

Др Душица Миладиновић-Стефановић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfm0-23419

UDK: 343.8(73)

Рад примљен: 01.10.2019.

Рад прихваћен: 20.11.2019.

„МАТЕМАТИЗОВАЊЕ” ОДМЕРАВАЊА КАЗНЕ: ЕФИКАСАН МЕТОД ЗА УЈЕДНАЧАВАЊЕ СУДСКЕ КАЗНЕНЕ ПОЛИТИКЕ ИЛИ НЕУСПЕЛИ ЕКСПЕРИМЕНТ?*

Апстракт: Основне контуре одмеравања казне какве данас познајемо, постављене су у француском кривичном праву 19. века, увођењем система релативно одређених казни и института олакшавајућих и отежавајућих околности. Овакав приступ задржан је до савременог доба, јер представља неку врсту баланса или компромиса између различитих захтева постављених пред кривично право – прво, захтева *lex certa* проистеклог из начела законитости као основног начела ове гране права, и друго, начела индивидуализације, које подразумева да се, на основу слободне судијске оцене свих релевантних околности, казна прилагођава конкретном случају, од чега зависи не само остваривање специјалне превенције, већ посредно остваривање и других циљева кажњавања. Међутим, систем релативно одређених казни често бива остварен кроз прилично широке казнене оквире у посебном делу, што може да доведе до неуједначене казнене политике судова. Негативне последице ове појаве нису безазлене и могу бити далекосежне, пошто она, у крајњем, има капацитет да умањи поверење грађана у правни поредак и правосудни систем. Потреба за решавањем проблема диспаритета у кажњавању навела је поједине државе да излаз потраже у тзв. нумеричким правилима за одмеравање казне, у којима олакшавајуће и отежавајуће околности нису препуштене судској оцени, већ су унапред оцењене приписивањем одређених бројчаних вредности, чијим се збрајањем долази до врсте и висине казне коју треба изрећи у

* dusica@prafak.ni.ac.rs

** Рад представља резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет у Нишу, у периоду од 2013. до 2020. године. Рад је представљен на међународном научном скупу „Право и мултидисциплинарност“, одржаном 12. и 13. априла 2019. године, на Правном факултету у Нишу.

конкретном случају. Овакво „математизовано“ одмеравање први пут је примењено у САД, осамдесетих година прошлог века, и до недавних реформи у македонском праву није имало следбеника. Како је оно нормативно уобличено у назначеним правима, како функционише у пракси и које су последице његове примене, представљају централне теме истраживања у овом раду.

Кључне речи: *одмеравање казне, уједначавање судске казнене политике, кривично законодавство САД, кривично законодавство Македоније.*

1. Уводне напомене

Процес одмеравања казне представља круну целокупног рада суда и истовремено тежак задатак, некада комплекснији од доказивања чињеница, правне квалификације или утврђивања кривице. Истовремено, може се констатовати да је он и најизложенији 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 повезаних извршењем дела – жртве и друштва, са једне, и учиниоца, са друге стране. Проналажење адекватне казне по врсти и мери отуда треба да задовољи криминално-политичке захтеве сузбијања и спречавања криминалитета, али и захтеве проистекле из гарантованих права учиниоца, и тиме допринесе још једном, на први поглед не тако видљивом циљу, утемељивању легитимности читавог кривичног права и успостављању поверења грађана у правосудни систем. Наведени разлози говоре у прилог томе да је веома важан начин на који је нормативно устројен систем одмеравања казне, јер од тога зависи да ли ће и у којој мери наведено моћи да буде остварено.

Историјски посматрано, редовно одмеравање казне је прошло различите фазе, а корени онога што бисмо могли да назовемо савременим уређењем сежу до француског права 19. века, у којем је Казненим законом из 1810. године (*Code penal* или *Code Napoleon*) извршен прави заокрет у регулисању, због увођења система релативно одређених казни и института олакшавајућих и отежавајућих околности.¹ Овакав приступ задржан је до савременог доба, управо због тога што успешније од других балансира између различитих захтева о којима је већ било речи. Међутим, то

¹ Детаљна анализа историјског развоја института у Миладиновић-Стефановић, 2012: 91 и надаље.

„успешније од других” не значи и „апсолутно успешно”, пошто систем релативно одређених казни често бива остварен кроз прилично широке казнене оквири у посебном делу, а то у комбинацији са отвореним листама унапред невређених релевантних околности може да доведе до неуједначене казнене политике судова. Потреба за решавањем проблема диспаритета навела је поједине државе да осмисле тзв. нумеричка правила за одмеравање казне, у којима олакшавајуће и отежавајуће околности више нису препуштене слободној судијској оцени, већ су унапред оцењене приписивањем одређених бројчаних вредности, чијим се збрајањем долази до врсте и висине казне коју треба изрећи у конкретном случају. Овакво „математизовано” одмеравање било је донедавно карактеристично само за САД, све док није добило неку врсту копије у кривичном законодавству Македоније. Како оно изгледа, како функционише у пракси и да ли „погађа” проблем диспаритета, представљају окоснице излагања које следи.

2. Америчко Упутство за одмеравање казне (*Sentencing Guidelines Manual*)

Одмеравање казне је до средине осамдесетих година прошлог века у САД било недовољно регулисано, те су услед непостојања јасних и прецизних критеријума одлуке о казни биле превише препуштене слободној оцени суда, уз напомену да често нису биле ни довољно образложене, па се стицао утисак да су засноване пре на неким интуитивним осећајима о примереној казни, него на рационалним разлозима подложним контроли. Прихватање концепта ресоцијализације учиниоца и неодређених осуда као метода за његово остваривање још је више продубљивало кризу одмеравања, умањујући значај (ионако спорних) судских одлука и концентришући превише моћи у комисијама за условни отпуст, које су често редуковале казну до неприхватљивих размера.² Готово да не треба наглашавати да је неуједначеност казнене политике, само логична консеквенца предочених проблема, и то алармантно распрострањена, како је доказано у десетинама емпиријских студија.³ Из наведених разлога је 1984. године донет Закон о реформи одмеравања (*Sentencing Reform Act*) који је предвидео оснивање Комисије за одмеравање казне (*United States Sentencing Commission*), посебног независног тела у оквирима судске власти, са задатком да преиспита постојећу праксу и формулише егзактна нумеричка правила. Закон је уопштено трасирао рад Комисије, постављањем упутства

2 Детаљније о овим проблемима у Robinson, 1997: 2 и надаље.

3 Више у Robinson, 1997: 6 или у Kempf-Leonard, Sample, 2001: 115, где је наведено четрдесетак таквих истраживања.

да се 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 постављање уских оквира, при чему минимум не сме прећи више од двадесет пет процената максимума казне, или разлику од шест месеци у односу на максимум за казну затвора.

Комисија је на основу својих овлашћења подвргла статистичкој анализи више од 40.000 пресуда, као и велики број одлука о условном отпусту, да би после вишегодишњег проучавања, сачинила Упутство за одмеравање казне (*Sentencing Guidelines Manual*), које је ступило на снагу новембра 1987. године.⁴ Почетак примене Упутства обележио је отпор судија, јер је учињен потпуни заокрет у правном резонувању – од слободне оцене до тарифирања казне са минималним одступањима. Многе судије су Упутство прогласиле механичким, арбитрарним и беживотним актом, који гарантује једнакост само у формалном, али не и у суштинском смислу. У више наврата покретано је и питање његове уставности, мада је у овом контексту најзначајнији случај *Booker*, од којег је Упутство изгубило обавезну снагу.⁵ Без обзира на његов консултативни значај, пракса показује да га се судије и даље придржавају, како погађа циљеве ради којих је и пројектовано, те су процес одмеравања након 2005. године поједини аутори сликовито означили као „варијације на тему Упутства” (Gertner, 2016: 165). Само Упутство представља веома обиман акт од преко пет стотина страна, што онемогућава детаљно приказивање, тако да ће наредно излагање више бити усмерено на откривање духа и принципа на којима је постављено.⁶

2.1. Одређивање тежине кривичног дела

Упутство се увек примењује по прописаном редоследу (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 према објекту заштите, при чему је за сва заједничко то што су заступљена у тзв. основном нивоу тежине, који носи одређену нумеричку вредност. Разумевања ради, основни ниво тежине није минимум прописане казне, већ просечна казна изрицана за

4 Податак преузет са сајта Комисије https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1987/manual-pdf/Chapter_1.pdf, приступ 11.02.2019. године. Више о томе у Bergman, 2005: 657.

5 Текст одлука доступан на сајту Комисије. Детаљнији коментар случаја *United States v. Booker* видети у Bergman, 2005: 675 и надаље.

6 Упутство са последњим изменама је доступно на <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>, приступ 11. 02. 2019. године.

дато дело, утврђена статистичким истраживањем. Од основног нивоа тежине судија може да одступи, услед постојања одређених околности, које су углавном прецизиране Упутством, да би се избегла различита тумачења у судској пракси. Како се одвија први корак одмеравања биће илустровано на примеру појединих кривичних дела против живота и телесног интегритета. Убиству првог степена или убиству са предумишљајем одговара 43. ниво тежине, без могућности одступања наниже (§2A1.1.). Овај ниво је резервисан за најтежа кривична дела и води изрицању доживотног затвора или смртне казне. Убиство другог степена (§2A1.2.) је на 38. 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 понашања (§5K2.8). Невољном убиству (§2A1.4.) одговара 12. ниво, али ако је предузето са одређеним степеном кривице (*recklessness*) прелази у 18. категорију тежине, а ако је до смрти дошло са овим степеном кривице и при управљању возилом, тежина се подиже на 22. ниво. Тежем нападу на телесни интегритет (§2A.2.2.) одговара основни ниво 14, осим у случају када је дело подразумевало више од минималног планирања, што води увећању за 2 степена; када је повреда настала испалењем из ватреног оружја (за 5 степени); када је на други начин употребљено ватрено оружје или друго опасно средство (за 4 степена); када се учинилац машао за ватрено оружје или друго опасно средство или је њима претио (за 3 степена). Поред начина извршења, параметар озбиљности дела представљају обим и природа нанетих повреда, са могућим увећањем од 3 до 7 степени, у зависности од облика повреде. Упутство поставља ограничење увећавања тежине на основу начина извршења и насталих последица за 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 прошлoшћу), дело уз поменуте околности може пребацити у категорију 24 са распонем од 51 до 125 месеци (уз горњу напомену). Међутим, ово нису једине околности које утичу на тежину, пошто је законодавац предвидео и следеће: ако је дело укључивало и дављење, гушење или покушај да се удави или угуши супружник, ванбрачни друг или партнер (плус 3, али кумулативно са претходним не преко 12 степени); ако је дело учињено из користољубља (плус 2); ако је дело извршено повредом судског реда (плус 2) и ако се ради о посебним таксативно набројаним осудама из 18 U.S.C. § 111b или § 115 (плус 2). Укупно посматрано, казна би се теоретски, са овим повећањима, нашла у опсегу од 78 до 175 месеци. Да не би било погрешно схваћено, суд нема толику слободу избора, 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.

Сви ови примери указују на екстремну казуистичност. Творци Упутства су буквално за свако кривично дело стварали самосталне листе околности и приписивали им одређене бројчане вредности. Пошто природа излагања не допушта детаљисање, може се уопштено рећи да су у питању чињенице које представљају атрибуте радње (начин, средство, време, место предузимања, објект на којем се врши и слично), чињенице које 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. Добијена категорија из описане фазе бива коригована тзв. подешавањима или усаглашавањима (поглавље *Adjustments*), односно нумерички израженим 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, под чиме се заправо подразумевају правила за одмеравање казне за дела у стицају. Због ограниченог обима рада, функционисање подешавања биће приказано на примеру жртве кривичног дела (§3А.1.1.).⁷ Овде је изабрано неколико основних параметара: мотив мржње (увећава тежину за 3 нивоа); посебна рањивост жртве (померање навише за 2 нивоа, односно за додатна 2 нивоа, ако је било више таквих жртава). Уколико жртва спада у тзв. *official victim* (§3А.1.2.),⁸ њен статус дело подиже за 3 категорије, осим када је у питању дело против личности, када се степен тежине увећава за 6, што важи и за ситуације када је жртва полицијски службеник или службеник пенитенсијарне установе, а учинилац лице лишено слободе. Следећи разлог за увећање тежине дела су различита стања жртве због којих није у могућности да пружи отпор и да се брани, што повећава тежину за 2 нивоа (§3А.1.3.). Строжи третман је предвиђен и ако су у питању жртве дела у вези са тероризмом, која померају тежину за 12 категорија. Ако ни тада укупан скор не досеже 32. ниво тежине дела, дело се аутоматски мора повећати до тог нивоа. Највеће померање настаје ако је учинилац осуђиван за геноцид, мучење, ратни злочин, регрутовање деце или њихово

7 Објашњење осталих подешавања видети у Миладиновић-Стефановић, 2012: 210–213.

8 *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 бивше запослене у државној служби, као чланове уже породице ових лица, под условом да је извршење дела мотивисано управо овим њиховим статусом.

коришћење у оружаним снагама, када долази до померања за 4 нивоа, односно до 37 категорија, ако је дело имало смртни исход (§3А.1.4.).

2.2. Одређивање категорије криминалне прошлости 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. Криминална прошлост има шест нивоа тежине, који се добијају збрајањем бодова по одређеном принципу (§4А1.1.). 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 полузатвор), уз ограничење да се по основу других осуда не може добити више од 4 бода. Додатна 2 бода добијају се 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 неодржавање на налог за извршење казне. Кривична дела насиља, под одређеним условима, добијају по допунски бод, с тим што се тако могу додати највише 3 бода.

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 да свако од њих има и низ пратећих.⁹ Када сабере укупан број бодова, учинилац бива сврстан у прву (0–1 бода), другу (2–3), трећу (4–6), четврту (7–9), пету (10–12) или шесту категорију (13 и више). Слично као код тежине дела, постоји могућност корекције, у случају да суд процени да бодовање не одсликава реално озбиљност криминалне прошлости и вероватноћу рецидивирања, на пример због тога што постоје осуде које нису коришћене за рачунање нумеричке вредности и сврставање у одређену категорију (на пример, осуде страних судова, осуде административних органа итд).¹⁰

Требало би истаћи да посебна правила важе за професионалне делинквенте који су аутоматски сврстани у највишу (шесту) категорију (§4А1.5.), те се рад суда своди на утврђивање да ли конкретни учинилац припада овој групи. Постоји неколико кумулативних захтева за статус професионалног

⁹ Видети аутентично тумачење дато на стр. 380–390 Упутства.

¹⁰ Видети §4А1.3. и детаљније тумачење начина усаглашавања криминалне прошлости у Миладиновић–Стефановић, 2012: 216–220.

делинквентна: дело за које се суди мора да представља злочин насиља или злочин у вези са контролисаним супстанцама; пунолетство учиниоца у време извршења; постојање најмање две претходне осуде за злочине насиља или у вези са контролисаним супстанцама. Такође, строжи третман професионалних делинквената остварен је не само сврставањем у најтежу категорију криминалне прошлости, већ и посебном табелом за одређивање тежине дела, а сличан статус имају и тзв. опасни учиниоци сексуалних кривичних дела према малолетницима.¹¹

2.3. Одређивање казненог распона, одмеравање у његовим оквирима и могућности изласка из казненог оквира

Следећа фаза одмеравања јесте одређивање казненог распона укрштањем категорија тежине дела и криминалне прошлости на посебној табели, у којој су дела сврстана по тежини у зоне А, Б, Ц и Д са различитим правним режимима (§5Ц1.1.). За дела из А зоне није увек неопходно изрицање казне затвора, могућа је замена условном осудом или новчаном казном. У зони Б долазе у обзир казна затвора, казна затвора са надзираним условним отпустом, затварање у заједници, кућни затвор, али и тзв. полузатвор. Ако је дело у зони Ц, онда се поред казне затвора у одређеном трајању, може 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, или када има одређене душевне сметње, суд је овлашћен да одступи од поменутих правила. Пресудна је процена да ће посебни третмани елиминисати или умањити проблем и тиме смањити ризик од рецидивирања. 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 се креће у распону из пресека тежине дела и криминалне прошлости. Међутим, за таксативно набројана дела минимум није обавезан, под условом да је криминална прошлост изражена кроз прву категорију, да при извршењу дела није примењена сила 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, као и да је најкасније у току поступка дао информације о делу (§5Ц1.2.).¹²

11 Детаљна објашњења у Миладиновић Стефановић, 2012: 218.

12 Пракса је показала да се ове одредбе често злоупотребљавају, Greenblatt, 2008: 5.

Пошто одреди распон из табеле, суд треба да изабере конкретан износ казне, што се чини на основу посебних карактеристика учиниоца (део Х Упутства). Овим околностима се спорадично и у малој мери поклања пажња у нижим стадијумима одмеравања. Правила о посебним карактеристикама су саветодавне природе, она обезбеђују извесну флексибилност, а како опредељују казну у веома уским оквирима (шест месеци) нису у стању да створе значајније диспаритете. Упутство прави разлику између три скупине личних околности – оне чије је урачунавање забрањено (раса, пол, национално порекло, вероисповест и социјално-економски статус); оне које су статистички најчешће имале утицај на казну (године старости, образовање и професионалне вештине, емоционално и ментално стање, стање физичког и психичког здравља);¹³ и оне које, уопштено посматрано, нису неподобне за избор казне, али могу добити на важности ако су у комбинацији са другима и то за избор у датим оквирима, ређе ван њих.¹⁴

На крају, последњи сегмент одмеравања чине тзв. одступања од Упутства (део К – *Departures*) која омогућавају излазак из утврђеног распона, било наниже, било навише. Чињеница које ово омогућавају има на десетине таксативно набројаних, те не могу бити предмет детаљне обраде у оквиру овог рада.¹⁵

3. Македонски Закон о одређивању врсте и одмеравању висине казне (Закон за одредување на видот и одмерување на висината на казната)

Идеја о „математизованом“ одмеравању казне била је примењена једно време и у македонском праву, мада је генеза ових правила нешто другачија него у САД. Наиме, поред тога што се у теорији и пракси и раније говорило о проблему неуједначености казнене политике и њеној неефикасности коју потврђује висока стопа поврата, и извесне промене у процесном законодавству, тачније увођење споразума са јавним тужиоцем, довеле су до потребе да се изграде критеријуми којима ће се тужиоци руководити приликом примене наведене могућности, како се она не би банализовала и свела на пуко „цењање“ око казне (Арнаудовски, 2014: 42–43, Божуровска-Лажетик, 2014: 56-59). Тако је најпре 2013. године у оквиру тужилаштва донето нумеричко Упутство за утврђивање врсте и одмеравања висине

13 Само изузетно, оне могу довести и 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.

14 Видети коментар на стр. 459 Упутства.

15 Детаљније у Миладиновић-Стефановић, 2012: 223–226.

казне, као акт за интерну употребу (Божуровска-Лажетик, 2014: 61). У следећој фази се отишло корак даље у примени овог концепта, пошто је новелирањем Кривичног законика 2014. године,¹⁶ постављен основ за доношење посебног правилника, који је требало да уреди читав процес одмеравања казне на новим основама, а не само у случају споразума са тужиоцем. Доношење правилника стављено је у надлежност председника Врховног суда. Евидентна је нервоза и журба у спровођењу овог процеса, пошто је остављен рок од 45 дана од ступања на снагу Закона за доношење правилника, при чему би са његовом применом требало отпочети већ после истека рока од 30 дана од његовог објављивања у службеном гласилу. Правилник о начину одмеравања казне¹⁷ изазвао је оправдано негодовање у тамошњој теорији, како се њиме евидентно нарушавају принцип законитости, принцип поделе власти, јер Врховни суд нема надлежност да донесе овакав акт, али и независност судијске функције, која се између осталог огледа и у праву на слободну судијску оцену (Арнаутовски, 2014: 43, Божуровска-Лажетик, 2014: 63–66, Тупанчевски, Деаноска-Трендафилова, 2014: 2). Критика Правилника довела је до његовог укидања, али не и до напуштања концепта математизованог одмеравања, те је на оваквој идејној платформи донет Закон о одређивању врсте и одмеравању висине казне.¹⁸

3.1. Одређивање тежине дела и ранијег живота учиниоца

Методологија одмеравања у великој мери подсећа на америчку, пошто се заснива на категоризацији кривичних дела према њиховој тежини (хоризонтална оса) и ранијем животу учиниоца кривичног дела (вертикална оса), мада је прилично поједностављена. Сва кривична дела сврстана су према прописаним казнама у педесет и пет категорија, почевши од оних најлакших, за која је прописана само новчана казна, до најтежих за које је забрањена казна затвора од најмање 15 година или доживотни затвор (чл. 10). Ранији живот учиниоца разврстан је у шест категорија, од неосуђиваности као прве, до последње у коју спадају лица са пет или више ранијих правноснажних пресуда, или са две раније пресуде од најмање пет година затвора, или са једном пресудом од најмање осам година затвора, при чему је изричито наглашено да се урачунавају и осуде које су застареле

16 Видети Закон за измењивање на Кривичниот законик, *Службен весник на РМ*, бр. 28/14.

17 Правилник за начинот на одмерување на казните, *Службен весник на РМ*, бр. 28/14.

18 Закон за одредување на видот и одмерување на висината на казната, *Службен весник на РМ*, бр. 199/14.

у фази извршења, али не и брисане осуде и осуде на казну затвора до три године које испуњавају законске услове за брисање (чл. 11).

На основу прописаних критеријума у сваком хоризонталном реду прописани су минимални и максимални износи казне који могу бити изречени учиниоцу кривичног дела, у зависности од тога у коју вертикалну категорију спада учинилац. У свакој вертикалној категорији утврђена је вредност висине казне, од које ће суд започети да цени релевантне околности.¹⁹ Релевантне околности су подељене у девет основних категорија: степен кривичне одговорности; побуде из којих је дело учињено; јачина угрожавања или повреде заштићеног добра; околности под којима је дело учињено; допринос жртве извршењу дела; ранији живот учиниоца;²⁰ личне прилике и понашање по извршењу дела; друге околности које се односе на личност учиниоца; раније дело које је исте врсте као ново дело, учињено из истих побуда, време протекло од раније осуде, од опроштене или извршене казне (чл. 14). Свака од околности представља заправо комплекс чињеница, сврстаних по дејству или у олакшавајуће или у отежавајуће.²¹ Тако степен кривице обухвата следеће олакшавајуће околности – психичке и физичке сметње (10);²² прекорачење нужне одбране (10); крајња нужда (10); битно смањена урачунљивост (7); нехат уколико није елемент дела (6); покушај ако није предвиђено посебно кажњавање за њега (6); јака раздраженост у коју је учинилац доведен без своје кривице, под условом да није елемент дела (5); смањена урачунљивост (4); учествовање у криминалном подухвату, али не у својству директног извршиоца (4); евентуални умишљај, ако није елемент дела (3).²³ Са друге стране, као отежавајуће су постављене

19 Рецимо, ако је у питању дело за које је прописана казна затвора од шест месеци до пет година, а учинилац није раније осуђиван, казна се креће у распону од шест до двадесет четири месеца, а полазну тачку за вредновање олакшавајућих и отежавајућих околности чини казна затвора од петнаест месеци.

20 Није јасно зашто су творци правила ранији живот вредновали у хоризонталној, а потом и у вертикалној оси. Не само што је то противно забрани двоструког вредновања, него је и у несагласности са Препоруком Савета Европе (*Recommendation of the Council of Europe No. R(92)17*), пошто она предвиђа да претходне осуде не могу бити механички коришћене као отежавајућа околност. Више у Миладиновић-Стефановић, 2012: 229 и надаље.

21 Видети табеле у Прилозима 2, 3, 4 које чине саставни део Закона.

22 У загради је приказан број бодова. Не може остати непримећено да се ради о недовољно јасно дефинисаној околности.

23 Већ на први поглед видљиве су извесне нелогичности у оквиру релевантних околности. Прво, прекорачење нужне одбране је постављено као олакшавајућа околност у оквиру степена кривице, док је по одредбама КЗ-а у питању факултативни основ

само две чињенице – планирање кривичног дела (8) и велика упорност у извршењу (6). Када су у питању побуде, законодавац није био много инвентиван код олакшавајућих околности, вреднујући само помоћ другом лицу (6), док је листа отежавајућих обимнија, обухватајући националну, верску и расну мржњу (8); други вид мржње због пола, узраста, сексуалног опредељења, хендикепа и сл. (6);²⁴ непостојање повода или разлога за извршење дела (5); безобзирност (3), подмуклост и користољубље, под условом да не представљају квалификаторне околности (3); љубомору (2); и завист (2). Јачина повреде или угрожавања заштићеног добра разграђена је на изостанак штетне последице или одсуство трајне последице (2)²⁵ и незаинтересованост оштећеног за кривично гоњење (1),²⁶ као олакшавајуће, односно дрскост, свирепост, иживљавање, ако нису елемент дела (10) и учесталост извршења кривичног дела (9), као отежавајуће. Код околности под којима је дело учињено, такође, постоји доминација оних отежавајућих, у које су сврстане: искоришћавање немоћи жртве (10); остварена противправна имовинска корист или проузрокована штета троструко већа од износа одређеног КЗ-ом за дато дело (8); извршење дела на јавном месту, у присуству деце, у саставу групе,

за ублажавање казне (чл. 9). Тачно је да суд, када утврди да постоји неки од основа за ублажавање, не мора аутоматски и да ублажи казну; ако се сврха кажњавања не може остварити ублаженом казном, суд може по логичком правилу *a maiore ad minus* да одмери казну у прописаном оквиру. Али, ово функционише у систему одмеравања заснованом на слободној оцени, а не у систему обавезних нумеричких правила, по којима се суд ставља у немогућ положај, да бира између КЗ-а и одредаба Закона о одређивању врсте и одмеравању висине казне. Друго, није јасно ни због чега се крајња потреба наша међу олакшавајућим околностима, када је тамошњи Кривични законик исправно третирао као основ за искључење противправности (чл. 10). Треће, нехат је монолитно постављен, док се у „класичном” одмеравању води рачуна о томе да ли је дело остварено из свесног, несвесног или професионалног нехата, што овде није могуће, јер увек вуче исти број бодова. Четврто, неразрађеност категорија је везана и за покушај, те су се у „истом кошу” неоправдано нашли свршени и несвршени, као и квалификовани покушај. Пето, слична напомена као и за претходну околност, онемогућено је градирање смањене урачунљивости.

24 Док је на другим местима присутна недовољна издиференцираност околности, овде је управо супротно, мотив мржње је разложен на два облика, са упитном разликом у бодовању.

25 Овде постоји проблем недовољне издиференцираности околности, није оправдано потпуни изостанак последице третирајући на исти начин као постојање последице која, додуше, није трајног карактера.

26 Недовољно промишљено аутоматски сврстано у олакшавајуће околности, јер незаинтересованост може да буде резултат притиска, претњи учиниоца, мада стоји да је могуће и супротно, да незаинтересованост за кривично гоњење потиче од ранијих добрих односа са учиниоцем.

ако не представља посебно дело, или ако изазива згражавање других лица (7); искоришћавање одређеног положаја, својства или поверења жртве (7); већи број жртава (три или више), без обзира на то да ли су поднеле имовинскоправни захтев (4). Једина олакшавајућа околност је чињеница да је учинилац и сам повређен код кривичних дела из нехата (2). Допринос жртве извршењу дела представља монолитну околност, вредновану као олакшавајућу (4). У комплексу под називом ранији живот, казну умањује чињеница да се не води поступак за друго кривично дело (5), а увећава чињеница да је учинилац и раније узнемиравао оштећеног (7); да су му изрицане мере безбедности (4); да је прекршајно кажњаван (2). Личне прилике су разрађене на надокнаду штете и отклањање штетних последица пре започињања поступка (8); пружање помоћи жртви пре почетка кривичног поступка (5); образовање учиниоца (2); изражено жаљење и кајање због учињеног дела (2);²⁷ закључење брака (1); заснивање радног односа (1); коректно понашање у току кривичног поступка (1); допринос ефикасном окончању кривичног поступка (1), као олакшавајуће околности. Отежавајуће дејство имају уништавање трагова и доказа (10), утицај на сведоке, обучавање лица у циљу лажног приказивања чињеница (10), односно обећавање награде сведоцима, њихово обучавање и слично, ради лажног приказивања чињеница, ако то не представља самостално кривично дело (10); непостојање кајања и признања окривљеног (2). У остале околности које се односе на личност учиниоца сврстане су: лоше здравствено стање (4); лоше здравствено стање чланова уже породице са којима учинилац живи у породичној заједници (3); лоше материјално и имовинско стање, коришћење социјалне помоћи, незапосленост (3); породично стање: у браку – има децу, једини хранитељ породице, брига о другим лицима (2); старост учиниоца изнад 60 година или припадност категорији млађих пунолетних лица (2); углед у друштву, односно у заједници у којој живи, само за кривична дела учињена из нехата (2); запосленост (1); образовање (1); културни ниво и однос према општеприхваћеним вредностима (1);²⁸ друштвена признања, награде, одликовања и слично (1). Отежавајуће дејство имају чињенице да је кривично дело извршено за време издржавања казне викенд-затвора,

27 Очигледно је неуважавање чињенице да жаљење и кајање могу бити искрени, а не само формално, да не кажемо манипулативно, изречени, о чему се води рачуна код традиционалног начина одмеравања.

28 Недовољно прецизно дефинисана околност, није јасно како би суд утврдио њено постојање. Ако су се већ угледали на америчко Упутство за одмеравање казне, могли су да примете и то да су релевантне околности одређене аутентичним тумачењем. У том смислу, само бодовање неће моћи да допринесе уједначености, ако судови некој категорији придају исти број бодова, али је различито тумаче.

у току бекства и слично (10), за време условног отпуста (9), или времена проверавања код условне осуде (9); углед у друштву или у заједници где живи, само за кривична дела учињена са умишљајем или у вези са говором мржње и слично (8); насилни карактер учиниоца (5);²⁹ болести зависности (4); посебна склоност или способности учиниоца кривичног дела (2); асоцијално понашање (1);³⁰ искуство учиниоца (1); ниски културни ниво учиниоца и негативан однос према друштвеним вредностима (1).³¹ Код ранијих осуда за дело исте врсте води се рачуна о времену протеклом од претходно издржане казне затвора – ако је протекло више од 10 година, казна се умањује (4), а ако је прошло краће време, до три године казна се увећава (4).

Постоји могућност да суд узме у обзир и друге околности које нису наведене на листи, које могу да носе највише 10 бодова.³²

Пошто одреди категорију дела на хоризонталној оси и категорију ранијег живота на вертикалној оси, суд по извршеном вредновању свих околности предвиђених у радном листу А и Б утврђује да ли преовладавају олакшавајуће или отежавајуће околности (тј. уноси број бодова за олакшавајуће и отежавајуће околности и израчунава њихову разлику). Ако утврди казну затвора у трајању до 24 месеца, а притом установи да преовладавају олакшавајуће околности, са разликом од најмање пет поена у њихову корист, може изрећи условну осуду или неку од алтернативних мера, уколико се њима може остварити сврха кажњавања (чл. 16).³³ Законом је остављена и могућност рекласификације, тј. преласка у строжу вертикалну колону и то у две ситуације, код специјалног поврата или продуженог кривичног дела, при чему суд не може да помери дело за више од две колоне надесно, рачунајући од оне у којој је основна квалификација дела.³⁴

29 Исто.

30 Исто.

31 Исто.

32 Видети радни лист који се непосредно користи за одмеравање казне (стр. 30) и чл. 15 Закона о одређивању врсте и одмеравању висине казне.

33 У македонском правном систему у алтернативне мере спадају: условна осуда, условна осуда са заштитним надзором, условно прекидање кривичног поступка, рад у општем интересу, судска опомена и кућни затвор, чл. 48а, Кривичен законик, *Службен весник на РМ*, број 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15, 97/17 и 248/18.

34 Видети радни лист на стр. 38 тач. 5.

У Македонији је спроведено и емпиријско истраживање о резултатима примене гореописаног начина одмеравања, са основним циљем да утврди да ли су остварени очекивани утицаји на казнену политику судова. Налази су негативни, јер се показало да нумеричка правила не доприносе нужно уједначавању.³⁵ Уочене су и неке друге појаве – у једном делу пресуда нема образложења, вероватно због тога што су судије сматрале да је довољно попуњавање радних листова, а у највећем броју пресуда судије су се заправо држале само оних (проверених) околности, предвиђених раније КЗ-ом. Поред наведеног, истраживање је показало да су нумеричка правила, уз извесне изузетке, довела до строже казнене политике у односу на период пре њихове примене. Посебан сегмент истраживања представљао је интервју са практичарима, који су навели низ замерки, почевши од тога да нису учествовали у стварању ових правила, преко предимензионираног значаја отежавајућих околности, до тога да су нека од правила оценили као нелогична, тешко примењива и слично.

За разлику од америчког Упутства, македонски Закон није био дугог века, пошто је 2017. године, после само неколико година важења, укинут као неуставан.³⁶

4. Закључна разматрања

Иако су малобројна законодавства у којима је спроведено тзв. математизовано одмеравање казне, чини се да су и ти примери довољни да би се извео закључак о томе да ли је овај концепт прихватљив или не. Посматрано са аспекта судије, када се стави по страни приговор да нарушава њихову независност анулирањем слободне оцене, он може чак и бити примамљив, јер штеди њихово време, менталну енергију и на извештај начин умањује одговорност. Посао судије је поједностављен, свођењем на просте математичке операције, посебно у сегменту образложења, где се у класичном приступу за сваку околност морају пронаћи рационални, логички одрживи аргументи који поткрепљују њену релевантност у датом случају, објашњавају због чега јој је приписано олакшавајуће или отежавајуће дејство и одређена мера тог дејства у склопу осталих околности. Све то овде изостаје, осим у случају када суд процени да је нужно да се у процес одмеравања уведе нека нумеричким правилима непредвиђена околност, што би изискивало детаљније образложење. Практична последица „математизованог“ одмеравања јесте увећање

35 Резултати истраживања из Г. Лажетик-Божуровска, Л. Нанев, 2017: 44–47.

36 Одлука Уставног суда Македоније, У бр. 169/2016-1, од 27.09.2017. године, преузето са <http://ustavensud.mk/?p=11736>, приступ 26.01.2019. године.

учинка и ефикасности судија, али и смањење ризика да пресуда „падне” због одлуке о казни.

Један од приговора овом приступу одмеравања казне лежи у чињеници да је потребно унапред издвојити што је могуће обимнију и разрађенију листу релевантних околности, чиме се оставља скучен простор за слободну судијску оцену и тако избегава или своди на значајно мању меру неуједначеност судске казнене политике. Претпостављену омнипотентност твораца нумеричких правила лако је оборити, посебно уколико се ради о системима какав је македонски, који садржи не тако бројне и недовољно разрађене олакшавајуће и отежавајуће околности. Када се томе дода да није познато како су оне одабране, мада донекле подсећају на оне из ранијег члана 39 КЗ-а, за разлику од америчких које су уведене на основу статистичког истраживања судске праксе, проблем постаје још упечатљивији. Мали број категорија поједностављује процес одмеравања, али га и опасно удаљава од реалности, те се овде враћамо на исте оне приговоре који су некада упућивани кривичним законцима XIX века и њиховим *numerus clausus* листама олакшавајућих и отежавајућих околности.³⁷

Такође, идеја математизованог одмеравања је до сада реализована тако што је релевантним околностима унапред одређено дејство и фиксна нумеричка вредност која дефинише меру тог дејства. То значи да се у математизованом одмеравању заправо примењује аналитички метод за вредновање олакшавајућих и отежавајућих околности. У логици овај метод подразумева мисаоно растављање сваког сложеног предмета на његове саставне делове, чиниоце или аспекте, док у контексту одмеравања он диктира издвојено посматрање свих релевантних околности случаја и издвојено утврђивање њиховог утицаја на казну. У основи овог метода налази се механицистичко виђење 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 у реалности 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 чињеницама. Другим речима, могуће је да се у спојевима примарно, изоловано процењено дејство

37 Више о томе у Миладиновић-Стефановић, 2012: 107 и надаље.

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.

Треба додати и да је оваква логика супротна ономе што судије традиционално раде приликом одмеравања, јер се у теорији истиче да су они наклоњенији примени синтезе (Бавцон, 1966: 228, Хорватић, 2003: 200, Камбовски, 2006: 708, Стојановић, 2010: 274 и др). 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 многоме разликује од претходног схватања о појавама као простим механичким скуповима у себе затворених елемената. Примењен у поступку одмеравања, 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. Када се све узме у обзир, постаје јасно да аналитички и синтетички метод није исправно посматрати као сукобљене супротности, које се међусобно искључују, те се у теорији кривичног права зато и препоручује њихово комбиновање (Стојановић, 2010: 274).

Поред тога што је спорно априорно и искључиво сврставање околности у олакшавајуће или отежавајуће, као и придавање фиксних бројчаних вредности, спорно је и то како је одређиван број бодова који носе појединачне околности. Док су у САД они настали на основу статистичке анализе судске праксе, чему се такође, може наћи замерка, нема података како је македонски законодавац дошао до њих, што читав концепт још више дискредитује, јер је тешко избећи утисак да се свему приступило некако произвољно. Чак и да је за одређивање нумеричких вредности коришћена судска пракса као емпиријска база, у македонском случају ситуација не би била „чистија”, пошто би се могао истаћи приговор да она, као ни у другим системима европско-континенталног типа, не представља извор права.

Надаље, у македонском закону је *a priori* дата превага отежавајућим околностима; њихова доминација није толико заснована на бројности (има их 35, у односу на 36 олакшавајућих), колико на већим приписаним вредностима (у укупном збиру олакшавајуће околности носе 131,

а отежавајуће 200 бодова). У том смислу, систем није неутралан и избалансиран, већ пројектован тако да води ка заоштравању казнене политике судова, што је потврђено у истраживању примене Закона о одређивању врсте и одмеравању висине казне, иако то званично није један од његових циљева, како се помињу само уједначеност и објективност у одмеравању (чл. 2).

Анализирани примери показују да „математизовање“ одмеравања казне може бити спроведено мање или више вешто, али остаје утисак да је у питању вештачки конструкт, посебно непримерен европско-континенталној правној традицији и логици. Македонски пример је показао да он не погађа нужно циљеве ради којих је уведен, а уз то деформише и квари процес одмеравања, па би пре могао да понесе одредницу неуспелог експеримента, као и уосталом многи други правни транспланти преузимани некритички и без дубљег промишљања.

Литература/References

Арнаудовски, Љ. (2014). Казнена политика. *Македонската ревија за казнено право и криминологија*. 21. 35–50.

Бавцон, Љ. (1966). Неколико примедба у вези са применом кривичних санкција у пракси наших судова. *ЈПКП*. 2/1966. 217–236.

Berman, D. A. (2005). Foreword: Beyond Blakely and Booker: Pondering Modern Sentencing Process. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. 95 (3). 653–688.

Божуровска-Лажетик, Г. (2014). Невоједначената казнена политика и нејзиното влијание врз спогодувањето за кривична санкција според Законот за кривична постапка. *Македонската ревија за казнено право и криминологија*. 21. 51–73.

Gertner, N. (2016). Judicial Discretion in Federal Sentencing – Real or Imagined. *Federal Sentencing Reporter*. 28 (3). 165–166.

Greenblatt, N. (2008). How Mandatory are Mandatory Minimums? How Judges Can Avoid Imposing Mandatory Minimum Sentences? *American Journal of Criminal Law*. 36 (1). 2–38.

Закон за изменување на Кривичниот законик. *Службен весник на РМ*. Бр. 28/14.

Закон за одредување на видот и одмерување на висината на казната. *Службен весник на РМ*. Бр. 199/14.

Камбовски, В. (2006). *Казнено право, Општ дел*. Скопје: 2-ри август РС

Kempf-Leonard, K., Sample, L. L. (2001). Have Federal Sentencing Guidelines Reduced Severity? An Examination of One Circuit. *Journal of Quantitative Criminology*. 17 (2). 111–144.

Кривичнен законик. *Службен весник на РМ*. Бр. 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15, 97/17 и 248/18.

Лажетик-Божуровска, Г., Нанев, Л. (2017). *Анализа примената на Законот за одредување на видот и одмерување висината на казната во основните судови Тетово, Велес, Кочани и Кавадарци*. Кавадарци: СППМД

Миладиновић-Стефановић, Д. (2012). *Редовно одмеравање казне у кривичном праву (необјављена докторска дисертација)*. Београд: Правни факултет

Robinson, P. H. (1997). One Perspective on Sentencing Reform in United States. *Criminal Law Forum*. 8 (3). 1–41.

Одлука У бр. 169/2016-1, Уставен суд МК, од 27.09.2017. године, преузето са <http://ustavensud.mk/?p=11736>, пристап 26.01.2019. године

Правилник за начинот на одмерување на казните. *Службен весник на РМ*. Бр. 28/14.

Стојановић, З. (2010). *Кривично право, Општи део (седамнаесто издање)*. Београд: Правна књига

Тупанчевски, Н., Деаноска-Трендафилова, А. (2015). Една годината од примената на Законот за одредување на видот и одмерување на висината на казната – проблеми и предизвици. *Македонската ревија за казнено право и криминологија*. 1–17.

US Sentencing Guidelines Manual, <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>, пристап 11.02.2019. године

Хорватић, Ж. (2003). *Казнено право, Опћи дио*. Загреб: Правни факултет

Prof. Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**MATHEMATICAL SENTENCING MODEL IN CRIMINAL JUSTICE:
AN EFFECTIVE METHOD FOR STANDARDIZING THE JUDICIAL
PENAL POLICY OR AN UNSUCCESSFUL EXPERIMENT?**

Summary

*The basic postulates of the sentencing framework as we know it today were first established in the 19th century French criminal law, by introducing a system of relatively fixed penalties (a flexible range of minimum and maximum penalties instead of fixed penalties) and the institute of mitigating and aggravating circumstances. This approach has been preserved until the present day because it serves as a sort of balance or compromise between different requirements imposed on criminal law; first, it entails *lex certa* stemming from the principle of legality as the basic criminal law principle; second, it entails the principle of individualization, which implies the discretionary judicial authority to assess all relevant facts and adjust the imposed sentence (punishment) to the specific circumstances of a particular case, which is the presumption for exercising immediate special prevention and accomplishing other indirect penal policy objectives. However, the system of relatively fixed penalties is often put into effect by means of a fairly broad penal framework, envisaged in a separate part of the Criminal Code, whose interpretation may result in sentencing disparity. The negative consequences of uneven criminal justice policy are by no means harmless and they may have far-reaching effects, particularly considering that sentencing disparity has the capacity to diminish citizens' confidence in the legal order and the judicial system. In order to resolve the problem of sentencing disparity, some countries has resorted to the so-called "numerical sentencing guidelines", where the mitigating and aggravating circumstances are not subject to the discretionary judicial assessment. Instead, such circumstances have been assessed in advance and assigned certain numerical values; thus, a simple mathematical calculation of the assigned numerical values indicates the degree of severity of the committed crime and the type of sentence to be imposed in the specific case. This "mathematical" sentencing system was first applied in the US in the 1980s, but it has not had any followers until the recent reforms in Macedonian legislation. The focal point of research in this paper is the normative framework of this sentencing system in the US law and in Macedonian legislation, how it is applied in judicial practice, as well as the immediate consequences and ultimate effects of its application.*

Keywords: sentencing, standardizing judicial penal policy, mathematical sentencing model, US criminal legislation, criminal law of Republic of Macedonia.