

не може узимати као отежавајућа околност.<sup>1115</sup> Са друге стране, судови имају разрађенији став о уклањању трагова, јер примећују и вреднују извесне разлике. Они прихватају теоријско становиште као основно правило, од којег се изузетно одступа, када се отклањање трагова у датом случају одликује неком изузетно негативном карактеристиком и издваја од онога што учиниоци обично раде. Тако се у пракси сматра отежавајућим уклањање трагова ако изискује посебно ангажовање, изузетну упорност, компликованост и бројност радњи,<sup>1116</sup> ако указује на бескрупулозност и морбидност учиниоца (комадање леша),<sup>1117</sup> ако се дело прикрива тако што се „одговорност“ за насталу последицу пребацује на жртву, као када се убиство покушава замаскирати фингирањем самоубиства<sup>1118</sup> и слично.

Изузетне су ситуације када пружање помоћи жртви нема баш тако позитивно дејство какво се обично очекује. Наиме, у нашој судској пракси се чињеница да је учинилац после саобраћајног удеса превезао оштећеног у болницу не сматра олакшавајућом околношћу, како је то његова законска обавеза, јер би у супротном, био би одговоран и за кривично дело непружања помоћи лицу повређеном у саобраћајној несрећи.<sup>1119</sup>

#### 4.7.2. Држање учиниоца у кривичном поступку

Следећи подкомплекс из оквира држања учиниоца после учињеног кривичног дела обухвата чињенице које одсликавају његово понашање у кривичном поступку. Домаћа теорија најчешће из ове групе издваја признање

---

<sup>1115</sup> Ј. Таховић: *Кривично право ...*, стр. 334, Љ. Јовановић: *Кривично право ...*, стр. 451, Д. Јовашевић: *Кривично право ...*, стр. 234. и др.

<sup>1116</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1181/95 од 06. јуна 1996. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 131/1994 од 28. априла 1995. године, И. Симић: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, друга књига ...*, стр. 42.

<sup>1117</sup> Пресуда Окружног суда у Београду К. 395/2001 од 30. октобра 2001. године, *Билтен Окружног суда у Београду, бр. 60, 2003. године*, стр. 11.

<sup>1118</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 697/06 од 23. маја 2006. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 1132/05 од 28. септембра 2005. године. И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, осма књига ...*, стр. 39.

<sup>1119</sup> Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 790/94 од 07. децембра 1994. године и пресуда Првог општинског суда у Београду К. 1258/93 од 11. априла 1993. године, И. Симић: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, друга књига ...*, стр. 40.

кривичног дела, док су неке друге околности потпуно занемарене, у смислу да се или уопште не наводе или се само спомињу, без икакве експликације њиховог утицаја на одмеравање казне. Једна од недовољно сагледаних околности јесте самопријављивање учиниоца.<sup>1120</sup> Иако делује једноставно и на први поглед као изразито олакшавајућа околност, пријављивање се може разложити на читав низ различитих облика са нијансираним импликацијама на избор казне. Најрелевантније самопријављивање постојаће онда када дело још увек није откривено. Такав поступак може открити позитивну личност и њиме се несумњиво у највећој мери доприноси расветљавању кривичне ствари. Међутим, мотивациона позадина самопријављивања није увек иста. Иако најпре асоцира на постојање кајања, што је вероватно најчешћи случај, ово се не може третирати као апсолутно правило. Изузетно, нека пријављивања су тактичке природе и настају, на пример, из страха од освете. У обзир долази и рационално калкулисање – ако је учинилац свестан да ће због стицаја околности неминовно бити брзо ухваћен, он се може пријавити у циљу олакшавања свог будућег кривичноправног положаја. То значи да би суд, поред реалне чињенице да се учинилац пријавио, требало да поведе рачуна и о разлозима који су га на то нагнали, уколико су му познати. Друга варијација на исту тему постоји када се учинилац пријављује погрешно верујући да надлежни органи не знају за кривично дело и учиниоца. Надаље, неки учиниоци могу пријавити само дело. Очигледно је да код пријаве дела нема изричите воље да одговара за свој поступак, као у претходним примерима. Не бисмо се могли сложити са ставом да пријава дела није значајна.<sup>1121</sup> Позитивно језгро оваквог понашања лежи у томе што се њиме некада отвара простор да се помогне жртви кривичног дела. Додуше, учинилац не даје неки свој непосредни допринос томе, његов однос је пасивнији, али не и потпуно индиферентан. Овакве ситуације су честе у саобраћајној делинквенцији, када се учинилац не мири са последицом коју је проузроковао, али ни са тиме да за њу треба да одговара. Такође, пријава дела несумњиво олакшава рад надлежним органима, остаје само „друга половина“

---

<sup>1120</sup> У новијим радовима се само помиње у П. Станојевић: *op. cit.*, стр. 141. или се уз то дају и неке напомене као у Ђ. Ђорђевић: *Држање учиниоца после учињеног кривичног дела као олакшавајућа околност ...*, стр. 106.

<sup>1121</sup> Ђ. Ђорђевић: *op. cit.*, стр. 106.



посла, идентификовање и хватање учиниоца. Не сме се заборавити да учинилац који одлучи да пријави само дело може истовремено да омета рад државних органа означавајући невина лица као учиниоце или саучеснике.

Пријављивање себе као учиниоца је обично праћено предајом властима, за чију оцену су пресудни самоиницијативност и добровољност, са једне, односно изнуђеност и притешњеност околностима, са друге стране. Ако је учинилац приметно да се око њега „сужава круг“, да ће брзо бити ухваћен, да више не може да се скрива или бежи, па се под дејством тог сазнања предао, то неће довести до битног умањења казне. За разлику од пријављивања и предаје непријављивање не може бити отежавајућа околност, како се од учиница не може очекивати да погоршава свој положај и да предузима активности које воде ка осуди и кажњавању.<sup>1122</sup>

Уобичајно је да у излагањима о држању учиниоца после учињеног дела признање учиниоца заузима централно место. Изгледа да је у питању неки далеки ехо старог схватања о признању као „краљици доказа“, али се може тумачити и као повођење за судском праксом, која кад-кад некритички преувеличава његов значај. Заправо, иако га без изузетка помињу, домаћи аутори немају исти став према признању. Једни сматрају да је свако признање олакшавајућа околност.<sup>1123</sup> Оно се увек посматра као одраз позитивног психичког односа према делу, јер рефлектује прихватање сопствене одговорности, при чему није битно да ли је дало неки допринос утврђивању материјалне истине или не. Инсистирање на неким додатним условима, у оквирима овог схватања, посматра се као неприхватљив психички притисак на учиниоца. Друга полази од тога да признање само по себи није позитивно, већ то постаје ако је добровољно и ако даје допринос утврђивању материјалне истине.<sup>1124</sup> Логична допуна је и схватање да се признање може се прихватити као олакшавајућа околност и када је суд на неки други начин сазнао истину, али учиниоцу то још није познато. Због постојања овакве заблуде признање

---

<sup>1122</sup> Ђ. Ђорђевић: *Држање учиниоца после учињеног кривичног дела као олакшавајућа околност ...*, стр. 107.

<sup>1123</sup> Б. Петрић: *op. cit.*, стр. 23.

<sup>1124</sup> Ж. Хорватић: *Избор казне ...*, стр. 136, Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 263, З. Стојановић: *Кривично право ...*, стр. 275. и др.

се може приписати кајању и жељи да се помогне у утврђивању истине, иако реално томе не доприноси.<sup>1125</sup>

Закључивањем по супротности следи да нека признања уопште неће бити релевантна. Чему служи признање код флагрантног кривичног дела? Буквално ничему, чињеница да је учинилац ухваћен на делу говори сама за себе. Иста оцена важи и када је дело доказано другим несумњивим доказима – признање је тада на неки начин „изнуђено“, јер је учиниоцу јасно да порицање губи сваки смисао. Зашто онда не би признао, ако више нема шта да изгуби? Укратко, када признање није резултат слободне воље учиниоца, јер проистиче из притешњености откривеним чињеницама, које јасно говоре да је он учинио дело које му се ставља на терет, оно није олакшавајућа околност.<sup>1126</sup> Такође, предзнак позитивног не може носити ни признање небитних или мање битних околности, него само потпуно признање свих чињеница које чине суштину бића кривичног дела. Ни полуистине, када се признаје нека околност, на пример, да је био у близини места извршења дела, да је био у свађи са оштећеним, да је оруђе којим је извршено дело његово, али да га он није користио и слично, у суштини негирају дело и не могу имати олакшавајуће дејство. Ако би се у таквој ситуацији узело да учинилац признаје само кривично дело, тиме би се заправо прејудиицирала одлука на његову штету, а то је недопустиво. Слична наведеној је и ситуација када оптужени за квалификовани облик дела признаје само основни облик, када такође нема признања. Дакле, релевантно је само оно признање које на целовит начин објашњава кривично дело, дајући одговор на сва „златна питања криминалистике“. То значи да исказ треба да обухвати опис дела (радња, последица, место, време, начин, средство извршења, назначење пасивног субјекта), затим признање да је он учинио кривично дело, као и објашњење због чега је то урадио (мотив).

Комплексност оцене признања проистиче отуда што се посао суда не завршава само на утврђивању да је оно добровољно, потпуно и истинито. Све наведене особине не значе ништа ако је у питању тзв. тактичко признање. У пракси

---

<sup>1125</sup> Б. Златарић: *Кривични законик у практичној примјени ...*, стр. 140.

<sup>1126</sup> „Не може се узети као олакшавајућа околност приликом одмеравања казне признање окривљеног када је очигледно да окривљени другачију одбрану није ни могао дати када су код њега пронађени предмети извршења кривичног дела ...“. Пресуда Окружног суда у Чачку Кж. 346/2002 од 29. јануара 2003. године, *Судска пракса*, бр. 4, 2004. године, стр. 15.

нису ретки учиниоци, који ће радо потврдити постојање једног, само да би спречили откривање другог дела, посебно уколико је теже.<sup>1127</sup> То значи да суд мора са посебним опрезом приступити оцени сваког признања, како се иза њега може крити веома промишљено поступање, које нема везе са искреним прихватањем сопствене одговорности.

Процесна теорија разликује и неке друге облике признања. Полазећи од тога да ли је дато у оквиру или ван кривичног поступка (тј. у преткривичном поступку), могу се издвојити вансудско и судско признање.<sup>1128</sup> У неком ширем смислу, вансудским признањем се може сматрати не само оно дато надлежним органима преткривичног поступка, него и изјава пред неким трећим лицима, под условом да је доказана. Рецимо, изјава признања како би се добила помоћ у виду скривања, уклањања трагова, или изјава којом се учинилац у криминалним круговима хвалише делом и слично. Иако на почетку није изричито наглашено, подразумева се да се овде говори искључиво о судском и вансудском признању у рестриктивном значењу. Екстензивно одређено признање, може бити од значаја, али једноставно не припада овој целини. Надаље, уобичајно је да се у оквиру судског признања води рачуна о фази када је дато, па се издвајају признање у истрази и на главном претресу,<sup>1129</sup> тако да се отвара питање да ли то има некакав утицај на одмеравање казне. Ако се прихвати раније поменута теза о доприносу учиниоца у утврђивању материјалне истине, онда је битно и када се даје. Већи значај ће свакако имати при постојању основа сумње, него при постојању основане сумње, док је у случају потпуне извесности допринос раван нули. У обимном узорку прикупљених судских пресуда за потребе овог проучавања, пронађена је једна која говори овоме у прилог: *„При оцени признања оптуженог као олакшавајуће околности суд мора имати у виду колико је то признање било пресудно за утврђивање материјалне истине у кривичном поступку. Првостепени суд је преценио значај признања оптуженог као олакшавајуће околности. При томе је морао ценити да ли је оптужени у претходном поступку негирао извршење дела, а да је постојао исказ*

<sup>1127</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 263.

<sup>1128</sup> Т. Васиљевић: *Систем кривичног процесног права*, Београд, 1964. године, стр. 296, М. Шкулић: *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2007. године, стр. 367, С. Бејатовић: *Кривично процесно право*, Београд, 2008. године, стр. 306. и др.

<sup>1129</sup> М. Шкулић: *op. cit.*, стр. 367.

*сведока очевидца који су имали сазнања да је оптужени извршио кривично дело, те признање до којег је дошло тек на главном претресу јесте олакшавајућа околност, али нема тако велики значај, како је оцењено од стране првостепеног суда“.*<sup>1130</sup>

Са друге стране, статус непризнавања (порицања) дела у процесу одмеравања казне није оправдано одредити *argumentum a contrario*, из простог разлога што такво понашање проистиче из гарантованог права на одбрану. Окривљени је слободан у избору начина реализације овог права, те се може бранити пасивно (ћутањем) или активно (простим негирањем дела, давањем лажног исказа) и то нема утицаја на избор казне. Иако је у судској пракси потврђено ово правило има и другачијих примера. Амбивалентан став показују изводи из следећих пресуда: *„То што је оптужени негирао извршење дела за које је оглашен кривим не може се ценити као отежавајућа околност при одмеравању казне, јер оптужени има право да се брани онако како сматра да је за њега најповољније“*,<sup>1131</sup> док је у другом случају суд закључио супротно *„Непризнавање од окривљеног извршења кривичног дела у току главног претреса све до његовог завршетка, представља битну околност за одмеравање казне у конкретном случају ... Отежавајуће околности на страни окривљеног нису правилно цењене услед чега је Општински суд нашао да нема отежавајућих околности пропуштајући да оцени његово понашање током главног претреса, његово непризнавање извршења кривичног дела све до самог завршетка главног претреса, да би тек након суочења са сведоком делимично признао извршење дела“*.<sup>1132</sup>

Поред признања, требало би у контексту одмеравања казне поменути и неке друге изјаве. Пођимо најпре од антипода – обећања учиниоца да више неће вршити кривична дела и најаве вршења нових кривичних дела, било у виду довршења покушаног дела било у виду неке друге претње пасивном субјекту, сведоку, судији или осталим учесницима кривичног поступка. Обећања су обично само формалне

<sup>1130</sup> Пресуда Округног суда у Београду Кж. 1651/2000 од 26. октобра 2000. године, *Судска пракса*, бр. 2-3, 2002. године, стр. 14.

<sup>1131</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 655/06 од 25. априла 2006. године и пресуда Округног суда у Београду К. 620/05 од 14. фебруара 2006. године, И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, осма књига ...*, стр. 40.

<sup>1132</sup> Пресуда Округног суда у Ужицу Кж. 420/2002 од 14. октобра 2002. године, *Судска пракса*, бр. 6, 2003. године, стр. 19.

природе и да би имала реалног значаја потребно је постојање других околности које потврђују искрену решеност учиниоца да не понови дело. Најаве и претње имају већу тежину и недвосмислено негативну конотацију.

Следећи тип исказа су извињење оштећеном или члановима његове породице и одбијање извињења. Као и код признања и обећања, без неке додатне потпоре ни извињење није *a priori* олакшавајућа околност. Што се одбијања извињења тиче, не би било оправдано користити га као отежавајућу околност, пошто може бити део саставни део тактике одбране.

Учиниоца је у прилици да да допринос бржем и лакшем вођењу кривичног поступка не само признањем, него и на неке друге начине. Тако он може указати на то где се налазе докази о кривичном делу, предати *instrumenta sceleris*, показати место извршења, дати податке о томе где се налазе ствари прибављене кривичним делом, и друго. Сигурно је да се и о овим околностима мора водити рачуна приликом одмеравања казне, под условом да су манифестација искреног настојања да се допринесе расветљавању кривичне ствари.

Са друге стране, логично је да различити поступци учиниоца, иако се чине негативним, не могу играти улогу отежавајуће околности, ако проистичу из законом гарантованих права. Већ је поменуто да чињеница да се учинилац скривао, налазио у бекству, да прикрива доказе, уништава трагове или утиче на сведоке не могу утицати на одмеравање. Исти је случај са (зло)употребом различитих процесних овлашћења. Подношење неоснованог захтева за изузеће судије је сигурно усмерено на опструкцију кривичног поступка, али се не може ценити код одмеравања, јер окривљени има право да тражи изузеће.<sup>1133</sup> У истом светлу треба посматрати и неприхватање браниоца по службеној дужности. Наиме, окривљени има право да браниоца постављеног по службеној дужности замени браниоцем којег је сам изабрао. Овакво решење је оправдано, јер окривљени мора имати пуно поверење у свог браниоца, како би му слободно могао изнети све чињенице, које могу допринети успешној реализацији одбране, а то се у већој мери постиже са

---

<sup>1133</sup> Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 368/2001 од 06. марта 2001. године, *Билтен Окружног суда у Београду*, бр. 55, 2001. године, стр. 59.

изабраним, него са постављеним браниоцем.<sup>1134</sup> Такође, у пракси се често злоупотребљава и право окривљеног да у свако доба опозове пуномоћје, и то без обавезе да да образложење зашто то чини (чл. 76. ст. 2. ЗКП-а), али ни ово није од значаја за одмеравање. Као отежавајућа околност не може да фигурира одуговлачење поступка, због тога што се учинилац није одазвао на уредан позив суда. Такво његово понашање биће санкционисано у процесном смислу, јер суд има право да нареди принудно довођење (чл. 304. ЗКП-а): *„Приликом одмеравања врсте и висине казне окривљеном се не може узети као отежавајућа околност да је одуговлачио кривични поступак неодржавањем на позив суда при чему првостепени суд губи из вида да посебна глава Законика о кривичном поступку регулише мере за обезбеђење присуства окривљеног на главном претресу“*.<sup>1135</sup>

Проучавање прикупљених пресуда показало је да се у једном броју среће необразложена олакшавајућа околност под називом „држање пред судом“, па се поставља питање шта се под тиме заправо подразумева. Вероватно се мисли на пристојност уопште, културан однос према самом суду и другим учесницима у поступку. И то је могуће укалкулисати у казну, али супротно не би било оправдано. Евентуално нарушавање реда је ионако на други начин санкционисано. Председник већа је, у оквиру руковођења главним претресом, обавезан да се стара о одржавању реда и о поштовању достојанства суда, тако да у том циљу има право да изрекне меру опомене или удаљења оптуженом (чл. 299. ст. 1. ЗКП-а).<sup>1136</sup> Укупно држање учиноца пред судом као и пред другим органима у току кривичног поступка, могу бити значајни за избор казне ако су позитивни, док код негативних постоји ограничење само на она понашања, која нису ни у каквој вези са остваривањем основног права – права на одбрану.

---

<sup>1134</sup> Резултати емпиријских истраживања потврђују наведену тезу. С. Контантинковић-Вилић, М. Костић, Д. Миладиновић: *Право на правну помоћ и квалитет правне помоћи пружене грађанима у кривичном поступку и поступку издржавања казне*, Ниш, 2007. године, стр. 153-155.

<sup>1135</sup> Пресуда Окружног суда у Чачку Кж. 348/2002 од 24. децембра 2002. године, *Избор судске праксе*, бр. 4, 2003. године, стр. 33.

<sup>1136</sup> Други учесници могу бити кажњени и новчано. М. Грубач: *Законик о кривичном поступку са кратким објашњењима и посебним законима*, Београд, 2005. године, стр. 217.

#### 4.7.3. Опште држање учиниоца после извршеног кривичног дела

Предмет оцене приликом одмеравања казне може бити и опште понашање учиниоца после извршеног кривичног дела, а не само понашање везано за учињено кривично дело и кривични поступак који се води тим поводом. Овде се ради о различитим показатељима из породичног, суседског, професионалног, и уопште друштвеног живота. Сви они припадају двома скупинама. Прву сачињавају чињенице које одсликавају добро владање, решеност или тежњу учиниоца да води нормалан живот у складу са општеприхваћеним правилима понашања, док друга указује на лоше владање, у смислу истрајавања у асоцијалним облицима понашања. Најнегативнија варијанта је свакако извршење новог кривичног дела, посебно ако се између дела дају уочити извесне повезаности, рецимо, сродност дела која наводи на постојање криминалне тенденције и професионализацију учиниоца. У теорији се сматра да ново дело не утиче на редовно одмеравање, пошто ће бити примењена правила за стицај. То конкретније значи да једно дело не може бити третирано као отежавајућа околност при одмеравању казне за друго,<sup>1137</sup> али се овај став не примењује баш доследно у пракси. Извод из једне пресуде управо репрезентује обрнут приступ: *„Када окривљени након што је извршио кривично дело за које му се суди буде осуђен за друго кривично дело, та чињеница се цени као отежавајућа околност кроз институт понашања учиниоца након извршења кривичног дела, а не као ранија осуђиваност окривљеног“*.<sup>1138</sup>

Негативан предзнак носи и накнадна осуђиваност за друге јавноправне деликте. Како је у оквиру ранијег живота детаљно анализиран однос између кривичних дела, привредних преступа и прекршаја, због концизности излагања, неће бити понављани изведени закључци, а исто важи и за друге облике социјално-патолошког понашања.

Олакшавајуће околности из овог домена, како је већ наглашено, јесу све чињенице које, са мањим или већим степеном вероватноће, указују да учинилац неће рецидивирати, јер тежи да се врати нормалном животу. Ово не треба мешати

<sup>1137</sup> Б. Златарић: *Кривични законик у практичној примјени ...*, стр. 141.

<sup>1138</sup> Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 40/2001 од 07. фебруара 2001. године, *Судска пракса*, бр. 5, 2003. године, стр. 11.

са ситуацијом када се иза вела нормалног живота наслућује бескрупулозност учиниоца, који иде даље, прелази преко дела као да се ништа није догодило, како је констатовано у следећој пресуди: *„Висок степен безобзирности и одсутност кајања за извршено кривично дело тешког убиства може се огледати и у томе што је оптужени наредних дана по извршењу убиства безбрижно боравио по дискотекама и тамо се дружио са својим пријатељима и познаницима који ни по чему нису могли приметити да се нешто догодило са њим“*.<sup>1139</sup> Анализа судске праксе показује да се често као позитивни показатељи узимају неки уобичајни догађаји попут наставка школовања<sup>1140</sup> или закључења брака,<sup>1141</sup> све до неких радикалних заокрета у понашању попут опредељења да се убудуће води монашки живот: *„Олакшавајућа је околност да је окривљени одлучио да живи у манастиру због чега је од игумана и братства манастира Хопово где већ дужи време борави добио уверење да ће му након издржане казне омогућити боравак у тој средини“*.<sup>1142</sup>

#### 4.8. Друге околности које се односе на личност учиниоца

Анализа законског каталога олакшавајућих и отежавајућих околности открива да се оне у највећем броју односе на учиниоца кривичног дела, а изузеци су једино јачина повреде или угрожавања заштићеног добра и једним делом околности под којим је дело учињено. То значи да се садржина „других околности које се односе на личност учиниоца“ може одредити само принципом елиминације, тако да се он „испуњава“ чињеницама, које нису апсорбоване степеном кривице, побудама, личним приликама, ранијим животом, држањем учиниоца после

---

<sup>1139</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 590/2000 од 03. априла 2000. године, *Судска пракса, бр. 1, 2001. године*, стр. 21.

<sup>1140</sup> Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 535/2001 од 17. априла 2001. године, *Билтен Окружног суда у Београду, бр. 55, 2001. године*, стр. 57.

<sup>1141</sup> *„Чињеница да је окривљени пред женидбом може да представља олакшавајућу околност при одмеравању казне ... указује да он жели да промени свој начин живота ...“*. Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 93/2002 од 12. фебруара 2002. године, *Билтен Окружног суда у Београду, бр. 61, 2003. године*, стр. 59.

<sup>1142</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1281/2003 од 07. октобра 2003. године, *Билтен Окружног суда у Београду, бр. 67, 2005. године*, стр. 68.



учињеног кривичног дела. Евидентно је да тако добијен резидуум неће бити баш опсежан, неће бити много преосталих чињеница, поготову ако се остале законске околности схвате екстензивно. Из тог разлога је логично запитати се да ли је у питању беспотребно понављање, или постоји неки дубљи смисао, који се не може одмах назрети. Домаћи аутори се углавном не занимају питањем зашто се изнова инсистира на уважавању других околности везаних за личност учиниоца кривичног дела. Неки сматрају да ова одредба представља неку врсту сигнала или опомене суду да не пренебрегава значај субјективних чињеница, као што се то у пракси дешава, јер се превасходно води рачуна о тежини кривичног дела.<sup>1143</sup> Остали аутори се углавном задржавају на егземпларном приступу, наводећи шта би се евентуално могло сматрати другим околностима. У том смислу се истичу: степен образовања, психофизичке особености учиниоца,<sup>1144</sup> односно старост, климактеријум, сенилност, посебна стручност, степен образовања, осећајност, безосећајност, грубост итд.<sup>1145</sup> У неких правима бивших југословенских република постоји идентична околност, и тамо се тумачи да обухвата посебне склоности и способности, добре и лоше навике, животно искуство, животно доба и сличне околности.<sup>1146</sup> Неки опет наводе да судови у њиховим земљама користе „друге околности“ да би у процес одмеравања „прошверцовали“ као отежавајућу чињеницу да су у порасту дела у које спада и оно за које се суди, или као олакшавајуће да је протекло много времена од тренутка када је дело извршено, али и дуго трајање судског поступка.<sup>1147</sup>

Када су у питању године старости учиниоца, постоји вероватноћа да ће се о њима водити рачуна приликом процене кривице. Уобичајно је да се третирају као олакшавајућа околност, било да показују младост и за њу карактеристично неискуство или недовољно искуство, било старост и физиолошки сенијум који некада са собом носи и одређене психичке сметње.<sup>1148</sup> Животно доба би се могло

---

<sup>1143</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 264. Исто и М. Бабић, И. Марковић: *op. cit.*, стр. 408.

<sup>1144</sup> З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 245.

<sup>1145</sup> Љ. Јовановић: *Кривично право ...*, стр. 452, Д. Јовашевић: *Одмеравање казне према Кривичном законнику Републике Србије ...*, стр. 122.

<sup>1146</sup> В. Камбовски: *Казнено право ...*, стр. 707.

<sup>1147</sup> М. Бабић, И. Марковић: *op. cit.*, стр. 409.

<sup>1148</sup> П. Јеринић: *op. cit.*, стр. 477.

посматрати и у оквиру личних прилика, а тек ако то није учињено онда и у оквиру „резервних“ других околности. Изгледа да године у неком општељудском смислу погађају саосећајност и самилост, посебно када се ради о екстремима, тј. веома младим или веома старим особама. Није неосновано говорити да је свака од ових категорија на свој начин „рањива“ и да им поједине казне, пре свега казна затвора, могу теже пасти него учиниоцима неких других старосних група. Уосталом, и чињеница да је у компаративном праву искључено изрицање казне доживотног затвора млађим пунолетним лицима или лицима старијим од шездесет пет година, говори томе у прилог. Слична напомена код нас важи за казну од тридесет до четрдесет година, која се не може изрећи учиниоцима који у време извршења дела нису навршила двадесет једну годину. Младе не би требало дуготрајним казнама заувек „отписати“ и лишити сваке перспективе да воде нормалан и друштвено прихватљив живот, док стари заслужују да достојанствено проведу последње дане живота. Укратко, разлози хуманости воде умањивању казне, мада не би требало занемарити ни захтев сразмерности. Оно на шта се мора скренути пажња јесте и то да су године један од оних података, који су суду лако доступни, тако да их по потреби могу извући из генералија. Отуда су, попут раније (не)осуђиваности, подложне злоупотреби, јер се могу користити како би се поткрепила интуитивно донета одлука о казни, што се вероватно дешава када се само констатују у образложењу, али се не објашњава зашто су уважене.

Поред година, већина аутора набраја и неке особине личности учиниоца. Личност је релативно трајна и непромењива структура, која утиче на то како човек доживљава самог себе и како се односи према другим људима.<sup>1149</sup> У психологији је уобичајно да се личност дели на темперамент и карактер. Темперамент првенствено открива диспозиције за емотивно реаговање, али и брзину, снагу и трајање реакција појединца уопште.<sup>1150</sup> Тако у овом контексту могу бити од значаја емотивна стабилност или нестабилност, интровертност или екстровертност, песимистичка или оптимистичка оријентација, промишљеност или импулсивност, уздржљивост или необузданост, сигурност или плашљивост и слично. Карактер

---

<sup>1149</sup> Н. Рот: *Психологија личности ...*, стр. 13.

<sup>1150</sup> Н. Рот: *op. cit.*, стр. 48.

има везе са моралном страном човека и он се, за разлику од темперамента који је урођен, формира у највећој мери под утицајем социјалне средине.<sup>1151</sup> Карактерне особине изражавају садржај понашања човека и откривају циљеве којима тежи. Оне говоре о томе како је изражена потреба за слободом (потреба да се човек ослободи од укалупљивања и постане слободан стваралац), потреба да се ослања на самога себе или да зависи од других и да се за њима поводи, потреба за конформисањем (тежња да се прихватају или неприхватају друштвена правила), као и да ли постоји поштење, уопштено означено као избегавање да се лаже и вара.<sup>1152</sup> Такође, личност чине и хетерогене способности, попут интелигенције, моторних и сензорних способности.<sup>1153</sup> Требало би нагласити да особине личности уобичајно утичу на формирање суда о кривици учиниоца, али су и значајни параметри криминалне прогнозе. Подразумева се да није оправдано модификовати казну због особине која ни на који начин није утицала на криминално понашање, јер би то значило да се учинилац кажњава за мањкаву личност, а не за оно што је учинио.

Многи на листу потенцијалних других околности стављају и образовање. Веома је вероватно да ће његов значај претходно већ бити исцрпљен у оквиру процене кривице, посебно за формирање суда о несвесном нехату, професионалном нехату или о томе да ли је постојала или је могла постојати свест о противправности. Није искључено ни да се супсумира под личне прилике, односно, повеже са околностима под којима је дело учињено, ако начин извршења указује да активни субјект не може бити било ко, већ само лице са одређеним знањима и вештинама. Ако се то није десило, образовање треба укључити у процес редовног одмеравања, пошто се ради о једном од показатеља социјалне адаптираности, на основу које се врши предикција будућег понашања учиниоца и процењују могућности остваривања специјално-превентивних циљева. Образованост је у том контексту олакшавајућа околност, уз напомену да њена конкретна вредност зависи од садејства са другима, као што је констатовано у следећој пресуди: „*Околност да*

---

<sup>1151</sup> Н. Рот: *Психологија личности ...*, стр. 54.

<sup>1152</sup> Н. Рот: *op. cit.*, стр. 55. и 56.

<sup>1153</sup> *Op. cit.*, стр. 57. и надаље.

*оптужени има високо образовање и титулу доктора наука не може имати обележје особито олакшавајуће околности када је оптужени раније осуђиван“.*<sup>1154</sup>

Вероватно најзначајнији податак који је тешко подвести под остале законске околности јесте чињеница да је кривичним делом погођен и сам учинилац. Како се да претпоставити то није увек могуће, те ће се њено дејство најчешће појављивати код одмеравања казне за саобраћајна кривична дела, кривична дела изазивања опште опасности или поједина дела против живота и тела, попут учествовања у тучи и слично. Уосталом, законодавац је овластио суд и да ослободи од казне учиниоца кривичног дела из нехата, ако процени да га последице тешко погађају, тако да изрицање казне не би одговарало сврси кажњавања (чл. 58. ст. 2.). У том смислу се, поред аргумената праведности и сразмерности, урачунавање ове околности може бранити и позивањем на логичко тумачење и интенције законодавца. Подразумева се да за сврставање у олашавајуће околности није нужно да се ради о нехатном делу (мада ће то често бити случај), али се зато остали захтеви примењују на исти начин као и код ослобођења од казне. Тако није неопходно да последица наступа на добрима самог учиниоца. Последицу може да трпи и неко друго лице, али под условом да то не само да дотиче него и изазива психичку бол код учиниоца, јер је са њим у блиским односима. То се најчешће дешава ако се ради о блиским крвним сродницима, повезаним јаким породичним и емотивним везама,<sup>1155</sup> мада у обзир долазе и лица из неких других релација, као ванбрачна партнерка са којим је планирано закључење брака,<sup>1156</sup> или јако близак пријатељ. Не треба наглашавати да није оправдано да се постојање патње код учиниоца претпоставља на основу типа односа, много је релевантније испитивати квалитет интерперсоналних релација између учиниоца и тог другог лица, да би се донео правилан суд.

---

<sup>1154</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 814/99 од 7. марта 2000. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 130/99 од 12. маја 1999. године, И. Симић: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, књига трећа ...*, стр. 36.

<sup>1155</sup> Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 1327/99 од 4 августа 1999. године и пресуда Петог Општинског суда у Београду К. 1232/98 од 25. јануара 1999. године, И. Симић: *op. cit.*, стр. 37.

<sup>1156</sup> Пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 1729/96 од 18. децембра 1996. године и пресуда Четвртог општинског суда у Београду, К. 942/95 од 24 јануара 1996. године. И. Симић: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, књига друга ...*, стр. 36.

Поменуто је да поједини аутори у овом контексту говоре о порасту броја кривичних дела, времену протеклом од извршења или непромереној дужини трајања суђења. Прва грешка оваквог схватања се састоји у неадекватној правној квалификацији. Просто је нелогично овакве податке сматрати везаним за учиниоца. Оне се у процесу редовног одмеравања могу наћи само као друге (дакле, не оне изричито набројане) околности, које утичу на то да казна буде већа или мања у оквирима казне прописаним за конкретно кривично дело. Друго је питање оправданости њиховог увођења у процес редовног одмеравања. О порасту стопе криминалитета биће детаљно расправљано у оквиру излагања о односу редовног одмеравања и криминалне политике, те се на томе нећемо овде задржавати. Што се протека времена од извршења дела тиче, наша пракса га уважава само ако се не може ставити на терет учиниоцу: *„Не може се узети као олакшавајућа околност протек времена од извршења кривичног дела, с обзиром на понашање оптуженог који је након извршења кривичног дела био у бекству шест година“*.<sup>1157</sup> Претерано трајање судског поступка би евентуално могло бити узето за олакшавајућу околност. Међутим, са њом треба бити опрезан, јер трајање поступка зависи од многобројних фактора. Неки учиниоци намерно опструирају поступак, траже изузеће судија, мењају браниоце, не признају дело те се морају доводити и испитивати сведоци и слично. Све то несумњиво доприноси одуговлачењу, али је и саставни део права на одбрану. У таквим случајевима не би било допуштено санкционисати учиниоца повећавањем казне на рачун наведеног, а опет не би било ни оправдано наградити га, ако је искључиви кривац за непромерено трајање кривичног поступка. Када се не може приписати учиниоцу, јер је резултат неког, да га тако назовемо, екстерног фактора долази у обзир приписивање олакшавајућег дејства.

---

<sup>1157</sup> Пресуда Врховног суда Србије Кж. 246/03 од 7. априла 2004. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 661/98 од 22. октобра 2002. године, И. Симић, А. Трешњев: *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, седма књига ...*, стр. 42.

#### 4.9. Имовно стање учиноца

У корпусу општих правила налази се и посебна норма, којом је наложено суду да приликом одмеравања новчане казне у одређеном износу посебно узме у обзир имовно стање учиноца кривичног дела (чл. 54. ст. 2.). Технички посматрано, имовно стање није наведено у истом ставу са осталим околностима, измештено је из законског каталога, што је отворило питање његове природе. Са једне стране, могло би се помислити да је ово фактор одмеравања који, за разлику од осталих, нема опште дејство, како је везан само за новчану казну, па чак не ни за њу универзално, већ само за један од њених облика. Међутим, имовно стање логички припада комплексу личних прилика, те суду ништа не стоји на путу да и код других казни о њему води рачуна, ако сматра да је то прикладно и оправдано. Постоје и мишљења да законска систематика сугерише да се овде не ради само о олакшавајућој или отежавајућој околности, него и о материјалном основу за утврђивање новчане казне.<sup>1158</sup> Имовно стање тако има двоструку функцију, оно треба да покаже да ли у конкретном случају постоје предуслови за успешну примену (читати извршење) новчане казне, али и да определи њену висину. У том смислу оно треба да „ради“ на два колосека, паралелно показујући да ли је учинилац у стању да поднесе терет новчане казне и колики би тај терет требало да буде. Док је у систем новчане казне у дневним износима инкорпорисана идеја о економској правичности и једнакости, тј. о сразмерности ове казне са економском снагом учиноца, алтернативни систем не садржи такав унутрашњи механизам, те је законодавац осетио потребу да то нагласи. Ова одредба је, дакле, још један израз настојања да се економске разлике, колико год је то могуће превазиђу.<sup>1159</sup>

Поред природе може се поставити и питање садржине ове околности. Шта она тачно подразумева није објашњено, као што је то био случај у претходном закону. Основни кривични закон је прецизирао да се имовно стање процењује

<sup>1158</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 263-264. Исто и у Ђ. Ђорђевић: *Одмеравање новчане казне*, ЈРККП, бр. 8, 1998. године, стр. 102, М. Кокољ Ђ. Лазин: *Имовинске кривичне санкције и мере у југословенском кривичном праву*, Београд, 1989. године, стр. 44.

<sup>1159</sup> Код новчане казне се дуго истицао приговор да се не узима у обзир имовно стање. Но, када је тај приговор отпао уношењем одредбе о имовном стању, настали су други, да је не треба изрицати сиромашнима, јер ће се ионако претворити у казну затвора, као што није адекватна ни за богате, јер их не погађа у довољној мери. М. Кокољ, Ђ. Лазин: *op. cit.*, стр. 45.

према висини личног дохотка, другим приходима, имовини и породичним обавезама учиниоца (чл. 41. ст. 3.), што може бити искоришћено као некакав оријентир.<sup>1160</sup> Дакле, суд би требало да утврди да ли је учинилац у радном односу, колика су му примања, да ли поред ових из радног односа има и неке допунске изворе прихода и у ком обиму, да ли има имовину, да ли убире приходе од имовине и слично. Другу страну медаље чине имовинске обавезе, пре свега обавезе издржавања чланова породице. Несумњиво је да овде долази до преплитања са породичним приликама учиниоца, јер имовинске обавезе зависе од тога да ли има супружника и да ли он остварује неке приходе, да ли има деце коју мора да издржава, да ли се она налазе на школовању, да ли има обавезу издржавања према родитељима и слично. Стамбене прилике, такође, опредељују имовно стање, пре свега, у зависности од тога да ли је оно решено или је учинилац у статусу подстанара. Исто је и са његовим здравственим стањем, као и здравственим стањем чланова његове породице, пошто евентуални трошкови лечења могу знатно оптеретити кућни буџет. Сигурно је да у одмеравању новчане казне у одређеном износу суд неће бити у прилици да барата са прецизним и потпуним подацима о овоме што је горе наведено, јер да њима располаже новчана казна би била одмерена по систему дневних износа, као примарном. Он ће се ослањати само на неке оквирне показатеље, често само на реч учиниоца, како огроман број људи ради „на црно“ и није у могућности да другачије докаже своје приходе. Све то говори о релативној вредности имовног стања. Једино што је сигурно јесте то да имовно стање о којем се говори не треба доводити у етиолошку везу са учињеним кривичним делом. Свака противправно присвојена корист пронаћи ће свој израз у процесу редовног одмеравања једино кроз јачину повреде или угрожавања заштићеног добра и биће одузета посебном мером *sui generis*, а то не треба мешати са проценом имовинских прилика у којима се учинилац налази.

Требало би упозорити да се у нашој судској пракси дешава да лоше имовинско стање бива некритички проглашавано за олакшавајућу околност и код кривичних дела где то нема никаквог резона. Непримерено је, еуфемистички речено, при одмеравању казне за силовање умањивати казну учиниоцу, јер је лошег

---

<sup>1160</sup> Д. Јовашевић: *Одмеравање казне према Кривичном законнику Републике Србије ...*, стр. 121.

материјалног стања и нема никакву имовину, како је учињено у једној од доступних пресуда.<sup>1161</sup>

#### 4.10. Посебна околност за одмеравање казне за кривично дело учињено из мржње

Новелирањем Кривичног законика 2012. године законски каталог је обогатен *посебном околношћу за одмеравање казне за кривична дела учињена из мржње*. Она је издвојена у засебан члан 54а, који гласи: „Ако је кривично дело учињено из мржње, због припадности раси и вероисповести, националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета другог лица, ту околност суд ће ценити као отежавајућу околност, осим ако она није прописана као обележје бића кривичног дела“. Нова околност, којом је очито учињено одступање од дугогодишњег модела отворене листе вредносно неутралних фактора, отвара два крупна питања – прво, да ли има оправдања за овакву интервенцију и у чему се оно састоји, и друго, какви се проблеми могу појавити у њеној примени, утврђивању и вредновању у процесу редовног одмеравања казне.

##### 4.10.1. Оправданост увођења мотива мржње као обавезне отежавајуће околности

Може се претпоставити да је *ratio legis* нормирања посебне околности потреба да се поставе шире и потпуније законске основе за заштиту од социјално патолошке појаве познате под називом злочини мржње.<sup>1162</sup> У криминолошкој

---

<sup>1161</sup> Пресуда Округног суда у Крагујевцу, бр. К-94/93. Наведено према М. Јевтић: *Опита правила о одмеравању казне, са посебним освртом на личне прилике и држање учиниоца после учињеног дела*, Правни живот, бр. 9, 2004. године, стр. 862.

<sup>1162</sup> Термин злочини мржње је у широј употреби је од 90-тих година прошлог века, тачније од доношења чувеног америчког закона *The Hate Crime Statistics Act-a* из 1990. године. Не само у нашем него и у другим језицима прихваћен је дословни превод енглеског *hate crime*, што се види, на



теорији постоје различити приступи дефинисању овог типа криминалитета, а из масе одређења може се издвојити дефиниција потекла од Канцеларије за демократске институције и људска права (*ODIHR*) Организације за европску безбедност и сарадњу (*OSCE*), која злочине мржње посматра као свако кривично дело, укључујући кривична дела против људи и имовине, где је жртва, објекат или циљ напада изабран због њихове стварне или препостављене везе, контакта, укључености, подршке или чланства у групи, која може бити формирана по основу расне, националне или етничке припадности, језика, боје или религијске припадности, пола, година, психичких или физичких недостатака, сексуалне оријентације или других сличних одредница.<sup>1163</sup> У домаћој литератури се на мање-више сличан начин говори о злочинима мржње.<sup>1164</sup> Иако је борба против злочина мржње потпуно оправдан и легитиман циљ, вредност допуне се потпуније може сагледати тек када се доведе у контекст са ранијим законским капацитетима да се суоче са овом појавом, али и са распрострањеношћу оваквих дела у пракси. Поред тога, критичко преиспитивање не би било потпуно и без осврта на компаративно право, како би се на основу страних законских модела и искустава добиле корисне информације о томе шта се показало као најефикаснији механизам заштите.

Не би било исправно претпоставити да пре најновијих измена и допуна КЗ-а из 2012. године домаће законодавство уопште није садржало одговоре на злочине мржње. Изостанак таквих механизма је једноставно немогућ и то из два разлога. Прво, наша држава је потписивањем и ратификовањем Међународне конвенције

---

пример, из назива *Hassdelikten* (немачки), *crimes inspires par la haine* (француски), *преступления на почве нанависти* (руски), иако се у криминолошкој литератури спорадично срећу и неке друге, додуше, неадекватне алтернативе, попут *bias crime* (злочин из предрасуда), *ethno crime* (етнокриминалитет), *targeted violence* (циљано насиље), *systematic violence* (систематско насиље), *oppressive violence* (опресивно насиље). Више о томе у В. Perry: *A Crime by any Other Name: The Semantics of Hate*, *Journal of Hate Studies*, vol. 4, 2005-2006. године, стр. 129-135. и Е. А. Stanko: *Re-Conceptualizing the Policing of Hatred: Confessions and Worrying Dilemmas of a Consultant*, *Law and Critique*, no. 12, 2001. године, стр. 318-329. У домаћој литератури је присутан и резервисан став према овом називу, јер „... тиме као да се хоће рећи да постоје и неки други злочини, злочини љубави, а што би било апсурдно, осим ако се не ради о еутаназији ...“. Видети у Ј. Тирић: *Злочини мржње: америчко и балканско искуство*, Темида, бр. 4, 2011. године, стр. 21.

<sup>1163</sup> *Challenges and Responses to Hate-Motivated Incidents in the OSCE Region*, OSCE (ODIHR), 12. октобар 2006. године, преузето са <http://www.osce.org/odihhr/21629>.

<sup>1164</sup> Ђ. Игњатовић: *Злочини мржње*, Правни живот, бр. 9, 2005. године, стр. 5-6, М. Ковачевић: *Злочини мржње и нормативно регулисање*, Темида, бр. 4, 2011. године, стр. 55, М. Трипковић: *Експанзија мржње: основна обележја масовних злочина мржње*, Темида, бр. 4, 2011. године, стр. 39, С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић: *op. cit.*, стр. 148. и др.

УН о укидању свих облика расне дискриминације из 1965. године преузела обавезу да инкриминише акте мржње.<sup>1165</sup> Друго, Устав изричито наводи да је забрањено и кажњиво изазивање и подстицање расне, националне, верске или друге неравноправности, мржње и нетрпељивости (чл. 49.).<sup>1166</sup> Тако су на основу међународних и уставних обавеза настале следеће инкриминације – изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости (чл. 317.) из групе дела против уставног уређења и безбедности, као и расна и друга дискриминација (чл. 387.) из групе кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом. Основни облик изазивања мржње и нетрпељивости се састоји у изазивању и распиривању националне, расне, или верске мржње или нетрпељивости међу народима или етничким заједницама које живе у Србији. Ово дело добија тежи облик ако је учињено принудом, злостављањем, угрожавањем сигурности, излагањем порузи националних, етничких или верских симбола, оштећењем туђих ствари, скрнављењем споменика, спомен-обележја или гробова, док најтежи облик настаје ако су претходна два учињена злоупотребом положаја или овлашћења, или ако је услед тих дела дошло до нереда, насиља или других тешких последица за заједнички живот народа, националних мањина или етничких група које живе у Србији. Са друге стране, расна и друга дискриминација постоје када се на основу разлике у раси, боји коже, националности, етничком пореклу или неком другом личном својству крше основна људска права и слободе гарантоване општеприхваћеним правилима међународног права и ратификованим међународним уговорима, односно, када се дело врши прогањањем организација и појединаца због њиховог залагања за равноправност људи. Тежи облик се састоји у

---

<sup>1165</sup> *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 6/67.* Конвенција обавезује чланице да укину све облике дискриминације, а та обавеза има два вида – пасивни, као уздржавање државе и њених представника од дискриминације, и активни кроз конкретне мере на укидању дискриминације, укључујући и то да се одређена понашања предвиде као кривична дела, а најпре свако ширење идеја заснованих на расној супериорности или расној мржњи, свако подстицање на расну дискриминацију, сва дела насиља и позивање на таква насиља уперена против свих раса или сваке групе друге боје или другог етничког порекла, као и пружање помоћи расистичким активностима подразумевајући ту и њихово финансирање. Државама је наложено и да прогласе за незаконите и забране организације и активности организоване пропаганде и сваку другу врсту пропагандне активности која подстиче на расну дискриминацију и која је помаже, као и да прогласе да је учешће у овим организацијама или њиховим активностима законом кажњиво дело. Посебно је истакнуто да државе не смеју да дозволе јавним властима и јавним националним или локалним установама да подстичу на расну дискриминацију или да је помажу.

<sup>1166</sup> Устав Републике Србије, *Службени гласник РС, бр. 83/06.*

ширењу идеје о супериорности једне расе над другом, или у пропагирању расне мржње, или у подстицању на расну дискриминацију. Инкриминисано је и ширење или на други начин чињење јавно доступним текстова, слика или сваког другог представљања идеја или теорија које заговарају или подстрекавају мржњу, дискриминацију или насиље против било којег лица или групе, засноване на раси, боји коже, верској припадности, националности, етничком пореклу, или неком другом личном својству. У радње овог дела спада и јавна претња да ће против лица или групе лица због припадности одређеној раси, боји коже, вери, националности, етничком пореклу, или због неког другог личног својства бити извршено кривично дело за које је запређена казна затвора већа од четири године.

Не може остати непримећено да горе поменута инкриминација (чл. 317.) делимично одговара на уставну обавезу, јер је формулација из Устава таква да предвиђа санкционисање поступака којима се изазивају неравноправност, мржња и нетрпељивост уопште, а не само када је умишљај учиниоца усмерен на остваривање последица искључиво међу групама које живе у Србији. То значи да се Устав определио за ширу заштиту него Законик, који је везује само за групе које живе у нашој држави. Тако би се могло поставити питање да ли је законска одредба у складу са Уставом и да ли се ту отворио простор за интервенцију у области кривичног права. Када се одредбе КЗ-а упореде са Конвенцијом приметно је да КЗ инкриминише све акте које прописује Конвенција, идући чак и корак даље предвиђањем оштећења имовине. Једино функционисање расистичких организација није покривено Закоником, али је оно регулисано Уставом, који забрањује деловање политичких странака, верских заједница и било ког другог удружења усмереног на изазивање расне, националне и верске мржње односно нетрпељивости, уз постављање надлежности Уставног суда да забрани деловање таквих организација (чл. 44. ст. 3.). Међутим, иако Законик штити исте групе као и Конвенција, могло би се дискутовати о томе да ли су њен смисао и суштина у потпуности испоштовани, с обзиром на поменути недостатак члана 317, који инкриминише изазивање мржње и нетрпељивости према групама унутар наше државе.

Када се већ говори о испуњавању међународних обавеза, требало би поменути и Оквирну одлуку о борби против извесних облика изражавања расизма и ксенофобије мерама кривичног права,<sup>1167</sup> која садржи читав сет мера, укључујући и обавезу да се мотив мржње експлицитно предвиди као отежавајућа околност или да се на други начин омогући да буде узет у обзир приликом одмеравања казне (чл. 4.). Смернице за национална законодавства у овој области, такође, садрже и поједини необавезујући међународни документи, који могу бити значајни због процеса придруживања Европској унији. Наиме, у оквиру Савета Европе је основана Европска комисија против расизма и нетолеранције (*European Commission against Racism and Intolerance – ECRI*). Комисија је сачинила десетак препорука државама чланицама о могућим путевима сузбијања различитих облика нетолеранције. Препорука о генералној политици број 1 односи се на борбу против расизма, ксенофобије, антисемитизма и нетолеранције.<sup>1168</sup> Она истиче да „обична“ кривична дела са расистичким или ксенофобичним мотивима треба дефинисати теже или омогућити да мотиви буду посебно узети у обзир приликом одмеравања казне, што значи да су државама стављене на располагање две опције – да мржњу третирају или као квалификаторну околност код одређених кривичних дела или као општу отежавајућу околност. Препорука о генералној политици број 7, посвећена мерама које би требало предузети у погледу расизма и расне дискриминације у националном законодавству, поред осталог, предлаже да расна мотивација има третман отежавајуће околности. Слично је и са Препоруком о генералној политици број 9 која, бавећи се мерама против антисемитизма, државама сугерише да под расну мотивацију сврстају и антисемитску, као и да дела са оваквим субјективним супстратом кажњавају теже од „обичних“.

Поред наведеног, статус мотива мржње у европском правном простору је на извешан начин одредила и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, мада га нигде експлицитно не помиње, што се може закључити из праксе Европског суда за људска права. У низу новијих одлука Суда

---

<sup>1167</sup> *Council Framework Decision (2008/913/JHA)*, од 28.11.2008. године. Одлука је доступна на [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:EN:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:EN:PDF).

<sup>1168</sup> Комисија је донела четрнаест препорука са мерама за сузбијање дискриминације и злочина мржње, мада се све не односе на кривично право. Текстови препорука се могу наћи на [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/library/publications\\_en.asp#P977\\_11093](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/library/publications_en.asp#P977_11093).

констатовано је да државе чланице имају обавезу према Конвенцији да испитују да ли је дело настало из мотива мржње, у супротном, суочавају се са тиме да се пресуде њихових националних судова третирају као повреда члана 14, који се односи на принцип недискриминације, а неки од примера су предмети *Nachova and Others v. Bulgaria*, *Sesic v. Croatia*, *Soare and Others v. Romania*.<sup>1169</sup>

Даља анализа домаћег нормативног плана показује да, поред посебних кривичних дела, постоји још један додатни и веома флексибилан механизам који се може искористити у борби против злочина мржње. И раније је без икаквих сметњи било могуће вредновати мржњу приликом редовног одмеравања казне, јер наше кривично законодавство, како је показано у претходним излагањима, традиционално обавезује суд да се бави и мотивационим аспектима кривичног дела. Формулација „побуде из којих је дело учињено“ је најапстрактније природе, тако да се било који мотив, па и мржња, могу неспутано оцењивати.

Када се све сумира постаје евидентно да наше законодавство инкриминише злочине мржње у тзв. ужем смислу. Њима се пружа заштита „класичним“ групама, те се нигде изричито не помињу групе формиране по полу, сексуалној оријентацији, годинама старости, физичком или психичком здрављу и слично, мада се код дискриминације наводе „друга лична својства“, под која би се све ово могло подвести. Закоником нису прописани ни квалификовани облици „обичних“ дела уколико су она учињена из мржње (сем тешког убиства где је мржња обухваћена „другим ниским побудама“), мада би то отворило проблем која од њих изабрати. Консултовање криминолошке литературе водило би ка нереалним захтевима, пошто овај тип криминалитета постоји када је учињено било које дело под условом да је учинилац био мотивисан мржњом. Стога је примена овог концепта у пуном смислу нерационална и тешка, те би се законодавац морао ограничити, рецимо, на типична дела општег криминалитета (убиство, телесне повреде, силовање и слично). Надаље, побуде из којих је дело учињено, као што је већ поменуто, због општости формулације могу да „апсорбују“ различите случајеве. Овде нема никаквог ограничења по питању предмета мржње, према којој год групи била усмерена она ће бити уважена у процесу одмеравања казне. У том смислу,

---

<sup>1169</sup> Пресуде се могу наћи на [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

„побуде“ су свеобухватније од нове околности „мржња због припадности раси и вероисповести, националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета другог лица“. Тако посматрано, измена уопште није била неопходна, мада представља јасан сигнал суду да се ради о посебно значајној и опасној криминогеној мотивацији, која се мора узети за отежавајућу околност. Не би требало изоставити ни још једну, можда не тако приметну разлику између горе поменутих околности. „Нова“ инсистира на припадности групи, а ако се то уско схвати као истинска или реална припадност некој од таксативно набројаних, онда није „покривен“ случај када је учинилац погрешно сматрао да је жртва њен члан. „Старе“ побуде из којих је дело учињено су и по овом питању погодније, мржња се увек урачунава, независно од тога да ли је припадност некој групи стварна или умишљена, то не мења ствари. Такође, општост „побуда“ оставља простор да се обухвати и случај када је дело мотивисано мржњом према некој групи, али се не врши непосредно према њеном припаднику, већ према лицу које штити или промовише права и интересе те групе.

Поред евентуалних недостатака у нормативи, разлог за увођење посебне околности могла би бити и ескалација злочина мржње у пракси. Тешко је проценити да ли се то код нас дешава; званична статистика није од велике помоћи, како се дела учињена из мржње нигде посебно не бележе. Једино на шта се можемо позвати јесте званична статистика о горе поменутих делима (чл. 317. и 387.), али она региструје тек по неколико случајева годишње.<sup>1170</sup> Статистика вероватно и не даје праву слику, јер су остала „невидљива“ сва друга „обична“ дела мотивисана мржњом. Затим, није неосновано ни запитати се и да ли мали број пресуђених дела говори о високој тамној бројци дела из члана 317. и 387. Све то наводи на тражење алтернативних извора, медија, извештаја невладиних или међународних

---

<sup>1170</sup> Подаци Републичког завода за статистику говоре да је у 2010. години од укупно 21.681 осуђеног пунолетног лица само деветоро осуђено за изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости (шесторо на казну затвора и троје на условну осуду), односно, само једно лице за расну дискриминацију (на условну осуду). Збирно посматрано, у питању је минорна заступљеност у структури криминалитета код нас, од око 0,04%. Подаци су преузети из *Саопштења РЗС, бр. 201, год. LXI*, од 15.07.2011. године, стр. 10. и 11. Слични су и показатељи за 2011. годину – за изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости осуђено је шесторо лица (двоје на затвор, четворо на условну осуду), а осуда за расну и другу дискриминацију није било, што у односу на укупан број осуђених пунолетних лица (30.807) представља занемарљив удео од око 0,02%. Коришћени су подаци из *Саопштења РЗС, бр. 203, год. LXII*, од 19.07.2012. године, стр. 10. и 11.

организација, мада је сигурно да им треба приступити са опрезом и резервом, јер ни они нису без недостатака. Познато је да предимензионирана медијска пажња може створити погрешан утисак да је нека појава чешћа и заступљенија него што реално јесте, да не помињемо погодности политизације ових питања у друштвима са незалеченим тензијама из ближе прошлости, са великим социјалним разликама и распрострањеним сиромаштвом, у каква, на жалост, спада и наше. Судећи по медијском извештавању, најзаступљенији су испади према припадницима лгбт популације и припадницима ромске мањине. О запажањима разнородних домаћих невладиних организација неће бити посебно речи, како многе од њих прикупљене податке достављају међународним организацијама. Отуда је, концизности ради, погодније осврнути се на извештаје релевантних међународних организација, у којима је све то обједињено. Од међународних организација требало би издвојити Канцеларију за демократске институције и људска права (*ODIHR*), која сваке године сачињава посебан извештај о злочинима мржње у *OSCE* региону. Када су у питању расистички и ксенофобични инциденти регистровано је неколико случајева напада на имовину, без конкретнијег назначења броја, као и једна телесна повреда.<sup>1171</sup> Забележени су и напади на Роме – три телесне повреде, три графита са садржајем који распирује мржњу и један случај подметања пожара.<sup>1172</sup> Најбројнија су дела са хомофобичном мотивацијом – петнаест напада на телесни интегритет (укључујући и тешке телесне повреде), три претње, три оштећења имовине.<sup>1173</sup> Остале категорије које се евидентирају извештајима – антисемитска дела, дела против хришћана и припадника других вероисповести, дела против особа са физичким и психичким сметњама или против лица из неке друге групе нису уочена. Укратко, када се упореде са другим земљама ови подаци не одскачу неком изузетном бројношћу нити тежином испољавања. Упркос томе, Србији је на основу емпиријских налаза и стања законодавства препоручено да обезбеди ширу имплементацију кривичног права у случајевима злочина мржње, да предвиди

---

<sup>1171</sup> *Hate Crimes in the OSCE Region, Annual Report for 2011*, Warsaw, November, 2012. године, стр. 48. Преузето са [www.osce.org/odihr](http://www.osce.org/odihr). Иначе, сви наведени подаци се односе на ужу Србију, без Косова и Метохије.

<sup>1172</sup> *Op. cit*, стр. 57.

<sup>1173</sup> *Op. cit*, стр. 84.

мржњу као отежавајућу околност, да помогне едукацију судија, као и да предузме мере у циљу охрабривања сведока и жртва да пријављују оваква дела.<sup>1174</sup>

Надаље, може се поставити питање и какви се закључци добијају када се домаћа регулатива упореди са страним правима. Кривичноправна реакција на злочине мржње може имати различите форме, у зависности од више фактора, као што су агилност државе у испуњавању међународних обавеза, структура становништва, историјске прилике, карактеристике правног система и слично. У земљама које су узете у обзир примећени су следећи механизми: прописивање посебних дела, квалификованих облика „обичних“ дела и обавеза урачунавања мржње као отежавајуће околности. Посебна кривична дела се јављају као изазивање мржње и ширење расистичких идеја,<sup>1175</sup> дела насиља у виду повреде или угрожавања физичког интегритета, као и доношење штете,<sup>1176</sup> негирање злочина из прошлости,<sup>1177</sup> расистичко и слично удруживање и организовање.<sup>1178</sup> Мотив мржње као квалификаторна околност није посебно распрострањен у посматраном компаративноправном узорку, нити је број дела која добијају тежи вид услед ове околности велик.<sup>1179</sup> Поред тога, у делу законодавстава мотив мржње има и статус отежавајуће околности,<sup>1180</sup> а најчешће су обухваћене расне, националне и

---

<sup>1174</sup> Видети тачку 18. у *ECRI Report on Serbia (fourth monitoring cycle)*, 31.05.2011. године. Преузето са <http://coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Serbia/Srb-CbC-IV-2011-021-ENG.pdf>.

<sup>1175</sup> На пример, у законодавству Немачке (растурање пропагандног материјала неуставних организација, чл. 86; коришћење симбола неуставних организација, чл. 86а; агитација, чл. 130.), Русије (изазивање мржње, непријатељства и понижавања људског достојанства, чл. 282.), Шведске (агитација против националне или етничке групе, глава 16, поглавље 8.), Канаде (подстицање на мржњу, чл. 319.), Републике Српске (изазивање расне или верске мржње, раздора или нетрпељивости, чл. 390.), Хрватске (расна и друга дискриминација, чл. 174. ст. 3.), Црне Горе (изазивање националне, расне и верске мржње, раздора и нетрпељивости, чл. 370.) и друга. Обично су заштићене стандардне групе, у складу са Конвенцијом, мада има и другачијих примера (канадски КЗ помиње сваку групу која се може идентификовати).

<sup>1176</sup> Овакве инкриминације су ретко заступљене. Видети КЗ Бугарске, чл. 162. ст. 2. (примена насиља или доношење штете због припадности националности, раси, религији или политичког опредељења) и чл. 163. (учествовање у групи која врши насиље према групи одређене националне или верске припадности, према припадницима групе или њиховој имовини).

<sup>1177</sup> Овде постоје извесне разлике, јер нека законодавства говоре о злочинима за време владавине националсоцијализма (чл. 3х КЗ Аустрије, чл. 130. ст. 3. КЗ Немачке), а нека о геноциду (чл. 300. ст. 1. КЗ Словеније).

<sup>1178</sup> Чл. 85. КЗ Немачке (непоштовање забране организације) или чл. 282.1. (организовање екстремистичке заједнице) и чл. 282.2. КЗ Русије (организовање активности екстремистичке заједнице).

<sup>1179</sup> Обично се ради о убиству, нарушавању телесног интегритета и непоштовању преминулог и места сахрањивања. Рецимо, КЗ Русије (чл. 105. ст. 2. тач. 4. и чл. 244.).

<sup>1180</sup> КЗ Русије (чл. 63. ст. 1.), Аустрије (чл. 33(5)) и др.



религијске групе. Анализирање налаза из компаративног права показује да се државе не задржавају на једном механизму, заштита коју обезбеђују је комплексније природе, јер омогућава да се негативна појава о којој се овде говори кажњава као посебно кривично дело или да се код свих осталих дела мотив мржње призна у процесу одмеравања казне. Тако је мржња као отежавајућа околност допунски филтер који спречава да се овај негативан мотив „провуче“ некажњено код дела која нису инкриминисана као посебни злочини мржње.

Претходна анализа показује да домаће законодавство, и поред извесних недостатака, битно не заостаје ни за упоредним правом, чак ни пре најновијих измена. Законски капацитети очигледно постоје, али остаје питање да ли се у којој мери они и користе у домаћој судској пракси. Претпоставка да је одговор одречан, постављена на основу општег запажања да се судови често не удубљују у испитивање мотива, може бити аргумент у прилог увођења нове околности. Међутим, било би неозбиљно и наивно веровати да ће то решити проблем злочина мржње. У теорији је познато да због природе овог типа криминалитета у чијем корену леже предрасуде према другима кривично право не представља ни једино ни најпогодније средство борбе. Оно не може да преузме улогу коју би требало да одиграју васпитање, образовање и сличне мере чији је циљ развијање опште атмосфере толеранције и демократских друштвених односа.<sup>1181</sup> Штавише, неки домаћи аутори, иако не негирају да припадници појединих мањинских група могу постати жртве кривичних дела због својих индивидуалних карактеристика, односно, припадања одређеним колективитетима, сматрају овакво издвајање контрапродуктивним: „... стварање било каквих скала по којима угрожавање једног грађанина вреди мање или више од угрожавања другог грађанина не може да се толерише ... јер би само ишло у прилог тврдњи да постоји нека суштинска

---

<sup>1181</sup> Т. А. Shai: *Taking a Stand: The Role of the Early Childhood Teacher in Educating against Homophobia*, Journal of Hate Studies, vol. 9, 2011. године, стр. 149, Ј. А. Jankoski: *Socialization and Hate: Can Higher Education Make a Difference*, Journal of Hate Studies, vol. 9, 2011. године, стр. 165, Ј. Ђирић: *Злочини мржње ...*, стр. 29, М. Ковачевић: *op. cit.*, стр. 61-62. и др. Међу страним теоретичарима има мишљења да се злочини мржње, упркос извесним тешкоћама као што су неравнотежа моћи између учиниоца и жртве, повећан страх од секундарне виктимизације, тешко успостављање статуса quo ante, могу успешно решавати управо избегавањем примене кривичног права и прибегавањем алтернативним механизмима попут медијације. Т. Gavrielides: *Restorative practices & Hate Crime: Opening the Debate*, Темида, бр. 4, 2001. године, стр. 13-17.

*разлика између дела према припадницима једне одређене групе, иако пред законом сви морамо бити једнаки“.*<sup>1182</sup> Страна теорија, која се много подробније бавила истраживањем злочина мржње, пружа опет низ аргумената у прилог тезе да мржња „заслужује“ издвајање, јер је њено присуство, по правилу, скопчано са низом других негативних околности, најпре са чињеницом да су учиниоци код којих је утврђена „непоправљиви“ и лишени кајања, они редовно поносно признају дело, како би се тако додатно афирмисали и боље позиционирали у круговима својих истомишљеника.<sup>1183</sup> Такође, поједина истраживања говоре да су психичке последице дела мотивисаних мржњом много дубље, да жртве више пате, да им је тешко да рационализују оно што им се десило, јер су постале мете не због неког свог (макар и минорног) доприноса, него због личног својства, из чега проистиче обеспокојавајући закључак да неће моћи да се заштите од нових напада, како не могу сакрити припадност полу, раси, физички недостатак или неко слично својство.<sup>1184</sup> Такође, природа злочина мржње је таква да нужно погађа и лица која нису непосредне жртве, и то најпре припаднике исте групе по принципу идентификације, али и друштво у целини, због „запаљивог“ капацитета да изазову интергрупне сукобе.<sup>1185</sup>

#### 4.10.2. Проблеми везани за утврђивање и вредновање мотива мржње

Теоријске дефиниције мржње присутне у домаћој литератури делују потпуно разумљиво, наводећи да је она „*непријатељско осећање према некоме које представља основ за стварање конфликтних ситуација и предузимање одређених*

---

<sup>1182</sup> М. Ковачевић: *op. cit.*, стр. 58. Супротан став о потреби проширивања заштите на остале групе ван традиционалних у М. Трипковић: *op. cit.*, стр. 51.

<sup>1183</sup> J. B. Jacobs, K. A. Potter: *A Hate Crimes: A Critical Perspective*, Crime and Justice, no. 22, 1997. године, стр. 13.

<sup>1184</sup> У једном од истраживања о последицама злочина мржње утврђено је да је жртвама хомосексуалцима било потребно око пет година да престану да осећају рањивост, депресију или бес због дела, док је у контролној групи састављеној од жртава осталих дела тај процес трајао око две године. С. J. Cogan: *Hate Crimes as a Crime Category Worthy of Policy Reaction*, American Behavioral Scientist, vol. 46, no. 1, 2002. године, стр. 178.

<sup>1185</sup> P. Iganski: *Hate Crimes Hurt More*, American Behavioral Scientist, vol. 45, no. 4, 2001. године, стр. 626-638.

акција, услед чега могу настати тежки поремећаји у односима“ или „стање неповерења, осећање нетолерантности и одбојности“,<sup>1186</sup> односно „јако негативно осећање које предствља pogodно тле за предузимање разних ексцесних понашања, па и кривичних дела“.<sup>1187</sup> Међутим, утврђивање овог мотива је, као и утврђивање било ког другог, у пракси скопчано са одређеним проблемима. Овде неће поново бити речи о општим препрекама, које су поменуте у оквиру излагања о побудама из којих је дело учињено, већ о извесним специфичностима. Може се претпоставити да ће се судови суочити са тешкоћама у две потпуно различите ситуације – када се чини да је мотив очигледан на основу описа дела и када мотив на први поглед није уочљив иако заправо постоји. У настојању да их разреше, поједини страни теоретичари су створили концепт тзв. нормалног злочина мржње, заснованог на понављању одређених ситуација у пракси. Тако оформљена слика типичног злочина мржње требало би да омогући суду да на основу спољних, манифестних карактеристика, без психолошког испитивања у конкретном случају изведе закључак да мотив мржње постоји.<sup>1188</sup> Руковођене оваквом идејом неке државе су сачиниле посебна упутства која би требало да помогну доказивање овог мотива, а посебну пажњу привлаче веома комплексне смернице настале у САД.<sup>1189</sup> Њима је препоручено испитивање читавог низа околности, а у недостатку неког сличног домаћег извора могу послужити као идеја о чему би све требало водити рачуна:

1. да ли су у конкретном случају учинилац и жртва различите расе, националне припадности, сексуалне оријентације и слично;
2. да ли је учинилац усмено, писаним путем или конклюдентним радњама показао да има предрасуде према жртви (на пример, расистички коментар или опаска);

---

<sup>1186</sup> Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 920.

<sup>1187</sup> З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 852.

<sup>1188</sup> В. Мс Phail, V. Jenness: *To Charge or Not to Charge? – That is the Question: The Pursuit of Strategic Advantage in Prosecutorial Decision-Making Surrounding Hate Crime*, *Journal of Hate Studies*, vol. 4, 2005-2006, стр. 102. и надаље.

<sup>1189</sup> Најновија верзија *Hate Crime Data Collection Guidelines and Training Manual*, преузета са <http://www.fbi.gov/about-us/CIIS/ucr/hate-crime/data-collection-manual>.

3. да ли се на месту извршења могу пронаћи цртежи, ознаке, симболи, или графити који указују на предрасуде (свастика на вратима синагоге и слично);
4. да ли су коришћени предмети који указују на предрасуде (беле капуљаче преко лица, крст који гори и слично);
5. да ли је жртва припадник групе која је у великој мањини у средини у којој се десило кривично дело (овај фактор са протеком времена губи на значају, односно, значајнији је уколико се злочин догодио одмах након што се жртва доселила у то место);
6. да ли је жртва била у посети крају у којем су се претходно догодили инциденти против припадника исте групе којој припада жртва и да ли су ту и даље присутне тензије према тој групи;
7. да ли се догодило неколико инцидената на истом месту или у приближно слично време у којима се као жртве појављују припадници исте расе, религије, нације и слично;
8. да ли је велики део заједнице стекао утисак да се ради о злочину мржње;
9. да ли је жртва била укључена у активности којима се промовише њена расна, национална, верска, сексуална или друга припадност (учествовање у геј паради или покрету за права жена);
10. да ли се дело догодило на празник или дан који је посебно значајан за припаднике одређене групе;
11. да ли је учинилац претходно учествовао у сличним инцидентима или је члан организације која подстиче злочине мржње;
12. да ли постоје индикације да је у инцидент укључена организована група која подстиче злочине мржње (на пример, таква група је преузела одговорност за напад или је активна на том простору);
13. да ли између групе којој припада учинилац и оне којој припада жртва постоји одређени историјски анимозитет;
14. да ли жртва, иако сама није припадник одређене расне, верске, националне или друге групе, учествује на неки начин у раду организација за заштиту и промоцију права одређене друштвене групе и

15. да ли је сама жртва стекла утисак да се ради о злочину мржње.<sup>1190</sup>

Уколико се на основу околности чини да нема неког очигледног мотива (освета, користољубље итд.) треба поставити и дубље преиспитати индицију да је дело настало управо из мржње. Што је више околности кумулирано у неком случају, већа је вероватноћа да се ради о злочину мржње. Међутим, и сами творци Упутстава, с пуним правом, упозоравају на опасности шаблонског и механичког закључивања и упућују на то да је сваки случај јединствен, уз посебно упозорење да постоји и могућност инсценације дела, тј. извршења дела од стране припадника једне групе са циљем да се припише припадницима неке друге групе. Овде би требало додати да је у теорији познато да су учиниоци злочина мржње обично припадници већинских група, а жртве су углавном мањине, али и да то није једини појавни облик овог типа криминалитета. Постоје и напади мањина на припаднике већине, јер ни мањине нису „оперисане“ од предрасуда, а могу вршити дела и из осећаја угрожености, као што једна мањинска група може бити у конфликту са неким другим мањинским групама (тзв. хоризонтално непријатељство).<sup>1191</sup>

Поред утврђивања да ли постоји мржња, спорно може бити и њено вредновање, наравно, не у смислу облика деловања на казну, јер је ова околност облигаторно отежавајућа, него у смислу мере таквог дејства. Треба се запитати да ли постоји нека могућност квантификације. Како су у корену мржње предрасуде према „другима“ психолошко испитивање би могло да утврди колико су дубоко укорене и (не)поправљиве. На тај начин се успоставља разлика између „обичне“ и патолошке мржње која означава „*свеукупно душевно стање учиниоца, који услед постојања свепрожимајућег, компулзивног осећаја мржње који потпуно консумира његову психу, није у стању да води нормалан живот*“,<sup>1192</sup> наравно, уз претпоставку да се не ради о душевној поремећености која би искључивала кривицу. Чини се и да страна криминолошка литература нуди извесне идеје у феноменолошким разматрањима о врстама злочина мржње. Уз поменути класификацију на злочине мржње у ужем и ширем смислу, која овде није

<sup>1190</sup> *Hate Crime Data Collection Guidelines and Training Manual*, стр. 5-6.

<sup>1191</sup> J. B. White, E. J. Langer: *Horizontal Hostility: Relations between Similar Minority Groups*, *Journal of Social Issues*, vol. 55, no. 3, 1999. године, стр. 537.

<sup>1192</sup> М. Трипковић: *op. cit.*, стр. 49.

примењива, постоји и деоба на злочине из забаве (*thrill-seeking hate crimes*), одбрамбене (*defensive hate crimes*), мисионарске (*mission hate crimes*) и злочине мржње из освете (*retaliation hate crimes*).<sup>1193</sup> Први немају јасан разлог и представљају или узбуђење за учиниоце или се врше као обред иницијације ради пријема или стицања статуса у групи, што је чест случај са малолетницима. Други потичу из веровања да припадници одређене групе узурпирају или макар полажу право на нешто за шта учинилац сматра да припада његовој групи, што подразумева веома висок ниво рационализације дела, другим речима, висок степен кривице. Трећи, нису значајни за одмеравање казне, јер се срећу код особа са психичким поремећајима обележеним суманутом идејом да учинилац има „мисију“ да се бори против зла оличеног у представницима неке групе. Четврти, злочини мржње из освете, настају као одговор на претходно учињено дело из мржње, који се у изузетним ситуацијама на општељудском плану могу разумети, иако се не могу оправдати.

Други аспект посебне околности односи се на предмет мржње и он, такође, носи извесне дилеме. Најпре се може поставити питање принципа на основу којих је законодавац извршио селекцију група. Криминолошка литература вероватно није била водич, јер се из ње види да је свака друштвена група подобна да буде предмет мржње. Нису ни ставови дела домаћег невладиног сектора, који се може перципирати и као група која је лобирала у циљу законских измена, јер се и он залаже за веома екстензивну заштиту (раса, национална и етничка припадност, вероисповест, језик, пол, сексуална опредељеност, политичко и друго мишљење и опредељење, друштвено порекло, као и било које друго лично својство).<sup>1194</sup> Очигледно је да није било ни угледања на Закон о забрани дискриминације, који садржи обимну отворену листу, која обухвата: имовно стање, рођење, генетске особености, здравствено стање, инвалидитет, сексуалну оријентацију, родни идентитет, брачни и породични статус, осуђиваност, старосно доба, изглед, чланство у политичким, синдикалним и другим организацијама, као и друга

---

<sup>1193</sup> J. Levin, J. Mc Devitt: *Hate Crimes Revisited: America's War on those who are Different*, Westview Press, септембар, 2002. године, стр. 67-98. Наведено према М. Трипковић: *op. cit*, стр. 40-41.

<sup>1194</sup> Видети публикацију *Говор мржње и злочин мржње као институти међународног и домаћег права – Основи методологије и стратегије за борбу против говора мржње и злочина мржње*, Комитет правника за људска права, YUCOM, Београд, 2007. године, стр. 2.

стварна или претпостављена лична својства.<sup>1195</sup> Међународне смернице опет сугеришу да избор треба да зависи од специфичности историјског развоја, савремених друштвених проблема и учесталости напада на одређене групе, уз упозорење да предугачак или нејасан списак може да угрози концепт заштите жртава дела учињених из мржње.<sup>1196</sup> Када се све сумира постаје јасно да је да нова околност резултат компромиса. Једним делом њоме је исказано опредељење за групе које се сматрају неспорним – расне, националне, етничке и верске, које и међународни документи и национална законодавства традиционално штите, а наука злочине извршене према њима наводи као типичне примере злочина мржње. „Класичност“ ових околности и њихово дуготрајно присуство у нашем законодавству у раније разматраним инкриминацијама наводи на закључак да у овом сегменту примена Законика неће изазивати неке посебне проблеме, мада се и овде могу појавити неке нејасноће. Рецимо, можемо се запитати да ли је оправдано под вероисповест подвести и атеизам, тј. одсуство религиозних веровања? Ако је интенција остваривање пуне заштите, нема разлога да се то не учини.

За разлику од тога, увођење пола, сексуалне оријентације и родног идентитета може бити дискутабилно. Идеја о посебној заштити (биолошких) полних група од злочина мржње рођена је у оквирима феминистичког покрета, и може се рећи да је својевремено била прилично оспоравана, све до 1989. године.<sup>1197</sup> Сличан је и развојни пут заштите сексуалне оријентације, која се морала изборити са приговорима да се акти мржње према хомосексуалцима не врше довољно често да би то оправдавало овакве интервенције у области кривичног права, иако се званичне статистике озбиљно могу довести у питање због страха од секундарне виктимизације, хомофобичних ставова власти, или страха од могућих социјалних

---

<sup>1195</sup> Члан 2. став 1. Закона о забрани дискриминације, *Службени гласник РС*, бр. 22/09.

<sup>1196</sup> *Hate Crime, A Practical Guide*, OSCE, 2009. године, стр. 40.

<sup>1197</sup> Тада је 29-огодишњи Marc Lépine у Монтералну убио четрнаест студенткиња, бирајући за жртве искључиво жене. Сведоци су потврдили и да је Lépine одувек имао негативан став према женама, кривећи их за своје животне промашаје. И опроштајна порука коју је оставио јасно говори о томе, а посебно листа утицајних жена у Канади које треба убити. Од овог случаја је концепт злочина из мржње према полу постао прихваћенији, мада не и претеране тврдње феминисткиња да се већина кривичних дела према женама врши из мржње и настојања мушкараца да из „поставе на њихово место“ и ставе им до знања да су „мање вредне“. М. Трипковић: *op. cit*, стр. 44.

консеквенци откривања хомосексуалности.<sup>1198</sup> Док се за тумачење термина „пол“ да претпоставити да у пракси неће изазивати недоумице, чини се да ова констатација не важи и за сексуалну оријентацију и родни идентитет, који се први пут срећу у кривичном законодавству. Закон о забрани дискриминације препознаје поменута лична својства, али их не објашњава.<sup>1199</sup> Сексуалну оријентацију треба схватити као образац емотивне и сексуалне привлачности према особама одређеног пола (рода). Она указује на усмереност сексуалног нагона ка супротном или истом полу (роду), односно, истовремено и ка једном и ка другом, тако да се јавља у виду хетеросексуалности, хомосексуалности и бисексуалности.<sup>1200</sup> Неки сматрају да у сексуалну оријентацију треба уврстити и асексуалност, као изостанак сексуалне привлачности према лицима било ког пола (рода).<sup>1201</sup> Заштита је, дакле, подједнако намењена хетеросексуалним, хомосексуалним и бисексуалним групама, с тим што је статистички вероватније да ће последње две у реалности бити чешће у прилици да се на њу позивају (посебно ако се прихвати као тачан раније поменути Извештај Канцеларије за демократске институције и људска права). Са друге стране, родни идентитет представља личну перцепцију сваког лица да припада или не припада сопственом урођеном биолошком полу.<sup>1202</sup> Ради се о субјективном осећају, који се не подудара нужно и не зависи ни од биолошког пола ни од сексуалне оријентације. Постоји више родних варијетета: мушки, женски, оба истовремено, негде између (трећи пол) и одсуство осећаја полности.<sup>1203</sup>

Како је рад на овом делу дисертације обављен у време када још увек није било примене посебне околности, недостаје емпиријски материјал на основу којег би се евентуално могли извући и неки други, даљи закључци. Остаје да се види шта ће се у будућности збивати у судској пракси, да ли ће судови поступати

---

<sup>1198</sup> D. P. Green, D. Z. Strolovitch, J. S. Wong, R. W. Bailey: *Measuring Gay Populations and Antigay Hate Crime*, Social Science Quarterly, vol. 82, no. 2, 2002. године, стр. 282.

<sup>1199</sup> Закон једино наводи да је сексуална оријентација приватна ствар и да нико не може бити позван да се јавно изјасни о својој сексуалној оријентацији. Свако има право да се о њој изјасни, а дискриминаторско понашање због таквог изјашњавања је забрањено (чл. 21.). О родном идентитету нема детаљнијих одредаба, сем опште забране дискриминације (чл. 2. ст. 1.).

<sup>1200</sup> С. Гаврић, М. Савић, Ј. Хуремовић: *Читанка лезбејских и геј људских права*, Сарајево, 2011. године, електронско издање, преузето са [www.e-books.google.com](http://www.e-books.google.com), стр. 11.

<sup>1201</sup> Више о томе на [www.wikipedia.org/wiki/seksualna\\_orijentacija](http://www.wikipedia.org/wiki/seksualna_orijentacija).

<sup>1202</sup> С. Гаврић, М. Савић, Ј. Хуремовић: *op. cit.*, стр. 23.

<sup>1203</sup> С. Гаврић, М. Савић, Ј. Хуремовић: *loc. cit.*



брижљивије у испитивању да ли је дело учињено из мржње него што су можда то чинили пре ових измена. Вероватно је да ће пракса бити најзанимљивија у односу на сексуалну оријентацију и родни идентитет, и то из два разлога. Први је чињеница да је велики број судија стекао правничко образовање у време када се у оквирима судске психијатрије о хомосексуалзму, бисексуализму и транссексуализму говорило као о поремећајима у области сексуалног нагона, тако да нови ставови представљају квалитативан скок у односу на научено.<sup>1204</sup> Други је евидентан притисак који у јавности стварају организације које се баве заштитом права поменутих група. Каква ће бити резултанта описаних опречних тенденција, од којих једна може резултирати ригидношћу и отпорима у примени, док би друга могла да створи претерану агилност у политички коректном поступању, и када за то има и када за то нема оправдања, тешко је прогнозировать.

## 5. Забрана двоструког вредновања

Законик је у смернице уврстио и забрану двоструког вредновања, тако да се околност која представља обележје кривичног дела не може узети у обзир и као отежавајућа односно олакшавајућа околност, изузев ако превазилази меру потребну за постојање кривичног дела или одређеног облика кривичног дела или ако постоје две или више оваквих околности, а само једна је довољна за постојање тежег односно лакшег облика дела (чл. 54. ст. 3.). Њеним увођењем је знатно побољшано нормативно уређење материје редовног одмеравања. То не значи да је у питању нека епохална новина; забрана двоструког вредновања се код нас традиционално уважава, али је основни проблем то што је раније функционисала само као конструкција судске праксе, без законског упоришта.<sup>1205</sup> Старија истраживања судске праксе сведоче о прилично ревносном поштовању забране,

---

<sup>1204</sup> Тезу илуструје податак да је Светска здравствена организација тек 1990. године (17. маја) са листе менталних поремећаја скинула хомосексуалност и трансексуалност, а овај датум се од 2004. године обележава као Међународни дан против хомофобије (*International Day Against Homophobia, IDAHO*). С. Гаврић, М. Савић, Ј. Хуремовић: *op. cit.*, стр. 14.

<sup>1205</sup> Она у томе није била усамљена, јер су до доношења Законика у овај ред „фактичких“ института спадале и сила, претња, као и продужено кривично дело.

мада су спорадично регистровани и супротни примери и извесне неуједначености код изузетака.<sup>1206</sup> Иако би се могло рећи да је оваква примена била противна начелу законитости, њој у прилог би се могло навести и низ аргумената, почевши од начела хуманости, које се противи томе да учинилац трпи двоструко штетно дејство једне те исте околности. У крајњем, то није ни логично ни у складу са интенцијама законодавца, како је он, полазећи од суштински исте идеје, у текст закона уградио и правила о урачунавању притвора и раније казне или урачунавању притвора и казне издржане у иностранству (чл. 50. и чл. 109. ОКЗ-а).

Међутим, вредност овог правила не проистиче само отуда што је њиме решена непријатна ситуација фактичке егзистенције без нормативне утемељености, већ и у томе што је изабрана формулација много боља од неких предлога учињених у нашој теорији, али и од формулација из компаративног права. Кокољ, као један од ретких аутора који се детаљније бавио овим проблемом, сугерисао је увођење следеће норме: *„Околности које су законом одређена обележја кривичног дела не могу се од стране суда узети у обзир као олакшавајуће или отежавајуће околности“* (ст. 1.) и *„Околности из става 1. суд може вредновати као отежавајуће само ако оне по свом интензитету вишеструко превазилазе предвиђене мере“* (ст. 2.).<sup>1207</sup> У првом ставу она није спорна, али се за начин на који је срочен изузетак у другом ставу, не би могло рећи да је баш најсрећније изабран. Није тешко претпоставити да би услов да околност по интензитету мора вишеструко превазићи предвиђену меру довео до проблема у тумачењу и примени. Да не говоримо о томе да изабрани термини стварају утисак да је предлогом „покривена“ само ситуација када једна околност градуентне природе бива испољена у вишем интензитету од минимума неопходног за правну квалификацију. Друга могућа варијанта, која настаје ако се у конкретном случају појави више околности, иако је само једна од њих довољна за постојање дела, тешко да би се могла правно супсумирати под цитирану одредбу. У том смислу, законодавац је усвојио много „чистије“ решење, подвукавши разлику између „квалитативног“ и „квантитативног“ резидуума, насталог по узимању онога што је нужно за постојање

<sup>1206</sup> Колекцију судских пресуда којима је нарушено ово правило видети у М. Кокољ: *О потреби увођења у закон одредбе о забрани двоструког вредновања*, ЈРККП, бр. 1, 1990. године, стр. 55-60.

<sup>1207</sup> М. Кокољ: *op. cit.*, стр. 66.

дела, те не остаје простор за забуну. Не може остати непримећено да законско правило има предност над предложеним и због тога што се у постављању изузетка не ограничава само на отежавајуће околности.

Ако се у другој равни наша забрана двоструког вредновања упореди са решењима из компаративног права, долази се до следећих закључака. Неки од извора из компаративног прегледа, рецимо, Кривични законик Руске федерације садрже дуплу забрану, која се најпре налази на крају листе олакшавајућих, а затим и на крају листе отежавајућих околности (чл. 61. ст. 3. и чл. 63. ст. 2.). Наше решење је номотехнички савршеније, јер је уместо *mutatis mutandis* понављања дата једна општа, заједничка одредба. Таквом техником су се послужили и неки други законици, Естоније (чл. 59.) или Бугарске (чл. 56.) на пример. Али, оно што је у овим системима проблематично јесте неприкосновеност забране двоструког вредновања, која је конципирана као *regula sine exceptione*, што не изгледа као исправно и оправдано решење. Укупно посматрано, чини се да је у поступку стварања овог правила код нас уложен значајан труд, јер оно превазилази како поједине теоријске сугестије тако и решења прихваћена у страним правима.

## **6. Специфичности редовног одмеравања казне малолетним учиниоцима кривичних дела**

У оквиру генералне ревизије кривичног законодавства спроведене 2005. године, донет је и Закон и малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица,<sup>1208</sup> којим је материја малолетничког кривичног права издвојена у самосталну целину и кодификована. Уопштено говорећи, дубина извршеног реформског захвата подржава констатацију да се ради о историјском заокрету у реаговању на понашање младих у сукобу са законом. Полазећи од концепта ресторативне правде, као философско-теоријског оквира, и идеје о заштити права малолетника и поступању у њиховом најбољем интересу, стављене су у први план алтернативне форме, те је тако формална друштвена

---

<sup>1208</sup> Службени гласник Републике Србије, бр. 85/2005.

реакција на малолетнички криминалитет обogaћена новим механизмима, попут васпитних налога, који омогућавају тзв. диверзификацију односно скретање из кривичног поступка у (да га тако назовемо) непеналном правцу. Са друге стране, задржани су и неки класични, репресивни одговори, попут казне малолетничког затвора.<sup>1209</sup>

Основно правило при одмеравању казне малолетничког затвора налаже поштовање законом постављених граница за ову казну, као и уважавање сврхе кажњавања и свих релевантних околности из чл. 54. Кривичног законика, а нарочито степена зрелости малолетника и времена потребног за васпитање и стручно оспособљавање (чл. 30.). Очигледно је да се законодавац приклонио еkleктичком приступу, како се поред свих олакшавајућих и отежавајућих околности из КЗ-а, посебно морају узети у обзир околности предвиђене Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. Поменута констатација открива и централне теме и систематику даљег излагања, пред којим се налазе два задатка – прво, да се објасни дејство посебних околности из Закона о малолетницима, и друго, да се установи како се опште околности из Кривичног законика примењују у овом случају, да ли имају неке специфичне манифестације. Подразумева се да ће предмет научне обраде представљати и остале особености малолетничког кривичног права, у оној мери у којој то изискује дубље сагледавање изабране теме.

### 6.1. Распон и сврха казне малолетничког затвора

Прву смерницу одмеравања представља распон казне. По новим решењима, општи минимум малолетничког затвора износи шест месеци, а максимум пет година. Такође, требало би нагласити да општи максимум има још једну границу. Она важи само у случају када се малолетнику суди за кривично дело, за које је

---

<sup>1209</sup> Може се рећи да је малолетнички затвор традиционални део система кривичних санкција, пошто се његово присуство да континуирано пратити све од средине прошлог века. Прецизније, малолетнички затвор је уведен новелама Кривичног законика из 1959. године, чиме је учињен значајан преокрет, јер су се до тада малолетницима изрицале исте казне као и пунолетним учиниоцима кривичних дела, додуше, уз одређене рестрикције.

прописана казна затвора од двадесет година или тежа казна или у случају стицаја најмање два кривична дела за која је прописана казна затвора тежа од десет година. Тада је општи максимум померен на десет година (чл. 29.). У компарацији са старим законским решењима, распон је претрпео значајну измену, и то у смеру драстичног сужавања, пошто је стари минимум износио годину, а максимум десет година. Тако је маневарски простор суда практично преполовљен, што је изазвало и негативне реакције појединих теоретичара,<sup>1210</sup> као и појединих стручњака из праксе, тужилаца и судија за малолетнике.<sup>1211</sup> Истакнут је читав низ приговора, почевши од онемогућавања прилагођавања казне конкретном случају, посебно када суд процени да казна од пет година није адекватан одговор на тешко дело малолетника, које не испуњава услове за померање казне на другу горњу границу. Минимум је, такође, оцењен као споран, јер је време прекратко за организовање и спровођење неког иоле делотворног третмана, уз све остале замерке, које се, као општа места, наводе у вези са кратким казнама затвора. Укратко, нови оквир је добио етикету „*нарушавања логике доброг казненог система*“,<sup>1212</sup> који би требало да одликује флексибилност, тј. капацитет за прилагођавање личним особинама различитих учинилаца и околностима различитих кривичних дела.

Није неосновано ни поставити питање емпиријске утемељености новог оквира, или другим речима, питање његове оправданости у односу на обим, структуру и динамику малолетничког криминалитета. Да ли су у пракси регистроване неке значајне промене у овим показатељима, на основу чега је настала идеја о потреби ублажавања репресије? Статистички подаци из периода од 1999. до 2005. године, указују на благу стагнацију укупног број пријављених, оптужених и осуђених малолетника, што одудара од честих (паушалних) оцена о

---

<sup>1210</sup> Ђ. Игњатовић: *Малолетничко кривично право између бољивости и ретрибутивности*, Правни живот, бр. 9, 2004. године, стр. 544.

<sup>1211</sup> Све ово је утицало да се у Нацрту измена и допуна Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, предвиди повећање општег максимума на седам година, пошто је казна од пет година оцењена као ниска за учиниоце појединих тешких дела, али и за поједине случајеве дела у стицају. Такође, измене би требало да омогуће да се за кривично дело за које је предвиђена казна од петнаест (уместо садашњих двадесет) или тежа казна, малолетнички затвор може изрећи у трајању до десет година. Н. Милошевић: *Планиране измене у Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, зборник Кривичноправна питања малолетничке делинквенције, Београд, 2008. године, стр. 284.

<sup>1212</sup> Ђ. Игњатовић: *op. cit.*, стр. 545.

перманентном расту овог облика социјалне патологије.<sup>1213</sup> Међутим, оно што употпуњава слику јесте повећање удела малолетних учинилаца у укупној популацији малолетника (младих од 14-те до 18-те године живота) и све веће присуство дела са елементима насиља.<sup>1214</sup> Последња два податка нису нимало охрабрујућа, и не би требало да остану у сенци почетне констатације о благој стагнацији малолетничког криминалитета. Са друге стране, не може остати непримећено ни да је друштвена реакција у посматраном периоду усмерена превасходно на васпитање, а не за кажњавање малолетника, како је однос изречених васпитних мера према малолетничком затвору био у сразмери 99,1% према 0,9%. Чак су и заводске васпитне мере, у укупном броју васпитних мера, у просеку веома мало заступљене (око 3,7%).<sup>1215</sup> Све ово говори о томе да је реакција заснована на минимализовању кажњавања, односно, на коришћењу нерепресивних средстава и то претежно оних ванинституционалног карактера.

Критичка оцена новог оквира казне малолетничког затвора не би била потпуна без сагледавања компаративног права. При томе посебну пажњу привлаче земље окружења, пре свега чланице бивше СФРЈ, због чињенице да је развој њихових правних система, као и нашег уосталом, кренуо са истих стартних позиција (постављених ранијим савезним законодавством). Законска решења у Хрватској<sup>1216</sup> и Словенији<sup>1217</sup> су идентична нашим, док је оквир од једне до десет година задржан у праву Македоније<sup>1218</sup> и Републике Српске.<sup>1219</sup> Кривични законик Црне Горе прати неку средњу линију, пошто је минимум постављен на шест месеци, а максимум на осам година, с тим што је постављена и граница до десет година, ако се ради о кривичном делу за које је прописана казна затвора од најмање

---

<sup>1213</sup> З. Илић: *Криминалитет младих и реформа правно-институционалне заштите у Србији*, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, I део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2007. године, стр. 298.

<sup>1214</sup> З. Илић: *op. cit.*, стр. 298.

<sup>1215</sup> *Op. cit.*, стр. 300.

<sup>1216</sup> Члан 24. став 2. Закона о судовима за младеж, *Народне новине*, бр. 111/97, 27/98 и 12/02.

<sup>1217</sup> С тим што друга горња граница од десет година важи само ако се ради о кривичном делу за које се може изрећи казна затвора од тридесет година (чл. 289. КЗ-а), Лј. Selinšek: *op. cit.*, стр. 335.

<sup>1218</sup> Закон за малолетничка правда, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 87/07.

<sup>1219</sup> М. Бабић, И. Марковић: *op. cit.*, стр. 508.

десет година.<sup>1220</sup> Што се других земаља тиче, исти минимум и максимум постоји у праву Аустрије и Немачке.<sup>1221</sup>

Једно је сигурно, ако се распон сагледава у тоталитету осталих одредаба, јасно је да он само конзистентно прати општу тенденцију ублажавања реакције на малолетнички криминалитет. Она се читава и на многим другим местима, као у правилу да се казна изриче само на пуне месеце и године,<sup>1222</sup> у новим захтевима за примену условног отпуста,<sup>1223</sup> али и у другим правилима која се не односе на малолетнички затвор.

На трагу старих решења нови закон садржи и правило по којем се малолетнику не може изрећи казна затвора у трајању дужем од прописане казне за дато дело, при чему суд није везан за најмању меру те казне. За сва кривична дела, чији посебни минимум се поклапа са општим минимумом казне малолетничког затвора, ово правило и нема неки практични значај. Међутим, ако је минимум већи, онда се суду отварају врата за излазак из казненог оквира, прописаног за дато кривично дело.

Следећи руководни принцип при редовном одмеравању казне представља сврха малолетничког затвора. Она се донекле поклапа са сврхом свих кривичних санкција за малолетнике, која се састоји у поновном укључивању малолетника у друштвену заједницу (чл. 10. ст. 1.). Нужне претпоставке за остваривање реинтеграције, као крајњег пројектованог исхода су развој и јачање личне одговорности малолетника, као и васпитање и правилан развој његове личности, при чему су одређена и средства за њихово остваривање – надзор, пружање помоћи и стручно оспособљавање. Међутим, специфичност малолетничког затвора, као једине казне предвиђене за категорију малолетних учинилаца, диктирала је да се сврха допуни и примесама генералне превенције. Тако изрицање и извршење казне треба да оствари појачан утицај на конкретног малолетног учиниоца да убудуће не

---

<sup>1220</sup> Д. Јовашевић: *Положај малолетника у кривичном праву*, Ниш, 2010. године, стр. 148.

<sup>1221</sup> С. Кнежевић: *Малолетничко кривично право (материјално, процесно, извршно)*, Ниш, 2010. године, стр. 87.

<sup>1222</sup> Уместо правила да се изриче на пуне године и на пола године.

<sup>1223</sup> Постоји делимично поклапање у старим и новим захтевима. Тако је потребно да је малолетник издржао трећину казне, а разлика постоји јер се некада није могао отпустити пре истека једне године, а данас пре истека шест месеци.

врши кривична дела (чиме је још једаред подвучена специјална превенција), као и да утиче на остале малолетнике да не врше кривична дела (генерална превенција).

## 6.2. Степен зрелости малолетника и време потребно за његово васпитање и стручно оспособљавање

Прва посебна околност, о којој суд треба да води рачуна при одмеравању казне, јесте степен зрелости малолетника. Ради се о новој формулацији, како су ранији прописи говорили о степену душевне развијености (чл. 37. ст. 1. ОКЗ-а). У домаћој теорији не постоји консензус по питању тумачења овог појма, чему је допринео и сам законодавац неодредивши његово значење. Перић сматра да је у питању пандан урачунљивости из општег кривичног права, тако да она обухвата способност малолетника да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима.<sup>1224</sup> Дракић истиче да се не може поставити знак једнакости између поменуте зрелости и малолетничке урачунљивости. Зрелост, као околност релевантна за одмеравање малолетничког затвора, по њему представља тзв. општу, а не посебну зрелост (урачунљивост) као основ кривице. Квалификативи општа и посебна, недвосмислено указују на појмове различитог обима. Отуда се општа зрелост односи на личност као целину, тј. *„на степен развијености органа и психичких функција конкретног малолетника у релацији са социјалном средином у којој се налази“*.<sup>1225</sup> Чини се да је друго гледиште прихватљивије, посебно на основу систематског тумачења. Ако се пође од претпоставке кохерентности система кривичног права, поставља се питање зашто би законодавац два пута увео урачунљивост у процес одмеравања казне, и то прво кроз околност зрелости, а потом кроз околност степена кривице, чији је конститутивни елемент? Чак и уз претпоставку да је зрелост, у смислу малолетничке урачунљивости, специфична и различита од урачунљивости одраслих, опет не би било оправдања, јер би као таква

<sup>1224</sup> О. Перић: *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Београд, 2005. године, стр. 85.

<sup>1225</sup> Д. Дракић: *О кривичној одговорности малолетника*, Нови Сад, 2010. године, стр. 52. Исто је заступљено и у хрватској теорији, што се може узети у обзир због сличних законских решења. М. Сингер: *Кривично право и криминологија*, Загреб, 1992. године, стр. 205.



нужно улазила у појам кривице, због логичког принципа *lex specialis*. Међутим, оно што збуњује правнике, не збуњује и психијатре, који су као стручњаци позвани да се о овом питању изјашњавају. Тако се у форензичкој психијатрији изричито наглашава да се код старијих малолетника, осим давања мишљења о био-психо-социјалној зрелости, вештак изјашњава и о способности схватања значаја дела и способности управљања својим поступцима,<sup>1226</sup> чиме се јасно издвајају (општа) зрелост и урачунљивост. Непосредна последица описаног концепта опште зрелости логично доводи до тога да се она не посматра у односу на кривично дело нити се испитује у односу на време његовог извршења, већ у оквирима свеукупног понашања и у ширем временском интервалу. Са друге стране, сви теоретичари који тврде да су зрелост и урачунљивост синоними, у складу са општеприхваћеним ставом, инсистирају на томе да се она процењује у односу на конкретан дело и у време када је оно извршено.<sup>1227</sup> Како нам се чини оправданијим поимање зрелости у ширем смислу, требало би упозорити суд на опасност од губљења и расплињавања у тој општости. Испитивање и најситнијих сегмената нечијег био-психо-социјалног профила је непотребно, те би све оно што нема никаквог додира са проценом остваривања сврхе кажњавања, требало да буде изван судског интересовања.

Друга посебна околност јесте време потребно за васпитање и стручно оспособљавање. Евидентна је интервенција и код ове околности, како је у односу на ранију формулацију изостављено преваспитање. Са или без њега, она свакако истиче у први план специјално-превентивни карактер, као једну од страна казне малолетничког затвора. У неку руку, инсистирање на трајању казне само у оном временском интервалу неопходном за васпитање и стручно оспособљавање малолетника, говори на посредан начин о рангирању значаја околности предвиђених у члану 54. КЗ-а. Отуда се на врху листе налазе оне везане за малолетног учиниоца, чији утицај на казну треба да буде доминантнији од утицаја осталих фактора.

---

<sup>1226</sup> Б. Крстић: *op. cit.*, стр. 166. и др.

<sup>1227</sup> Тако Љ. Лазаревић, М. Грубач: *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Београд, 2005. године, стр. 54, О. Перих: *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела ...*, стр. 85.

### 6.3. Извесне напомене у вези са применом општих олакшавајућих и отежавајућих околности из Кривичног законика

За појам кривице у Закону о малолетницима не постоје нека специјална правила, тако да се претпоставља да и овде важе општа, из члана 22. Кривичног законика. То би значило да је неопходно да је малолетник био урачунљив, да је поступао са умишљајем или из нехата, као и да је свестан или је био дужан и могао бити свестан забрањености свога дела. Урачунљивост или зрелост у ужем смислу, подразумевала би психички капацитет малолетника на основу којег је био кадар да схвати значај свој дела у природно-каузалном смислу, као и да обузда подстреке који су га гонили ка извршењу дела. Језиком психологије речено, она би обухватила интелектуалну и емоционалну зрелост, а у случају сексуалних деликата и психосексуалну зрелост.<sup>1228</sup> Умишљај и нехат, као и свест о забрањености имали би уобичајно значење. Међутим, да ли је све баш тако једноставно? Изгледа да није, јер је законодавац као услов за изрицање малолетничког затвора поставио висок степен кривице.<sup>1229</sup> Следствено томе, сваки облик психичког садржаја који није компатибилан са високим степеном кривице, никада неће ни ући у процес одмеравања казне, јер ако се појави искључиће изрицање малолетничког затвора као опцију. Суд ће тада бити принуђен да бира неку другу санкцију из расположивог регистра кривичних санкција за малолетнике. Да би се омеђило потенцијално поље кретања суда, неопходно је поћи редом, прво од урачунљивости и могућности њеног градирања. Потпуна урачунљивост и висок степен кривице „иду под руку“ и у томе нема ничег спорног, али шта је са смањеном и битно смањеном урачунљивошћу? И овде су мишљења подељена. По Перићу је већ и смањена урачунљивост потпуно неспојива са високим степеном кривице,<sup>1230</sup> док Дракић тврди супротно.<sup>1231</sup> Позивајући се на претходна излагања о степену кривице, по којима смањена урачунљивост не представља монолитну категорију,

<sup>1228</sup> С. Хрњица: *op. cit.*, стр. 202-207.

<sup>1229</sup> Претпоставке за изрицање малолетничког затвора су следеће: да се ради о старијем малолетнику, да је у питању кривично дело за које је прописана казна затвора тежа од пет година, и да није оправдано, управо због високог степена кривице, као и природе и тежине кривичног дела, изрицање васпитне мере (чл. 28.).

<sup>1230</sup> О. Перић: *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела ...*, стр. 86. и надаље.

<sup>1231</sup> Д. Дракић: *О кривичној одговорности малолетника ...*, стр. 57.

већ се да нијансирати, може се закључити да она није у стању да анулира висок степен кривице, посебно у случају незнатног смањења. Са друге стране, изражена је сагласност да се код малолетника висок степен кривице не може изградити на битно смањеној урачунљивости.<sup>1232</sup> Тиме је још једном подвучена специфичност категорије малолетника, јер је раније речено да код пунолетних битно смањена урачунљивост не мора да води искључивању умишљаја. У том смислу умишљај компензира мали степен урачунљивости и утиче на то да степен кривице буде висок, уз претпоставку постојања свести о противправности. Оно што би, такође, требало нагласити јесте да се урачунљивост пунолетних претпоставља (иако је претпоставка оборива), док се урачунљивост малолетника мора доказати. То је једноставно последица њиховог основног обележја, развоја који још увек траје, а не последица претпоставке да постоји неки облик патологије.

Нема дилеме да се на основу утврђеног умишљаја може донети закључак о високом степену кривице. Са друге стране, нехатно поступање се, углавном, посматра као њен антипод. Неки истичу да пракса демантује поменут став, јер се некада иза нехата крије безобзирност, крајња незаинтересованост и неодговорност малолетника према добрима других,<sup>1233</sup> на шта је указано у претходним излагањима. То значи да се приликом степеновања кривице суд по правилу бави умишљајем, а само у изузетним случајевима и нехатом. Не сме се изгубити из вида да ређе бављење нехатом зависи и од мање бројности ових дела, што је у вези са малолетничким затвором и додатно сужено условом о прописаној казни (дело за које је прописана казна тежа од пет година).

Постојање свести о забрањености дела се код малолетника темељи на тзв. моралној и социјалној зрелости. Морално зрела особа је свесна друштвених захтева и очекивања и способна да им се повинује, и то не због страха од некакве санкције, већ зато што је увиђа бенефите тог повиновања, како за њу саму, тако и за остале.<sup>1234</sup> Социјална зрелост говори о способности малолетника да се друштвено

---

<sup>1232</sup> Правило је прихваћено и у судској пракси: „Битно смањена урачунљивост у време извршења кривичног дела, искључује постојање високог степена кривичне одговорности, као једног од услова за изрицање малолетничког затвора ...“. Решење Врховног суда Србије, Кжм. 72/95 од 22. августа 1995. године, *Бранич*, бр. 1, 1996. године, стр. 84.

<sup>1233</sup> Д. Дракић: *О кривичној одговорности малолетника ...*, стр. 57.

<sup>1234</sup> С. Хрњица: *op. cit*, стр. 207.

интегрише, тј. успостави успешну релацију на нивоу индивидуа – група.<sup>1235</sup> Сама свест о противправности, нема некакво другачије значење и треба је схватити на раније описани начин, као лаичку, а не јуристичку представу. Међутим, оно што је специфично јесте потреба за већим степеном опреза при њеном утврђивању, јер се овде ипак ради о малолетнику. Конституција његове личности може довести до тога да је њему, у поређењу са пунолетном особом, много теже дође до спознаје о противправности неког понашања. Али, да би се добила правилна слика у целу причу треба увести и податке о најчесталијим деликтима које малолетници врше. Статистика говори да су на првом месту кривична дела против имовине, а за њима кривична дела против живота и тела. Њихова општепознатост даје висок степен извесности претпоставке о малолетнику – подобном адресату норме, што се не би могло рећи за нека друга дела, посебно из споредног законодавства.

Детаљније сагледавање малолетничког кривичног права указује на опрезан, несигуран или недовољно профилисан став законодаваца о питању места и улоге кривице. Она се изричито помиње као услов за изрицање малолетничког затвора, и то у једном квалификованом, високом степену. Код васпитних мера то није случај, те кривицом није условљено нити њихово изрицање нити дужина трајања.<sup>1236</sup> И процесно правило да се у решењу, којим се изриче васпитна мера, малолетник не оглашава кривим, потврђује горе наведену тезу. Такође, термиолошка анализа основних одредаба, по којима се Закон примењује на „*малолетне учиниоце кривичних дела*“ (чл. 1.), односно, искључује примена закона према „*лицу које у време извршења противправног дела, у закону предвиђеног као кривично дело, није навршило четрнаест година*“ (чл. 2.), сведочи о томе да се је за полазну основу узет појам кривичног дела из КЗ-а, са кривицом као конститутивним елементом. Како то сада ускладити са правилом да кривица не утиче на изрицање васпитних

---

<sup>1235</sup> С. Хрњица: *op. cit.*, стр. 204.

<sup>1236</sup> При избору васпитне мере суд узима у обзир следеће околности: узраст и зрелост малолетника (општа зрелост), друга својства његове личности и степен поремећаја у друштвеном понашању, тежину дела, побуде из којих је дело учинио, средину и прилике у којима је живео, понашање после учињеног кривичног дела, а посебно да ли је спречио или покушао да спречи наступање штетне последице, да ли је надокнадио или покушао да надокнади причињену штету, да ли је према малолетнику раније била изречена кривична или прекршајна санкција, као и све друге околности које могу бити од утицаја за изрицање оне мере којом ће се најбоље постићи сврха васпитних мера (чл. 12.).

мера? Укратко речено, никако, јер је израз недоследности законодавца, која тражи неке будуће корекције. Један смер развоја *de lege ferenda* било би предвиђање кривице као услова за изрицање васпитних мера, а други брисање кривичног дела из одредаба о васпитним мерама и његова замена формулацијом противправно дело које је у закону одређено као кривично дело.

У одмеравању казне малолетничког затвора своје место имају и мотиви, са свим претходно учињеним напоменама, које због концизности излагања неће поново бити наведене. Доношење суда о кривици, какво је неопходно при избору мере ове казне, једноставно не би било комплетно без сагледавања мотива. Такође, мотиви доприносе и склапању слике о личности малолетника. Отуда не чуди што је њихов значај на више места истакнут у оквирима малолетничког кривичног права. Поменуто је да мотиви морају бити узети у обзир при избору васпитне мере. Оно што збуњује јесте то што се сматра да основ изрицања васпитних мера није кривица, те овде испада нелогично инсистирање на мотивима. По нашем мишљењу, ово је још један од доказа да законодавац није потпуно рашчистио питање места кривице у систему малолетничког кривичног права.

Постоје мотиви који се неупоредиво чешће јављају код малолетника, него код одраслих лица, а типичан пример су тзв. авантуристички мотиви. Они настају услед погрешног васпитања или васпитне запуштености, због којих се малолетник поистовећује са негативним моделима понашања: *„Претерани утицај шунд литературе и филмова, чији су главни јунаци снажни, моћни, велики борци, добро наоружани, богати и изузетно динамични, има снажно импресивно дејство на младе, чија је стварност и свакодневица другачија, суморна, препуна сиромаштва и оскудице. Динамичност, бљештави сјај, богатство, раскош, аутомобили, лепе жене делују фасцинантно, у преносном смислу речи, хипнотички и на децу из сиромашних радничких барака и влажних подстанарских собица, као и на распуштену и обесну младеж богатих родитеља, од којих су све добила осим љубави, радних навика и скромности“*.<sup>1237</sup> Авантуристички мотиви се могу реализовати кроз најразличитије облике недозвољеног понашања, а како воде стварању једне грубе и нерафиниране хедонистичке животне оријентације,

---

<sup>1237</sup> Б. Симоновић: *op. cit.*, стр. 585. и 586.

најчешће усмеравају малолетника на имовински криминалитет.<sup>1238</sup> Поред авантуристичких, требало би поменути и хулиганске мотиве, који у одређеном броју случајева чине психичку позадину насилничког понашања, учествовања у тучи, угрожавања сигурности, тешких телесних повреда, убистава и сличних кривичних дела. У психологији не постоји општеприхваћено објашњење хулиганских мотива – једни сматрају да су то мотиви потекли из потребе да се испразни накупљена негативна енергија; други да је у питању комплексни мотив, настао здруживањем злобе, освете и љубоморе; трећи говоре о садистичкој тежњи за доказивањем и самодоказивањем кроз манифестовање надмоћи над другима.<sup>1239</sup> У сваком случају, појава оваквих мотива сведочи о постојању негативног и непожељног вредносног система код малолетника, о чему би требало повести рачуна приликом одмеравања казне малолетничког затвора, јер од дубине њихове укоренености зависи време потребно за васпитање.

Прихваћено схватање да појам „*јачина повреде или угрожавања заштићеног добра*“ означава последицу кривичног дела у њеном оствареном, конкретном виду, генерисало је извесне дилеме у односу на малолетнички затвор. Само по себи, оно није узимано за спорно, али је изазивало проблем у контексту старих услова за изрицање малолетничког затвора. Тако су „*тешке последице дела*“ поделиле теоретичаре и практичаре, на оне који су сматрали да малолетнички затвор аутоматски отпада ако је дело остало у покушају, и оне који су покушавали да изнађу неки, и то веома дискутабилан, аргумент за његову примену. Већина је била приклоњенија тумачењу да у овом случају малолетнички затвор није на списку алтернатива,<sup>1240</sup> мада је сматрала да то није увек криминално-политички оправдано, те је заговарала интервенцију *de lege ferenda*. Законом о малолетницима је извршено редефинисање. Уместо формулације „*тешке последице дела*“ сада је употребљена „*природа и тежина дела*“ (чл. 28.), што је условило сасвим нови, шири смисао. Стара дилема више није актуелна, с обзиром да се ова одредба, тумачи тако да је малолетнички затвор могуће изрећи и када је дело довршено и

<sup>1238</sup> Б. Симоновић: *op. cit.*, стр. 587.

<sup>1239</sup> *Op. cit.*, стр. 534. и 535.

<sup>1240</sup> О. Перић: *Коментар кривичноправних прописа о малолетницима, прописи СРЈ, РС и ЦГ*, Београд, 1995. године, стр. 47.

када је остало у покушају.<sup>1241</sup> Све ово има директне импликације на избор казне, јер изостанак последице може бити сагледаван и у оквиру редовног одмеравања, ако постоји процена да блажа санкција неће довести до остваривања сврхе кажњавања.

Када су у питању околности под којима је дело учињено, чине се значајним две ствари. Прво, малолетнику је много теже да одоли „зову погодне прилике“, у поређењу са нормалном одраслом особом. Психичке карактеристике личности у формирању отежавају одупирање импулсима и контролу понашања. Друго, сличне ефекте може остварити и утицај других лица, било да су у питању родитељ, неко у кога малолетник има поверења или група вршњака. Малолетници су много поводљивији и неотпорнији на деловање других, независно од тога како се оно испољава, у виду некакве пресије или само кроз представљање могућих користи од извршења дела. Када се ради о делу које је учињено у групи, не треба изгубити из вида да некада у њему учествује и малолетник који аутентично и није посебно „загрејан“ за то, али не би ни да одустане ни да одбије учешће, јер би онда био предмет омаловажавања, подсмеха и одбацивања, а то некоме ко се још увек тражи и тражи своје место у друштву изгледа много трагичније него одраслима.

Из комплекса „ранији живот“, исто као и код пунолетних учинилаца, треба издвојити ранију осуђиваност или неосуђиваност. У том смислу се неефикасност раније изречене васпитне мере може посматрати као један од показатеља да је неопходно изрећи малолетнички затвор. Постојање раније осуде на малолетнички затвор има карактер отежавајуће околности. Давање података из казнене евиденције о осудама на казну малолетничког затвора регулисано је позивањем на члан 102. ст. 2. Кривичног законика, јер се подаци не могу давати никоме сем у случајевима предвиђеним у КЗ-у (чл. 34. ЗОМУКД). Подаци о изреченим васпитним мерама могу се дати само суду, јавном тужилаштву и органу старатељства (чл. 27. ст. 1.). При томе, не могу се давати подаци о васпитним мерама изреченим за кривична дела за која је је прописана новчана казна или казна затвора до три године, ако је лице на које се подаци односе навршило двадесет једну годину.

---

<sup>1241</sup> О. Перић: *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела ...*, стр. 87.

Узраст и опште карактеристике малолетничке популације диктирају извесну спецификацију или моделовање личних прилика. Тако се из овог корпуса посебно издвајају и добијају прворазредни значај, околности које владају у примарној породици малолетника. Са друге стране, у занемарљивом броју случајева у процес одмеравања казне могу бити уведене брачност, својство родитеља или чињеница да је малолетник у радном односу. Мала заступљеност ових појава у малолетничкој популацији статистички смањује вероватноћу да ће оне утицати на избор казне. Карактеристике малолетника не воде само маргинализовању појединих чињеница, него и ка увођењу неких које се, по правилу, ређе везују за пунолетна лица, као што је чињеница да се учинилац налази на редовном школовању.

У етиологији малолетничког криминалитета је познато да од свих социјалних чинилаца најзначајније место има породица као микросоцијални фактор.<sup>1242</sup> У том смислу, пажња суда треба да буде усмерена на то да ли учинилац потиче из дефицијентне или деградиране породице. Дефицијентна, непотпуна породица, најчешће због развода родитеља, може да изазове емоционалну несигурност, фрустрирајуће осећаје отуђености и одбачености, који веома често продукују деструктивне форме понашања. Много јаче негативно дејство остварује деградирана породица, обележена лошом атмосфером, нарушеним односима између чланова у различитим комбинацијама, уз често присуство неког облика социјалне патологије код родитеља (алкохолизам, наркоманија, проститиција, коцкање или бављење криминалом). Постојање сталне тензије, сукоба, свађа, физичког и психичког насиља компромитује процес социјалне адаптације. Родитељи, као негативни узор, у великој мери доприносе стварању негативних личних својстава, тежњи и схватања код малолетника. Посебан облик ове породице је тзв. криминогено породично огњиште, када родитељи активно подстичу своју децу на делинквентно понашање и обучавају их у том правцу.<sup>1243</sup> У екстремним случајевима родитељи примењују принуду, како би нагнали своје дете на вршење кривичних дела, али се правни значај ове појаве не остварује кроз одмеравање казне, него кроз неке друге институте кривичног права. Асоцијаност, агресивност,

---

<sup>1242</sup> С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић: *op. cit.*, стр. 229.

<sup>1243</sup> *Op. cit.*, стр. 230.



васпитна запуштеност, као последице описаних породичних прилика, никако се не могу ставити на терет малолетнику, те све поменуто спада у олакшавајуће околности. Ако се „проблематичне“ породице оставе по страни, улогу олакшавајуће околности може одиграти и изостанак родитељске контроле, који чак и не мора да има трајни и дубљи карактер, довољно је да је допринео настанку дела.

Поред породице, значајан фактор социјализације представља и школа. Школска средина је, у том смислу, једна од примарних група у којима се формира личност малолетника. Несумњиво је да позитивно понашање испољено у школи, редовно похађање, неконфликтни однос према другима, испуњавање школских обавеза и слично, сведоче о социјалној адаптираности. Све то ће, међутим, ретко доћи у обзир при одмеравању казне, како емпиријска истраживања показују да су малолетници у сукобу са законом, готово по правилу, и „у сукобу са школом“.<sup>1244</sup> Резултати проучавања говоре да слаб успех, понављање, бежање из школе, лош однос са школским друговима, неприхватање и непоштовање ауторитета наставника чине типичну пределиктну слику малолетног преступника. Овакав однос према школи и образовању се испољава као још један од аспеката запуштености.

Следећа из законског регистра је околност под називом држање учиниоца после учињеног дела и она нема неке посебне специфичности, које би дошле у обзир код одмеравања казне малолетничког затвора. Једино што се може приметити да статус малолетника, који подразумева и то да ова лица углавном нису у радном односу и немају сопствене приходе или имовину, може да умањи њихове финансијске капацитете за надокнаду штете жртви, чак и када за то постоји намера.

Имовно стање је једина потпуно ирелевантна чињеница са листе из Кривичног законика. Она је везана за одмеравање новчане казне и потпуно је беспредметно говорити о њој у контексту казне малолетничког затвора.

---

<sup>1244</sup> С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић: *op. cit.*, стр. 375.

## 7. Специфичности редовног одмеравања казне правним лицима

Кривична одговорност правних лица је инкорпорирана у кривичноправни систем Србије 2008. године, доношењем Закона о одговорности правних лица за кривична дела.<sup>1245</sup> Историјски посматрано, она није потпуна непознаница у нашем правном поретку, јер је у неким краћим интервалима и раније постојала,<sup>1246</sup> али је сада по први пут на детаљан и систематичнији начин уређена. Тако се Србија прикључила широком кругу земаља, чија национална законодавства прихватају концепт активног субјекта кривичног дела, који обухвата и физичка и правна лица.<sup>1247</sup> Може се констатовати да је овим законом одговорено и на обавезе

<sup>1245</sup> *Службени гласник Републике Србије, бр. 97/2008.* Закон уређује услове одговорности правних лица за кривична дела, кривичне санкције које им се могу изрећи и поступак за изрицање и извршење кривичних санкција. Одредбе Закона се могу применити на домаће и стране правне субјекте, који по позитивном праву имају статус правног лица. То значи да је усвојен шири појам правног лица, у односу на онај постављен Препоруком Р (88) 18, која говори о приватним или јавним предузећима са правним субјективитетом, која обављају економску делатност, док би код нас, поред предузећа, дошла у обзир и удружења грађана, политичке партије, фондови, задужбине, синдикати и слично. Изричито су од одговорности изузете Република Србија, аутономна покрајина, јединице локалне самоуправе и њихови органи (чл. 3. ст. 1.). Када су у питању правна лица којима је поверено вршење јавних овлашћења, кривична одговорност је искључена само у односу на кривично дело учињено у вршењу јавног овлашћења (чл. 3. ст. 2.). Дела за која могу одговарати правна лица одређена су методом генералне клаузуле, те то могу бити све инкриминације из посебног дела Законика и из споредног законодавства, ако су испуњени услови за одговорност правних лица (чл. 2.).

<sup>1246</sup> Један број закона, донетих после другог светског рата, садржао је и одговорност правних лица: Закон о кривичним делима против народа и државе (*Службени лист ДФЈ, бр. 66/45, Службени лист ФНРЈ, бр. 59/46, 106/47 и 110/47*), Закон о сузбијању недопуштене трговине, недопуштене шпекулације и привредне саботаже (*Службени лист ФНРЈ, бр. 56/46*) и Кривични законик – Општи део из 1947. године (*Службени лист ФНРЈ, бр. 106/47*), по којем и правно лице изузетно може бити активни субјект кривичног дела, за које је у закону изричито одређена његова одговорност (чл. 19.), при чему су од санкција биле предвиђене само потпуна и делимична конфискација имовине (чл. 36.). Ово решење је било у примени све до доношења Кривичног законика 1951. године. Поред очигледне политичке инструментализације института, осмишљене у циљу одузимања имовине капиталистичких предузећа, било је других покушаја нормирања, као у нацрту КЗ-а из 1951. године, мада се од тога на крају одустало. Законом о привредним судовима из 1954. године и Законом о привредним преступима из 1960. године (*Службени лист ФНРЈ, бр. 16/60*) уведени су привредни преступи као посебна врста деликата правних лица, да би Законом о привредним преступима из 1977. године (*Службени лист СФРЈ, бр. 4/77, 36/77, 14/85, 74/87, 57/89 и 3/90*) били постављени темељи система, који егзистира све до данашњих дана. Тако сада правно лице може бити одговорно и за прекршај и за привредни преступ и за кривично дело. Ово је необично решење, јер су друге земље, пре свега бивше југословенске републике, део привредних преступа укинуле или су их преименовале у прекршаје. То значи да је само питање времена када ће и код нас доћи на ред преиспитивање оправданости даљег задржавања привредних преступа.

<sup>1247</sup> У англосаксонском праву је то већ традиција. Када су у питању земље европско-континенталног правног круга, процес је прва започела Холандија, када је средином прошлог века, увела кривичну одговорност правних лица, најпре за дела против привреде, а двадесетак година касније и за остала. Данас већина земаља познаје одговорност правних лица за кривична дела. М. Цетинић: *Закон о*

преузете из међународног права, јер изван број међународних докумената, које је наша земља потписала и ратификовала, упућује на увођење одговорности правних лица. Листа међународних извора је прилично дуга, а посебан значај имају: Кривична конвенција о корупцији,<sup>1248</sup> Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма,<sup>1249</sup> Конвенција УН против транснационалног организованог криминала са допунским протоколима,<sup>1250</sup> Конвенција о високотехнолошком криминалу,<sup>1251</sup> Конвенција УН против корупције,<sup>1252</sup> Конвенција Савета Европе о борби против трговине људима,<sup>1253</sup> Конвенција Савета Европе о спречавању тероризма,<sup>1254</sup> Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма<sup>1255</sup> и други. Србија је потписивањем споразума о стабилизацији и придруживању преузела обавезу имплементирања *acquis communautaire*, укључујући и Други протокол уз Конвенцију за заштиту финансијских интереса Европских заједница, који се односи на прање новца и одговорност правних лица, иако се у њему не инсистира искључиво на кривичној одговорности, за разлику од Препоруке R (88) 18 о одговорности правних лица за кривична дела,<sup>1256</sup> која је и допринела ширењу овог вида одговорности међу државама чланицама.

---

*одговорности правних лица за кривична дела – још један корак Србије ка Европској унији*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3-4, 2005. године, стр. 300-303.

<sup>1248</sup> Закон о потврђивању Кривичне конвенције о корупцији, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/2002 и *Службени лист СЦГ*, бр. 18/2005.

<sup>1249</sup> Закон о потврђивању Међународне конвенције о сузбијању финансирања тероризма, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/2002.

<sup>1250</sup> Закон о потврђивању Конвенције УН против транснационалног организованог криминала са допунским протоколима, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/2001.

<sup>1251</sup> Закон о потврђивању Конвенције о високотехнолошком криминалу, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 19/2009.

<sup>1252</sup> Закон о ратификацији Конвенције УН против корупције, *Службени лист СЦГ*, бр. 12/2005.

<sup>1253</sup> Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 19/2009.

<sup>1254</sup> Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању тероризма, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 19/2009.

<sup>1255</sup> Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и финансирања тероризма, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 19/2009.

<sup>1256</sup> *Recommendation R (88) 18 concerning liability of enterprises having legal personality for offences committed in the exercise of their activities*, од 20. октобра 1988. године. Видети део I тач. 3а.

### 7.1. Опште смернице – сврха кажњавања, казнени оквири и забрана двоструког вредновања

Редовно одмеравање казне правним лицима обликују две опште смернице – сврха кажњавања и распон казне прописан за односно кривично дело. Сврха кажњавања није посебно дефинисана Законом о одговорности правних лица, што систематским тумачењем води ка ослањању на сврху одређену Кривичним закоником. Иако је поштовање опште сврхе кажњавања изричито наложено одредбама о сходној примени Кривичног законика (чл. 34. ЗОПЛКД), до тога би по правилима логике ионако дошло, чак и да оваква одредба не постоји. Кохерентност кривичноправног система једноставно налаже такво поступање, мада није искључено да се посебним прописима додају и неки посебни циљеви кажњавања. Очито је да законодавац стоји на становишту да специфичности правног лица као активног субјекта нису толике да би резултирале прописивањем некаквих посебних циљева. Тако суд и у овом случају казну одмерава како би спречио правно лице да чини кривична дела и утицао на њега да убудуће не чини кривична дела, како би спречио друге да не чине кривична дела и истовремено изразио друштвену осуду за кривично дело и утицао на јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона. Подразумева се да описани утицај не може бити остварен директно, јер правно лице нема психичке функције на које је утицај управљен, већ само посредно, преко физичких лица из његовог састава (његових чланова и органа). У теорији је изражено мишљење да постоје и неке друге разлике у начину деловања, у зависности од тога да ли је адресат физичко или правно лице. Тако се истиче да је деловање генералне превенције много слабије него код физичких лица и да се она некако разводњава; специјална превенција је изводљива, мада је мање извесна код казни него код мера безбедности; ретрибуција се не доводи у питање; док је концепт заслужене казне најдискутабилнији, јер казна погађа и оне који ни на који начин нису учествовали у делу или су се чак противили његовом извршењу.<sup>1257</sup> Други сматрају да је функција казне искључиво превентивна, а у извесној мери

---

<sup>1257</sup> З. Стојановић, R. Shine: *Коментар Закона о одговорности правних лица за кривична дјела*, Подгорица, 2007. године, стр. 83.

репаративна и реститутивна.<sup>1258</sup> Репарација и реституција у појединим правима чак заузимају централно место. Такав је случај у САД. Раније поменуто Упутство (*Sentencing Guidelines*) поставља као општи принцип реаговања према правним лицима принцип надокнаде штете.<sup>1259</sup> У том смислу, суд треба најпре да захтева од правног лица да предузме одговарајуће кораке у циљу компензације жртве, поправљања штетних последица и повраћаја противправно стечене добити (§8B1.1). На закључак о значају репарације утиче и правило које се примењује ако су финансијски ресурси правног лица тако ограничени, да оно неће бити у стању и да плати новчану казну и да надокнади штету, када се предност даје управо надокнади (§8C3.3.). Ови аспекти нису „покривени“ нашом општом сврхом кажњавања из КЗ-а, нити сам Закон о одговорности правних лица садржи начело о примату надокнаде штете, али то не значи да се о заштити права жртава не води рачуна. Наиме, правило о распореду наплате одређује да се, ако се услед наплате новчане казне имовина осуђеног лица смањи у тој мери да се не може намирити имовинскоправни захтев оштећеног, имовинскоправни захтев намирује из наплаћене новчане казне, али највише до њене висине (чл. 61. ст. 2.).

Распон казне, са друге стране, не представља универзалну смерницу за одмеравање казне правном лицу. Наш систем садржи само две казне – новчану и казну престанка правног лица (чл. 13.),<sup>1260</sup> од којих само прва подлеже

---

<sup>1258</sup> Г. Илић: *Маргиналије уз Закон о одговорности правних лица за кривична дела*, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, IV део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2010. године, стр. 203. Превентивну функцију подвлаче и неки страни аутори, видети М. Е. Cartier: *Казненоправна одговорност правних особа у француском праву*, ХЈКПП, вол. 12, бр. 2, 2005. године, стр. 293.

<sup>1259</sup> Видети уводни коментар у осмо поглавље Упутства.

<sup>1260</sup> Исте казне постоје у хрватском (чл. 8. ст. 2. Закона о одговорности правних лица за кривична дјела, *Народне новине*, бр. 151/03) и црногорском законодавству (чл. 13. Закона о одговорности правних лица за кривична дјела, *Службени лист ЦГ*, бр. 02/07). Незнатно су обимнији казнени системи у Босни и Херцеговини, јер поред новчане казне и престанка правне особе предвиђају и одузимање имовине (чл. 131. КЗФБиХ, чл. 131. КЗБиХ, чл. 134. КЗРС, чл. 135. КЗБД), као и у Македонији, која се определила за новчану казну, привремену забрану вршења одређене делатности, трајну забрану вршења одређене делатности и престанак правног лица (чл. 96. КЗ-а). Прилично је обиман француски систем, са чак девет казни: новчаном казном; престанком правног лица; трајном или привременом забраном обављања одређене делатности; стављањем под судски надзор; трајном или привременом забраном управљања која се изриче естаблишменту правног лица; забраном учествовања на јавним тендерима; привременом или трајном забраном аплицирања за средства код јавних фондова; забраном издавања чекова; конфисковањем предмета који су коришћени за извршење кривичног дела, који су намењени вршењу кривичних дела или су настали извршењем кривичног дела; и јавним објављивањем пресуде (чл. 131-39. КЗ-а).

ограничењима минимума и максимума, док је за другу правило о поштовању распона потпуно ирелевантно, пошто је она, по природи ствари, апсолутно одређена.<sup>1261</sup> Општи оквир од сто хиљада до петсто милиона динара је, по логици примењеној раније у КЗ-у, подељен на уже подоквире, у зависности од висине прописане казне, и он се креће:

- од сто хиљада до милион динара, ако је за кривично дело прописана казна затвора до једне године или новчана казна;
- од милион до два милиона динара, ако је прописана казна затвора до три године;
- од два до пет милиона, ако је прописана казна затвора до пет година;
- од пет до десет милиона, ако је прописана казна затвора до осам година;
- од десет до двадесет милиона, ако је прописана казна затвора до десет година и
- најмање двадесет милиона динара, ако је прописана казна затвора преко десет година (чл. 14.).

С обзиром на чињеницу да у посебном делу Кривичног законика нигде нису прописане казне за правна лица, јасно је да се оваквом специфичном правном техником заправо одређују посебни минимуми и максимуми. Они зависе од тежине кривичних дела, која је у овом контексту изражена у шест различитих категорија. Што се ширине оквира тиче, може се констатовати да није подједнака у свим категоријама, како се креће од деветсто хиљада до десет милиона, или чак четрестоосамдесет милиона динара, код дела за која је прописана казна затвора преко десет година.

---

<sup>1261</sup> Наш законодавац се определио за постојање престанка правног лица као самосталне казне. Она долази у обзир само ако је делатност правног лица у целини или у знатној мери била у функцији вршења кривичних дела (чл. 18.). Након правноснажности пресуде којом је изречена покреће се поступак ликвидације, стечаја или престанка на други начин, а правно лице дефинитивно престаје брисањем из регистра. У компаративном праву постоје законодавства, која немају овакву казну, али зато дозвољавају да се износ новчане казне, када је правно лице *„деловало првенствено ради остваривања криминалних циљева или је примењивало првенствено криминална средства“*, тако мултипликује да економски потпуно девастира субјекат према коме је управљена, те се слични ефекти постижу кроз висину новчане казне (видети амерички *Sentencing guidelines*, §8C1.1.).

Закон о одговорности правних лица не садржи забрану двоструког вредновања, нити на њу упућује у правилима о сходној примени Кривичног законика (чл. 34). Међутим, како се ради о општеприхваћеном принципу редовног одмеравања, које је код нас дуго примењивано и без законске потпоре, сматрамо да нема резона да се сада, када већ постоји у КЗ-у, и код избора казне правним лицима не уважава.<sup>1262</sup>

## 7.2. Олакшавајуће и отежавајуће околности

Редовно одмеравање казне надаље зависи од свих околности које утичу да казна буде већа или мања, а посебно од: степена одговорности правног лица за кривично дело; величине правног лица; положаја и броја одговорних лица у правном лицу која су учинила кривично дело; мера које је правно лице предузело у циљу спречавања и откривања кривичног дела; као и мера које је након учињеног кривичног дела предузело према одговорном лицу (чл. 15.). Како се да приметити, законодавац следи шаблон из КЗ-а, дајући отворену листу унапред невреднованих околности.

Наш закон је усвојио модел изведене, субјективне и кумулативне одговорности правног лица.<sup>1263</sup> Закључак о облику одговорности јасно следи из

---

<sup>1262</sup> Постоје законодавства која забрану изричито наглашавају. Видети чл. 16. ст. 2. црногорског Закона о одговорности правних лица за кривична дјела.

<sup>1263</sup> То је уједно и најзаступљенији концепт, иако у доктрини кривичног права и у законодавствима поједних земаља постоје и другачији модели – аутономне, објективне и алтернативне одговорности. Најстарији је модел објективне одговорности, развијен у англосаксонском праву (тзв. *strict liability*). Он се данас примењује за тзв. *regulatory offences* (кривична дела против трговине и јавних интереса), док се за друга дела тражи кривица. У немачкој доктрини је створена аутономна одговорност, која подразумева да правно лице одговара за властито понашање, а заснива се на неколико поставки – прво, да су правне норме упућене правном лицу, што га чини обавезним да их поштује, и друго, ако је правно лице способно да их прекрши, мора бити способно и да прихвати одговарајући прекор, те је кривица правног лица констатација да оно није испоштовало захтеве, које је пред њега поставио правни поредак. Према теоријском моделу супсидијарне одговорности није потребно казнити правно лице, ако се може утврдити одговорност физичког лица. Али, међународни документи искључују ову могућност, те се државе, приклањајући се међународним стандардима, опредељују за кумулативну одговорност. При томе се понашање одговорног и правног лица не сматра саучесништвом, него о специфичним видом паралелног извршилаштва, јер одговорно лице има своје обавезе, различите од обавеза правног лица. О различитим концептима више у М. Цетинић: *op. cit.*, стр. 307-311. и З. Ђурђевић: *Казнена одговорност и казни поступак*

законске одредбе, која прописује да правно лице одговара за кривично дело које је у оквиру својих послова или овлашћења учинило одговорно лице, у намери да за правно лице оствари корист, као и када је, због непостојања надзора или контроле од стране одговорног лица, омогућено извршење дела у корист правног лица од стране физичког лица, које делује под надзором или контролом одговорног лица (чл. 6.). Субјективни и кумулативни карактер је последица решења, које одговорност правног лица темељи на кривици одговорног и на чињеници да оба одговарају (чл. 7. ст. 1.). Другим речима, одговорност правног лица претпоставља да је претходно утврђено да је одговорно лице учинило кривично дело и да је криво, након чега се његова кривица урачунава правном лицу, те долази до кумулативне одговорности и одговорног и правног лица. Обрнуто, ако суд установи да код одговорног лица постоји неки од разлога који искључују кривицу или пак основ који искључује противправност, неће постојати ни одговорност правног лица. Може се рећи да је у питању је луцидно решење, јер не захтева конституисање неке посебне одговорности правних лица, пошто се гради на постојећој категорији индивидуалне одговорности. Уз практичност, тако се задржава и уважава принцип кривице, чиме је изазван и најмањи „лом“ у нашој догматици и судској пракси, којој је до скора била потпуно страна идеја о кривичној одговорности правних лица, иако постоји одговорност за прекршаје и привредне преступе. Све што је у претходним излагањима речено о кривици и свим њеним састојцима, важи и на овом месту. Осим урачунљивости, умишљаја (евентуално и нехата) и свести о противправности, на кривичну одговорност правног лица утичу и други субјективни фактори, рецимо, мотиви или циљеви са којима је поступало одговорно лице.

Међутим, постоје ситуације када правно лице може одговарати, иако је кривични поступак против одговорног лица обустављен или је оптужба одбијена (чл. 7. ст. 2.). Обустава поступка због застарелости, амнестије или помиловања или других разлога који трајно искључују кривично гоњење (чл. 274. ст. 1. тач. 3. ЗКП-а), рачунајући ту и смрт одговорног лица у току поступка (чл. 217. ЗКП-а) или

---

*према правним особама у Републици Хрватској, ХЛЈКПП, вол. 10, бр. 2, 2003. године, стр. 735. и надаље.*



одбијање оптужбе против сведока сарадника (чл. 504з ст. 2. ЗКП-а) не спречавају вођење поступка против правног лица. Поставља се питање да ли је тиме законодавац увео и тзв. аутономну одговорност. Постоје мишљења да се пре ради о претпостављеној кривици правног лица, те ће суд претпоставити постојање кривице одговорног лица и њу урачунати правном лицу.<sup>1264</sup> Ово је прилично спорно, и сигурно је да ће стварати проблеме у пракси. С једне стране, разумљиво је настојање законодавца да спречи избегавање одговорности правног лица, које се да оправдати јаким аргументима криминално-политичке природе, као и потребом поштовања међународних стандарда (Препорука Савета Европе о одговорности предузећа за кривична дела истиче потребу за кажњавањем правних лица и када је одговорно лице остало непознато суду), док се, са друге стране, ова могућност противи начелу кривице. Није јасно како ће судови утврђивати овакву одговорност, без идентификације и урачунавања психичког супстрата који обезбеђује одговорно (физичко) лице.

Међу релевантним околностима се налази и величина правног лица. Основно је питање како проценити величину, на основу којих параметара. У неким правима, која садрже идентичну околност, величина зависи од броја запослених. На том критеријуму је, на пример, у америчком Упутству изграђена петостепена скала правних лица.<sup>1265</sup> Тако се, у овом систему нумеричких смерница, пет поена приписује уколико организација или њен део у којем се десило кривично дело има више од пет хиљада запослених, четири поена ако има више од хиљаду, три поена ако има двеста и више, два поена ако има педесет и више, односно само један ако има десет или више запослених. Са друге стране, поједина законодавства не баратају величином, већ се приклањају економској снази правног лица, постављајући суду у задатак да процењује пословне резултате (приходе, расходе,

---

<sup>1264</sup> З. Ђурђевић: *op. cit.*, стр. 753.

<sup>1265</sup> Иначе, у америчком праву величина правног лица не представља самосталну околност, као што је код нас случај. Она улази у процену степена кривице, тачније у процену тзв. учешћа у криминалним активностима и толеранције криминалних активности, као једне од компоненти кривице. Поред ње кривицу моделују и: криминална прошлост; повреда налога државних органа; опструкција правде; ефикасност дисциплинског поступка; самопријављивање, сарадња са државним органима и прихватање одговорности за кривично дело (§8C2.5.).

губитак и профит) и вредност имовине правног лица.<sup>1266</sup> Чињеница је да су економски показатељи много јаснији и разумљивији, посебно када се ставе у контекст казни које се могу изрећи правном лицу, а пре свега новчане казне. Ово отвара дилему да ли се величина, поред обима радне снаге коју правно лице ангажује, може довести и у везу са оствареним профитом. Наш законодавац није поставио никакве смернице, није одредио значење појма величине правног лица, како је узео за сходно да да једино аутентично тумачење појмова правног и одговорног лица (чл. 5.). Ни домаћа теорија није допринела разјашњавању, јер се у радовима објављеним до тренутка настајања овог поглавља, питање редовног одмеравања казне правним лицима или уопште не обрађује или му се приступа на крајње огољен, фактографски начин, само кроз набрајање олакшавајућих и отежавајућих околности, без икаквих додатних напомена и запажања. Дакле, све остаје на судској пракси, која тек треба да изгради прецизније критеријуме.

На крају, чини се да би судови морали водити рачуна о неколико ставки. Прво, што је правно лице веће постоји и јаче очекивање да ће бити боље организовано, са јасно разграниченим делокругом послова, са софистициранијим механизмима интерне контроле, да ће имати професионалнији менаџмент и слично. Тако посматрано, велики субјекти вршењем кривичних дела у већој мери крше тзв. јавно и приватно поверење, а то мора добити адекватни израз кроз казну.<sup>1267</sup> Други сегмент се односи на претпостављене обилније финансијске ресурсе.<sup>1268</sup> Ако се о економској снази води рачуна код одмеравања новчане казне физичким лицима, нема логике да то буде занемарено код правних лица као активних субјеката. Пошто наш систем садржи новчану казну по систему дневних износа, да би обезбедио да казна подједнако погађа физичка лица различитог имовног стања, онда се суд и код правних лица мора држати истог принципа. Без таквог прилагођавања казна уопште не би могла остварити функцију одвраћања, док би се у граничном случају, када је од стране правног лица доживљена као минорни трошак, могла претворити у сопствену супротност, потпирујући устрајавање у

---

<sup>1266</sup> Видети чл. 16. ст. 1. црногорског Закона о одговорности правних лица, чл. 135. ст. 1. КЗФБиХ, чл. 135. ст. 1. КЗБиХ, и чл. 138. ст. 1. КЗРС.

<sup>1267</sup> З. Стојановић, R. Shine: *op. cit.*, стр. 96.

<sup>1268</sup> *Op. cit.*, стр. 96.

недозвољеном понашању. Незнатни износи, посматрано из визуре конкретног правног лица, довели би до формирања става да се кривично дело „исплати“, а то никако не може резултирати позитивним променама у његовом будућем поступању, као што не могу послужити ни за пример другима.

Положај и број одговорних лица у правном лицу која су учинила кривично дело представљају разумљиве критеријуме редовног одмеравања казне правним лицима. То значи да је суд обавезан да се бави структуром, начином организовања, а посебно начином управљања. Виши положај учиниоца у унутрашњој хијерархији и умешаност већег броја лица мултипликују штетност дела и представљају неспорне отежавајуће околности, које не траже неку посебну експликацију. Такође, може се рећи да је учешће већег броја лица готово неминовно код вршења кривичних дела од стране правних лица. Како примећују поједини аутори, оправдано је претпоставити да „обичан“ продавац неће спонтано и самоиницијативно понудити мито државном службенику који је дошао у инспекцију, већ ће то учинити по налогу некога надређеног, рецимо, менаџера продаје, коме је опет потребна „асистенција“ рачуновође како би обезбедио покриће у виду фиктивних фактура.<sup>1269</sup>

Своје место у процесу редовног одмеравања имају и мере које је правно лице предузело у циљу спречавања и откривања кривичног дела. Очигледно је да се овде у првој равни испитује да ли су интерном регулативом предвиђени механизми управљени на превенцију, надзор, контролу и откривање недозвољених понашања. Ако постоје неопходне и разумне мере са горе описаном функцијом, то би требало да утиче на смањење казне, и тако представља подстицај осталим правним лицима да развијају и усавршавају такве механизме. Ово је, међутим, само почетна тачка испитивања, како је од пуког постојања „на папиру“ много значајније то да ли предвиђени механизми заиста и функционишу. Могуће је да упркос перфектним правилима, у правном лицу постоји толерисање недозвољеног понашања, тако да виши службеници, који би требало да врше надзор, прећутно или изричито одобравају недозвољено понашање, непријављују га или на неки други начин у њему учествују. Неделотворност мера сигурно није основа за

---

<sup>1269</sup> З. Стојановић, R. Shine: *op. cit.*, стр. 94.

побољшање кривичноправног положаја. Ово је отежавајућа околност чији квантум утицаја на казну зависи управо од израженог степена толерисања кривичног дела. Супротно од тога, откривање и пријављивање дела представљају олакшавајуће околности. Колики је њихов значај говори и чињеница да се ради о факултативном основу за ослобођење од казне, под условом да се то догодило пре него што је правно лице сазнало за покретање кривичног поступка (чл. 19.). Подразумева се да откривање и пријављивање имају улогу олакшавајуће околности, само уколико суд процени да се ослобођењем не може постићи сврха кажњавања. Највећи утицај на казну пријављивање учиниоца остварује онда када је учињено одмах по сазнању и пре него што су и сами надлежни органи сазнали за дело, јер се ради о сведочанству добро организоване самоконтроле и највећем доприносу у откривању и расветљењу кривичне ствари. У теорији је дата напомена да правно лице може одложити пријаву за неки разуман рок, без штетних последице по сопствени положај, ако је то потребно ради спровођења сопствене истраге.<sup>1270</sup>

Мере које је након учињеног дела предузело правно лице према одговорном лицу односе се на вођење дисциплинског поступка и изрицање дисциплинских мера. У том смислу олакшавајућа околност постоји ако је правно лице спровело дисциплински поступак, сменило лица која су пропустила дужан надзор, и изрекло престанак радног односа одговорном лицу, које је учинило кривично дело. Супротна поступања спадају у отежавајуће околности.

Несумњиво је да је законски регистар могао бити и богатији, при чему је као узор могао да послужи чл. 54. Кривичног законика, уз извесне модификације следствено специфичностима ове категорије учинилаца. Прво, евидентно је да се међу законским критеријумима нигде не помиње тежина кривичног дела, иако се ради о чињеници која би требало да представља базу процеса редовног одмеравања.<sup>1271</sup> Тежину ће обично одредити висина противправно прибављене користи или висина проузроковане штете. Међутим, природа кривичних дела која могу учинити правна лица говори и о томе да нису искључене ни последице

---

<sup>1270</sup> З. Стојановић, R. Shine: *op. cit.*, стр. 100.

<sup>1271</sup> Тако законски каталог олакшавајућих и отежавајућих околности у црногорском закону почиње управо овом околношћу (чл. 16. ст. 1.), а исто је и у америчким смерницама, које разликују чак тридесеттри степена тежине дела (§C2.3.)

нематеријалне природе, попут последица по животну средину, по здравље или живот људи, националну безбедност и слично. Очигледно је да су дела која подразумевају нематеријалне губитке тежа и да захтевају вишу казну од оних која се очитују у материјалној штети.<sup>1272</sup> Из масе примера, датих у неким радовима о тзв. корпорацијском криминалитету, довољно је издвојити само неке, који илуструју могуће катастрофичне размере кривичних дела ове категорије учинилаца, које неупоредиво надилазе последице понашања појединачног физичког лица. Грешка радника на паковању у корпорацији *Sandoz* у постројењу у Базелу изазвала је еколошку катастрофу, услед изливања чак тридесет тона отровних хемикалија у реку Рајну, услед чега је наступио помор речног живог света у дужини од 300 км, као што је и снабдевање водом у градовима дуж ове реке било доведено у питање.<sup>1273</sup> Много је драматичнији случај америчке компаније *Union Carbide*, из чијих је постројења, смештених у предграђу индијског града Бопала, исцурило четрдесет тона метил-изоцијаната, што је непосредно довело до смрти четири хиљаде људи, да би у наредним годинама од последица тровања умрло чак шеснаест хиљада.<sup>1274</sup> Евидентно је да се тежина дела морала експлицитно наћи у кругу законских околности. Она се, додуше, провлачи кроз одредбе о новчаној казни, јер њени подоквири зависе од висине прописане казне, која репрезентује (или би требало да репрезентује) управо тежину кривичног дела. Супротно томе, изрицање престанка правног лица није доведено у конекцију са тежином, јер се тражи само да је делатност правног лица у целини или у знатној мери била у функцији вршења кривичних дела (чл. 18. ст. 1.), независно од тога каква су дела у питању. У крајњем, тежина ће сигурно бити уважена позивањем суда на опште овлашћење да узме у обзир све околности које утичу да казна буде већа или мања, те пракса сигурно неће трпети. Али, овде није о томе реч, него о чињеници да је законски регистар могао бити логичније устројен.

Друго, изричито се не помиње ни ранија осуђиваност. Она је веома специфична, како обухвата два сегмента – ранију осуђиваност одговорног лица и ранију осуђиваност самог правног лица. Ранија осуђиваност одговорног лица неће

---

<sup>1272</sup> З. Стојановић, R. Shine: *op. cit.*, стр. 93.

<sup>1273</sup> З. Ђурђевић: *op. cit.*, стр. 721.

<sup>1274</sup> Ђ. Игњатовић: *Криминологија*, Београд, 2008. стр. 152.

бити детаљније објашњавана, да би се избегла понављања. Међутим, требало би нагласити да постојање криминалне прошлости одговорног лица има и неке нове димензије, посебно ако се ради о лицима на високим, руководећим положајима, која би требало да поседују одређене квалитете, са којима је претходна осуда неспојива. Како им је поверено да доносе кључне одлуке, да воде пословну политику правног лица, да врше надзор и контролу над радом других и слично, једна од гаранција да ће ове послове законито и ваљано обављати јесте и беспрекорна прошлост. Отуда правном лицу које поставило раније осуђивано лице на место одговорног, треба послати јасну поруку одмеравањем већег износа казне. Када су у питању параметри за оцену раније осуђиваности правног лица, и овде би требало водити рачуна о сродности и повезаности између новог и претходног дела, као и о временском размаку између њих, како би се евентуално установило да ли постоји нека шема у криминалном поступању. Специфичности нашег система у којем поред одговорности за кривична дела постоји и одговорност за прекршаје и привредне преступе, налажу да се ранија осуђиваност схвати у ширем смислу, те би требало утврдити да ли је раније било осуда и за друге јавноправне деликте, а не само за кривична дела. Такође, треба приметити да различите метаморфозе кроз које пролази правно лице могу да закомпликују и створе забуну приликом процене да ли постоји претходна осуда. Уколико је промена таква да је дошло до спајања субјеката, при чему је сваки задржао извесну аутономност, што подразумева посебно управљање у оквиру новоформираног ентитета насталог спојањем, има логике да сваки од њих задржи пословну прошлост из доба када је био потпуно самосталан субјект.<sup>1275</sup> Исти је случај и када се субјект реорганизовао и постао ново правно лице. Да су ове констатације исправне, може се закључити и из одредбе о престанку или статусној промени правног лица (чл. 8.). Закон допушта да се, када правно лице престане да постоји пре окончања кривичног поступка, новчана казна (али и мера безбедности и одузимање имовинске користи) изрекне правном лицу-следбенику, ако је претходно утврђена одговорност правног лица. Исто тако дозвољено је и да се, ако правно лице престане да постоји након правноснажно окончаног поступка, у којем је утврђена кривична одговорност и

---

<sup>1275</sup> З. Стојановић, R. Shine: *op. cit.*, стр. 98.

изречена санкција за кривично дело, санкција изврши према правном следбенику. Зашто се онда у суштини иста логика не би примењивала и на „наслеђивање“ података о претходним осудама. Једино када се ради о пуком чину куповања имовине неког правног лица, без преузимања његове делатности, не би било оправдано преузимање терета евентуалне криминалне историје субјекта чија је имовина купљена.<sup>1276</sup>

Насупрот описаном, олакшавајуће дејство има чињеница да је правно лице у свом ранијем пословању поштовало законе, друге прописе и добре пословне обичаје.

Треће, чини се да би законским околностима требало боље „покрити“ поступање правног лица након учињеног кривичног дела. То је делимично учињено поменутих мерама које је након учињеног дела правно лице предузело према одговорном лицу. Али, оне су више интерног карактера, и показују решеност правног лица да, слободно речено, изолује или уклони сопствено болесно ткиво. Остали „екстерни“ сегменти, тј. однос према жртвама кривичног дела и поступање у вези са кривичним поступком, нису изричито наведени. Они се у процес одмеравања увек могу увести преко општег овлашћења да се казна моделује на основу свих релевантних околности, а поступање према жртвама, по логичком принципу ко може више може и мање, и преко правила које омогућава да се правно лице ослободи од казне, ако је добровољно и без одлагања отклонило настале штетне последице и извршило повраћај противправно стечене имовинске користи (чл. 19. ст. 2.). Услов је, наравно, да ослобођење од казне није адекватна реакција и да остваривање сврхе кажњавања налаже изрицање казне. Инсистирање на увођењу односа према жртвама чини се посебно битним, јер су жртве много „слабије“ у оваквим делима, због изразите неравнотеже моћи. Ако се пође од тога да су многе мултинационалне компаније богатије (читати и моћније) од појединих држава, није тешко закључити да појединац или група у конфликтном односу са њима делују потпуно беспомоћно и инфериорно. У том смислу, свако додатно осигурање права и интереса жртава делује примерено и оправдано. Параметри за процену односа према жртви били би исти као и у случају када је учинилац физичко лице – да ли је

---

<sup>1276</sup> З. Стојановић, R. Shine: *op. cit.*, стр. 98.

надокнађен пун износ штете, да ли је надокнађена само делимично и зашто, да ли је исплаћена пре или након сазнања да су надлежни органи открили дело, да ли су уклоњене друге штетне последице итд. Идентични критеријуми се примењују и код повраћаја противправно стечене имовинске користи. Међутим, како су нека дела која може учинити правно лице дела без жртве (*victimless crimes*) отклањање штетних последица има и другачије значење и може се састојати у поступцима типа чишћења загађене животне средине, повлачења штетних производа са тржишта или неком сличном акцијом, при чему би вредност зависила од тога да ли је предузета добровољно или по судском налогу, односно, пре или после сазнања о покретању поступка. Због свега наведеног, погоднијом се чини општа формулација у виду познате „држање учиниоца после учињеног дела, а посебно однос према жртви“. Њоме се успешно обухвата и други колосек „спољашњег“ поступања, који говори о томе да ли је правно лице сарађивало са органима откривања, гоњења и суђења или је пак ометало вођење поступка. Неки страни закони опструкцију посебно издвајају.<sup>1277</sup> Нема сумње да она делује у знатној мери отежавајуће; сваки утицај на суд, тужиоце, сведоке, саоптужене, вештаке и остале учеснике у поступку употребом, силе, претње, давањем мита, нуђењем мита и другим недозвољеним средствима, мора бити санкционисан вишим износом казне. У теорији је упозорено да се нека понашања, иако делују негативно, не могу сматрати опструкцијом и приписати правном лицу као отежавајућа околност. Такав случај постоји када физичко лице из састава правног лица покушава да прикрије дело од самог правног лица.<sup>1278</sup> Логика налаже да се опструкција коју непосредно врши физичко лице мора вршити у име правног лица, без тог услова се не да укалкулисати у казну правном лицу. Обрнуто, казна се смањује ако правно лице сарађује од тренутка када је званично обавештено о покретању поступка, пружајући све релевантне информације које су му познате.

Поред наведених, може се претпоставити да ће се у пракси често појављивати и неке друге (по правилу, отежавајуће) околности, попут дужег временског трајања криминалне активности и учешћа већег броја субјеката и

---

<sup>1277</sup> Рецимо, црногорски (чл. 16. ст. 1. тач. 13.), док је у *Sentencing guidelines* опструкција постављена као један од показатеља степена кривице (§8C2.5.).

<sup>1278</sup> З. Стојановић, R. Shine: *op. cit.*, стр. 98.



њиховог удруживања. Закључак је изведен на запажању да су ово типичне карактеристике феноменологије криминалитета правних лица.<sup>1279</sup> Друге земље, које имају више искуства са овим типом одговорности, сведоче о распрострањеној појави повезивања, тако да правна лица (из исте, често из различитих земаља), која иначе легално послују, када им се укаже „згодна“ прилика, заједнички планирају, организују и извршавају одређене криминалне активности (тзв. пригодно организовани криминалитет). Тако је у Европској унији забележено више случајева утаје царина и субвенцијских превара на штету финансијских интереса Уније.<sup>1280</sup> Такође, није неосновано очекивати да ће се као отежавајућа околност користити и чињеница да је дело извршено упркос налозима и упозорењима донетим од стране државних органа или одређених регулаторних тела.

---

<sup>1279</sup> С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић: *op. cit.*, стр. 177.

<sup>1280</sup> З. Ђурђевић: *op. cit.*, стр. 722. и 723.

## Глава шеста

### РЕДОВНО ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ У СВЕТЛУ ПОЛИТИКЕ СУЗБИЈАЊА КРИМИНАЛИТЕТА

Казна и кретање криминалитета представљају два међусобно повезана феномена, чији се однос у теорији углавном сагледава једнострано. При томе се мисли на чињеницу да се, са једне стране, много више говори о зависности стопе криминалитета од казнене политике судова, што и не треба да чуди како је казна у дугом историјском периоду фигурисала или као једини или као преовлађујући инструмент борбе против овог облика социјалне патологије. Испитивање обрнутог утицаја је углавном занемарено. Природа изабране теме логично налаже брижљивију анализу постављеног проблема, и то кроз две теоријски моделоване ситуације, засноване на потупно супротним основним поставкама; док се у првој разматрају могуће реакције суда на пораст стопе криминалитета, при чему посебну пажњу привлачи анализа граничног случаја ове појаве када пораст броја дела добије масовне размере, у другој се предвиђају могуће релације између казнене политике суда и пада броја кривичних дела. Требало би поменути да ће претпостављене импликације статистичких показатеља о кретању криминалитета на редовно одмеравање казне бити вредноване и у једном ширем критичком контексту, са циљем утврђивања оправданости, посебно када се имају у виду једнакост грађана пред законом, начело кривице, начело сразмерности и слично.

#### **1. Редовно одмеравање казне као инструмент политике сузбијања криминалитета**

Кривично право заузима централно место у политици сузбијања криминалитета, иако данас није једини облик рационалног реаговања. Не може се оспорити чињеница да се самим доношењем кривичноправне норме води

криминална политика, што је најевидентније и најјаче изражено у процесу прописивања кривичних дела и казни, мада не сме бити занемарен ни значај нормативног постављања низа општих института кривичног права. Професор Ђорђевић је издвојио чак четрнаест облика изражавања криминалне политике кроз законодавство, међу којима се налазе и сврха кажњавања, олакшавајуће и отежавајуће околности, укратко руководни принцип и инструменти редовног одмеравања казне.<sup>1281</sup> У том смислу, успешност борбе против криминалитета, између осталог, зависи и од тога како је нормативно уобличен систем редовног одмеравања. Други аспект се односи на то како судови спроводе правила о редовном одмеравању, претачући их у судску казнену политику. У нашој догматици је неспорно да судови воде казнену политику, која се може одредити као укупност свих изречених кривичних санкција на одређеној територији.<sup>1282</sup> Обично се ова теза поткрепљује чињеницом да судови уживају знатна овлашћења при избору врсте и висине казне, заснована на различитим институтима како општег тако и у посебног дела кривичног права. На листи су, свакако, мање-више разгранат систем кривичних санкција, довољно пространи општи минимуми и максимуми, широки казнени распони у посебном делу, слободна процена олакшавајућих и отежавајућих околности, могућност да се осим законских у процес редовног одмеравања казне уведу и друге релевантне околности, постојање института који омогућавају „излазак“ из казнених оквира и слично. Међутим, неки страни теоретичари негирају постојање казнене политике судова.<sup>1283</sup> Одричан став потиче отуда што се начело поделе власти, на којем почива организација савремених држава, противи томе да судови воде било какву политику, па и казнену. Тако посматрано, само законодавац може имати „политичке визије“, које настоји отелотворити доношењем закона, а улога судске власти се у тој причи своди само на примену закона, и то на основу овлашћења датих у уставу и истим

---

<sup>1281</sup> М. Ђорђевић: *Кривично законодавство и казнена политика*, Проблеми казнене политике судова, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1973. године, стр. 7.

<sup>1282</sup> Видети М. Милутиновић: *Криминолна политика*, Београд, 1984. године, стр. 168, З. Стојановић: *Политика сузбијања криминолитета*, Нови Сад, 1991. године, стр. 74, Љ. Радуловић: *Криминолна политика (политика сузбијања криминолитета)*, Београд, 1999. године, стр. 118. и др.

<sup>1283</sup> Ж. Хорватић: *Проблем односа у закону прописане и у судским пресудама примењене казнене репресије према починитељима казнених дјела (законска и судска казнена политика)*, ХЛЈКПП, вол. 11, бр. 2, 2004. године, стр. 381.

тим законима, те о некаквом креирању и вођењу казнене политике не може бити говора.

Ако се пође од општеприхваћеног става наше теорије требало би размотрити два питања – питање благости и уједначености казнене политике судова.<sup>1284</sup> Казненој политици домаћих судова се редовно замера да је блага. Такав став је распрострањен и у лаичкој јавности, делом и због неодговорног медијског наступања, о чему сведоче поједини аутори: „Готово да нема политичара у нашој земљи који се није огласио поводом судова и судија, чак и поводом неких појединачних одлука, поводом судијске неажурности, неспособности, корумпираности, благости у кажњавању, и при томе је свим судијама, или правосуђу у целини, претио и поделио лекције о томе како треба судити и какве казне изрицати“.<sup>1285</sup> Предмет расправе на овом месту неће представљати паушалне дневно-политичке изјаве, већ домаћа теорија, у којој је овај став прилично укорењен. Заправо, ако би се направила нека ретроспектива радова о казненој политици могло би се приметити да од 1951. године наовамо нема кривичног закона чију примену није пратила и поменута опаска о благости.<sup>1286</sup> Илузорно је детаљно их обрађивати, мада пажњу привлачи то што су неки од аутора покушали да објасне узроке ове појаве, наводећи низ фактора попут опште кризе репресије, неподударности у мерилима законодавца и суда, структуре криминалитета у нашој земљи, тамне бројке криминалитета, тренда хуманизације кривичног права и слично.<sup>1287</sup> Постоје и мишљења да законодавац циљано поставља казнене оквире тако да буду виши од реално потребних, полазећи од претпоставке да ће строгост прописаних казни деловати генерално-превентивно, мада не треба искључити ни казнени популизам, тј. прикупљање политичких поена удовољавањем репресивним

---

<sup>1284</sup> М. Милутиновић: *Криминална политика ...*, стр. 204-205, З. Стојановић: *Политика сузбијања криминалитета ...*, стр. 74-75. и Љ. Радуловић: *Криминална политика ...*, стр. 138-141.

<sup>1285</sup> Ј. Ђирић, Ђ. Ђорђевић, Р. Сепи: *op. cit.*, стр. 22.

<sup>1286</sup> Видети, на пример, Б. Златарић: *О неким питањима казнене политике*, Приручник, бр. 3, 1958. године, стр. 271, М. Рукавина, Б. Краус, Н. Коленц: *Актуелни проблеми криминалне политике*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 2-4, 1958. године, стр. 315, Љ. Бавцон: *Неколико примедба у вези са применом кривичних санкција у пракси наших судова*, ЈРККП, бр. 2, 1966. године, стр. 222, Д. Морачић: *Казнена политика на подручју СР Србије*, ЈРККП, бр. 3, 1973. године, стр. 498, Д. Атанацковић: *Казнена политика судова у СФРЈ*, ЈРККП, бр. 2-3, 1978. године, Љ. Лазаревић: *Југословенска криминална политика у области репресије*, ЈРККП, бр. 1-2, 1986. године, стр. 31. и др.

<sup>1287</sup> Д. Атанацковић: *Казнена политика судова у СФРЈ ...*, стр. 93-95.

захтевима јавности.<sup>1288</sup> Да је хипотеза о превентивном дејству строгих казни погрешна приметио је још Бекарија, истичући да извесност казне производи много јаче психичко инхибиторно дејство.<sup>1289</sup> Ако је, пак, законодавац имао идеју да строгим казнама „дисциплинује“ судове и коригује њихову традиционалну благост, очито је изабрао погрешан метод. О томе сведоче и неки примери из компаративног права. Немачки КЗ саджи строже казне него аустријски, што би могло да наведе на претпоставку и да је судска казнена политика у Немачкој строжа, али се погледом на структуру изречених казни види да је ситуација управо супротна.<sup>1290</sup> То значи да су у заблуди они који сматрају да ће поштравањем законске репресије нужно изазвати и заштравање судске казнене политике. Такође, примећено је да наш законодавац нехотице генерише поменути тип неусаглашености и претераним ширењем кажњиве зоне кроз увођење нових кривичних дела чија је оправданост спорна, приморавајући тако суд да компромис између легалитета и легитимитета тражи у одмеравању благих казни.<sup>1291</sup>

Новији радови, такође, констатују постојање неусклађености између прописаних и одмераних казни, а као илустрација може послужити истраживање које су спровели Ћирић, Ђорђевић и Сепи. Истраживачи су анализирали узорак од 370 пресуда за убиство, силовање, тешку крађу, тешко дело против безбедности јавног саобраћаја и злоупотребу службене дужности, из једанаест окружних судова (Крушевац, Суботица, Сомбор, Сремска Митровица, Шабац, Врање, Нови Сад, Ниш, Чачак, Јагодина, Крагујевац).<sup>1292</sup> Очигледно је да су се определили за проучавање реакције на тзв. класични криминалитет, при чему су бирали углавном основна дела из различитих група. Избор је пао на судове са различитих подручја, те је и географском дистрибуцијом створен предуслов за добијење валидних закључака о општем стању у овој области. Кратка рекапитулација резултата говори да је, статистички гледано, просек казни које судови изричу доста нижи од онога што закон прописује. За сва дела је изрицана казна око минимума или много ближе

---

<sup>1288</sup> З. Стојановић: *Казнена политика – раскол између закона и његове примене*, зборник *Казнена политика судова – раскол између закона и његове примене*, Источно Сарајево, 2012. године, стр. 10.

<sup>1289</sup> С. Вессагиа: *op. cit.*, стр. 102.

<sup>1290</sup> З. Стојановић: *Казнена политика – раскол између закона и његове примене ...*, стр. 14.

<sup>1291</sup> З. Стојановић: *op. cit.*, стр. 20.

<sup>1292</sup> Ј. Ћирић, Ђ. Ђорђевић, Р. Сепи: *op. cit.*, стр. 31. и надаље.

минимуму него максимуму казне, уз често присутну условну осуду, тамо где је таква замена законски могућа.<sup>1293</sup> Укратко речено, и на примеру овог истраживања је показано да судови не употребљавају читав казнени распон и могућности које он пружа, јер се више крећу у његовој доњој половини. Стојановић истиче да је искоришћеност распона још мања, како се казне бирају из његове доње трећине.<sup>1294</sup> Иначе, то није некакав спецификум одмеравања казне пред домаћим судовима, јер је слична тенденција забележена и у правосуђу других земаља.<sup>1295</sup>

Међутим, методолошки посматрано, упорном вишедеценијском понављању оцене да је судска казнена политика блага, може се приписати неколико недостатака. Прво, многе такве тврдње се заснивају на простој компарацији општих статистичких података и прописаних казни. Ако статистика показује да постоји висока заступљеност алтернатива казни или казни које се налазе близу посебног минимума, аутоматски се доноси закључак о благости судова. Рецимо, површан поглед на статистичке податке за период од 2007. до 2011. године показује да је условна осуда најчесталија кривична санкција, која се по правилу изриче у више од половине пресуђених случајева.<sup>1296</sup> Међутим, то није довољно да би се судској казненој политици „пришила етикета“ блага. У праву су аутори који упозоравају на проблематичност овакве логике, јер се њоме недопустиво упрошћава проблем евалуације судског рада у домену кажњавања.<sup>1297</sup> Мањкавост потиче отуда што се вредносни суд благост-строгост може донети тек ако се зна какав је криминалитет на који је одговорено том казненом политиком. О врсти, структури, тежини криминалитета обично се не води рачуна, све то остаје

<sup>1293</sup> Ј. Ђирић, Ђ. Ђорђевић, Р. Сепи: *op. cit.*, стр. 168.

<sup>1294</sup> З. Стојановић: *Казнена политика – раскол између закона и његове примене ...*, стр. 9.

<sup>1295</sup> Рецимо, у Хрватској, Словенији, Македонији, Немачкој. Више о томе у Ж. Хорватић: *Проблем односа у закону прописане и у судским пресудама примењене казненоправне репресије према починитељима казних дјела ...*, стр. 382, В. Јакулин: *Казнена политика у Словенији (раскорак између очекивања и стварности)*, зборник Казнена политика судова – раскол између закона и његове примене, Источно Сарајево, 2012. године, стр. 129, Љ. Арнауодовски: *Феноменолошке карактеристике криминалитета у Републици Македонији у периоду транзиције*, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, III део (уредник Ђ. Игњатовић), 2009. године, стр. 331. и З. Стојановић: *Казнена политика – раскол између закона и његове примене ...*, стр. 11.

<sup>1296</sup> Прецизније на условну осуду отпада 21.702 или 56,1% осуђених (за 2007. годину), 24.131 или 57,3% (за 2008. годину), 23.382 или 57,2% (за 2009. годину), 12.833 или 59,2% (за 2010. годину) и 18.113 или 58,8% (за 2011. годину). *Саопштење Републичког завода за статистику, бр. 203, год. LXII*, од 19.07.2012. године, преузето са [www.stat.gov.rs](http://www.stat.gov.rs), приступ 19.08.2012. године.

<sup>1297</sup> З. Стојановић: *Политика сузбијања криминалитета ...*, стр. 75.

непозната величина, а онда је и сваки закључак нужно доведен под знак питања. Укратко, поменуте тврдње су само на први поглед оправдане и прихватљиве, а свако дубље промишљање указује на то да садрже методолошки недостатак у погрешном избору тзв. референтног система. Друго, још је горе поћи од изабраних случајева из судске праксе, са недовољно утемељеном претпоставком да су типични и уобичајни, када се зна колико је знања и напора потребно да се из масе појава издвоји оно што се у статистици назива репрезентативним узорком. Дакле, само темељна истраживања бројних случајева из праксе, а затим и проналажење извесних законитости у редовном одмеравању казне могу дати правилније и истинитије резултате, који говоре о карактеристикама избора врсте и мере казне од стране судова.

Из става о благодати изводи се и закључак о неусаглашености законске и судске казнене политике, што се оцењује као веома лоша појава. Тако је код нас постала ноторна чињеница да постоји велика диспропорција између прописаних и изречених казни или, да се послужимо речима једног нашег теоретичара – *„осетна провалија између система и хијерархијске вредности какве прокламује законодавац и оних које примењује пракса“*.<sup>1298</sup> Међутим, оно што је у овом ставу погрешно јесте што полази од претпоставке омнипотентности и непогрешивости законодавца, који је правилно поставио казне, а да је суд, незнано зашто, од тога одступио, одмеривши казну близу посебног минимума или чак бирајући други, блажи оквир казне. Такве констатације могу се чинити уверљивим, јер се аргумендују презентирањем само одредби посебног дела кривичног закона, а при томе се потпуно занемарују не само тежина дела на која се реагује, него и законски садржаји из општег дела, посебно они који се тичу избора врсте и мере казне. Дакле, приликом оцењивања судске казнене политике не само да се греша при избору материјала који представља њен показатељ, него и при избору материјала који репрезентује законску казнену политику. Законска казнена политика се поистовећује само са казном прописаном у посебном делу, а заборавља се на све оно што је прописано о одмеравању у општем (укључујући и одредбе о

---

<sup>1298</sup> Љ. Бавцон: *Неколико примедба у вези са применом кривичних санкција у пракси наших судова* ..., стр. 222.

ублажавању казне, ослобођењу од казне итд.), као да та правила не чине јединствену казнену политику тог истог законодавца! Законска правила о одмеравању су у савременим законима по природи флексибилна да стављају на располагање бројне варијанте судовима, указујући им велико и неопходно поверење. Уз постојање тако широких овлашћења није уопште тешко доћи до различитих резултата одмеравања, а да сви још увек буду законити. Не би требало заборавити да корен тзв. неусаглашености некада може настати и отуда што однос законске и казнене политике одређује и временска димензија. Прописивање казни, као процена апстрактне опасности дела, се дешава у једном временском тренутку, у одређеним друштвеним околностима, док се судска процена реализоване (конкретне) димензије дела, дешава можда годинама или чак деценијама од времена доношења закона, другим речима, можда у промењеном социјалном миљеу. У том смислу нормирање широких казних оквира и флексибилних могућности одмеравања представља и покушај разрешења овог аспекта противречности. Ако закон пледира да буде релативно стабилан и трајан он мора да рачуна на осцилације и мора да их укалкулише у своја решења. Према томе, било која анализа изречених казни или расправа о казненој политици, која се темељи само на упоређивању прописаних и изречених казни, не узимајући у обзир све релевантне норме целокупног система кривичног права ни карактеристике криминалитета на који се реагује, не може бити корисна ни законодавној ни судској власти, као ни правној науци, штавише, може само нанети озбиљне штетне последице.

На крају, могло би се поставити питање има ли излаза из констатованог несклада између законске и судске казнене политике. Показано је да су неки до сада примењивани методи потпуно неделотворни, а пре свега интервенисање построжавањем законских казних оквира. Отуда је логичније покушати нешто друго, рецимо, сужавање казних оквира, евентуално „разлагање“ инкриминација на основи, привилеговани и квалификовани облик, како би се казне у самом закону боље диференцирале и спецификовале, преиспитивање оправданости постојања појединих инкриминација, а посебно оних из споредног законодавства.



Други аспект вредновања судске казнене политике и редовног одмеравања као њеног саставног дела односи се на питање (не)уједначености. Код нас оно не привлачи велику пажњу, док се у англосаксонској литератури радови о одмеравању углавном баве овом темом, из разлога о којима је раније било речи у оквиру излагања о компаративном праву. Посматрано са нормативног аспекта, јасно је да наше право не садржи много механизма за уједначавање. Наш систем редовног одмеравања је веома флексибилно постављен, почевши од тога да су релевантне околности високог степена апстрактности, да нису унапред вредноване, до широких казних оквира у посебном делу. Слаба везаност правом отвара приличан простор за појаву диспаритета. Емпиријских истраживања на ову тему готово и да нема. Једно новије (Ћирић, Ђорђевић, Сепи) дотакло је и овај сегмент, полазећи од радне хипотезе да је наша казнена политика уједначена, јер нека ранија искуства (како тврде поменути аутори) показују да судови своје одлуке у знатној мери заснивају на ставовима, мишљењима и препорукама Врховног суда, који остварује утицај на тумачење и примену права.<sup>1299</sup> Емпиријски резултати су оповргли почетну претпоставку, како је утврђено да су судови различито узимали поједине околности приликом одмеравања казне. Различит третман је имао ранији живот, који је у просеку представљао олакшавајућу околност у 35,9% случајева.<sup>1300</sup> Али, док је суд у Суботици на описани начин вредновао овај фактор у чак 61,9% случајева, у Сомбору је на „њен рачун“ казна умањена у свега 6,9% предмета, као што је и пред осталим судовима тај постотак варирао (у Јагодини у 58,6%, у Београду у 55,5%, у Крагујевцу у 23,3%, у Сремској Митровици у 26,9%).<sup>1301</sup> Неусаглашеност је утврђена и код држања учиниоца после учињеног дела, која је у просеку третирана као олакшавајућа у 37,6% узорка, највише у Крушевцу 62%, а најмање у Сомбору 13,8%.<sup>1302</sup> Значајне разлике су констатоване и у заступљености личних прилика, које су узимане за олакшавајуће у просеку од 59,25%, у чему је предњачио суд у Јагодини (89,6%), док се на зачељу налази суд у Сремској

---

<sup>1299</sup> Ј. Ћирић, Ђ. Ђорђевић, Р. Сепи: *op. cit.*, стр. 36.

<sup>1300</sup> *Op. cit.*, стр. 65.

<sup>1301</sup> *Op. cit.*, стр. 65.

<sup>1302</sup> *Loc. cit.*

Митровици (42,3%).<sup>1303</sup> Нема подударности ни у дистрибуцији отежавајућих околности. Судови у Нишу и Сомбору су у чак 83,33% случаја пронашли отежавајуће околности, док је суд у Новом Саду то чинио само у 33,33%.<sup>1304</sup> Аутори се нису изјашњавали детаљније о осталим околностима, али су зато дали табелу са приказом врсте и висине изречених казни, које показују да су велики судови (Београд, Ниш и Нови Сад) строжи од мањих, тј. да су чешће изрицали безусловне казне затвора од осталих.<sup>1305</sup> Истовремено, примећено је и да су поједини судови изрицали и дупло више казне од просечне, а такве неподударности, по мишљењу аутора, у великој мери негирају полазну хипотезу да је политика уједначена. Па ипак, уз закључак о драстичним разликама, које отварају простор да положај грађана пред судом није једнак, аутори сматрају утешним то што нису регионалне природе, дакле, што нису базиране на етничком, конфесионалном, или неком другом сличном дискриминаторском принципу.<sup>1306</sup> Напротив, показало се да су некада разлике између два географски блиска суда веће него између два удаљена. Из тога су извукли закључак да је за то како ће неко проћи пред судом битније који му судија суди, него неке опште социјалне, економске, политичке карактеристике подручја где се суђење одвија.

Аутори нису предложили решење за ублажавање неуједначености. Ако се проблем посматра у светлу раније поменуте Препоруке Комитета министара о конзистентности у одмеравању казне, види се да има још простора за интервенције и примену предложених решења, попут одређивања хијерархије међу циљевима кажњавања, увођења посебних циљева за одређене категорије учинилаца, што је код нас примењено само у односу на малолетнике, али не и на правна лица, сужавање непотребно растегнутих казних оквира и слично. Са друге стране, модели какве познаје компаративно право, поготову примери обавезних детаљних упутстава у неким англосаксонским земљама, не одговарају нашој правној традицији и изгледају као неприхватљиво претеривање. Међутим, различити облици едукације и даљег усавршавања судија, семинари, стручна саветовања,

---

<sup>1303</sup> Ј. Ђирић, Ђ. Ђорђевић, Р. Сепи: *op. cit.*, стр. 65.

<sup>1304</sup> *Op. cit.*, стр. 71.

<sup>1305</sup> *Op. cit.*, стр. 67. и 68.

<sup>1306</sup> *Op. cit.*, стр. 171. и 172.

размене мишљења о питањима редовног одмеравања казне могу бити од користи. Неки другачији пут у виду наметања готових формула и решења био би у директној супротности са начелом независности судова и судија. Колико год да је лоша неуједначеност, лоше је и вештачко и изнуђено уједначавање.

## 2. Повратни утицај стопе криминалитета на казнену политику судова

Потпуно неоправдано, испитивање повратног утицаја стопе криминалитета на казнену политику судова није изазвало неко посебно интересовање у домаћој теорији. Углавном се ради о малобројним и штурим констатацијама да суд, приликом одмеравања казне, води рачуна о општим тенденцијама у кретању криминалитета, при чему се без изузетка мисли на пораст стопе. Поједини теоретичари наводе и примере пресуда у којима је ова околност разматрана приликом одмеравања казне, на основу којих се стиче утисак да домаћи судови заузимају контрадикторне ставове. Тако један од аутора издваја тврдњу да *„учесталост појаве кривичних дела представља чињеницу значајну за одмеравање казне учиниоцима тих дела у сваком конкретном случају“*.<sup>1307</sup> Други опет проналази илустрацију за дијаметрално различит приступ, по којем ова околност не може бити релевантна, јер је неоправдано да на обликовање казне утичу чињенице *„толико одвојене од конкретног кривичног дела и учиниоца“*.<sup>1308</sup> Све ово можда и не би било у толикој мери збуњујуће и неприхватљиво да се не ради о истом суду, који уз то има мисију да уједначава судску праксу. Такође, неки од теоретичара упозоравају да је кретање криминалитета нека врста латентне околности; иако се у огромној већини случајева уопште не наводи и не образлаже у оквиру одлуке о казни, она је у процесу њеног доношења увек присутна у свести судије.<sup>1309</sup> То што експлицитно није поменута још увек не значи да није утицала на формирање казне,

---

<sup>1307</sup> Пресуда Врховног суда Србије, Кж 115/83 од 27. марта 1983. године, наведено према Д. Јовашевић: *Значај олакшавајућих и отежавајућих околности при одмеравању казне у кривичном праву*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. XLIII, 2003. године, стр. 200.

<sup>1308</sup> Пресуда Врховног суда Србије, Јб. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика ...*, стр. 260.

<sup>1309</sup> М. Ђорђевић: *Пораст броја кривичних дела као околност при одмеравању казне*, ЈРККП, бр. 2, 1971. године, стр. 302.

пре би се могло рећи да своје дејство није остварила видљиво и непосредно, него рефлектујући се на оцену осталих околности манифестно узетих у обзир. Другим речима, стопа криминалитета постаје призма кроз коју се посматрају и вреднују остале чињенице конкретног случаја, чиме им се придаје нова тежина какву саме по себи немају. Свесно или несвесно, судија тако „прецењује“ остале околности, јер им је „прикачио“ и отежавајући утицај пораста стопе криминалитета. Није ли ово одлична илустрација Пауелове, само на први поглед, конфузне мисли „*ако можете да размишљате о нечему што је везано за нешто друго, а да не размишљате о ствари за коју је то везано, тад размишљате на правнички начин*“!<sup>1310</sup> Кратак увод недвосмислено показује да се ради о интригантном проблему; теоријско занемаривање и амбивалентни став домаћих судова, учинили су га још занимљивијим за подробније проучавање. Његово сагледавање је конципирано у две теоријски моделоване ситуације, засноване на потупно супротним основним поставкама; док се у првој разматрају могуће реакције суда на пораст стопе криминалитета, у другој се предвиђају могуће релације између пада стопе криминалитета и казнене политике судова.

На почетку није експлицитно наглашено, али пораст стопе криминалитета може да подразумева различите ствари – учесталије вршење дела генерално, учесталије вршење одређене врсте или одређеног кривичног дела. Сигурно је много лакше изнаћи оправдање за урачунавање „спецификованог“ пораста, јер ту ипак постоји каква-таква конекција између дела за које се суди и дела обухваћених статистиком. Проблем укупне стопе криминалитета лежи у томе што се из њега не види стање појединих дела или типова криминалитета, како су се они „изгубили“ у маси односно тоталитету појаве. Ти међусобни односи општег и посебног, теоријски посматрано, могу бити изражени у различитим варијацијама. Тако се може десити да један тип криминалитета расте, а да укупна стопа стагнира; да један тип криминалитета не бележи пораст, за разлику од укупне стопе; да пораст датог типа криминалитета генерише пораст укупне стопе итд. Дакле, неподударност у промени обима криминалитета уопште и неког његовог посебног облика представља значајан разлог против евентуалног уважавања укупне стопе.

---

<sup>1310</sup> Цитирано према Л. Л. Фулер: *Моралност права*, Београд, 2001. године, стр. 18.

Он није једини, јер је хетерогеност кривичних дела толика да извесна, сем оних најапстрактнијих, и немају неких додирних тачака. То и спречава да се учесталије вршење једног рефлектује на кажњавање другог дела. Потпуно је апсурдно повисити казну учиниоцу увреде, јер су саобраћајна дела или дела против привреде у порасту! Када се из осталих различитости кривичних дела екстрахује и изоловано посматра различитост у тежини, онда би се као посебно проблематичан могао оценити захтев да се пораст тешких дела укалкулише у казну лаких (багателних), мада ни за супротно нема оправдања.

У етиолошком смислу, учестало вршење одређеног кривичног дела или одређене врсте кривичних дела може бити последица различитих фактора, из чега се да претпоставити да и реакција на ову појаву неће увек бити иста. Теоријски посматрано, то може бити сигнал да законска казнена политика није адекватно постављена, те би је требало преиспитати и прописати строжије казне, које би имале капацитет да делују превентивно на потенцијалне учиниоце. Ово ће обично бити солуција када уз фреквентно вршење постоји и широка географска дистрибуција одређеног кривичног дела. Све то оправдава системско деловање законодавца. Са друге стране, могуће је да пораст броја дела није изражен ни у таквом обиму ни на читавој територији државе, већ има само неку „локалну“ димензију. Измене закона, очигледно, овде не представљају право решење, јер је чињеница да он још увек и углавном „функционише“. Да не помињемо штете од пречестих измена кривичног закона, небројено пута истицане у домаћој теорији.<sup>1311</sup> Али, ако се искључи редефинисање законских казних оквира, онда се тиме отвара потрага за неком другом алтернативом. Ђорђевић, један од ретких аутора који се бавио овим питањем, сматра да се у описаном фактичком стању налазе јаки и убедљиви аргументи да се на пораст броја кривичних дела одговори модификовањем очигледно неадекватне судске казнене политике, тако што би се ова околност узимала у обзир као отежавајућа приликом одмеравања казне.<sup>1312</sup> Регистровање тренда само на подручју једног или неколико судова је, у сваком

<sup>1311</sup> Видети, на пример, З. Стојановић: *Кривичноправни експанзионизам и кривично законодавство Републике Србије*, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, IV део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2010. године, стр. 34. и надаље.

<sup>1312</sup> М. Ђорђевић: *Пораст броја кривичних дела као околност при одмеравању казне ...*, стр. 300.

случају, премало за покретање сложене законодавне машинерије, али је опет прилично јасан показатељ за конкретан суд (или судове) да одређено дело треба строже кажњавати. Уосталом, законски оквири су обично тако широко и постављени да би могли да апсорбују хетерогене комбинације околности у вези са истим делом; тек када еластичност није у стању да обухвати чињенице регистроване у току примене закона, тек када оне добију такав значај и обим постаје неопходно мењати сам закон. Наравно, готово да и не треба помињати сву деликатност процене када постаје оправдано укалкулисати пораст у висину казне. Где се налази та граница изнад које се више не може толерисати без интервенције у виду строжег кажњавања?

Није неумесно ни поставити питање како заправо настаје судијско уверење да је поједини тип криминалитета у порасту. Да ли се он формира на упоредним статистичким анализама или се једноставно ради о не тако валидној представи, насталој услед тога што судији учесталије „запада“ да ради на баш на одређеној врсти предмета? Закључци засновани на статистици су свакако поузданији; супротна ситуација је много проблематичнија, јер индивидуално искуство судије уопште не мора да репрезентује право стање ствари. То што се пред неким судијом појављује већи број истих или истоврсних дела, више говори о расподели предмета, а скоро ништа о реалним кретањима и не пружа ваљану логичку основу за закључак о повећаном вршењу дела. Ако се у целу причу уведе и фактор варљивости човекове меморије, цела прича добија још алармантнију ноту. Наиме, начин на који функционише човекова психа, упућује на то да ће се у памћење пре и снажније урезати случајеви са неком ванредном и упечатљивом околношћу у односу на оне честе, уобичајне или „млаке“. Како изузетност игра значајну улогу у нашем памћењу, може се десити да се мањем броју „вансеријских“ случајева несвесно да већа тежина него већем броју „серијских“. Све то може прилично деформисати процену о кретању криминалитета, иако судија уопште нема намеру да буде тенденциозан и необјективан.

На почетку је констатована већа поузданост статистичких података, али то не значи да је њихова употреба апсолутно прихватљива и лишена спорних момената. Прво, не треба заборавити да прикупљање и обрада сировог емпиријског

материјала тражи извесно време. Свако ко је за потребе својих истраживања консултовао званичне статистичке податке зна да се они публикују са „кашњењем“ од око годину дана, јер по природи ствари није могућа тренутна обрада. Отуда је и свако урачунавање статистичких података помало закаснела реакција, чија се адекватност може довести у питање посебно у друштвима са брзим и наглим променама. Тако се може десити да судија води рачуна о порасту стопе криминалитета као „еху из прошлости“ у ситуацији када, због дејства неких других чинилаца, вршење одређеног кривичног дела више није тако учестало, како би се могло помислити из статистике. Наравно, може се рећи да је годину дана премали период за такав нагли заокрет, али то опет није потпуно искључено. Друга мана статистике је то што она некада више говори о ефикасности рада државних органа него о реалном стању криминалитета. Из ње се недвосмислено види шта се у посматраном периоду дешавало у области гоњења, оптужења и кажњавања, али то не мора нужно да даје и праву слику о криминалитету. Разлози за „фокусирање“ државног апарата на одређени тип криминалитета не морају бити само у његовом порасту. Напротив, различити друштвено-политички фактори могу диктирати придавање важности и приоритета у сузбијању појединих дела. Некада и само друштво постаје сензибилније на одређени вид преступништва, те се услед притиска јавности почиње пажљивије приступати реакцији на исти. Актуелни су домаћи примери попут насиља у породици, сексуалног злостављања малолетника, дечије порнографије, трговине људима; велико је питање да ли су ове појаве сада реално чешће него раније или нам се само тако чини на основу случајева регистрованих у статистичким подацима, али и на основу претеране медијске „покривености“ појаве. Такође, није немогуће ни обрнуто, да државни органи из неког разлога занемарују своје дужности, што би опет искривило реалну слику, само овога пута кроз лажни пад стопе криминалитета.

Истраживање оправданости уважавања стопе криминалитета приликом редовног одмеравања казне, најпре би требало да обухвати, ако се иде логичким следом од општег ка посебном, посматрање ове околности у односу на сврху кажњавања. Увећавање казне на рачун учесталости вршења кривичних дела кореспондира са идејом одмазде и испаштања из апсолутних теорија, мада и

поједине релативне теорије добро „подносе“ ову околност. Могло би се рећи да негативна варијанта генералне превенције у виду застрашивања потенцијалних учинилаца, чак налаже строжије кажњавање, како би изречена казна служила за пример осталима. За позитивну варијанту би, у оквиру захтева за подржавањем и јачањем друштвених и моралних норми које служе као препрека вршењу кривичних дела, већ било дискутабилно да ли би могла да прихвати ову чињеницу. Када је специјална превенција у питању, раст криминалитета би се лако могао уклопити у њене облике, који истичу да се одвраћање од будућег вршења дела постиже застрашивањем или привременом елиминацијом из друштва, док је у односу на циљ ресоцијализације учиниоца, по неким мишљењима, потпуно индиферентна.<sup>1313</sup> Са друге стране, пораст стопе криминалитета је тешко помирити са неокласичарским концептом заслужене казне. Такав идејни склоп оправдава само казну сразмерну учињеном. У том смислу, заслужено представља нешто чисто индивидуално, нешто што нема никакве везе са другима, те су околности о којима се води рачуна искључиво тежина кривичног дела и криминална прошлост учиниоца, неопходна ради предикције будућег понашања. Уплив неких других фактора се сматра штетним, јер процес одмеравања одвлачи у смеру необјективности и неправедности. Слично је и са ресторативном правдом – иако инсистира на неформалним механизмима решавања конфликта, она не искључује постојање казне, која би у овом контексту требало да допринесе успостављању нарушених односа између преступника, жртве и других страна које су укључене у конфликт. У тако постављеном захтеву балансирања интереса свих заинтересованих страна, тешко да би се могло наћи места за уважавање поменуте околности. Међутим, читав овај проблем нема само правно-филозофску него и позитивноправну димензију у свим оним законодавствима која међу смерницама одмеравања садрже сврху кажњавања. У том смислу, можемо се запитати да ли се у самом Кривичном законнику може пронаћи ослонац за прилагођавање казне с обзиром на број извршених кривичних дела на одређеном подручју. Да ли ова околност кореспондира са прокламованом сврхом кажњавања, као општим руководним принципом сваког избора казне (чл. 42. КЗ-а)? Она је у нашем праву,

---

<sup>1313</sup> М. Ђорђевић: *Пораст броја кривичних дела као околност при одмеравању казне ...*, стр. 301.



како је већ наведено, састављена од неколико пројектованих циљева: спречавања учиниоца да чини кривична дела и утицања на њега да убудуће не врши кривична дела, утицаја на друге да не чине кривична дела, изражавања друштвене осуде за кривично дело, јачања морала и обавезе поштовања закона. Очигледно је да постоје сегменти за које би се евентуално могла „закачити“ строжа казна у случају пораста криминалитета попут, на пример, спречавања учиниоца.

Надаље, неопходно је установити и да ли прописана листа олакшавајућих и отежавајућих околности оставља простор за уважавање пораста броја кривичних дела. Кривични законик није дао нека детаљно разрађена правила, него је само уопштено указао на најтипичније околности које треба имати у виду. Оне нису дате лимитативно, већ уз назнаку да је суд дужан да узме у обзир све околности које утичу да казна буде већа или мања. Тако је прва теоретска могућност правног супсумирања кретања криминалитета идентификована у општем овлашћењу суда да узме у обзир све релевантне околности. Али, уколико се кретање криминалитета посматра у склопу експлицитно набројаних околности, онда се увиђа и друга алтернатива у тзв. околностима под којима је дело учињено, што је и натерало поједине теоретичаре да закључе да је „не само допуштено, већ и обавезно“ узети у обзир пораст броја кривичних дела као отежавајућу околност.<sup>1314</sup>

Међутим, иако је могуће делимично позивање на сврху кажњавања, опште овлашћење суда да узме у обзир све околности које утичу да казна буде већа или мања, односно околности под којима је дело учињено, остаје неусаглашеност са основним принципима кривичног права. Један у низу приговора односи се на нарушавање принципа једнакости грађана.<sup>1315</sup> Повреда уставом гарантованог права на једнакост манифестовала би се двоструко. Прво, у случају да се допусти могућност утицаја стопе криминалитета на казну, као последица би се јавио различит третман учинилаца који су заслужили исте или приближно исте казне на основу свих околности случаја, само због тога што су им судили различити судови, са подручја више односно мање интензивне криминалне активности! Друго, неравноправност поред поменуте просторне има и временску димензију.

<sup>1314</sup> М. Ђорђевић: *Пораст броја кривичних дела као околност при одмеравању казне ...*, стр. 303.

<sup>1315</sup> Р. Мусић: *Може ли број кривичних дела на подручју неког суда да утиче на висину казни?*, Правни живот, бр. 1, 1962. године, стр. 37.

Једноставна логика каже да ће они учиниоци који су отворили серију повећаног вршења датог кривичног дела, имати повољнији положај у односу на остале. У тренутку када се њима одмерава казна суд не зна за будући скок стопе, а свака претпоставка да ће до тога доћи је крајње апроксимативна и дискутабилна, дакле, потпуно неподобна за уплив у процес одмеравања. Другим речима, сви којима је казна одмерена пре но што је дошло до повећања броја кривичних дела или прецизније до формирања свести код судије о том повећању, биће лакше кажњени од оних којима се за та иста или слична дела казна одмерава касније, када је таква свест сазрела и потпуно формирана. Ово би посебно било неоправдано ако су учиниоци с почетка серије дали негативан пример осталима, скривили и проузроковали криминалну заразу.

Описана ситуација само у основним контурама личи на ону када законодавац реагује поштравањем казне на пораст броја кривичних дела. Иако стоји да тада један третман имају они који су дело учинили за време важења старог, а други за време важења новог закона, не може се говорити о њиховој неравноправности. Чињеница је да законодавац има легитимно право да, уважавајући промене у друштвеној стварности, редефинише своју казнену политику. Исто тако стоји и чињеница да ако изменама прибегава пречесто и стихијски, без дубљих анализа, може да опструира остваривање једнакости и правне сигурности. Ако не постоји релативна стабилност кривичноправног система и ако се исто понашање кажњава час овако час онако, губе се претпоставке за суштинску равноправност грађана.

Пораст броја кривичних дела као отежавајућа околност задире и у неке друге принципе, пре свега у принцип кривице. Познато је да он обухвата две компоненте, од којих прва представља забрану одговорности за другог, док друга одговорност за сопствене поступке условљава постојањем кривице. Укратко, ово начело значи да је свако одговоран само за своје чињење или нечињење према којем има одговарајући психички однос, услед чега му се може упутити друштвено-етички прекор.<sup>1316</sup> Наше законодавство експлицитно садржи начело кривице, у правилу да се казна и мере упозорења могу изрећи само учиниоцу који

---

<sup>1316</sup> З. Стојановић: *Кривично право, Општи део ...*, стр. 24.

је крив за кривично дело (чл. 2. КЗ-а). Очигледно је да се пораст броја кривичних дела као отежавајућа околност никако не може уклопити у поменуте захтеве, јер подразумева управо супротну ствар, да се конкретном лицу ставља на терет и оно што он сам није учинио. И не само то, ако би суд некоме одмерио казну руководећи се и тиме да није једини, већ један од многих, то би значило да његова кривица постоји и увећава се услед постојања других дела за која он нити је знао, нити је био дужан или могао да зна! У неку руку, онај коме се одмерава казна постаје репрезент групе учинилаца истих или сличних дела и он „подноси жртву“ за све остале. Тако се симболички строжим кажњавањем појединца кажњава један флуидни колективитет сачињен од индивидуално неодређених лица, која су раније већ учинила исто или слично дело, као и за пример онима који ће то евентуално учинити у будућности. Није претерано рећи да би се допуштањем овакве могућности читаво кривично право вратило уназад, ка превазиђеном концепту колективне одговорности.<sup>1317</sup>

Неко би опет могао приговорити да савремена законодавства, иако принцип кривице признају као темељни, ипак садрже и извесна одступања. Тако институт одговорности за дела учињена путем штампе и других средстава јавног информисања сведочи о томе да се овај принцип некада повлачи пред одређеним криминално-политичким разлозима, којима се даје предност. Зашто би онда тако нешто било неприхватљиво и у описаној ситуацији? Једноставно услед тога што интристичну карактеристику сваког принципа чини управо универзалност важења, а изузеци, уколико их и има, морају бити сведени на минималну меру.

Један део домаће теорије би се супротставио урачунавању пораста броја кривичних дела и због тога што се на такав начин негира принцип индивидуализације казни. Појам индивидуализације већ у свом елементарном, чисто језичком смислу, означава прилагођавање или уподобљавање нечем конкретном. Та конкретност у овом (кривичноправном) контексту испољава се кроз индивидуалну одређеност дела и учиниоца. Узимање чињеница које не припадају индивидуалној датости једног или другог комплекса, представљало би евидентну логичку колизију са концептом индивидуализације.

---

<sup>1317</sup> Р. Мусић: *op. cit.*, стр. 37.

Поједини аутори су, проучавајући друштвене утицаје на казнену политику судова, у уважавању раста стопе криминалитета видели и веома негативне политичке импликације. Ако се би се судовима оставила могућност да своју реакцију моделују и према оваквим ширим друштвеним трендовима, онда би се отворио простор недопустивом нарушавању поделе власти. До тога долази јер би се суд понашао исто као и законодавац када преиспитује своју (законодавну) казнену политику, што се обично дешава када се из пораста броја кривичних дела закључи да је неефикасна. Ћирић у овоме види недопустиво узурпирање законодавне улоге, претварање суда у политичко оруђе, а судије у „друштвено-политичког радника, који разуме све појаве и друштвена кретања на подручју на којем делује“.<sup>1318</sup>

Надаље, пораст броја кривичних дела као отежавајућа околност може бити сагледавана и у односу са другим начелима. Ако се легитимност узме у најширем смислу, као убеђење грађана да је нешто оправдано, поставља се и питање какво би место наведена околност заузела на њиховој вредносној лествици. Уобичајно је да се јавности приписује репресивна оријентација, мада се више ради о општем месту и научно недовољно утемељеној тврдњи, веома погодној за политичке манипулације.<sup>1319</sup> Нека новија емпиријска истраживања, међутим, бацају ново светло на однос јавности према казненој политици судова. Тако је једна од студија, спроведена у 39 земаља са циљем да испита могућност увођења алтернативних некустодијалних санкција, показала да већина грађана сматра да им треба дати предност, чак и када су у питању тежа кривична дела учињена у поврату, као што је, опет супротно свим очекивањима, установила да ни виктимизација не утиче на то да се саме жртве залажу за повећање степена репресивности.<sup>1320</sup> Тешко је проценити ситуацију на домаћем терену, јер код нас одавно нису спровођена слична истраживања. У једном старијем и не тако обимном, из периода деведесетих (тачније од 1993. до 1997. године), дошло се до резултата да

---

<sup>1318</sup> J. Ћирић: *Друштвени утицаји на казнену политику судова*, Београд, 2001. године, стр. 143.

<sup>1319</sup> Овакво запажање је изнето и у З. Стојановић: *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције*, зборник Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције, Златибор, 2009. године, стр. 21.

<sup>1320</sup> J. van Kesteren: *Public Attitudes and Sentencing Policies Across the World*, *European Journal for Criminal Policy Research*, 2009. године, стр. 25-46.

„испитивани део јавног мњења није изразито репресивно оријентисан“.<sup>1321</sup>

Валидност почетног става о инсистирању јавности на репресивним реакцијама је очигледно доведена у питање, што у контексту редовног одмеравања генерише сумњу да би та иста јавност, одобрила увећавање казне поједницу само на основу чињенице да су и неки други учинили то исто или слично дело. Није искључено да би се такво „пребацавање“ одговорности доживело као елементарно неправедно и нехумано, дакле, неоправдано. Иако позивање на легитимност у примени кривичног права ствара извештан одијум, јер за њено одређивање не постоје неки прецизни критеријуми, она не сме бити ни потпуно занемарена, пошто би то негативно утицало на остваривање генерално-превентивних и васпитних циљева казне. Да би постигла овакве учинке, она мора бити доживљена као колико-толико праведна и тиме прихватљива за највећи део друштва.

Специфичан проблем пресуђивања према критеријуму броја кривичних дела, настаје када у јавности влада мишљење да постоји приличан број оних који су учинили дело, али нису откривени. Што су, по лаичкој процени, веће размере тамне бројке криминалитета, то би се и пресуђивање на описани начин чинило неправеднијим, пошто само неки „испаштају“. Да не спомињемо и то да степен неодобравања увећава и склоност лаичке јавности да одговорност за пропусте у вођењу читаве политике контроле криминалитета „свали“ на суд, иако је он само један од њених носилаца, само једна од карика у ланцу овог сложеног процеса. Тако у крајњем, строже кажњавање на основу пораста стопе криминалитета може бити схваћено као неоправдано фаворизовање једних и дискриминисање других, нарочито ако се ради о друштву са израженим тензијама, без обзира на њихов извор (економски, верски, расни и сл). Оно ће бити дефинитивно контрапродуктивно, јер је генерална превенција управљена према тој и таквој јавности, која не доживљава као правду када неко одговара за другога и када је строже кажњен због других.

Противаргумент третирања пораста броја кривичних дела као отежавајуће околности може се логички извести и из начела сразмерности. Оно представља границу заштитној функцији, одређујући да казна мора бити сразмерна учињеном

---

<sup>1321</sup> Н. Мрвић-Петровић, Ђ. Ђорђевић: *Моћ и немоћ казне*, Београд, 1998. године, стр. 26. и надаље.

делу и степену кривице учиниоца. Како се пораст броја кривичних дела не може логички подвести ни под једну од ове две компоненте, неприхватљиво је да се појави приликом одмеравања казне.

За разлику од до сада разматране ситуације, некада се дешава да пораст броја кривичних дела добије масовне, слободно речено „епидемијске“ размере. Овај гранични случај је специфичан и требало би га посебно и размотрити. Заправо, тако учестало вршење кривичних дела може да настане у потпуно супротним ситуацијама, због чега ни претпостављена реакција суда не би била иста. Прва је везана за постојање анахроних закона. Промене у друштвеној стварности могу довести до тога да је неку инкриминацију потпуно „прегазило време“, те је извесно понашање, иако је и даље формално кривично дело изгубило своју некадашњу друштвену и материјалну суштину и више није опасно. Пречесте промене кривичног законодавства код нас можда овакав пример чине нереалним и тешко замисливим, али је чињеница да постоје и земље са веома старим изворима. Велико је питање да ли би строже кажњавање овде било исправна солуција, пре би се могло рећи да би створило читав спектар негативних последица. Најпре, свака масовност изазива, да их тако назовемо, извесне техничке проблеме, како је вероватно да капацитети државног апарата неће бити у стању да „апсорбују“ све деликте. Кажњавање само једног дела учинилаца у таквој ситуацији недвосмислено оставља негативан утисак, независно од тога да ли се јавља у виду осећаја јавности да се процесуирање и кажњавање спроводе некако стихијски и произвољно, само према онима који су несрећним сплетом околности ухваћени, или у виду става да се у вршењу својих овлашћења државни органи намерно понашају селективно и дискриминаторски. Тешко је проценити шта је горе, али је сигурно да би кажњавање само неких, а посебно строже кажњавање због масовности дела, саботирало остваривање генералне превенције. Нарочито је тешко у оваквој атмосфери очекивати васпитни утицај на моралну свест грађана, управо због формираног мишљења да се ради по „двоструком аршину“. За судије је све ово додатна психичка пресија, оптерећивање размишљањем да ли је морално и праведно кажњавати само појединачне из постојеће масе случајева односно како кажњавати инкриминације које су у новим околностима постале неадекватне и

неживотне. Распети између строгог поштовања начела легалитета и захтева проистеклих из легитимитета, судије ове конфликте могу разрешити тако што ће ублажити своју казнену политику. Ако већ морају поступати по закону и осудити све ухваћене учиниоце, онда би негодовање јавности могли да „смекшају“ учесталијом применом одредаба о ублажавању казне, односно знатнијим умањивањем казне путем преувеличавања постојећих олакшавајућих околности. Већ је раније било речи о томе да су поједини фактори изузетно погодни за ову употребу, попут података из комплекса ранијег живота или личних прилика. Нарочито је пријемчиво непостојање раније осуде, како је овај податак лако доступан, суд га увек може извући и, ако је то потребно, приписати му већи значај но што га реално има, а исти капацитет имају и постојање брака, малолетне деце или образовање учиниоца. Све је то, међутим, много далеко од решавања проблема, а комплексност ове ситуације постаје јаснија када се развију даљи потенцијални ефекти описане фактичке депенализације. Наиме, поменуто „самарићанска“ казнена политика судова ће само продубити постојећи проблем уместо да га решава, и то чак на два колосека. Први је негативан утицај на саме грађане, јер благо кажњавање деградира норму, ниским казнама шаље поруку да она и није богзнакако битна, чиме се замагљује свест о противправности и моралној недопустивости преступништва уопште. Нажалост, негативне последице се не заустављају на овоме. Ублажена казнена политика доприноси урушавању система, јер даје сигнал осталим државним органима да је њихов посао јалов и узалудан. Полиција и тужилаштво могу бити деморалисани и демотивисани благим кажњавањем, пошто се незнатним казнама некако анулирају њихови напори. Шта ако ношени оваквим осећајем престану да буду толико ажурни у откривању и гоњењу кривичних дела, тј. намерно недовољно ефикасни у обављању поверених послова? Процена да се преданост и професионалност „не исплате“, јер судови благим казнама поништавају резултате њиховог рада, сигурно има разорно дејство, довољан капацитет да системски генерише још веће размере криминалитета, чиме се и даље вртимо у зачараном кругу. Све поменуто важи и за погрешну оцену одређеног понашања, које ни приликом инкриминисања није било друштвено опасно.

Решавање масовности кршења појединих норми, потекле од њихове застарелости, превазиђености и неадекватности не би смело дуго да се препушта судовима. Раскорак између друштвене стварности и инкриминације представља општи основ за декриминализацију,<sup>1322</sup> те је пожељно ангажовање законодавца. Много је боље брисати овакве норме, него их задржати уз извитоперену ублажену примену, јер то у крајњем нарушава ауторитет права као регулаторног система. Укратко, суд не сме бити замена за законодавца, управо због поменутих негативних консеквенци фактичке депенализације.

Друга ситуација настаје када се ради о неком новом кривичном делу, за које можда још увек није формирана довољно јака свест о забрањености. У нашој пракси је код више кривичних дела забележено масовно вршење, а пример који се обично наводи је издавање чека без покрића, чијој распрострањености је допринело више фактора, почевши од наглог увођења чекова, али без адекватне едукације, која би утицала на учвршћивање свести о недопуштености издавања без покрића и потреби пажљивог праћења стања на рачуну, мада не треба изгубити из вида ни суморне економске прилике, које многим грађанима нису оставиле избор, приморавши их да на овакав начин „крпе крај с крајем“.<sup>1323</sup> Слична тенденција је примећена и код различитих облика шпекулисања са девизама – готово да нема грађанина који у доба хиперинфлације није обављао девизне трансакције код уличних дилера, при чему није неосновано претпоставити да многи можда и нису били свесни да је то што раде илегално, посебно ако се ради о људима веома ниског образовног нивоа.<sup>1324</sup> Како се вези са поменутих делима пред судом се нашао приличан број људи, који иначе у себи немају ништа криминално, суд је практично био приморан да решење потражи у изрицању незнатних казни, до којих је долазио предимензионирањем значаја постојећих олакшавајућих околности. Међутим, ако се пође од тога да је једна од мисија суда да својим радом утиче на јачање правне и моралне свести грађана, онда би ваљда било логично управо супротно, да се код нових инкриминација не опредељује за безначајне казне. Није без основа ни захтев за строжим кажњавањем, за израженијом судом, тамо где се

---

<sup>1322</sup> З. Стојановић: *Политика сузбијања криминалитета ...*, стр. 64. и 65.

<sup>1323</sup> Ј. Ћирић: *Друштвени утицаји на казнену политику судова ...*, стр. 149.

<sup>1324</sup> Ј. Ћирић: *op. cit.*, стр. 152.



недопуштено понашање устаљује и третира као нешто сасвим нормално. У том смислу суд строжим кажњавањем може да иде за тиме да промовише нове вредности и култивише грађане који немају изграђену моралну свест о значају појединих добара. Наши судови су очито изабрали други пут. У неку руку они су „платили данак“ тога што владајуће структуре (из неспособности или недостатка воље) нису решавале политичке и економске проблеме, те су их тако довеле у незахвалну позицију да својом казненом политиком „купују социјални мир“ и то на штету ауторитета права, што је потпуно недопустиво. Иначе, наведени примери су данас помало изгубили на актуелности, али то не значи да се нису појавила нека друга у вези са чијим кажњавањем би судови могли да падну у исту замку, попут крађе електричне енергије, шумске крађе или уништавања заштићених биљних врста, прилично распрострањених у јужним крајевима земље.

Када се сумирају претходна излагања, јасно је да кључ решења описаних проблема лежи у рукама законодавца. Он не би требало да толерише застареле инкриминације нити би, са друге стране, требало да се у стваралачком заносу превише размахне и уводи нове инкриминације са спорним оправдањима и спорном перспективом. Увек када има основа за сумњу да норма неће „прорадити“ у пракси, да ће бити масовно кршена или да ће постојати крупни технички проблеми у њеној примени, од доношења треба одустати.<sup>1325</sup> Формално постојање без реалног поштовања изазива само негативне ефекте – ствара преоптерећеност и загушење у правосудном систему, доводи до тога да казна више није „брза“ што јој умањује опште превентивно дејство, води ка евентуалном запостављању тежих и опаснијих дела, на шта би теоретичари економске анализе права додали и нерационалност и неодрживост ангажовања прилично скупе правосудне машинерије ради пресуђивања багателних дела.

Друга моделована ситуација се односи на пад стопе криминалитета. Да ли би и како суд требало да реагује на овакву повратну информацију? Претпоставимо да пад говори о ефикасној друштвеној контроли криминалитета, мада заслуга за то логично не би требало да буде приписана само судовима. Статистика овде може бити сигнал да је систем као целина добро конципиран и да је у пракси делотворан,

---

<sup>1325</sup> З. Стојановић: *Политика сузбијања криминалитета ...*, стр. 85.

те да је и приступ редовном одмеравању казне исправан, што би требало да говори у прилог његовог даљег практиковања. Међутим, иако делује контрадикторно, раније је већ наглашено да статистички пад стопе криминалитета некада може бити показатељ неефикасности у откривању кривичних дела, а не реалног кретања криминалитета. Претпоставка да је тзв. тамна бројка висока је потпуно непогодна за урачунавање у казну, јер би то значило да се један кажњава и за незнане друге, са свим претходно описаним импликацијама. Недопустиво је да се мањкавости других сегмената система непримећују и нерешавају, а да се истовремено „лопта пребацује“ на судове од којих се затим очекује да кроз своју казнену политику надоместе све што су остали субјекти политике сузбијања криминалитета пропустили да учине. Судови нити могу да „испеглају“ слабости у раду других органа, нити је нормално да се тако нешто од њих тражи, посебно што би све то било на штету елементарне праведности према учиниоцима кривичних дела.

## Глава седма

### ВАНПРАВНИ АСПЕКТИ РЕДОВНОГ ОДМЕРАВАЊА КАЗНЕ ИЛИ МОГУЋНОСТИ РЕЛАТИВИЗОВАЊА ЗАКОНСКИХ ФАКТОРА РЕДОВНОГ ОДМЕРАВАЊА

Процес одмеравања казне је дуго сагледаван као искључиво правни феномен, као једна варијанта примене права. У том смислу одлука о казни представља суд донет по силогистичком моделу закључивања, супсумирањем околности случаја под правне норме. Његова законитост и правилност су загарантовани, ако постоји познавање права и примена правне логике. Тако се, практично, као једина варијабла која утиче на казну појављују релевантне чињенице о делу и учиниоцу, док се право узима као објективна датост или константа, а све остало као безначајно и тиме ван фокуса научног интересовања. Но, да ли описани херметични приступ одговара правом стању или представља веома лагодно поједностављивање? Уопштено посматрано, чини се да он занемарује две ствари – прво, чињеницу да се процес одвија у психи судије, чиме искрсава питање да ли и како његове индивидуалне карактеристике могу да га усмеравају и моделују, и друго, чињеницу да се све то не дешава у некаквом вакууму или интермундијама, него у друштву, што ствара дилему да ли и како друштвени фактори утичу на казнену политику судова. Из наведених разлога посебно поглавље је посвећено проучавању психичких и социјалних, једном речи, ванправних аспеката редовног одмеравања казне, како би се утврдио њихов капацитет да утичу на селекцију, да „пребоје“ и релативизују релевантне околности, које се појављују у конкретном случају.

Упливу ванправних фактора свакако „иде на руку“ физиономија већине савремених система редовног одмеравања казне. Када је листа релевантних околности отворена, када свака од њих може бити вреднована и олакшавајуће и

отежавајуће, када су казнени распони у посебном делу превише широки, отвара се значајан простор за њихово деловање. Судија је, наравно, везан начелом легалитета, али му сам закон флексибилним нормама омогућава да одмери казну у коју су делом уграђени и ванправни чиниоци. Једино су системи са апсолутно одређеним казнама осигурани од ове опасности, али су они услед беживотности и неправедности одавно напуштени. Минесота модел је, као што је раније приказано, свео на минимум ову појаву, али он представља изузетак, у већини земаља проблем ванправних фактора постоји управо стога што судија има право на дискрециону оцену, што није сведен на правног техничара који само механички примењује право.

## **1. Утицај различитих друштвених фактора на редовно одмеравање казне**

Основни проблем у проучавању утицаја друштвених фактора на редовно одмеравање казне представља њихова бројност и хетерогеност, тако да је најпре неопходно идентификовати оне који су у највећој мери подобни да каналишу овај процес или да, другим речима, битније утичу на евентуално „деформисање“ значаја и превредновање релевантних олакшавајућих и отежавајућих околности. Чини се оправданим да се на врху ове листе нађу схватање правде и морала у широј заједници, јавно мњење и извештавање од стране средстава јавног информисања, као и кретање криминалитета.<sup>1326</sup> Како је о стопи криминалитета већ било речи у претходном поглављу, пажња је усмерена на истраживање механизма и мере дејства преосталих чинилаца.

### **1.1. Утицај јавног мњења и средства јавног информисања**

Уплитање јавног мњења и средстава јавног информисања је на известан начин последица организације савременог кривичног поступка, који почива на

---

<sup>1326</sup> Ј. Ђирић: *Друштвени утицаји на казнену политику судова ...*, стр. 11.

начелу јавности главног претреса.<sup>1327</sup> Несумњиве су његове многе позитивне стране, мада се прва асоцијација, свакако, односи на заштиту права оптуженог, јер се ради о једном од института осмишљених у циљу спречавања незаконитог, несавесног, пристрасног и необјективног поступања уопште, па и у домену редовног одмеравања казне. Међутим, начело јавности не служи само учиниоцу него иде у корист и самим судовима, те се с правом може рећи да је оно мултифункционално. Погодности за судове се могу регистровати у неколико равни. Прво, изложеност и отвореност њиховог рада доприноси бољем схватању пресуда и осталих судских одлука, разумевању да су оне због одређених релевантних чињеница морале бити уобличене на дати, а не на неки други начин, одговарало то некоме или не. То надаље значи да се доступност одлука оцени и критичком разматрању шире јавности може посматрати и као елементарни предуслов за процену легитимности. Како би се другачије утврдило да ли постоји подржавање и оправдавање судског рада, ако не би били познато како се он одвија и какви су његови исходи. Такође, јавност има улогу да ослободи судове од мучног терета непрестаног сумњичења, какво би постојало да се рад одвија „иза затворених врата“, а тиме и непринципијелних критика упућених на њихов рачун. На извештајан начин јавност рада делује и превентивно, обесхрабрујуће и дестимулативно на многе који би радо прибегли некаквој пресији на суд, не би ли издејствовали жељену одлуку. Уосталом, и саме судије се од ургенција могу одбранити управо позивајући се на транспарентност поступка, на чињеницу да и други могу да виде и чују шта се и како ради.

У овом контексту су, међутим, много интересантније негативне реперкусије начела јавности, које се посебно манифестују уколико је случај медијски „покривен“. Сазнања криминалне етиологије упозоравају да средства масовних комуникација могу имати улогу макросоцијалних криминогених фактора, по теорији социјалног учења (Badura), теорији симболичне интеракције (Mead и Blumer) и теорији диферентних асоцијација (Sutherland и Kresy), што је посебно изражено када су малолетници у питању.<sup>1328</sup> То потврђују и емпиријска

<sup>1327</sup> М. Шкулић: *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2011. године, стр. 907.

<sup>1328</sup> С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић: *op. cit.*, стр. 384.

истраживања, тако да начин пласирања информација о кривичним делима и кривичном правосуђу, нарочито ако се износе детаљи у вези са начином извршења дела, ако се о учиниоцу говори са благонаклоношћу и симпатијама доприноси делинквентном понашању.<sup>1329</sup> Пласирање детаља може бити веома непогодно за жртву, а некада се због испитивања да ли је било и њеног доприноса може стећи утисак да се суди њој, јер је она подједнако крива или чак кривља од самог учиниоца. Став средине је за жртву вероватно битнији од садржаја судске пресуде, како она мора да живи и ради у том окружењу, што стигматизација и неоправдано осуђивање отежавају, а некада чине и психички несношљивим. На негативним искуствима такве жртве и остале се могу устезати да пријаве исто кривично дело, ако тиме ризикују да их обично конзервативна и патријархална средина жигоше и одбаци. Такође, у судској психологији је познато да пажња јавности и присуство новинара утичу двојачко на сведоке, у зависности од карактеристика личности, те ће код једног типа људи изазивати нервозу и страх, док ће код другог водити ка претеривањима, са циљем да се укаже на сопствени драгоцен допринос расветљењу случаја.<sup>1330</sup> Све то постаје израженије ако се ради о лицима која никада раније нису давала исказ пред судом нити су имала неког искуства са медијима, а да се претпоставити да већина сведока припада овој групи. Узбуђење, као и утисци стечени из ранијег извештавања о случају, могу утицати да сведок почне више да верује медијској слици, но ономе што је сам чуо и видео. Када се све сумира, наличје или нус-производ начела јавности могу бити потенцијални допринос у настанку делинквентног понашања, секундарна виктимизација жртве, пораст броја непријављених кривичних дела тј. тамне бројке криминалитета, и оно што је за изабрану тему најбитније прејудицирање и усмеравање судских одлука. Наравно, све ово може бити ублажено, услед постојања процесне могућности да се јавност искључи. Тако суд има овлашћење да од отварања заседања до завршетка главног претреса, по службеној дужности или на предлог странака, искључи јавност за цео главни претрес или за један његов део, ако то захтевају интереси чувања тајне,

---

<sup>1329</sup> Н. Ј. Schneider: *Massenmedien und Kriminalität – Криминалитет у масовним медијима* (превод Д. Димитријевић), ЈРККП, бр. 3, 1987. године, стр. 3.

<sup>1330</sup> М. Аћимовић: *Психологија злочина и суђења (Судска психологија)*, Београд, 1987. године, стр. 119.

чувања јавног реда, заштите морала, заштите интереса малолетника или заштите личног и породичног живота окривљеног или оштећеног.<sup>1331</sup> Раније су основи били другачије постављени, те је суд могао да искључи јавност ако сматра да је то неопходно, с обзиром на посебне околности, због којих би јавност могла да повреди интересе правде.<sup>1332</sup> Занимљиво је да је управо последњи основ могао да одигра кључну улогу у спречавању претераног уплива јавног мњења, али је он законским изменама „отпао“. Може се претпоставити да је одустајање било мотивисано флуидношћу критеријума „интереси правде“, која би могла да доведе до нарушавања овог значајног процесног начела и свих позитивних домета ради којих је и предвиђено.

Познато је да јавност у теорији кривичног процесног права има различита значења и да се овај појам превасходно разликује по свом обиму. Уобичајно се издвајају страначка и општа јавност; док прва подразумева присуство странака и других лица која, формално посматрано, немају својство странке, али имају низ права и дужности у кривичном поступку, општа означава могућност присуствовања суђењу било ког пунолетног лица, које не носи оружје или опасно оруђе.<sup>1333</sup> Очигледно је да јавност, у пуном смислу те речи, постоји само када суђење прати публика, сачињена од лица која могу, али не морају бити присутна, а не када су присутне само странке, за које је то процесна обавеза и основна претпоставка одржавања главног претреса. У контексту овог излагања појам јавности биће коришћен у горе наведеном значењу, који би се једном речи могао обухватити термином непосредне или физичке јавности, али и у једном ширем смислу као посредна или технички посредована јавност, до које долази давањем публициитета у средстима јавног информисања. Чињеница је да већину суђења не прати нико осим страна витално заинтересованих за дати случај. О маси суђења се не извештава у медијима, јер шира заједница за то нема неки конкретнији интерес, нити би јој упознавање са случајем било интригантно и занимљиво, да би им медији, у сталној јурњави за публиком и рејтингом, посветили своје драгоцене

---

<sup>1331</sup> Видети чл. 292. ЗКП-а.

<sup>1332</sup> Остали основи су били разлози заштите морала, заштите јавног поретка, заштите националне безбедности, заштите малолетника, и заштите приватног живота учесника у поступку.

<sup>1333</sup> М. Шкулић: *op. cit.*, стр. 914.

време или простор. Међутим, не треба занемарити ни деловање уже јавност. Неки наши истраживачи су показали да се и без медијске помпе, посебно када се ради о тешким делима са смртним исходом, на суд може вршити латентни психички притисак самом атмосфером која се ствара у судници. Када судија треба да одмери казну са сликом увцељених рођака у црнини, неретко уз уздахе, плач или клетве, сигурно је да ће то учинити под извесном тензијом, тако да одлука може бити и резултат једне општељудске, емпатичке реакције на емотивни набој и наелектрисану атмосферу из суднице, а не само трезвене и рационалне оцене релевантних олакшавајућих и отежавајућих околности, како се обично мисли.<sup>1334</sup> Иако је професионални судија, с обзиром на то да је „истрениран“ својим образовањем и професионалним искуством, можда отпорнији увек остају поротници, који су сигурно мање „имуни“, мање способни да се одупру и одоле оваквим утисцима. Наравно, остаје отворено питање њиховог реалног утицаја на процес редовног одмеравања. Формално посматрано, они јесу равноправни у одлучивању, али је у стварности ипак последња реч професионалног судије.

У радикалнијој варијанти јавност рада може судију изложити и директним и недвосмисленим претњама незадовољне стране, оштећеног или осуђеног, али и чланова њихових породица. Иако претње никада не треба узимати олако, јер представљају потенцијалну опасност по личност судије или по њему блиска лица, а тиме и по исправност његовог рада, јасно је да оне захтевају посебан опрез уколико се ради о средини која традиционално толерише или чак подстиче „узимање правде у своје руке“, односно, ако се суди припадницима из миљеа организованог криминала.<sup>1335</sup> Судија може остати анониман за ширу јавност, али је увек познат странкама, а оне су и најопасније због животне заинтересованости за исход поступка. На известан начин, судији је пружена заштита и одредбом о тајности већања и гласања, чији је *ratio* управо очување слободе одлучивања односно

---

<sup>1334</sup> С. Соковић: *Ванправни разлози који могу одредити суд да донесе смртну казну*, зборник *Смртна казна – вечита дилема* (правни, социолошки, психолошки и религијски аспекти), Херцег Нови, 1996. године, стр. 119.

<sup>1335</sup> Ј. Ћирић: *Друштвени утицаји на казнену политику судова ...*, стр. 205.



ономогућавање уплива других лица, какво би било интензивније да је дозвољено обелоданити став сваког судије понаособ.<sup>1336</sup>

Друга ситуација настаје када се око суђења „дигне медијска прашина“. Међутим, она се не може коментарисати на јединствен начин, јер постоје извесне варијације у медијском извештавању. Увид најшире јавности је могуће остварити на више начина, а један од њих је снимање и директан пренос главног претреса. Наше позитивно право се не изјашњава о овом питању, мада је раније било забрањено вршити филмска и друга снимања у судници, сем уколико то није одобрио председник Врховног суда.<sup>1337</sup> Са друге стране, постоје правни системи који снимање изричито забрањују, као што је случај са француским, иако се забрана односи само на судницу, али не и на ходнике и предворја.<sup>1338</sup> У САД је став према снимањима варирао. Од чувеног случаја отмице Линдбергове бебе била су забрањена снимања у судници, што је допуњено 1957. године, забраном телевизијских преноса.<sup>1339</sup> Штавише, као потврда тезе о утицају на судске одлуке може се навести и одлука Врховног суда у случају *Estes v. Texas*, у којој је закључено да телевизијска снимања ометају остваривање права на правично суђење, јер узнемиравају поротнике и негативно утичу на понашање сведока.<sup>1340</sup> Међутим, став о преносима је од случаја *Chandler v. Florida* делимично промењен, те је снимање дозвољено у око четрдесетак држава, често уз одређене рестрикције, на пример, да се не снима порота, иако федерално законодавство и даље гаји аверзију према овом типу отварања ка медијима.<sup>1341</sup> Занимљиво је да су поједина емпиријска истраживања у САД показала да преноси немају значајније негативне консеквенце.<sup>1342</sup> То опет не мора да значи да је са суђењем које се директно преноси „све у реду“ и да су донете одлуке ваљане. Историјски примери говоре да су неки од најмонтиранијих политичких процеса у СССР-у и неким другим

---

<sup>1336</sup> Записник о већању и гласању се затвара у посебан омот, а право на увид има само виши суд када одлучује о правном леку, који је дужан да га поново затвори и посебно назначи на омоту да је разгледао записник. Видети члан 181. ст. 4. ЗКП-а.

<sup>1337</sup> Члан 294. став 3. претходног ЗКП-а.

<sup>1338</sup> А. Дреџун: *Камере у судници*, Правни живот, бр. 12, 1998. године, стр. 271.

<sup>1339</sup> А. Дреџун: *op. cit.*, стр. 273.

<sup>1340</sup> *Op. cit.*, стр. 273.

<sup>1341</sup> *Op. cit.*, стр. 273.

<sup>1342</sup> *Op. cit.*, стр. 274. и надаље.

социјалистичким земљама крајем четрдесетих и почетком педесетих година прошлог века били преношени уживо путем радија.<sup>1343</sup> Дакле, контролна улога и стварна заштита од злоупотреба могу бити реализоване само ако постоје слободни медији, ако је практично изводљиво изнети другачије мишљење. Без тих предуслова контрола јавности је пука прокламација, звучна флоскула без реалне садржине.

Генерално посматрано, много учесталији облик упознавања јавности постоји када се информације из суђења преносе у „прерађеном“ облику, када се интерпретирају од стране новинара. Овај начин извештавања има два спорна момента – саму селекцију информација које ће бити пласиране и евентуално њихово коментарисање, што ову ситуацију чини помало другачијом у односу на горе поменуте директне преносе. Некада незнање и неодговорност, а некада чиста тенденциозност могу резултирати потпуно истом последицом, стварањем одређеног утиска и каналисањем мишљења јавности о конкретном случају, која може директно или индиректно усмеравати судске одлуке у области кажњавања. У теорији постоји сагласност да некритичко и сензационалистичко извештавање представља својеврстан облик прејудицирања, који се обично врши кроз опробану схему драматизовања различитих аспеката случаја, почевши од сопственог (медијског) доприноса у откривању и разјашњењу дела, преко хероизације или сатанизације појединих актера, све до изазивања и распламсавања колективних страсти, посебно у друштвима са отвореним нерешеним конфликтима или укорењеним латентним нетрпељивостима по било ком основу, што све значајно може да утиче на судске одлуке.<sup>1344</sup> Снага медија се огледа у томе што чак и када нема скривене намере да се делује манипулативно на јавно мњење, како би оно извршило притисак на суд, то се може десити управо услед неуког и некритичког извештавања. Довољно је само да средства јавног информисања посвете велику пажњу неком случају и да закључе да су, због опште заинтересованости, све очи

---

<sup>1343</sup> Примере таквих суђења видети у Ј. Ђирић: *Друштвени утицаји на казнену политику судова ...*, стр. 93. и надаље.

<sup>1344</sup> R. V. Ericson: *Mass Media, Crime, Law and Justice – An Institutional Approach*, British Journal of Criminology, vol. 31, no. 3, 1991. године, стр. 227.

упрте у суд, па да се то рефлектује на његов рад.<sup>1345</sup> Такође, не може остати непримећено да се у условима слабе одговорности за јавно изнету реч и превалентности тржишних закона у области медија, извештавању о суђењима просто намеће стил који повлађује најпримитивнијим укусима. Низак образовни и уопште културни ниво публике, одгојене на свакаким сумњивим садржајима, на поплави разних бизарних програма типа *reality show* показује велико интересовање за насиље, а како јој медији то и пружају, она је са унапред усађеним стереотипима о криминалу спремна да осуди и биће незадовољна ако јој суд не удовољи. Такво незадовољство двоструко поткопава судску казнену политику. Ако и не утиче на доношење одлуке у првом степену, може утицати на одлуке вишестепених судова, као и на будући рад судије који се суочио са непријатним негодовањем јавности. Дакле, не само што јавно мњење има капацитет за утицај на примарни процес одмеравања казне, оно има и може да преузиме и улогу неформалне жалбене инстанце, позивајући се на правду и правичност. У теорији има мишљења да су ипак првостепени судови на већем удару, и да су другостепени судови заштићенији, јер обично нису под тако интензивним притиском јавног мњења.<sup>1346</sup> Иако овај став није образложен, чини се да има логике. Некада временска дистанца може да учини своје услед смиривања страсти, по принципу „свако чудо за три дана“, али и услед појаве нових „сензација“ којима је посвећена медијска пажња.

Не треба трошити речи на то колико погрешан може бити став јавности, која нема ни елементарна знања о кривичном праву, о циљевима кажњавања, олакшавајућим и отежавајућим околностима, те може бити у великој заблуди по питању казне. Популарна схватања о томе која је казна по врсти и мери одговарајућа у великој мери могу бити удаљена од стручних, нарочито када се ради о вредновању фактора попут прекорачења нужне одбране, битно смањене или смањене урачунљивости или умишљаја на мах.<sup>1347</sup> Јавност може бити збуњена тиме да је окривљено лице које је било нападнуто или испровоцирано од стране жртве, посебно ако је одгојена на патријархалној матрици или на либерално-економском поимању приватне својине као неприкосновене вредности, јер је она пријемчива за

<sup>1345</sup> Ж. Алексић: *Штампа и криминалитет*, Правни живот, бр. 3, 1968. године, стр. 32.

<sup>1346</sup> Ј. Ћирић: *Друштвени утицаји на казнену политику судова ...*, стр. 121.

<sup>1347</sup> Ј. Ћирић: *op. cit.*, стр. 120.

став да је окривљени који је прекорачио нужну одбрану имао пуно право на то. Слично је и са умањењем казне због (битно) смањене урачунљивости, која у очима јавности може деловати као неоправдано фаворизовање учиниоца. Да је ова теза исправна може се показати на једном новијем примеру, на случају вишеструког убиства у селу Јабучевац и коментара у медијима из којих се види да је јавност схватила проглашење неурачунљивости учиниоца као његову фактичку аболицију.<sup>1348</sup> Иако се не односи на одмеравање казне илустрација открива механизам деловања јавног мњења, које се упушта у коментарисање нечега што реално не разуме, али то не сматра сметњом да доноси некада и веома оштре вредносне ставове, засноване на емотивном доживљају случаја.

Медији могу „дириговати“ јавним мњењем и форсирањем појединих детаља из личног живота учиниоца, као што су тешко и сиромашно детињство, постојање породице или нешто слично, чак и када ове чињенице у правничком резонувању нису толико битне за доношење одлуке о казни. Међутим, када у етар упорно одлази одређена слика, независно од тога да ли је она усмерена на изазивање симпатије или антипатије, може се десити да се судија при доношењу одлуке непотребно бави таквим исконструисаним ликом, како би избегао евентуалну осуду јавности да је неправедно престрог или преблаг. Окупираност мишљењем окружења је сигурно већа код поротника, који на тај начин заправо олакшавају себи терет доношења одлуке.<sup>1349</sup> Занимљиво је да се у улози главног актера оваквих манипулација често налазе адвокати, који настоје да свог клијента безрезервно прикажу као позитивну личност и тако задобију подршку јавности као средство „изнуђивања“ лакшег кажњавања. Наравно, овде би се могло поставити питање да ли је медијско експонирање адвоката израз бриге за добробит клијента или је више по среди самопромоција и бесплатна реклама злоупотребом публицитета и актуелности случаја. Друга могућност је дефинитивно противна адвокатској етици, али се опет нико не може заклети да се управо то не дешава у стварности.

Формирању погрешног утиска могу нехотице допринети и сами државни органи. У настојању да свој рад приближе грађанима, полиција и тужилаштво

---

<sup>1348</sup> Реакције јавности се могу видети, на пример, из коментара датих на форуму B92 – [forum.b92.net/topic/36193-visestrukoubistvo\\_page\\_st\\_45](http://forum.b92.net/topic/36193-visestrukoubistvo_page_st_45).

<sup>1349</sup> С. Соковић: *op.cit*, стр. 128.

давањем изјава и организовањем конференција за штампу, које су толико узеле маха да се одржавају редовно у одређеним терминима, могу нанети штету истрази, али и прејудиицирати питање кривице и утицати на ставове о кажњавању. Чини се да је довољно да буде објављено како је неко приведен или ухапшен, па да код површне лаичке јавности буде створено уверење да је крив и да заслужије казну. Међутим, ако после спектакуларне конференције лице буде ослобођено, или ако се огласи кривим, а не буде кажњено по назорима извештавањем припремљене јавности, долази се до веома неповољног закључка да су судови „слаба карика“ у ланцу борбе против криминалитета, јер полиција и тужилаштво, како је раније наводно осведочено добро раде свој посао. Тако се унижава мукотрпан судски рад и смањује поверење у правосуђе као институцију. Ово помало подсећа на ситуацију када законодавац пропише прешироке казнене оквире које судови, како је показано у претходним излагањима, користе само у доњој половини односно ближе посебном минимуму. Јавност због тога редовно критикује суд, сматрајући га преблагим, не бавећи се уопште мишљу да је можда законодавац тај који је погрешно, јер је неадекватно проценио опасност кривичних дела. Могло би се констатовати да је описани „допринос“ суђењу и одмеравању казне од стране полиције и тужилаштва много опаснији од адвокатских манипулација, јер се ради о државним органима иза којих стоји ауторитет власти.

Посебан случај утицаја јавности на процес одмеравања казне настаје ако је кривично дело изазвало узнемирење грађана. Иако већина кривичних дела ствара извесну нелагоду, поједина од њих су, због своје природе (на пример, кривична дела против живота и тела) или неких особености испољених у конкретном случају, подобнија да продукују овакве ефекате. Некада ће то бити посебно свиреп, подмукао, безобзиран или дрзак начин извршења, коришћење нарочито опасног средства, тежина проузроковане последице, ниске побуде, силецијско и безобзирно понашање по извршењу дела, непостојање повода, рањивост жртве или то што је била омиљен, цењен и поштован члан заједнице и слично. Не треба заборавити ни да у срединама са ниском стопом криминалитета, где се дела не врше често, сама изузетност дешавања може оставити већи утисак, изазвати чуђење и револт, иако дело нема неку алармантну атипичну црту и израженију опасност. Да би

узнемирење имало потенцијал да делује на одмеравање казне мора бити познато суду, што се обично дешава ако је манифестовано у медијима, али и на масовним и појединачним протестима грађана. Специфичност малих средина лежи у томе што није потребно медијско „посредовање“, јер судија у директном контакту са грађанима може бити упознат са овом чињеницом. Штавише, довољно је и само познавање локалних прилика и уврежених схватања, да се и без израженог *feed back*-а, код судије створи представа о вредновању дела у јавности. Узнемирење је интензивирано у заједницама које и иначе болују од неких сукоба и тензија између припадника различитих расних, етничких, религијских или неких других група. Припадност учиниоца једној, односно жртве другој супротстављеној групи, доводи до хомогенизације у оквиру појединачних група, по принципу идентификације, али и ојачава постојећу поларизацију „ми-они“, што се обично манифестује у захтевима за строжим кажњавањем, а о томе ће више бити речи у оквиру излагања о одмеравању казне у светлу судске психологије. Уосталом, узнемирење може бити разлог за одређивање притвора, али и за тзв. делегирану месну надлежност, што најречитије говори о свести законодавца о потенцијалним притисцима јавности и потенцијалној опасности да суд у „прегрејаној“ атмосфери неће бити у стању да се носи са њима и задржи присебност и објективност. Поједини аутори упозоравају да је често иницијална заинтересованост и емотивни доживљај дела, добра подлога за медијске злоупотребе, јер је тада маса посебно пријемчива за различите сугестије.<sup>1350</sup> С тим у вези треба поменути и огромно психолошко дејство телевизије. Визуелне презентације су веома упечатљиве и уверљиве, по систему „видео сам својим очима“ или „слика говори више од хиљаду речи“, а када се то искомбинује са чињеницом да већина људи не поседује никакво стручно знање о криминалитету нити са њим има неког искуственог додира, обичан криминалистички снимак може деловати много драматичније и бруталније него што у ствари јесте. И наука је потврдила да се, с обзиром на степен уверљивости, на врху листе налазе управо судови засновани на перцептивној евидентности,

---

<sup>1350</sup> Д. Сикимић: *Јавно мњење и пресуђење*, Правни живот, бр. 12, 1996. године, стр. 443.

испред судова заснованих на логичкој евидентности или на научном ауторитету.<sup>1351</sup> То значи да и када нема посебне намере да се манипулише фактори изненађења и неприпремљености „обичног света“ стварају проблематичне судове о кривичном делу, у које се уз то максимално верује. Јасно је да се оваква сазнања могу злоупотребити у циљу формирања и учвршћивања одговарајућег мишљења, дакле, инструментализовања јавности. У том смислу, узнемирење уопште не мора бити изворно осећање грађанства, оно може бити артифицијелно креирано, монтирано ради доношења одговарајуће судске одлуке кроз процес социјалних интеракција. Има мишљења да је позивање на тзв. узнемирење јавности често погодан параван за увођење политичких садржаја у процес судског одлучивања и одмеравања казне.<sup>1352</sup> Тако се судија налази пред веома незахвалним задатком да пронађе праву меру уважавања јавног мњења. Требало би да, с једне стране, избегне политичку инструментализацију, а да га, са друге стране, не одбаци и занемари у потпуности, јер би онда ризиковао да донета одлука буде нелегитимна.

Поједини аутори сматрају да медијски утицај на рад суда може бити остварен пласирањем информација из приватног живота судије, при чему делотворност зависи од његових психичких и моралних карактеристика, али и од величине локалне заједнице, јер је у малим срединама овакав поступак свакако успешнији.<sup>1353</sup> При томе, значајан капацитет имају тенденциозни напади на лични и професионални интегритет судије, али не треба занемарити ни снагу наизглед безазлених података који, такође, могу довести до дискредитовања (на пример, ако је судија снимљен у кафанској атмосфери, то може бити довољно да се он перципира као човек склон алкохолу, дакле, као особа у коју не треба имати пуно поверење).<sup>1354</sup> У друштвима попут нашег опасност да се нарушавање приватности судије уплете у процес одлучивања су поспешене низом неповољних социјалних фактора, почевши од тога да се код нас приватност традиционално не цени довољно, преко чињенице да „бујање“ средстава јавног информисања није праћено

---

<sup>1351</sup> Н. Рот: *Утјецај структуре суда на степен уверености при суђењу*, Београд, 1970. године, стр. 99.

<sup>1352</sup> Ј. Ћирић: *Друштвени утицаји на казнену политику судова ...*, стр. 113.

<sup>1353</sup> Г. Петронијевић: *Независност судства и заштита слобода и права грађана*, зборник Уставност и законитост у заштити људских права и слобода, Београд, 1997. године, стр. 109, наведено према Ј. Ћирић: *op. cit.*, стр. 101.

<sup>1354</sup> Ј. Ћирић: *op. cit.*, стр. 101.

одговарајућим променама у професионалном кодексу и правној регулативи, до ниских износа накнада неимовинске штете за повреду части и угледа, које не делују дестимулативно.<sup>1355</sup> Ако судија зна да се око њега испреда одређена фама, није искључено да ће се у одмеравању казне руководити тиме какав ће утисак оставити, да ли ће од стране јавности бити оцењен као стручан, објективан и праведан, а да би се то десило он мора да подилази мишљењу „света“ и да прати његову пеналну философију.

Најопаснији утицаји на казнену политику судова настају услед заинтересованости политичких структура. Из тога не треба извући закључак да се њихови интреси завршавају само на томе да се судски поступак оконча на овај или онај начин, мада ни то није искључено, пошто се често ради о томе да се кроз коментарисање конкретног случаја или рада правосуђа у целини настоје постићи неки шири политички циљеви. Један од еклатантних примера инфилтрирања политике настаје када власт злоупотребљава поступак, који се води против припадника конкурентске политичке организације. Могућности манипулација су велике ако власт контролише медије и оне су усмерене на стварање режиране слике о учиниоцу, не толико да би он као појединац био проглашен кривим и осуђен на одређени начин, него више да би се кроз његову осуду створила неповољна слика о читавој групацији којој припада. Принцип је јасан, дискредитовањем једног члана иде се за дискредитацијом групе као целине. Међутим, недопуштена инструментализација правосуђа може имати и обрнут смер, када опозициона средства извештавајући о одређеном случају стварају утисак да је све „монтирано“, да се ради о политичкој харанги, чиме се шаље недвосмислена порука да је судство далеко од независног, са јасном интенцијом стварања неповерења према власти. Медијска кампања у крајњем може резултирати јаким притисцима јавности, писањем петиција, протестних писама, све до ескалације организовањем масовних демонстрација.<sup>1356</sup> Опозиција у критици власти може користити и „обичне грађане“. Уколико се учестало дешава да неко незадовољан судском одлуком посегне за нападом, доводећи у питање независност и професионалност судија, за

---

<sup>1355</sup> Ј. Ђирић: *Друштвени утицаји на казнену политику судова ...*, стр. 103.

<sup>1356</sup> Ј. Ђирић: *op. cit.*, стр. 110.



шта му се обезбеђује и медијски простор, сигурно је да то неће допринети да судије боље обављају свој посао. Колико год се трудио да се одупре локалној средини и њеним притисцима, и судија је ипак само део колектива, што може утицати да његови критеријуми правде постану помало искривљени.

Клима оркестрираног вербалног линча учиниоца може се окончати на његову штету, ако судија нема довољно интегритета, али може изазвати и контраефекат, ако суд потпуно занемари јавност, створи отпор и аверзију према њеним ставовима, што није добро са становишта легитимитета судских одлука. Уколико се пак претерано обазире на опозиционе ставове о монтираном процесу, судија може одмерити непримерену казну у корист учиниоца, да би доказао пред јавношћу да не суди по политичкој директиви актуелне власти. Није искључено да у атмосфери исфабрикованог јавног мњења судија постане помало несигуран, сумњичав према сопственим критеријумима праведности, када они не уживају подршку многих. Чак и када нема намеру да му удовољава, оно оставља трага у његовој подсвести и може обликовати одлуке. Ради се о психичком механизму идентификације са другима, који доприноси да се туђа размишљања усвоје и доживе као оригинално своја. То не значи да ће судије ради доношења одређене одлуке фалсификовати и подметати чињенице, али је реално очекивати да ће прихватити и покушати да правном аргументацијом оправда њихову сугерисану прецепцију.<sup>1357</sup>

И када се не коментарише конкретни случај, што представља најевидентнији облик уплитања, могуће је и на другачији, прикривенији и перфиднији начини „изнуђивати“ судске одлуке у одређеном правцу. Штавише, такви облици деловања могу бити веома делотворни, с обзиром на то да нису у тој мери „провидни“, као и на то да се често одвијају под плаштом добронамерне и принципијелне критике, некада и уз „научну“ потпору и „јасне“ аргументе, под чиме се подразумева (зло)употреба „сирове“ званичне статистике или резултата истраживања спроведених од стране различитих агенција за испитивање јавног мњења. И власт и опозиција су склони да коментаришу рад правосуђа, посебно ако је регистровано повећање стопе криминалитета. По логици ствари, овај проблем и

---

<sup>1357</sup> Д. Сикимић: *op. cit.*, стр. 449.

мора бити предмет расправе, али се њиме вербално манипулише да би први показали своју моћ уз помпезне најаве да ће „ствари довести у ред“, односно да би други поткрепили своје захтеве за променом власти, јер је постојећа и у том домену „заказала“. Појачано интересовање политичких актера доводи до веће заступљености ове теме у медијима, што се рефлектује на јавност, која је ионако склона да некритички „прогута“ свакаве садржаје. Вероватно најчешћа констатација политичара односи се на благост судске казнене политике, а то није карактеристично само за актуелни тренутак код нас, јер је иста појава уочена и у другим периодима.<sup>1358</sup> Непрестано пласирање идеје да судови не користе све законске могућности одмеравања казне, јер изричу казне близу посебног законског минимума и пречесто прибегавају ублажавању, које би требало да буде изузетак, а постаје правило, стварају најмање две лоше последице – смањење поверења грађана у судове као институцију и њихов допринос у борби против криминалитета, али и потенцијални утицај на процес одмеравања казне. Када се стално пребацује мала висина казне, није искључено да она у будућим случајевима одмеравања добије и незаслужени додатак. И једно и друго је неповољно за углед правосуђа, а има јасне негативне импликације по политику сузбијања криминалитета.

По нашем мишљењу капацитет да утичу на суд имају и учестале оцене о претераној дужини поступка и неефикасности судова. Ако је суд под непрестаном пресијом процесне економије, може се десити да превагу однесе брзина, а не квалитет суђења. Уосталом, штура и типска образложења одлуке о казни могу представљати и показатељ да овом питању није посвећена толика пажња као осталима (доказивању дела и кривице), који су у судским одлукама редовно боље објашњени, да се на њему економише и „штеди“ време, те је суд морао да посегне за стереотипним флоскулама не би ли попунио овај део обавезне садржине.

Потенцијалне негативне реперкусије не би требало да наведу судове да избегавају комуникацију са медијима. Ћирић истиче да то води у проблем друге врсте, у импровизације слободно назване „како сазнајемо из проверених

---

<sup>1358</sup> Неке историјске примере видети примере у Ј. Ћирић: *Друштвени утицаји на казнену политику судова* ..., стр. 114. и 123.

извора“.<sup>1359</sup> У недостатку информација медији могу да почну да спекулишу, да конструишу неке недовољно утемељене закључке, из чега се не може изродити ништа корисно.

## 1.2. Утицај морала и схватања праведности

Иако би се могло приговорити опредељењу да се у систематици излагања издвоје разматрања о моралу и поимању праведности у самосталну целину, јер се они заправо испољавају кроз јавно мњење и са њим су повезани, постоји и оправдање да се тако поступи, пошто се кроз јавно мњење могу изражавати и схватања другачије природе.<sup>1360</sup> Неупуштајући се у комплексне везе између кривичног права и морала као два значајна регулаторна система људског друштва, што уосталом и није потребно с обзиром на предмет проучавања, чини се да постоје два механизма путем којих моралне норме и схватање праведности у једној заједници проналазе пут до одмеравања казне. У једној равни можемо претпоставити да су моралне вредности кроз процес социјализације постале нераскидиви део духовног идентитета судије. Хтео-не хтео и судија је поникао и формирао се на истим културним матрицама као и већина других грађана, те би било помало наивно апсолутно опонирати да оне неће избијати на површину приликом доношења одлуке о казни. Појединачна свест судије је само део колективне свести и може се испољити у виду априорних, несвесних симпатија или антипатија према одређеним људима и одређеним понашањима. У том смислу, није неочекивано да се чињенице за фундирање одлуке о казни издвајају и тумаче управо на начин који поткрепљује морално вредновање кривичног дела и његовог учиниоца. Психолошки посматрано, најтеже је „освестити“ предрасуде какве често егзистирају у моралу конзервативних средина и одупрети се њиховом деловању. Оне су веома тврдокорне, због острашћености која их редовно прати и тобоже

---

<sup>1359</sup> Ј. Ђирић: *Друштвени утицаји на казнену политику судова ...*, стр. 125.

<sup>1360</sup> Ово није једина разлика између морала и јавног мњења, како јавно мњење није тако трајно и постојано и како је често резултат медијских манипулација. З. Стојановић: *Границе, могућности и легитимитет кривичноправне заштите*, Београд, 1987. године, стр. 43.

разумљивих разлога на којима почивају, да одољевају свакој истински рационалној аргументацији.<sup>1361</sup>

У другој равни судија се може циљано, дакле потпуно свесно, бавити питањем да ли казна одговара моралним назорима, поимању праведности у његовој заједници. То се дешава из веома практичних разлога. Да би казна остварила своје специјално и генерално-превентивне циљеве потребно је да је и учинилац и јавност доживљавају као праведну и моралну. Укратко, поменути атрибути представљају претпоставке делотворности и легитимности одмерене казне, али имају и шири смисао, као један од сегмената легитимизовања кривичноправног система као целине.<sup>1362</sup> Без поменутог упоришта у убеђењу да је казна морална и праведна, тешко да би се могла остварити заштитна улога кривичног права, било какав позитиван утицај на учиниоца и остале грађане. Другим речима, ако жели да казна ужива овакав ауторитет у друштву судија је мора одмерити тако да она добије потпору у моралном признању већине грађана.

Оно што се јавља као посебно спорно јесте одредити границе уплива неформалних правила. Ако се пође од Јелинекове поставке о праву као минимуму морала,<sup>1363</sup> јасно је да се ови регулаторни системи само једним делом преклапају. То што је држава узела на себе да нормира друштвене односе и пресуђује у конфликтима између појединаца не значи да је она аутоматски одбацила традиционалне вредности, јер се на њих делом ослања. Међутим, то не искључује сукоб између традиционалног система и система постављеног законима, јер постоје правила која је држава донела са проспективним настојањима да измени свест грађана и да унапреди њихов морал. Тада се може говорити о негативним ефектима анахроног традиционализма, који по инерцији наставља да живи у свести грађана. Класични примери када би повиновање старим моралним схватањима дефинитивно било неоправдано везани су за традиционалну обавезу крвне освете, конзервативни третман сексуалних деликата по принципу „што је тражила то је и добила“ или раније за однос према друштвеној својини, коју је већина доживљавала као нешто

---

<sup>1361</sup> Н. Рот: *Психологија личности ...*, стр. 91.

<sup>1362</sup> Више о томе у З. Стојановић: *Границе, могућности и легитимитет кривичноправне заштите ...*, стр. 43. и надаље.

<sup>1363</sup> Г. Радбрух: *Филозофија права ...*, стр. 60.

свачије и ничије, па и није претерано осуђивала нападе на њу.<sup>1364</sup> Неспорно је да неки од ових примера у нашој земљи нису уопште или нису у толикој мери актуелни, али то не значи да су искорењене тензије на релацији традиционалних и законских вредности, о којима је овде реч. Чини се да наш менталитет и даље гледа готово благонаклоно на различите фискалне деликте. Иако се поткрадање државе на крају своди на поткрадање свих нас, несрећне историјске околности су довеле до тога да се појединац у овом смислу тешко идентификује са државом, тешко је доживљава као нешто своје. Корени оваквог негативног односа нису необјашњиви када се узме у обзир чињеница вишевековног живота под туђинском, суровом и експлоататорском влашћу. Такав третман туђе државе створио је неку врсту преношења агресије, чврсто уврежену аверзију према држави као друштвеној институцији уопште. Колико су колективне представе „жилаве“ и тешко искорењиве показало се након стварања сопствене националне државе. Тако је оваква склоност, пренета као остатак из прошлих времена, остала упечатљив део нашег обрасца понашања све до данашњих дана, те има примера да неко ко на довитљив начин успе да изигра државу постане готово популаран, до те мере да је крајње незахвално процењивати шта ужива већу подршку избегавање или лојално плаћање. Јасно је да би судија требало да се огради и издигне изнад оваквих назадних представа. То је, међутим, лакше рећи но учинити, јер је на почетку поменуто да заблуде и предрасуде „подмукло“ усмеравају наша размишљања, а да ми тога нисмо свесни и у томе лежи њихова снага и капацитет да утичу на процес одмеравања.

Поред наведеног проблема постоји још један – евентуално уважавање правде и морала отежава то што се ради о прилично флиудним категоријама. Не постоји некакав кодекс из којег би судија могао да прочита шта се сматра моралним и праведним, ове категорије су супротност таквом начину уобличавања, тако да он не може увек са безрезервном сигурношћу тврдити да нешто што се њему чини као морално и праведно има и опште важење.<sup>1365</sup> Како онда сазнати да ли и други деле његово мишљење? Оно што је вероватно најлакше учинити у циљу

---

<sup>1364</sup> Ј. Ђирић: *Друштвени утицаји на казнену политику судова ...*, стр. 69. и надаље.

<sup>1365</sup> Ј. Ђирић: *op. cit.*, стр. 60.

провере подударности јесте консултовање судске праксе. Нека наша истраживања показују да судије прилично воде рачуна о томе какви су ставови вишег суда о битним разлозима за одређивање казне по врсти и висини, и да према томе „штелују“ своје критеријуме и мерила.<sup>1366</sup> Тако су се као последица вишестепености суђења појавили неки судски казни оквири, који могу да сведоче о недовољно креативном и шаблонском поступању при одмеравању. Сумњу потпирује и то што се пресуде често образлажу простим цитирањем законске одредбе „суд је узео у обзир све околности које утичу да казна буде већа или мања“. Ђирић судску праксу сматра веома неподесним средством за испитивање ставова о моралности и праведности казне, јер другостепене судске инстанце могу бити веома бирократизоване и отуђене, посебно у недемократским режимима. Исто је и са порастом или падом стопе криминалитета, који сведоче о неефикасности или ефикасности читаве политике сузбијања криминалитета, али не и о моралној исправности одлуке о казни. У настојању да разреши овај проблем, Ђирић истиче да јавност углавном очекује да казна буде сразмерна тежини кривичног дела и да због тога наши судови највише воде рачуна о јачини повреде или угрожавања заштићеног добра и ранијој осуђиваности, тако да се сразмерност појављује истовремено и као морална и као правна категорија.<sup>1367</sup> Но, тиме није речено ништа ново. Почетна сагласност о значају сразмерности казне са тежином дела је неспорна, али она „пада у воду“ ако се сама тежина не поима на исти начин.

Међутим, требало би поменути и то да мултикултуралност великог броја савремених држава још више компликује проблем идентификовања општих ставова о моралности и праведности казне, јер се дешава да између припадника различитих група нема увек консензуса.<sup>1368</sup> У страниј литератури постоје многобројне студије о томе како традиција и култура утичу на формирање пунитивних преференција. Показало се да је кључни маркер на основу којег се оквирно може предвидети став о кажњавању, када се занемаре детаљи у конкретним моралним регулама и културним обрасцима и када се оголе до онога

---

<sup>1366</sup> Ј. Ђирић: *Друштвени утицаји на казнену политику судова ...*, стр. 60.

<sup>1367</sup> *Op. cit.*, стр. 62.

<sup>1368</sup> О проблему моралног плурализма више у З. Стојановић: *Границе, могућности и легитимитет кривичноправне заштите ...*, стр. 44.

што чини њихову срж, то да ли се ради о заједници које негује колективистичке или индивидуалистичке вредности и оријентације. У том смислу, испитаници из првог културног типа имају више склоности да кривично дело тумаче ситуационим факторима и друштвеним утицајима, док су припадници другог културног типа тежили да настанак дела припишу учиниоцу и његовим намерама (Hamilton и Sanders (1983, 1988, 1992.), Miller (1984.), Morris и Peng (1994.), Han (1995.), Na и Loftus (1998.), Choi и Nisbett (1998.), Hannover (2000.), Leung и Morris (2001.)).<sup>1369</sup> Тиме је условљен начин реаговања на дело, како су једни под диктатом своје културне матрице више склони ресторативном и рехабилитативном приступу, примењујући на своје хипотетичке случајеве кад год је то могуће различите алтернативе класичним казнама – извињење, надокнаду штете, упућивање у саветовалишта, али и не тако строге казне, док су други били ретрибутивнији, чешће бирајући санкције које више погађају учиниоца. Логика избора је јасна, у друштвима која негују колективистичке вредности потребно је обновити и неговати друштвене везе између појединаца, пожељније да се учинилац на неки начин помогне, репрограмира путем едукације, саветовања и надгледања да би се реинтегрисао, исто као што је значајно пружити сатисфакцију жртви. У атомистичким друштвима без чврстих спрега међу члановима циљеви су другачије постављени, јер су њихови припадници радије оптирала ретрибуцију и спречавање учиниоца и казне које одговарају таквој криминално-политичкој плаформи.<sup>1370</sup>

Не треба изгубити из вида да притисци локалног морала, обичаја и традиције могу узети и сасвим другачију форму, у виду директног утицаја од стране жртве или њене породице, па чак и до претњи судији. Они могу бити веома делотворни ако се ради о средини у којој се сви познају, где је довољно то што ће се судија на неки начин аутоцензурисати, претерано се замарајући питањем шта ће рећи околина. Све то је нарочито изражено ако не постоје одговарајући правни механизми који гарантују самосталност и независност положаја судије. Као посебно негативан може се апострофирати пример неких држава САД, у којима се

---

<sup>1369</sup> Коришћен приказ истраживања из М. Gollwitzer, К. Bucklein: *Are "We" Punitive than "Me"? Self-construal Styles, Justice Related Attitudes and Punitive Judgements*, Social Justice Research, no. 20, 2007. године, стр. 457-478.

<sup>1370</sup> М. Gollwitzer, К. Bucklein: *op. cit.*, стр. 458. и 459.

судије се бирају од стране грађана на општим изборима за одређени период.<sup>1371</sup> Лоша законска решења су, са једне стране, довела до непримереног утицаја политичара, јер су судије присиљене да „склопе дил“ са политичким партијама, како би користећи њихов утицај и њихову инфраструктуру осигурали свој (ре)избор, као што су, са друге стране, приморани да ослушкују реакције јавности и слепо јој се повинују и када за то има и када нема основа. Нешто слично се у прошлости дешавало и код нас, када су избор судија вршиле скупштине локалних друштвено-политичких заједница.<sup>1372</sup>

Када се све сумира, чини се да је веома тешко дати неке прецизније координате за процену оправданости и мере уважавања морала и праведности у једном друштву. Централна улога начела легалитета у савременом праву не дозвољава директан утицај и обликовање казне по њиховом диктату, али се они не смеју ни у потпуности занемарити, нити је мудро и опортуно отворено их негирати, осим у случају њихове евидентне погрешности и неприхватљивости.<sup>1373</sup> Управо због тога што нема јасних критеријума веома је опасно легитимности дати предност или крупнију улогу у процесу примене кривичног права. Зато неки теоретичари у обради овог проблема истичу да постоји велика разлика између тога да се казнена политика потпуно усаглашава са ставовима јавности и тога да се казна одмерава тако да је јавност може „истолерисати“.<sup>1374</sup> У том смислу, они сматрају да не треба увек и по сваку цену ићи за потпуним задовољењем, довољно је да постоји елементарна прихватљивост одмерене казне.

---

<sup>1371</sup> Ј. Ћирић: *Друштвени утицаји на казнену политику судова ...*, стр. 74.

<sup>1372</sup> Ј. Ћирић: *op. cit.*, стр. 74.

<sup>1373</sup> З. Стојановић: *Границе, могућности и легитимитет кривичноправне заштите ...*, стр. 47.

<sup>1374</sup> J. Tomaino: *Guess Who is Coming to Dinner? A Preliminary Model for Satisfaction of Public Opinion as Legitimate Aim of Sentencing*, *Crime, Law & Social Change*, no. 27, 1997. године, стр. 112.



## 2. Утицај психичких фактора на редовно одмеравање или редовно одмеравање под лупом судске психологије

Судска психологија, или прецизније психологија суђења, се дуго времена држала свог иницијалног предмета интересовања, тј. исказа појединих учесника у кривичном поступку, те с почетка и није много полагала на изучавање психичких збивања код судије и утицаја његових особина на вођење поступка и доношење пресуда.<sup>1375</sup> Поједини теоретичари су ипак спорадично указивали на неке аспекте овог проблема. Everson је међу првима закључио да је „*правда веома лична ствар, јер рефлектује темперамент, лични идентитет, образовање, околину, личне црте судије.*“<sup>1376</sup> Од средине прошлог века интересовање за судију постаје интензивније, пошто је примећено да је доношење пресуде од стране судије заправо облик психичког дешавања, који представља синтезу и сублимацију психичких дешавања свих осталих учесника у поступку (Hellwig), да у том процесу осим рационалног постоје и примесе интуитивног (Altavilla), тако да заокруживање судске психологије мора да обухвати и проучавање судије, јер би без тога ова дисциплина била непотпуна и нетачна (Gorphe).<sup>1377</sup> Појављују се и права емпиријска истраживања, попут оног које су спровели Mannheim, Spencer и Lynch, који су на примеру лондонског суда за малолетнике доказали да „*субјективно и интуитивно преовладава у случајевима.*“<sup>1378</sup> Истински преокрет, међутим, настаје шездесетих година прошлог века, када је овом питању посвећен VIII Међународни конгрес за кривично право, одржан у Лисабону 1961. године.<sup>1379</sup> Тада је претходно спроведена анкета послужила као шлагворт за расправу о томе да ли судија може да сачува непристрасност када је и он само човек, као и било који други, са одређеним

---

<sup>1375</sup> Н. Делић: *Психологија исказа појединих учесника у судском поступку (скрипта)*, Београд, 2003. године, стр. 17.

<sup>1376</sup> G. Everson: *The Human Element in Justice*, Journal of Criminal Law and Criminology, no. 10, 1919. године, стр. 98.

<sup>1377</sup> А. Hellwig: *Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlung*, Stuttgart, 1951. године, стр. 2, Е. Altavilla: *Forensische Psychologie II*, Graz, 1955. године, стр. 2-3, F. Gorphe: *Les decisions de justice*, Paris, 1954. године. Наведено према М. Ахимовић: *Психологија злочина и суђења ...*, 1987. године, стр. 313.

<sup>1378</sup> Н. Mannheim, J. Spencer, G. Lynch: *Magisterial Policy in London Courts*, British Journal of Delinquency, no. 8, 1957. године, стр. 136.

<sup>1379</sup> Б. Бошковић: *Криминална политика, судска психологија и одмеравање казне*, ЈРККП, бр. 2, 1967. године, стр. 276.

особинама, представама, веровањима, друштвеним окружењем, симпатијама и антипатијама. Закључено је да упркос настојањима да буде објективан, он то не може бити у неком апсолутном смислу. Од конгреса у Лисабону проблем ванправних утицаја је почео закупљати и континенталне правнике, који се раније нису упуштали у оваква проучавања.<sup>1380</sup> Стицај околности је довео до тога да највећа заслуга за актуелизовање проблема припадне научницима са англосаксонског подручја. То постаје разумљиво када се узме у обзир да су се они, у системима са више него скромним правним оквиром редовног одмеравања казне и великим дискреционим овлашћењима судија, суочили са веома неуједначеном казненом политиком и потребом да се открију корени ове појаве. Отуда се у англосаксонској литератури под термином „*sentencing*“ више подразумевају разматрања ванправних, него правних аспеката одмеравања. Поред проблема диспаритета, не треба заборавити ни развијање интердисциплинарног рада у науци и гранање судске психологије, која се проширила и на испитивање психологије других учесника. О проблемима *sentencing*-а је поново расправљано и на XIII данима друштвене одбране у Лондону 1965. године.<sup>1381</sup>

Вероватно најпознатије име у области социјално-психолошког проучавања одмеравања казне је име канадског научника Hogarth-a, који је у својој студији под називом „*Sentencing as a Human Process*“ обрадио: надлежност и право одлучивања судија; личне, породичне и друштвене карактеристике судија; њихова правна схватања и ставове; правна и друштвена ограничења пресуђивања; однос социјалних карактеристика према ставовима и веровањима; начин на који судије прибављају информације, психолошки их обрађују и интерпретирају долазећи до својих одлука.<sup>1382</sup> Он је формирао нови тзв. феноменолошки модел пресуђивања, конфронтирајући га са класичним моделом: *„Два модела понашања при пресуђивању су описана и испитана у погледу њихове моћи предвиђања одлуке. Први је био класични input-output модел, према коме се сматра да су чињенице случаја једине правно значајне варијабле које одређују судску одлуку, док је право константа, а личност судије правно ирелевантна. Други је био феноменолошки*

<sup>1380</sup> Б. Бошковић: *op. cit.*, стр. 276.

<sup>1381</sup> *Op. cit.*, стр. 277.

<sup>1382</sup> М. Аћимовић: *Психологија злочина и суђења ...*, стр. 311.

модел, изграђиван сламку по сламку, током ове студије. Био је заснован на значењима које судије приписују тим чињеницама, законима, идејама, људима, које сматрају за значајне. Било је показано да је феноменолошки модел имао знатно већу моћ предвиђања пресуде него модел црне кутије. Могло се утврдити пет до шест пута више варијација у пракси пресуђивања када су познати начини на који саме судије доживљавају *sentencing*. Модел који се коначно појавио био је такав да је *sentencing* посматрао као динамички процес, у којем су чињенице случаја, ограничења која проистичу из права и друштвеног система, као и друге црте спољног света, бивају интерпретирани и прикупљени, и бива им даван одређени смисао, на начин који је у складу са ставовима судија у питању. *Sentencing* је био приказан као хуман процес“.<sup>1383</sup> Hogarth је на основу својих налаза закључио да се „одмеравање казне некада боље може објаснити на основу сазнања неколико ствари о самом судији, него о чињеницама случаја“.<sup>1384</sup> На трагу поменутих идеја до данашњих дана је спроведено много емпиријских истраживања, а да се не ради о некаквом замагљивању и претераном психологизирању у проучавању овог облика примене права говори и чињеница да је у англосаксонским земљама регистрована појава сликовито названа „*magistrate shopping*“, односно бирање судија од стране правника који воде случај, како би дошли до оног за којег верују да ће случај решити на начин који њима одговара, као и чињеница да се судије за које влада уверење да су „тешки“ неретко распоређују у судове вишег ранга.<sup>1385</sup>

## 2.1. Индивидуалне карактеристике судије и доношење одлуке о казни

Проучавање најзначајнијих дела наше судске психологије открива да се домаћа теорија углавном бави изналажењем оних психичких особина, које позитивно утичу на делатност судије, помажу и поспешују доношење правилних

---

<sup>1383</sup> J. Hogarth: *Sentencing as a Human Process*, Toronto, 1971. године, стр. 382. Наведено према М. Аћимовић: *op. cit.*, стр. 311. и 312.

<sup>1384</sup> Наведено према В. Ewart, D. C. Pennington: *An Attributional Approach to Explaining Sentencing Disparity*, у D. C. Pennington, S. Lloyd-Bostock: *The Psychology of Sentencing*, Oxford, стр. 181.

<sup>1385</sup> А. Kapardis: *Psychology and Law: A Critical Introduction*, Cambridge University Press, 2010. године, стр. 215.

одлука, како у домену процесног тако и материјалног кривичног права. Неки чак закључују да су психичке особине судија толико битне да могу да одреде квалитет читавог правосуђа у једној земљи, једноставно због чињенице да је реч судије „последња“, пошто он, попут каквог живог процесора, обрађује све информације и синтетизује резултате психичких збивања свих осталих учесника у поступку.<sup>1386</sup> Да би се пронашао одговор на питање које особине гарантују ваљано обављање судијског посла, па и ваљано одмеравање казне, треба поћи од сазнања савремене психологије личности, која све психичке особине човека сврстава у једну од следећих категорија – темперамент, карактер, способности и особине физичке конституције.<sup>1387</sup> На први поглед и лаику постаје јасно да све наведене групе особина не могу имати подједнак значај, при чему су последње у овом контексту убедљиво најмање занимљиве.

У психологији постоје различита одређења темперамента. У ужем смислу, ради се о предиспозицијама за емотивно реаговање, које показују колико лако, колико често, у ком интензитету и трајању се појављују емоције и какав је њихов преовлађујући тон, позитиван или негативан.<sup>1388</sup> Међутим, исправније је усвојити ширу дефиницију, по којој се темперамент не испољава само у начину емотивног реаговања, него и у брзини, снази и трајању реакција поједница уопште.<sup>1389</sup> Он указује на начин мобилизације, активирања енергије којом човек располаже. Очигледно је да Аћимовић полази управо од другог става, јер наводи да мирноћа, сталоженост, промишљеност, одлучност, брзина просуђивања и лакоћа комуницирања са осталим учесницима поступка, представљају пожељне особине сваког судије.<sup>1390</sup> Познаваоцима психологије није тешко да у Аћимовићевом схватању препознају Gilford-ову факторску анализу темперамента, у која свака од ових особина има свој (непожељан) антипод. Тако би супротно наведеном, негативан утицај на доношење одлука имале особине попут нервозности, импулсивности, тромости, непријатељског односа према другима, критизерства,

---

<sup>1386</sup> Д. Аћимовић: *Психологија злочина и суђења ...*, стр. 287.

<sup>1387</sup> Н. Рот: *Психологија личности ...*, стр. 48. и надаље, С. Хрњица: *Опита психологија са психологијом личности ...*, стр. 136.

<sup>1388</sup> Н. Рот: *op. cit.*, стр. 48. и С. Хрњица: *op. cit.*, стр. 277.

<sup>1389</sup> Н. Рот: *op. cit.*, стр. 48. и С. Хрњица: *op. cit.*, стр. 277.

<sup>1390</sup> М. Аћимовић: *op. cit.*, стр. 289.

пасивности, претераног ослањања на друге, претеране сугестибилности и слично.<sup>1391</sup> Ово тим пре што неке од наведених могу да утичу на друге аспекте личности, посебно на интелектуалну способност.

Карактер чине вољне особине човека које се манифестују у одређеном односу према моралним вредностима друштва у којем човек живи.<sup>1392</sup> У питању је интегрисани систем особина, на основу којег појединац, упркос препрекама, може да поступа на доследан начин у односу на моралне принципе. У том смислу, може се оквирно говорити о добром/лошем или чврстом/слабом карактеру, мада су у психологији типологије карактера веома бројне и хетерогене. Аћимовић се није бавио типовима карактера, већ је издвојио више позитивних особина из његовог састава и то из домена навика, мотива и вредности. Тако су за успешно обављање позива судије битне радне навике, јер омогућавају праћење промена у законодавству и схватањима кривичне догматике, праћење промена у друштвеним односима, што је значајно за легитимитет судских одлука; од мотива централно место заузима мотив заштите законитости, права и слобода; а од ставова хуманизам, као вредност која гарантује да судија неће злоупотребити моћ над другим људима.<sup>1393</sup>

Способности представљају скуп свих психолошких основа неопходних за извођење неке активности, односно особина које генеришу разлике у успешности у обављању активности, упркос томе што они који их обављају имају слично искуство и подједнако су мотивисани да је успешно обављају.<sup>1394</sup> За процес одмеравања казне, као и за било коју другу операцију примене права, од значаја је једино интелектуална способност, док се остале (психомоторне и сензорне) не морају разматрати. У савременој психологији је неспорно да интелигенција не представља монолитну категорију и да се састоји из читавог низа способности, мада се теоретичари не слажу колико их заправо има. Terston, поред генералног фактора, сматра да интелигенцију чини још седам подспособности (W – вербално изражавање, V – разумевање вербалних садржаја, N – нумеричка способност, S –

---

<sup>1391</sup> Н. Рот: *Психологија личности ...*, стр. 50.

<sup>1392</sup> Н. Рот: *op. cit*, стр. 54. и С. Хрњица: *op. cit*, стр. 324.

<sup>1393</sup> Д. Аћимовић: *op. cit*, стр. 288.

<sup>1394</sup> Н. Рот: *op. cit*, стр. 56. и С. Хрњица: *op. cit*, стр. 222.

спацијална или просторна способност, М – способност меморисања, Р – способност перцепције, R – способност резоновања), док је Guilford пронашао чак четрдесет седам компоненти интелигенције, које одређују или капацитете памћења или капацитете мишљења.<sup>1395</sup> Како год била схваћена, очигледно је да је ова група психичких карактеристика веома битна за правилно утврђивање чињеница и примену права. У покушају да издвоји оне најбитније, Аћимовић се определио за критичност и еластичност ума, конкретност мишљења, смисао за суштинско, самоиницијативу, стечено знање и испраксираност.<sup>1396</sup> Критичност омогућава да се наводи страна у поступку не прихватају априорно, већ да се пажљиво проверавају сви разлози *pro et contra*. Еластичност представља базу за прилагођавање законским променама, али и променама које настају у току кривичног поступка. Судија би се без ње ригидно држао почетних, радних верзија о неком питању, и не би могао да реорганизује свој мисаони процес у складу са новим сазнањима. Конкретност доприноси да се у мислима обухвате релевантне појединости конкретне кривичне ствари, уз стварање слике о предмету као јединственој целини, што је веома значајно управо код оцене релевантних околности. Поседовање смисла за суштинско је селекциона, тријажна способност, каква је неопходна у процесу редовног одмеравања, да би се одвојиле релевантне од ирелевантних чињеница. Самоиницијатива означава активистички приступ, који у редовном одмеравању пружа могућност да се судија не задовољи оним подацима који су му „сервирани“, већ да се упусти у трагање за другима, ако сматра да је то неопходно за правилну одлуку о казни. Опште и правничко знање, као и животно и професионално искуство су саме по себи разумљиве претпоставке процеса редовног одмеравања. Grasberger, такође, говорећи о претпоставкама за успешно доношење одлука, посебно инсистира на познавању права. Прво, оно је неопходно због потребе селектовања релевантних од нерелевантних чињеница: „Добар правник се увек познаје по томе што отклања преопширност, а ипак испитује све што је важно“.<sup>1397</sup> Друго, сваки човек је „процесор“ са ограниченим капацитетом, да би

---

<sup>1395</sup> Н. Рот: *Психологија личности ...*, стр. 59. и С. Хрњица: *op. cit.*, стр. 225. и надаље.

<sup>1396</sup> Д. Аћимовић: *op. cit.*, стр. 289.

<sup>1397</sup> R. Grasberger: *Психологија кривичног поступка*, Сарајево, 1958. године, стр. 113.

пуну пажњу посветио чињеничном збивању поступка, потребно је да се судија у мислима не бави и другим проблемима, да не расипа пажњу на њих.<sup>1398</sup>

Атанацковићев приступ следе и други домаћи аутори, издвајајући пожељне психичке особине судије.<sup>1399</sup> Тако се од карактерних црта наводе неке које би на позитиван начин могле да одреде процес одмеравања казне. Ту спада разборитост, у смислу способности промишљања о везама између појава, неопходна за оцену околности и стварање претпоставке о дејству изабране казне на будуће понашање учиниоца. Умереност означава способност суздржавања и самоконтроле, како би се судија могао одупрети некритичком везивању за ауторитет других појединаца, група и институција, али и како би могао одолети претераном упливу личних ставова, уверења или сентимената. Праведност је развијени лични осећај за разликовање добра и зла, али у контексту важећег система вредности датог друштва, које би требало да „брани“ својом одлуком. Храброст омогућава непопуштање под евентуалним притисцима страна у поступку и других заинтересованих. Темперамент, у овом контексту, одређује енергетске атрибуте судије, начин усмеравања психичке енергије у циљу изналагања адекватне казне.

Наведене илустрације показују да се у домаћој литератури проблем посматра помало апстрактно, објашњавањем пожељних особина судије, док је англосаксонска литература практичније оријентисана и садржи описе многобројних емпиријских истраживања, спроведених са циљем утврђивања ванправних фактора који утичу на процес одмеравања казне. Kapardis наводи да је у земљама англосаксонског права у чак 140 студија о неуједначености кажњавања, идентификовао петнаест ванправних чинилаца, који иначе не би требало да утичу на доношење одлуке о казни, попут различитих карактеристика судије, преко расе, богатства или атрактивног физичког изгледа учиниоца итд.<sup>1400</sup> Стриктно говорећи, особености судије би требало да буду потпуно ирелевантне, њихов уплив у процес одмеравања није ни легалан ни легитиман, како немају никакве везе са делом и

---

<sup>1398</sup> R. Grasberger: *op. cit.*, стр. 113.

<sup>1399</sup> Г. З. Голубовић, А. Лакић, Б. Илић: *Основи форензичке психологије и психопатологије*, Бор, 2002. године, стр. 81. и надаље.

<sup>1400</sup> А. Kapardis: *Sentencing by English Magistrates as a Human Process*, у *The Psychology of Sentencing*, (editors D. C. Pennington, S. Lloyd-Bostock), Oxford, 1987. године, стр. 193.

учиниоцем. Упркос томе, многи су показали да оне ипак у извесној мери утичу на то како се он одвија, а пре свега на строгост или благост пунитивне оријентације.

Један од испитиваних фактора јесте социјално порекло судије. Међутим, контрадикторност налаза до којих су дошли различити истраживачи онемогућава доношење дефинитивног закључка о томе да ли и како припадност одређеној класи утиче на ставове о кажњавању. Поједини истраживачи су дошли до тога да су судије пореклом из средње класе строжије у односу на оне који потичу из радничког миљеа, али су други закључили обрнуто.<sup>1401</sup> Релативност дејства социјалног *background*-а се вероватно може приписати и националним специфичностима, јер је прво истраживање спроведено у Великој Британији, а друго у Канади.

Са образовањем судија је ствар нешто извеснија, јер је у више студија потврђено да остварује утицај на одмеравање казне,<sup>1402</sup> иако има и оних који донекле релативизују постављену корелацију.<sup>1403</sup> Да не би било забуне, под образовањем се у овом контексту подразумева не тако прецизно диференцирање на правничко образовање, дакле, оно које поседује позивни судија, и неки други степен и тип образовања, који је карактеристичан за судије поротнике. Hogarth је установио да правничко образовање ствара сигурност у сопствене ставове и доприноси креативаном и флексибилном приступу праву, због чега је правну обуку пороте сматрао пожељном и препоручљивом.<sup>1404</sup> Занимљиво је да се за судије поротнике у једној од ретких домаћих студија показало да имају ретрибутивнију оријентацију, јер најчешће предлажу казне веће од уобичајних.<sup>1405</sup> То се нимало не поклапа са неким теоријским претпоставкама да ширина казних распона у савременим законцима делује превише хаотично и дестимулативно на поротнике,

---

<sup>1401</sup> R. Hood: *Sentencing in Magistrate Courts: A Study in Variation Policy*, London, 1962. године, односно J. Hogarth: *Sentencing as a Human Process*, Toronto, 1971. године. Наведено према А. Карардис: *Sentencing by English Magistrates As a Human Process ...*, стр. 194.

<sup>1402</sup> B. L. Johnstone, N. P. Miller, R. Shoenberg, R. L. Weatherly: *Discretion in Felony Sentencing: A Study of Influencing Factors*, Washington Law Review, no. 48, 1978. године, стр. 857-889.

<sup>1403</sup> R. Hood: *Sentencing in Magistrates' Court: A Study in Variation in Policy*, London, 1962. године, наведено према А. Карардис: *Sentencing by English Magistrates as a Human Process ...*, стр. 194.

<sup>1404</sup> J. Hogarth: *Sentencing as a Human Process*, Toronto, 1971. године, стр. 386, наведено према А. Карардис: *Sentencing by English Magistrates as a Human Process ...*, стр. 194.

<sup>1405</sup> Т. Васиљевић, Љ. Лазаревић, М. Грубач, В. Кухајда: *Учеиће грађана у суђењу на територији САП Војводине*, Нови Сад, 1975. године, стр. 175. Наведено према Ј. Ћирић: *Друштвени утицаји на казнену политику судова ...*, стр. 82.



тако да није реално очекивати да они као лаици могу имати било какву идеју о висини казне.<sup>1406</sup> Не само што се поротници нису „изгубили“ у законским оквирима приликом одмеравања, него су у томе били строжи од позивних судија. На тај начин је доведена у питање и друга теоријска теза да поротници могу допринети хуманизацији одмеравања, јер за разлику од позивног судије имају више разумевања за „људску страну“ учиниоца, јер га не посматрају са етикетом правне квалификације, тј. као убицу, крадљивца и томе слично, већ се више руководе општим утисцима о његовој личности.<sup>1407</sup>

Године старости судије, посебно зрело доба, могле би се посматрати као нека врста гаранције квалитета суђења, на основу претпоставке нагомиланог знања, стручног и општег животног искуства. У Енглеској је уобичајно да судије и у познијем добу обављају овај позив, све до навршених 75 година када одлазе у пензију.<sup>1408</sup> Анализирајући старосну структуру Карардис је уочио да само четвртина судија има педесет или мање од педесет година (податак из 90-тих година прошлог века), па не чуди што су многи истраживачи дошли на идеју проуче да ли године старости имају некакве везе са казненом политиком, посебно због тога што их од већине учинилаца дели приличан број година. Није неосновано запитати се да ли је судија у стању да се услед генерацијског јаза „стави у кожу“ учиниоца, како би покушао да разуме његово понашање. Постоје истраживања која су показала да су године у стању да обликују казну, јер су старије судије строже поступале према учиниоцима млађег животног доба, као и да су према старијима имали толерантнији став и више разумевања.<sup>1409</sup> Питање је колико су ови налази могу генерализовати, како су узорком била обухваћена само кривична дела против безбедности јавног саобраћаја, где би неједнакост третмана могла да потиче и из опадања перцептивних и моторичких способности, које су веома битне за управљање возилом, а не из неког (не)свесног поистовећивања и солидарисања са учиниоцем из сопствене старосне групе или, посматрано из другог угла, из себичне старачке нетолеранције према млађима. Други истраживачи су имали општији

---

<sup>1406</sup> R. Grasberger: *op. cit.*, стр. 349.

<sup>1407</sup> *Idem.*

<sup>1408</sup> A. Kapardis: *Sentencing by English Magistrates as a Human Process ...*, стр. 195.

<sup>1409</sup> J. Hood: *Sentencing the Motoring Offender*, London, 1972. године, стр. 149. Наведено према А. Карардис: *Sentencing by English Magistrates as a Human Process ...*, стр. 195.

приступ проблему, невезујући се за одређени тип криминалитета. Gibson је открио да су старије судије често чланови конзервативних организација које карактеришу дискриминишући ставови према црнцима.<sup>1410</sup> Bond и Lemon су приметили неподударност у методолошком приступу случају и пеналним оријентацијама код младих и старијих судија. Старији су у већој мери окупирани питањима тежине дела и изналагањем казне која би „погодила“ циљеве спречавања и застрашивања.<sup>1411</sup> Са друге стране, млађи су били спремнији да се више посвете сагледавању учиниоца, да се упусте у испитивање социогенезе кривичног дела и казну обликују према потребама рехабилитације.<sup>1412</sup>

Пол је у једном делу литературе потпуно неутралан фактор, који никако не утиче на доношење одлуке о казни.<sup>1413</sup> Раније поменута студија Bond-а и Lemon-а је бацила другачије светло на овај проблем, издвајајући мушки и женски модел размишљања. Кључно је то што полови немају исте аршине за вредновање поједних релевантних чињеница, јер су жене у поређењу са мушкарцима много склоније да кроз казну валоризују податке из извештаја и налаза тзв. социјалних истраживања (*social enquiry*), под чиме се заправо подразумевају подаци какви се код нас подводе под личне и породичне прилике. Занимљиво је да и раније поменуто домаће истраживање има сличне резултате, како се показало да су жене болећивије од мушкараца према учиниоцима који имају породицу, посебно малолетну децу.<sup>1414</sup> Са друге стране, мушкарци се опет лакше мире са теоретском могућношћу да се казном може нанети неправда осуђеном лицу.<sup>1415</sup> Неки негирају благост жена, јер је у њиховом узорку било више оних које су одмеравале дуже казне и чешће се опредељивале за казну затвора, иако је било могуће заменити је

---

<sup>1410</sup> J. L. Gibson: *Race as a Determinant of Criminal Sentences: A Methodological Critique and a Case Study*, *Law and Society Review*, no. 12, vol. 3, 1978. године, стр. 455-478.

<sup>1411</sup> R. A. Bond, R. F. Lemon: *Changes in Magistrates' Attitudes During the First Year on the Bench*, *Psychology, Law and Legal Process*, London, 1979. године, наведено према А. Капардис: *Sentencing by English Magistrates as a Human Process ...*, стр. 195.

<sup>1412</sup> *Idem*.

<sup>1413</sup> G. Rose: *An Experimental Study of Sentencing*, *British Journal of Criminology*, no. 5, 1965. године, стр. 314-319, Н. М. Kritzer, Т. М. Uhlmann: *Sisterhood in the Courtroom: Sex of Judge and Defendant in Criminal Case Disposition*, *Social Science Journal*, no. 14, 1977. године, стр. 366-379. и др.

<sup>1414</sup> Т. Васиљевић, Јб. Лазаревић, М. Грубач, В. Кухајда: *op. cit.*, стр. 175. Наведено према Ј. Тирић: *Друштвени утицаји на казнену политику судова ...*, стр. 82.

<sup>1415</sup> А. Капардис: *Sentencing by English Magistrates as a Human Process ...*, стр. 196.

неком од алтернатива.<sup>1416</sup> Стогост жена судија је потврдило и једно веома обимно проучавање спроведено осамдесетих година прошлог века у САД, засновано на узорку од чак 27.000 пресуда.<sup>1417</sup> Међутим, неки децидиран став о утицају пола на начин правног резонувања дефинитивно није могуће оформити, пошто постоји и трећа група аутора са особеним закључцима. Посматрајући осуђујуће пресуде у петогодишњем периоду (1988-1993), Vagoch је закључио да питање пола није тако једноставно и да на став судије утиче чињеница да ли одлуку о казни доноси сам или у већу, када и његов састав треба укључити у игру.<sup>1418</sup> Посматрано појединачно, жене су милосрдније од мушкараца, што је објашњено њиховом већом склоношћу да предност дају рехабилитативном приступу кажњавању. Међутим, мешовита већа са женом или женама у саставу одмеравају више казне у поређењу са једнообразним већима, састављеним само од судија мушкараца. То је и навело аутора да констатује да „*ако жене имају другачији глас, он сигурно мутира у процесу одмеравања казне*“ када се одлука доноси са колегама мушкарцима, а ову појаву, по његовом мишљењу, треба приписати чињеници да се жене још увек нису избориле за потпуно једнак положај, да су у правосуђу још увек маргинализоване.<sup>1419</sup> Психолошки посматрано, појава се може објаснити тиме што жене једноставно пасивно пристају на став доминатних колега и не опонирају им, да би биле прихваћене. Није искључено ни то да оне, пошто желе да се докажу у овој традиционално мушкој професији, страхују да ће бити оцењене као недовољно одлучне уколико покажу благост, те аутоцензуришу и „гуше“ сопствени став свесно предлажући строжу казну. Укратко речено, оригинални лични став о казни се може изгубити у групној динамици, у процесу који се у психологији група назива конформирањем.<sup>1420</sup>

Расне тензије су у неким друштвима инспирисале испитивање и ове личне карактеристике судије, ма како то чудно звучало. Једно новије истраживање у САД

---

<sup>1416</sup> J. Gruhl, C. Spohn, S. Welch: *Women As Policy Maker; The Case of Trial Judges*, American Journal of Political Sciences, no. 25, 1981. године, стр. 308-322.

<sup>1417</sup> M. A. Myers, S. M. Talarico: *The Social Context of Criminal Sentencing*, New York, 1987. године, наведено према А. Карардис: *Psychology of Law: A Critical Introduction ...*, стр. 216.

<sup>1418</sup> B. Vagoch: *Judging in a Different Voice: Gender and Sentencing of Violent Offender in Israel*, Journal of Sociology of Law, no. 27, 1999. године, стр. 51-78.

<sup>1419</sup> B. Vagoch: *op. cit.*, стр. 70.

<sup>1420</sup> Н. Рот: *Психологија група*, Београд, 2006. године, стр. 263.

је открило поражавајуће резултате да судије афро-американци у сличним случајевима одмеравају строже казне припадницима своје расе него белцима.<sup>1421</sup> Објашњење за ову појаву би се могло наћи у истој идеји која је изложена у вези са женама судијама. Дуготрајна резервисаност судијске функције за белце и мања заступљеност припадника других раса, код њих може створити утисак да тек треба да се доказују, те у настојању да прикажу своју професионалност и објективност, као и да избегну спочитавања да фаворизују „своје“, упадају у замку друге неприхватљиве крајности.

У делу психолошко-социолошке литературе посебна пажња је посвећена могућем упливу религијског опредељења судије. Припадност одређеној религији подразумева и усвајање одређеног система вредности, из којег деривирају и оквирни ставови о преступништву уопште и циљевима кажњавања. Како су овакве студије рађене у Енглеској, САД и Канади, разумљиво је да што су се у фокусу нашли католици и протестанти, тако да она немају универзални значај. Bowen, на жалост, сем констатације да се религијска припадност рефлектује на кажњавање, није детаљније објаснио како се то и у ком смеру дешава.<sup>1422</sup> Други аутори су неупоредиво конкретнији. Hogarth је чак сачинио листу по строгости, на којој су прво место заузели романо-католици, друго англиканци, а треће протестанти (презбитеријанци).<sup>1423</sup> Проблематичност наведених закључака проистиче из методологије овог аутора, који је испитивао само вредносне ставове и оријентације, али их није проверио упоређивањем са праксом одмерених казни. Отуда се и њихова прихватљивост може ставити под знак питања. Сличан модел истраживања је применио и Gibson, са циљем да утврди да ли постоје дискриминаторски ставови према црнцима, на основу чега је закључио да су они најзаступљенији међу припадницима протестантске вероисповести.<sup>1424</sup>

---

<sup>1421</sup> D. B. Mulhausen: *The Determination of Sentencing in Pennsylvania: Do the Characteristics of Judges Matter?*, Washington, 2004. године, наведено према А. Kapardis: *Psychology and Law: A Critical Introduction* ..., стр. 217.

<sup>1422</sup> R. A. Bowen: *Social Background and Judicial Decision-Making*, Harvard Law Review, no. 79, 1976. године, стр. 1551-1561.

<sup>1423</sup> Наведено према А. Kapardis: *Sentencing by English Magistrates as a Human Process* ..., стр. 196.

<sup>1424</sup> J. L. Gibson: *Judges` Role Orientations, Attitudes and Decisions, an Interactive Model*, American Political Science Review, no. 72, 1978. године, стр. 911-924.

Политичко опредељење судија се, такође, нашло на листи потенцијалних ванправних фактора. Иако је политизација процеса одмеравања изузетно негативна појава, са једне стране је уплив политичког опредељења логичан, и то из сличних разлога из којих се религија нашла у овом контексту. Политички програми садрже вредносне ставове о многим друштвеним питањима, па и о томе како организовати правосуђе, како се борити против криминала и слично. Међутим, занимљиво је да се по овом питању у литератури налази на прилично неуједначене, чак и супротне резултате, те је веома тешко заузети неки децидиран став. Walker сматра да нема основа за повезивање кажњавања и партијске припадности,<sup>1425</sup> Hood даје необразложено запажање да политичко опредељење судије усмерава процес кажњавања, Bond и Lemon проглашавају значајним инклинирање ка конзервативној и лабуристичкој партији, услед различитог поимања циљева кажњавања које ове партије заузимају.<sup>1426</sup>

Када се већ говори о циљевима кажњавања, требало би поменути да у кривичноправним системима који их изричито не регулишу индивидуална схватања судије долазе до пуног изражаја. Иако сврха кажњавања не спада у законске смернице редовног одмеравања, то не значи да се она уопште не појављује у овом процесу, већ само да се пробија у облику личног става судије. Раније је поменуто да то може бити један од узрока неједнаког поступања у сличним случајевима, јер свака од теорија има своје релевантне околности. Forst и Welford су показали да се чак 40% разлика у пресудама може објаснити тиме што су судије заговорници различитих циљева кажњавања.<sup>1427</sup> Други немачки истраживачи су емпиријски потврдили релацију између прихватања генерално-превентивне функције и одмеравања других безусловних казни затвора, односно,

---

<sup>1425</sup> T. G. Walker: *A Note Concerning Partisan Influence on Trial-judge Decision-making*, Law and Society, no. 6, 1972. године, стр. 645-649.

<sup>1426</sup> J. Hood: *Sentencing the Motoring Offender*, London, 1972. године и R. A. Bond, R. F. Lemon: *Changes in Magistrates' Attitudes During the First Year on the Bench*, Psychology, Law and Legal Process, London, 1979. године, наведено према А. Карардис: *Sentencing by English Magistrates as a Human Process ...*, стр. 197.

<sup>1427</sup> J. Endres: *Einstellungen zu Straf- und Sanktionszwecken und ihre Messung*, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, no. 75(6), 1992. године, наведено према Н. Мрвић-Петровић, Ђ. Ђорђевић: *Моћ и немоћ казне*, Београд, 1998. године, стр. 23.

између прихватања ресоцијализације и одмеравања новчане казне (Streng (1984), Oswald и Bylsky (1991), Endres (1991)).<sup>1428</sup>

Оно што, такође, може бити проблематично, мада није резервисано само за системе без нормиране сврхе, јесте појава замене редоследа ствари, у смислу да судија, уместо да тражи казну која ће одговарати одређеном кривичном делу и учиниоцу, тражи кривично дело и учиниоца који ће одговарати казни, добијеној на основу сопствене или законске пеналне философије. Hogarth је приметио да селекција и интерпретација чињеница бивају детерминисане прихваћеним циљем, тако да: „... постоји повезаност између циљева који се настоје постићи и фактора који се издвајају, изолују и начина на који се вреднују у процесу одмеравања казне“.<sup>1429</sup> Неки други су запазили недоследност судија између декларативног залагања и онога што чине у конкретном случају. Kapardis је својим испитаницима најпре поставио задатак да рангирају циљеве, при чему је најфреквентнији циљ на који се судије позивале био индивидуално спречавање, за којим следе заштита друштва, генерална превенција, осуда кривичног дела и репарација жртава.<sup>1430</sup> Међутим, када је сврха посматрана на конкретнијем нивоу, у вези са одмереном казном за различите врсте деликата, редослед је постао другачији. За краће је индивидуално спречавање дошло на прво место, док је за силовање то била ретрибуција.<sup>1431</sup>

Личне ставове о кажњавању може обликовати и припадност одређеном суду. Тако је Hogarth открио да су судије у великим градовима строже од својих колега у малим градовима. Ово је некако и логично, у малим срединама, судија се може осећати као да суди „својима“, као што ће и више водити рачуна о томе како ће казна бити прихваћена у тој локалној средини, што може да ублажи казнену реакцију. Надаље, ефекти стигматизације и етикетирања осуђених су сигурно јачи у малим заједницама. У великим срединама осуђени се по издржавању казне може „изгубити“ у маси и кренути испочетка, а тако нешто тешко изводљиво у малим

---

<sup>1428</sup> J. Endres: Einstellungen zu Straf- und Sanktionszwecken und ihre Messung, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, no. 75(6), стр. 309-310. и 318-319, наведено према Н. Мрвић-Петровић, Ђ. Ђорђевић: *op. cit.*, стр. 23.

<sup>1429</sup> Наведено према А. Kapardis: *Sentencing by English Magistrates as a Human Process ...*, стр. 198.

<sup>1430</sup> А. Kapardis: *op. cit.*, стр. 198.

<sup>1431</sup> *Idem.*

средионама. Отуда није искључено да се овај ефекат урачунава када се одлучује о казни, јер ће осуђени ионако трпети различите ванправне негативне последице свог недозвољеног понашања, санкције тзв. неорганизованог друштва. Величина заједнице одређује и ефикасност појаве која се назива неформалном социјалном контролом, која несумњиво много боље функционише у малим средионама. То значи да се у процени специјалне превенције судија делом може ослонити и на овај механизам, а то опет води олакшавању казне.

Други значајан аспект деловања организационих фактора на процес одмеравања односи се на то да ли судија доноси одлуке сам или то чини у саставу судског већа. У социјалној психологији је познато да на наше судове утичу судови других људи са којима смо у контакту.<sup>1432</sup> Индивидуална својства и пристрасности у интеракцији чланова групе могу бити и неутралисана и апсорбована. Тако је у овом контексту најзначајније одговорити на питање да ли је строжи судија појединац или судско веће, мада то није лако, јер се дела различитих тежина налазе у њиховој надлежности. Упоредивање номиналних износа свакако представља погрешан пут, али се зато слика о строгости или благости може добити ако се изречена казна посматра у односу на степен искоришћења законских оквира. Поједини истраживачи су потврдили да састав суда усмерава одлуку о казни и да није свеједно да ли казну одмерава само један или је настала као резултат групне динамике,<sup>1433</sup> а има и оних који нису успели да пронађу никакве правилности.<sup>1434</sup> У нашој теорији постоји схватање да начело зборности доприноси квалитету рада, јер омогућава трансмисију знања и искуства са старијих на млађе судије, али и да доприноси одуговлачењу поступка, те би се могло критиковати са становишта процесне економије.<sup>1435</sup>

---

<sup>1432</sup> Н. Пот: *Психологија група ...*, стр. 297. и надаље.

<sup>1433</sup> J. Baldwin: *The Social Composition of Magistracy*, British Journal of Criminology, no. 16, vol. 1, 1976. године, стр. 171-174.

<sup>1434</sup> А. Карардис: *Sentencing by English Magistrates as a Human Process ...*, стр. 200.

<sup>1435</sup> Ј. Ћирић: *Друштвени утицаји на казнену политику судова ...*, стр. 207.

## 2.2. Утицај индивидуалних карактеристика учиниоца кривичног дела и његовог понашања у кривичном поступку на доношење одлуке о казни

Иако се излагање о утицају индивидуалних карактеристика учиниоца може учинити као непотребно понављање, то није тако, јер је у претходним поглављима било речи о својствима учиниоца, које се легално и легитимно вреднују приликом редовног одмеравања, док је овде фокус истраживања померен на особености које не би требало да утичу на избор казне, али су на овај или онај начин „прошверцоване“.

Посматрано са правног аспекта, изглед учиниоца спада у потпуно ирелевантне чињенице. Међутим, сазнања социјалне психологије говоре да је визуелна импресија пресудна за то да ли ће нам се неко допасти или не, због веровања да уз добар изглед „у пакету“ иду и друге позитивне особине, попут друштвености, отворености, популарности, сексуалности, тако да се овакве особе доживљавају као самопотврђене, срећне и задовољне.<sup>1436</sup> У томе нема разлике међу женама и мушкарцима, те су оба пола склона да подлегну стереотипу да је оно што је лепо истовремено и добро. Експериментална истраживања су показала да се понашање људи мења у зависности од тога да ли су у присуству друге особе пожељне или непожељне спољашњости,<sup>1437</sup> као и да се особама пристојне појаве теже додељује етикета девијантности.<sup>1438</sup> Када је одмеравање казне у питању, прилично бројне симулације су откриле да атрактивност утиче на умањивање казне, мада то не важи увек, јер у случају када је коришћена при извршењу дела, делује супротно, тј. отежавајуће.<sup>1439</sup> И проучавања судске казнене политике су

---

<sup>1436</sup> A. Kapardis: *Psychology and Law: A Critical Introduction ...*, стр. 213.

<sup>1437</sup> R. Bull: *The Importance of Being Beautiful*, New Society, no. 30, 1974. године, стр. 412-414.

<sup>1438</sup> D. J. Stefensmeier, J. Cramer, C. Streifel: *Gender and Imprisonment Decisions*, Criminology, no. 31, 1993. године, стр. 411-446, D. J. Stefensmeier, R. M. Terry: *Deviance and Respectability: An Observational Study of Reactions to Shoplift*, Social Forces, no. 51, 1973. године, стр. 417-426.

<sup>1439</sup> L. Efran: *The Effects of Physical Appearance On the Judgment of Guilt, Interpersonal Attraction and Severity of Recommended Punishment in a Simulated Jury Task*, Journal of Research of Personality, no. 8, 1974. године, стр. 44-54, D. Landy, E. Aronson: *The Influence of Character of the Criminal and His Victim on Decisions of Simulated Jurors*, Journal of Experimental Social Psychology, no. 5, 1969. године, стр. 141-152, H. Sigall, N. Ostrove: *Beautiful But Dangerous: Effects of Offender Attractiveness and Nature of the Crime on Juridic Judgments*, Journal of Personality and Social Psychology, no. 31, 1975. године, стр. 410-414, R. Mazzella, R. Feingold: *The Effects of Physical Attractiveness, Race, Socioeconomic Status and Gender of Defendants and Victims on Judgments of Mock Jury: A Meta-*



указала на исти резултат да атрактивне и друштвено цењене особе лакше изазивају саосећање и тиме добијају мање казне.<sup>1440</sup> Отуда није за чуђење што браниоци саветују своје клијенте да поведу рачуна о свом изгледу и понашању, а посебно да избегавају све оно што би могло да асоцира на дело које су учинили.<sup>1441</sup> Оваква тактика одбране заправо „игра на карту“ уврежених стереотипа о криминалцима, сугеришући учиниоцима да се потруде да изгледају и поступају „антикриминално“. Тако Grasberger наводи да би убица требало да се појави у свечаном оделу, свеже избријан, и да на свако питање одговара љубазно, са осмехом на лицу, провалник би требало да „скупим“ изгледом остави утисак добростојеће особе којој туђе није потребно, и слично. Иако делују као баналне ситнице, оне се урезају у памћење и несвесно стварају одређени утисак. Међутим, сигурно је да искусни судија неће допустити да буде лаковерно заведен тенденциозно осмишљеним имиџом. Свака тактика има против-тактику, артифицијелна љубазност се „топи“ протеком времена, услед повећања умора и опадања пажње, право лице се може открити у суочењу са неким „непријатним“ сведоком и слично.<sup>1442</sup>

Међутим, допадљивост или недопадљивост се формирају и на основу неких других параметара, о чему недвосмислено говори и следећи експеримент. Групи испитаника су предочени описи два саобраћајна кривична дела са задатком да одмере казну. Околности под којима су извршена биле су потпуно идентичне, једина разлика је постојала у неким карактеристикама активног и пасивног субјекта, које су утицале на то да буду перципирани као симпатични или антипатични. Тако је знатно тежа казна одређена у случају када је учинилац припадник мафијашке организације, а жртва познати архитекта, угледан и породичан човек, него када су се нашли у обрнутим улогама, иако то нема никакве реалне везе са конкретним кривичним делом.<sup>1443</sup> Ово је веома ефектна илустрација

---

*Analysis*, Applied Social Psychology, no. 24, 1994. године, стр. 1315-1344, D. A. Abwender, K. Hough: *Interactive Effects of Characteristics of Defendant and Mock Juror on Us Participants` Judgment Sentencing Recommendations*, Journal of Social Psychology, no. 141, vol. 5, 2001. године, стр. 603-615.

<sup>1440</sup> J. E. Stewart: *Defendants` Attractiveness as a Factor in the Outcome of Criminal Trials: An Observational Study*, Journal of Applied Social Psychology, no. 10, 1980. године, стр. 348-361.

<sup>1441</sup> R. Grasberger: *op. cit.*, стр. 128.

<sup>1442</sup> *Idem.*

<sup>1443</sup> H. J. Schneider: *Das Opfer und sein Täter. Partner in Verbrechen*, München, 1979, стр. 89. Наведено према Ж. Хорватић: *Утјецај жртве на судско одмјеравање казне и примену других кривичних санкција према учиниоцу кривичног дјела*, Наша законитост, бр. 5-6, стр. 526.

како се може манипулисати процесом одмеравања, тобоже узгредним пласирањем података који су потпуно ирелеватни за дату кривичну ствар. Како се веома успешно надовезују на наше опште ставове и представе, некада и на заблуде и предрасуде, они су у стању да ефикасно и неосетно усмере одлуку о казни.

Код нас нису рађена истраживања овог типа, те је тешко било шта рећи о томе да ли постоји недозвољени уплив изгледа у процес редовног одмеравања, али је упозорено да се некада образовање, социјални положај, то што је неко добар супружник или родитељ погрешно цене као олакшавајуће чак и код дела која су настала злоупотребом поверења, када се баш због поменутих позитивних особина од учиниоца очекивало управо супротно, тј. коректно понашање. Са друге стране, има примера некритичког вредновања понашања учиниоца у кривичном поступку. Пристојност у опхођењу се често неоправдано награђује, иако је то нешто што би требало да буде уобичајно и да се подразумева. Није у питању никакав значајан домет или позитиван помак у понашању учиниоца, да би се на тај рачун умањивала казна.

Гледајући статистичке податке о броју осуђених жена и структури изречених казни, могао би се стећи утисак да су им судови наклоњенији.<sup>1444</sup> Међутим, не треба изгубити из вида да корени мањег броја осуђених жена и мање строгости казни могу да леже у феноменологији криминалитета, у чињеници да је криминалитет мање заступљен у женској популацији, као и у томе да оне врше углавном лакша дела.<sup>1445</sup> Благост казнене политике се може приписати и низу других фактора: прво, жене су већином примарни учиниоци, а и када су рецидивирале број претходних осуда је мањи него код мушкараца; друго, жене се доживљавају као мање опасне, јер су дела која чине често настала из чињенице да су најпре биле виктимизиране; треће, економске анализе указују да су трошкови задржавања жена већи, због чешћег коришћења медицинских услуга и обавезе

---

<sup>1444</sup> Готово константно жене чине нешто мање од 10% свих осуђених пунолетних лица у нашој земљи. Видети *Саопштење Републичког завода за статистику, бр. 203, година LXII, од 19.7.2012. године, Статистика правосуђа*, поглавље *Осуђена пунолетна лица према старости и полу 2007-2011.* (табела 5), стр. 3.

<sup>1445</sup> У структури криминалитета жена су најчешћа дела против части и угледа, кривична дела против имовине, која се најчешће врше у циљу прибављања основних средстава, а мањим делом из похлепе, телесне повреде, дела против привреде и против службене дужности. С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић: *op. cit.*, стр. 236.

старања о деци; и четврто, жене успостављају шире и јаче друштвене везе, које се сматрају ефикасним неформалним механизмом социјалне контроле.<sup>1446</sup> У недостатку домаћих истраживања, као и код других чинилаца, и овде се морамо ослонити на англосаксонску литературу, у којој постоји обиље истраживања на тему полне равноправности у кажњавању. Међутим, велики је проблем што оне не дају јединствене резултате – већина говори о блажем поступању према женама,<sup>1447</sup> иако има аутора који нису регистровани никакве конекције између пола и одмерене казне,<sup>1448</sup> док су права реткост истраживања која откривају генерално строже поступање према женама.<sup>1449</sup> Најдрастичнија разлика у казненем третману постоји у случају убиства детета.<sup>1450</sup> Рационално објашњење лежи у томе што се овакво дело посматра као потпуно неспојиво са женама, које се као мајке уобичајно перципирају као нежније, брижније, толерантније и слично. У том смислу, истраживачи истичу да са онима које су извршиле дело, мора да „нешто није у реду“, што резултира блажим третманом.

Међутим, неки аутори апострофирају да се појединим околностима даје другачији значај у зависности од тога да ли су регистроване код жене или код мушкарца. Постојање малолетне деце у већој мери женама умањује казну (38% према 16% код мушкараца), исто као и озбиљан стрес који је претходио извршењу

---

<sup>1446</sup> D. Steffensmeier, S. Demuth: *Does Gender Modify the Effect of Race-Ethnicity on Criminal Sanctioning? Sentences for Male, Female, White, Black and Hispanic Defendants*, Journal of Quantitative Criminology, no. 22, 2006. године, стр. 246.

<sup>1447</sup> C. Hedderman: *Decision-Making in Court: Observing the Sentencing of Man and Women*, Psychology, Crime and Law, no. 1, 1994. године, стр. 165-173, A. Kapardis, D. P. Farrington: *An Experimental Study of Sentencing by Magistrates*, Law and Human Behavior, no. 5, 1981. године, стр. 107-121, D. N. Atkinson, D. A. Neuman: *Judicial Attitudes and Defendant Attributes: Some Consequences of Municipal Court Sentencing*, Journal of Public Law, no. 19, 1970. године, стр. 69-87, и D. Moxon: *Sentencing Practice in the Crown Court*, Home Office Research Study no. 103, 1988. године, наведено према A. Ashworth: *op. cit.*, стр. 176.

<sup>1448</sup> S. H. Clarke, G. G. Koch: *The Influence of Income and Other Factors On Whether Criminal Defendants Go to Prison*, Law and Society Review, no. 11, 1976. године, стр. 57-92, D. Farrington, A. Morris: *Sex, Sentencing and Reconviction*, British Journal of Criminology, no. 23, 1983. године, стр. 229.

<sup>1449</sup> R. E. Hampton: *Sexual Sentencing*, Australian and New Zealand Journal of Criminology, no. 12, 1979. године, стр. 24-32, A. Kapardis: *Psychology and Law: A Critical Introduction ...*, стр. 208.

<sup>1450</sup> R. D. Mackay: *The Consequences of Killing Very Young Children*, Criminal Law Review, 1993. године, стр. 21-30, A. Wilzinsky, A. Morris: *Parents Who Kill Their Children*, Criminal Law Review, 1993. године, стр. 31-36.

дела (38% према 16%), односно мала улога у делу (22% према 11%).<sup>1451</sup> Надаље, установљено је да у положају жена постоје разлике, јер постоји веће вероватноћа да оне неудате или разведене добијају више казне од оних у браку.<sup>1452</sup> Очито је „симпатисање“ одређених животних стилова, на које некада претерано агресивно упозоравају феминистички оријентисани аутори, оптужујући правосуђе за сексизам. Феминистичка литература и у начину одмеравања казне препознаје фаворизовање наметнутих традиционалних родних улога, „*патерналистички приступ који настоји да очува породицу као друштвену институцију*“.<sup>1453</sup> Пред судовима се ствара портрет мушкарца-хранитеља, док се о женама говори као о зависним особама и домаћицама, чешће се женама приписују неки психички проблеми, чак и када је таква констатација слаба и спорна.<sup>1454</sup> Неки су установили да обојене жене више профифирају од полне припадности у односу на белкиње,<sup>1455</sup> што сведочи о тешкоћама издвојеног проучавања дејства појединачних фактора, због комбиновања и међусобне испреплетености са другим чиниоцима.

Као интересантна могла би се издвојити студија о образложењима датим приликом изрицања казне, у којој су примећене разлике у поступању у зависности од тога да ли је казна одмерена мушкарцу или жени.<sup>1456</sup> Судије су много речитије, дају шира објашњења када казну изричу мушкарцу. Занимљиво је да се ситуација мења када треба образложити казну одмерену жени за дело које погађа мушкарца, јер објашњења постају детаљнија, са фокусом на лик жене и њене мотиве. У односу на мушкарце-учиниоце централна тачка правне аргументације јесте тежина дела, док је осврт на индивидуалне околности мање присутан. Аутори су налаз објаснили

---

<sup>1451</sup> Налази из D. Moxon: *Sentencing Practice in the Crown Court*, Home Office Research Study no. 103, 1988. године, M. Eaton: *Justice for Women?*, Open UP, 1986. године, наведено према A. Ashworth: *op. cit.*, стр. 176.

<sup>1452</sup> D. Farrington, A. Morris: *op. cit.*, стр. 229, A. Morris: *Sex and Sentencing*, *Criminal Law Review*, 1988. године, стр. 163.

<sup>1453</sup> K. Daly: *Structure and Practice of Familial-Based Justice in the Courtroom*, *Law and Society Review*, no. 21, 1987. године, стр. 267-290.

<sup>1454</sup> L. Gelsthorpe, N. Loucks: *Magistrates' Explanations of Sentencing Decisions*, *Understanding the Sentencing of Women*, Home Office Research Study, London, 1997. године, наведено према A. Kapardis: *Psychology and Law: A Critical Introduction ...*, стр. 206. и T. Henning: *Psychological Explanations of Sentencing Women in Tasmania*, *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, no. 28, 1995. године, стр. 298-322.

<sup>1455</sup> D. Steffensmeier, S. Demuth: *op. cit.*, стр. 257.

<sup>1456</sup> G. Fontaine, C. Emily: *Causal Attribution and Judicial Discretion: A Look at Verbal Behavior of Municipal Court Judges*, *Law and Human Behavior*, no. 2, 1978. године, стр. 323-337.

чињеницом да се због веће заступљености мушкараца у криминалним активностима, њихово дело више доживљава као „нормално“, док се због ређе присутства у женској популацији криминалитет чини као нешто „изузетно“, а то изазива фокусирање на субјективне чињенице везане за жену-учиниоца.

Један од најиспитиванијих индивидуалних фактора који се односе на учиниоца је сигурно расна припадност, и у томе нема разлике између земаља англосаксонског подручја. Мешовита структура становништва, настала сталним миграторним приливом људи са различитих континената вероватно је допринела чињеници да ова тема буде много актуелнија него у државама хомогенијег састава. Примећено је да различито поступање према другој раси или некој другој мањинској групи није увек подједнако вероватно, много га је реалније очекивати код дела која представљају симболичку или политичку претњу владајућем друштвеном поретку.<sup>1457</sup> Она изазивају хомогенизујуће ефекте са циљем да се очува *status quo*, а типични примери симболичких претњи су међурасни крвни, сексуални деликти и деликти у вези са опојним дрогама. Низ истраживања је показао да утицај расе није тако једноставан и да се манифестује тек у комбинацији са неким другим чиниоцима. Тако опасност од дискриминације расте што је мањинска група бројнија, што су веће економске разлике између ње и припадника већине, што је већа стопа криминалитета.<sup>1458</sup> У корену ове појаве се налазе предрасуде према другим расама, априорне оцене да су црнци и хиспано учиноци агресивнији, опаснији, склонији рецидивизму, да их је много теже одвратити од дела, јер не поштују ауторитет било које врсте, јер су генерално склонији различитим девијантним стиловима живота.<sup>1459</sup>

Прва темељна истраживања да ли постоји расна дискриминација у Великој Британији спроведена су осамдесетих година прошлог века. Томе је једним делом „кумовала“ и статистика, која је указивала на значајну дискрепанцу, како су учиноци других раса у затворској популацији заступљени са око 16% (када су у питању мушкарци) односно са око 26% (када су у питању жене), иако их у укупној

---

<sup>1457</sup> O. Mitchell: *A Meta-Analysis of Race and Sentencing Research: Explaining the Inconsistencies*, Law and Human Behavior, vol. 21, no. 4, 2005. године, стр. 442.

<sup>1458</sup> O. Mitchell: *op. cit*, стр. 443.

<sup>1459</sup> D. Steffensmeier, S. Demuth: *op. cit*, стр. 246.

популацији има само 4% односно 5%.<sup>1460</sup> Да ли би то требало сматрати показатељем неједнаког поступања судова? Већина истраживања је дала одречан одговор, тако да дискриминација можда постоји у појединим случајевима, али не и као системска и организована пракса.<sup>1461</sup> И Ashworth, такође, сматра да процес одмеравања казне није проблематичан, мада упозорава да то не значи да је систем као целина „очишћен“ од ове негативне појаве, већ да је она само померена на неке друге нивое, пошто постоји већа вероватноћа да ће црнац бити заустављен на улици, легитимисан и приведен или да ће му бити одређен притвор, при чему има мање изгледа да ће из притвора бити пуштен уз јемство.<sup>1462</sup> Неки су, ипак, пронашли да се расна припадност рефлектује на избор врсте казне, јер је за припаднике других раса (сем беле) изгледније да ће добити казну затвора, а не неку другу која, правно посматрано, може бити њена замена, док није регистрован уплив на дужину казне затвора.<sup>1463</sup>

Статистика је и у САД иницирала истраживања о утицају расе на одмеравање казне. Изрицање смртне казне за убиство и силовање је пет односно девет пута чешће ако је учинилац афро-американац, мада то само по себи не говори да је у питању дискриминација.<sup>1464</sup> Са друге стране, неке студије заиста потврђују строже поступање према црнцима и учиниоцима хиспано порекла, које је посебно изражено ако је жртва беле расе.<sup>1465</sup> То се у психолошком смислу може разумети, напад на представника групе којој припада већина судија се једним делом схвата

---

<sup>1460</sup> A. Ashworth: *op. cit.*, стр. 174.

<sup>1461</sup> J. Baldwin, M. McConville: *The Influence of Race on Sentencing in England*, Criminal Law Review, 1982. године, стр. 652, J. Crow, J. Cove: *Ethnic Minorities and the Court*, Criminal Law Review, 1984. године, стр. 413, T. Jefferson, M. A. Walker: *Ethnic Minorities and the Criminal Justice System*, Criminal Law Review, 1992. године, стр. 83-95, A. Kapardis, D. P. Farrington: *An Experimental Study of Sentencing by Magistrates*, Law and Human Behavior, no. 5, 1981. године, стр. 107-121, I. Brown, R. Hullin: *A Study of Sentencing in Leeds` Magistrate Court: The Treatment of Ethnic Minority and Whites*, British Journal of Criminology, no. 32, 1992. године, стр. 41-53.

<sup>1462</sup> A. Ashworth: *op. cit.*, стр. 174.

<sup>1463</sup> B. Hudson: *Discrimination and Disparity: The Influence of Race on Sentencing*, New Community, no. 16, 1989. године, стр. 23-34.

<sup>1464</sup> A. Aguirre, D. V. Backer: *Empirical Research on Racial Discrimination in the Imposition of Death Penalty*, Criminal Justice Abstracts, 1990. године, стр. 135-151.

<sup>1465</sup> G. Kleck: *Life Support for Ailing Hypothesis, Models for Summarizing the Evidence for Racial Discrimination in Sentencing*, Law and Human Behavior, no. 9, 1985. године, стр. 271-284, A. Walsh: *Race and Discretionary Sentencing: An Analysis of Obvious and Non-Obvious Cases*, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, no. 35, 1991. године, стр. 7-19, L. T. Sweeny, C. Haney: *The Influence of Race on Sentencing: A Meta-Analytic Review of Experimental Studies*, Behavioral Science and Law, no. 10, 1992. године, стр. 179-195. и др.

„лично“ услед процеса идентификације, те у том смислу смртна казна ефикасније него друге остварује и екстралегалну функцију да заштити односну групу и очува однос снага са другим групама. Требало би поменути да од доношења раније поменутог нумеричког упутства, тема утицаја расе и других индивидуалних карактеристика није више тако актуелна, како је одмеравање казне строго засновано на два параметра, на тежини кривичног дела и криминалној прошлости учиниоца, што је у претхоним излагањима детаљно објашњено. Драстично ограничавање дискреционе оцене прилично смањује могућност да се овакав тип дискриминације, било свесно било несвесно, увуче у процес редовног одмеравања казне.

Утицај расе је потврђен и у истраживањима спроведеним у Аустралији и на Новом Зеланду, као и у Канади.<sup>1466</sup> Један од тамошњих истраживача (Walker) је закључио да је закључио да овакве студије могу бити и контрапродуктивне, како се може десити да судије, у циљу избегавања приговора расне дискриминације намерно почну доносити одлуке у корист учиниоца.

Много мање пажње је посвећено неким другим карактеристикама учиниоца, попут запослености, имовинских прилика или друштвеног статуса уопште. Када је запосленост у питању примећена је извесна правилност, јер се запосленима више изриче новчана казна, а незапосленима условна осуда, неки други супститут казне и казна затвора, као што и дужина казне затвора и рада у јавном интересу варирају на штету незапослених.<sup>1467</sup> То наводи на закључак да се запослени сматрају социјално адаптиранијим и „позитивнијим“, иако у савременим економским

---

<sup>1466</sup> Примери истраживања за Аустралију и Нови Зеланд у L. Snowball, D. Weatherburn: *Does Racial Bias in Sentencing Contribute Indigenous Overrepresentation in Prison*, Australian and New Zealand Journal of Criminology, no. 40, vol. 3, 2007. године, стр. 272-290, J. Walker, D. McDonald: *The Overrepresentation of Indigenous People in Custody in Australia*, Trends and Issues in Crime and Criminal Justice, no. 47, 1995. године, стр. 1-6, S. Mugford, M. Gronfors: *Racial and Class Factors in the Sentencing of First Offenders*, Australian and New Zealand Journal of Criminology, no. 14, 1978. године, стр. 58-61. Опис канадских истраживања у J. Hagan: *Law, Order and Sentencing: A Study of Attitude in Action*, Sociometry, no. 38, 1975. године, стр. 374-384, N. A. Rector, R. M. Barby: *Criminal Sentence Recommendations in a Simulated Rape Trial: Examining Juror Prejudice in Canada*, Behavioral Sciences and the Law, no. 13, 1995. године, стр. 113-121. Утицај расне припадности на кажњавање малолетника видети у J. Latimer, L. C. Foss: *The Sentencing of Aboriginal and Non-Aboriginal Youth Under the Young Offenders Act: A Multivariate Analysis*, Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice, no. 47, 2005. године, стр. 481-449. и A. N. Dobb, B. N. Spot: *The Sentencing of Aboriginal and Non-Aboriginal Youth: Understanding Local Variation*, Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice, jan. 2007. године, стр. 109-123.

<sup>1467</sup> A. Ashworth: *op. cit.*, стр. 178. и 179.

условима више него дискутабилна таква оцена. Да ли има индикација да богатство утиче на одмеравање казне? Када се изузме новчана, где је финансијско стање пресудно за избор и одређивање висине, и разматрање пребаци на терен осталих казни изгледа да нема чврстих доказа да се то дешава. Али, у теорији се истиче да је овај фактор у стању да „одради своје“ много пре но што се уопште дође до фазе одмеравања. Богати могу да обезбеде бољу одбрану, могу да понуде компензацију и пребаце решавање кривичне ствари из кривичног поступка у алтернативни ток, што они лошег материјалног стања не могу себи да приуште. На основу тога Ashworth сматра да је читав систем устројен тако да фаворизује богате, иако то не мора бити изражено у домену одмеравања казне.<sup>1468</sup> Слично је и са респектабилним друштвеним положајем.<sup>1469</sup>

### 2.3. Судска психологија о моделима доношења одлуке о казни

Када се помене начин на који се долази до закључка о врсти и висини казне, већина вероватно замишља логичку операцију, која пролази кроз неколико стадијума – прикупљање релевантних информација о кривичном делу и учиниоцу, њихово сортирање у групу олакшавајућих или отежавајућих околности, постављање алтернатива, избор најбоље алтернативе с обзиром на ефикасност остваривања сврхе кажњавања. Међутим, у судској психологији постоје мишљења да се одмеравање одвија по сасвим другачијој матрици, у којој је казна најпре резултат интуитивног доживљаја случаја, да би потом била заоденута у рухо рационалне правничке аргументације.<sup>1470</sup> Тако казна деривира из „треба-доживљаја“, који се проверава на позитивном праву, усклађује и усаглашава са њим. У настојању да приближи овај механизам Grasberger се сликовито позвао на асоцијацију са рибарењем: *„Око ње (интуитивне одлуке, прим. аут.) се прикупљају више или мање подесни правни прописи за дату одлуку исто онако како се рибе окупљају око комадића хлеба који је бачен у воду ... И као што риба која се ухвати*

<sup>1468</sup> A. Ashworth: *op. cit.*, стр. 181.

<sup>1469</sup> *Op. cit.*, стр. 183.

<sup>1470</sup> R. Grasberger: *op. cit.*, стр. 346.



за удицу уплаши све друге рибе, исто тако после избора са донетим правним решењем непримењени правни прописи тону у несвесно. Ако нас је правно осећање завело, наиме, ако се докаже да је наше становиште које смо интуитивно заузели неодрживо као правно, онда ми нисмо још ништа изгубили. Као и риболовац који поново баца удицу и ми ћемо моћи поново да тражимо правне прописе подобне да подупру наше измењено становиште“.<sup>1471</sup> Укратко речено, казна не може остати само на нивоу интуитивног, пошто је судија у савременој правној држави везан законом, она мора проћи кроз правно филтрирање. У том смислу казна опстаје, само уколико се правним критеријумима може одбранити, али ако то није случај биће замењена другом. Такође, ако је одлука правника заснована на правном осећању, то тим пре важи за судију лаика, тј. поротника. Он може доћи до казне вођен неким својим правним осећањем, мада коначну реч мора да препусти професионалном судији, јер само он као правник може да „обезбеди“ правно одрживо образложење за тако добијену казну. Дакле, сазнања судске психологије говоре да, служећи се пиранделовском опаском, казна тражи „своје“ кривично дело и „свог“ учиниоца, да се не дешава обрнуто да кривично дело и учинилац траже „своју“ казну, иако овакав след ствари изгледа логичније и прихватљивије.

Један од приступа у објашњавању метода за доношење одлуке о казни јесте и Wiener-ов атрибуциони модел одлучивања.<sup>1472</sup> Модел се заснива на идеји да људи имају природан порив који их нагони да покушају да разумеју понашање других у различитим околностима. Судија није изузетак, те његову одлуку највише усмерава то како је дело настало. Казна зависи од тога какве атрибуте судија приписује факторима који су довели до настанка дела (отуда и назив модела *attributional* тј. приписивачки), при чему се не мисли на епитет олакшавајући или отежавајући, који долази после примарног вредновања на основу критеријума места настанка, стабилности и могућности контролисања.<sup>1473</sup> Место подразумева лоцирање фактора, при чему се они налазе или у самом учиниоцу (интерни) или у некој спољашњој околности (екстерни). Димензија стабилности објашњава да ли је фактор постојане или промењиве природе, а могућност контролисања говори да ли

<sup>1471</sup> R. Grasberger: *op. cit.*, стр. 346.

<sup>1472</sup> B. Ewart, D. C. Pennington: *op. cit.*, стр. 182.

<sup>1473</sup> *Op. cit.*, стр. 182.

зависи од воље учиниоца или не. Како је свака од три димензије биполарна, Wiener је саставио осам њихових могућих комбинација: унутрашњи-стабилан-подложен контролисању; унутрашњи-нестабилан-подложен контролисању; спољни-стабилан-подложен контролисању; спољни-нестабилан-подложен контролисању; унутрашњи-стабилан-неподложен контролисању; спољашњи-стабилан-неподложен контролисању; унутрашњи-нестабилан-неподложен контролисању; спољашњи-нестабилан-неподложен контролисању.<sup>1474</sup> Емпиријска истраживања која је сам спровео, али и истраживања која су по његовом моделу спроводили други аутори, показала су да најстроже казне добијају они учиниоци са варијантом унутрашњи-стабилан-подложен контролисању, док највише шанси да добију неку алтернативну санкцију и избегну казну имају учиниоци са комбинацијом спољашњи-нестабилан-неподложен контролисању. Такође, како у Енглеској онда није била регулисана сврха кажњавања, примећено је да је спречавање коришћено у образложењу одлука унутрашњи-стабилан-подложен контролисању, док је рехабилитација везивана за унутрашњи-нестабилан-неподложен контролисању.<sup>1475</sup> Ови резултати потврђују раније поменути тезу да судије у Енглеској немају ригидан приступ циљевима кажњавања, јер су у стању да их варирају према околностима конкретног случаја.

Када се све сумира, јасно је да захтев да судија буде објективан и непристрасан, не треба схватити у неком апсолутном смислу, већ само у виду правила да не сме бити намерно и тенденциозно субјективан и пристрасан. Потпуно „чишћење“ процеса одмеравања од свега субјективног није могуће. Очекивање да судија буде тотално деперсонализован можда звучи примамљиво, али је ипак у питању мегаломански циљ који, чак и ако би се могао остварити, води такође деформисању овог процеса, мада другачије врсте. Отуда и читаво излагање о могућем дејству одређених индивидуалних карактеристика судије и учиниоца треба тумачити као покушај дубљег разумевања процеса редовног одмеравања казне, али не и као позив за осмишљавање и увођење неких крутих механизма контроле о каквима је већ било речи. Пре би се могло рећи да се иза свега налази

---

<sup>1474</sup> В. Ewart, D. C. Pennington: *op. cit.*, стр. 183.

<sup>1475</sup> *Op. cit.*, стр. 185.

намера да се носиоцима важне друштвене функције скрене пажња и на овај аспект, како би уложили додатни напор за анализу и унапређење сопственог рада.

## Глава осма

### УПОТРЕБА ИНФОРМАЦИОНИХ ТЕХНОЛОГИЈА У ПОСТУПКУ ОДМЕРАВАЊА КАЗНЕ ИЛИ БУДУЋНОСТ ОДМЕРАВАЊА КАЗНЕ?

Једна од карактеристика савремених друшава јесте веома распрострањена употреба информационих технологија и то у различитим сферама живота. Оне су у тој мери постале део свакодневице и рутине да се чак и не региструје њихово коришћење. Природа изабране теме налаже фокусирање на њихову примену у правосуђу, и још уже, на примену у процесу одмеравања казне. Отуда су питања – како је до тога дошло, како су структурирани и како функционишу информациони системи, до каквих импликација доводи њихово увођење у процес одмеравања – постављена као окоснице даљег излагања.

#### 1. Појам и функционисање информационих система

Иако би се из увода можда могло претпоставити да појаву информационих система за одмеравање казне треба приписати само техничком напретку, то не би био исправан закључак. Они су се у англосаксонским земљама развили у специфичној друштвеној клими неповерења у сопствени правосудни систем. Осамдесете године XX века обележене су жучним теоријским расправама о слободној судијској оцени. Неспорно је веома деликатно проценити у којој мери би суд требало да буде везан правилима, односно, са друге стране, слободан да казну обликује према околностима датог случаја. Још је Dworkin, на симболичан начин покушао да објасни да слободна оцена не треба да буде апсолутно слободна: *„Дискрециона оцена је попут „рупе на крофни“, она не постоји сем као простор*

окожуен појасом ограничења“.<sup>1476</sup> Инсистирање на ограничењима постаје јасније када се доведе у везу са карактеристикама англосаксонског кривичног права, где није било јасних општих смерница за избор казне, попут прописаних циљева кажњавања или законске листе олакшавајућих и отежавајућих околности. Све то је и генерисало диспаратете, те се дешавало да различити судови, и када полазе од истих чињеница, на крају дођу до различитих закључака о казни. Тако је доведен у питање основни постулат правичности да се у сличним случајевима слично поступа. Ако се свему дода да је у неким од ових земаља (САД су типичан пример) жалбу било могуће изјавити само ако је казна незаконита, али не и неправилна, драматичност ситуације постаје још упечатљивија. Да би се избориле са могућим злоупотребама, правном неједнакошћу и несигурношћу припаднице англосаксонског правног система су прибегле различитим механизмима. Неке су осмислиле читаву мрежу нумерички вреднованих фактора одмеравања, као што је случај у САД (*Sentencing guidelines*), што је објашњено у претходним излагањима. Друге земље се нису определиле за овако радикално сужавање аутономног права суда да одлучује о казни, већ су излаз виделе у пружању помоћи и подршке суду у виду посебних информационих система (*Sentencing Information Systems*) са класификованим и лако доступним подацима о постојећој судској пракси, надајући се да ће њихова употреба довести до уједначавања. Међутим, сама идеја о употреби компјутера уопште није тако нова. Далеки корен ове замисли може се пронаћи у веберијанској поставци о аутоматизацији и бирокупатизацији правосуђа: „... судија је у бирокупатској држави са њеним рационалним законима у већој или мањој мери параграфски аутомат, у који се одозго убацују акта заједно са трошковима и таксама, да би он доле избацио пресуду заједно са више или мање ваљаним разлозима; његов рад се, дакле, у сваком случају у целини може прорачунати“.<sup>1477</sup> Исту идејну линију прати и Фукоово учење о судској машинерији.<sup>1478</sup> Конкретнију визију будућег компјутерског *input-output* одмеравања први је у теорији изнео

---

<sup>1476</sup> R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977. године. Наведено према К. Franko Ass: *Sentencing Transparency in the Age of Information*, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, vol. 5, 2004. године, стр. 49.

<sup>1477</sup> М. Вебер: *Привреда и друштво*, том II, Београд, 1976. године, стр. 439.

<sup>1478</sup> М. Фуко: *Надзирати и кажњавати – Настанак казне затвора (превод А. Јовановић)*, Нови Сад, 1997. године, стр. 275.

Hogarth.<sup>1479</sup> Рад судије би се по овом моделу свео на тријаду: „убацавање“ чињеница о кривичном делу и ранијим осудама у компјутер, анализу „избачених“ информација о казнама изреченим у сличним случајевима и прогнозе будућег понашања, тј. процене вероватноће да ће учинилац поновити кривично дело, да би се на тим основама и одредила конкретна врста и висина казна.

Иако није посебно наглашено, из досадашњег излагања се може видети да предмет интересовања представљају интерактивни софтвери дизајнирани са циљем да олакшају и убрзају доношење судских одлука. Они су познати под различитим општим називима, те су поред раније поменутог *Sentencing Information Systems* (скраћено *SIS*), у оптицају и *Decision Support Systems* (скраћено *DSS*), *Expert Systems* или *Knowledge-based Systems*.<sup>1480</sup> Они се разликују од чисто информационих система (*Information Systems* скраћено *IS*), који само обезбеђују информације и ништа више, пошто нису у стању да их обрађују на начин на који то чине „интелигентни“ системи. Интелигентни системи су тако структурирани да имају два сегмента – базу података и посебан програм који омогућава обраду података из базе према задатим захтевима корисника. Управо овај други сегмент представља нову димензију употребе технологије у процесу доношења одлуке. Без могућности обраде проблема овај систем се не би много разликовао од неке модерне верзије судског архива. Они су сачињени са интенцијом да, колико је год то могуће, симулирају правно резонување какво користи судија када одлучује о казни.

Хронолошки посматрано, први такав систем је настао у Канади.<sup>1481</sup> Посебна комисија (*Canadian Sentencing Commission*), формирана са циљем да осмисли начин за превазилажење озбиљне неуједначености казнене политике, дошла је до закључка да судовима заправо недостаје систематски уређен, континуирано ажуриран и лако доступан преглед раније судске праксе.<sup>1482</sup> Спроведена је анкета међу судијама, која је у потпуности потврдила радну хипотезу. Тада се чак 79% изјаснило да би им детаљније познавање било од велике користи у раду, а исти

---

<sup>1479</sup> J. Hogarth: *Sentencing as a Human Process*, Toronto, University of Toronto Press, 1971, стр. 392, наведено према чланку K. Franko Ass: *op. cit.*, стр. 58.

<sup>1480</sup> U. J. Schild, R. Kannai: *Intellegent Computer Evaluation of Offender`s Previous Record*, *Artificial Intelligence and Law*, no. 13, 2005. године, стр. 377.

<sup>1481</sup> Функционисао је у областима British Columbia, Manitoba, Saskatchewan и Newfoundland.

<sup>1482</sup> A. N. Dobb, N. W. Park: *Computerized Sentencing Information for Judges: An Aid to Sentencing Process*, *Criminal Law Quarterly*, no. 56, 1987-1988. године, стр. 54. и 55.

процент се потврдно изјаснио и о увођењу електронских база. Колики је значај оваквог система постаје јасније када се узме у обзир да у Канади нема неког детаљног законског оквира, који би водио процес одмеравања казне. Званичне статистике постоје (*Canadian Centre for Justice Statistics* прикупља и обрађује ове податке), али се у њима види само крајњи резултат – износ казне, а не и критеријуми на основу којих се до њих дошло.<sup>1483</sup> Укратко речено, пресек стања је био такав да судије или имају мало лако доступних и употребљивих информација, или их имају превише, али у таквој форми да нису од велике помоћи. У следећој фази је започето прикупљање података, при чему је требало решити питања њиховог апстраховања и селекције, као и извора из којих ће се сакупљати. Тако је и настао формулар у који су уношени подаци из старих предмета, а који је потом требало да послужи и за ажурирање базе. Првобитна верзија *Doob&Park* система из 1987. године, названог по ауторима, најпре садржи маску са листом кривичних дела. Када се изабере одговарајуће, друга маска пружа две опције прегледа – преглед свих случајева из базе података без детаљнијег одређења или преглед на основу тежине кривичног дела и раније осуде, као понуђених параметара за селекцију случајева из базе. Сужавање броја предмета и спецификација се може извршити на основу максимално шест параметара: тежине кривичног дела, тј. законских облика и стадијума извршења, облика учешћа у делу, претходне осуде, олакшавајућих и отежавајућих околности и доприноса жртве кривичног дела. На основу тога добија се резултат приказан у две колоне – изречене казне у провинцији којој територијално припада суд и казне у осталим провинцијама, мада савременија верзија програма даје и приказ пресуда Апелационог суда.

Пробни период је показао да је систем веома користан и лако одржив.<sup>1484</sup> Када се једном успостави, што изискује трошкове за одговарајућу опрему, израду софтвера и време за обраду старих случајева, његово даље одржавање није ни скупо нити изискује много времена. Рецимо, за попуњавање формулара о новим случајевима, што је неопходно за ажурирање базе, потребно је свега неколико минута, а то не би требало да представља посебно оптерећење за судију. Требало

---

<sup>1483</sup> A. N. Dobb, N. W. Park: *op.cit*, стр. 57.

<sup>1484</sup> *Op. cit*, стр. 70.

би нагласити да судије нису биле обавезне да консултују систем, нити да се придржавају добијених резултата, те њихова самосталност уопште није нарушена. Као што се да приметити, овај систем не изриче казну, него само чини лакше доступним податке о већ изреченим, и по томе се разликује од идеја које су промовисали поједини теоретичари у Канади.<sup>1485</sup> Иначе, *Doob&Park* систем припада историји информационих система, као више није оперативан, али се не може негирати његов значај, јер је послужио као модел за остале системе. Укинут је после само шест година, пошто се судије, упркос позитивном изјашњавању у анкети, нису могле одвратити од традиционалног начина рада, где статистички подаци о ранијим казнама играју малу улогу.<sup>1486</sup> Сличну судбину је касније доживео и систем *Hogarth* у Британској Колумбији (1988-1992), мада разлог његовог одбацивања не лежи само у отпору судија, него и у скупом одржавању и проблематичности статистичких резултата изведених из недовољно великог броја унетих случајева.<sup>1487</sup>

Полазећи од описаних искустава, убрзо је створена и нова генерација, чији је први представник информациони систем основан 1988. године у Новом Јужном Велсу (Аустралија).<sup>1488</sup> Он је много разгранатији у односу на описане, садржи неке нове перформансе, а састоји се из следећих компоненти:

- базе пресуда у пуном тексту донетих пред апелационим судовима и Врховним судом Аустралије, која се може претраживати по кључним речима или по називима случајева;
- базе извода из пресуда апелационих суда;
- базе са принципима одмеравања казне;
- статистичке базе, која даје преглед изречених казни и пред судовима нижег степена. Овде се налази графика из које је могуће видети опсег казни (највиша, најнижа, просечна) и фреквентност изрицања за појединачна

---

<sup>1485</sup> Видети чланак В. Grainger: *Hard Times and Automation: Should Computers Assist Judges in Sentencing Decisions*, Canadian Journal of Criminology, vol. 26, 1984. године, стр. 233.

<sup>1486</sup> С. Tata: *The Application of Judicial Intelligence and "Rules" to System Supporting Judicial Decision-Making*, Artificial Intelligence and Law, no. 6, 1998. године, стр. 208.

<sup>1487</sup> *Idem.*

<sup>1488</sup> Иначе, он представља аутономну целину много обимнијег *Judicial Information Research* система са подацима релевантним за примену других грана права.



кривична дела. Постоји и опција претраживања не само по типу дела (крађа, убиство итд.), него и по неком конкретнијем објективном или субјективном критеријуму (године учиниоца, постојање претходних осуда и сл.);

- базе пречишћених верзија свих важећих закона из ове области;
- базе података о издржавању казне (датум почетка и краја издржавања);
- базе са корисним електронским публикацијама из материје одмеравања.<sup>1489</sup>

Надаље су слични системи стављени у употребу у Енглеској, Велсу и Шкотској,<sup>1490</sup> односно у Израелу.<sup>1491</sup> Како су засновани на аустралијском моделу, они се и не одликују неким специфичностима. Изузетак је једино израелски, који међу параметрима за претрагу садржи и сврху кажњавања. Он омогућава преглед судске праксе према изабраном циљу кажњавања (рехабилитација, изолација опасних учинилаца из друштва и ретрибуција у тзв. *just desert* облику), који судије традиционално експлицитно наводе у својим пресудама, иако законом нису нормирани.<sup>1492</sup> Остали параметри претраге су донекле стандардни и односе се на тежину кривичног дела и карактеристике учиниоца, под којима се овде заправо подразумева судијска процена његовог карактера и претпоставка његовог будућег понашања. Они су додати касније, тако да је прва верзија софтвера омогућавала пресек праксе само на основу сврхе кажњавања. То значи да је систем постављен са првобитном интенцијом да уједначава казне у оквиру сваког циља понаособ, а не генерално. Постојање већег броја циљева значајно одваја овај систем од осталих, за које је јасно да, у идеолошком смислу, почивају на *just desert* доктрини.

У скандинавским земљама, које се сврставају међу технолошки најразвијеније, примена информационих технологија је у овом сегменту потпуно очекивана. Норвешка има најнапреднији правни информациони систем на свету, систем *Lovdata*, који је скоро тридесет година у употреби.<sup>1493</sup> Он је основан као

---

<sup>1489</sup> N. Hutton, C. Tata, J. Wilson: *Sentencing and Information Technology: Incidental Reform?*, International Journal of Law and Information Technology, vol. 2, no. 3, 1994. године, стр. 260.

<sup>1490</sup> Детаљни опис како су настали налази се у N. Hutton, C. Tata, J. Wilson: *op. cit.*, стр. 261. и надаље.

<sup>1491</sup> Више о настанку система у U. J. Schild: *Statistical Information Systems for Sentencing: The Israeli Approach*, International Review of Law, Computers and Technology, vol. 14, no. 3, 2000. године, стр. 318. и U. J. Schild, R. Kannai: *Intelligent Computer Evaluation of Offender's Previous Record*, Artificial Intelligence and Law, no. 13, 2005. године, стр. 328.

<sup>1492</sup> U. J. Schild: *op. cit.*, стр. 322.

<sup>1493</sup> K. Franko Ass: *op. cit.*, стр. 54.

непрофитна агенција за пружање *on-line* правних информација и није намењен искључиво судијама. Тешко је и набројати шта све садржи, почевши од свих важећих прописа, укључујући и њихове историјске верзије, међународних уговора, извора комунитарног права, преко пресуда Врховног и апелационих судова (у пуном тексту и у изводу), до изабраних одлука нижих кривичних и административних судова.<sup>1494</sup> Како Норвешка има строг закон о заштити личних података, било је потребно пуно времена и средстава да се имена и друге личне информације уклоне. То је један од разлога због којих друге скандинавске земље немају тако богате *on-line* изворе; данска база (*Retsinformation*) уопште не садржи судске одлуке, а шведска (*Lagrummet*) има само изводе из пресуда Врховног и апелационих судова.<sup>1495</sup> За разлику од других система, норвешки не обрађује аутоматски износе казни и не израчунава просечну за одређени облик кривичног дела, тако да нема аутоматског тарифирања. Да ли ће се то десити зависи од судија као корисника система. Поменута специфичност потиче отуда што информациони системи у скандинавским земљама, у неку руку, чине посебну развојну грану. Они нису настали са првенственим циљем да обезбеде већу униформност, него да рад државних органа приближе јавности.<sup>1496</sup> Ово је много другачија идејна основа у односу на ону која је водила стварање информационих система у другим земљама, где је страх од злоупотреба генерисао употребу статистике, оцењене као објективне и неутралне, лишене сваког личног уплива. Иако контрола суда није била примарна идеја водилца, не може се оспорити да овај информациони систем производи, макар споредно и такве ефекте. Формално, судијама није наређено ни да користе систем ни да се придржавају просека. Међутим, сама чињеница да су подаци о просечној казни толико лако доступни, може да води ка конформистичком понашању судија. У том смислу, они су на један посредан начин стимулисани да користе и ову опцију информационог система.

---

<sup>1494</sup> Када је судска пракса у питању, звучи невероватно, али доступне су све одлуке Врховног суда од 1836. године! Видети на [www.lovdato.no](http://www.lovdato.no).

<sup>1495</sup> Видети на web сајтовима [www.retsinformation.dk](http://www.retsinformation.dk) и [www.lagrummet.se](http://www.lagrummet.se).

<sup>1496</sup> К. Franko Ass: *op. cit*, стр. 56.

Исти тренд захватио је и Холандију, у којој је експериментално био постављен систем под називом *NOSTRA*.<sup>1497</sup> За разлику од осталих, он је обухватио само пресуде за одређена кривична дела, углавном имовинске природе (различите облике тешке крађе, разбојништва, прикривања, преваре, преваре у области социјалног осигурања и слично), али и дела у вези са саобраћајем и опојним дрогама. Параметри за претрагу су подељени у односу на то да ли се односе на дело (број извршених дела; употреба ватреног оружја или претња употребом ватреног оружја; постојање телесне повреде оштећеног; вредност противправно стечене користи; број клијената, трајање диловања и количина, када су у питању дела у вези са опојним дрогама; степен нехата, висина штете и број повређених или усмрћених, код саобраћајних дела) и учиниоца (да ли је пунолетан или малолетан, пол, да ли се стара о малолетној деци или не, степен кривице, степен зависности од опојних дрога, постојање претходне осуде, да ли је дело учињено у време проверавања, да ли постоји понуда да надокнади штету). Када према понуђеним параметрима одреди „профил“ дела који му је потребан, судија добија статистичке приказе изречених санкција тј. приказ дистрибуције новчане казне, казне затвора и алтернативних санкција, приказ износа новчане казне односно дужине трајања казне затвора, мада постоји и опција „уласка“ у текст пресуда, како би се детаљније упознао са ранијим случајевима.<sup>1498</sup>

Реформа система одмеравања казне у САД резултирала стварањем веома детаљних нумеричких упутстава, за које се убрзо показало да су, услед обима и комплексности, недовољно оперативна. Због тога је и осмишљен посебан софтвер под називом *ASSYST* (скраћеница од *Applied Sentencing System*), како би помогао судијама да се лакше и брже „крећу“ по Упутству.<sup>1499</sup> Отуда и потиче његова особеност, јер примарно није дизајниран да би објединио на једном месту податке о ранијој пракси, као што је случај са горе поменутих, већ да би омогућио ефикасније баратање Упутством. По својој суштини нумеричке смернице су

---

<sup>1497</sup> J. van der Vinne, W. van Zwol, M. Karnekamp: *A Sentencing Information System Named NOSTRA*, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 6, no. 2, 1998. године, стр. 230.

<sup>1498</sup> J. van der Vinne, W. van Zwol, M. Karnekamp: *op. cit.*, стр. 233.

<sup>1499</sup> C. Tata: *Neutrality, Choice and Ownership in the Construction, Use and Adaptation of Judicial Decision Support Systems*, *International Journal of Law and Information Tehnology*, vol. 6, no. 2, 1998. године, стр. 148.

компатибилне са компјутерском логиком, те је и најприродније да, у правном поретку где важе, компјутер постане интегрални део процеса одмеравања. Формализација, кодирање мишљења и језика су инхерентни сваком стварању нумеричких смерница, али истовремено представљају и срж сваке компјутеризације. Тако није ни претерано ни неосновано рећи да су упутства за одмеравање казне, попут америчких, у правом смислу речи „*computer friendly*“.

Значајну примену информациони системи добијају код процене ризика од рецидивизма. Утврђивање степена вероватноће да ће учинилац поновити дело, утиче на читав низ одлука: избор врсте кривичне санкције, јер опредељује суд да се приклони или казни затвора или некој од алтернатива; избор висине казне; избор третмана, ако је неопходно изрећи казну затвора; одлуку о условном отпусту; као и на управљање системом за извршење заводских санкција, јер усмерава дистрибуцију постојећих ресурса (материјалних тошкова и заводских капацитета).<sup>1500</sup> Примарни мотив за дизајнирање програма за процену ризика у САД било је смањење затворске популације,<sup>1501</sup> што је нужно погодило процес одмеравања. Најпре је формиран узорак са случајевима поврата и подвргнут мултифакторској анализи, не би ли се пронашле корелације између појединачних чинилаца и поновног вршења кривичних дела. Тако је и издвојено једанаест фактора. Када је учинилац у питању, показало се да су релевентни показатељи пол, године старости, брачни статус и (не)запосленост. Испоставило се да је за дато дело за које се суди битно да ли је учињено у саучесништву или не, да ли је учињено само једно дело или постоји стицај, као и дужина временског интервала у односу на претходно, посебно ако је краћа од дванаест месеци. Параметри везани за претходно или претходна дела су следећи: да ли је за њих изречена казна и издржана, да ли је учинилац раније био осуђиван за дела везана за опојне дроге, и

---

<sup>1500</sup> S. Bushway, J. Smith: *Sentencing Using Statistical Treatment Rules: What We Don't Know Can't Hurt Us*, Journal of Quantitative Criminology, no. 23, 2007. године, стр. 385.

<sup>1501</sup> Наиме, посебна комисија је требало да испита да ли је изводљиво да се 25% примарних учинилаца ненасилних кривичних дела упуту на алтернативне санкције, уместо на издржавање казне затвора, јер би се тако растеретили постојећи затворски капацитети. В. Netter: *Using Group Statistics to Sentence Individual Criminals: An Ethical and Statistical Critique of the Virginia Risk Assessment Program*, The Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 97, no. 3, 2007. године, стр. 702.

да ли је био осуђиван као малолетник.<sup>1502</sup> Статистика је открила да је значајна и припадност раси, али је овај показатељ искључен из програма процене, због приговора расне дискриминације. Сачињени упитник је у неким државама, постао стандардни и обавезни део процедуре одмеравања, мада је судијама остављена и могућност да од њега одступе, што морају посебно да образложе.<sup>1503</sup>

Ако би требало укратко сумирати историју примене информационих технологија у области одмеравања, онда би се свакако могло рећи да се они сами по себи представљају својеврстан облик реформе одмеравања или са јављају као операционализација или подршка у спровођењу реформисаних правних правила за одмеравање. Неки сматрају да је у земљама где је правосуђе подржало увођење оваквих система то учињено из страха од доношења нумеричких смерница.<sup>1504</sup> Судови су прихватили овај вид иновације управо стога да би колико-толико очували „својину“ над процесом одмеравања. Тиме би се стало на пут политизацији овог питања, до чега би дошло приликом евентуалног усвајања оваквих правила, као што показују америчка искуства. Иако смернице и *SIS* углавном деле исти циљ – уједначавање судске праксе, изгледа да до њега долазе на различите начине. Смернице су општа, унапред постављена и обавезна правила (мада има изузетака), при чему њихови творци углавном нису судије (видети поглавље о англосаксонском праву), због чега се и појавио отпор. Информациони системи су прихватљивији, јер не намећу решења (сем у САД) него само информишу о раније донетим пресудама, са очуваном слободом у избору казне у сваком конкретном случају. Они дају преглед судских казних распона за поједина кривична дела, омогућавају статистичку обраду изречених казни, како би се дошло до предоминантног шаблона одмеравања, као и увид у текст пресуда у целини или у изводу. Систем не наређује каква би казна требало да буде у конкретном случају, то је и даље остављено судији на избор. Али приказ најниже, највише и просечне казне, сам по себи води ка уједначавању, иако не постоји обавеза да се усвоје и

---

<sup>1502</sup> В. Netter: *op. cit.*, стр. 705.

<sup>1503</sup> На пример, у Вирџинији за кривична дела без елемената насиља. Сличне програме за процену ризика имају и многе друге федералне државе. *Idem.*

<sup>1504</sup> С. Tata: *Neutrality, Choice, and Ownership in the Construction, Use and Adoption of Judicial Support Systems*, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 6, no. 2, 1998. године, стр. 155.

следе добијени резултати. У том смислу *SIS* не задире у независност судова, већ само ствара претпоставку за консолидовање судске казнене политике.

## **2. Критичка оцена примене информационих система у поступку одмеравања казне**

Претходна излагања су показала да се, упркос заједничком називу, информациони системи међусобно разликују. Уопштено посматрано, они припадају једном од два базична модела – системима насталим као помоћ у примени обимних и компликованих нумеричких смерница, односно системима који обједињавају ранију судску праксу и омогућавају статистичку обраду изречених казни. Отуда и критика њиховог коришћења у процесу одмеравања не може бити јединствена. Она се у односу на први тип своди на проблем аутоматског тарифирања, који готово у потпуности ограничава слободну оцену суда, док се у односу на други бави испитивањем импликација употребе статистичких података у редовном одмеравању казне.

Софтвери за примену нумеричких смерница дефинитивно имају неке позитивне домете, при чему се као прва асоцијација јавља повећање ефикасности судског рада, проистекло из веће заступљености рутинских операција. Добре стране ових система су и транспарентност и предиктабилност исхода. Релеватне околности и њихово дејство су унапред предвиђени, тако да одмеравање није више „црна кутија“, како се у западној теорији на метафоричан начин описује процес одређивања казне, заснован на интуитивној синтези чинилаца за које је судија, по својим субјективним мерилима, проценио да треба да утичу на врсту и висину казне у датом случају. Овде се, наравно, не ради о некој транспарентности у најширем смислу те речи, нити о контроли процеса од стране опште јавности. Довољно је то што заинтересоване стране у поступку, оптужба и одбрана, могу да предвиде крајњи исход судског рада, пошто је он постао готово у потпуности програмирана делатност. Логична последица предвидљивости јесте правна сигурност. Но, да ли би листи требало прикључити и униформност у поступању,

ради чијег остваривања су, ови системи уосталом и формирано? Ако се крећемо само у границама затвореног система смерница, она несумњиво постоји, али ако изађемо у стварност ситуација се драстично мења. Иако је осамдесетих година XX века покрет *just desert* прогласио једнакост за најбитнији циљ и диспаратет за главног непријатеља, изгледа да је инсистирање на тежини дела и претходним осудама и занемаривање осталих околности, довело до тога да сам систем генерише неједнакост, иако би требало да је редукује. Разлог је управо, да га тако назовемо, реални резидуум, скуп свих оних фактора који постоје у датом случају и били би узети у обзир у „класичном“ одмеравању, а могу остати невидљиви у „компјутеризованом“, јер нису део унапред постављеног обрасца. Сигурно је да иста дужина казне неће остварити идентично дејство, на пример, на самца или издржаваоца породице са малолетном децом, иако постоји привид једнакости по задатим параметрима убаченим у информациони систем. Аутистичност за околности изван постављене схеме, јавља се као једна од највећих мана система, тако да се може рећи да је он у стању да продукује само системску, али не и реалну једнакост. Јединственост сваког случаја може да апсорбује и обради само слободна оцена, а не неко унапред постављено тарифирање. Услед тога и не чуди отпор судија, који сматрају да је њихов посао да балансирају између формалног (оличеног у правним правилима) и суштинског (оличеног у специфичним околностима сваког конкретног случаја).<sup>1505</sup> У класичном суђењу постоји већа флексибилност, али и мања очигледност и предвидљивост каква ће бити казна, док је у случају одмеравања путем нумеричких смерница и софтвера за њихову апликацију, ситуација обрнута. Ригидност је нужна претпоставка ефикасније контроле; да би биле контролисане судске одлуке морају бити упоредиве, а то је тешко изводљиво када се процес одмеравања заснива на мноштву разнородних, унапред недефинисаних околности. Због тога су поједини теоретичари цинично упоредили информационе системе са музичком кутијом, која је у стању да свира само ограничени број мелодија, мада несумњиво увек на исти начин.<sup>1506</sup> Готово да

---

<sup>1505</sup> C. Tata: *Resolute Ambivalence: Why Judiciaries Do Not Institutionalize Their Decision Support Systems*, International Review of Law, Computers and Technology, vol. 6, no. 2, 2000. године, стр. 311.

<sup>1506</sup> D. Tait: *Judges and Jukeboxes: Sentencing Information Systems in the Courtroom*, International Journal of Law and Information Technology, vol. 6, no. 2, 1998. године, стр. 182.

не треба наглашавати да нееластичност оваквих система, њихова немогућност да узму у обзир све потенцијално релевантне факторе води новој неједнакости, додуше, под фирмом објективности и неутралности. Такође, и рационалност је најчешће навођена предност ових система. У прошлости су судије са својим стручним знањима и вештинама сматрани основним ресурсом правосуђа, док се у новим околностима управо њихово слободно, субјективно уверење нашло „под сумњом“ као могући извор неуједначености, који изискује константни мониторинг. Нумеричке смернице готово у потпуности потискују субјективност; свако би држећи се смерница дошао до приближног резултата. Оне дају мерљиви out-put, услед чега се софтвери за њихову примену могу назвати назвати технологијом неповерења и контроле, који у области материјалног права представља пандан чувеном Бентамовом паноптикону. Уз рационалност се редовно помињу објективност и неутралност. Међутим, основна грешка приписивања ових карактеристика лежи у томе што је неко креирао ове системе, извршио примарну селекцију података и издвојио битно од небитног према неким сопственим критеријумима. Ако се и призна да је судија доведен у позицију да коришћењем система буде неутралан и објективан, јер му је остављен више него скучен простор за неки лични утицај, остаје отворено питање да ли се те исте особине могу приписати и творцима самог система. Једноставно је немогуће не запитати се колико су они примарним филтрирањем критеријума за одмеравање казне поставили основе за „системску пристрасност“ односно „системску непристрасност“?

Уколико се читав проблем посматра са правно-философског и логичког становишта, нумеричке смернице и на њима засновани софтвери, представљају раскид са традиционалним моделом судијског мишљења. Прво, они се заснивају на механицистичкој философији, која у одмеравању води ка примени аналитичког метода. Аналитички метод почива на неколико премиса – да се при избору казне процењује дејство сваког фактора појединачно, да они не зависе једни од других, као и да постоји јасна веза између сваког фактора и пресуде тј. изабране казне. Класично судско резонување се, међутим, углавном одвија по другачијој холистичко-синтетичкој схеми. Овде уместо појединачних фактора фигурише



њихова међусобна повезаност, резултанта њиховог дејства, према којој се моделује казна у датом случају. Како је у глави о философско-теоријским питањима расправљано о манама и предностима оба модела, та питања неће представљати предмет поновног разматрања.

Друго, евидентно је да је у класичном раду суд узимао у обзир више фактора, јер му је то омогућавала слободна оцена. Компјутерско одмеравање подразумева поједностављивање правног резоновања и бављење само унапред задатим чиниоцима. Системи као што је *ASSYST* казну своде на „пресек“ осе на којој је приказана тежина кривичног дела и осе са квантификованим подацима о криминалној историји учиниоца, док су све друге околности потиснуте. Све то одмеравање казне доводи у везу са бинарном логиком.

Треће, тарифирање је тешко је помирити са неким другим философским поставкама о циљевима кажњавања. Еклатантан пример инкомпатибилности јесте концепт ресторативне правде. Док се компјутерским путем правда стандардизује, заговорници ресторативног приступа инсистирају на индивидуализацији, како би се одлука прилагодила захтевима различитих субјеката спојених извршењем кривичног дела – потребама конкретног учиниоца, конкретне жртве и друштвене заједнице у којој живе. У том смислу, служећи се Tait-овом метафором, можемо закључити да је број „мелодија“ или крајњих исхода из концепта ресторативне правде неупоредиво већи од оних које нуде информациони системи.

Поједини теоретичари виде и неке даље последице употребе информационих система, које задиру у онтолошку сферу. Како су у формулисању смерница избачени многи подаци који се односе на учиниоца, сем оних о претходним осудама, деперсонализација и десубјективизација добијају двоструко значење. Поменуто је да смернице искључују слободну оцену, те судији није остављен простор да бира факторе одмеравања нити простор да факторе унапред дефинисане у смерницама вреднује, што чини само једну раван „чишћења“ одмеравања од субјективних примеса. Другу раван чини нови концепт учиниоца. Смернице и на њима засновани софтвери не третирају учиниоца као индивидуу, пошто разграђују његов идентитет на одвојене факторе, којима се затим приписује одређена вредност. Природа нових технологија налаже издвајање само оних

карактеристика које су потребне за унос у систем, тј. у информатичке обрасце. Како се учинилац посматра фрагментарно и деконтекстуализовано, неки сматрају да он у оваквом процесу одмеравања престаје да буде људско биће, индивидуа и постаје нови ентитет, симболично назван „дивидуа“.<sup>1507</sup> У том смислу, могло би се рећи да употреба информационих технологија, издвајањем и рекомбиновањем личних околности води ка преобликовању реалног и стварању новог, виртуелног идентитета учиниоца.<sup>1508</sup> Сличне замерке се могу упутити и класичном одмеравању, јер суд неће урачунати у казну све личне околности. У крајњем, тако нешто би водило и неправедним решењима, као када је у питању кажњавање за лош карактер, о чему је раније било речи. Овде се више ради о теоријском капацитету да се у одмеравање уведе лична околност, релевантна за дати случај, који постоји код слободне оцене, али не и код нумеричких смерница и софтвера за њихову апликацију.

Описани ефекти аутоматизације судије и реконцептуализације учиноца представљају, на неки начин, дехуманизацију одмеравања. Она се, такође, очитује и у губљењу наративности, карактеристичне за класичан судски рад, али не и рад потпомогнут новим технологијама, где се читав процес, не само суштински него и вербално веома осиромашује.<sup>1509</sup> Наравно, ово није проблем само са системима за одмеравање, него генерални проблем са читавом компјутерски посредованом комуникацијом. Сакупљање података у базе нема наративне елементе, ништа није повезано „у причу“ са јасним почетком и крајем. Како се у информатичком свету све своди на две ствари – на базу података и алгоритам за њихову обраду, није битан неки смисаони редослед, битно је да само да су подаци организовани на такав начин да могу бити ефикасно претраживани тј. поново пронађени (свеједно је да ли се поједина табела са нумеричким смерницама налази на првом или на последњем месту у бази се тиме ништа не мења), као и да је сваки захтев корисника могуће уклопити у постављени алгоритам. И сама нумеричка упутства за одмеравање су алгоритамски дизајнирана. Када се укрсте тежина дела и подаци о

---

<sup>1507</sup> Термин је створио Deleuze, полазећи од латинског *dividere*, са значењем делити. К. Franko Ass: *Sentencing in the Age of Information*, Oslo, 2005. године, стр. 143.

<sup>1508</sup> К. Franko Ass: *op. cit*, стр. 144.

<sup>1509</sup> L. Manovich: *The Language of New Media*, Cambridge, Mas and London, MIT Press, 2001. године, стр. 223, наведено према К. Franko Ass: *op. cit*, стр. 82.

криминалној прошлости учиниоца, пресек указује на износ казне, а то не изискује ни традиционално образложење, у којем се наводи због чега је нека околност сматрана релевантном и због чега јој је дато дејство олакшавајуће или отежавајуће околности. Одмеравање уз асистенцију информационих система и нумеричких смерница је засновано на тзв. *power point* епистемологији, на посебном начину повезивања и презентирања информација, путем бирања речи које су самодоволне и није им потребна потпора других да би се разумело њихово значење. Могло би се рећи да су нумеричка упутства и софтвери попут *ASSYST*-а, првенствено настали са циљем да би се деловало механички, без дубљег промишљања и без потребе за објашњењем закључака до којих се дошло. Тако посматрано, информациони системи чине традиционалну правничку реторику и херменеутику у приличној мери непотребним способностима.

Следећи сегмент овог излагања посвећен је евалуацији информационих система, који представљају извор статистичких информација о претходно изреченим казнама. По нашем мишљењу, основни проблем потиче из неуједначености казни у пресудама унетим у базу. Системи су настали на запажању да је казнена политика неуједначена, те је њихов примарни циљ да је ублаже. С обзиром на наведено, испада да се *SIS* суочавају са више него ироничним проблемом – информације које нуде кориснику требало би да буду ослонац за уједначавање казни, а оне саме репрезентују управо неуједначеност и то у непознатим размерама! Другим речима, судија не добија податке из неке савршене, идеалне базе, него из базе састављене од претходно донетих пресуда. Све грешке које постоје у одмеравању нужно се рефлектују на резултате сваког будућег коришћења. Уколико се судије верно држе понуђених резултата системска грешка се само изнова понавља и мултипликује. То није једина опасност од системски продукваног диспаратета. У класичном облику одмеравања судија може да изабере много фактора, ако процени да су значајни за избор казне. Системи нису тако организовани, те у класификационим шемама користе само ограничени број фактора. Овај проблем је сличан ситуацији када законодавац постави затворену листу олакшавајућих и отежавајућих околности. Постоји реална опасност да није баш толико маштовит да предвиди све релевантне чиниоце, те се у стварности

може појавити околност која је битна, а не може се употребити за одмеравање. *Mutatis mutandis*, код информационих система је проблем у томе што се не може вршити претрага мимо унапред задатих параметара. Тако се може десити да судија оцени да је неки фактор релевантан, али да њиме не може да селектује случајеве из базе, пошто се не налази у класификационој схеми параметара за претрагу. При томе, параметри нису доведени у хијерархијски однос, тј. нису међусобно ранжирани по важности или мери утицаја на изречену казну, него су дати линеарно. Следећи њихов недостатак је и у томе што некада нису ни довољно издиференцирани, будући да су постављени у малом броју степена, а то доводи у питање валидност статистички добијеног резултата. Рецимо, у појединим системима је могуће издвојити пресуде по томе да ли је кривично дело свршено или је остало у покушају, при чему се у упиту не прави разлика између облика покушаја.<sup>1510</sup> Неиздиференцираност овог параметра доводи до тога да се у истом низу за статистичку обраду налазе казне изречене за свршени и за несвршени покушај, који и у англосаксонском кривичном праву традиционално подразумева различиту казнену реакцију.<sup>1511</sup>

Међутим, да не би било погрешно схваћено, не проистичу сви проблеми од система самог по себи. Некада може бити дискутабилан и начин употребе. Добијени статистички резултати зависе од начина формулисања претраге. Теоретски посматрано, могуће је да различити корисници различито поставе упит и према томе добију различите резултате (тј. другачију селекцију предмета из базе, која са собом повлачи и различите износе најмање и највеће односно просечне казне), иако се ради о истом случају. Када изабере сет фактора да би њиме претраживао базу, до диспаритета може да дође због тога што је пропуштено да се у упит за претраживање унесе кључни фактор, посебно ако се ради о неискусном кориснику. Да би добио репрезентативан резултат судија, дакле, мора да има јасну представу о свом случају, о томе које су околности најзначајније, како би на основу те процене усмерио претрагу. Ако нема такву представу, онда систем неће бити од

---

<sup>1510</sup> A. Lovegrove: *Statistical Information Systems as a Means to Consistency and Rationality in Sentencing*, International Journal of Law and Information Technology, vol. 7, no. 1, 1999. године, стр. 36.

<sup>1511</sup> A. Ashworth: *Principles of Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 1999. године, стр. 463, J. Dressler: *Understanding Criminal Law*, New York, Lexis-Nexis, 2001. године, стр. 375. и др.

праве помоћи. Отуда идеја да је систем погодан као подршка судијама без искуства прилично нереална. Информациони системи, иако носе епитет интелегентних, ипак нису у стању да имитирају резоновање људског бића, и не могу да премосте грешке, настале услед неадекватног поступања корисника.

Такође, не сме се заборавити ни да број параметара утиче на исход претраге. Ако би користио већи број параметара за претрагу, судија би тиме селектовао предмете најсличније текућем, али уз опасност да ће их бити премало. Сетимо се да остале базе нису тако богате као норвешка. Већина је иницијално обухватала обично петогодишњу или седмогодишњу праксу, те је постојала реална опасност да се заиста издвоји веома мали број пресуда, које можда неће пружити репрезентативне закључке, поготову ако се не ради о неком учесталом кривичном делу. Овај лимитациони фактор је уочио и Lovegrove, сматрајући да се евентуално може ублажити тако што би се у базу убацивале само пресуде, које су донеле судије са респектабилним стажом и искуством или пресуде апелационих судова, приметивши да би и једно и друго решење умањило ионако мали узорак.<sup>1512</sup> Апелациони судови су, по тврдњи овог аутора, прилично ригидни и упуштају се у корекцију казне само када је она манифестно неадекватна, или преблага или престога, те је питање колико се може ослонити на њихову јуриспруденцију.

На почетку је поменуто да овај тип информационих система има само консултативну улогу. Да ли ће га судија користити и како ће поступати са добијеним подацима, зависи од његове процене. Но, да ли је заиста у питању слободна воља судије или постоји скривени притисак на коришћење, настао услед лакоће и лагодности употребе ових система? Утилитаристички настројен судија ће се сигурно држати статистичких резултата, јер му је у интересу да пресуда „не падне“ пред вишим судом, уколико буде изјављена жалба због неправилно изречене казне. Са друге стране, постоји и опасност од пасивног, конформистичког понашања, по логици – због чега се удубљивати у текући случај, када се можемо ослонити на прилично „безбедан“ средњи износ раније изречених казни. Овај проблем би нарочито могао да дође до изражаја правосуђу, које карактерише велика оптерећеност судија због бројности додељених предмета.

---

<sup>1512</sup> А. Lovegrove: *op. cit.*, стр. 46.

Када се говори о употреби статистике, требало би се осврнути и на програме за процену ризика од рецидивизма, који стварају озбиљне правне и етичке дилеме. Прво, њихова употреба доводи суд у позицију да балансира између потребе да се друштво заштити од штетног понашања и индивидуалних права осуђеног лица. Наиме, претпоставка невиности, гарантована у савременим кривичноправним системима, подразумева да се свако сматра невиним док се супротно не докаже правноснажном осуђујућом пресудом. Програми процене ризика опет омогућавају да се у казну укалкулише претпостављено будуће кривично дело, па је потпуно логично запитати се да ли се тиме нарушавају елементарна права учиниоца. Неки су подсетили и на то да у ангосаксонским правима постоје различити стандарди за доказивање олакшавајућих и отежавајућих околности, постављени строже за ове потоње. То читав концепт чини још проблематичнијим, те постоји предлог да се користи само за умањење, а никако за увећавање казне.<sup>1513</sup>

Ако се зауставимо стриктно на материјалном аспекту одмеравања, настаје нова дилема – да ли је урачунавање ризика компатибилно са прокламованом сврхом кажњавања. Пошто се статистичка процена ризика практикује у системима заснованим на *just desert* доктрини, анализа ће бити извршена првенствено у том контексту. Ако се захтева да учинилац буде кажњен само за оно што је заслужио, онда је инсистирање да се у процес одмеравања уврсти и будући мање-више (не)известан догађај, прилично неутемељено. Са друге стране, статистичку процену је лако помирити са утилитаристичким циљем заштите друштва. Штавише, моделовање формалне друштвене реакције, одлучивање између затвора или алтернативне санкције, односно, процена колико би казна затвора требало да траје, у зависности од тога да ли учинилац спада у категорију високо, средње или нискоризичних, се у потпуности уклапа у поменути парадигму.

Полазећи са етичког становишта, посебан приговор лежи у томе што статистика говори о општим тенденцијама, а не о индивидуалним склоностима учиниоца кривичног дела. Колико је исправно и праведно неке обликовати казну према чињеници да су неки други људи, истог пола, истих година, истог брачног статуса или неке друге исте околности, поновили кривично дело?

---

<sup>1513</sup> В. Netter: *op. cit.*, стр. 710.

Методолошки посматрано, добијени закључци се могу довести у питање из неколико разлога. Прво, раније је поменуто намерно избацивање појединих варијабли, иако се показало да су статистички релевантне (попут расе и годишњег прихода, да би се избегли приговори дискриминације по основу расе и економског стања учиниоца).<sup>1514</sup> Друго, примећено је да је у стварању модела дошло до замене варијабли, те је на пример брачни статус унет уместо времена које се проводи ван куће. Може се претпоставити да брачни статус има везе са временом које се проводи напољу, посебно у ноћним изласцима; они који нису у браку чешће ће прибегавати том моделу понашања, али ће зато они који нису у браку и нису склони изласцима неоправдано трпети штетне последице модела. Другим речима, пропуст постоји, јер је уместо праве варијабле (време ван куће) искоришћена корелативна варијабла (брачни статус).<sup>1515</sup> Треће, увек се може поставити питање да ли је узорак био довољно обиман и репрезентативан да би пружио основ за утврђивање корелације или узрочне везе између појединог чиниоца и рецидивизма. У вирцинијском моделу закључци су изведени из серије од више хиљада осуђених, који су поновили кривично дело по отпуштању из затвора. Дакле, нису узети у обзир рецидивисти осуђени на неку другу казну или алтернативну санкцију, а то умањује предикциони капацитет програма и његову етичку одрживост.<sup>1516</sup>

Недостаци програма за процену ризика од поновног вршења кривичног дела су и емпиријски потврђени. Истраживања су показала непоузданост програма, који некада доводи до лажних позитивних (погрешно предвиђено понављање дела, што је утицало на повећање казне) и лажних негативних резултата (погрешно предвиђено да неће учинити дело, што је умањило казну или довело до ублажавања по врсти). Тако је *National Center for State Courts* нашао чак 24,3 % рецидивиста међу онима који су на основу статистичке процене упућени на алтернативне санкције.<sup>1517</sup> Вероватно је да има грешака и у обрнутом смеру, мада је то неупоредиво теже проценити. У крајњем, друштво је много осетљивије на прву врсту погрешке, мада ни друга не погађа само осуђена лица, како би се могло

---

<sup>1514</sup> В. Netter: *op. cit.*, стр. 715.

<sup>1515</sup> *Op. cit.*, стр. 715.

<sup>1516</sup> *Op. cit.*, стр. 720.

<sup>1517</sup> *Op. cit.*, стр. 712.

учинити, јер подразумева непотребно ангажовање државних ресурса и повећава неповерење у правосудни систем.

Иако за нас употреба информационих система представља новину, до те мере да нема ни теоријских радова на ову тему, она је у наведеним земљама већ неколико деценија постала уобичајни сегмент судског рада. Трајнија искуства са овим системима створила су емпиријски материјал за истраживања, која би показала прецизније какве су последице изазвали, посебно када се имају у виду пројектовани циљеви. Тако је и у Норвешкој испитиван утицај употребе система на уједначавање судске казнене политике.<sup>1518</sup> Раније је напоменуто да ова земља није имала проблема са диспаритетима као САД и друге припаднице англосаксонског правног круга, и да је систем уведен због повећања опште транспарентности судског рада. Међутим, лакша доступност података о ранијој пракси довела је до тога да је суд, када треба да одмери казну, чешће консултује, што је евидентно не само из броја приступа, него и из образложења судских пресуда, као много реалнијег показатеља. Такође, регистровано је да и саме стране у поступку користе ове базе, како би дошле до података којима могу да поткрепе своје наводе. Информациони системи су, попут „домино ефекта“, утицали и на рад виших судова, јер је утврђено да се погрешна одлука о казни од почетка њихове употребе ређе јавља као разлог за жалбу, него што је то пре био случај. Дакле, иако није било планирано да се системом остварује већа конзистентност казнене политике и мања оптерећеност апелационих судова, до тога је, по резултатима истраживања, ипак дошло. Други истраживачи су настојали да утврде какав је став јавности о информационим системима, што је посебно значајно у оним земљама које су њиховом применом пробале да „излече“ пољуљано поверење у правосудни систем. Turkle је пред своје испитанике поставила хипотетичку дилему – шта би, под претпоставком да су учинили кривично дело, сматрали праведнијом солуцијом, да им казну одреди компјутер или „живи“ судија.<sup>1519</sup> Када је питање постављено студентима, показало се да су скептични према способностима машине. Механичко

---

<sup>1518</sup> Такво истраживање је спровела R. Hennem: *Domstolenes utmåling av straff – en undersøkelse av rettspraksis*, Oslo, Justis og politi department, 2002. године. Резултати су приказани на основу прегледа из K. Franko Ass: *Sentencing Transparency in the Age of Information ...*, стр. 56.

<sup>1519</sup> S. Turkle: *Life on the Screen: Identity in the Age of Internet*, London, Phoenix, 1995. године, стр. 292, наведено према K. Franko Ass: *op. cit*, стр. 58.



баратање само са унетим подацима, немогућност схватања целине, али и непостојање емпатије, какву поседују само људска бића, сматрани су значајним хендикепом машине. Друга група испитаника је имала потпуно супротно мишљење. Иако су и они дијагностификовали лимитиране способности технике, ипак су јој дали предност. Како су ову групу сачињавали црнци, млади људи из сиромашних четврти и млади „са улице“, јасно је да се различитост у ставовима не заснива на различитом поимању технике и њених могућности, него у различитој перцепцији и различитом искуству са правосудним системом.

Када се све наведено узме у обзир, крајњи аксиолошки суд о информационим системима осмишљеним да буду подршка у процесу одмеравања казне своди се на следеће. Човек није успео да смисли ништа паметније од себе самог. Отуда информациони системи добијају позитиван или негативан вредносни предзнак управо због тога што се налазе у рукама човека, који одлучује о томе како ће бити устројени и коришћени.

## ЗАКЉУЧАК

Философско-теоријска разматрања редовног одмеравања казне изнедрила су више закључака, од којих се први односи на нелогичности различитих схватања појма индивидуализације у домаћој теорији. Једино је прихватљиво третирати индивидуализацију као генерички назив за избор врсте и висине кривичне санкције у судском поступку и њено прилагођавање у поступку извршења. Тако посматрана, она обухвата читаво одмеравање казне (редовно и ванредно), избор било које друге кривичне санкције, као и сва уподобљавања у поступку извршења.

Проучавање концепције система редовног одмеравања казне најпре је обухватило питање казних оквира, а посебно да ли се начином на који је остварен систем релативно одређених казни даје некаква имплицитна смерница суду. Отворени оквири не представљају индикатор тежине кривичног дела и треба их избегавати да би се спречиле појаве попут диспаритета у кажњавању, несразмерности и правне несигурности. Затворени оквири сами по себи не ометају прилагођавање казне, како истичу неки теоретичари, а њихово вредновање зависи од размака између посебног минимума и максимума. Сувише узак оквир данас углавном није нека распрострањена појава, чешћи су прешироки оквири, који сигурно не представљају корисну смерницу о тежини дела, а препоручени излаз из овог проблема лежи у „разбијању“ инкриминација, како би се казне још више изнијансирале у току прописивања. Показано је и да полуотворени оквири, фиксирањем само једне стране „форсирају“ слободно кретање у супротном смеру. Тако ће посебни минимуми казне, нарочито ако су релативно високи, резултирати одмеравањем неоправдано строгих казни, док високи посебни максимуми умањују вероватноћу да ће бити изречени, они дестимулишу суд да их изабере. Када се све сумира закључено је да фиксирање посебног максимума има више оправдања, јер је то правилније са становишта легалитета и правне сигурности, како даје бољу слику о тзв. ординалној пропорционалности.

Када је сврха кажњавања у питању, показано је да и нерегулисање циљева и регулисање циљева без уређења међусобних односа, могу да резултирају истом

појавом да судија сам бира оријентир према сопственој пеналној философији, што у крајњем може довести до неуједначености у кажњавању. Ако се законодавац определи за нормирање сврхе најлогичније је да изабере праведну казну, која је сразмерна тежини кривичног дела и кривици учиниоца. Одступања од „заслуженог“ воде ка злоупотребама, арбитрерности и правној несигурности, јер се казна онда моделује према потребама преваспитног третмана или потребама опште превенције.

Критичко сагледавање различитих дефиниција олакшавајућих и отежавајућих околности довело је до закључка да их треба одредити као аксиолошке судове о околностима случаја, који служе томе да се у оквиру прописане казне дође до тачно одређене казне, водећи рачуна о сврси кажњавања. Када су у питању класификације присутне у нашој теорији, многим од њих је могуће упутити замерке да су недовољно прецизне, да нису исцрпне и слично. Ипак, најзначајније питање везано за релевантне околности јесте начин регулисања, јер изабрани модел битно одређује физиономију процеса редовног одмеравања. Крајности нису пожељне – нееластичне норме са таксативно набројаним и унапред вреднованим критеријумима немају капацитет да апсорбују специфичност и јединственост појединачног случаја, воде ка неинвентивном и шаблонизованом понашању судије, док потпуна слобода генералне клаузуле форсира креативност судије, али уз реалну опасност од појаве арбитрерности, нарушавања праведности, сразмерности и једнаког поступања у сличним случајевима. Отуда је најбоље прихватити средње решење, дати околности које би требало у највећој мери да одреде казну (тежина кривичног дела и кривица), уз дозволу да се и све остале могу узети у обзир ако суд процени да су релевантне.

У разматрању метода за оцену релевантних околности закључено је да изолована примена аналитичког или синтетичког метода има своје недостатке, као и да избор метода зависи од прихваћених циљева кажњавања и начина на који су нормиране релевантне околности. Комбиновање различитих циљева кажњавања, комбиновање законских листа олакшавајућих и отежавајућих околности и генералне клаузуле, иду у прилог примене аналитичко-синтетичког метода, исто

као и напомена из домена логике да анализа и синтеза нису сукобљене супротности, већ комплементарни методолошки поступци.

Проучавање редовног одмеравања казне употпуњено је сагледавањем његовог места у систему кривичног права. У том смислу оно је најпре упоређивано са осталим облицима одмеравања, са којима га повезује заједничка сврха кажњавања и међусобно размењивање инструмената. У другом сегменту је проучаван однос са неким другим институтима којима се модификује изречена казна, попут условног отпуста, помиловања и амнестије. Најзначајнија запажања у излагању о односу између условног отпуста и редовног одмеравања казне тичу се последица пречесте примене условног отпуста. Учестала корекција казни условним отпустом може двојачко утицати на рад судова, може довести до заштравања казнене политике, или до тога да се процесу одмеравања приђе на мање студиозан начин, пошто ће казна ионако бити мењана у поступку извршења. Поред наведеног, постоји и опасност од непримерене „фузије“, појаве да се околности вредноване у поступку редовног одмеравања поново користе за доношење одлуке о условном отпусту, што су потврдила и нека домаћа истраживања. Однос између редовног одмеравања казне и помиловања су у теорији обележила хетерогена запажања, почевши од тога да помиловање нарушава сва она начела на којима се редовно одмеравање темељи, да „поткопава“ остваривање генералне превенције, до тврдњи да се њиме могу кориговати неуједначености у казненој политици судова и слично. Оно што би се могло прихватити јесте идеја да помиловање може да доведе до заштравања казнене политике судова, заснована на претпостављеној реакцији суда који, имајући у виду велику вероватноћу смањивања казне у поступку помиловања, врши „урачунавање“ тог потенцијалног смањења, не би ли се на крају некако постигла сврха кажњавања, мада је таква опасност, због ретке употребе код нас, крајње хипотетичке природе. Међутим, како примена помиловања није везана никаквим материјалним условима, постоји могућност да се одлука о помиловању заснује на околностима већ вреднованим у поступку редовног одмеравања. Поједине од ових напомена важе и за амнестију, али све док учесталост коришћења, обим кориговања казне и бројност обухваћених осуђених лица не добију алармантне размере описане опасности нису тако изражене.

Историјско проучавање је показало да је редовно одмеравање казне какво данас познајемо новији институт кривичног права, настао у 19. веку у Француској, склапањем тријаде принципа законитости, система релативно одређених казни, олакшавајућих и отежавајућих околности. У том смислу преломну тачку представља *Code penal* из 1810. године, који је увео систем релативно одређених казни и олакшавајуће и отежавајуће околности, најпре код тачно одређених кривичних дела, а после реформе из 1832. године и као општи институт. Када је у питању национални ниво развоја, требало би поменути да је први акт који на систематски начин регулише редовно одмеравање Полицијска уредба из 1850. године, која садржи исцрпан каталог релевантних околности, строго разврстаних на олакшавајуће и отежавајуће, као и Казнителни законик за полицајне преступе из 1850. године, који представља наставак поменуте уредбе, тј. њен посебни део, у којем је први пут доследније спроведен систем релативно одређених казни. Највећи помак је ипак остварен Казнителним закоником из 1860. године, због прокламовања начела легалитета и начела сразмерности, усвајања релативног одређивања казни и регулисања обимне листе олакшавајућих и отежавајућих околности, које први пут добијају опште значење, како су примењиве на сва кривична дела, а не само на иступе као раније. Кривични законик за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца је поставио темеље флексибилнијег уређења, допуштајући суду да сем таксативно наведених унапред невреднованих околности узме у обзир и било коју другу околност коју сматра релевантном. Изградња новог правног система после другог светског рата обележена је извесним лутањима у области редовног одмеравања – Кривични законик из 1947. године нарушава начело законитости допуштањем креативне аналогије, даје затворене листе олакшавајућих и отежавајућих околности, у олакшавајуће околности сврстава институте који традиционално представљају основе за ублажавање, ослобођење од казне или искључење противправности, али је значајан по томе што први нормира сврху кажњавања. Кривични законик из 1951. године конципира систем релевантних околности на новим основама, постављањем јединствене листе унапред невреднованих критеријума, а то је база на којој су грађени сви касније доношени кривични закони.

Када је у питању компаративно право закључено је да претпоставка о усаглашености националних нормативних оквира унутар европско-континенталног односно англосаксонског правног круга не стоји, јер се национална законодавства разликују по степену везаности правним правилима. Тако су сва законодавства из доступног узорка разврстана у више модела. Крајности представљају модел редовног одмеравања казне вођен сврхом кажњавања и комбинацијом *numerus clausus* и *exempli causa* листа унапред вреднованих релевантних околности (или модел највећег ограничења) и модел редовног одмеравања казне заснован на слободној судијској оцени (или модел минималног ограничења посебним казним оквиром), док средњу линију представљају модел редовног одмеравања казне вођен сврхом кажњавања и отвореним листама унапред невреднованих релевантних околности и модел редовног одмеравања казне вођен егзампларно датим и унапред невреднованим релевантним околностима.

Ако се системи редовног одмеравања казне у англосаксонском праву посматрају у светлу степена слободе дате суду долази се до три модела: модела оквирног законског уређења, модела детаљних вербалних смерница и модела детаљних нумеричких смерница. Оквирно законско уређење постоји у Канади и Аустралији и оно веома подсећа на континентално право. Детаљне вербалне смернице су карактеристичне за Енглеску и Велс, и одликују се тиме што су за најчешћа кривична дела детерминисани за њих специфични фактори одмеравања, поред општих фактора, примењивих на било коју инкриминацију. Особеност овог система чини то што је процес одмеравања буквално вођен, прописивањем хронолошки устројених фаза кроз које мора да прође, почевши од одређивања тзв. полазне, претходне, прелиминарне и коначне казне. Детаљне нумеричке смернице су настале седамдесетих година прошлог века у САД. Његове основне карактеристике су приписивање бројчане вредности свим релевантним околностима, које припадају или комплексу тежине дела или комплексу криминалне прошлости учиниоца. Када добије коначни „скор“ на основу којег се дело лоцира на вертикалној оси тежине и нумерички еквивалент криминалне прошлости, који одређује вредност хоризонталне осе, суд њиховим укрштањем на посебној табели добија казни распон, који увек износи само шест месеци. Једино

што суд може да одреди, и то не у потпуности самостално, јесте конкретни износ казне у овом распону. Овакво уређење има низ недостатака – гломазност која води отежаном сналажењу, избор релевантних околности и њихово вредновање према статистичкој заступљености у ранијој пракси, блокирано увођење нетипичних околности, као и то што су све околности валоризоване самостално, при чему се губе све оне нијансе које се добијају у међусобној интеракцији. Општа оцена је да математизација не одговара духу одмеравања, ако се као његов основни циљ постави добијење казне прилагођене свим околностима случаја. Али, ако се предност да контроли судија, предвидљивости судских одлука и сличним вредностима, онда су оне несумњиво делотворне.

Анализа међународног кривичног права је указала на неколико закључака, од којих се први односи на начело законитости. Његово остваривање је на међународном плану дуго било спорно. Статут Међународног војног суда је примењиван ретроактивно, при чему је суду остављено на вољу да бира између смртне или било које друге казне коју сматра праведном; Статут Трибунала за бившу Југославију је макар одредио казне по врсти и предвидео везивање за правни поредак одређен по *locus delicti commissi*, мада целокупна његова казнена политика показује да се тога уопште није држао; да би тек Римски статут изричито гарантовао законитост. Сврха кажњавања никада није била регулисана на међународном нивоу, али су се у пракси *ad hoc* трибунала искристалисале осуда за учињено дело и превенција у генералном и специјалном виду (изражена кроз хетерогене формулације – одвраћање, обесхрабривање, дестимулисање или осујећивање вршења сличних кривичних дела), с тим што се спорадично помињу и рехабилитација и поновно интегрисање осуђеног у друштво, заштита друштва, морално упозорење, репробација и јавна стигматизација. Од општих смерница је у пракси *ad hoc* трибунала изграђена и забрана двоструког вредновања.

Олашавајуће и отежавајуће околности нису биле регулисане Статутом међународног војног суда, а о њима се тешко може говорити и на основу праксе овог суда, због недостатка образложења у његовим одлукама, иако се спорадично помињу наређење претпостављеног, значај места у војној и државној хирерахији, поступање према жртвама, смањивање њихових патњи, избегавање претераних

материјалних разарања, признање кривице. Статут хашког трибунала садржи само тежину кривичног дела и личне прилике учиниоца, с тим што Правилник упућује и на значајну сарадњу са тужиоцем. Тежина кривичног дела је у пракси проглашена најважнијом околношћу, која зависи од природе кривичног дела, улоге коју је учинилац имао у злочину, начина и средстава извршења, трајања дела, последица које су претрпеле жртве, али и субјективних критеријума попут предумишљаја, дискриминаторне намере и аморалних мотива. Са друге стране, за личне прилике је констатовано да имају незнатан утицај на казну, а њихова функција се састоји у процени капацитета учиниоца за поновну социјалну интеграцију. Посебно место у овом комплексу има ранија осуђиваност и значајна сарадња са тужилаштвом. Поред обавезних околности предвиђених Статутом и Правилником, у пракси суда су се појавили и неки други релевантни чиниоци: злоупотреба положаја у војној или цивилној хијерархији, смањена урачунљивост, понашање у притворској јединици и у току поступка, кајање и саосећање са жртвама и слично. Творци Римског статута нису показали никакву инвентивност у уређивању релевантних околности, како су само прекопирали формулације из ранијих статута, док Правилник о поступку и доказима прописује обавезу суду да узме у обзир све релевантне околности везане за дело и учиниоца, а посебно многобројне таксативно набројане олакшавајуће и отежавајуће околности. Овим актима је до сада постављен најпотпунији правни оквир редовном одмеравању, али сенку на ту чињеницу баца одбојан став великих сила према Сталном међународном суду, што наводи на претпоставку да ће међународно правосуђе и у будућности тешко моћи да се ослободи квалификатива „правде победника“.

Прва група напомена о редовном одмеравању казне у нашем позитивном праву односи на реформисани казнени систем. Када је у питању казна затвора, спорно је постојање посебног оквира од тридесет до четрдесет година, тако да у нашој теорији постоје предлози да се овај повишени распон укине уз подизање општег максимума, или да се, идући за идејом законодавца да издвоји најтежа дела и најтеже облике тешких кривичних дела, посебан оквир постави од двадесет до тридесет година. Уколико се одлучи за његово задржавање, законодавац би могао да преиспита и предлоге за проширење забране изрицања, која би обухватила и



бремените жене, лица која су дело учинила у стању битно смањене урачунљивости, лица старија од шездесетпет година, или дела која су остала у покушају. Са друге стране, требало би похвалити увођење система дани-новчана казна, јер се њиме могућава боље прилагођавање имовинским приликама учиниоца, као и поделу обимног поља новчане казне између општег минимума и максимума на више подоквира, чиме је знатно олакшан рад суда и омогућено уједначавање казнене политике. Увођењем рада у јавном интересу увећани су капацитети за прилагођавање казне конкретном случају, мада се и код ње могу појавити извесни спорни моменти, а посебно то што може бити неједнако тешка различитим учиниоцима и поред једнаког трајања. Када је у питању одузимање возачке дозволе чини се да, и поред скепси изражених у делу наше теорије, нема оправдања за недовољно коришћење ове казне у нашој судској пракси, посебно због тога што њена примена не ствара трошкове и није компликована.

Сама материја одмеравања је видно побољшана у делу општих смерница, коначним регулисањем забране двоструког вредновања, и то на очигледно пажљив начин, јер је позитивноправна формулација боља од неких предлога датих у нашој теорији, али и од решења из компаративног права. Сврха кажњавања не доноси ништа епохално ново, а *de lege ferenda* би се могло разматрати питање редефинисања и рангирања постављених циљева, у складу са Препоруком о конзистентности кажњавања R (92)17. Полазећи од савремених схватања на прво место би требало ставити изрицање праведне и сразмерне казне, која ће и најбоље остварити циљеве генералне и специјалне превенције.

Детаљно проучавање казних оквира показало је најупечатљивија разлика између посебног минимума и максимума постоји код казне затвора у трајању од једне до петнаест година, мада је таквих случајева у укупној маси веома мало. Оно што забрињава јесте чињеница да суд за готово трећину дела тражи казну у распону од десет или више година, што би требало кориговати приликом неког новог преиспитивања законске казнене политике.

Процес редовног одмеравања казне би свакако био боље вођен уколико би се извршиле неке интервенције на листи олакшавајућих и отежавајућих околности. При томе се имају у виду два захвата – логичко повезивање релевантних околности

са циљевима кажњавања и рангирање самих релевантних околности. Прва асоцијација, која настаје погледом на наш законски каталог, говори да је он превасходно сачињен од околности везаних за учиниоца кривичног дела, што наводи на закључак да се законодавац руководио више не тако актуелном идејом ресоцијализације или да је само по инерцији преузео каталог из доба када је она била доминантна. У том смислу, уместо личности учиниоца, централно место би требало дати тежини кривичног дела у виду постојеће јачине повреде или угрожавања заштићеног добра, са степеном кривице и побудама као њеном субјективном страном. То би било у логичком складу са раније поменутиим предлогом за другачије одређивање сврхе кажњавања.

Описаним рангирањем би се кориговала и појава, уочена у проучавањима наше судске праксе, да судови у образложењима својих одлука ретко наводе околности које се односе на материјалну тежину дела. Ако претпоставимо да је суд о јачини повреде или угрожавања заштићеног добра и у осталим случајевима водио рачуна, чињеница да то није констатовано у образложењу је једноставно недопустива.

Напуштање кривичне одговорности и нормирање кривице на новим основама, произвело је крупне ефекте и у домену редовног одмеравања казне. Да би утврдио степен кривице, суд сада мора да испита све три њене компоненте, тј. урачунљивост, умишљај или нехат и свест о противправности. Постоји неколико грешака у вези са вредновањем урачунљивости. Потпуна урачунљивост се посматра вредносно неутрално, као нулти степен урачунљивости, иако теорија упозорава да потпуно урачунљива лица немају подједнаке интелектуалне и вољне способности, што би требало уважити код кажњавања. Такође, дешава се да се вештаци експлицитно изјашњавају о постојању смањене односно битно смањене урачунљивости, што судови *a priori* прихватају. Но, то није једини проблем, јер вештаци кад-кад дају веома уопштене оцене психичког стања, независно од кривичног дела, које суд тешко може да искористи за њено степеновање. Потом, примећен је превише благонаклон став суда према лицима која су дело учинила под дејством алкохола (осим оних који су учинили саобраћајно кривично дело), као и примери да се ова околност узима само на основу изјаве оптуженог.

Када је умишљај у питању није увек оправдано третирати евентуални умишљај значајно другачије од директног, јер његово постојање може бити показатељ тоталне равнодушности према повреди или угрожавању заштићеног добра. Штавише, кроз евентуални умишљај се може испољити већи степен безобзирности и дрскости него кроз директни. Слично је и са облицима нехата, тако да правило да учинилац који је поступао са свесним нехатом заслужује већи степен прекора уопште не треба ставити на ниво апсолутног.

Како је раније поменуто, реконцептуализовање кривице је под њено окриље довело и свест о противправности, која постоји када је учинилац на један општи, лаички начин свестан тога да чини нешто правом забрањено, при чему се не тражи да буде свестан одређености дела у закону, његове друштвене штетности или кажњивости. Утврђивање тзв. потенцијалне свести о забрањености дела, посматрано у контексту правила о редовном одмеравању казне, крије у себи једну опасност, јер лична својства учиниоца чине базу за процену могућности њеног постојања. То може довести до двоструког вредновања, пошто се исти чиниоци узимају најпре за процену степена кривице, а потом и самостално. Иначе, идентичан проблем искрсава и код несвесног нехата, јер постојање субјективног услова и овде зависи од личних својстава и прилика.

Кривични законик исто као и његови претходници говори о побудама, док наша теорија као његов синоним користи и реч мотив. У психологији, међутим, побуде и мотиви нису подударног значења; побуде представљају зачетак мотивационог процеса, који резултира (мада не нужно) стварањем мотива. Поред термилошке непрецизности, друго запажање се односи на занемаривање мотива у нашој судској пракси, на основу којег је и настала препорука судовима да посвете више пажње овом питању, како се по нормативно-психолошком концепту мотиви сматрају саставним делом кривице.

Најзначајнији закључак у вези са ранијим животом учиниоца односи се на чињеницу да се у пракси наших судова прецењује ранија неосуђиваност, упркос томе што је поштовање закона нормално, статистички најчешће понашање, те нешто тако уобичајно не би требало да буде награђено значајнијим умањивањем

казне. Судови су вероватно свесни правог значаја ове околности, али је једноставно злоупотребљавају ако се не слажу са прописаном казном.

Прецењивање постоји и у односу на личне прилике учиниоца, постојање брака и малолетне деце, који се по аутоматизму сврставају у олакшавајуће околности, при чему се некада занемарује сагледавање њиховог значаја у склопу са осталим релевантним околностима. То онда доводи до апсурдног исхода да се казна умањује на основу брачног и породичног статуса оним учиниоцима, од којих се управо због тих својстава могло очекивати да се понашају некриминално. Следећи спорни моменти потичу из неуједначеног тумачења појма „породичан човек“, као и из шаблонског преузимања личних података из генералија. Сама изјава учиниоца о свом брачном статусу и породичним приликама није довољно поуздана и требало би да буде поткрепљена одговарајућим доказима.

Држање учиниоца после учињеног дела је претрпело извесну трансформацију посебним акцентовањем односа према жртви, што је свакако позитивно и уклапа се у тенденцију боље и потпуније заштите њених права и интереса. Ако се из домена прописаног зађе у домен примене ове околности, требало би поменути да се дешава да судови на основу признања кривичног дела аутоматски извлаче закључак о постојању кајања, и када за то не постоје неки други докази, иако је јасно да признање и кајање нису нужно повезани. У типичне грешке спада и прецењивање коректног понашања учиноца у судском поступку.

Следећи логику предложеног реконцептуализовања законског каталога олакшавајућих и отежавајућих околности могле би се брисати „друге околности које се односе на личност учиниоца“, јер се заснивају на превазиђеном концепту ресоцијализације, али и због тога што бројност експлицитно наведених околности које се тичу учиниоца наводе на питање да ли нешто уопште преостаје. Посебно је неприхватљиво то што судови некада злоупотребљавају ову околност да би смањили казну учиниоцу услед пораста стопе криминалитета, протеча дужег времена од извршења дела, или дугог трајања судског поступка.

Увођење посебне околности за одмеравање казне за дела учињена из мржње је настало из легитимног и разумљивог настојања законодавца да се супротстави злочинима мржње, али је показано да је овај циљ било могуће остварити и неким

другим средствима која су и пре измена била на располагању. Истовремено, упозорено је да начин на који је формулисана садржи извесне недостатке у домену изабраних група којима се овом облигаторном отежавајућом околношћу пружа посебна заштита.

Имовно стање је изричито везано за одмеравање новчане казне, али се упркос томе кад-кад дешава да се преко личних прилика уважава као олакшавајућа околност и код одмеравања других казни (првенствено затвора), чак и код кривичних дела за која то нема никаквог резона. Ова појава говори или о неразумевању или злоупотреби података о финансијском стању учиниоца, а ни за једно ни за друго нема логичног оправдања.

Један део напомена се односио на одмеравање казне малолетницима и правним лицима. Рефединисање општег минимума и максимума малолетничког затвора је претполовило маневарски простор суда, што може да отежа прилагођавање конкретном случају, посебно када суд процени да казна од пет година није адекватан одговор на тешко дело малолетника, које не испуњава услове за померање казне на другу горњу границу. Споран је и минимум ове казне, јер је време прекратко за организовање и спровођење неког иоле делотворног третмана. Сврха кажњавања је добро дефинисана, инсистирањем на реинтеграцији малолетника, али су зато поједине посебне околности изазвале извесне дилеме. Тој групи припада степен зрелости малолетника, који не треба сматрати панданом урачунљивости из општег кривичног права. Сазнања развојне психологије упућују на то да се ради о тзв. општој, а не посебној зрелости (урачунљивости), која се отуда не посматра у односу на кривично дело нити се испитује у односу на време његовог извршења, већ у оквирима свеукупног понашања и у ширем временском интервалу. Позитивна трансформација извршена је и тиме што се као услов јавља природа и тежина дела уместо тешких последица дела, које су поделиле стручњаке, на оне који су сматрали да малолетнички затвор аутоматски отпада ако је дело остало у покушају, и оне који су покушавали да изнађу неки аргумент за његову примену.

Проучавање нормативног оквира за редовно одмеравање казне правним лицима показало је да и у овој области постоји простор за измене. Прва од њих би

се могла односити на сврху кажњавања. Очито је да законодавац није сматрао да су специфичности правног лица толике да би резултирале постављањем посебних циљева, те је упутио на сходну примену сврхе из Кривичног законика. У том смислу, могло би се размишљати, рецимо, о увођењу репаративне и реститутивне функције, а разлог за то је често упечатљива неравнотежа моћи у корист правног лица као учиниоца, те није згорег и кроз циљеве кажњавања нагласити потребу заштите права и интереса жртве. Такође, Закон о одговорности правних лица не садржи забрану двоструког вредновања, нити на њу упућује у правилима о сходној примени Кривичног законика, што би требало изменити.

Када је казни систем у питању, добро је што је општи оквир новчане казне подељен на уже подоквире. У посебном делу Кривичног законика нигде нису прописане казне за правна лица, те су оваквом специфичном правном техником заправо одређени посебни минимуми и максимуми. Ширина тих посебних оквира варира у зависности од категорије кривичног дела, и у неким случајевима је заиста велика, као код дела за која је прописана казна затвора преко десет година, јер је разлика између минимума и максимума чак четрестиосамдесет милиона динара, те се можемо запитати да ли уопште представља корисну смерницу редовног одмеравања.

У регулисању олакшавајућих и отежавајућих околности примењен је модел отворене листе унапред невређених околности. За поједине од њих може бити спорно шта значе – нису предмет аутентичног тумачења, малобројни теоријски радови их само фактографски набрајају, а како се Закон још увек не примењује нису изграђени ни ставови у судској пракси. Такав је случај са величином правног лица, која може бити доведена у контекст броја запослених, али и економске снаге правног лица, која иначе није експлицитно убачена на законску листу, иако је логично да пословни резултати и вредност имовине правног лица буду третирани као значајне детерминанте кажњавања. Међу законским критеријумима се нигде не помиње ни тежина кривичног дела, за коју је више пута наглашено да мора бити полазиште редовног одмеравања. Уочљив је и изостанак раније осуђиваности правног лица, надокнаде штете, отклањања последица насталих извршењем дела и повраћаја противправно стечене имовинске користи. У крајњем, будућа судска

пракса тиме неће бити оштећена, јер се сви изостављени фактори могу уважити позивањем суда на опште овлашћење да узме у обзир све околности које утичу да казна буде већа или мања, али је сам законодавац могао имати логичнији приступ у регулисању материје редовног одмеравања казне правним лицима.

Казнена политика домаћих судова традиционално носи епитет благе и неусаглашене са казненом политиком законодавца. Показано је да су такве тврдње неприхватљиве, ако се заснивају на простој компарацији општих статистичких података и прописаних казни, без уважавања тежине криминалитета на који је реаговано, али и на занемаривању института општег дела, као да они не чине саставни део казнене политике тог истог законодавца. При томе се обично заборавља да и сам законодавац може да генерише ову појаву, прописивањем прешироких казненних оквира и претераном експанзијом нових дела дискутабилне оправданости, када је логично препоручити методе „лечења“ попут сужавања казненних оквира, затим „разлагања“ инкриминација на основни, привилеговани и квалификовани облик, где за тако нешто има простора, и укидање спорних инкриминација.

Поједина емпиријска проучавања су показала да и код нас постоје диспаритети у кажњавању, мада је ова појава спорадична и нема карактер неке систематске дискриминације учинилаца. У циљу решавања неуједначености сигурно не би требало прихватити стране моделе попут обавезних упутстава каква постоје у неким земљама, јер би то било супротно нашој правној традицији, али се зато може покушати са одређивањем хијерархије међу циљевима кажњавања, увођењем посебних циљева за одређене категорије учинилаца тамо где то није учињено, сужавањем прешироких казненних оквира и слично, а одређену улогу би могли да одиграју и различити облици едукације и даљег усавршавања судија.

Посебан сегмент у проучавању казнене политике био је посвећен испитивању оправданости урачунавања пораста стопе криминалитета као отежавајуће околности. Домаћи судови обично не наводе ову чињеницу, што не значи да она није била латентно присутна у свести судије приликом доношења одлуке о казни, а када је помињу заузимају контрадикторне ставове. Детаљно је објашњено да овакав третман пораста криминалитета није у духу савременог

кривичног права, јер задире у принцип једнакости грађана пред законом, принцип кривице, принцип сразмерности, принцип легитимитета, као што по неким нарушава и опште начело поделе власти, јер суд тако узурпира овлашћења која припадају законодавцу.

Масовно вршење дела из анахроних закона, са друге стране, може навести суд да овај тренд третира као олакшавајућу околност, али ни овај случај није без спорних момената. Масовност изазива техничке проблеме, како је вероватно да државни апарат неће успети да „приведе правди“ све учиниоце, што ствара утисак да се гоњење и кажњавање спроводе некако стихијски и произвољно или селективно и дискриминаторски. Све то уз благо кажњавање може да деградира норму и замагли свест грађана о противправности и моралној недопустивости неког понашања, као што шаље опасну поруку осталим државним органима да је њихов посао узалудан, чиме се доприноси урушавању система као целине. Отуда и препорука законодавцу да не толерише застареле инкриминације, нити да уводи нове без ваљаног оправдања.

Пад стопе криминалитета говори о ефикасној друштвеној контроли у целини и представља потврду да је и приступ редовном одмеравању казне исправан, што би требало да говори у прилог његовог даљег практиковања. Међутим, статистички пад стопе криминалитета некада може бити показатељ неефикасности у откривању кривичних дела. Претпоставка да је тзв. тамна бројка висока је потпуно непогодна за урачунавање у казну, јер би то значило да се један кажњава и за незнате друге, са свим већ раније описаним негативним импликацијама.

Савремена истраживања редовног одмеравања казне показала су да сем правно релевантних околности на овај процес утичу и различити психо-социјални фактори, чијег уплива често судија не мора бити свестан, а њихов продор омогућава то што је процес одмеравања обично слабо везан правом. Основна последица тога је да одмеравање није тако рационално, логично и објективно како се то претпоставља. Показано је да од друштвених чинилаца посебно место има утицај јавног мњења и средстава јавног информисања. Некритичко и сензационалистичко извештавање представљају својеврстан облик прејудицирања, а он се обично врши драматизовањем различитих аспеката случаја,



поједностављеним црно-белим приказом стварности, мада известен капацитет да утичу на рад имају и уопштене критике, пребацивања да су судови благи или неефикасни и слично. Готово да не треба наглашавати колико ставови јавности могу бити погрешни због непостојања правног знања, али и ниског образовног нивоа, који могу довести до тога да већини грађана одлуке суда делују нелогично и неправедно и када им правници не налазе никакве замерке. Све то доводи судије у назахвалан положај, јер би требало да одоле различитим манипулацијама, али и да не занемаре мишљење јавности у потпуности, јер би то било противно принципу легитимности.

Уважавање морала и схватања праведности је неопходно да би казна остварила своје специјално и генерално-превентивне циљеве, а основне опасности леже у томе што ове вредности не морају увек бити прогресивне, што се ради о флиудним категоријама о којима у мултикултуралним друштвима садашњице некада нема консензуса. Све то говори у прилог тези да је опасно легитимности дати предност или крупнију улогу у процесу примене кривичног права. Зато је и закључено да постоји велика разлика између тога да се казнена политика потпуно усаглашава са ставовима јавности и тога да се казна одмерава тако да је јавност може „истолерисати“.

Психолошка истраживања начина на који се долази до закључка о врсти и висини казне показала су да она примарно настаје из интуитивног доживљаја случаја, који се потом поткрепљује правничком аргументацијом, а не из строго логичке операције селектовања релевантних околности, њиховог вредновања, постваљања алтернатива и избора оне казне која најбоље „погађа“ сврху кажњавања. У том смислу овај процес могу да обоје различите индивидуалне карактеристике судије, иако би оне требало да буду потпуно ирелевантне. За поједине од њих постоје контрадикторни налази, а такав случај је са социјалним пореклом судије. Када је образовање у питању, утврђено је да правници имају креативнији и флексибилнији приступ тумачењу права, а да су поротници ригиднији и упркос очекивањима стожи. Утврђено је да су код одмеравања казне за одређена дела старије судије строже према млађим и толерантније према старијим учиниоцима. Године утичу и на другачије приоритете у разматрању релевантних

околности – старије судије се више баве тежином дела, млађе су спремније да се више баве учиниоцем, а то значи да их не руководе исте пеналне философије, како први више уважавају спречавање и онемогућавање учиниоца, а други ресоцијализацију. Пол је у делу истраживања потпуно ирелевантан, мада значајан број истраживача жене сматра блажим судијама, посебно према учиниоцима са малолетном децом. Занимљиво је да су неки установили да на жене јаче утиче тзв. групна динамика, у смислу да њихови ставови о казни постају строжи ако суде у већу са колегама. Поред тога, оне су спремније да се посвете испитивању личних прилика учиниоца. Расна припадност судије је углавном неутрална, мада неки сматрају да је дуготрајна резервисаност судијске функције за белце у појединим друштвима довела до тога да судије црнци несвесно настоје да се етаблирају одмеравајући више казне припадницима своје расе. Религијска и партијска уверења, такође, једним делом играју улогу у одмеравању, јер се ради о вредносним системима који садрже опште ставове о преступништву и кажњавању уопште. Надаље, емпиријска истраживања су показала да су судије у већим градовима строже од судија у малим срединама, док се дефинитиван став о строгости или благиности инокосног судије односно судског већа не може формирати, јер по овом питању резултати прилично варирају.

Проучавања везана за учиниоца показала су да његова визуелна атрактивност може да утиче на умањивање казне, осим у случају када је злоупотребио своју допадљивост ради извршења дела, а слично дејство може имати и његово пристојно и љубазно понашање у поступку. Највећи број истраживања о релацији између пола и казне открива блаже поступање према женама. Поједине околности женама доносе веће користи него мушкарцима, попут постојања малолетне деце, озбиљног стреса који је претходио извршењу дела или мале улоге у делу. Међутим, и у одмеравању казне женама постоје разлике, јер се оне неудате или разведене суочавају са већом вероватноћом да ће добити строже казне од оних у браку. Регистроване су и друге разлике засноване на полу – у образложењу казне мушкарцима централну тачку правне аргументације чини тежина дела, док је у образложењу казне женама чешће фокусирање на чињенице везане за њену личност. Претпоставља се да се ово дешава због мање заступљености жена у

криминалитету, услед које се судије фокусирају на жену-учиниоца. Расна припадност је једно од најпроучаванијих питања у овој области, са општим закључком да утиче на кажњавање, али не у смислу организоване и системске дискриминације. При томе је неједнако поступање према другој раси или некој другој мањинској групи најизгледније код дела која представљају симболичку или политичку претњу владајућем друштвеном поретку, ако је у питању бројна мањинска група, ако су економске разлике између ње и припадника већине посебно изражене, ако је стопа криминалитета у порасту. За неке друге карактеристике учиниоца, попут запослености, богатства или друштвеног статуса уопште је утврђено да само мањим делом утичу на одмеравање казне, како своје дејство остварују у претходним фазама поступка, тиме што пружају веће шансе да се издејствује неки од алтернативних начина за решавање кривичне ствари.

Када је употреба информационих система у процесу редовног одмеравања казне у питању показано је да софтвери за примену нумеричких смерница повећавају ефикасности судског рада, доприносе уједначености казни и њиховој предиктабилности, транспарентности процеса одмеравања, што у крајњем резултира увећањем правне сигурности. Њихова највећа мана јесте затвореност за околности изван постављене схеме и чињеница да су засновани на одвојеном вредновању појединачних околности, без могућности да се сагледају нијансе какве настају када се околности посматрају у међусобној повезаности. На известан начин примена њихова примена води дехуманизацији одмеравања, јер не третирају учиниоца као индивидуу, пошто разграђују његов идентитет на одвојене бодоване факторе, као што, са друге стране, аутоматизују судију, који их користи механички, без дубљег промишљања и без потребе за објашњењем резултата до којих је дошао.

Основни недостаци информационих система, који представљају извор статистичких информација о претходно изреченим казнама леже у неуједначености казни у пресудама унетим у базу, али и у класификационим схемама које користе само ограничени број унапред задатих параметара, који нису међусобно ранжирани по важности или мери утицаја на изречену казну, а често нису ни довољно издиференцирани, будући да су постављени у малом броју степена испољавања. Такође, некада може бити проблематичан и начин формулисања претраге, јер

различити корисници могу различито да поставе упит и добију различиту селекцију предмета из базе, која са собом повлачи и различите износе најмање, највеће и просечне казне, иако се ради о истом случају. Да би добио репрезентативан резултат судија мора да има јасну слику о свом случају, тако да претпоставка да су од посебне помоћи неискусним судијама и није баш основана. Не сме се заборавити ни то да је већина база иницијално обухватала обично петогодишњу или седмогодишњу праксу, те је постојала вероватноћа да се заиста издвоји веома мали број пресуда, које можда неће пружити репрезентативне закључке, поготову ако се не ради о неком учесталом кривичном делу. Поменуто је и да овај тип информационих система има само консултативну улогу и да од воље судије зависи да ли ће га користити или не, али није искључена ни опасност од пасивног, конформистичког понашања и неударљивања у конкретни случај, када је већ „безбедан“ средњи износ раније изречених казни лако доступан.

И програми за процену ризика од рецидивизма су далеко од савршених. Њихове прогнозе су засноване на статистици, те се увек може поставити питање да ли је узорак био довољно обиман и репрезентативан да би пружио основ за утврђивање корелације између појединачног чиниоца и рецидивизма, а емпријиска истраживања су и потврдила њихову непоузданост.

## ЛИТЕРАТУРА

- Abwender, D. A, Hough, K:** Interactive Effects of Characteristics of Defendant and Mock Juror on Us Participants` Judgment Sentencing Recommendations, *Journal of Social Psychology*, no. 141(5), 2001. године, стр. 603.
- Аћимовић, М:** Кривично право, Општи део, књига I, Суботица, 1937.
- Аћимовић, М:** Психологија злочина и суђења, Београд, 1987.
- Aguirre, A, Backer, D. V:** Empirical Research on Racial Discrimination in the Imposition of Death Penalty, *Criminal Justice Abstracts*, 1990. године, стр. 135.
- Алексић, Ж:** Штампa и криминалитет, *Правни живот*, бр. 3, 1968. године, стр. 24.
- Алимпиић, Д:** Полицијска уредба, Београд, 1920.
- Ambos, K:** General Principles of Criminal Law in the Rome Staute, *Criminal Law Forum*, no. 10, 1999. године, стр. 1.
- Ambos, K:** Remarks on the General Part of International Criminal Law, *Journal of International Criminal Justice*, no. 4, 2006. године, стр. 661.
- Andreoni, J:** Reasonable Doubt and the Optimal Magnitude of Fines, Should the Penalty Fit the Crime, *RAND Journal of Economics*, vol. 22, no. 3, 1991. године, стр. 385.
- Ансел, М:** Нова друштвена одбрана, Београд, 1963.
- Аристотел:** Устав атински, Београд, 1997.
- Арнаудовски, Љ:** Феноменолошке карактеристике криминалитета у Републици Македонији у периоду транзиције, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, III део (уредник Ђ. Игњатовић), 2009. године, стр. 319.
- Ashworth, A:** Principles of Criminal Law, Oxford, 1999.
- Ashworth, A:** Sentencing and Criminal Justice, London, 1992.
- Атанацковић, Д:** Да ли је дело учињено из користољубља ако је њиме прибављена корист за другога, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3-4, 1966. године, стр. 415.
- Атанацковић, Д:** Дискусија, *ЈРККП*, бр. 2, 1977. године, стр. 212.
- Атанацковић, Д:** Казнена политика судова у СФРЈ, *ЈРККП*, бр. 2-3, 1978. године, стр. 93.
- Атанацковић, Д:** Критеријуми одмеравања казне, Београд, 1975.
- Атанацковић, Д:** Објективни услови инкриминације, *Зборник радова Правног факултета у Мостару*, 1980. године, стр. 13.
- Атанацковић, Д:** Појам заблуде у кривичном праву, *ЈРККП*, бр. 1, 1977. године, стр. 41.
- Атанацковић, Д:** Саучесништво у кривичном делу, *ЈРККП*, бр. 1-2, 1995. године, стр. 5.
- Atkinson, D. N, Neuman, D. A:** Judicial Attitudes and Defendant Attributes: Some Consequences of Municipal Court Sentencing, *Journal of Public Law*, no. 19, 1970. године, стр. 69.
- Аврамовић, С:** Исејево судско беседништво и атинско право, Београд, 2000.
- Бабић, М:** Установа продуженог кривичног дјела, *ЈРККП*, бр. 1-2, 1996. године, стр. 49.
- Бабић, М, Марковић, И:** Кривично право, Општи део, Бања Лука, 2008.

- Бабовић, М:** Нехат у кривичном праву, докторска дисертација (необјављена), Београд, 1981.
- Бачић, Ф:** Кривично право, Опћи дио, Загреб, 1978.
- Бачић, Ф:** Судско одмеравање казне, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 3-4, 1978. године, стр. 199.
- Baldwin, J:** The Social Composition of Magistracy, *British Journal of Criminology*, no. 16(1), 1976. године, стр. 171.
- Baldwin, J, McConville, M:** The Influence of Race on Sentencing in England, *Criminal Law Review*, 1982. године, стр. 652.
- Банић, В:** Утицај доприноса жртве кривичног дела на степен кривице учиниоца и меру основаности имовинскоправног захтева, *ЈРККП*, бр. 4, 1982. године, стр. 568.
- Бавцон, Љ:** Дискусија, *ЈРККП*, бр. 2, 1977. године, стр. 225.
- Бавцон, Љ:** Неколико примедба у вези са применом кривичних санкција у пракси наших судова, *ЈРККП*, бр. 2, 1966. године, стр. 217.
- Вессариа, С:** О злочинима и казнама (увод и превод А. Цвитанић), Сплит, 1984.
- Веcker, G:** Crime and Punishment: An Economic Approach, *Journal of Political Economy*, vol. 76, iss. 2, 1968. године, стр. 169.
- Бејатовић, С:** Кривично процесно право, Београд, 2008.
- Berman, D. A:** Foreword: Beyond Blakely and Booker: Pondering Modern Sentencing Process, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 95, no. 3, 2005. године, стр. 653.
- Благојевић, Б:** Римски грађански поступак и римско кривично право, Београд, 1957.
- Воск, М:** Позитивна специјална превенција и нове тенденције у криминалној политици: О недостацима елиминаторног *Feindstrafrecht*-кривичног права и значају примењене криминологије за криминалну политику по мери људске заједнице, *Crimen*, бр. 2, 2010. године, стр. 139.
- Vogoch, V:** Judging in a Different Voice: Gender and Sentencing of Violent Offender in Israel, *Journal of Sociology of Law*, no. 27, 1999. године, стр. 51.
- Бојанић, И, Мрчела, М:** Сврха кажњавања у контексту шесте новеле Казненог закона, *ХЛКПП*, вол. 13, бр. 2, 2006. године, стр. 431.
- Бошковић, Б:** Криминална политика, судска психологија и одмеравање казне, *ЈРККП*, бр. 2, 1967. године, стр. 275.
- Бошковић, М:** Социјална патологија, Нови Сад, 2002.
- Бошковић, М, Радоман, М:** Пенологија, Нови Сад, 2002.
- Bouzat, P, Pinatel, J:** *Traité de droit penal et de criminologie*, Paris, 1963.
- Bowen, R. A:** Social Background and Judicial Decision-Making, *Harvard Law Review*, no. 79, 1976. године, стр. 1551.
- Braithwaite, J:** Restorative Justice and a Better Future, у *A Restorative Justice Reader – Texts, Sources, Context* (ed. G. Johnstone), Devon, 2003.
- Brown, I, Hullin, R:** A Study of Sentencing in Leeds` Magistrate Court: The Treatment of Ethnic Minority and Whites, *British Journal of Criminology*, no. 32, 1992. године, стр. 41.
- Bull, R:** The Importance of Being Beautiful, *New Society*, no. 30, 1974. године, стр. 412.

**Bushway, S, Smith, J:** Sentencing Using Statistical Treatment Rules: What We Don't Know Can't Hurt Us, *Journal of Quantitative Criminology*, no. 23, 2007. године, стр. 377.

**Бутуровић, Ј:** Продужено кривично дело, Београд, 1980.

**Cartier, M. E:** Казненоправна одговорност правних особа у француском праву, *ХЛЈКПП*, вол. 12, бр. 2, 2005. године, стр. 279.

**Ценић, Ђ:** Објаснење Казнителног законика за Књажество Србију, Београд, 1866.

**Цетинић, М:** Закон о одговорности правних лица за кривична дела – још један корак Србије ка Европској унији, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3-4, 2005. године, стр. 299.

**Challenges and Responses to Hate-Motivated Incidents in the OSCE Region**, OSCE (ODIHR), 2006.

**Christie, N:** Conflict as a Property, *British Journal of Criminology*, vol. 14, no. 1, 1977. године, стр. 1.

**Clarke, S. H, Koch, G. G:** The Influence of Income and Other Factors on Weather Criminal Defendants Go to Prison, *Law and Society Review*, no. 11, 1976. године, стр. 57.

**Cogan, C. J:** Hate Crimes as a Crime Category Worthy of Policy Reaction, *American Behavioral Scientist*, vol. 46, no. 1, 2002. године, стр. 173.

**Crow, J, Cove, J:** Ethnic Minorities and the Court, *Criminal Law Review*, 1984. године, стр. 413.

**Чејовић, Б:** Историјски развој принципа индивидуализације кривичних санкција, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 2-3, 1971. године, стр. 297.

**Чејовић, Б, Миладиновић, В:** Кривично право, Општи део, Ниш, 1995.

**Чубински, М:** Криминална политика (појам, садржај и однос према науци кривичног права), Београд, 1937.

**Чубински, М:** Научни и практични коментар Кривичног законика, Београд, 1936.

**Чубински, М:** Олакшавне и отежавне околности код одмеравања казне, *Полиција*, бр. 21-22, 1933. године, стр. 1068.

**Ћирић, Ј:** Друштвени утицаји на казнену политику судова, Београд, 2001.

**Ћирић, Ј:** Егземплярно кажњавање, зборник Казнена политика судова – раскол између закона и његове примене, *Источно Сарајево*, 2012. године, стр. 349.

**Ћирић, Ј:** Професионални нехат, зборник Проблеми реинтеграције и реформе југословенског кривичног законодавства, Београд, 1995. године, стр. 155.

**Ћирић, Ј:** Ранија неосуђиваност као олакшавајућа околност код одмеравања казне, *ЈРККП*, бр. 1-2, 1996. године, стр. 93.

**Ћирић, Ј:** Злочини мржње: америчко и балканско искуство, *Темида*, бр. 4, 2011. године, стр. 21.

**Ћирић, Ј, Ђорђевић, Ђ, Сепи, Р:** Казнена политика судова у Србији, Београд, 2006.

**Ћирић, З, Димитријевић, Б:** Основи судске психијатрије и психологије, Ниш, 2009.

**Ђорђевић, Ђ:** Актуелни проблеми одмеравања казне у нашем праву, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, IV део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2010. године, стр. 160.

**Ђорђевић, Ђ:** Држање учиниоца после учињеног кривичног дела као олакшавајућа и отежавајућа околност, ЈРККП, бр. 3, 1996. године, стр. 97.

**Ђорђевић, Ђ:** Надокнада штете проузроковане кривичним делом и одмеравање казне, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, III део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2009. године, стр. 191.

**Ђорђевић, Ђ:** Нове казне у Кривичном закону Републике Србије, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, IV део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2007. године, стр. 172.

**Ђорђевић, Ђ:** Одмеравање новчане казне, ЈРККП, бр. 8, 1998. године, стр. 101.

**Ђорђевић, Ђ:** Стварно кајање, ЈРККП, бр. 4, 1990. године, стр. 31.

**Ђорђевић, Ј:** Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије, Београд, 1988.

**Ђорђевић, М:** Кривично законодавство и казнена политика, Проблеми казнене политике судова, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1973. године, стр. 7.

**Ђорђевић, М:** Основне карактеристике новог Кривичног закона СФРЈ са становишта примене у пракси, ЈРККП, бр. 2, 1977. године, стр. 15.

**Ђорђевић, М:** Пораст броја кривичних дела као околност при одмеравању казне, ЈРККП, бр. 2, 1971. године, стр. 302.

**Ђурђевић, З:** Казнена одговорност и казнени поступак према правним особама у Републици Хрватској, ХЛЈКПП, вол. 10, бр. 2, 2003. године, стр. 719.

**Ђурић, А:** Мотив у кривичном праву, докторска дисертација (необјављена), Ниш, 2005.

**Daly, K:** Structure and Practice of Familial-Based Justice in the Courtroom, Law and Society Review, no. 21, 1987. године, стр. 267.

**Дамашка, М:** О проблему рационализације кажњавања у САД, Наша законитост бр. 3, 1980. године, стр. 67.

**Делић, Н:** Битно смањена урачунљивост у контексту кривичне одговорности, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2, 1995. године, стр. 92.

**Делић, Н:** Неке дилеме у вези утврђивања неурачунљивости и битно смањене урачунљивости (члан 23. КЗ), зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, I део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2007. године, стр. 149.

**Делић, Н:** Поравнање учиниоца и оштећеног као основ за ослобођење од казне, зборник Казнено законодавство, прогресивна или регресивна решења, Београд, 2005. године, стр. 289.

**Делић, Н:** Психологија исказа појединих учесника у судском поступку (скрипта), Београд, 2003.

**Делић, Н:** Сила и претња у кривичном праву, Ново казнено законодавство – дилеме и проблеми у теорији и пракси (уредник Д. Радовановић), Будва, 2006. године, стр. 95.

**Делић, Н:** Свест о противправности као конститутивни елемент кривице, Анали Правног факултета у Београду, бр. 2, 2008. године, стр. 161.



**Делић, Н:** Забрана (искључење) ублажавања казне у извесним случајевима, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, IV део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2010. године, стр. 177.

**Dobb, A. N, Park, N. W:** Computerized Sentencing Information for Judges: An Aid to Sentencing Process, *Criminal Law Quarterly*, no. 56, 1987-1988. године, стр. 54.

**Dobb, A. N, Spot, V. N:** The Sentencing of Aboriginal and Non-Aboriginal Youth: Understanding Local Variation, *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, јан. 2007. године, стр. 109.

**Долени, М, Маклецов, А:** Систем целокупног кривичног права Краљевине Југославије, Београд, 1935.

**Дракић, Д:** Битно смањена урачунљивост, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1, 2009. године, стр. 151.

**Дракић, Д:** О кривичној одговорности малолетника, Нови Сад, 2010.

**Дреџун, А:** Камере у судници, *Правни живот*, бр. 12, 1998. године, стр. 271.

**Dressler, J:** *Understanding Criminal Law*, Lexis Nexis, New York, 2001.

**ECRI Report on Serbia (fourth monitoring cycle)**, Council of Europe, 2011.

**Efran, L:** The Effects of Physical Appearance on the Judgment of Guilt, Interpersonal Attraction and Severity of Recommended Punishment in a Simulated Jury Task, *Journal of Research of Personality*, no. 8, 1974. године, стр. 44.

**Emmins, C. J:** *A Practical Approach to Sentencing*, London, 1985.

**Ericson, R. V:** Mass Media, Crime, Law and Justice – An Institutional Approach, *British Journal of Criminology*, vol. 31, no. 3, 1991. године, стр. 227.

**Everson, G:** The Human Element in Justice, *Journal of Criminal Law and Criminology*, no. 10, 1919. године, стр. 90.

**Ewart, V, Pennington, D. C:** An Attributional Approach to Explaining Sentencing Disparity, у D. C. Pennington, S. Lloyd-Bostock: *The Psychology of Sentencing*, Oxford, стр. 181.

**Farrington, D, Morris, A:** Sex, Sentencing and Reconviction, *British Journal of Criminology*, no. 23, 1983. године, стр. 229.

**Fattah, E. A:** Улога жртве у одређивању деликта, *ЈРККП*, бр. 4, 1970. године, стр. 647.

**Fees, E, Wohlschlegel, A:** Why Higher Punishment May Reduce Deterrence?, *Economic Letters*, vol. 104, 2009. године, стр. 69.

**Фејеш, И:** *Constitutio Crininalis Theresiana* – систем казни, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2, 2009. године, стр. 237.

**Fontaine, G, Emily, C:** Causal Attribution and Judicial Discretion: A Look at Verbal Behavior of Municipal Court Judges, *Law and Human Behavior*, no. 2, 1978. године, стр. 323.

**Foss, L. C:** The Sentencing of Aboriginal and Non-Aboriginal Youth under the Young Offenders Act: A Multivariate Analysis, *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, no. 47, 2005. године, стр. 481.

**Франк, С:** Казнено право, Општи део, Загреб, 1950.

**Франк, С:** Теорија казног права по Кривичном законнику из 1951. године, Загреб, 1955.

**Franko-Ass, K:** Sentencing in the Age of Information: From Faust to Macintosh, Oslo, 2005.

**Franko Ass, K:** Sentencing Transparency in the Age of Information, Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention, vol. 5, 2004. године, стр. 48.

**Фром, Е:** Анатомија људске деструктивности, књига прва, Загреб, 1975.

**Фуко, М:** Надzirати и кажњавати – Настанак казне затвора (превод А. Јовановић), Нови Сад, 1997.

**Фулер, Л. Л:** Моралност права, Београд, 2001.

**Garraud, R:** Traité théoretique et pratique du droit penal français, Paris, 1885.

**Гаврић, С, Савић, М, Хуремовић, Ј:** Читанка лезбејских и геј људских права, Сарајево, 2011.

**Gavrielides, T:** Restorative Practices & Hate Crime: Opening the Debate, Темида, бр. 4, 2001. године, стр. 7.

**Gibson, J. L:** Judges` Role Orientations, Attitudes and Decisions, an Interactive Model, American Political Science Review, no. 72, 1978. године, стр. 911.

**Gibson, J. L:** Race as a Determinant of Criminal Sentences: A Methodological Critique and a Case Study, Law and Society Review, no. 12(3), 1978. године, стр. 455.

**Голубовић, Г. З, Лакић, А, Илић, Б:** Основи форензичке психологије и психопатологије, Бор, 2002.

**Gollwitzer, M, Bucklein, K:** Are “We” Punitive than “Me”? Self-construal Styles, Justice Related Attitudes and Punitive Judgements, Social Justice Research, no. 20, 2007. године, стр. 457.

**Говор мржње и злочин мржње као институти међународног и домаћег права – Основи методологије и стратегије за борбу против говора мржње и злочина мржње,** Комитет правника за људска права, YUCOM, Београд, 2007.

**Grainger, B:** Hard Times and Automation: Should Computers Assist Judges in Sentencing Decisions, Canadian Journal of Criminology, vol. 26, 1984. године, стр. 233.

**Grasberger, R:** Психологија кривичног поступка, Сарајево, 1958.

**Green, D. P, Strolovitch, D. Z, Wong, J. S, Bailey, R. W:** Measuring Gay Populations and Antigay Hate Crime, Social Science Quatrely, vol. 82, no. 2, 2002. године, стр. 281.

**Greenblatt, N:** How Mandatory are Mandatory Minimums? How Judges Can Avoid Imposing Mandatory Minimum Sentences?, American Journal of Criminal Law, vol. 36, no. 1, 2008. године, стр. 1.

**Грубач, М:** Законик о кривичном поступку са кратким објашњењима и посебним законима, Београд, 2005.

**Gruhl, J, Spohn, C, Welch, S:** Women as Policy Maker: The Case of Trial Judges, American Journal of Political Sciences, no. 25, 1981. године, стр. 308.

**Hagan, J:** Law, Order and Sentencing: A Study of Attitude in Action, Sociometry, no. 38, 1975. године, стр. 374.

**Hampton, R. E:** Sexual Sentencing, Australian and New Zealand Journal of Criminology, no. 12, 1979. године, стр. 24.

**Hate Crime: A Practical Guide,** OSCE, 2009.

**Hate Crime Data Collection Guidelines and Training Manual,** FBI, 2012.

- Hate Crimes in the OCSE Region, Annual Report for 2011**, OSCE, Warsaw, 2012.
- Hedderman, C:** Decision-Making in Court: Observing the Sentencing of Man and Women, *Psychology, Crime and Law*, no. 1, 1994. године, стр. 165.
- Henham, R:** International Sentencing in the Context of Collective Violence, *International Criminal Law Review*, no. 7, 2007. године, стр. 449.
- Henham, R:** Some Issues for Sentencing in International Criminal Law, *International and Comparative Law Quarterly*, no. 52, 2003. године, стр. 81.
- Henning, T:** Psychological Explanations of Sentencing Women in Tasmania, *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, no. 28, 1995. године, стр. 298.
- Хорватић, Ж:** Избор казне, Загреб, 1980.
- Хорватић, Ж:** Казнено право, Опћи дио, Загреб, 2003.
- Хорватић, Ж:** Проблем односа у закону прописане и у судским пресудама примењене казненоправне репресије према починитељима казних дјела (законска и судска казнена политика), *ХЛКПП*, вол. 11, бр. 2, 2004. године, стр. 381.
- Хорватић, Ж:** Темелне поставке за обликовање хрватског материјалног казног права de lege ferenda, *ХЛКПП*, бр. 1, 1994. године, стр. 34.
- Хорватић, Ж:** Утјецај жртве на судско одмјеравање казне и примену других кривичних санкција према учиниоцу кривичног дела, *Наша законитост*, бр. 5-6, 1975. године, стр. 513.
- Хрњица, С:** Општа психологија са психологијом личности, Београд, 2003.
- Hudson, B:** Discrimination and Disparity: The Influence of Race on Sentencing, *New Community*, no. 16, 1989. године, стр. 23.
- Hutton, N, Tata, C, Wilson, J:** Sentencing and Information Technology: Incidental Reform?, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 2, no. 3, 1994. године, стр. 255.
- Iganski, P:** Hate Crimes Hurt More, *American Behavioral Scientist*, vol. 45, no. 4, 2001. године, стр. 626.
- Игњатовић, Ђ:** Криминологија, Београд, 2008.
- Игњатовић, Ђ:** Малолетничко кривично право између болећивости и ретрибутивности, *Правни живот*, бр. 9, 2004. године, стр. 529.
- Игњатовић, Ђ:** Злочини мржње, *Правни живот*, бр. 9, 2005. године, стр. 3.
- Илић, Г:** Маргиналије уз Закон о одговорности правних лица за кривична дела, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, IV део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2010. године, стр. 196.
- Илић, З:** Криминалитет младих и реформа правно-институционалне заштите у Србији, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, I део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2007. године, стр. 296.
- Jacobs, J. B, Potter, K. A:** A Hate Crimes: A Critical Perspective, *Crime and Justice*, no. 22, 1997. године, стр. 1.
- Јакулин, В:** Казнена политика у Словенији (раскорак између очекивања и стварности), зборник Казнена политика судова – раскол између закона и његове примене, Источно Сарајево, 2012. године, стр. 129.
- Jankoski, J. A:** Socialization and Hate: Can Higher Education Make a Difference, *Journal of Hate Studies*, vol. 9, 2011. године, стр. 164.

- Јасић, С:** Закони старог и средњег вијека, Београд, 1968.
- Jefferson, T, Walker, M. A:** Ethnic Minorities and the Criminal Justice System, *Criminal Law Review*, 1992. године, стр. 83.
- Јефтић, Д:** Судска психопатологија, Београд, 1960.
- Јеринић, П:** Године живота као околност из чл. 38 КЗ-а, *ЈРККП*, бр. 3, 1971. године, стр. 477.
- Јевтић, М:** Опште правило о одмеравању казне са посебним освртом на личне прилике и држање учиниоца после учињеног дела, *Правни живот*, бр. 9, 2004. године, стр. 859.
- Јоцић, Ј:** Римско право, Ниш, 1994.
- Johnstone, B. L, Miller, N. P, Shoenberg, R, Weatherly, R. L:** Discretion in Felony Sentencing: A Study of Influencing Factors, *Washington Law Review*, no. 48, 1978. године, стр. 857.
- Јовановић, Љ:** Кривично право, Општи део, Ниш, 2000.
- Јовановић, Љ:** Мотиви и одлучивање, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 1985. године, стр. 41.
- Јовановић, Љ:** Нехат као облик виности, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 1977. године, стр. 135.
- Јовановић, Љ:** Појам и врсте умишљаја, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 1976. године, стр. 131.
- Јовановић, Љ, Јовашевић, Д:** Кривично право, Општи део, Београд, 2002.
- Јовановић, М:** Олакшавне и отежавне околности у кривичним делима, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. IX, бр. 4, 1910. године, стр. 241.
- Јовашевић, Д:** Кривично право, Општи део, Београд, 2010.
- Јовашевић, Д:** Кривично право, Посебни део, Београд, 2010.
- Јовашевић, Д:** Одмеравање казне према Кривичном законикау Републике Србије – олакшавајуће и отежавајуће околности, *зборник Ново казнено законодавство – дилеме и проблеми у теорији и пракси (уредник Д. Радовановић)*, Будва, 2006. године, стр. 111.
- Јовашевић, Д:** Положај малолетника у кривичном праву, Ниш, 2010.
- Јовашевић, Д:** Значај олакшавајућих и отежавајућих околности у кривичном праву, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 2003. године, стр. 179.
- Камбовски, В:** Казнено право, Општ дел, Скопје, 2006.
- Камбовски, В:** Реформа македонског казног права: резултати и изазови, *зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, III део (уредник Ђ. Игњатовић)*, Београд, 2009. године, стр. 335.
- Кандић, Љ:** Одабрани извори из опште историје државе и права, Београд, 1979.
- Кандић-Поповић, З:** Основи кривичног права, Општи и посебни део, Београд, 1986.
- Kapardis, A:** *Psychology and Law: A Critical Introduction*, Cambridge University Press, 2010.
- Kapardis, A:** *Sentencing by English Magistrates as a Human Process*, у *The Psychology of Sentencing*, (editors D. C. Pennington, S. Lloyd-Bostock), Oxford, 1987. године, стр. 193.

**Kapardis, A, Farrington, D. P:** An Experimental Study of Sentencing by Magistrates, *Law and Human Behavior*, no. 5, 1981. године, стр. 107.

**Карановић, М:** Намера као елемент кривичног дела, *ЈРККП*, бр. 1, 1976. године, стр. 91.

**Карановић, М:** Утврђивање виности у кривичном поступку, докторска дисертација, Београд, 1980.

**Касезе, А:** Међународно кривично право (превод О. Рачић), Београд, 2005.

**Kempf-Leonard, K, Sample, L. L:** Have Federal Sentencing Guidelines Reduced Severity? An Examination of One Circuit, *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 17, no. 2, 2001. године, стр. 111.

**Kleck, G:** Life Support for Ailing Hypothesis, Models for Summarizing the Evidence for Racial Discrimination in Sentencing, *Law and Human Behavior*, no. 9, 1985. године, стр. 271.

**Кнежевић, С:** Малолетничко кривично право (материјално, процесно, извршно), Ниш, 2010.

**Кокољ, М:** О потреби увођења у закон одредбе о забрани двоструког вредновања, *ЈРККП*, бр. 1, 1990. године, стр. 51.

**Кокољ, М, Лазин, Ђ:** Имовинске кривичне санкције и мере у југословенском кривичном праву, Београд, 1989.

**Константиновић-Вилић, С, Костић, М:** Пенологија, Ниш, 2006.

**Константиновић-Вилић, С, Костић, М, Миладиновић, Д:** Право на правну помоћ и квалитет правне помоћи пружене грађанима у кривичном поступку и поступку издржавања казне, Ниш, 2007.

**Константиновић-Вилић, С, Николић-Ристановић, В, Костић, М:** Криминологија, Ниш, 2009.

**Korn, R. R, McCorkle, L. W:** *Criminology and Penology*, New York, 1959.

**Костић, М:** Форензичка психологија, Београд, 2002.

**Ковачевић, М:** Злочини мржње и нормативно регулисање, *Темида*, бр. 4, 2011. године, стр. 55.

**Kritzer, H. M, Uhlmann, T. M:** Sisterhood in the Courtroom: Sex of Judge and Defendant in Criminal Case Disposition, *Social Science Journal*, no. 14, 1977. године, стр. 366.

**Крстић, Б:** Судска психијатрија, Ниш, 1996.

**Куртовић, А:** Устројство и правна природа условног отпуста, *Зборник радова Правног факултета у Ријеци*, бр. 2, 1995. године, стр. 314.

**La Fave, W. R:** *Criminal Law*, St. Paul-Minnesota, 2000.

**Landy, D, Aronson, E:** The Influence of Character of the Criminal and His Victim on Decisions of Simulated Jurors, *Journal of Experimental Social Psychology*, no. 5, 1969. године, стр. 141.

**Лазаревић, Ј:** Одузимање возачке дозволе и рад у јавном интересу као нове кривичне санкције са посебним освртом на искуство у досадашњој примени, зборник Нова решења у кривичном законодавству и досадашња искуства у њиховој примени, *Златибор*, 2006. године, стр. 129.

- Лазаревић, Ј:** Рад у јавном интересу, зборник Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције, Златибор, 2009. године, стр. 213.
- Лазаревић, Љ:** Југословенска криминална политика у области репресије, ЈРККП, бр. 1-2, 1986. године, стр. 31.
- Лазаревић, Љ:** Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2011.
- Лазаревић, Љ:** Критички осврт на нека решења у Кривичном закону Србије, зборник Ново казнено законодавство – дилеме и проблеми у теорији и пракси (уредник Д. Радовановић), Будва 2006. године, стр. 33.
- Лазаревић, Љ:** Кривични закон СРЈ са краћим коментаром, Београд, 1999.
- Лазаревић, Љ, Грубач, М:** Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Београд, 2005.
- Lovegrove, A:** Statistical Information Systems as a Means to Consistency and Rationality in Sentencing, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 7, no. 1, 1999. године, стр. 31.
- Маскау, R. D:** The Consequences of Killing Very Young Children, *Criminal Law Review*, 1993. године, стр. 21.
- Маклецов, А:** Учиниочева личност у југословенском кривичном праву, Правосуђе, бр. 13-14, 1933. године, стр. 531.
- Максимовић, Ст:** Суђења у Кнежевини Србији пре писаних закона – Из архиве Пожаревачког магистрата, Пожаревац, 1898.
- Mannheim, H, Spencer, J, Lynch, G:** Magisterial Policy in London Courts, *British Journal of Delinquency*, no. 8, 1957. године, стр. 119.
- Марјановић, Ђ:** Објективни услови инкриминације, Зборник радова Правног факултета у Мостару, бр. II-III, 1980. године, стр. 77.
- Марковић, Ч:** Законик Хамурабија вавилонског краља, Београд, 1925.
- Марковић, И:** Рад за опште добро на слободи у законодавствима на југословенским просторима, Правна ријеч, бр. 19, 2009. године, стр. 125.
- Marvell, T. B:** Sentencing Guidelines and Prison Population Growth, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 85, no. 3, 2001. године, стр. 696.
- Mazzella, R, Feingold, R:** The Effects of Physical Attractiveness, Race, Socioeconomic Status and Gender of Defendants and Victims on Judgments of Mock Jury: A Meta-Analysis, *Applied Social Psychology*, no. 24, 1994. године, стр. 1315.
- Mc Phail, B, Jenness, V:** To Charge or Not to Charge? – That is the Question: The Pursuit of Strategic Advantage in Prosecutorial Decision-Making Surrounding Hate Crime, *Journal of Hate Studies*, vol. 4, 2005-2006. године, стр. 89.
- Мићановић-Павелић, Н:** О појму олакшавајућих и отежавајућих околности и њиховом месту у кривичноправном систему, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, бр. XXXIII, 1985. године, стр. 49.
- Миладиновић, Д:** Помиловање у кривичном законодавству Србије, магистарска теза (необјављена), Нови Сад, 2007.
- Miller, H. D:** Projecting the Impact of New Sentencing Laws on Prison Populations, *Police's Sciences*, no. 13, 1981. године, стр. 51.
- Милојковић, А:** Казна строгог затвора од 20 година и помиловање, ЈРККП, бр. 1, 1965. године, стр. 85.

- Милошевић, Н:** Планиране измене у Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, зборник Кривичноправна питања малолетничке делинквенције, Београд, 2008. године, стр. 284.
- Миловић, Ђ:** Кривично право Хамурабијевог законика, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 3-4, 1970. године, стр. 251.
- Милутиновић, М:** Криминологија, Београд, 1985.
- Милутиновић, М:** Криминална политика, Београд, 1984.
- Милутиновић, М:** Пенологија, Београд, 1988.
- Mitchell, O:** A Meta-Analysis of Race and Sentencing Research: Explaining the Inconsistencies, Law and Human Behavior, vol. 21, no. 4, 2005. године, стр. 442.
- Млађеновић-Купчевић, Р:** Мотиви убиства у Босни и Херцеговини, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1971. године, стр. 107.
- Млађеновић-Купчевић, Р:** Основи пенологије, Сарајево, 1981.
- Mommsen, T:** Römisches Strafrecht, Leipzig, 1899.
- Морачић, Д:** Казнена политика на подручју СР Србије, ЈРККП, бр. 3, 1973. године, стр. 491.
- Морган, Л. Х:** Древно друштво, Београд, 1981.
- Morris, A:** Sex and Sentencing, Criminal Law Review, 1988. године, стр. 163.
- Мрвић-Петровић, Н:** Алтернативне санкције и ново законодавство Републике Србије, Темида, бр. 1, 2006. године, стр. 55.
- Мрвић-Петровић, М, Ђорђевић, Ђ:** Моћ и немоћ казне, Београд, 1998.
- Mueller, J:** Tort, Crime and the Primitive, The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, no. 3, 1955. године, стр. 303.
- Mugford, S, Gronfors, M:** Racial and Class Factors in the Sentencing of First Offenders, Australian and New Zealand Journal of Criminology, no. 14, 1978. године, стр. 58.
- Мусић, Р:** Може ли број кривичних дела на подручју неког суда да утиче на висину казни?, Правни живот, бр. 1, 1962. године, стр. 36.
- Наказателни кодекс с посочени стари текстове на изменените членове,** Софија, 1998.
- Naumov, A:** The New Russian Criminal Code as a Reflection of Ongoing Reform, Criminal Law Forum, vol. 8, no. 2, 1997. године, стр. 191.
- Netter, V:** Using Group Statistics to Sentence Individual Criminals: An Ethical and Statistical Critique of the Virginia Risk Assessment Program, The Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 97, no. 3, 2007. године, стр. 699.
- Никетић, Г:** Казнени закон и кривични судски поступак, Београд, 1924.
- Николић, Д:** Кривични законик Кнежевине Србије, Ниш, 1991.
- Николић, Д, Ђорђевић, А:** Законски текстови старог и средњег века, Ниш, 2010.
- Николић-Ристановић, В:** Околности везане за жртву и одмеравање казне, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3-4, 1994. године, стр. 354.
- Николић-Ристановић, В:** Утицај жртве на појаву криминалитета, Београд, 1984.
- Нирнбершка пресуда** (приредио З. Томић), Сарајево, 2001.
- Новаковић, С:** Законик Стефана Душана цара српског, Београд, 2004.
- Новоселец, П:** Кривња жртве у нашем кривичном праву, Наша законитост, бр. 5-6, 1985. године, стр. 535.

**Новоселец, П:** Одредба о правној заблуди у Кривичном закону СФРЈ и принцип кривње, ЈРККП, бр. 1, 1985. године, стр. 73.

**Папазоглу, Д:** Кривично право и правосуђе у Србији (1804-1813), Београд, 1954.

**Павловић, Г:** Кривично право, Општи део, Београд, 1906.

**Пековић, Н:** Алтернативне кривичне санкције: проблеми у пракси, зборник Ново казнено законодавство – дилеме и проблеми у теорији и пракси (уредник Д. Радовановић), Будва 2006. године, стр. 129.

**Перић, О:** Коментар кривичноправних прописа о малолетницима, прописи СРЈ, РС и ЦГ, Београд, 1995.

**Перић, О:** Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Београд, 2005.

**Perry, V:** A Crime by any Other Name: The Semantics of Hate, Journal of Hate Studies, vol. 4, 2005-2006. године, стр. 121.

**Пешић, В:** Морал и преступништво, ЈРККП, бр. 2, 1973. године, стр. 217.

**Пешић, В:** Олакшавајуће и отежавајуће околности по Кривичном законнику, Правни живот, бр. 1, 1956. године, стр. 11.

**Пешић, В:** Функција околности кривичног дела у индивидуализацији кривичних санкција, Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања, бр. 1, 1972. године, стр. 99.

**Петрић, Б:** Индивидуализација казне, Гласник АКВ, бр. 10, 1972. године, стр. 15.

**Петровић, Б, Јовашевић, Д:** Кривично/казнено право Босне и Херцеговине, Опћи дио, Сарајево, 2005.

**Пихлер, С:** Аналогија у кривичном праву, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2, 1971. године, стр. 147.

**Пихлер, С:** Основне црте у развоју кривичног права Србије од 1815. године до кодификације из 1860. године, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2, 1974. године, стр. 147.

**Пихлер, С:** Правна заблуда и принцип субјективне одговорности, Гласник АКВ, бр. 7-8, 1988. године, стр. 31.

**Пихлер, С:** Прекршајно право, Нови Сад, 2000.

**Пихлер, С:** Прилог расправи о помиловању, Правни живот, бр. 6-7, 1987. године, стр. 685.

**Пихлер, С:** Сврха казне у југословенском кривичном праву, Пенологија, бр. 2, 1971. године, стр. 5.

**Пихлер, С:** Шта је заправо тзв. продужено кривично дело, Право, теорија, пракса (посебни број), 1987. године, стр. 40.

**Платон:** Закони, Загреб, 1957.

**Поповић, В:** Коментар закона о извршењу кривичних санкција, Београд, 1969.

**Поповић, В:** Систем извршења казне лишења слободе у Југославији, Београд, 1966.

**Прадел, Ж:** Историјат кривичних доктрина, Београд, 2008.

**Приморац, И:** Преступ и казна – расправе о моралности казне, Београд, 1978.

**Радбрух, Г:** Филозофија права, Београд, 1980.

**Радовановић, М:** Кривично право СФРЈ, Општи део, Београд, 1972.



- Радовановић, М:** Нека питања о појму користи у кривичном праву, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3, 1956. године, стр. 335.
- Радуловић, Д:** Условни отупст, *РККП*, бр. 1, 2005. године, стр. 126.
- Радуловић, Љ:** Криминална политика (политика сузбијања криминалитета), Београд, 1999.
- Радуловић, Љ:** Ослобођење од казне, докторска дисертација (необјављена), Београд, 1987.
- Rector, N. A, Varby, R. M:** Criminal Sentence Recommendations in a Simulated Rape Trial: Examining Juror Prejudice in Canada, *Behavioral Sciences and the Law*, no. 13, 1995. године, стр. 113.
- Ристић, А:** О индивидуализацији казне, *Правни живот*, бр. 1-2, 1959. године, стр. 43.
- Ристивојевић, Б:** Ново законодавно решење условног отпуста у светлу упоредног кривичног права, зборник *Реформа кривичног правосуђа* (уредник В. Ђурђић), Ниш, 2010. године, стр. 163.
- Robinson, P. H:** One Perspective on Sentencing Reform in United States, *Criminal Law Forum*, vol. 8, no. 1, 1997. године, стр. 1.
- Ромац, А:** Извори римског права, Загреб, 1973.
- Rose, G:** An Experimental Study of Sentencing, *British Journal of Criminology*, no. 5, 1965. године, стр. 314.
- Рот, Н:** Психологија група, Београд, 2006.
- Рот, Н:** Психологија личности, Београд, 1994.
- Рот, Н:** Утјецај структуре суда на степен уверености при суђењу, Београд, 1970.
- Рукавина, М, Краус, Б, Коленц, Н:** Актуелни проблеми криминалне политике, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 2-4, 1958. године, стр. 301.
- Саопштење Републичког завода за статистику, бр. 201**, год. LXI, од 15.07.2011.
- Саопштење Републичког завода за статистику, бр. 203**, год. LXII, од 17.07.2012.
- Schild, U. J, Kannai, R:** Intellegent Computer Evaluation of Offender`s Previous Record, *Artificial Intelligence and Law*, no. 13, 2005. године, стр. 373.
- Schild, U. J:** Statistical Information Systems for Sentencing: The Israeli Approach, *International Review of Law, Computers and Technology*, vol. 14, no. 3, 2000. године, стр. 317.
- Schneider, H. J:** Massenmedien und Kriminalität – Криминалитет у масовним медијима (превод Д. Димитријевић), *ЈРККП*, бр. 3, 1987. године, стр. 3.
- Sebba, L:** The Pardoning Power, A World Survey, *Journal of Criminal Law and Crimilology*, vol. 66, no. 1, 1977. године, стр. 83.
- Selinšek, Lj:** Kazensko pravo, splošni del in osnove posebnega dela, Ljubljana, 2007.
- Semester, A. P, Sullivan, G. R:** Criminal Law: Theory and Doctrine, Portland-Oregon, 1999.
- Shabas, W. A:** An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2001.
- Shabas, W. A:** General Principles of Criminal Law in International Criminal Court Statute, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, no. 4, 1998. године, стр. 84.

- Shabas, W. A:** Perverse Effects of Nulla Poena Principle: National Practice and the ad hoc Tribunals, *European Journal of International Law*, vol. 11, no. 3, 2000. године, стр. 521.
- Shabas, W. A:** Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 7, 1997. године, стр. 461.
- Shai, T. A:** Taking a Stand: The Role of the Early Childhood Teacher in Educating against Homophobia, *Journal of Hate Studies*, vol. 9, 2011. године, стр. 149.
- Sigall, H, Ostrove, N:** Beautiful But Dangerous: Effects of Offender Attractiveness and Nature of the Crime on Juridic Judgments, *Journal of Personality and Social Psychology*, no. 31, 1975. године, стр. 410.
- Сикимић, Д:** Јавно мњење и пресуђење, *Правни живот*, бр. 12, 1996. године, стр. 443.
- Симић, И:** Утицај мотива на одмеравање казне код кривичних дела убиства, *Правни живот*, бр. 1, 1981. године, стр. 84.
- Симић, И:** Збирка судских пресуда из кривичноправне материје, друга књига, Београд, 1998.
- Симић, И:** Збирка судских одлука из кривичноправне материје, трећа књига, 2000.
- Симић, И, Трешњев, А:** Збирка судских одлука из кривичноправне материје, седма књига, Београд, 2006.
- Симић, И, Трешњев, А:** Збирка судских одлука из кривичноправне материје, осма књига, Београд, 2008.
- Симић, З:** Одређивање користољубља у кривичном праву, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 4, 1968. године, стр. 447.
- Симић, З:** Појам ниских побуда, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, стр. 89.
- Симоновић, Б:** Криминолошки, кривичноправни, кривичнопроцесни и криминалистички аспекти мотива кривичног дела, докторска дисертација (необјављена), Крагујевац, 1991.
- Симовић, И:** Казне у предлогу Кривичног законика Србије, зборник *Казнено законодавство: прогресивна или регресивна решења* (уредник Д. Радовановић), Будва, 2005. године, стр. 113.
- Сингер, М:** Кривично право и криминологија, Загреб, 1992.
- Snowball, L, Weatherburn, D:** Does Racial Bias in Sentencing Contribute Indigenous Overrepresentation in Prison, *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, no. 40(3), 2007. године, стр. 272.
- Соковић, С:** Ванправни разлози који могу одредити суд да донесе смртну казну, зборник *Смртна казна – вечита дилема* (правни, социолошки, психолошки и религијски аспекти), Херцег Нови, 1996. године, стр. 117.
- Соловјев, А:** Историја словенских права & Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка, Београд, 1998.
- Совиљ, М:** Приказ саветовања о помиловању, *Пенолошки гласник*, бр. 1-2, 1986. године, стр. 37.
- Срзентић, Н:** Принципи кривичног законодавства – основа за одређивање кривичне репресије, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, бр. XXXVI, 1989. године, стр. 277.

- Срзентић, Н, Стајић, А:** Кривично право Федеративне Народне Републике Југославије, Општи део, Београд, 1961.
- Срзентић, Н, Стајић, А, Лазаревић, Љ:** Кривично право Југославије, Београд, 1994.
- Стајић, А:** Начела легалитета и индивидуализације казне у кривичном праву СФРЈ, Архив за правне и друштвене науке, бр. 4, 1952. године, стр. 433.
- Стајић, А:** Правни и стварни основи одмеравања казне, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, бр. VII, 1959. године, стр. 31.
- Стаменковић, П:** Кривични законик Руске федерације од 1. јануара 1997. године (званични текст), Београд, 1998.
- Станичић, Т:** Организација правосуђа и кривични поступак у старој Атени, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 26, 1989. године, стр. 227.
- Stanko, E. A:** Re-Conceptualizing the Policing of Hatred: Confessions and Worrying Dilemmas of a Consultant, *Law and Critique*, no. 12, 2001. године, стр. 309.
- Станојевић, П:** Чињенице које треба утврђивати при избору и одмеравању кривичних санкција, Зборник радова, 1996. године, стр. 134.
- Stefensmeier, D. J, Cramer, J, Streifel, C:** Gender and Imprisonment Decisions, *Criminology*, no. 31, 1993. године, стр. 411.
- Steffensmeier, D, Demuth, S:** Does Gender Modify the Effect of Race-Ethnicity on Criminal Sanctioning? Sentences for Male, Female, White, Black and Hispanic Defendants, *Journal of Quantitative Criminology*, no. 22, 2006. године, стр. 246.
- Stefensmeier, D. J, Terry, R. M:** Deviance and Respectability: An Observational Study of Reactions to Shoplift, *Social Forces*, no. 51, 1973. године, стр. 417.
- Stewart, J. E:** Defendants` Attractiveness as a Factor in the Outcome of Criminal Trials: An Observational Study, *Journal of Applied Social Psychology*, no. 10, 1980. године, стр. 348.
- Стојановић, З:** Границе, могућности и легитимитет кривичноправне заштите, Београд, 1987.
- Стојановић, З:** Има ли међународно кривично право будућност?, зборник Међународно кривично право и људске слободе, Тара, 2008. године, стр. 9.
- Стојановић, З:** Казнена политика – раскол између закона и његове примене, зборник Казнена политика судова – раскол између закона и његове примене, Источно Сарајево, 2012. године, стр. 7.
- Стојановић, З:** Коментар Кривичног законика, Београд, 2012.
- Стојановић, З:** Кривица или кривична одговорност, Бранич, бр. 3-4, 2004. године, стр. 5.
- Стојановић, З:** Кривично право, Општи део, Београд, 2003.
- Стојановић, З:** Кривично право, Општи део, Београд, 2012.
- Стојановић, З:** Кривичноправни експанзионизам и кривично законодавство Републике Србије, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, IV део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2010. године, стр. 32.
- Стојановић, З:** Напомене о могућностима и потреби реформе Општег дела КЗСФРЈ, ЈРККП, бр. 2, 1990. године, стр. 31.
- Стојановић, З:** Нова решења у кривичним законима Србије и Црне Горе и искуства у њиховој примени, зборник Нова решења у кривичном законодавству и искуства у њиховој примени, Златибор, 2006. године, стр. 11.

- Стојановић, З:** Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције, зборник Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције, Златибор, 2009. године, стр. 11.
- Стојановић, З:** Политика сузбијања криминалитета, Нови Сад, 1991.
- Стојановић, З:** Превентивна функција кривичног права, *Crimen*, бр. 1, 2011. године, стр. 3.
- Стојановић, З:** Условни отпуст: проблеми и перспективе, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 1-2, 1984. године, стр. 185.
- Стојановић, З, Shine, R:** Коментар Закона о одговорности правних лица за кривична дјела, Подгорица, 2007.
- Сућеска, А:** Неке особености кривичног права у југословенским земљама за вријеме Турака, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1971. године, стр. 243.
- Суботић, М:** Мотив и његов значај у кривичном праву, докторска дисертација, Београд, 1938.
- Светоније:** Дванаест римских царева, Београд, 2003.
- Sweeny, L. T, Haney, C:** The Influence of Race on Sentencing: A Meta-Analytic Review of Experimental Studies, *Behavioral Science and Law*, no. 10, 1992. године, стр. 179.
- Шаркић, С, Поповић, Д, Николић, Д:** Историја српског правосуђа, Београд, 1997.
- Шепаровић, З:** Оштећеник у казненом праву: правни и виктимолошки аспекти, *Наша законитост*, бр. 5-6, 1985. године, стр. 483.
- Шкулић, М:** Коментар Законика о кривичном поступку, Београд, 2011.
- Шуковић, М:** Одлучивање о условном отпусту, *ЈРККП*, бр. 1, 1968. године, стр. 102.
- Таховић, Ј:** Коментар Кривичног законика, Београд, 1956.
- Таховић, Ј:** Контрола овлашћења оцене судије у утврђивању казни и мера безбедности, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 4, 1957. године, стр. 443.
- Таховић, Ј:** Кривично право, Општи део, Београд, 1961.
- Таховић, Ј:** Продужено кривично дело, *Југословенска адвокатура*, бр. 5-6, 1956. године, стр. 18.
- Tait, D:** Judges and Jukeboxes: Sentencing Information Systems in the Courtroom, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 6, no. 2, 1998. године, стр. 167.
- Тарановски, Т:** Историја српског права у немањихкој држави, Београд, 2002.
- Tata, C:** Neutrality, Choice and Ownership in the Construction, Use and Adaptation of Judicial Decision Support Systems, *International Journal of Law and Information Tehnology*, vol. 6, no. 2, 1998. године, стр. 143.
- Tata, C:** Resolute Ambivalence: Why Judiciaries Do Not Institutionalize Their Decision Support Systems, *International Review of Law, Computers and Technology*, vol. 6, no. 2, 2000. године, стр. 311.
- Tata, C:** The Application of Judicial Intelligence and “Rules” to System Supporting Judicial Decision-Making, *Artificial Intelligence and Law*, no. 6, 1998. године, стр. 203.

**Tomaino, J:** Guess Who is Coming to Dinner? A Preliminary Model for Satisfaction of Public Opinion as Legitimate Aim of Sentencing, *Crime, Law & Social Change*, no. 27, 1997. године, стр. 109.

**Томашевић, Г:** Основе атенскога кривичног поступка класичног доба, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 27, 1990. године, стр. 144.

**Трипковић, М:** Експанзија мржње: основна обележја масовних злочина мржње, Темида, бр. 4, 2011. године, стр. 37.

**Туцаковић, В:** Условни отпуст са пенеолошко-психолошког аспекта, *ЈРККП*, бр. 3, 1968. године, стр. 442.

**Уголовный кодекс РСФСР**, Москва, 1986.

**Уголовный кодекс Российской Федерации с изменениями и дополнениями на 15 сентября 2005 года**, Москва, 2005.

**van der Vinne, J, van Zwol, W, Karnekamp, M:** A Sentencing Information System Named NOSTRA, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 6, no. 2, 1998. године, стр. 230.

**van Kestern, J:** Public Attitudes and Sentencing Policies Across the World, *European Journal for Criminal Policy Research*, 2009. године, стр. 25.

**van Ness, D. W, Strong, K. H:** Restoring Justice, Cincinnati, 2002.

**van Zyl Smit, D:** Облици одмеравања казне у међународном кривичном правосуђу, *ХЛЈКПП*, вол. 11, бр. 2, 2004. године, стр. 1003.

**Васиљевић, Т:** Систем кривичног процесног права, Београд, 1964.

**Вебер, М:** Привреда и друштво, том II, Београд, 1976.

**Verdun-Jones, S:** Criminal Law in Canada: Cases, Questions and Code, Toronto, 1989.

**Вилемс, П:** Римско јавно право или римске политичке установе од постанка Рима до Јустинијана (превод Ж. Милосављевића), Београд, 1898.

**Власенић, П:** Учење о казни, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 6-7-8, 1945. године, стр. 339.

**von Hirsh, A, Ashworth, A:** Proportionate Sentencing: Exploring the Principles, Oxford, 2005.

**Вујаклија, М:** Лексикон страних речи и израза, Београд, 2004.

**Вуковић, И:** Материјално довршење кривичног дела, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2, 2008. године, стр. 139.

**Вуковић, И:** О појму нехата и његовим појавним облицима, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства средства реаговања, део III (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2009. године, стр. 244.

**Вуковић, И:** Покушај кривичнога дела, докторска дисертација (необјављена), Београд, 2008.

**Walgrave, L:** Restorative Justice and Beyond – An Agenda for Europe, рад презентован на IV конференцији Европског форума за ресторативну правду, Барселона, 2006.

**Walker, J, McDonald, D:** Overrepresentation of Indigenous People in Custody in Australia, *Trends and Issues in Crime and Criminal Justice*, no.47, 1995. године, стр. 1.

**Walker, T. G:** A Note Concerning Partisan Influence on Trial-judge Decision-making, Law and Society, no. 6, 1972. године, стр. 645.

**Walsh, A:** Race and Discretionary Sentencing: An Analysis of Obvious and Non-Obvious Cases, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, no. 35, 1991. године, стр. 7.

**Wandal, R. H:** Equality by Numbers or Words: A Comparative Study of Sentencing Structures in Minnesota and Denmark, Criminal Law Forum, no. 17, 2006. године, стр. 1.

**Wilzinsky, A, Morris, A:** Parents Who Kill Their Children, Criminal Law Review, 1993. године, стр. 31.

**White, J. B, Langer, E. J:** Horizontal Hostility: Relations between Similar Minority Groups, Journal of Social Issues, vol. 55, no. 3, 1999. године, стр. 537.

**Златарић, Б:** Кривични законик у практичној примјени, Загреб, 1956.

**Златарић, Б:** О неким питањима казнене политике, Приручник, бр. 3, 1958. године, стр. 271.

**Златарић, Б:** Правни статус анормалних делинквената, ЈРККП, бр. 3, 1964. године, стр. 303.

**Живановић, Т:** Кривично право Краљевине Југославије, Општи део, Београд, 1937.

**Живановић, Т:** Основи кривичног права Краљевине Југославије, Општи део, Београд, 1935.

**Живановић, Т:** Основи кривичног права, Општи део, Београд, 1910.

**Живановић, Т:** Основи кривичног права, Посебни део, књига друга, Београд, 1938.

**Живановић, Т:** Основи војног кривичног права, Београд, 1924.

**Живановић, Т:** Систем расправа о систему кривичног права и примени у другим правним и ванправним наукама, Београд, 1966.

**Живановић, Т:** Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804. до 1865. године, Београд, 1967.

**Жуженић, Ј:** Институт помиловања у практичној примјени, Наша законитост, бр. 7-8, 1963. године, стр. 343.

### **Домаћи прописи**

**Кривични закон,** Службени лист СФРЈ, бр. 44/76, 46/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 54/90, Службени лист СРЈ, бр. 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 24/94, 61/01, Службени гласник РС, бр. 39/03

**Кривични законик,** Службени лист ФНРЈ, бр. 13/1951

**Кривични законик-Општи део,** Службени лист ФНРЈ, бр. 106/1947

**Кривични законик Републике Србије,** Службени гласник РС, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09 и 121/12

**Правилник о кућном реду у казнено-поправним заводима и окружним затворима,** Службени гласник РС, бр. 27/06

**Римски статут међународног кривичног суда**, Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 5/2001

**Устав Републике Србије**, Службени гласник РС, бр. 98/06

**Закон о амнестији**, Службени лист СРЈ, бр. 9/01

**Закон о амнестији**, Службени гласник РС, бр. 33/06

**Закон о амнестији**, Службени гласник РС, бр. 107/12

**Закон о извршењу кривичних санкција**, Службени гласник РС, бр. 85/07, 79/09 и 31/11

**Закон о кривичним делима против народа и државе**, Службени лист ДФЈ, бр. 36/1945

**Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица**, Службени гласник РС, бр. 85/2005

**Закон о одговорности правних лица за кривична дела**, Службени гласник РС, бр. 97/2008

**Закон о потврђивању Конвенције о високотехнолошком криминалу**, Службени гласник РС, бр. 19/2009

**Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима**, Службени гласник РС, бр. 19/2009

**Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и финансирања тероризма**, Службени гласник РС, бр. 19/2009

**Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању тероризма**, Службени гласник РС, бр. 19/2009

**Закон о потврђивању Конвенције УН против транснационалног организованог криминала са допунским протоколима**, Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 6/2001

**Закон о потврђивању Кривичне конвенције о корупцији**, Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 2/2002 и Службени лист СЦГ, бр. 18/2005

**Закон о потврђивању Међународне конвенције о сузбијању финансирања тероризма**, Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 7/2002

**Закон о потврђивању Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године**, Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 7/71

**Закон о прекршајима**, Службени гласник РС, бр. 105/05, 116/08 и 111/09

**Закон о привредним преступима**, Службени лист ФНРЈ, бр. 16/60

**Закон о привредним преступима**, Службени лист СФРЈ, бр. 4/1977, 36/1977, 14/1985, 10/1986, 74/1987, 57/1989 и 3/1990, Службени лист СРЈ, бр. 27/1992, 16/1993, 31/1993, 41/1993, 50/1993, 24/1994, 28/1996, 64/2001 и Службени гласник РС, бр. 101/2005

**Закон о пружању међународне правне помоћи у кривичним стварима**, Службени гласник РС, бр. 20/2009

**Закон о ратификацији Европске конвенције о основним правима и слободама**, Службени лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 9/2003

**Закон о ратификацији Конвенције УН против корупције**, Службени лист СЦГ, бр. 12/2005

**Закон о ратификацији Међународне конвенције УН о укидању свих облика расне дискриминације**, Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 6/67

**Закон о сузбијању недопуштене спекулације и привредне саботаже**, Службени лист ДФЈ, бр. 56/1946

**Закон о штампи**, Службени лист ДФЈ, бр. 36/1945

**Закон о војним кривичним делима**, Службени лист ФНРЈ, бр. 107/1948

**Закон о врстама казни**, Службени лист ДФЈ, бр. 48/1945 и 66/1946

**Закон о забрани дискриминације**, Службени гласник РС, бр. 22/09

**Закон о забрани расне и верске мржње и раздора**, Службени лист ДФЈ, бр. 36/1945

**Закон о заштити народних добара и њиховом управљању**, Службени лист ДФЈ, бр. 36/1945

**Законик о кривичном поступку**, Службени гласник РС, бр. 46/2006, 49/2007, 122/2008 и 72/2009

**Законик о кривичном поступку**, Службени лист СРЈ, бр. 70/2001, 68/2002 и Службени гласник РС, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 20/2009. и 72/2009

### **Страни закони**

**Kazenski zakon Republike Slovenije**, Uradni list Republike Slovenije, št. 95/04.

**Kazenski zakon Republike Slovenije**, Uradni list Republike Slovenije, št. 55/08.

**Казнени закон Републике Хрватске**, Народне новине, бр. 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05 и 71/06, 110/07, 152/08 и 57/11.

**Казнени закон Републике Хрватске**, Народне новине, бр. 125/11.

**Кривични закон БиХ**, Службени гласник БиХ, бр. 3/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 56/06, 55/06, 32/07 и 8/10.

**Кривични закон Брчко дистрикта**, Службени гласник Брчко дистрикта, бр. 10/03, 45/04, 06/05, 21/10, 47/11 и 52/11.

**Кривични закон Федерације БиХ**, Службене новине ФБиХ, бр. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10.

**Кривични закон Републике Српске**, Службени гласник Републике Српске, бр. 49/200, 18/04 и 73/10.

**Кривични законик Црне Горе**, Службени лист Републике Црне Горе, бр. 13/04, 70/04, 47/06, 40/08, 25/10 и 32/11.

**Кривични законик Македоније**, Службен весник на Република Македонија, бр. 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 42/12 и 166/12.

**Закон о одговорности правних лица за кривична дјела**, Народне новине, бр. 151/03.

**Закон о одговорности правних лица за кривична дјела**, Службени лист ЦГ, бр. 02/07.

**Закон о судовима за младеж**, Народне новине, бр. 111/97, 27/98 и 12/02.

**Закон за малолетничка правда**, Службен весник на Република Македонија, бр. 87/07.



## Интернет извори

[eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:EN:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:EN:PDF).  
<http://altalex.com/index.php?indot=2229>  
[http://australii.edu.au/au/legis/nsw/consol\\_act/cpa1999278](http://australii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/cpa1999278)  
<http://coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Serbia/Srb-CbC-IV-2011-021-ENG.pdf>.  
<http://comlaw.gov.au/Series/C2004AO7391>  
<http://comlaw.gov.au/Series/C2004AO4868>  
<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/index.html>  
<http://legislationonline.org/documents/section/criminal-codes>  
[http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/MCSG\\_complete\\_version.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/MCSG_complete_version.pdf).  
[http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web\\_seriousness\\_guideline.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web_seriousness_guideline.pdf).  
[http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/Reduction\\_in\\_Sentence\\_for\\_a\\_Guilty\\_Plea\\_-\\_Revised-2007.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/Reduction_in_Sentence_for_a_Guilty_Plea_-_Revised-2007.pdf).  
[http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web\\_breach\\_of\\_an\\_Anti-social\\_Behaviour\\_Order.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web_breach_of_an_Anti-social_Behaviour_Order.pdf).  
[http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web\\_breach\\_of\\_protective\\_order.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web_breach_of_protective_order.pdf).  
[http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web\\_Dangerous-Offenders\\_Guide\\_for\\_Sentencers\\_and\\_Practitioners.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web_Dangerous-Offenders_Guide_for_Sentencers_and_Practitioners.pdf).  
[webrsz.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/00/55/23/SB\\_546\\_Punoletni\\_ucinio\\_ci\\_KD.pdf](http://webrsz.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/00/55/23/SB_546_Punoletni_ucinio_ci_KD.pdf).  
[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/library/publications\\_en.asp#P977\\_11093](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/library/publications_en.asp#P977_11093)  
<http://www.fbi.gov/about-us/CIIS/ucr/hate-crime/data-collection-manual>  
<http://www.osce.org/odihr/21629>  
[www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).  
[www.judcom.nsw.gov.au](http://www.judcom.nsw.gov.au)  
[www.judcom.nsw.gov.au](http://www.judcom.nsw.gov.au)  
[www.lagrummet.se](http://www.lagrummet.se)  
[www.legislationonline.org](http://www.legislationonline.org)  
[www.lovdato.no](http://www.lovdato.no)  
[www.msgc.state.mn.us](http://www.msgc.state.mn.us)  
[www.osce.org/odihr](http://www.osce.org/odihr).  
[www.retsinformation.dk](http://www.retsinformation.dk)  
[www.sentencingcouncil.lawlink.nsw.gov.au](http://www.sentencingcouncil.lawlink.nsw.gov.au)  
[www.sentencingcouncil.lawlink.nsw.gov.au](http://www.sentencingcouncil.lawlink.nsw.gov.au)  
[www.sentencingcouncil.org.uk](http://www.sentencingcouncil.org.uk)  
[www.sentencingcouncil.vic.gov.au](http://www.sentencingcouncil.vic.gov.au)  
[www.sentencingcouncil.vic.gov.au](http://www.sentencingcouncil.vic.gov.au)  
[www.uiks.mpravde.gov.rs/cr/articles/izvestaji-i-statistika](http://www.uiks.mpravde.gov.rs/cr/articles/izvestaji-i-statistika)  
[www.ussc.gov](http://www.ussc.gov)  
[www.wikipedia.org/wiki/seksualna\\_orijentacija](http://www.wikipedia.org/wiki/seksualna_orijentacija)

## **Оквирне одлуке и препоруке Комитета министара Савета Европе**

Council Framework Decision (2008/913/JHA)

Recommendation of the Committee of Ministers to Member States Concerning Consistency in Sentencing, R (92)17

Recommendation of the Committee of Ministers to Member States Concerning Liability of Enterprises Having Legal Personality for Offences Committed in the Exercise of Their activities, R (88)18

Recommendation of the Committee of Ministers to Member States Concerning Prison Overcrowding and Prison Population Inflation R (99)22

Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Conditional Release (Parole), R (2003)22

### **Пресуде домаћих судова**

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 535/2001 од 17. априла 2001. године, Билтен Окружног суда у Београду, бр. 55, 2001. године, стр. 57.

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 368/2001 од 06. марта 2001. године, Билтен Окружног суда у Београду, бр. 55, 2001. године, стр. 59.

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 1765/01 од 21. новембра 2001. године, Билтен Окружног суда у Београду, бр. 58, 2002. године, стр. 5.

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 43/02 од 24. јануара 2002. године и пресуда Првог општинског суда у Београду К. 610/01 од 25. маја 2001. године, Билтен Окружног суда у Београду, бр. 58, 2002. године, стр. 8.

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 186/02 од 18. фебруара 2002. године и пресуда Првог општинског суда у Београду К. 615/00 од 21. јуна 2001. године, Билтен Окружног суда у Београду, бр. 58, 2002. године, стр. 9.

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 512/2002 од 12. априла 2002. године, Билтен Окружног суда у Београду, бр. 60, 2003. године, стр. 12.

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 93/2002 од 12. фебруара 2002. године, Билтен Окружног суда у Београду, бр. 61, 2003. године, стр. 59.

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 266/04 од 12. фебруара, Билтен Окружног суда у Београду, бр. 64, 2004. године, стр. 66.

Пресуда Врховног суда Србије кж. 1281/2003 од 07. октобра 2003. године, Билтен Окружног суда у Београду, бр. 67, 2005. године, стр. 68.

Пресуда Врховног суда Србије Кж. 685/98 од 22. фебруара 2001. године, Билтен Окружног суда у Београду, бр. 55, 2001. године, стр. 58.

Пресуда Врховног суда Србије Кж. 852/01 од 25. јула 2001. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 294/99 од 03. октобра 2000. године, Билтен Окружног суда у Београду, бр. 58, 2002. године, стр. 8.

Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1540/01 од 14. марта 2002. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 30/00 од 13. марта 2001. године, Билтен Окружног суда у Београду, бр. 60, 2002. године, стр. 11.

Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1974/02 од 12. јуна 2003. године, Билтен Окружног суда у Београду, бр. 62, 2004. године, стр. 79.

Пресуда Окружног суда у Чачку Кж. 348/2002 од 24. децембра 2002. године, Избор судске праксе, бр. 4, 2003. године, стр. 33.

Пресуда Врховног суда Србије Кж. 388/2003 од 01. априла 2003. године, Правни информатор, бр. 2, 2004. године, стр. 27.

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 586/01 од 26. априла 2001. године, Судска пракса, бр. 11-12, 2001. године, стр. 21.

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 1651/2000 од 26. октобра 2000. године, Судска пракса, бр. 2-3, 2002. године, стр. 14.

Пресуда Окружног суда у Ваљевоу Кж. 45/97 од 25. децембра 1995. године, Судска пракса, бр. 5, 2002. године, стр. 24.

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 41/02 од 13. фебруара 2002. године, Судска пракса, бр. 9, 2002. године, стр. 14.

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 873/01 од 29. јуна 2001. године, Судска пракса, бр. 10, 2002. године, стр. 9.

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 40/2001 од 07. фебруара 2001. године, Судска пракса, бр. 5, 2003. године, стр. 11.

Пресуда Окружног суда у Ужицу Кж. 420/2002 од 14. октобра 2002. године, Судска пракса, бр. 6, 2003. године, стр. 19.

Пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 2567/2002, од 24. децембра 2002. године, Судска пракса, бр. 9, 2003. године, стр. 15.

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 1999/03 од 18. септембра 2003. године, Судска пракса, бр. 1, 2004. године, стр. 19.

Пресуда Окружног суда у Чачку Кж. 70/2003, од 31. марта 2003. године, Судска пракса, бр. 7-8, 2004. године, стр. 12.

Пресуда Окружног суда у Чачку Кж. 50/2005 од 10. фебруара 2005. године, Судска пракса, бр. 4, 2005. године, стр. 23.

Пресуда Врховног суда Србије Кж. 590/2000 од 03. априла 2000. године, Судска пракса, бр. 1, 2001. године, стр. 21.

Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1948/2000 од 29. марта 2001. године, Судска пракса, бр. 11-12, 2001. године, стр. 21.

Пресуда Врховног суда Србије Кж. 2124/98 од 23. децембра 1999. године, Судска пракса, бр. 2-3, 2002. године, стр. 15.

Пресуда Врховног суда Србије Кж. 680/99 од 01. јуна 2000. године, Судска пракса, бр. 4, 2002. године, стр. 14.

Пресуда Врховног суда Србије Кж. 587/2002 од 03. септембра 2002. године, Судска пракса, бр. 11-12, 2003. године, стр. 8.

Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1122/2003 од 07. октобра 2003. године, Судска пракса, бр. 1, 2004. године, стр. 20.

**Пресуде ad hoc трибунала, специјалних судова и Сталног међународног кривичног суда**

Акајесу, бр. ICTR-96-4-T, од 2. октобра 1998. године  
Алексовски, бр. IT-95-14/1-T, од 25. јуна 1999. године  
Алексовски, бр. IT-95-14/1-A, од 24. марта 2000. године

Бабић, бр. IT-03-72-S, од 29. јуна 2004. године  
Бабић, бр. IT-03-72-A, од 18. јула 2005. године  
Бановић, бр. IT-02-65/1S, од 28. октобра 2003. године  
Бановић, бр. IT-02-65/1ES, од 3. септембра 2008. године  
Благојевић и Јокић, бр. IT-02-60-T, од 17. јануара 2005. године  
Благојевић и Јокић, бр. IT-02-60-A, од 9. маја 2007. године  
Блашкић, бр. IT-95-14-T, од 3. марта 2000. године  
Блашкић, бр. IT-95-14-A, од 29. јула 2004. године  
Брало, бр. IT-95-17-S, од 7. децембра 2005. године  
Брало, бр. IT-95-17-A, од 2. априла 2007. године  
Брђанин, бр. IT-99-36-T, од 1. септембра 2004. године  
Брђанин, бр. IT-99-36-A, од 3. априла 2007. године  
Віта, Камара and Кану, бр. SCSL-04-16-T, од 20. јуна 2007. године

Чешић, бр. IT-95-10-1S, од 11. марта 2004. године

Дероњић, бр. IT-02-61-S, од 30. марта 2004. године  
Дероњић, бр. IT-02-61-A, од 20. јула 2005. године

Elizaphana et Gérard Ntakirutimana, бр. ICTR-96-10-T и ICTR-96-17-T од 21. фебруара 2003. године  
Ердемовић, бр. IT-96-22-T, од 29. новембра 1996. године  
Ердемовић, бр. IT-96-22-A, од 7. октобра 1997. године  
Ердемовић, бр. IT-96-22-T bis, од 5. марта 1998. године

Фурунција, бр. IT-95-17/1-T, од 10. децембра 1998. године  
Фурунција, бр. IT-95-17/1-A, од 21. јула 2000. године

Галић, бр. IT-98-29-T, од 5. децембра 2003. године  
Галић, бр. IT-98-29-A, од 30. новембра 2006. године

Хаџихасановић и Кубура, бр. IT-01-47-T, од 15. марта 2006. године  
Хаџихасановић и Кубура, бр. IT-01-47-A, од 22. априла 2008. године

Јелисић, бр. IT-95-10-T, од 14. децембра 1999. године

Јелисић, бр. IT-95-10-A, од 5. јула 2001. године  
Јокић, бр. IT-01-42-1S, од 18. марта 2004. године  
Јокић, бр. IT-01-42-1A, од 30. августа 2005. године

Kambanda, бр. ICTR 97-23-S, од 4. септембра 1998. године  
Kayishema et Ruzindana, бр. ICTR-95-1-T, од 21. маја 1999. године  
Kayishema и Ruzindana, бр. ICTR-91-A, од 01. јуна 2001. године  
Кордић и Черкез, бр. IT-95-14-2T, од 26. фебруара 2001. године  
Кордић и Черкез, бр. IT-95-14-2A, од 17. децембра 2004. године  
Крајишник, бр. IT-00-39-T, од 27. септембра 2006. године  
Крајишник, бр. IT-00-39-A, од 11. новембра 2008. године  
Крнојелац, бр. IT-97-25-T, од 15. марта 2002. године  
Крнојелац, бр. IT-97-25-A, од 17. септембра 2003. године  
Крстић, бр. IT-98-33-T, од 2. августа 2001. године  
Крстић, бр. IT-98-33-A, од 19. април 2004. године  
Кунарац и други, бр. IT-96-23-T и IT-96-23-1T, од 22. фебруара 2001. године  
Кунарац и други, бр. IT-96-23-A&IT-96-23-1A, од 12. јуна 2002. године  
Купрешкић, бр. IT-95-16-T, од 14. јануара 2000. године  
Купрешкић, бр. IT-95-16-A, од 23. октобра 2001. године  
Квочка и други, бр. IT-98-30/1-T, од 2. новембра 2001. године  
Квочка и други, бр. IT-98-30/1-A, од 28. фебруара 2005. године

Лимај и други, бр. IT-03-66-T, од 30. новембра 2005. године  
Лимај и други, бр. IT-03-66-A, од 27. септембра 2007. године  
Lubanga, бр. ICC-01/04-01/06, од 10. јула 2012. године

Мартић, бр. IT-95-11-T, од 12. јуна 2007. године  
Мартић, бр. IT-95-11-A, од 8. октобра 2008. године  
Милошевић (Драгомир), бр. IT-98-29/1-T, од 12. децембра 2007. године  
Милошевић (Драгомир), бр. IT-98-29/1-A, од 12. новембра 2009. године  
Мрђа, бр. IT-02-59-S, од 31. марта 2004. године  
Мркшић, бр. IT-95-13/ 1-T, од 27. септембра 2007. године  
Мркшић, бр. IT-95-13/ 1-T, од 5. маја 2009. године  
Муцић и други, бр. IT-96-21-T, од 16. новембра 1998. године  
Муцић и други, бр. IT-96-21-Tbis- R117, од 9. октобра 2001. године  
Муцић и други, бр. IT-96-21-A, од 20. фебруара 2001. године  
Муцић и други, бр. IT-96-21-Abis, од 8. априла 2003. године

Налетилић, бр. IT-98-34-T, од 31. марта 2003. године  
Налетилић, бр. IT-98-34-A, од 3. маја 2006. године  
Николић (Драган), бр. IT-94-2-S, од 18. децембра 2003. године  
Николић (Драган), бр. IT-94-2-A, од 4. фебруара 2005. године  
Николић (Драган), бр. IT-94-02-A, од 24. маја 2005. године  
Николић (Момир), бр. IT-02-60/1-S, од 2. децембра 2003. године  
Николић (Момир), бр. IT-02-60/1-A, од 8. марта 2006. године  
Niyitegeka, бр. ICTR-96-14-T од 16. маја 2003. године

Обреновић, бр. IT-02-60/2-S, од 10. децембра 2003. године

Плавшић, бр. IT-00-39&40/1-S, од 27. фебруара 2003. године

Плавшић, бр. IT-00-39&40/1-S, од 18. марта 2003. године

Рајић, бр. IT-95-12-S, од 8 маја 2006. године

Serushago, бр. ICTR-98-39-A, од 6. априла 2000. године

Sesay, Kallon and Gbao, бр. SCSL-04-15-T, од 25. фебруара 2009. године

Сикирица и други, бр. IT-95-8-S, од 13. новембра 2001. године

Симић и други, бр. IT-95-9-T, од 17. октобра 2003. године

Симић и други, бр. IT-95-9-A, од 28. новембра 2006. године

Симић (Милан), бр. IT-95-9/2-S, од 17. октобра 2002. године

Стакић, бр. IT-97-24-T, од 31. јула 2003. године

Стакић, бр. IT-97-24-A, од 22. марта 2006. године

Стругар, бр. IT-01-42-T, од 31. јануара 2005. године

Тодоровић, бр. IT-95-9/1-S, од 31. јула 2001. године

Taylor, бр. SCSL-03-01-T, од 18. маја 2012. године

Васиљевић, бр. IT-98-32-T, од 29. новембра 2002. године

Васиљевић, бр. IT-98-32-A, од 25. фебруара 2004. године

Зеленовић, бр. IT-96-23/2-S, од 4. априла 2007. године

Зеленовић, бр. IT-96-23/2-A, од 31. октобра 2007. године

## **БИОГРАФИЈА АУТОРА**

Душица Миладиновић-Стефановић је рођена 12.09.1975. године у Нишу. Дипломирала је 1999. године на Правном факултету у Нишу са просечном оценом 9,73. У току студија била је стипендиста Министарства просвете и Фонда за талентоване ученике и студенте, а као најбољи дипломирани студент награђена Повељом Универзитета у Нишу. Магистарске студије је уписала 2002. године на Правном факултету у Новом Саду, где је 2007. године са одликом одбранила магистарску тезу „Помиловање у кривичном законодавству Србије“. Докторску дисертацију под називом „Редовно одмеравање казне у кривичном праву“ пријавила је на Правном факултету у Београду. У својој професионалној каријери радила је као истраживач-приправник у Институту за правна и друштвена истраживања, као асистент-приправник и асистент за предмет Кривично право на Правном факултету у Нишу. Ангажована је на више пројеката националног значаја. Аутор је једне монографије и већег броја научних и стручних радова из области кривичног права.

Прилог 1.

## Изјава о ауторству

Потписани-а **мр Душица Миладиновић-Стефановић** \_\_\_\_\_  
број индекса \_\_\_\_\_

**Изјављујем**

да је докторска дисертација под насловом

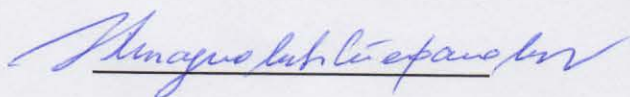
**„РЕДОВНО ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ“**

---

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, 29. 10. 2013.

  
\_\_\_\_\_



Прилог 2.

## Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора \_\_\_\_\_ Душица Миладиновић-Стефановић \_\_\_\_\_  
Број индекса \_\_\_\_\_  
Студијски програм \_\_\_\_\_  
Наслов рада \_\_\_\_\_ „РЕДОВНО ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ“  
Ментор \_\_\_\_\_ проф. др Зоран Стојановић \_\_\_\_\_

Потписани/а \_\_\_\_\_ Душица Миладиновић-Стефановић \_\_\_\_\_


Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис докторанда

У Београду, 29.10.2013.



Прилог 3.

## Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

„РЕДОВНО ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ“

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство
2. Ауторство - некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

Потпис докторанда

У Београду, 29.10.2013.



1. Ауторство - Дозвољавање умножавања, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.

2. Ауторство – некомерцијално. Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.
3. Ауторство - некомерцијално – без прераде. Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.
4. Ауторство - некомерцијално – делити под истим условима. Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.
5. Ауторство – без прераде. Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.
6. Ауторство - делити под истим условима. Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.