



Republika e Kosovës
Republika Kosova - Republic of Kosovo

Vrhovni sud Republike Kosova



Smernice za kaznenu politiku

Smernice za kaznenu politiku

Prvo Izdanje

Priština, 2018.



REPUBLIKA E KOSOVËS
REPUBLIKA KOSOVA – REPUBLIC OF KOSOVO
GJYKATA SUPREME E KOSOVËS
VRHOVNI SUD KOSOVA – SUPREME COURT OF KOSOVO

Na Opštoj sednici Vrhovnog suda Kosova, koja je održana dana 15.02.2018.godine, nakon razmatranja Smernica o kaznenoj politici na Kosovu, a na osnovu člana 22 i 23 Zakona o sudovima br.03/L-199, većinom glasova usvojena je:

SMERNICE O KAZNENOJ POLITICI

Obrazloženje

Kada se radi o kaznenoj politici, pokazalo se da u sudskoj praksi na Kosovu postoje nedostaci i neusklađenost u načinu na koju sudovi pristupaju i prilaze odmeravanju tj. određivanju kazne, uključujući i manjkavosti koji se odnose na date razloge u donošenju njihovih odluka.

U cilju poštovanja ljudskih prava zagarantovanim Ustavom Republike Kosova, pa i međunarodnim i regionalnim sporazumima radi zaštite tih prava, kao što su: Međunarodna konvencija o građanskim i političkim pravima, Evropska konvencija o ljudskim pravima i ostale konvencije i međunarodni sporazumi, pa i unifikacija sudske prakse za koju je Vrhovni sud Kosova u okviru svog mandata, nakon neprekidnog rada i uz saradnju sa domaćim i stranim stručnjacima, a uz podršku američke ambasade u Prištini tj. američkog departmana pravde, na opštoj sednici Vrhovnog suda, nakon razmatranja i diskusije, većinom glasova usvojio predlog i smernice (putokaz) kaznene politike.

Svrha ovih Smernica je pružanje mogućnosti i približavanje detaljnije elaboracije postojećih, važećih zakonskih odredbi krivičnog zakonodavstva, kada se radi o odmeravanju kazne, putem objašnjenja i praktičnih problema koji se često spominju kao smetnja u unifikaciji sudske prakse na Kosovu. Ove smernice nemaju za cilj niti su one zakonski obavezujuće u određivanju kazne.

S toga, polazeći od odluka Ustavnog suda Kosova koje se pozivaju na odluke evropskog suda o ljudskim pravima, vezane za nedostatak konsistentnosti u donošenju odluka od strane redovnih sudova, pa i u vezi sa Preporukama Komiteta ministara evropskog saveta o konsistentnosti u odmeravanju kazne, ove Smernice predstavljaju sredstvo kako bi se izbegle nepotrebne razlike u odmeravanju kazne i istovremeno bile od uticaja i imale uticaj na diskreciju sudova, ali ne i na načelni okvir koji je vrlo jasan, koncizan i predodređen.

Smernice u biti sadrže mnoge praktične primere drugih sudova i međunarodnih tribunala, uz objašnjenja mnogih pojedinačnih okolnosti okrivljenika, kao i mnoge načine u ocenjivanju svih okolnosti koje su predviđene u Krivičnom zakoniku Kosova. Sve to u cilju što boljeg i uspešnijeg rada sudija tokom odmeravanja kazne. Ove smernice u sebi sadrže i indikativnu listu okolnosti koje će sudijc moći da upotrebljavaju kod ublažavanja tj.kod izricanja strožijih kazni, kako bi se obezbedila što efikasnija održivost i uskladenost kod odmeravanja kazne na čitavoj teritoriji Kosova.

Ove Smernice biće odštampane u dovoljnom broju za sve sudije i tužioce na svim nivoima, kao i za ostale zainteresovane pravne stručnjake.

Predsednik suda,
Enver Peci



SADRŽAJ

Uvod	1
GLAVA I - KAZNENA POLITIKA NA KOSOVU - Utvrđeni problemi	3
1.1 Nedoslednost u kažnjavanju	3
1.2 Neadekvatna ocena otežavajućih/ olakšavajućih faktora	8
1.3 Transparentnost, zakonitost i javno mišljenje	12
1.3.1 Transparentnost	12
1.3.2 Načelo zakonitosti	13
1.3.3 Javno mišljenje	14
1.4. Proizvoljna sudska odluka	15
GLAVA II - PROCEDURALNI ASPEKTI IZRICANJA KAZNE	16
2.1 Ročišta za izricanje kazne	16
2.2 Standard dokazivanja	17
2.3 Dokazi koji treba da se izvedu	19
GLAVA III - RELEVATNA NAČELA U UTVRĐIVANJU KAZNE	21
3.1 Opšta pitanja	21
3.2 Glavne kazne	24
3.2.1 Rasponi zatvorske kazne	24
3.2.2 Kazna doživotnog zatvora	25
3.2.3 Novčana kazna	26
3.3 Početna kazna u odmeravanju kazne i pretpostavljeno trajanje	27
3.4 Zabrana dvostrukog vrednovanja okolnosti	30
3.5 Svrhe i načela kažnjavanja	33
3.5.1 Svrha kazne	33
3.5.1.1 Specifično/posebno odvracanje	34
3.5.1.2 Opšte odvracanje	34
3.5.1.3 Žrtve i zajednica	35
3.5.1.4 Sud društva, uvećana moralnost i obaveza da se poštuje zakon	36
3.5.1.5 Implikacija svrhe kažnjavanja u odmeravanju kaznu	36
3.5.2 Načela i ostali faktori	37
3.5.2.1 Step en krivične odgovornosti	38
3.5.2.2 Pobude za izvršenje dela	39
3.5.2.3 Jačina ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra	40

3.5.2.4	Okolnosti pod kojima je delo izvršeno	40
3.5.2.5	Ranije ponašanje učinioca	41
3.5.2.6	Priznanje krivice	42
3.6.	Klasifikacija faktora koji se uzimaju u obzir prilikom izricanja kazne	42
3.6.1	Faktori koji se odnose na predmet.....	43
3.6.1.1	Okolnosti u vezi sa težinom ili izvršenjem dela	44
3.6.1.2	Okolnosti vezane za viktimizaciju i žrtvu.....	46
3.6.1.3	Individualne/ lične prilike optuženog lica	47
3.6.2	Faktori vezani za postupak	50

POOŠTRAVANJE I UBLAŽAVANJE KAZNE - PRIMENA NA KOSOVU

GLAVA IV - OPŠTA PITANJA U POGLEDU POOŠTRAVANJA I UBLAŽAVANJA KAZNE SHODNO ČLANU 74 KRIVIČNOG ZAKONIKA	53
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

GLAVA V - OTEŽAVAJUĆI FAKTORI SHODNO ČLANU 74	57	
5.1	Visok stepen umešanosti osuđenog lica u krivično delo.....	57
5.2.	Visok stepen umišljaja osuđenog lica, uključujući bilo koji dokaz predumišljaja	64
5.3.	Prisustvo stvarnog ili zaprećenog nasilja u izvršenju krivičnog dela.....	66
5.4	Kombinacija faktora koji se odnose na žrtve	67
5.4.1	Da li je krivično delo izvršeno sa naročitom okrutnošću	70
5.4.2	Da li je krivično delo imalo više žrtava	75
5.4.3	Da li je žrtva krivičnog dela bila naročito bespomoćna ili ranjiva.....	78
5.4.4	Starosna dob žrtve, da li je mlada ili stara.....	81
5.4.5	Stepen štete koju je osuđeno lice izazvalo, uključujući smrt, trajne povrede, prenos bolesti na žrtvu i svako drugo zlo naneto žrtvi i njenoj ili njegovoj porodice.....	82
5.5	Svaka zloupotreba ovlašćenja ili službenog položaja osuđenog lica prilikom izvršenja krivičnog dela i dokaz da je osuđeno lice zloupotrebilo poverenja...	85
5.6.	Da li je krivično delo izvršeno u okviru delovanja organizovane kriminalne grupe	89
5.7.	Ako je krivično delo izvršeno protiv nekog lica, grupe lica ili imovine zbog etničke pripadnosti ili nacionalnog porekla, nacionalnosti, jezika, verskih uverenja ili nepostojanja verskih uverenja, boje, rodne pripadnosti, seksualne orijentacije ili zbog njihove povezanosti sa licima koja imaju gore navedene karakteristike	92
5.8.	Sve relevantne prethodne krivične osude osuđenog lica	94
5.9	Drugi otežavajući faktori	97
5.9.1	Odsustvo kajanja	97
5.9.2	Kršenje sudskih naredbi	98

5.9.3	Ponovno činj enje krivičnih dela	98
5.9.4	Ponovljene pretnje nasiljem	99
GLAVA VI - OLAKŠAVAJUĆI FAKTORI SHODNO ČLANU 74.....		100
6.1	Opšta pitanja	100
6.2.	Okolnosti koje ne isključuju u potpunosti krivičnu odgovornost, na primer smanjena računljivosti	101
6.3.	Dokazi provokacije od strane žrtve	104
6.4.	Lične prilike i ličnost osuđenog lica	107
6.5	Dokaz da je osuđeno lice imalo relativno manju ulogu u krivičnom delu i činjenica da je osuđeno lice koje je učestvovalo u krivičnom delu nije bilo glavni izvršilac, već pomagač ili kao podrška ili na drugi način	112
6.6	Godište osuđenog lica, da li je mlado ili staro.....	115
6.7	Faktori koji ukazuju na kajanje i saradnju učinioca	118
6.7.1	Dokaz da je osuđeno lice izvršilo restituciju ili kompenzaciju žrtvi	119
6.7.2	Opšta saradnja osuđenog lica sa sudom, uključujući dobrovoljnu predaju	121
6.7.3	Dobrovoljna saradnja osuđenog lica u krivičnoj istrazi ili gonjenju	122
6.7.4	Priznanje krivice.....	124
6.7.5	Kajanje koje je pokazalo osuđeno lice	127
6.7.6.	Ponašanje osuđenog lica nakon izvršenog dela.....	129
6.7.7	U slučaju da je lice osuđeno za krivično delo uzimanja talaca, kidnapovanja ili nezakonitog lišavanja slobode ili shodno propisanom iz članova 175, 194 ili 196 ovog Zakonika, stvarno doprinelo da se oslobodi ili živa vrati kidnapovana, oteta, zatočena ili žrtva lišena slobode ili je dobrovoljno pružilo informacije koje doprinose identifikaciji drugih odgovornih za krivično delo.	130
6.8	Drugi olakšavajući faktori	132
6.8.1	Protek vremena	132
6.8.2	Naredba pretpostavljenog	134
6.8.3	Krivična dela u ime časti.....	135
6.8.4	Neosuđivanost za krivična dela	135
6.8.5	Ranije seksualno ponašanje žrtve	136
6.8.6.	Podrška žrtve.....	136
GLAVA VII - PRILAGODIVANJE KAZNE.....		139
7.1	Dodeljivanje težine okolnostima.....	139
7.2	Interna važnost faktora.....	139
7.3	Težina dela	140
7.3.1	Faktori koji ukazuju na krivicu okrivljenog lica.....	141
7.3.1.1	Viši stepen krivice.....	141
7.3.1.2	Niži stepen krivice	142
7.3.2	Faktori koji ukazuju na obim štete.....	142

7.3.2.1	Šteta većeg obima	142
7.3.2.2	Šteta manjeg obima.....	143
7.4	Relativna važnost i ciljevi izricanja kazne	143
7.5	Primeri razmatranja u pogledu relevantnosti faktora	146
7.6	Uravnoteženje okolnosti – Ocena kazne.....	152
7.6.1	Razlikovanje kategorija	153
7.7	Dodatna prilagođavanja kazne – modifikacije u računanju.....	156
7.7.1	Načelo ublažavanja kazne.....	156
7.7.1.1	Načelo ublažavanje kazne primenjeno i računano u Dodatku 1 ...	157
7.7.1.2	Određivanje primenljivosti načela ublažavanja kazne.....	158
7.7.1.3	Dela u vezi sa opojnim drogama.....	161
7.7.2	Oprost kazne	161
7.7.3	Pooštravanje kazne za višestruki povrat	162
7.7.4	Kažnjavanje krivičnih dela u sticaju	163
7.8	Odluke o kazni pretresnog veća.....	164
 GLAVA VIII - PRIMENA ALTERNATIVNIH KAZNI		166
8.1	Opšta pitanja	166
8.2	Uslovna osuda.....	166
8.2.1	Odlaganje izvršenja kazne kada je maksimalna zaprećena kazna do 5 godina.....	168
8.2.2	Odlaganje izvršenja kazne kada je maksimalno zaprećena kazna u trajanju do 10 godina	169
8.2.3	Obaveze i uslovi uslovne osude.....	170
8.2.4	Period provere.....	174
8.2.5	Nadzor uslovne osude.....	175
8.2.6	Povrede obaveza	175
8.3	Društveno-koristan rad/polusloboda.....	177
8.4	Sudska opomena	178
 GLAVA IX - DODATNE KAZNE I OSTALE ODREDBE		179
9.1	Dodatne kazne.....	179
9.1.1	Oduzimanje prava licu da bude izabrano.....	179
9.1.2	Naredba da se plati novčana kompenzacija za gubitak ili štetu.....	180
9.1.3	Zabrana obavljanja dužnosti javne uprave ili javne službe	180
9.1.4	Zabrana obavljanja profesije, aktivnosti ili dužnosti.....	181
9.1.5	Zabrana upravljanja motornim vozilom	181
9.1.6	Oduzimanje vozačke dozvole	182
9.1.7	Konfiskacija	182
9.1.8	Naredba da se presuda objavi	183
9.1.9	Proterivanje stranca sa teritorije Republike Kosovo.....	183
9.2	Mere obaveznog lečenja	184

GLAVA X - PRUŽANJE OBRAZLOŽANJA	184
GLAVA XI- ALTERNATIVNE PRAKSE	188
11.1 Sporazum o priznanju krivice	188
11.2 Kazneni nalog	191
GLAVA XII - ŽALBENO PREISPITIVANJE	192
12.1. Diskreciono postupanje Apelacionog suda u preispitivanju izrečene kazne	192
12.2 Eliminisanje nedoslednosti	192
12.3 Standard ‘primetne greške’	194
DODATAK I - TABELA O ODMERAVANJU KAZNE	196

UVOD

Praksa kaznene politike među sudovima na Kosovu je od usvajanja Krivičnog zakonika¹ (KZ ili "Zakonika") i Zakonika o krivičnom postupku² (ZKP) došla pod sve veću i veću lupu interesovanja. Kako sudovi postaju efikasniji kroz sve veće poznavanje zakonika, donosi se sve više i više presuda. Međutim, iako je ovo poznavanje pozitivno za sprovođenje pravde, uvećan obim presuda doveo je do pojavljivanja nekoliko trendova koji ukazuju na ozbiljne nedostatke u načinu na koji sudovi pristupaju kažnjavanju, profesionalizmu sudova u sačinjavanju mišljenja i njihovog konačnog uticaja na optužena lica. Konačno, upravo sada je pravi trenutak da se učine promene i sprovede reforma pre nego što problemi postanu suviše ukorenjeni. Svrha ovih Smernica je upravo da pruži širi pogled na trenutne zakone kažnjavanja, ukaže na probleme koji se često navode i pruži ujednačeni pristup.

Čitaocu treba da bude jasno da ovo nisu zakonski obavezujuće smernice. One ne utvrđuju obavezne ishode u izricanju kazni. Međutim, imajući u vidu da neopravdana nedoslednost i percepcije nepravde mogu da dovedu sistem krivičnog pravosuđa na loš glas, Savet Evrope u svojim preporukama o doslednosti kažnjavanja preporučuje da države dok uzimaju u obzir svoja ustavna načela i pravne tradicije, posebno nezavisnost sudstva, preduzmu odgovarajuće mere da izbegnu neopravdanu nedoslednost u izricanju kazni. Tako da su smernice pružene u tom smislu i ne bi trebalo da budu odmah potpuno odbačene kao uplitanje u diskreciono pravo. One imaju jasan i vredan cilj. Suština

¹ Krivični zakonik Republike Kosovo, Zakonik br. 04/L-2, Službeni list Republike Kosovo/br.19/13. juli 2012, Priština.

² Zakonik o krivičnom postupku Republike Kosovo br. 04/L-123, Službeni list Republike Kosovo/br.37/28. decembar 2012, Priština.

smernica je da strukturiraju sudsko diskreciono pravo – ne da ga oduzmu. Konačno, izricanje kazne će uvek zahtevati element ličnog rasuđivanja, ali to rasuđivanje bi trebalo da bude vršeno u okviru načela koja su jasna, dosledna i unapred utvrđena. To rezultira u doslednom pristupu i ishodima koji su razumno predvidljivi.

Ove smernice pružaju korisne alate sudu u oceni raznih pojedinačnih okolnosti okrivljenih kao i okvir za ocenu presude. One pružaju mapu puta u pristupu, način za sveobuhvatno uzimanje u obzir potrebnih odredbi zakonika i predloženi format prikupljanja dokaza za izricanje kazne i sastavljanje mišljenja. Takođe pružaju indikativni spisak okolnosti koje sudije treba da primene prilikom ublažavanja ili pooštavanja kazne; zajedno sa pokazateljem težine koje bi te okolnosti trebalo da imaju na konačnu kaznu. Ukoliko se prate, one neće samo uvećati profesionalizam sudova, nego će takođe zabeležiti uspehe u unapređenju ljudskih prava kosovskih sudova uopšte.

Iako Smernice predstavljaju značajan korak ka sveobuhvatnijem pristupu u kaznenoj politici i okolnostima koje se uzimaju u obzir u ovom procesu, one ne bi trebalo da se smatraju nefleksibilnim dokumentom uklesanim u kamen koji ne može da se menja. Sudovi bi trebalo da preuzmu korake da izmene i dorade ove smernice kako se zakon menja i kako se neočekivane okolnosti i prakse pojavljuju. Predlaže se da se u budućnosti osnuje Komisija za kaznenu politiku koja će rutinski oceniti primenljivost smernica i uraditi usklađivanja po potrebi.

Konačno, ovaj priručnik se zasniva na načelima i delima preciziranim u KZ i ZKP koji su izrađeni 2012. i 2013. Dela koja su propisana van ovog opšteg korpusa zakona generalno nisu korišćena kao primeri. Međutim, odredbe zakonika koje se odnose na izricanje kazni primenjuje se na sva krivična dela, izuzev ako to nije drugačije propisano zakonom.

GLAVA I

KAZNENA POLITIKA NA KOSOVU-Utvrđeni problemi

1.1 Nedoslednost u kažnjavanju

Vladavina prava na prvom mestu podrazumeva postojanje i efikasnu primenu javno poznatih i nediskriminatorских zakona. U tu svrhu, dužnost je svake države da osnuje institucije koje štite pravni sistem, uključujući sudove, tužilaštva i policiju. Ove institucije su i same dužne da garantuju ljudska prava kao što je to navedeno u univerzalnim i regionalnim ugovorima za zaštitu ljudskih prava kao što su: Međunarodna povelja o građanskim i političkim pravima (ICCPR), Evropska konvencija o ljudskim pravima i ostale međunarodne konvencije i ugovori. Jedno od osnovnih načela *Magna carta* sudija (osnovna načela) navodi sledeće: "Sudstvo je jedna od tri grane vlasti u svakoj demokratskoj državi. Njegova misija je da garantuje postojanje vladavine prava i s toga, da obezbedi pravilnu primenu zakona na nepristrasan, pravičan i efikasan način."³

³ Konsultativni savet evropskih sudija, Magna carta sudija, Osnovna načela, Vladavina prava i pravosuđe, Strazbur, 17. novembar 2010.

Pravo na pravično suđenje odnosi se na vršenje pravde u građanskom i krivičnom kontekstu. Na samom početku, važno je razumeti da propisno vršenje pravde ima dva aspekta: institucionalni (na primer, nezavisnost i nepristrasnost sudova) i proceduralni (npr. pravičnost saslušanja). Načelo pravičnog suđenja podržava niz pojedinačnih prava koja obezbeđuju propisan zakonski postupak od trenutka sumnje do izvršenja presude. Sva lica su ravnopravna pred sudovima i tribunalima i imaju pravo potpuno ravnopravno na minimalne garancije pravičnog suđenja⁴.

Isti slučajevi koji nanose zlo društvu moraju da pokrenu identične reakcije u ime društva kao deo koncepta jednakosti pred zakonom. Nejednakosti stvaraju neizvesnost i nanose štetu jasnoći primenljivosti pravne socijalne kontrole ... to podstiče izvršenje dela. Pravna socijalna kontrola se primenjuje efikasno samo onda kada je pojedincima jasno i kada oni sa sigurnošću znaju da se svako zlo naneto društvu tretira odgovarajuće i srazmerno. Kada pojedinac zna da izvršenje dela pokreće krivični postupak koji će se na određeni način završiti, to može da odvraća lice da izabere delinkvenciju.

Nedoslednost između sudova u sličnim slučajevima dovodi do društvene supkulture da se izvršenje zakona de jure razlikuje od de facto izvršenja. Kada je jedno sudsko veće izuzetno popustljivo prema prestupnicima, a drugo izriče stroge i rigorozne kazne, što je mehanizam koji odvraća učinioce od povrata, identitet veća postaje razmatranje i prestupnici će uložiti napore da ih osudi jedno, a ne drugo veće.⁵

Ustavni sud Republike Kosova je prilikom odlučivanja u jednom od svojih predmeta odlučio kako sledi :

"Odluka redovnih sudova o pravnim pitanjima koja su potpuno ista i nemoć ili nespremnost za stvaranje dosledne sudske prakse ozbiljno krši načelo pravne sigurnosti kao jednog od osnovnih načela vladavine prava, stoga, nema sumnje da odluka koja se

⁴ Razumevanje ljudskih prava, uredio Wolfgang Benedek, Evropski centar za obuku i istraživanje u ljudskim pravima i demokratiji (Etc), Priručnik o obrazovanju za ljudska prava (str. 205)

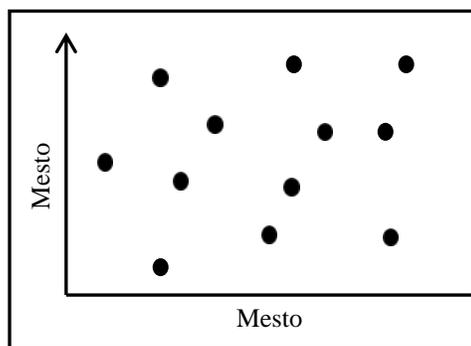
⁵ Hallevy, Gabriel. The right to be punished: modern doctrinal sentencing. Springer Science & Business Media, 2012.

*donosi u ovim okolnostima predstavlja kršenje člana 6 EKLJP i člana 31 Ustava (vidi: Predmet Beian protiv Rumunije, 30658/05, 2007, ESLJP)."*⁶

U kontekstu kažnjavanja, nejednakost pred zakonom se manifestuje u nedoslednosti u kažnjavanju. Nedoslednost ili disparitet je generalno definisan kao oblik nejednakog tretmana koji je često neobjašnjivog uzroka i koji je u najmanju ruku kao posledica neskladan, nepravedan i nepovoljan. Jednostavno rečeno, koncept je prilično jasan - "učinioci bi generalno trebalo da očekuju da bi krivična dela iste težine koje su uporedivi učinioци izvršili u sličnim okolnostima trebalo da privuku slične okolnosti."⁷ Primenjeno na pravna načela, nejednako postupanje inkriminiranih pojedinaca čini povredu Ustava Kosova i protivreči zaštiti osnovnih i univerzalnih ljudskih prava.

Nažalost, izgleda da nije slučaj na Kosovu da se ovaj princip sprovedi na bilo koji značajniji način. Nepokolebljiva kritika u vezi izricanja kazni ukazuje na to da se okrivljeni osuđuju na osnovu lokalnih ili regionalnih kultura. Stoga, sud koji izriče kazne u Gnjilanu može izreći znatno drugačiju kaznu za isto krivično delo nego sud u Prištini. Iako je krivično delo isto, a učinioci koji se pojavljuju slični, oni se tretiraju različito. Anegdotski dokazi sugerišu da u velikoj meri ova nedoslednost postoji čak i u istim sudovima. Ovo ukazuje na to da se okrivljeni ne tretiraju jednako pred zakonom.

Razvoj smernica je osnovni korak u postizanju cilja veće doslednosti u izricanju kazni. Kako smernice mogu postići ovaj cilj se zasniva na konceptu doslednosti u pristupu. Trenutni kazneni zakon na snazi sadrži odredbe koje su veoma široke i pružaju male ili nikakve smernice. Umesto toga, sudu se daje širok raspon u izricanju kazne bez predložene početne kazne;



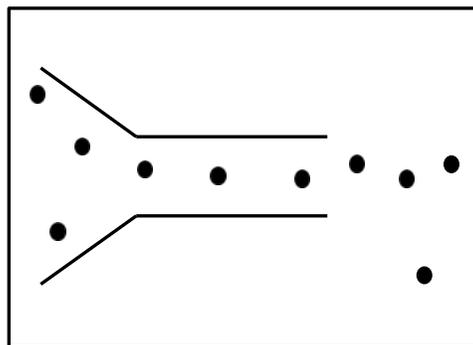
Slika 1.1

⁶ Presuda, Priština 20.juli 2012, Delovodni br. AGJ 285/12, KP 04/12, Podnosilac predstavke Esat Kelmendi (stav 26).

⁷ Ministarstvo pravde „Konsultacije o mehanizmima smernica za odmeravanje kazne,” 2010.

opšti otežavajući i olakšavajući faktori koji treba da se razmatraju bez smernica o tome kako da se oba ocene, odmere i/ili uporede; i načina da se isprave kazne, takođe sa malo smernica. Iako ovo pruža značajno diskreciono pravo, čini vrlo malo da bi se poboljšala doslednost i dokle god se primenjuju opšti principi, postoji malo osnova za kritiku pristupa suda. Kao što je prikazano na Slici 1.1, ishodi izricanja kazni su potpuno nasumični u smislu pritvaranja i mesta izvršenja dela. Svaki sud primenjuje svoj pristup koji je u skladu sa slovom zakona, a rezultat je razbacani obrazac.

S druge strane, snažno pozivanje sudova da primenjuju više usko uobličen pristup sužava okvir mogućnosti. To i dalje dopušta različite ishode u izricanju kazni, ali samo u okolnostima kada sud može jasno da odredi okolnosti koje su izvan tipičnih ili zajedničkih okolnosti okrivljenog. To je prikazano na Slici 1.2 koja pokazuje koncept u praksi. Ovde, vodeća



Slika 1.2

strukturu ili doslednost u pristupu služi za sužavanje delokruga mogućih kazni. Struktura ne uklanja diskreciono pravo sudova, ali jednakom primenom postupka i faktora, ono što se inicijalno pojavilo kao različitog karaktera, zapravo je sasvim slično. Ishod je niz izrečenih kazni koje su približno iste za određeno izvršeno delo pod sličnim okolnostima, ali u situacijama koje nisu slične ili pružaju na primer, više otežavajuće ili olakšavajuće okolnosti i dalje imaju mogućnost da se kreću gore ili dole unutar raspona kazni po potrebi.

U predmetu Mucić i drugi, Pretresno veće je dalo vrlo detaljno tvrđenje o razlogu doslednosti kažnjavanja: „*Jedan od temeljnih elemenata u svakom racionalnom i pravičnom sistemu krivične pravde je doslednost u kažnjavanju. To je vrlo važan odraz pojma jednakosti pred zakonom. Dugogodišnje pravosudno iskustvo u mnogim državama pokazuje da se to poverenje javnosti može narušiti ako te institucije odaju utisak nepravednosti time što dopuštaju znatne nedoslednosti u kažnjavanju različitih prekršitelja u slučajevima gde su okolnosti različitih krivičnih dela i kažnjenih*

*prekršitelja dovoljno slične da bi se očekivalo da će i po pravdi izrečene kazne takođe uglavnom biti slične. Time se ne misli reći da je Pretresno veće obavezno da u jednom predmetu izrekne istu kaznu kakva je izrečena u nekom drugom predmetu jednostavno zbog toga što su okolnosti tih dvaju predmeta slične. Kako broj kazni izrečenih u Međunarodnom sudu raste, tako će se s vremenom artikulirati raspon ili obrazac kazni koje se izriču licima kad su njihove prilike i okolnosti krivičnih dela koja su ona počinila uglavnom slične. Kada se takav raspon ili obrazac bude artikulisao, pretresna će veća biti dužna da taj raspon ili obrazac kazni uzimaju u obzir, ali ne kao obavezu, nego samo kako bi se obezbedilo da iz kazni koje će ona izreći neće proisteći neopravdana odstupanja koja bi mogla da naruše poverenje javnosti u integritet načina na koji Međunarodni sud sprovodi krivičnu pravdu.*⁸

U krajnjoj liniji, smernice pomažu u rešavanju ovog problema pružanjem jasnije definisanih načina za odlučivanje o kazni u određenim predmetima i pružaju načine za produkovanje sličnih ishoda u sličnim okolnostima. Doslednost u pristupu zahteva da postoji jedinstven, dosledan pristup u izricanju kazni u svim predmetima. Prema tome, diskreciono pravo u izricanju kazni trebalo bi da se primenjuje na principijelan način. Trebalo bi da postoji jasan pravosudni pristup u vršenju diskrecionog prava u izricanju kazne koji zahteva da sve odluke budu zasnovane na zajedničkim standardima - opštim osnovnim principima - koji se jednako primenjuju na činjenice svakog slučaja.⁹ Rešavanje ovih nedoslednosti je neophodno kako bi se osigurala usklađenost sa Ustavom Kosova i ispunjavanje obaveza iz više međunarodnih instrumenata. Član 53 predviđa da "Ljudska prava i osnovne slobode zagarantovane ovim Ustavom tumače se u skladu sa odlukama Evropskog suda za ljudska prava."

Sudovi su često prihvatili praksu u jurisdikcijama u kojima je došlo do inicijalnog uvažavanja i zabrinutosti zbog ograničenja nezavisnosti. Na primer, u vezi sa Uputstvom o izricanju kazne Magistratskog suda Ujedinjenog Kraljevstva, jedan sudija je

⁸ Predmet br.IT-96-21-A, Presuda, Tužilac protiv Zejnila Delalića, Zdravka Mucića, Hazima Delić i Esada Landžo, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (20. februar 2001), stavovi 756-757.

⁹ Ashworth. A., Towards European Sentencing Standards, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 1994, str.9.

komentarisao: „Život sudije bez smernica za kažnjavanje sada se čini nezamislivim. Više od bilo čega one omogućuje svima u sudu - uključujući okrivljenog i njegovog advokata - da vide transparentni postupak izricanja kazne na delu... Smernice, sa svojim struktuiranim pristupom na ozbiljnost dela, krivice i štete [su] neprocenjive u razjašnjavanju pitanja.“¹⁰

1.2 Neadekvatna ocena otežavajućih/ olakšavajućih faktora

Još jedna problematična oblast je neuspeh sudova da na odgovarajući način opišu razloge za određenu kaznu. Ovo uključuje kako postupak koji primenjuje sud, tako i obrazloženje o postojanju određenog olakšavajućeg i otežavajućeg faktora. Kao što je primetio Savet Evrope, “[s]udovi bi trebalo generalno da navedu konkretne razloge za izricanje kazni. II”

U širem smislu, član 6 EKLJP zahteva da sudovi navedu razloge za presude u građanskim i krivičnim postupcima. Sudovi nisu obavezni da daju detaljne odgovore na svako pitanje, ali ako je podnesak od suštinskog značaja za ishod predmeta, sud se onda mora konkretno baviti time u svojoj presudi.

Na primer u *HiroBalani protiv Španije*¹² podnosilac predstavke je podneo podnesak sudu koji je zahtevao konkretan i hitan odgovor. Zbog neuspeha da na odgovarajući način reše ovo pitanje sa specifičnostima, bilo je nemoguće utvrditi da li su jednostavno zanemarili da se bave ovim pitanjem ili su nameravali da ga odbace. Ukoliko su nameravali da ga

¹⁰ Tiede Lydia Brashear, OEBS Skoplje, Makedonija, An Analysis of Macedonian Sentencing Policy and Recommendations for future Directions: Towards a more uniform system, (december 2012), Dodatak 6: England and Wales use of sentencing guidelines. str.40

¹¹ Savet Evrope, Preporuka br. R(92)17 Komiteta ministara državama članicama o doslednosti u odmeravanju kazne, 19. oktobar 1992.

¹² Rita Hiro Balani protiv Španije, Žalba br. 18064/91, presuda od 9. decembra 1994; takođe navedena u izdvojenom mišljenju Ustavnog suda Kosova u predmetu br. KP 55/09, Ustavno preispitivanje odluke Vrhovnog suda Kosova, br.2407/2006, 30. septembar 2009. stav 26.

odbace, stranka nije mogla da utvrdi šta je bilo obrazloženje. Utvrđeno je da je ovo predstavljalo kršenje člana 6(1).

Možda, osim utvrđivanja krivice, ne može biti važnije odluke za sud nego odluka o kazni. Stoga, postoji apsolutni zahtev da se okrivljenim licima saopšti dovoljno obrazloženje o tome kako je kazna određena i da se sačuvaju njihova prava. Pored toga, sprečava se bilo kakva tvrdnja diskriminatornog postupanja. Kao što je ESLJP primetio u slučaju Lithgov¹³: *"u smislu člana 14, diskriminatorna razlika u postupanju je diskriminatorna ako ova razlika nema objektivno ili razumno opravdanje, tj. ako ne ostvaruje legitimni cilj"*.

Misija Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju na Kosovu (OEBS) je sprovedla procenu mišljenja sudova i objavila je rezultate u julu 2010. godine u izveštaju pod nazivom "Neadekvatna ocena olakšavajućih i otežavajućih okolnosti od strane sudova". U izveštaju su opisani brojni uporni problemi prilikom izricanja kazni:

- Generalno, sudovi nisu pružili dovoljno ili u mnogim slučajevima bilo kakve razloge za utvrđivanje postojanja olakšavajućeg faktora. Iako su sudovi zaključili, na primer, da su lične okolnosti okrivljenog olakšavajući faktor, oni nisu objasnili koji dokazi idu u prilog tom zaključku.
- Sudovi su često izlazili iz okvira propisane minimalne kazne navodeći olakšavajuće faktore koji nisu bili podržani nikakvim dokazima u zapisniku.
- Sudovi su redovno navodili olakšavajuće faktore, opet bez objašnjenja, koji su očigledno bili nebitni za ublažavanje određenog krivičnog dela.¹⁴

¹³ Lithgov i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva, predstavka br.9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Strazbur, 8.juli 1986.

¹⁴ Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju "Neadekvatna procena olakšavajućih i otežavajućih okolnosti od strane sudova," juli 2010.

Ovi sistemski nedostaci u praksi kažnjavanja su značajni i dokazuju nepostojanje sudskih smernica. Na najosnovnijem nivou, neuspeh da se adekvatno objasni osnov za izricanje kazne ide na štetu obe strane. Za optuženog, neuspeh da se obezbedi opravdano obrazloženje za dodeljivanje otežavajućih faktora rezultira kaznom koja nije podržana činjenicama. Ovo je nepravda. Isto tako, dobijanje niže kazne na osnovu nepodržanih olakšavajućih faktora podleže izjavljivanju žalbe na presudu koja bi se mogla izbeći, a okrivljenom je uskraćeno pravo na pravično i brzo suđenje. Slično tome, tužilaštvu i javnosti su generalno uskraćeni veći društveni ciljevi izricanja kazne, jer je okrivljenom izrečena niža kazna nego što bi to bio slučaj da je sud u stvari poštovao svoju obavezu da svoju kaznu uskladi samo s onim faktorima koji su dokazani. Ovaj problem je dodatno usložen kada se nepodržano ublažavanje kazne koristi da se opravda kazna ispod minimalne kazne propisane za delo.

Nepružanje obrazloženja je takođe pokazatelj da sud nije na odgovarajući način izvršio svoju dužnost shodno zakonu. Na primer, član 74 KZ jasno navodi da sud "*razmatra, ali nije ograničen*" navedenim otežavajućim i olakšavajućim okolnostima. Ako sud jednostavno mehanički ponavlja jezik zakonika za određenu olakšavajuću okolnost bez toga da ne navede šta ide u prilog za njenu primenu, može se zaključiti da sud nije uspeo da zaista oceni faktor. Ako su faktori koji su posebno navedeni sumnjivi, onda se samo može zaključiti da postoji velika mogućnost da sud nije razmotrio i ocenio sve faktore koji se traže zakonom.

Utvrđivanje otežavajućeg ili olakšavajućeg faktora koji nije podržan nikakvim činjenicama u zapisniku takođe predstavlja kršenje zakona. Član 8, stav 2, glasi da "*sud donosi svoju odluku na osnovu dokaza koji su ispitani i potvrđeni na glavnom pretresu.*" Štaviše, član 361 jasno navodi da "*sud svoju presudu temelji isključivo na činjenicama i dokazima koji se razmatraju na glavnom pretresu.*" Stoga, neuspeh suda da pruži činjenični osnov za utvrđivanje određenog faktora može se smatrati presudom o činjenicama izvan zapisnika ili uopšte bez činjenica. Rezultat je presuda koja se čini proizvoljnom.

Neki mogu smatrati gore navedene argumente kao ne tako striktni uslov u skladu sa zakonom. Da je javno izricanje presude podložno uslovima iz člana 366. stav 2, da sud "*ukratko saopšti razloge presude*". Međutim, upotreba reči ukratko ne ispunjava obavezu suda da navede razloge u zapisniku koji idu u prilog odluci suda kako o krivici okrivljenog, tako i o izricanju određene kazne. Član 370, stav 8 dalje objašnjava da se u pisanom obrazloženju suda "*navode okolnosti koje je sud uzeo u obzir pri odmeravanju kazne*". Ne postoji odredba ZKP-a koja daje ili smanjuje dužnost suda da pruži temeljno obrazloženje svoje presude.

Ublažavanje kazne bez osnovanosti nažalost nije jedini problem u izricanju kazni kada je reč o ublažavanju kazni. Predsednik Vrhovnog suda je 12. januara 2015. godine izdao "Cirkularni dopis o ublažavanju kazne" izražavajući zabrinutost zbog ponovljenog izricanja kazni učiniocima koje su čak niže i od odredaba o ublažavanju kazne koje su jasno navedene u članu 76. Kao što je sud opisao, sudije su zamenjivale ograničenja koja su zakonom predviđena sopstvenom voljom - što je rezultiralo nezakonitim i proizvoljnim izrečenim kaznama. Kada se sudovi kritikuju zbog nemogućnosti da primene osnovna načela zakona u izricanju kazni, onda jasno postoji potreba za daljim smernicama.

Uvođenje smernica za kažnjavanje biće od velike pomoći u rešavanju ovih problema. Prvo, bolje smernice o primeni postojećih odredaba će omogućiti sudovima koji preispituju, jasniji skup standarda za ocenu dovoljnosti presude. Drugo, jasnije definicije i primeri otežavajućih i olakšavajućih faktora pružiće sudu više mogućnosti da logično objasni svoje obrazloženje. Najzad, usvajanje smernica će sudovima poslati jasnu poruku da je ocena nepotrebnih okolnosti i/ili nenavođenje šta ide u prilog utvrđenim činjeničnim faktorima u zapisniku suštinska povreda procedure.

1.3 Transparentnost, zakonitost i javno mišljenje

Trenutne prakse kaznene politike takođe vode ka smanjenju transparentnosti, kršenju načela zakonitosti i doprinose u značajnoj meri negativnom mišljenju o pravosuđu. Sva tri ova faktora dalje narušavaju vladavinu prava.

1.3.1 Transparentnost

Nedostaci postojeće prakse negativno utiču na ukupnu transparentnost vladavine prava. KZ i ZKP su uspostavili uslove koji uvećavaju ukupnu transparentnost donošenja presuda - kao što su javna priroda sudskih postupaka i zahtevi za objavljivanjem presuda u javnosti. Objavljivanje zakona, jasnih procedura za vođenje pretresa i određeni rasponi za određivanje kazni takođe igraju važnu ulogu u procesu. Informacije o funkcionisanju pravosuđa i prisustvo javnosti u sudskim postupcima doprinosi društvenom prihvatanju pravosuđa. Sudije obezbeđuju transparentnost putem javnih ročišta i obrazlaganjem svojih odluka uz zadržavanje poverljivosti koja mora da se poštuje ili zbog potrebe za javnim redom.¹⁵ Sve u svemu, koncept je da će pristup i svest o funkcionisanju sistema poboljšati opšte razumevanje sistema. Takođe poboljšava sposobnost javnosti i odgovarajućih vladinih institucija da nadgledaju, ocenjuju i ukoliko je potrebno, izmene postojeći pravni sistem.

Međutim, trenutne prakse u izricanju kazni ne podržavaju transparentnost - one je smanjuju. Stranke, javnost i sudovi koji vrše preispitivanje ne mogu jednostavno da proreknu osnov za određenu odluku o izricanju kazne, ako se sud ne pozove na relevantne činjenice. Pružajući odgovarajuće obrazloženje i prateći uspostavljenju proceduru, sud i proces su transparentniji i pristupačniji.

¹⁵ Evropska mreža sudskih saveta (ECNJ), Izveštaj o sudskoj etici 2009-2010, str.9

1.3.2 Načelo zakonitosti

Trenutne presude o kazni utiču i na načelo zakonitosti. Generalno, načelo zahteva da zakon bude ustanovljiv strankama, posebno okrivljenom i da bi pravila trebalo unapred objaviti. Povećanje jasnosti zakona doprinosi uvećanju ukupne pravičnosti postupka zainteresovanim stranama kao i povećanju pravde uopšte. Takođe utvrđuje stepen predvidljivosti rezultata i omogućuje optuženom pristup mehanizmima koje pravosudni sistem koristi za izračunavanje kazni. Kada pojedinac ima pristup ovim informacijama, onda taj pojedinac može predvideti prirodu i trajanje kazne koja bi bila odgovarajuća za krivično delo.

Predvidljivost i načelo zakonitosti takođe uvećavaju efikasnost pravosudnog sistema - ishod koji je krajnje neophodan na Kosovu. Na primer, ZKP je sasvim jasan u uspostavljanju zahteva za deljenje dokaza sa okrivljenim licem pre glavnog pretresa. To omogućuje okrivljenom licu da napravi relativno odgovarajuću procenu verovatnoće da prevlada na suđenju. Zakonik takođe predviđa ograničenja shodno članu 233 za dogovoreno priznanje krivice koje omogućuje ubrzani postupak u zamenu za manju kaznu. Okrivljeno lice može da dobije poznatu kaznu u zamenu za priznanje krivice. Obe ove odredbe uspostavljaju vidljivi proces radi poboljšanja stope rešavanja predmeta. Međutim, trenutna praksa ne utvrđuje nikakvu mogućnost da se oceni verovatnoća kazne na kraju neuspelog suđenja. **Uz proizvoljne prakse - kao što su, gde treba utvrditi početnu kaznu, odstupanja od minimalnih kazni bez obrazloženja i ocene olakšavajućih faktora koji nisu podržani u zapisniku - ne postoji motivacija da se iskoristi sporazum o priznanju krivice.** Jednostavno nema logičnog razloga da se ne rizikuje sa ishodom na suđenju koji može biti da lice nije krivo kao i rizikovati ishod odluke o izricanju kazne koja ima velike šanse da bude ispod onoga što je ponuđeno u sporazumu o priznanju krivice.

Na kraju, narušavanje ovog principa postojećim praksama šteti legitimitetu pravosudnog sistema u celini i drastično smanjuje efikasnost sudstva. U kombinaciji sa povećanjem nesigurnosti i proizvoljnom prirodom kazni, sistemu je uistinu potrebno dodatno uputstvo. To ne znači da je apsolutna sigurnost neophodna ili u stvari moguć ishod -

prakse kaznene politike i dalje zahtevaju fleksibilnost za rešavanje nekarakterističnih situacija. Međutim, pružanje smernica može poboljšati situaciju bez nepropisnog ograničenja. Razjašnjavanjem procedura i obezbeđivanjem jedinstvene prakse, okrivljenom i društvu u celini pruženi su alati da razumeju i “poznaju” pravni sistem, a sveukupna efikasnost sistema je poboljšana.

1.3.3 Javno mišljenje

Konačno, problemi nisu ograničeni samo na strane; oni imaju veće implikacije na društvo uopšte. Profesionalni sud ima uticaj daleko izvan granica svoje sudnice. Njihova mišljenja i profesionalizam će uticati na to kako građani Kosova vide pravosuđe. Na kraju, presude su od velikog značaja za društvo u celini i kako ono gleda na sposobnost suda da obezbedi pravdu njima, njihovim voljenima i njihovim prijateljima. Nezadovoljstvo znači da javnost ne veruje da živi u pravednom društvu – u onom u kome su osuđena lica za krivično delo kažnjena ili rehabilitovana, a žrtvama obezbeđena neka vrsta pravde. Verovanje u pravičnost pravosudnog sistema će konačno postati osećaj sigurnosti i poverenja i značajno će potkrepiti principe vladavine prava.

UNDP je u saradnji sa USAID-om u aprilu 2015. godine objavio rezultate svog "Izveštaja pulsa javnosti -IX-" koji je između ostalog, uključivao i opšte merenje zadovoljstva radom pravosuđa. Rezultat je pokazao da su samo nekolicina onih anketiranih bili zadovoljni radom sudskog i tužilačkog sistema.

Ponovnim usaglašavanjem kaznene politike u bolje formalizovanu strukturu i povećanjem zahteva i uslova za činjeničnim ublažavanjem kazni, sudovi neće moći da osude okrivljenog bez obrazloženja. Ovo verovatno može dovesti i do uvećanja ukupnog stepena kazni za okrivljena lica što može zauzvrat povećati nivo zadovoljstva javnosti. U svakom slučaju, ovo će primorati stvaranje logički razumnih i činjenično podržanih mišljenja. Rezultat će u najmanju ruku biti ishod koji je opravdan. Do određenog stepena to će povećati poverenje javnosti u pravosuđe - u svakom slučaju će povećati sveukupni profesionalizam sudova i pružiti resurs javnosti i medijima da se detaljnije obrazuju o

tome kako je doneta presuda. Daleko je manje verovatno da će detaljna i dobro obrazložena odluka podržana činjenicama biti kritikovana kao proizvoljna i rezultat nepotrebnog ili spoljnog mešanja.

1.4. Proizvoljna sudska odluka

Poslednja problematična oblast je možda i najteža za rešavanje, ali i ona koja je primarno najviše manjkava. Argument je da su kazne, bar za neka dela suviše niske, jer se određeni sud ne slaže sa strukturom kazne samog dela. U suštini to je proizvoljna primena zakonskih propisa. **Budući da sud ne veruje, na primer, da krivično delo u vezi oružja treba da sadrži kaznu od raspona x do y, određuje minimalnu kaznu. Ovo ne pokazuje samo neodobravanje suda u pogledu raspona za odmeravanje kazne, već i umanjuje njene moralne vrednosti takođe. Ovim postupanjem, sud postupa daleko izvan svoje nadležnosti u skladu sa ustavom.**

GLAVA II

PROCEDURALNI ASPEKTI IZRICANJA KAZNE

2.1 Ročišta za izricanje kazne

Najbolje moguće rešenje prema važećem zakonu i u skladu sa njegovim odredbama je ono koje blisko podseća postupku pred Međunarodnim krivičnim sudom. Odredba u stavu 2 člana 76 MKS-a stvara mogućnost odvojenog ročišta za izricanje kazne pre završetka pretresa u cilju saslušanja novih dokaza ili podnošenja podnesaka relevantnih za izricanje kazne. Ročište nije obavezno i zahteva predlog stranaka ili suda. Takođe dozvoljava strankama da na kraju pretresa, nakon što su svi dokazi podneseni i nakon što su stranke dale primedbe po pitanju krivice, da podnesu dokaze u vezi sa izricanjem kazne i iznesu argumente o otežavajućim i olakšavajućim faktorima. Primena ove procedure je u skladu sa kosovskim zakonom u svakom pogledu sem razdvajanja završnih reči u dva odvojena slučaja.

Ovaj proces ne treba posmatrati kao isključujući proces u kojem tužilac snosi jedini teret da pruži dokaze o pooštavanju ili ublažavanju kazne. On je inkluzivan. Sve stranke moraju se tretirati kao jednake pred sudom u svojoj mogućnosti da izvode dokaze, a isto

tako je važno, da komentarišu o tome da li taj dokaz dovoljno pokazuje postojanje faktora kažnjavanja. Odluka o izricanju kazne može se smatrati pravednom samo ako omogućuje potpuno i robusno predstavljanje argumenata i dokaza svih strana i uključivanjem svih dokaza koji su na raspolaganju što je čini manje verovatnom da bude poništena u žalbenom postupku. Slično tome, ovo se slaže sa načelom ravnopravnosti strana u postupku sadržanom u članu 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima¹⁶, koji zahteva da sve stranke imaju jednake mogućnosti da u postupku iznesu i daju svoje primedbe na sve dokaze koji su izvedeni na razmatranje suda.

2.2 Standard dokazivanja

U nekim pravnim sistemima standard dokazivanja za izricanje kazne je zaseban i odvojen od standarda koji je potreban za utvrđivanje okrivljenog krivim za krivično delo. U većini slučajeva kada je taj standard zaseban, zaključak suda o tome da li je dokazano postojanje činjenica za ublažavanje ili pooštavanje kazne zasnovan je na standardu dokazivanja koji je manji nego u utvrđivanju krivice. Ovo se u nekim slučajevima može još više odvojiti tako da je teret dokazivanja postojanja otežavajućeg faktora veći teret dokazivanja nego za ublažavanje kazne. Na primer, u drugom slučaju, sud bi mogao primeniti tri odvojena standarda: dokaz van razumne sumnje da bi se utvrdila krivica, dokaz sa jasnim i uverljivim dokazima za utvrđivanje otežavajućeg faktora i dokazivanje prevage da bi se utvrdio olakšavajući faktor.

MKSJ je u odlučivanju o izricanju kazne razmatrao takođe i pitanje standarda dokazivanja za pooštavanje i ublažavanje kazne. U predmetu Kunarac, Kovač i Vuković, Pretresno veće je navelo: "*Pravičnost zahteva od tužioca da dokaže otežavajuće okolnosti van razumne sumnje, a odbrana mora da dokaže olakšavajuće okolnosti samo po*

¹⁶ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950), član 6, ' Pravo na pravično suđenje'.

*ravnoteži verovatnoća.*¹⁷ Slično u slučaju Simić, Pretresno veće je ponovilo: *"Olakšavajuće okolnosti treba samo da se dokažu u ravnoteži verovatnoća, a ne van razumne sumnje."*¹⁸

Prethodno je navedeno da se naglasi – bez obzira na sve - da je ovo prilično uobičajen pristup u mnogim pravnim nadležnostima. S obzirom na nedostatak smernica koje ZKP pruža u vezi sa pitanjima izricanja kazne, sud koji se muči da usvoji sopstveni sistematični pristup može primenjivati neki oblik ovog dvostrukog standarda. Iako sud može biti apsolutno ispravan u traženju svojih sopstvenih rešenja u pogledu ovog nedostatka, problem je u tome što svaki sud ne može dostići isti standard. Ovde ponovo, ključ za poboljšanje ukupne pravičnosti sistema i maksimizacija načela zakonitosti je osigurati doslednost u primeni. Stoga su više opravdana sledeća pitanja:

- **Da li zakonik, eksplicitno ili implicitno, sadrži standard dokazivanja za utvrđivanje postojanja otežavajućih i olakšavajućih faktora?**
- **Ako sadrži standard, da li je taj standard nešto drugačiji od standarda koji se odnosi na utvrđivanje krivice?**

Što se tiče prvog pitanja, nije izričito navedeno šta je standard dokazivanja koji sud mora da primeni prilikom ocene postojanja otežavajućih ili olakšavajućih faktora. Ovo je slično utvrđivanju krivice, koja takođe nema eksplicitnu odredbu. Međutim u okviru zakonika postoji nekoliko standarda koji pružaju neko uputstvo.

U ZKP-u postoje pet standarda koji se primenjuju na različite postupke: (1) razumna sumnja, (2) osnovana sumnja, (3) opravdan razlog, (4) razumna verovatnoća i (5) dobro osnovana sumnja. Svaki sadrži komponente perspektiva, informacija i određenog stepena uverenja da je moguće da je okrivljeno lice izvršilo krivično delo. Kada se komponente

¹⁷ Predmet br. IT-96-23-Ti IT-96-23/1-T, Presuda u predmetu Tužilac protiv Dragoljuba Kunarca, Radomira Kovača i Zorana Vukovića, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (22. februar 2001), stav 847.

¹⁸ Predmet br. IT-95-9/2-S, Presuda o kazni u predmetu Tužilac protiv Milana Simića, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (17. oktobar 2002), stav 40, koja navodi Tužilac protiv Radislava Krstića, predmet br. IT-98-33-T, Presuda ("Presuda Krstić"), stav 713.

kombinuju, one čine jasan standard dokazivanja koji je potreban da bi se došlo do bilo kojeg postupka ili koraka koji se traži u procesu. Na najvišem nivou je koncept dobro osnovane sumnje koji je potreban za podizanje optužnice i koji zahteva prihvatljive dokaze koji bi zadovoljili objektivnog posmatrača da je došlo do izvršenja krivičnog dela i da je okrivljeno lice izvršilo krivično delo. Kako je tužilac obavezan da ispuni ovaj standard da bi dobio optužnicu i krenuo dalje u proces glavnog pretresa, proizlazi da je standard dokazivanja koji traži da pronađe krivicu neki kvantum dokaza iznad dobro osnovane sumnje. Imajući u vidu da je postupak za izricanje kazne takođe deo ovog procesa, ima smisla da je ovaj standard u najmanju ruku dobro osnovana sumnja.

Što se tiče toga koji tačno standard bi trebalo primeniti, zakonik ne pruža definitivno rešenje. Generalno, međunarodne prakse u izricanju kazni i praksa MKSJ-a određuju viši standard dokazivanja kako bi se utvrdilo postojanje otežavajuće umesto olakšavajuće okolnosti. Imajući u vidu da je otežavajuća okolnost osmišljena kako bi se uvećala kazna izrečena protiv okrivljenog, sud mora da osigura da podneseni dokazi utvrđuju postojanje otežavajuće okolnosti van razumne sumnje. Što se tiče olakšavajuće okolnosti, nema konsenzusa, pa je standard, kao što je ranije rečeno, dobro osnovana sumnja.

Tamo gde sud želi da kao otežavajući faktor uzme u obzir neku stvar koja ne čini deo određenja krivičnog dela, trebalo bi da se uveri da je otežavajući faktor dokazan van razumne sumnje i pre nego sud odbije da uzme u obzir faktor koji ide ka ublažavanju kazne, trebalo bi da se uveri da relevantni faktor ne postoji.¹⁹

2.3 Dokazi koji treba da se izvedu

Vrste dokaza koje strane treba da izvedu da se utvrde otežavajuće ili olakšavajuće okolnosti su prilično jasne. Svaki dokaz podnesen za razmatranje izricanja kazne trebalo bi da bude predmet iste analize kao i dokaz podnesen radi utvrđivanja krivice okrivljenog lica. Ono što je posebno važno je to da sudovi moraju od strana da zahtevaju da zapravo

¹⁹ Preporuka Saveta Evrope br. r (92) 17, komiteta ministara državama članicama u pogledu doslednosti u izricanju kazni, Dodatak preporuci br. R (92) 17; C. Otežavajući i olakšavajući faktori, tačka 3.

podnesu dokaze koji podržavaju tvrdnju postojanja otežavajućih ili olakšavajućih okolnosti – stranama nisu dovoljne tvrdnje advokata.

U zaključku, gorenavedeni postupak će maksimizirati ne samo transparentnost postupka izricanja kazne nego i primenu načela zakonitosti i jednakost strana u postupku. Jasno predočena očekivanja suda pre početka pretresa utiču na to da sve strane razumeju svoje obaveze, postupak koji treba poštovati i strateške izbore koje moraju da naprave. Oni takođe razumeju koje dokaze moraju podneti radi utvrđivanja postojanja bilo koje posebne olakšavajuće ili otežavajuće okolnosti. Na kraju, postupak je usaglašen u primeni i rezultira odlukom koja je u potpunosti informisana, zasnovana na odlukama strana i konačno, manje je verovatno da će biti preinačena u žalbenom postupku.

GLAVA III

RELEVATNA NAČELA U UTVRĐIVANJU KAZNE

3.1 Opšta pitanja

Ono što sledi u nastavku pruža predloženu detaljnu korak-po-korak metodu za određivanje konačne kazne. Uopšteno govoreći, okvir prati što je najbolje moguće odredbe sadržane u članu 73.1 Krivičnog zakonika koje propisuju *"prilikom određivanje kazne za krivično delo, sud mora uzeti u obzir minimalnu i maksimalnu kaznu predviđenu za krivično delo. Sud mora razmotriti svrhu kazne, principe u ovoj Glavi i olakšavajuće ili otežavajuće okolnosti koje se odnose na određeno delo ili kaznu."*

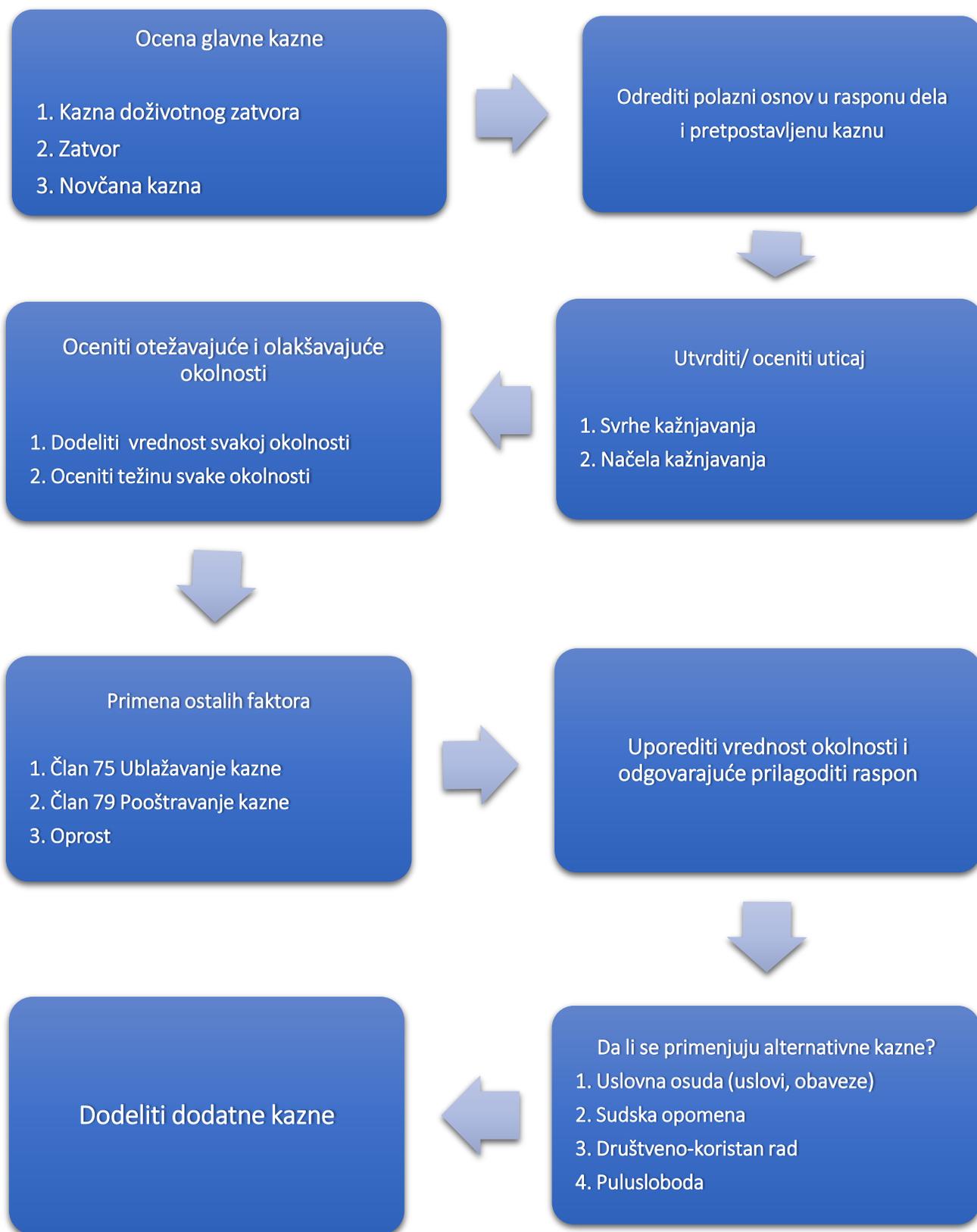
Ocena i utvrđivanje kazne može se klasifikovati u sledeće kategorije:

1. Utvrditi glavnu kaznu koja se primenjuje na delo i početnu kaznu.
2. Razmotriti svrhe kažnjavanja i principe.
3. Oceniti dokaze i argumente stranaka za olakšavajuće i otežavajuće okolnosti i utvrditi koji faktori postoje.

4. Dodeliti odgovarajuću težinu faktorima i utvrditi da li, i do kog stepena jedan ima prevagu nad drugim.
5. Utvrditi da li su na raspolaganju alternativne kazne za delo i da li se primenjuju.
6. Oceniti i dodeliti dodatne kazne.
7. Dati obrazloženje za konačnu izrečenu kaznu.

Generalno govoreći, postoje tri oblika kazni na raspolaganju za određeno delo(a) za koje je optuženo lice osuđeno. KZ deli kazne u tri moguće kategorije: (1) glavne kazne, (2) alternativne kazne i (3) dodatne kazne. Glavne kazne čine najveći deo kaznene šeme zakonika jer svako delo utvrđuje glavnu kaznu. U svrhu ovih smernica, one su najbolje opisane kao zaprećena kazna za bilo kog učinioca. Alternativne kazne, kao što i sam njihov naziv kaže, nude alternativnu mogućnost za glavnu kaznu. Međutim, one nisu na raspolaganju kao zamena za svako delo i zahtevaju konkretne nalaze suda. Konačno, dodatna kazna je dodatna komponenta koja je na raspolaganju sudu prilikom primene glavne ili alternativne kazne. Najbolje se opisuje kao komponenta kažnjavanja koja je specifičnija okrivljenom licu i koja se primenjuju za rešavanje odnosno razmatranje određene potrebe.

Grafički prikaz procesa odmeravanja kazne



3.2 Glavne kazne

Glavne kazne formiraju osnovne odredbe o izricanju kazni KZ i generalno su opisane u članovima 43-48. Član 43 utvrđuje tri osnovne glavne kazne kao (1) doživotnu kaznu zatvora, (2) kaznu zatvora i (3) novčanu kaznu. Međutim, nije svaka mogućnost na raspolaganju i sud mora da tumači ove opšte odredbe zajedno sa odredbama konkretnog dela. Kada se tumače zajedno, sudu je pruženo sledeće: (1) raspon zatvorske kazne, koji se sastoji od minimalnog i maksimalnog zaprećenog trajanja; (2) da li je novčana kazna dostupna kao zamena za trajanje zatvora; (3) da li je osim kazne zatvora predviđena i novčana kazna; i (4) da li novčana kazna ima maksimum ili "gornju granicu".

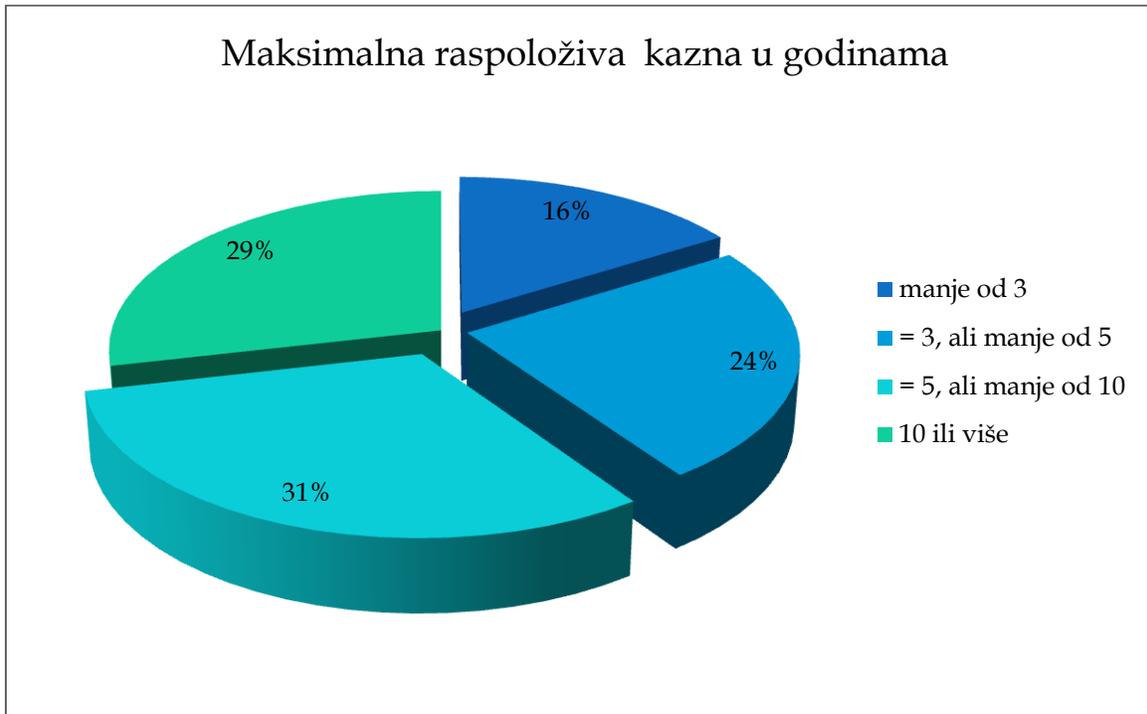
3.2.1 Rasponi zatvorske kazne

Raspoloživi raspon zatvorske kazne zavisi od konkretnog dela i koriste se razne fraze i načini da ga opišu. Veći deo dostupnih kazni opisanih u zakoniku propisuju ukupno trajanje u godinama, kako za minimalno, tako i za maksimalno trajanje. Na primer, jedan od najpopularnijih raspona u zakoniku je kazna zatvora u trajanju od 6 meseci kao minimum i u trajanju od 5 godina kao maksimum.

Pored fiksnih raspona, zakonik propisuje i druge kazne koje sadrže opisne pojmove za maksimume i minimume. Kod minimalnog trajanja, zakonik koristi dve fraze: "ne manje od" i "najmanje". Obe ove fraze se naizmenično koriste i propisuju donju granicu raspoložive kazne, ali ne govore ništa o maksimumu. Sud mora da sagleda stav jedan člana 45 da bi se pozvao na maksimum što je kazna zatvora u trajanju od dvadeset i pet (25) godina.

Konačno, zakonik sadrži brojne kazne koje propisuju maksimum, ali ne govore ništa o minimumu. One koriste deskriptor, u trajanju "do" x godina. Na primer, najčešća kazna koja se pojavljuje u zakoniku je kazna u trajanju "do 3 godine". Minimum je isto tako predviđen članom 45. stav 1. koji određuje minimalnu kaznu koja nije kraća od trideset

(30) dana. Stoga je raspoloživi raspon za delo za koje je zaprećena kazna zatvora u trajanju "do 3 godine" raspon od 30 dana do tri (3) godine.



3.2.2 Kazna doživotnog zatvora

Doživotna kazna zatvora je rezervisana za najteža krivična dela definisana u KZ i stoga je na raspolaganju samo ako je posebno uključena u krivično delo. Kazna doživotnog zatvora je predviđena kao mogućnost u brojnim krivičnim delima u Zakoniku. U takvim okolnostima, sudu se takođe daje mogućnost izbora trajanja zaprećene kazne zatvora u pogledu preciziranih godina u svakom delu. Jedino dodatno uputstvo koje je pruženo sudu prilikom izricanja kazne doživotnog zatvora za razliku od broja godina je član 44 koji propisuje da je kazna rezervisana za krivična dela izvršena pod "naročito otežavajućim okolnostima" ili krivična dela koja su "izazvala veoma teške posledice". Na osnovu ovog jezika, o kojem se detaljnije razmatra u nastavku, čak i u okviru samog dela, sud mora da nađe dovoljno težine da bi kaznu podigao u raspon doživotne kazne zatvora.

3.2.3 Novčana kazna

Iako član 43 ovlašćuje upotrebu novčane kazne kao glavne kazne, ne navodi pod kojim okolnostima one mogu da se primene. Ovde ponovo, sud mora da sagleda određeno delo kako bi utvrdio raspoloživost i pod kojim okolnostima.

Generalno, KZ propisuje dve situacije u kojima se primenjuje novčana kazna. Prvo, novčana kazna se izriče uz kaznu zatvora. Ovo se pojavljuju u zakonicima sa modifikatorom "i" u opisu dela i nameće obavezni uslov sudu da odredi novčanu kaznu pored nekog drugog oblika kazne zatvora. Ovo se javlja u 170 dela širom KZ i odnosi se na širok spektar dela.

Drugo, KZ propisuje novčanu kaznu kao alternativnu kaznu umesto perioda trajanja zatvora koristeći modifikator "ili" u opisu dela. Ovo se javlja u 215 dela unutar KZ i generalno se odnosi na ono što bi se smatralo lakšim delima. Od 213 dela, samo 11 dozvoljavaju potpunu zamenu za delo za koje je zaprećena maksimalna kazna zatvora u trajanju više od tri (3) godine.²⁰

U svim, osim dvadeset dela koja dozvoljavaju zamenu ili dodavanje novčane kazne, deo o delima zakonik ne propisuje gornju ili donju granicu. Ovo je predviđeno članom 46. stav 1, koji određuje da je raspon novčane kazne u iznosu 100 - 25 000 evra. U onim situacijama koje uključuju terorizam, trgovinu ljudima, organizovani kriminal ili krivična dela koja uključuju materijalnu korist, taj raspon je proširen na gornju granicu u iznosu od 500 000 evra. Za preostalih dvadeset krivičnih dela, KZ je propisao posebno prilagođena ograničenja u zavisnosti od samog dela.

²⁰ Za svih 11 dela zaprećena je kazna u rasponu do 5 godina.

3.3 Početna kazna u odmeravanju kazne i pretpostavljeno trajanje

Preporuka Saveta Evrope o doslednosti kažnjavanja kaže: "*Gde god je to odgovarajuće sa ustavom i tradicijom pravnog sistema, mogu se razmotriti neke dodatne tehnike za povećanje doslednosti u kažnjavanju. Dve takve tehnike koje su korišćene u praksi su "smernice za kažnjavanje" i "početne kazne". Smernice za kažnjavanje ukazuju na raspon kazne za različite varijante dela u zavisnosti od prisustva ili odsustva različitih otežavajućih ili olakšavajućih faktora, ali ostavljaju sudovima diskreciono pravo da odstupe od smernica. Početne kazne ukazuju na osnovnu kaznu za različite varijante dela od koje sud može da se kreće nagore ili nadole kako bi se odrazili otežavajući i olakšavajući faktori. Konkretno, za često izvršena ili manje ozbiljna krivična dela ili krivična dela koja su na drugi način odgovarajuća, može se uzeti u obzir uvođenje nekog oblika smernica ili polaznih kazni za izricanje kazne kao važan korak ka doslednosti u kažnjavanju*"²¹

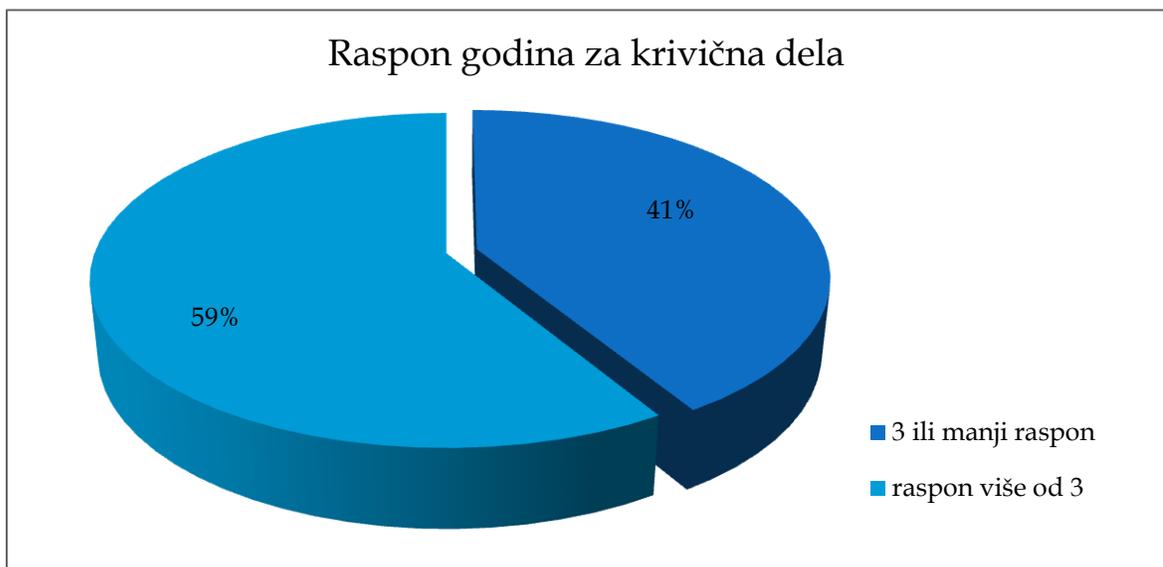
Početna kazna definiše poziciju unutar raspona kategorije od koje počinje izračunavanje kazne. Kada se utvrdi početna kazna, sud bi trebalo dalje da razmotri otežavajuće i olakšavajuće faktore i ranije osuđujuće presude kako bi prilagodio kaznu unutar raspona. Početna kazna i rasponi primenjuju se na sve učinioce bez obzira da li su se izjasnili krivim ili su osuđeni nakon suđenja. Priznanje o krivici se uzima u obzir tek nakon što je utvrđena odgovarajuća kazna.

Logično, početna kazna biće na sredini raspoloživog raspona utvrđenog Krivičnim zakonikom za svako konkretno delo. Na sredini ovog raspona, sudu se daje maksimalno diskreciono pravo da unutar propisanog okvira raspona ide gore ili dole. U stvari, ovo utvrđuje kaznu za "prosečnog" učinioca. U odsustvu bilo kakvih olakšavajućih i otežavajućih faktora, svaki učinilac bi dobio istu kaznu tačno na polovini raspona koja je dostupan u zakoniku. Na primer, okrivljeno lice proglašeno krivim za učešće u tuči u suprotnosti sa članom 190.2, suočava se sa mogućom kaznom zatvora u

²¹ Preporuka R (92) 17 Komiteta ministara državama članicama o doslednosti u odmeravanju kazni (usvojio Komitet ministara 19. oktobra 1992).

trajanju 1-3 godine kao glavnom kaznom. Početna kazna u odmeravanju biće kazna zatvora u trajanju od 2 godine za svakog učionica.

Ovo takođe ima smisla kada se ocenjuju rasponi koji su propisani krivičnim delima. KZ Kosova pruža značajne raspone za svako delo koji su dovoljni da sudija može pojedinačno da prilagodi kaznu tokom čitavog procesa. Generalno, KZ pruža veći raspon za teža i manji raspon za lakša dela. Otprilike 73% svih krivičnih dela predviđa raspon od minimuma do maksimuma od najmanje tri godine. Manje od 100 dela pruža sudu raspon trajanja zatvorske kazne od jedne godine ili manje i nije iznenađujuće da su to takođe dela za koje je zaprećena maksimalna kazna u trajanju od godinu dana ili manje. Ovo je u velikoj suprotnosti sa najtežim krivičnim delima gde sva ta dela imaju raspoloživi raspon od preko 10 godina.



Utvrđivanje minimalne kazne na sredini raspoloživog raspona rešava brojne probleme koji su ranije utvrđeni.

- **Prvo, uspostavlja polaznu kaznu u odmeravanja kazne koju javnost može lako utvrditi i uvećava zakonitost procesa izricanja kazni.** Malo je argumenata da javnost nije upoznata o tome kolika će kazna biti, barem na samom početku. Ovo podržava

argument da je primarna komponenta svakog efektivnog nivoa opšteg odvraćanja informisanost o vrsti i trajanju kazni za svako krivično delo.

- Drugo, stavlja sistem i okrivljenog u bolju poziciju da pregovaraju o dogovorenom priznanju krivice. **Okrivljeno lice koje zna da će sud u odsustvu bilo kakvih olakšavajućih ili otežavajućih faktora izreći poznatu kaznu u visini koja se nalazi na sredini raspona može bolje da oceni da li je dogovoreno priznanje krivice u najboljem interesu okrivljenog lica. To će uvećati ukupnu efikasnost sistema.**
- **Konačno, smanjuje šanse za široko rasprostranjene odstupajuće prakse u izricanju kazni.** Iako je uticaj odstupanja relativno minimalan kada je raspon koji je dat sudu manji, s druge strane, što je taj raspoloživi raspon veći, veći je uticaj neujednačene početne kazne u odmeravanju. Utvrđivanjem poznate polazne tačke, svi sudovi započinju proces slično.

Na kraju ovog koraka, sud je utvrdio osnovne informacije s kojima mora da radi na prilagođavanju kazne određenom okrivljenom licu ocenom prisutnih otežavajućih i olakšavajućih faktora. Ima minimalni i maksimalni raspon u okviru kojeg treba da radi, početnu kaznu u odmeravanju i da li je novčana kazna dostupna kao obavezni dodatak ili potpuna zamena. Sud bi trebalo da razmatra ove informacije kao pretpostavljene informacije o odmeravanju kazne. To znači da sud u većini ili "normalnim" okolnostima, odlučuje o kazni u okviru ovih informacija. Sud može odstupiti od ovih početnih kazni u odmeravanju samo kada može da zaključi da postoje okolnosti koje su dovoljno van norme ili "prosečnog" učinioca da opravda odstupanje. Ovo je u saglasnosti sa stavom 1. člana 74. o opštim pravilima ublažavanja i pooštavanja kazni u kojem se navodi da je "kazna izrečena učiniocu kazna propisana za krivično delo, dok se blaža ili pooštrena kazna može izreći samo u skladu sa uslovima predviđenim ovim Zakonikom."

3.4 Zabrana dvostrukog vrednovanja okolnosti

Od suštinskog značaja za adekvatnu ocenu otežavajućih i olakšavajućih okolnosti jeste svesnost suda o konceptu dvostrukog vrednovanja okolnosti. Ovaj problem se javlja u nekoliko scenarija o kojima se detaljnije govori u nastavku.

Prvo, postoji verovatnoća za kršenje načela „ne bis in idem“ u izricanju kazne kažnjavanjem okrivljenog dvaput za isto postupanje: prvo zbog njihove individualne odgovornosti i drugo korišćenjem istih činjenica kako bi se uvećala konačna kazna primenjujući ih kao otežavajuće okolnosti. Sud ne sme razmatrati te okolnosti koje su element krivičnog dela takođe za pooštavanje kazne jer su već uzete u obzir kada je zakonodavac odredio osnovni raspon za krivično delo. Na primer, za krivično delo oružane pljačke, sud ne može smatrati otežavajućim faktorom da je krivično delo izvršeno pretnjom ili pretnjom upotrebe nasilja jer je upotreba/pretnja nasiljem element dela.

Od kritičnog je značaja da sud zna da napravi razliku između pooštavanja kazne unutar raspona izricanja kazne i prilagođavanja čitavog raspona. U gore navedenom primeru, jednostavna krađa bez pretnje nasiljem previđa kaznu u trajanju do 3 godine. Onog trenutka kada se jednačini doda pretnja nasiljem ili silom kao element, zakon menja čitav raspoloživ raspon na zaprećenu zatvorsku kaznu u trajanju 3-10 godina – što je samo po sebi pooštren raspon, nasuprot jednostavnog prilagođavanja kazne unutar dela do 3 godine zbog pretnje. Pošto je pretnja nasiljem već bila korišćena u podizanju celog raspona na 3-10 godina, ne može se takođe koristiti za uvećanje konačne kazne koja je veća od raspona 3-10 godina.

Slično tome, iako je manje uobičajeno, ako je neki oblik smanjene kazne bio zasnovan na zakonskom faktoru, ti isti faktori ne mogu se koristiti i za smanjenje kazne putem njihove upotrebe kao olakšavajućeg faktora. Na primer, član 165 KZ opisuje krivično delo ugrožavanja sigurnosti civilnog vazduhoplovstva i predviđa da neko ko upravlja vazduhoplovom na nepropisan način podleže kazni zatvora u trajanju 1-10 godina. Stav

6 odredaba izričito predviđa da ako je krivično delo učinjeno iz nehata da se kazna zatvora smanjuje u trajanju do 5 godina. Pošto je smanjeni stepen krivice primenjen prilikom formulisanja raspona kazne za izvršenje dela iz nehata, sud ne može dalje koristiti ove činjenice kako bi smanjio raspon kazne pozivajući se i tvrdeći takvo ublažavanje kazne shodno faktoru 3.1 kao okolnost koja nema osnov za isključenje krivične odgovornosti. Iako ove situacije nisu toliko izražene kao situacije pod otežavajućim faktorima, sud bi ipak trebalo takođe da bude oprezan i po pitanju olakšavajućih situacija.

Druga oblast u kojoj bi sud trebalo da bude zabrinut zbog dvostrukog vrednovanja okolnosti jeste koncept preklapajućih okolnosti što se može desiti kako prilikom ublažavanje tako i prilikom pooštrevanja kazne. Ovo se dešava zbog toga što zakonik pruža veoma širok kategoričan skup otežavajućih i olakšavajućih okolnosti koje se mogu izabrati. Neizbežno, sud će se suočiti sa okolnošću koja se logično može primeniti na više od jedne kategorije. Iako početna reakcija može biti da se razmatra pod obe kategorije i da se smatra kao da je ispunila dva otežavajuća ili olakšavajuća faktora, ovo se takođe smatra dvostrukim vrednovanjem okolnosti koje sud mora da izbegne.

Na primer, KZ smatra da je dogovoreno priznanje krivice olakšavajuća okolnost pod faktorom 3.10. Zakonik takođe dozvoljava i dodeljivanje olakšavajućeg faktora u skladu sa 3.11 ako postoje dokazi o kajanju okrivljenog. Neko može tvrditi da dogovoreno priznanje krivice pruža sudu neke dokaze o kajanju i da se stoga može uzeti u obzir prilikom ocene da li postoji kajanje pod 3.11. Ovde je logika da okrivljeni, izjašnjavajući se krivim, pokazuje da preuzima odgovornost za svoje postupke i da se kaje. Iako ovo možda nije naročito uverljivo samo po sebi, može biti važno kada se kombinuje sa dodatnim dokazima i ocenom sveukupnih okolnosti. Slično tome, neko može tvrditi da okrivljeni koji plaća odštetu pod 3.7 takođe pokazuje određeni stepen kajanja. Okrivljeni koji pokušava da izvrši u potpunosti obeštećenje žrtvi verovatno preuzima odgovornost za svoje postupke i izražava određeni stepen kajanja. U oba primera, sud mora pripisati činjenice samo jednom od olakšavajućih faktora. Pripisujući ga više od jednom, sud

dvostruko vrednuje istu činjenicu u svom razmatranju i nepropisno pripisuje veće ublažavanje kazne nego na šta okrivljeni ima pravo.

Ista situacija se odnosi i na otežavajuće okolnosti. Neko može tvrditi da žrtva koja je mlada, što je otežavajuća okolnost pod 2.7 (starost žrtve) takođe može doprineti činjenici da je žrtva posebno ranjiva pod 2.6. Ili ako sud zaključi da je žrtva posebno ranjiva, taj nalaz bi mogao doprineti zaključku da je krivično delo učinjeno sa "posebnom okrutnošću" pod 2.4. Ovde je logika da se sa ranjivošću žrtve povećava stepen povrede i da ovo može da potpadne pod kategoriju "posebne okrutnosti". Ponovo, sud bi trebalo da se ograniči na to da razlikuje okolnosti i da ih ne primenjuje na više od jedne okolnosti. Ako je to odvojeni faktor nabrojan u članu 74, sud bi trebalo da ga posebno razmatra.

Poslednja oblast potencijalnog sukoba javlja se kada postoji više optužbi sa postojanjem činjenica koje su element dela i koje se mogu koristiti i za ublažavanje/pooštavanje kazne nekog drugog dela iz člana 74. Ključno pitanje je šta se dešava kada se učinilac smatra krivim za krivično delo koje sadrži faktor kao element krivičnog dela? Na primer, učinilac se tereti za dva krivična dela, u jednom gde je korišćenje stvarnog nasilja element dela i podiže raspon moguće kazne i onog u kome se upotreba stvarnog nasilja može koristiti kao faktor u pooštavanju kazne shodno članu 74. Ako se utvrdi da okrivljeni nije kriv za prvo delo, a kriv za drugo, sud će morati da izvrši konkretnu ocenu da li je element stvarne upotrebe nasilja činjenična komponenta nalaza da nije kriv. Drugim rečima, da li je sud utvrdio da nije bilo stvarne upotrebe nasilja? Ako je tako, onda sud potvrdno zaključuje da ovaj faktor ne postoji i da se onda ne može koristiti za pooštavanje kazne u drugom krivičnom delu. U suprotnom, sud je slobodan da ga koristi kao otežavajuću okolnost iz člana 74.

Nasuprot tome, ako gornji scenario rezultira utvrđivanjem krivice u oba krivična dela, situacija će biti drugačija. U tom slučaju, krivično delo u kome je stvarna upotreba nasilja element krivičnog dela biće podignuta na viši nivo raspona krivičnog dela. Međutim, sud ne mora da primeni faktor iz člana 74 na drugo krivično delo.

Najzad, u osuđujućim presudama sa višestrukim delima, upotreba faktora iz člana 74. trebalo bi da bude u smislu ukupne kazne, a ne na pojedinačnoj osnovi

3.5 Svrhe i načela kažnjavanja

Krivični zakonik u članu 73 propisuje:

“1. Prilikom određivanja kazne za krivično delo, sud mora uzeti u obzir minimalnu i maksimalnu kaznu predviđenu za krivično delo. Sud onda mora razmotriti svrhu kažnjavanja, principe navedene u ovoj glavi i olakšavajuće ili otežavajuće faktore koji se odnose na određeno delo ili kaznu. ”

3.5.1 Svrha kazne

Svrhe kazne su definisane u članu 41:

- 1.1. da odvрати izvršioca od ponovnog izvršenja krivičnih dela i da ga rehabilituje;*
- 1.2. da odvрати druga lica od vršenja krivičnih dela;*
- 1.3. da obezbedi zadovoljenje žrtvama ili društvu za gubitke ili štete izazvane krivičnim delom; i*
- 1.4. da izrazi osudu društva za krivična dela, poveća moral i osnaži obavezu poštovanja prava.*

Pre nego što se raspravlja o implikacijama ovih svrha kažnjavanja na kaznu, od pomoći je da se generalno prodiskutuju teorije.

3.5.1.1 Specifično/posebno odvracanje

Stav 1.1 traži od suda da razmotri tradicionalni koncept posebnog ili specifičnog odvracanja. U ovu svrhu, sud je fokusiran na pojedinca koji je učinio krivično delo i da li ga kazna sprečava da u buduće izvrši drugo krivično delo. Prema savremenoj filozofiji penologije, kazna bi trebalo da bude po meri odnosno da odgovara učiniocu, a ne samo krivičnom delu. Važno je naglasiti da "individualizacija" kazne primenjuje princip da je krivična odgovornost u fazi izricanja kazne individualni oblik odgovornosti. U tom smislu, individualizacija kazne daje zaštitu optuženim licima od kažnjavanja koje striktno ne uzima u obzir njihova sopstvena postupanja i na taj način garantuje pravičnost. Učinilac više nije apstraktno lice koje je prekršilo zakon, već pojedinac koji zaslužuje posebnu pažnju.

Ovo je detaljnije razmotreno u drugom delu stava koji uključuje koncept rehabilitacije. Teorija rehabilitacije u suštini predviđa da je cilj kazne da reintegriše učinioca u društvo nakon određenog perioda i da oblikuje kaznu na takav način da ponovo vaspita učinioca. Ovde je sud zaista uključen u individualizaciju kazne jer se od suda traži da se bavi određenim pitanjima koja su možda povezana sa izvršenjem krivičnog dela. Sposobnost da se to uradi nalazi se u dopunskim oblicima kažnjavanja koji se mogu uključiti u konačnu kaznu. Na primer, ako je okrivljeni izvršio fizički napad pod dejstvom alkohola, sud može izreći kaznu koja ne samo da sprečava izvršenje budućih fizičkih napada, već se bavi i pitanjem eventualnog alkoholizma. Samo posmatrajući osobu u celini, sud može da se nada da će sprečiti buduća krivična dela i ponovo uključiti učinioca u društvo kao produktivnog člana društva.

3.5.1.2 Opšte odvracanje

Stav 1.2 traži da sud razmotri svrhu opšteg odvracanja. U ovom tradicionalnom konceptu kazna služi svrsi sprečavanja drugih pojedinaca od izvršenja krivičnih dela, bilo slične prirode ili uopšte. Opšte odvracanje nije usmereno na pojedince, već na društvo u celini. Nada je u tome da će učinilac uvideti da se krivično delo "ne isplati" i uzeti obzir potencijalne faktore kažnjavanja u samoj računici da li da izvrši krivično delo.

U predmetu Naletilić i Martinović, Pretresno veće je zaključilo: “*Odvraćanje i zaslužena kazna su osnovni principi u pogledu izricanja kazne Međunarodnog suda pojedincu. Dok zaslužena kazna podrazumeva srazmernu kaznu za učinjeno krivično delo, odvrćanje osigurava da će izrečena kazna odvratiti druge od izvršenja takvih zločina.*”²²

Iako budući učinioci ne moraju biti "rehabilitovani" u tradicionalnom smislu, oni se možda mogu odreći izvršenja krivičnog dela. U predmetu Mucić i drugi, Žalbeno veće je ocenilo da "*iako nacionalne jurisdikcije i određeni međunarodni i regionalni instrumenti o ljudskim pravima predviđaju da bi rehabilitacija trebalo da bude jedna od osnovnih zabrinutosti suda u izricanju kazne, to ne može imati dominantnu ulogu u procesu odlučivanja Žalbenog veća Međunarodnog suda.*"²³

3.5.1.3 Žrtve i zajednica

Stav 1.3 traži od suda da razmotri uticaj krivičnog dela na žrtvu ili zajednicu i traži da svaka kazna treba da obezbedi obeštećenje za gubitak. Ova svrha predstavlja relativno skorašnji razvoj u teoriji kažnjavanja koji prepoznaje važnost prava i potreba žrtava krivičnih dela. Iz ove perspektive, primarni cilj kazne bio bi da se osigura da učinilac obešteti žrtvu (žrtve) zločina i širu zajednicu. Ovo ima nekoliko implikacija.

- **Prvo, to je priznanje važnosti prava žrtava u računanju kazne.** Ovo nije dodatno razmatranje suda koje može predstavljati opterećenje na mehanizme društvenog obeštećenja ako učinilac ima mogućnost da povрати žrtvu u prethodno stanje. **To mora biti primarno razmatranje u formulisanju kazne.**
- Drugo, uključivanje zajednice u svrhu jasno ukazuje na to da žrtve mogu uključiti veliki deo zajednice. U krivičnim delima gde ovo uključuje na primer, uništavanje imovine, obeštećenje će imati oblik novčane naknade. Međutim, razmatranje se ne završava tu.

²² Predmet br. IT-98-34-T, Presuda u predmetu Tužilac protiv Mladena Naletilića i Vinka Martinovića, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (31. mart 2003), stav 739, navodeći Todorović, Presuda o kazni, stavovi 29 i 30; Presuda o kazni u predmetu Plavšić, stav 23.

²³ Predmet br. IT-96-21-A, Presuda, Tužilac protiv Zejnila Delalića, Zdravka Mucića, Hazima Delić i Esada Landžo, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (20. februar 2001), stav 806.

Uticao na zajednicu moze imati oblik nanošenja štete ukupnoj psihi pojedinaca u zajednici. To moze uključiti osećaj sigurnosti i/ili ugleda zajednice. Iako bi ovo moglo da bude donekle nematerijalno ili izračunato u novčanom smislu, sud mora nastojati da povрати ove neopipljive stvari u prethodno stanje.

3.5.1.4 Sud društva, uvećana moralnost i obaveza da se poštuje

zakon

Zadnji stav člana 41 je opšte navođenje svrha kažnjavanja i njihovog odnosa prema ukupnom konceptu vladavine prava. Ovde razmatranja prevazilaze pojedinca, žrtvu i zajednicu u odnosu na uticao kazne na društvo u celini. Ovo zahteva od suda da podigne svoje razmatranje izvan okvira zajednice u kojima izriče kaznu i traži da uspostavi doslednost na celom Kosovu u celini.

3.5.1.5 Implikacija svrhe kažnjavanja u odmeravanju kaznu

Član 41 propisuje opšti okvir koji bi trebalo da usmerava sud dok se kreće kroz postupak izricanje kazne. Međutim, KZ ne utvrđuje nikakvu hijerarhijsku strukturu. Na primer, ne postoji uslov da se veći naglasak stavlja na rehabilitaciju učinioca u odnosu na opšte javno odvraćanje. Štaviše, nema naznaka da kazna mora da ispunjava samo jednu od svrha. Ovo nepostojanje smernica stavlja sud u posebno tešku situaciju jer dva suda suočena sa identičnim krivičnim delima i identičnim učiniocima mogu doći do vrlo različitih kazni prilikom primene različitih svrha. Na primer, jedan sud, koji se fokusira na odvraćanje, može izabrati zatvorsku kaznu kao konačnu kaznu. Drugi sud s druge strane, usredsređen na rehabilitaciju, može izabrati uslovnu osudu sa dopunskim uslovima. Bez ikakvih smernica, svaka kazna prema zakonu jednako važi. Ovaj potencijalni problem generalno teoretičari prepoznaju kao problematičan za uvećanje nedoslednosti u izricanju kazni, a delimično ga razmatra i Savet Evrope koji navodi da:

1. Zakonodavac ili drugi nadležni organi vlasti trebalo bi da nastoje da objave obrazloženje za izricanje kazne tamo gde to ustavna načela i pravna tradicija dozvoljavaju.

2. Tamo gde je to neophodno, a naročito kada različiti razlozi mogu biti sukobljavajući, trebalo bi navesti načine za utvrđivanje mogućih prioriteta u primeni takvih objašnjenja.
3. Kad god je to moguće, a naročito za određenu kategoriju krivičnih dela ili učinioca krivičnih dela, treba objaviti primarno obrazloženje²⁴

Iako zakonik o ovom pitanju ne govori na eksplicitan način, utvrđivanje polazišta u kombinaciji sa ovim smernicama, zajedno sa raspoloživim rasponom za određena dela u velikoj meri smanjuju problem. Uopšteno, zakonik predviđa da kako se težina krivičnog dela povećava, da se dostupnost alternativnih oblika kažnjavanja smanjuje. Ovo stavlja veći naglasak na specifično i opšte odvracanje kao glavnu svrhu kažnjavanja. Kako se težina krivičnog dela smanjuje, rehabilitacija postaje više dostupna kao moguća kazna. Međutim, mora da se naglasi da dostupnost alternativnih oblika kažnjavanja ne obavezuje na njihovu upotrebu. Konačno, razmatranje o vraćanju žrtava u prvobitno stanje mora biti prisutno u svim aspektima izricanja kazne. U velikoj meri, pojedinačne okolnosti sa kojima se sud suočava u bilo kojoj datoj situaciji će umnogome diktirati gde konkretne svrhe kažnjavanja stupaju na snagu i da li jedna treba da ima veću prevagu u odnosu na drugu.

3.5.2 Načela i ostali faktori

Osim što zahteva da se uzmu u obzir svrhe kažnjavanja, član 73 zahteva i razmatranje principa utvrđenih u Glavi. Iako nikakva posebna načela nisu utvrđena unutar određenog člana, opšta načela su sadržana u celoj Glavi kada se govori o određenim okolnostima. Stoga, sud nije u obavezi da razmatra određeni princip sam po sebi, nego radije razmatra i primenjuje svaki član usklađen sa konkretnim činjenicama u predmetu. Na primer, u skladu sa članom 78, sud može u specifičnim okolnostima odbaciti kaznu za krivična dela učinjena iz nehata. Ovo oličava princip da sva krivična dela učinjena iz nehata ne zaslužuju istu kaznu kao i ona učinjena sa predumišljajem. Principi se ne razmatraju u pojedinostima jer će se većina članova sadržanih u ovoj Glavi primenjivati na određene

²⁴ Preporuka Saveta Evrope br. r (92) 17, Komiteta ministara državama članicama o doslednosti u odmeravanju kazni; Dodatak preporuci br. R (92) 17; A. Obrazloženja u odmeravanju kazni.

činjenične situacije. Sud mora razmotriti svaku odredbu koja se primenjuje na konkretan činjenični scenario i razmotriti pojedinosti.

Kao što je navedeno u članu 73 Krivičnog zakonika, "kazna će biti srazmerna težini krivičnog dela i ponašanju i okolnostima učinioca." U skladu s ovom odredbom i drugim odredbama Zakonika, sud prilikom određivanja kazne razmatra nivo krivičnog dela. Takva ocena vrši se uzimajući u obzir stav 3 člana 73, koji traži od suda da razmotri niz faktora. Ovi faktori su u velikoj meri opšte kategorije pod kojima se uklapaju specifične olakšavajuće i otežavajuće okolnosti. Međutim, oni se takođe mogu smatrati opštim načelima na osnovu kojih bi sud trebalo da se rukovodi. Oni su:

- 3.1. stepen krivične odgovornosti;
- 3.2. motivi za izvršenje krivičnog dela;
- 3.3. stepen opasnosti po zaštićenu vrednost;
- 3.4. okolnosti u kojima je delo izvršeno;
- 3.5. prethodno ponašanje izvršioca;
- 3.6. priznanje krivice; i
- 3.7. lične prilike izvršioca i njegovo/njeno ponašanje nakon izvršenog krivičnog dela.

3.5.2.1 Step en krivične odgovornosti

Step en krivične odgovornosti se generalno određuje na osnovu stepena odgovornosti u kombinaciji sa stepenom krivice učinioca. Opšti princip koji se primenjuje je taj da step en krivične odgovornosti pojedinca neposredno utiče na step en kazne izrečene učiniocu.

Prilikom utvrđivanja stepena odgovornosti, sud razmatra da li je krivično delo izvršeno u stanju bitno smanjene uračunljivosti ili smanjene uračunljivosti. Ovo može poprimiti različite forme i zahteva odgovarajuću procenu učešća u izvršenju krivičnog dela. Opšti koncept je taj da što je više smanjen step en uračunljivosti lica u neposredno izvršenje krivičnog dela, da može postojati veća mogućnost za smanjenje konačne kazne. Osim toga, treba oceniti step en krivice s obzirom na vrstu krivice (sa umišljajem ili iz nehata)

kako to previđa zakon za određeno izvršeno krivično delo. U određivanju stepena krivice, u slučajevima krivičnih dela izvršenih sa umišljajem, sud razmatra da li postoji direktni ili eventualni umišljaj, kao i da li se u konkretnom slučaju može utvrditi prisustvo jednog od posebnih vrsta umišljaja koji mogu biti pokazatelj manjeg ili većeg stepena krivice. Pri utvrđivanju različitih stepena krivice za krivična dela iz nehata, sud će morati da razmotri da li je krivično delo ishod svesnog ili nesvesnog nehata kao i da li krivično delo uključuje neku posebnu vrstu nehata.

3.5.2.2 Pobude za izvršenje dela

U proceni pobuda kod izvršenja krivičnog dela, sud bi generalno trebalo da utvrdi šta je bila pobuda odnosno motiv i da tu nameru uzme u obzir prilikom izricanja kazne. Ovo može imati oblik pozitivnih razloga, kao što je pružanje pomoći drugoj osobi, ljudski razlozi ili drugi društveno povoljni razlozi ili negativne razloge kao što su mržnja, uznemiravanje, pohlepa, lični interes, zavist ili društveno štetna podstrekivanja.

Koncept da dela koja su izvršena zbog čestitih ili nesebičnih motiva ili sa namerom da koriste drugim članovima društva zaslužuju manju kaznu zasniva se na teoriji da su krivična dela učinjena zbog "snažnog ljudskog saosećanja" manje dostojna prekora. Na primer, društvo generalno smatra da učinilac koji je izvršio krađu novca zbog kupovine lekova za lečenje bolesnih članova porodice zaslužuje manju kaznu nego onaj koji je izvršio krađu čisto zbog finansijske koristi. Nasuprot tome, ona dela koja su izvršena sa neprihvatljivim ili pobudama vrednim prekora lako pozivaju na oštrije odnosno rigoroznije kazne.

Međutim, važno je da sud pažljivo primenjuje ove principe jer oni mogu biti vrlo lični po svojoj prirodi. Stoga, sud se izlaže riziku da izrekne svoje sopstvene lične principe u proceni kazne koja se ne mora smatrati univerzalnom ili da pridoda veći značaj oceni nego što se to može generalno smatrati. Ovo se naročito primenjuje na ublažavanje kazne po osnovi kao što su nacionalizam ili tzv. "čast" pojedinca ili porodice.

3.5.2.3 Jačina ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra

Prilikom utvrđivanja stepena konkretnog krivičnog dela, sud razmatra okrutnost izvršenog dela. U slučaju utvrđivanja težine, ovo će uključiti procenu jačine štetnosti kao posledica krivičnog dela. Kada je pitanje prvenstveno pretnja ili ugrožavanje, procena će se fokusirati na zaštićeno pravo i verovatnoću povrede ili blizine do dovršenja.

Prilikom procene ozbiljnosti ugrožavanja ili povrede zaštićenog prava, sud razmatra sledeće elemente:

- ozbiljnost i trajnost posledica;
- broj oštećenih strana ili žrtava;
- vrednost prihoda od krivičnog dela ili prouzrokovane štete; i
- druge okolnosti koje u konkretnom slučaju mogu ukazivati na veći ili manji uticaj krivičnog dela na određeno pravo, dobro ili interes u pitanju.

Ovo pitanje će biti manje važno kada je okrutnost dela u velikoj meri uključena u formulisanje samog dela o čemu se detaljnije razmatra u odredbama smernica koje slede.

3.5.2.4 Okolnosti pod kojima je delo izvršeno

Pri utvrđivanju stepena krivičnog dela, sud mora uzeti u obzir sve okolnosti koje karakterišu krivično delo i uslove pod kojima je delo izvršeno. Ovo će obuhvatiti detaljnu ocenu svih specifičnih činjenica krivičnog dela koje mogu ili ne moraju da se neposredno primene na ocenu krivice, ali mogu uticati na konačnu kaznu.

One uključuju, ali ne bi trebalo da budu ograničeno samo na:

- vreme, mesto i način na koji je krivično delo izvršeno;
- sredstva koja su se koristila za izvršenje krivičnog dela;
- jačinu krivičnog dela;
- upornost u izvršenju krivičnog dela;

- bilo koje poteškoće i prepreke koje je učinilac morao ukloniti prilikom izvršenja krivičnog dela;
- bilo koje posebne okolnosti koje su pružene učiniocu, koje je on ili ona koristio/la da bi se učinilo lakšim izvršenje krivičnog dela;
- ličnost i karakter žrtve;
- zloupotreba bilo kakvih posebnih odnosa međusobnog poverenja sa žrtvom;
- vrstu i oblik učešća u izvršenom krivičnom delu;
- da li je to bio samo pokušaj ili je krivično delo učinjeno; i
- druge objektivne ili subjektivne okolnosti koje su postojale pre, tokom i nakon izvršenja krivičnog dela i koje mogu uticati na vrstu i trajanje kazne.

3.5.2.5 Ranije ponašanje učinioca

Ova opšta kategorija odnosi se na ranije ponašanje učinioca koje može imati uticaj na izricanje kazne bilo kroz neposrednu primenu drugih odredaba zakonika ili uvećanim korigovanjem konačne kazne.

Ovo uključuje, ali ne bi trebalo da budu ograničene samo na:

- bile koje ranije krivične osude, bez obzira na njihovu sličnost po prirodi prema sadašnjem delu;
- ranije prekršajne osude;
- da li lice ima dijagnostifikovanu ovisnost/zavisnost ili pokazuje ponašanje u skladu s time;
- da li je lice nasilna osoba ili pokazuje indikativno ponašanje;
- antisocijalno ponašanje;
- ugled lica u društvu, odnosno zajednici u kojoj lice živi; i
- druge činjenice koje bi mogle poslužiti kao pokazatelji ranijeg života i karaktera učinioca pre izvršenja krivičnog dela što može uticati na izricanje kazne.

3.5.2.6 Priznanje krivice

Pitanje ublažavanja kazne u slučaju priznanja krivice i sporazuma o priznanju krivice je generalno regulisano odredbama Krivičnog zakonika i Zakonika o krivičnom postupku. Što se tiče sporazuma o priznanju krivice, ZKP utvrđuje konkretno maksimalno umanjenje na dogovorene kazne u određenim fazama u krivičnom postupku. Međutim, za sud ne postoje utvrđena slična ograničenja kada se okrivljeni jednostavno sam izjasni krivim na optužnicu u određenoj fazi pre ustanovljenja krivice. Sud bi posebno trebalo da bude oprezan prilikom primene ublažavanja kazne na osnovu sporazuma o priznanju krivice jer nedostatak strukture u ovoj oblasti može i izaziva značajno odstupanje u sličnim činjeničnim situacijama. Sud bi trebalo da razmatra odredbe ZKP koje uređuju sporazum o priznanju krivice kao približno primenjive na učinioca koji se jednostavno izjasnio krivim.

Osim toga, kada je u pitanju priznanje krivice i sporazum o priznanju krivice, odgovarajuća ocena konačne kazne takođe bi trebalo da uključi ocenu brojnih drugih okolnosti koje 'okružuju' i koje se odnose na priznanje krivice. Ovo uključuje pitanja kao što su istinitost tvrđenja krivice, izražavanje žaljenja optuženog, sveukupno ponašanje i držanje optuženog prema žrtvama i prema sudu.

3.6. Klasifikacija faktora koji se uzimaju u obzir prilikom izricanja kazne

Poreklo rasprave u vezi sa skupom okolnosti koje mogu izmeniti kaznu mogu se pratiti još u XII veku, kada su kazne bile veoma strogo utvrđene i često toliko surove da su pravni učenjaci počeli da shvataju potrebu za kvalifikacijom kazne prema konkretnoj činjeničnoj situaciji određenog slučaja. Kazna predviđena za određeno kriminalno delo nazvana je obična kazna (*poena ordinaria*) što je kazna koju je zakonodavac utvrdio u vezi sa određenim kriminalnim delom u normalnim okolnostima slučaja; štaviše, sudija bi takođe imao ovlašćenje da odstupi od zakonske kazne, da je ublaži ili pooštri usled postojanja razloga ili posebne okolnosti koja bi izmenila "normalnost" slučaja. Raznolikost i broj takvih okolnosti koje utiču na kaznu morali su da budu ocenjeni u

pogledu "redovne kazne", odnosno, prosečne kazne koja bi bila rezultat zakonodavnih propisa. U ovom kompleksnom i evoluirajućem procesu teorije došlo je do razvijanja skupa zajedničkih olakšavajućih i otežavajućih okolnosti. Učestalost korišćenja ovih okolnosti na kraju dovela je do kodifikacije procesa individualizacije i razvoja zajedničkog skupa suštinskih izmena.

Ovo se na kraju razvilo u mnogo složeniju i detaljnu procenu različitih okolnosti, teorija i razloga. Kao što je Savet Evrope istakao, savremeno kažnjavanje "*...treba da bude konzistentno sa moderskim politikama kriminala, naročito u pogledu smanjenja upotrebe zatvorske kazne, širenja upotrebe sankcija i mera u zajednici, sprovođenja politika dekriminalizacije, upotrebom mera skretanja krivičnog postupka kao što je medijacija ili posredovanje i garantovanja nadoknade žrtvama ... Pri predlaganju ili izricanju kazni treba uzeti u obzir verovatni uticaj kazne na pojedinačnog učinioca, kako bi se izbegle neuobičajene poteškoće i izbeglo narušavanje moguće rehabilitacije učinioca.*"²⁵

Istorijski gledano, celokupnost okolnosti može se podeliti u dve šire kategorije koje su dalje pročišćene. Generalno, postoje faktori povezani sa "predmetom" i faktori povezani sa "postupkom". Iako postoji neko preklapanje između ove dve kategorije, pa čak i između potkategorija, prvo se obično fokusira na izvršenje krivičnog dela i lične okolnosti učinioca, dok se druga više usredsređuje na postupke i situaciju nakon izvršenja krivičnog dela. Odeljci u nastavku pružaju pregled širokih razmatranja u izricanju kazne i ponuđene su kao sredstvo za usmeravanje suda. Specifični faktori na Kosovu detaljno se razmatraju u kasnijim odeljcima.

3.6.1 Faktori koji se odnose na predmet

Faktori koji se odnose na predmet i koji utiču na visinu kazne mogu se dalje podeliti u tri kategorije koje predstavljaju sve okolnosti koje su specifične za predmet:

²⁵ Preporuka R (92) 17 Komiteta ministara državama članicama o doslednosti u odmeravanju kazni (usvojio Komitet ministara 19. oktobra 1992).

- okolnosti vezane za izvršenje krivičnog dela;
- okolnosti vezane za viktimizaciju i žrtvu;
- okolnosti vezane za optuženo lice i njegovo/njeno lično stanje.

3.6.1.1 Okolnosti u vezi sa težinom ili izvršenjem dela

Moguće je napraviti razliku između težine *in abstracto* (uopšteno, bez obzira na konkretan slučaj) na osnovu pravne definicije krivičnog dela (njegovih subjektivnih i objektivnih elemenata) - što dovodi do problema hijerarhije krivičnih dela – i težine *in concreto*, (zasnovano na činjenicama), što zavisi od nanesene štete u određenom slučaju i stepena krivice učionica. Iako su *in abstracto* razmatranja obično uključena u opštu kaznu određenu zakonom, *in concreto* zahteva detaljniju analizu činjenica slučaja.

Ozbiljnost izvršenog dela uključuje aspekte povezane sa izvršenjem krivičnog dela kao što su:

- vrsta krivičnog dela,
- način na koji je krivično delo izvršeno,
- okrutnost ili sadizam u izvršenju, itd.

Žalbeno veće je u predmetu Mucić i drugi navelo: *"Pretno veće je u svojim opštim razmatranjima pre nego što je prihvatilo razmatranja faktora u vezi sa svakim optuženim pojedinačno istaklo da je daleko najvažnija stvar koju treba imati u vidu, koja se može smatrati lakmus testom adekvatnosti kazne, težina krivičnog dela ...Kazne koje valja izreći moraju odražavati inherentnu težinu kriminalnog ponašanja optuženih. Utvrđivanje težine zločina zahteva razmatranje osobitih okolnosti predmeta, kao i oblika i stepena učestvovanja optuženih u zločinu...Žalbeno veće ponovno podržava te izreke i potvrđuje svoje prihvatanje principa da je težina dela prvenstveno polazište za odmeravanje kazne.*²⁶

i. Okrutnost

²⁶ Predmet br. IT-96-21-A, Presuda u predmetu Tužilac protiv Zejnila Delalića, Zdravka Mucića, Hazima Delića i Esada Landžo, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju (20. februar 2001),stav 731. navodeći Presudu u predmetu Kupreškić, stav 852, navodeći Presuda na žalbu Leskovski, stav 182.

Način izvršenja krivičnih dela je uvek presudan za izricanje kazne. Na osnovu inherentnih karakteristika ovog faktora, logično se više primenjuje na neposredne izvršioce koji izvršavaju krivično delo, a manje prema posrednim izvršiocima ili krivičnim delima koja uključuju nadređene. Kod neposrednih izvršioca, okrutnost se neposredno može pripisati pojedincu koji ga nanosi. Bilo da je element krivičnog dela ili otežavajuća okolnost, sud bi trebalo da razmotri brutalnost, ushićenje, okrutnost ili sadizam koje je učinilac koristio u izvršenju krivičnog odnosno krivičnih dela.

Okolnosti i faktori za razmatranje uključuju:

- stepen brutalnosti može zavisi od dodatnih teških patnji koje su nanete žrtvama ili zbog gnusne upotrebe načina izvršenja u izvršenju krivičnog odnosno krivičnih dela.
- korišćenje okrutnosti trebalo bi dosledno smatrati znatno otežavajućim faktorom vezanim za ulogu optuženog u izvršenju krivičnih dela i pokazivanje posebne zlonamere prema žrtvama.
- Ushićenje sa kojim su izvršena krivična dela trebalo bi stalno da bude otežavajući faktor koji se uzima u obzir prilikom određivanja odgovarajuće kazne.

ii. Umišljaj

Umišljaj je jedan od faktora čija potencijalna primena se javlja u više kategorija. Iako se uopšteno smatra ličnom okolnošću koja se može pripisati neposredno izvršiocu, on se takođe može posmatrati kao okolnost koja se neposredno primenjuje na samo delo. U drugom slučaju, umišljaj će normalno biti zakonom propisano uvećanje kazne za samo krivično delo – koje kaznu podiže na potpuno novi nivo. U prvom slučaju, to može biti faktor koji treba uzeti u obzir prilikom korigovanja kazne pooštavanjem ili ublažavanjem.

Na primer, kada se utvrdi da se optuženi tereti za krivično delo koje je počinio hladnokrvno, sa proračunatim umišljajem, koje sugeriše na osvetu prema pojedinačnoj žrtvi ili grupi kojoj pripada žrtva, takve okolnosti zahtevaju izricanje pooštrene kazne. S druge strane, ako se utvrdi da je optuženi učinio krivično delo nevoljno i pod uticajem grupnog pritiska i, pored toga, pokazao saosećanje prema žrtvi ili grupi kojoj pripada žrtva, to su svakako olakšavajuće okolnosti koje će sudija uzeti u obzir prilikom određivanja odgovarajuće kazne.

Generalno govoreći, treba obratiti pažnju na pobude (motive) vezane za izvršenje krivičnih dela, smatrajući ih ne kao suštinskim elementom krivične odgovornosti, već kao faktor koji se ocenjuje u ublažavanju ili pooštavanju odgovarajuće kazne nakon utvrđivanja individualne odgovornosti.

3.6.1.2 Okolnosti vezane za viktimizaciju i žrtvu

Drugi faktor koji se odnosi na predmet je "viktimizacija" koja obuhvata i nivo nanesene štete žrtvi odnosno žrtvama kao i razne okolnosti i lične karakteristike koje se odnose na žrtvu odnosno žrtve.

Takve faktore bi uvek trebalo smatrati znatno otežavajućim okolnostima koje verovatno mogu dovesti do izricanja oštrijih kazni i smatrati se važnim za utvrđivanje ukupnog značaja krivičnog dela. Slično ličnim okolnostima učinioca, okolnosti koje se odnose na žrtvu ili žrtve omogućuju sudu da uzme u obzir specifičnosti žrtve i da na kraju prilagoditi kaznu koja odražava uticaj na žrtvu ili žrtve.

Osnovni koncept je da žrtva u svrhe ove procene može uključiti više od onih tradicionalnih koncepata koji obuhvataju žrtve. Sud može razmotriti uticaj na sve one na koje je verovatno uticalo izvršenje krivičnog dela. Na primer, svedoci krivičnog dela, članovi porodice ili voljeni se svi mogu smatrati žrtvama neposrednih postupaka učinioca u zavisnosti od njihove prirode i uticaja.

Okolnosti i faktori za razmatranje uključuju:

- broj žrtava;
- dužinu trajanja krivičnog dela ili viktimizacije;
- da li je krivično delo ponovo izvršeno protiv iste žrtve ili žrtava ili deo krivičnog dela u produženom trajanju;
- stepen ponižavanja žrtve ili žrtava;

- namerna ili razumno očekivana patnja žrtve ili žrtava iznad nivoa potrebnog za ostvarivanje elemenata krivičnog dela;
- ranjivost i/ili bespomoćnost žrtve/a;
- mentalne traume i psihološke patnje izazvane žrtvi ili žrtvama;
- starost žrtve ili žrtava – da li je mlada ili stara;
- da li je krivično delo učinjeno zloupotrebom položaja nadređenosti nad žrtvom ili iskorišćavanjem poverenja ili položaja;
- dugoročne fizičke i mentalne traume preživelog lica kao posledica krivičnog dela; i
- da li je izvršenje zasnovano na rasnoj, etničkoj, verskoj, seksualnoj orijentaciji ili diskriminaciji prema polu ili bilo kom drugom obliku pristrasnosti zasnovane na zaštićenoj kategoriji ili vrednosti.

Sudije moraju da uvek imaju na umu da bi kazna trebalo da bude srazmerna težini dela. Iako će zadovoljenje žrtve, porodice i prijatelja žrtve i javnosti verovatno sprečiti daljnje odmazde ili privatnu osvetu, nezadovoljstvo nije apsolutni pokazatelj adekvatnosti kazne.

3.6.1.3 Individualne/ lične prilike optuženog lica

Individualne/lične prilike optuženog lica mogu uticati na ublažavanje ili pooštavanje kazne. Dok se ublažavanje uglavnom fokusira na same učinioce i njihove osobine ličnosti i prilike, pooštavanje više naginje na ulogu učinioca u krivičnom delu i okolnosti koje se odnose na samo krivično delo.

i. Lične prilike kao olakšavajuća okolnost

Lične prilike kao olakšavajuća okolnost predstavljaju za sud skup složenih razmatranja. One mogu biti zbunjujuće i ponekad u suprotnosti sa ličnim uverenjima određenog sudije. Ono što jedan sudija smatra ličnim prilikama kao olakšavajućim okolnostima, drugi može smatrati kao otežavajućim. One takođe mogu imati različiti stepen važnosti u zavisnosti od toga koja svrha kažnjavanja pokreće odluku suda.

Međunarodna praksa u ovoj oblasti iako je svesna značaja ove kategorije za individualizaciju kazne, nije utvrdila jasan skup okolnosti koje bi se uvek trebalo smatrati ličnim prilikama kao olakšavajućim okolnostima. U mnogim aspektima, lične prilike kao olakšavajuće okolnosti mogu biti utvrđene kulturom organa za izricanje kazne ili naučnim napretkom. Na primer, razvoj psihologije i istraživanja doveli su do niza ličnih olakšavajućih faktora koji su usredsređeni na psihološko stanje učinioca i uticaja koje ono ima na krivicu. U nekim kulturama, ova razvojna dešavanja se smatraju relevantnim i uključena su kao specifični olakšavajući faktori koji se uzimaju u razmatranje za ublažavanje kazne, dok ih neke druge ne prihvataju.

Generalno, lične prilike kao olakšavajuća okolnost se odnose na učionica, a ne na krivično delo i mogu uključiti:

- raniji život učinioca (npr. dobar karakter, produktivan život, težak raniji život);
- okolnosti učinioca u vreme izvršenja krivičnog dela (npr. finansijski pritisci, psihijatrijski problemi, intelektualna ograničenja, nezrelost);
- reakcija učinioca nakon krivičnog dela i tokom krivičnog gonjenja (npr. kajanje, postupak obeštećenja, traženje pomoći za probleme koji doprinose krivičnom delu, saradnja sa policijom, tužilaštvom i sudom);
- postojeći i budući izgledi za rehabilitaciju učinioca (na primer, porodične odgovornosti, partner koji pruža podršku, sposobnost da se pozabave problemima u osnovi kriminalnog ponašanja).

One se takođe mogu kategorisati u brojne faktore kao što su:

- one koje ukazuju na smanjenu krivicu, kao što su mladalački problemi ili problemi sa mentalnim zdravljem, preka potreba, raniji dobar karakter i izuzetno nepovoljan položaj, one koji ukazuju na ograničeni rizik od daljeg kršenja - koji se odnose na kajanje i pokušaje da se izvrši obeštećenje, okolnosti učinioca ili preduzeti rehabilitacioni koraci;
- one koje ukazuju na posebnu senzibilnost ka kažnjavanju, kao što su stres krivičnog gonjenja, gubitak ugleda i položaja ili činjenica da je učinilac neobično loše spreman za izricanje kazne zatvora; i

- faktori koji pozivaju na oprostaj, kao što je podrška žrtve učiniocu, porodične odgovornosti i "kolateralna šteta" koju bi zatvaranje moglo naneti rodbini ili socijalni doprinos koji je učinio učinilac.

S obzirom na potencijalnu kontroverznu prirodu ovih faktora, sudovi bi trebalo da budu posebno svesni da li su oni posebno uključeni u zakonodavstvo za ocenu ili se na njih odnosi generički. Opšta pozivanja na lične prilike kao olakšavajuće okolnosti okrivljenog ili dopuštenja sudu za bilo koje druge razloge trebalo bi da uvećaju nivo nadzora suda na određenu ličnu priliku ili okolnost i dokaze njenog postojanja.

ii. Lične prilike kao otežavajuće okolnosti

Kao što je navedeno, lične prilike kao otežavajuće okolnosti se manje bave inherentnim osobinama pojedinca i više se fokusiraju na činjenice samog krivičnog dela i ulogu optuženog.

Okolnosti i faktori za razmatranje uključuju:

- stepen učešća okrivljenog u delu,
- da li je okrivljeni bio na rukovodećoj poziciji,
- da li je okrivljeni bio na pretpostavljenom položaju u hijerarhijskoj strukturi,
- situaciju u domaćinstvu ili odnos između žrtve (žrtava) i okrivljenog,
- da li je okrivljeni bio u položaju autoriteta u odnosu na žrtvu (žrtve),
- da li je okrivljeni bio u položaju poverenja u odnosu na žrtvu (žrtve),
- da li je okrivljeni pokazao verske, etničke, političke, diskriminatorske i/ili osvetoljubive pobude,
- prethodne kriminalne aktivnosti bez obzira da li su iste ili slične po prirodi, i
- nepostojanje kajanja.

Kao što se može videti, neki od gore navedenih faktora ili pojmova jednostavno su suprotni onim faktorima navedenim u ličnim prilikama kao olakšavajuće okolnosti. Ovo

je još jedan primer koliko zbunjujuće i neizvesne mogu biti lične prilike u ublažavanju i pooštavanju kazne.

3.6.2 Faktori vezani za postupak

Kao i prethodno navedeno, faktori koji se odnose na postupak predstavljaju kombinaciju olakšavajućih i otežavajućih faktora koji se tiču proceduralnih ili procesnih aspekata predmeta. Obično se fokusiraju na postupke okrivljenog nakon dovršenja krivičnog dela i stavljaju poseban naglasak na ponašanje okrivljenog prema organima za sprovođenje reda i zakona, sudu i žrtvi (žrtvama).

Okolnosti i faktori za razmatranje uključuju:

- ponašanje i/ili stav okrivljenog nakon izvršenja krivičnih dela, pre i posle hapšenja;
- da li se okrivljeni dobrovoljno predao policiji i u kojoj fazi istrage;
- da li je okrivljeni pružio informacije i/ili iskaz o krivičnom delu i/ili protiv bilo kojih saizvršilaca;
- da li je pružena informacija i/ili iskaz o drugim krivičnim delima ili kriminalnim aktivnostima o kojima je okrivljeni imao saznanje;
- da li je okrivljeni priznao učešće u krivičnom delu i u kojoj fazi postupka;
- da li je okrivljeni preduzimao proaktivnu radnju kako bi ispravio stanja koja su doprinela izvršenju krivičnog dela;
- nadoknada štete ili povraćaj koristi pre završetka postupka;
- pokušaji da se žrtvi (žrtvama) izvrši obeštećenje ili naknada štete;
- da li je okrivljeni pokušao da uništi dokaze i/ili utiče na svedoke tokom istrage i krivičnog gonjenja;
- sporazum o priznavanju krivice ili priznanje krivice za optužbe i u kojoj fazi postupka; i
- bilo koje druge okolnosti u konkretnom slučaju koje ukazuju na stav učionica prema krivičnom delu što može uticati na izricanje kazne.

U zavisnosti od vrste dela, neke od kategorija se preklapaju ili imaju zamućene granice: na primer, sudovi mogu uzeti u obzir iskaz ili informacije koje je optuženi dao kao deo saradnje s tužiocem, ili postoje slučajevi kada dve kategorije mogu biti tretirane nezavisno. Sud bi trebalo da bude posebno svestan mogućnosti preklapanja, jer se ove okolnosti često kvalifikuju kao najznačajniji faktori za ublažavanje kazne okrivljenog.

**POOŠTRAVANJE I UBLAŽAVANJE
KAZNE**
Primena na Kosovu

GLAVA IV

OPŠTA PITANJA U POGLEDU POOŠTRAVANJA I UBLAŽAVANJA KAZNE SHODNO ČLANU 74 KRIVIČNOG ZAKONIKA

Faktori navedeni u članu 74. KZ u velikoj meri potpadaju pod široke kategorije, a faktori o kojima se prethodno govorilo obično se uzimaju u obzir u ublažavanju i pooštavanju kazne. Nijedan od njih nije kontroverzan. Kao što je tradicionalno slučaj, otežavajući faktori imaju tendenciju da budu precizniji i nedvosmisleni u odnosu na olakšavajuće okolnosti. Ovo se poklapa sa prihvaćenim konceptom da faktori koji utiču na pooštavanje kazne treba da bude koncizni, nedvosmisleni i da mogu da se dokažu. Okrivljeni i javnost su jasno obavešteni o tome koja postupanja će dovesti do pooštavanja kazne.

Međutim, odredbe o ublažavanju kazne su prilično generičke u svom delokrugu. U izvesnoj meri to se može pripisati činjenici da je nemoguće objasniti svaki mogući splet okolnosti koji može da se pojavi pred sudijom ili da se autoritativno odluči na koji način faktor treba primeniti. Ali, iako ovaj pristup omogućava veliku fleksibilnost, on pruža malo smernica i uvećava verovatnoću suprotnih praksi u izricanju kazni. To dodatno doprinosi nedoslednosti u izricanju kazni, smanjuje pravnu sigurnost i povećava

kritikovanje sudstva. U pogledu izricanja kazni, zakonik pruža malo "pravne individualizacije" i značajnu "sudsku individualizaciju."

Pitanje smernica je dodatno pogoršano otvorenim ili sveobuhvatnim ("*catch-all*") odredbama otežavajućih i olakšavajućih okolnosti predviđenih u zakoniku. Sudovi su dužni da uzmu u obzir nabrojane faktore, ali "nisu ograničeni" njima. Stoga je sud slobodan da razmotri i uključi bilo koji drugi faktor, ukoliko tako odluči. Opet, iako je to svakako dosledna i legitimna međunarodna praksa, malo čini da usmerava diskreciono pravo suda u bilo koji smisleni način. Sudovi bi trebalo da sagledaju korišćenje faktora koji nije naveden kao rezervisano za veoma retke situacije u kojima je faktor jasno odgovarajući i snažno podržan dokazima.

OEBS je u proceni prakse izricanja kazni od početka primene Krivičnog zakonika primetio da u mnogim slučajevima sudije nemaju dovoljno razumevanja o tome kako različite okolnosti mogu, odnosno treba da utiču na odluku o kazni. Iako je raspon olakšavajućih i otežavajućih okolnosti opsežan, a sudovi imaju diskreciono pravo na to kako da ih primene na kaznu, postoje određeni faktori koje bi jasno trebalo ili ne bi trebalo uzeti u obzir. Olakšavajuća ili otežavajuća okolnost mora biti relevantna za krivično delo ili lične okolnosti učinioca. Standardna pozivanja na, ili navođenje olakšavajućih ili otežavajućih faktora, ponekad dovodi do upućivanja na okolnosti koje nisu relevantne za konkretan slučaj²⁷.

Odeljci koji slede pružaju sudu specifičniji pristup svakom otežavajućem i olakšavajućem faktoru. Oni nude kratku raspravu o svakom faktoru i primere o tome šta svaki faktor treba/može da uključi, kao i razmatranja kada se faktor treba izuzeti. Oni takođe razmatraju koliko je važan faktor u ukupnoj oceni suda i koje činjenice mogu promeniti ocenu i/ili koja pitanja treba postaviti.

²⁷ Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju, Misija OEBS-a na Kosovu, Odeljenje za ljudska prava i zajednice, Neadekvatna procena olakšavajućih i otežavajućih okolnosti od strane sudova, Peto izdanje, jul 2010, str. 4

Ocena i primena navedenih faktora koji slede je primarni način na osnovu kojeg će sud prilagoditi kaznu u pojedinačnim i specifičnim okolnostima koje okružuju krivično delo. Krajnji rezultat analize ovih faktora je da se dođe do kazne kao što je navedeno u članu 73 KZ, odnosno kazne koja je "srazmerna težini krivičnog dela i ponašanju i okolnostima učinioca."

Član 74 Krivičnog zakonika Kosova navodi sledeće faktore za razmatranje suda:

2. Prilikom odmeravanja visine kazne, sud će uzeti u obzir, ne ograničavajući se samo na, sledeće otežavajuće okolnosti:

- 2.1. visok stepen umešanosti osuđenog lica u krivično delo;*
- 2.2. visok stepen umišljaja od strane osuđenog lica, uključujući bilo koji dokaz*
- 2.3. prisustvo stvarnog ili zaprećenog nasilja u izvršenju krivičnog dela;*
- 2.4. da li je krivično delo izvršeno sa posebnom okrutnošću;*
- 2.5. da li je krivično delo uključivalo više žrtava;*
- 2.6. da li je žrtva krivičnog dela naročito bespomoćna ili ranjiva;*
- 2.7. starost žrtve, da li je bila mlada ili stara;*
- 2.8. stepen štete koju je osuđeno lice izazvalo, uključujući smrt, trajne povrede, prenos bolesti na žrtvu i svako drugo zlo naneto žrtvi i njenoj porodici;*
- 2.9. svaka zloupotreba ovlašćenja ili službenog položaja osuđenog lica prilikom izvršenja krivičnog dela;*
- 2.10. dokaz da je osuđeno lice zloupotrebilo poverenje;*
- 2.11. da li je krivično delo izvršeno u okviru delovanja organizovane kriminalne grupe; i/ili*
- 2.12. ako je krivično delo izvršeno protiv nekog lica, grupe lica ili imovine zbog etničke pripadnosti ili nacionalnog porekla, nacionalnosti, jezika, verskih uverenja ili nepostojanja verskih uverenja, boje, pola, seksualne orijentacije ili zbog njihove povezanosti sa licima koja imaju gore navedene karakteristike;*
- 2.13. bilo koja relevantna prethodna krivična kazna osuđenog lica.*

3. Prilikom odmeravanja kazne, sud će uzeti u obzir, ne ograničavajući se samo na, sledeće olakšavajuće okolnosti:

- 3.1. okolnosti koje nemaju osnov za isključenje krivične odgovornosti, na primer, smanjenje uračunljivosti;
- 3.2. dokaz provokacije od strane žrtve;
- 3.3. lične prilike i ličnost osuđenog lica;
- 3.4. dokaz da je osuđeno lice imalo relativno manju ulogu u krivičnom delu;
- 3.5. činjenica da osuđeno lice u krivičnom delu nije bilo glavni izvršilac, već pomagač, ili kao podrška, ili je na drugi način pomagalo drugima;
- 3.6. godište osuđenog lica, da li je mlado ili staro;
- 3.7. dokaz da je osuđeno lice izvršilo restituciju ili kompenzaciju žrtvi;
- 3.8. saradnja osuđenog lica sa sudom, uključujući dobrovoljnu predaju;
- 3.9. dobrovoljna saradnja osuđenog lica u krivičnoj istrazi ili gonjenju;
- 3.10. priznanje krivice;
- 3.11. kajanje koje je pokazalo osuđeno lice;
- 3.12. ponašanje osuđenog lica nakon izvršenog krivičnog dela; i/ili
 - 3.1.3. u slučaju da je lice osuđeno za krivično delo uzimanja talaca, kidnapovanja ili nezakonitog lišavanja slobode ili shodno propisanom iz članova 175, 194 ili 196 ovog Zakonika, stvarno doprinelo da se oslobodi ili živa vrati kidnapovana, oteta, zatočena ili žrtva lišena slobode ili je dobrovoljno pružilo informacije koje doprinose identifikaciji drugih odgovornih za krivično delo.

Svaki od faktora navedenih shodno članu 74 Krivičnog zakonika Kosova biće detaljnije obrađeni u glavama koje slede.

GLAVA V

OTEŽAVAJUĆI FAKTORI SHODNO ČLANU 74

5.1 Visok stepen umešanosti osuđenog lica u krivično delo²⁸

Propisna ocena umešanosti odnosno uključenosti optuženog lica u izvršenje krivičnih dela trebalo bi da pravi razliku između različitih oblika individualne odgovornosti. Faktori vezani za položaj i ulogu optuženog u izvršenju krivičnog dela (kao što su "pretpostavljeni", "zloupotreba vlasti ili poverenja") trebalo bi uvek da bude vrlo značajne otežavajuće okolnosti. Međutim, okolnost "direktne umešanosti" je faktor koji se više odnosi na elemente krivičnog dela i umešanosti optuženog u njemu.

Ocenjivanje ovog otežavajućeg faktora zasnovano je na nekoliko razmatranja. Prvo, da će krivično delo uključiti umešanost najmanje dve osobe. Drugo, da postoji stepen umešanosti jednog od onih pojedinaca koji se smatra "višim" ili je u nadređenom položaju u odnosu na drugog.

Iako je prvi faktor relativno jednostavan, drugi je izazovniji i zahtevaće pažljivo razmatranje suda. Kao i sa mnogim odredbama u izricanju kazne, to nije faktor koji sudu

²⁸ Krivični zakonik član 74, stav 2.1

pruža jasno uputstvo kako da se tačno primenjuje. Međutim, postoje dve procene na koje bi sud trebalo prvenstveno da se usredsredi kada razmatra da li ovaj otežavajući faktor postoji. Prvi je da razmotri činjenični scenario krivičnog dela i relativni doprinos svakog od aktera. Druga je da se uzme u obzir uloga okrivljenog lica i da li se ono može smatrati predvodnikom.

- Upoređivanje pojedinačnih radnji

Što se tiče prve procene, sud bi trebalo da uzme u obzir pojedinačni doprinos svakog od aktera u odnosu jednog na drugog. Međutim, ono što je jasno iz jezika govori o tome da sud ne sprovodi precizno detaljnu procenu da li je jedan okrivljeni jednostavno bio umešan više od drugog. U većini slučajeva, kada se postigne potrebni nivo krivice, svim okrivljenim licima će se pripisati nivo umešanosti "prosečnog" učinioca. Prema tome, manje razlike u umešanosti koje bi mogle dovesti do zaključka da je jedan učesnik bio angažovao u više "radnji" od drugog generalno ne bi se trebalo smatrati dovoljnim da bi se opravdao nalaz ovog otežavajućeg faktora.

Umesto toga, sud bi trebalo da razmotri da li je nejednakost u umešanosti znatna i da je postupanje daleko važnije za ostvarenje krivičnog dela. Činjenice ne bi trebalo da ostave nikakvu sumnju u mišljenje suda da je ova određena umešanost aktera očigledno važnija od drugih aktera i da stoga zaslužuje veću kaznu.

Primer: Dva naoružana okrivljena lica ulaze u prodavnicu sa namerom da je opljačkaju. Jedan od okrivljenih (D1) ostaje na vratima prodavnice kao posmatrač-stražar, dok se drugi (D2) približava službeniku. D2 vadi oružje i uperuje ga prema službeniku i zahteva sav novac. Službenik odbija i D2 ispaljuje hitac službeniku u nogu. D2 otvara blagajnu i uzima sav novac. Obojica okrivljenih nakon toga napuštaju prodavnicu i beže automobilom. D1 ne čini ništa osim što čeka na vratima u svojstvu nekoga ko čuva stražu i ni u jednom trenutku nije izvadio oružje iz svog džepa.

U ovom primeru, sud mora da razmotri sve radnje oba okrivljena lica u odnosu na krivično delo, kao i u odnosu jednog na drugog. Nema sumnje da su obojica okrivljenih

bila umešana sa dovoljnom krivicom da ih učini odgovornim za izvršenje krivičnog dela. Međutim, D2 je jasno izvršio ogromnu većinu krivičnih radnji u odnosu na D1. Dok je D1 jednostavno ostao pored vrata u svojstvu posmatrača odnosno nekoga ko je čuvao stražu, D2 je vitlao oružjem, upotrebio ga protiv žrtve i uzeo sav novac iz fioke u kojoj je bila gotovina. Zapravo, nije nemoguće da bi D2 mogao i sam da izvrši krivično delo da D1 uopšte i nije bio prisutan. Iako dovoljnost postupaka jedne stranke za izvršenje krivičnog dela bez prisustva drugog aktera ne predstavlja standard kojim se ocenjuje ovaj otežavajući faktor, to predstavlja odličan primer situacije kada je jedan akter dostigao "visok stepen" umešanosti. U ovoj konkretnoj situaciji, sud može lako zaključiti da se ovaj otežavajući faktor odnosi na D2.

Ovo naravno dovodi do pitanja o tome kakav će uticaj otežavajuće okolnosti D2 "visokog stepena" umešanosti imati na preostala okrivljena lica. Konkretno, da li će takvo pooštavanje uvek dovesti do zaključka o ublažavanju pod faktorom 3.4. "dokaz da je osuđeno lice imalo relativno malu ulogu u krivičnom delu" ili faktor 3.5. "činjenica da je osuđeno lice učestvovalo u krivičnom delu ne kao glavni izvršilac već kao pomagač, podrška ili na neki drugi način pružajući pomoć drugome." Iako je svakako moguće da u gore navedenim činjenicama sud može zaključiti da D1 zaslužuje ublažavanje kazne, to nije automatski zaključak. U većini okolnosti biće moguće da se jedan ili više okrivljenih i dalje smatraju prosečnim učesnicima, dok se radnje drugog okrivljenog uzdižu na nivo "visokog stepena" umešanosti. Sud bi trebalo da bude naročito svestan potencijala za ublažavanje kazne u situacijama u kojima postoje dva okrivljena lica i gde je jedan jasno više umešan od drugog.

- Organizovanje i vođenje

Drugo razmatranje suda trebalo bi da se usredsredi na predvodničku ulogu okrivljenog u organizaciji i u vođenju u ukupnom krivičnom delu. Ova ocena može se razvrstati u dve osnovne kategorije.

Prvo, sud bi trebalo da oceni ulogu okrivljenog u bilo kojim pripremnim radnjama koje vode do dovršenja krivičnog dela. U većini slučajeva događaji koji dovode do izvršenja

krivičnog dela imaju jak uticaj na ocenu suda. Ovo će biti naročito relevantno za izvršenje složenih krivičnih dela u kojima je samo konačno krivično delo ishod niza koraka koji možda nisu krivična dela sama po sebi, ali su važna za dovršenje konačnog krivičnog dela. Oni takođe mogu biti prisutni u manje složenim krivičnim delima. U gore navedenom primeru, jedan okrivljeni je možda dobio planove zgrade, pribavio oružje ili izvršio osmatranje lokacije. Sve ovo možda je trajalo nekoliko sedmica ili samo nekoliko sati pre događaja. Bez obzira na vremenski okvir, to može doprineti stepenu umešanosti okrivljenog u krivičnom delu i doprineti pooštavanju kazne.

Drugo, sud bi trebalo da sagleda sve radnje ili činjenice koje ukazuju na to da okrivljeni kontroliše ili predvodi drugim licima. Ovo može biti pre izvršenja krivičnog dela, tokom faze pripreme i tokom aktualnih postupaka koji čine samo krivično delo. U spomenutom, okrivljeni može reći drugim učesnicima kako da se ponašaju, šta da rade tokom stvarne pljačke i usmerava njihove postupke dok se to krivično delo odvija. U oba slučaja, sud može takođe da razmotri da li postoje veze, formalne ili neformalne, koje ukazuju na predvođenje jednog drugima. To mogu biti trenutni ili prethodni odnosi. Primeri uključuju porodične odnose, radne strukture (poslodavac/zaposleni), ugovore, bivše vojne i/ili prethodne poslovne veze.

- Međunarodna praksa

Iako ne postoji direktna paralela u međunarodnoj praksi za ovaj faktor, ona se može posmatrati u kontekstu predvodničke pozicije u hijerarhijskoj strukturi. Ovo je u skladu s uverenjem da bi rukovodioci, posebno u organizovanim hijerarhijskim strukturama, trebalo da budu kažnjeni u većoj meri od podređenih. Kao što je naveo MKSJ u suđenju Stakiću²⁹:

...kao i u privrednom kriminalu, učinilac iza neposrednog učionica – učinilac koji nije uprljao ruke – možda zaslužuje veću kaznu nego onaj koji je bio fizički umešan, u zavisnosti od konkretnih okolnosti predmeta.

²⁹ Predmet br. IT-97-24-T, Presuda u predmetu Tužilac protiv Milomira Stakića, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (31. juli 2003), stav 918.

Nije iznenađujuće što ovaj faktor najčešće navode međunarodni sudovi u predmetima ratnih zločina ili genocida. U tim slučajevima, postojanje predvodnika, naročito u formalnoj hijerarhijskoj strukturi smatra se bitnim za dovršenje zločina. Bez postojanja formalne vojne strukture i svih pratećih okolnosti koje su dolazile uz to, zločini se možda nikada ne bi ni dogodili. Stoga su sudovi smatrali da je to trebalo da bude nešto što utiče na veću težinu tog dela. Iako postoje neki međunarodni slučajevi u kojima ne dolazi do pooštavanja, uglavnom se to javlja u situacijama kada je rukovodilačka pozicija bila element zločina.

Veoma je interesantno videti nijanse u obrazloženju MKSJ-a u predmetu Plavšić i kako su njenu ulogu u predsedništvu smatrali otežavajućim faktorom. Pretresno veće je u svojoj presudi navelo: *"Pretresno veće prihvata da je visok položaj optužene otežavajući faktor u ovom predmetu. Optužena nije bila u redovima najvišeg rukovodstva - na tom nivou su bili drugi. Nije ona bila začetnik plana koji je doveo do tog zločina, i u njegovom sprovođenju ona je imala manju ulogu od drugih. Međutim, gospođa Plavšić je tokom kampanje bila član Predsedništva, najvišeg tela civilne vlasti, i svojim učešćem u radu Predsedništva i izjavama koje je davala podsticala je i podržavala tu kampanju."*³⁰

Indirektno učešće optuženog u izvršenju zločina s druge strane trebalo bi povezati sa bolje formulisanom teorijom načina odgovornosti, a ne olakšavajućom okolnošću. Na primer, po mišljenju Žalbenog veća MKSJ *„dokaz aktivnog učestvovanja nadređenog u krivičnim delima podređenih dodaje na težini propustu nadređenog da ta dela spreči, odnosno da za njih kazni, te stoga može otežati i kaznu.... Propust da se spreče ili kazne krivična dela podređenih jeste relevantno skrivljeno ponašanje, ali odsustvo aktivnog učešća u zločinima tu vinost ne umanjuje."*³¹

³⁰ Predmet br. IT-00-39&40/1-S, Presuda o kazni u predmetu Tužilac protiv Biljane Plavšić, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (27. februar 2003) stav 57.

³¹ Predmet br. IT-96-21-A, Presuda u predmetu Tužilac protiv Zejnila Delalića, Zdravka Mucića, Hazima Delića i Esada Landžo, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (20. februar 2001), stavovi 736-737, navodeći Presudu na žalbu u predmetu Aleksovski, stav 183.

Kao takav, čin pomoći u zločinu predstavlja oblik učešća u zločinu koji se često smatra manje ozbiljnim od ličnog učešća ili izvršenja kao glavnog, i može u zavisnosti od okolnosti pozivati na lakšu kaznu od one koja je zaprećena za neposredno izvršenje.

Isto važi i za nespremnost u izvršenje krivičnih dela. Nespremnost ne bi trebalo uopšteno da ima nikakvu ulogu u ublažavanju ili pooštavanju krivičnog dela. Faktor "spremnosti/ushićenosti" u izvršenju podrazumeva da su elementi više povezani sa odgovarajućim neophodnim *mens rea* za izvršena krivična dela. Stepem umešanosti optuženog je već ocenjena (i shodno tome odmeren) u odnosu na mentalni element (svesna namera), bez potrebe da se uzima u obzir kod ublažavanja ili pooštavanja kazne drugi put.

Što se tiče mogućnosti da se postojanje naredbe nadređenog smatra olakšavajućom okolnošću za optuženog koji je morao da izvrši tu naredbu (tj. oblik "prinude"), trebalo bi precizirati da takva okolnost ne mora nužno da predstavlja olakšavajuću okolnost i jasno ne daje potpunu zaštitu vojnicima. Svakako, u slučaju u kojem je optuženi bio podređen, ali i voljan učesnik u krivičnom ponašanju neće doći do ublažavanja njegove kazne. Postojanje naredbe nadređenog kvalifikuje se kao olakšavajuća okolnost samo kada podređeni izvrši zločin ili zločine nevoljno, već pod apsolutnom prinudom kao rezultat obavezne prirode naredbe dobijene od nadređenog gde bi neposlušnost mogla ugroziti sopstveni život optuženog lica.

- Preklapanje i oprez

Kao i kod drugih krivičnih dela, posebno je važno proceniti da li optužba već uključuje ulogu pojedinca. Na primer, član 143 o organizaciji i učešću u terorističkoj grupi predviđa kaznu u trajanju od pet do deset godina za učešće, ali i u trajanju od deset do dvadeset godina za nekoga ko ima rukovodeću ulogu. Tako se ovaj faktor ne može primeniti u toj konkretnoj situaciji.

Sa ovim faktorom takođe postoji i velika mogućnost za preklapanje sa drugim kategorijama, posebno kada sud razmatra planiranje uključeno u krivično delo, kao i postojanje organizacije. Kada sud ocenjuje situaciju u kojoj postoji značajno prethodno planiranje, faktor 2.2 koji se odnosi na visok stepen namere i/ili predumišljaj takođe može da se uključi u razmatranje. Sasvim je moguće da prethodno planiranje ukazuje na stepen umišljaja, kao i odvajanje jednog okrivljenog od drugog u pogledu visokog stepena umešanosti. Isto tako, možda postoji preklapanje kada postoji organizovana struktura koja uključuje formalniju strukturu kao što je vlada ili vojna organizacija u kojoj je okrivljeni zvanični vođa. U tom slučaju je moguće pripisati faktor 2.9 jer će uključiti neku vrstu "zloupotrebe ovlašćenja ili službenog položaja". U zavisnosti od činjenica, zloupotreba ovlašćenja može vinuti okrivljenog do visokog stepena učešća u krivičnom delu.

Na kraju, sud mora biti svestan odnosa između ovih faktora i pažljivo razmotriti važnost svakog faktora u ishodu. Sud ne sme jednostavno pripisati maksimalnu težinu svakom faktoru samo zato što postoji, nego mora pažljivo da dodeli stepen koji nezavisno odmerava jedan od drugog. Ovo nije lak zadatak, ali uzimajući u obzir uticaj koji može imati u povećanju kazne, mora se pažljivo razmotriti. Ipak, kada dolazi do preklapanja sva tri faktora, to će ukazati sudu da u celini postoji potreba za pooštavanjem kazne.

- Entuzijizam u učestvovanju

Ovaj faktor takođe ne zahteva procenu "entuzijazma" za učestvovanjem u krivičnom delu. Iako neke strukture za izricanje kazne smatraju potrebnim da se uveća težina dela gde je stanje svesti okrivljenog pokazalo poseban entuzijizam u izvršenju dela, to nije slučaj sa kosovskim zakonom. Kada je neophodno stanje svesti dostiglo krivičnu odgovornost, ne postoji povećanje za učesnika koji pokazuje ushićenje u izvršenju krivičnih dela. Slično tome, nespremnost za učestvovanjem u krivičnom delu je već razmotreno u *mens rea* povezanim sa krivičnim delom. Ovo je detaljnije obrađeno u delu o ublažavanju kazne.

- Opšta razmatranja uključuju:
 - Aktivnosti znatno veće od ostalih učesnika.
 - Planiranje aktivnosti da se uveća verovatnoća ostvarenja krivičnog dela
 - Rekrutovanje i finansiranje drugih učesnika
 - Usmeravanje aktivnosti drugih
 - Dobijanje sredstava za izvršenje krivičnog dela
 - Postepeni koraci za napredovanje krivičnog dela

- Neka relevantna pitanja su:
 - Da li je okrivljeni bio u hijerarhijskom položaju?
 - Da li je struktura bila formalna ili neformalna?
 - Da li je okrivljeni bio vođa strukturi ili grupi?
 - Da li je uloga okrivljenog bila značajna u planiranju zločina?
 - Da li je položaj okrivljenog doprineo izvršenju zločina?
 - Da li su postupci ili autoritet optuženog uvećali težinu zločina?
 - Da li bi krivično delo bilo uspešno bez učešća okrivljenog?

5.2. Visok stepen umišljaja osuđenog lica, uključujući bilo koji dokaz predumišljaja³²

Uopšteno govoreći, pojam predumišljaja smatra se planiranjem pre izvršenja krivičnog dela. Smatra se većim stepenom pretnje po društvo jer je u suštini napad na društvene vrednosti i ukazuje na veću posvećenost i možda kontinuitet u odnosu na spontano krivično delo. Njegova pretnja društvu je prvenstveno ukorenjena u konceptu da ova uvećana posvećenost u izvršenju krivičnog dela ukazuje na možda manju verovatnoću za uspešnu rehabilitaciju i veću milost. Kako je navelo Pretresno veće MKSJ u predmetu Krstić: *Učešće u krivičnom delu, zdušno ili s predumišljajem, nužno ukazuje na to da je posredi učešće višeg krivičnog stepena. Pri odmeravanju odgovarajuće kazne, mora se napraviti razlika između osoba koje su se pustile uvući u vihor nasilja, čak i nevoljno i*

³² Krivični zakonik član 74, stav 2.2

*njegovih vinovnika ili onih koji su ga pogoršali, te time u mnogo značajnijoj meri doprineli ukupnoj šteti."*³³

Predumišljaj se uglavnom nalazi pod kategorijom lične okolnosti (prilike) koja se odnosi na učinioca, ali i pod opštim okolnostima vezanim za izvršenje krivičnog dela. Ne opisuje samo pojedinca, već i šta se dešava tokom faza koje dovode do određenih dela. Stoga će ovaj faktor zahtevati pažljivo razmatranje specifičnih činjenica situacije.

U proceni ovog faktora postoje dva osnovna razmatranja za sud. Prvo, stepen planiranja i pripreme pre izvršenja krivičnog dela. Ovo je prilično jasna i jednostavna procena i o njoj je više rečeno pod faktorom 2.1. Sud bi trebalo da razmotri stepen planiranja, a posebno vreme uključeno u pripremu.

Drugi faktor se prvenstveno bavi situacijama u kojima učinioci postupaju na osnovu uverenja da im je neko ili nešto učinio nažao. Klasična situacija se može opisati kao motivisana osveta ili branjenje "časti". U tim situacijama, relevantna procena će biti usmerena na vreme i priliku okrivljenog da razmisli o okolnostima koje izazivaju potrebu za osvetom. Okrivljenom koji je imao dovoljno prilika da "ohladi glavu", a i dalje nakon toga izabere da se osveti se mora pripisati maksimalni stepen pooštavanja kazne, posebno kada je uključeno značajno planiranje.

- Preklapanje i oprez

Postojanje visokog stepena umišljaja ili predumišljaja može se preklapati sa faktorom 2.1 u situacijama u kojima je uključeno više učinilaca. U nastojanju da izbegne dvostruko vrednovanje okolnosti, sud bi trebalo da pripíše ovom faktoru planiranje. Ovo se zasniva na činjenici da je planiranje samo jedno od nekoliko razmatranja koja mogu uticati na stepen učešća odnosno umešanosti. S druge strane, postojanje planiranja je neposredan dokaz predumišljaja.

³³ Predmet br. IT-98-33-T, Presuda u predmetu Tužilac protiv Radislava Krstića, Međunarodnu krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (2. avgust 2001), stav 711.

- Neka od relevantnih pitanja su:
 - Da li je došlo do osvete ili navodnog napada na uključenog okrivljenog?
 - Koliko je proteklo između navodne uvrede i krivičnog dela?
 - Koliko planiranja je bilo uključeno u izvršenje krivičnog dela?
 - Koliko su bile kompleksne pripreme za izvršenje krivičnog dela?
 - Da li je bilo moguće dovršiti krivično delo bez planiranja?
 - Da li je učinilac kupio predmete da dovrši krivično delo?
 - Ako je bila uključena žrtva, da li je učinilac čekao pravi trenutak pre izvršenja krivičnog dela?

5.3. Prisustvo stvarnog ili zaprećenog nasilja u izvršenju krivičnog dela³⁴

Ocena ove okolnosti se fokusira na upotrebu ili pretnju upotrebe stvarnog nasilja u izvršenju krivičnog dela. U većini slučajeva, upotreba stvarnog nasilja ili pretnje već će biti uračunata u strukturu kazne za krivično delo. Na primer, upotreba stvarnog nasilja ili pretnje će uticati na to da obična krađa dostigne težinu razbojništva. U tim okolnostima, sud će ignorisati otežavajući faktor. Primena ovog faktora biće ograničena samo na ona krivična dela u kojima nasilje postupanjem ili pretnjom izostaje iz zakonske kvalifikacije krivičnog dela. Generalno, stvarno nasilje se treba smatrati više otežavajućim faktorom nego pretnja nasiljem.

Jedno razmatranje za sud biće učešće trećih strana. Možda postoje situacije u kojima pretnja nasiljem nije usmerena na žrtvu krivičnog dela, već na treću stranu. U ovim situacijama, sud bi trebalo da razmotri sve okolnosti i odnos između krivičnog dela i pretnje. Ako pretnja nosi neku vezu sa celokupnim krivičnim delom, sud bi trebalo da to smatra otežavajućim faktorom, bez obzira da li je pretnja bila usmerena na krajnju žrtvu. Faktor ne pravi razliku između žrtve krivičnog dela i treće strane. Zbog toga ne bi trebalo

³⁴ Krivični zakonik član 74, stav 2.3

da bude smanjena težina faktora jednostavno zato što je pretnja usmerena prema trećoj strani.

U kontekstu krivičnih dela nasilja u porodici, sud bi trebalo da bude posebno svestan pretnje nasiljem i njegove eventualne upotrebe prema trećim stranama. Prisustvo oružja u kući često je ključna komponenta u stvaranju straha kod žrtve kroz konstantno stanje ugroženosti. Oružje je možda korišćeno u prethodnom incidentu bilo stvarnog nasilja ili pretnje, a njegovo dalje prisustvo podrazumeva stalnu mogućnost da će se ponašanje samo po sebi reprodukovati. Takođe služi da odvraća žrtvu da napusti agresora ili prijavi prethodne incidente vlastima. Istraživanja pokazuju da upotreba oružja ili opasnih predmeta ili pretnja da budu upotrebljeni u kontekstu nasilja u porodici predstavlja jasan pokazatelj eskalacije i odlučujući pokazatelj u fatalnim ishodima.

○ Neka relevantna pitanja su:

- Da li se koristilo stvarno nasilje?
- Da li je bilo uključeno oružje?
- Kakva je bila priroda i obim bilo kakvih povreda?
- Da li je upotreba/pretnja nasiljem bila neophodna za dovršenje krivičnog dela?
- Ukoliko je bila uključena pretnja, da li je okrivljeni imao mogućnost da izvrši pretnju?
- Da li je bilo upotrebe/pretnje nasiljem prema trećoj strani?
- Da li je pretnja bila otvorena i očigledna?
- Da li je pretnja bila podrazumevana?

5.4 Kombinacija faktora koji se odnose na žrtve

Faktori 2.4, 2.5, 2.6, 2.7 i 2.8 člana 74 se svi odnose na žrtve i specifične kriterijume koji će pooštriti kaznu za osuđujuću presudu. Činjenica da se pet otežavajućih faktora fokusira na žrtve krivičnog dela je dokaz važnosti koju će ova procena igrati u proceni konačne kazne. U mnogim šemama odmeravanja kazne postoji neposredna povezanost

između uticaja na žrtvu i ukupne težine krivičnog dela - i često se smatraju najvažnijim faktorima koje treba razmotriti. Kako se ozbiljnost krivičnog dela povećava na ovaj način, postoji povećana potreba da se javnost zaštiti kroz opšte odvracanje i da se žrtva obešteti zbog uticaja krivičnog dela.

Važnost postupanja prema žrtvama priznata je u Direktivi Evropske unije 2012/29/EU koja jasno i sažeto navodi da “ [ž]rtve krivičnih dela trebalo bi zaštititi od sekundarne i ponovljene viktimizacije, od zastrašivanja i odmazde, one bi trebalo da dobiju odgovarajuću podršku radi olakšavanja oporavka te bi im trebalo omogućiti odgovarajući pristup pravosuđu.”³⁵ Ovo je dalje opisano u samoj Direktivi koja navodi da " države članice osiguravaju da žrtve mogu biti saslušane tokom krivičnog postupka i da mogu pružiti dokaze.”³⁶ Kada sud razmatra individualnu procenu žrtve i okolnosti krivičnog dela mora uzeti u obzir „lične karakteristike žrtve poput starosne dobi, rod i rodni identitet ili rodno ispoljavanje, etničku pripadnost, rasu, religiju, seksualno opredeljenje, zdravlje, invalidnost, boravišni status, poteškoće u komunikaciji, odnos s učiniocem ili ovisnosti o njemu te prethodno iskustvo s krivičnim delom. Takođe treba uzeti u obzir vrstu ili prirodu i okolnosti krivičnog dela, na primer, da li se radi o zločinu iz mržnje, krivičnom delu zbog neke osobine osobe ili krivičnom delu izvršenim s diskriminatornim motivom, seksualnom nasilju, nasilju u bliskom odnosu, da li je učinilac bio u nadređenom položaju, nalazi li se boravište žrtve u području obeleženom visokim stepenom kriminaliteta ili području kojim dominiraju bande ili činjenicu da zemlja porekla žrtve nije država članica u kojoj je krivično delo izvršeno.”³⁷ U krajnjoj liniji, "[p]ravda se ne može efikasno ostvariti osim ako žrtve ne mogu propisno objasniti okolnosti krivičnog dela i pružiti svoje dokaze na način koji je razumljiv nadležnim organima.”³⁸

³⁵ Direktiva 2012/29/EU Evropskog parlamenta i Saveta Evrope, 25. oktobar 2012.) o uspostavljanju minimalnih standarda o pravima, podršci i zaštiti žrtava krivičnih dela koja zamenjuje Okvirnu odluku Saveta Evrope 2001/22/JHA, (9).

³⁶ Ibid, član 10 stav 1.

³⁷ Ibid, (56).

³⁸ Ibid. (34)

Iako je primarni fokus direktive da utvrdi osnovni nivo usluga i obaveza koje svaka država članica mora ponuditi žrtvama, ona ipak jasno utvrđuje obavezu sudova da sveobuhvatno uzmu u obzir žrtvu tokom čitavog postupka. Ovo ne obuhvata samo pravo da izvede dokaze i da bude saslušana pred sudom, već i obavezu suda da razmatra pojedinačne okolnosti i položaj žrtve.

Ova načela su jasno sadržana u KZ i ZKP. Kao što je ranije rečeno, KZ predviđa da je jedan od najvažnijih ciljeva kažnjavanja taj da pruži naknadu žrtvama i zajednici za gubitke ili štete prouzrokovane kriminalnim ponašanjem.³⁹ Ovo ne treba posmatrati kao nešto što je samo ograničeno na finansijske ili imovinske gubitke u više tradicionalnom smislu reči, već da se obezbedi određeni stepen restorativne pravde – da bi žrtva bila upotpunjena. U tom cilju, ZKP obezbeđuje mehanizme žrtvama kroz mogućnost da učestvuju na suđenju i iznesu dokaze. Ovo podrazumeva pružanje dokaza i svedočenje koji će doprineti u oceni otežavajućih i olakšavajućih faktora za izricanje kazne. Važno je imati na umu da neki od faktora mogu uključiti razmatranja koja možda tužilac obično ne može da iznese da bi ustanovio *prima facie* predmet protiv okrivljenog. Prema tome, sud bi trebalo da obezbedi slobodu žrtvi u izvođenju dokaza kako bi se pravično i odgovarajuće ocenilo u punoj meri da bilo koji od ovih faktora može igrati ulogu prilikom odmeravanja u pooštavanju kazne.

Širok obim viktimizacije je prirodno veoma važan element i vrlo često predstavlja značajan pokazatelj obima krivičnog odnosno krivičnih dela. Generalno obuhvata niz okolnosti i faktora, kao što su:

- broj žrtava,
- vremensko trajanje izvršenja krivičnog dela,
- da li je krivično delo izvršeno u produženom trajanju prema istoj žrtvi,
- stepen nanesene patnje i ponižavanja,
- namerno i nehumano povećanje patnje žrtava;
- ranjivost žrtava – bespomoćna žrtva;
- šteta, trauma i nivo patnje izazvan žrtvama,

³⁹ Krivični zakonik Kosova, član 41, stav 1.3.

- starost, nepunoletnost ili mladost žrtava,
- izvršenje krivičnog dela zloupotrebom položaja nadmoćnosti nad žrtvom/iskorišćavanjem poverenja;
- fizička i duševna trauma preživelih kao posledica krivičnog dela;
- izvršenje zasnovano na rasističkoj, etničkoj, religijskoj ili rodno motivisanoj diskriminaciji ili bilo kom drugom obliku pristrasnosti.

Sud mora uvek imati u vidu to da ako je kazna pravedna i srazmerna težini krivičnog dela, da će onda žrtva, porodica žrtve i prijatelji i javnost biti uvereni da se zakon poštuje i da neće biti želje za daljom odmazdom ili privatnoj osveti.

5.4.1 Da li je krivično delo izvršeno sa naročitom okrutnošću⁴⁰

Okrutnost je uobičajeni koncept kroz sisteme izricanja kazni kada se bavi žrtvama. To je univerzalno uverenje da postupci učinjeni nad žrtvama koji uključuju neku komponentu okrutnosti treba da uključuju dodatni kvantum kazne izvan onoga što bi se smatralo kaznom za "prosečno" krivično delo. Kao takvo, postojanje će često biti uključeno kao faktor gde će žrtva i okolnosti koje su lične žrtvi biti glavni faktor koji doprinosi oceni. Međutim za sud je važno da ima u vidu da će težina odnosno pooštavanje kazne u ovoj situaciji biti ograničeno samo na one situacije u kojima se okrutnost podiže do nivoa "posebne" okrutnosti.

Sam zakonik ne pruža definiciju onoga šta čini okrutnost. Koncept se uopšteno smatra da predstavlja postupanje koje uzrokuje bol i patnju drugome bez obzira ili zabrinutosti zbog izazivanja stanja ili njegovog uticaja na primaoca. Glavna polazišta za razmatranje su tada elementi potrebni za izvršenje krivičnog dela povezani sa postupcima okrivljenog, tj. stepen povrede i umišljaja optuženog da nanese te povrede.

⁴⁰ Krivični zakonik član 74, stav 2.4

Svaka povreda veća od one neophodne za ispunjavanje uslova krivičnog dela ili obično povezane sa krivičnim delom prirodno će dovesti do zaključka o određenom stepenu okrutnosti. U drugim situacijama, kada je stepen povrede izvan neophodnog za izvršenje krivičnog dela veći, na primer u ubistvu, fokus će biti na postupcima okrivljenog koji ukazuju na to da je došlo do sakaćenja i/ili patnje izvan onoga što je potrebno za prouzrokovanje smrti i da je okrivljeni nameravao takvo dodatno nasilje.

Da li se nivo okrutnosti uzdiže do nivoa "posebne" okrutnosti zahteva detaljniju procenu ukupnih okolnosti, uključujući i posledicu krivičnog dela na određenu žrtvu. Posebna okrutnost će postojati kada krivično delo uključuje dodatno nanošenje bola i okrutnosti značajno više od onog što se obično povezuje sa izvršenjem krivičnog dela u pitanju. U odgovarajućim okolnostima, stepen povrede, u poređenju sa nivoom koji je potreban za krivično delo biće ubedljiv pokazatelj kada je u pitanju namera odnosno umišljaj okrivljenog. Ovo će do određene mere uključiti sudsku procenu krivičnog dela u svetlu svog prethodnog iskustva i izloženosti sličnim situacijama. Ne postoji formalni ili kvantitativni pristup da bi se utvrdilo da li je ovaj faktor prisutan.

U određenoj meri, ovaj faktor je uključen u mnogim predmetima Međunarodnog tribunala u vezi sa težinom zločina tokom sukoba. Na primer, u predmetu Blaškić i drugi, Pretresno veće je zaključilo: *"Činjenica da je zločin bio toliko nečuven kakav je bio je kvalitativni kriterijum koji se može izvući iz naročito okrutne ili ponižavajuće prirode". "Okrutnost napada očigledno predstavlja suštinsko razmatranje prilikom određivanja odgovarajuće kazne. U ovom slučaju, gnusnost zločina utvrđena je po veličini i planiranju učinjenih zločina što je dovelo do toga da se patnja namerno nanosi. . . žrtvama bez obzira na godine, pol ili status."*⁴¹

- *Psihološki uticaj*

Adekvatna procena ovog faktora zahteva dovoljno dokaza koji ukazuju na prirodu i obim povreda. Ovo ne treba ograničiti samo na fizičke povrede, nego mora takođe da uključi i

⁴¹ Predmet br. IT-95-14-T, Presuda u predmetu Tužilac protiv Tihomira Baškića, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (3. mart 2000), stav 783.

povrede psihološke prirode. Ovo može uključivati i kratkoročne i dugoročne psihološke implikacije i sposobnost određene žrtve da se oporavi nakon zločina.

Psihološko nasilje nad žrtvom u porodičnim i partnerskim vezama ponekad može da predstavlja najznačajniju povredu žrtvi. Savremena medicina i razvijeni pravni sistemi prepoznaju da psihološke povrede vremenom mogu trajno i dugotrajno uticati na žrtvu. Psihološka komponenta povreda ostaje dugo nakon nestanka znaka fizičkog nasilja. Može imati mnogo oblika i dijagnostikuje se kao širok spektar stanja od kojih su mnoga trajna i dovode do onesposobljenosti.

Iako retko, može da postoji minimalna ili čak i nikakva komponenta fizičkog nasilja u istoriji odnosa. To ne znači da bi istorija odnosa trebalo da bude odbačena. Uticaj psihološke i emocionalne povrede treba proceniti u dugoročnom smislu i sud mora pažljivo da je razmatra.

Na kraju, sud mora razmotriti psihološke implikacije ne samo trenutnog krivičnog dela već i dugoročne veze i psiholoških implikacija. To utiče kako na ozbiljnost trenutnog krivičnog dela tako i na pooštavanje kazne po ovom faktoru. Što je veća težina psihološke povrede i ponašanja tokom vremena, utoliko je veća verovatnoća pronalaženja "posebne okrutnosti" i uvećanja kazne za krivično delo. Sud u proceni ovog faktora mora razmatrati trajnost fizičke i emocionalne povrede.

- Uticaj na treća lica

Sud takođe može razmotriti uticaj povrede na druge. Na primer, slučaj ubistva u kome okrivljeni sahranjuje telo na nepoznatom mestu može imati ekstremni psihološki uticaj na porodicu žrtve. Uključivanje članova porodice kao žrtava u slučajevima ubistava je priznalo Pretresno veće MKSJ-a navevši: *"Uz fizičke ili emocionalne ožiljke koje nose žrtve, njihova patnja zbog gubitka najbližih i činjenica da većina njih i dalje ne mogu da se vrate svojim kućama do današnjeg dana takođe mora da se pomene."*⁴²

⁴² Ibid. stav 787.

Ovi faktori se mogu smatrati dodatnim dokazima o tome da okrivljeni nije bio zabrinut zbog uticaja krivičnog dela. Slično tome, stvarno prisustvo dece može biti dovoljno ili da su videla, čula ili na drugi način bili svedoci izvršenja krivičnog dela.

- Ponovljena dela prema istoj žrtvi

Važno je istaći naročito razarajući efekat na žrtvu koja je neprestano podvrgnuta istoj vrsti krivičnog dela ili postupanju tokom vremenskog perioda. Ponavljanje će uvek imati značajan uticaj na pooštavanje konačne kazne, posebno kada se razmatra da li okolnosti nastaju na nivou posebne okrutnosti.

Ponavljanje se često javlja u situacijama nasilja u porodici gde je do ukupne povrede i štete došlo tokom dužeg vremenskog perioda, što može uključiti i značajne vremenske prekide između određenih dela. Iako je vremensko trajanje između dela relevantno, ne bi trebalo da se koristi da se diskretno odvoji ili isključi šteta izazvana jednom epizodom od one druge. Sud mora razmotriti vrstu krivičnog dela, predmet krivičnog dela i namere učinioca prilikom utvrđivanja da li bi odgovarajuće postupanje trebalo razmotriti u vezi sa trenutnim krivičnim delom. Osim toga, ako delo tehnički ne dopušta pooštavanje kazne kao recidiviste, njega ne treba zanemariti. To može i dalje biti relevantno u pooštavanju određenog krivičnog dela unutar raspoloživog raspona. Najzad, incidenti koji nisu formalno optuženi ili presuđeni mogu se i dalje koristiti za pooštavanje kazne, sve dok je sud uveren da su se dogodili.

- Preklapanje i oprez

Kao i kod drugih faktora, sud mora biti upoznat sa mogućim preklapanjem. Međutim, sud ne bi trebalo da okleva u suštinskom pooštavanju ili kombinovanju više faktora koji se nezavisno ne kvalifikuju za pooštavanje u jedan faktor koji to čini. Na primer, okrivljeni je izvrši čin nasilja nad žrtvom i postoje indicije da je učinjen sa okrutnošću. Međutim, sud nije uveren da ima dovoljno osnova da ga zaista smatra posebno okrutnim. Nakon daljnjeg razmatranja, sud zaključuje da, na sličan način, postoje indicije da je žrtva bila bespomoćna, ali ne toliko bespomoćna da bi se opravdao nalaz posebne bespomoćnosti shodno faktoru 2.6. U ovoj situaciji, razumno je razmatrati zajedno dva faktora kako bi

se iskombinovali u jedinstveno utvrđivanje činjenice posebne okrutnosti i stoga pooštavanju kazne shodno faktoru 2.4.

Ključ ovog zaključka je da su ova dva pitanja tako blisko povezana. U mnogim aspektima teško ih je u potpunosti izolovati u zasebna razmatranja. Bilo koji zaključak da je žrtva bespomoćna/ranjiva prirodno će dovesti do toga da sud veruje da je žrtva pretrpela određeni stepen okrutnosti. Ovo je posebno slučaj kada je ranjivost očigledna razumnom posmatraču. Međutim, ako osnov nalaza nekog nivoa okrutnosti u potpunosti zavisi od zaključka suda da je žrtva bila bespomoćna onda, tu ne bi trebalo da bude pooštavanje kazne.

Konačno, u zakoniku ne postoje krivična dela koja zakonski povećavaju kaznu zasnovanu na elementu posebne okrutnosti. Međutim, postoji nekoliko krivičnih dela koja povećavaju raspon kazne za postojanje bilo kakve okrutnosti. Ako određeno krivično delo za utvrđivanje krivice ima uključenu komponentu okrutnosti, onda ne bi trebalo da bude pooštavanja kazne zasnovane na ovom faktoru kao što je već razmatrano.

- Relevantna pitanja su:
- Da li su povrede znatno iznad onih koje su potrebne za ispunjavanje zakonskih elemenata krivičnog dela?
- Postoje li posebne povrede pored primarne povrede koja ispunjava zakonski potreban nivo povrede?
- Da li postoje pokazatelji da je okrivljeni predvideo nivo povreda?
- Postoje li dugoročni neželjeni efekti povreda?
- Postoje li mentalne povrede uključene kao direktan ili indirektan rezultat krivičnog dela? Ako jeste, da li su trajne ili dugoročne?
- Postoje li povrede ili psihološke implikacije na članove porodice? Kakva je priroda i obim?
- Da li postoje jasne indikacije bespotrebnog nanošenja povreda?
- Da li postoje indikacije da je okrivljeni učinio krivično delo protiv žrtve uz revnost ili uživanje?

- Da li je okrivljeni ostavio žrtvu u bespomoćnom stanju?

5.4.2 Da li je krivično delo imalo više žrtava⁴³

Primarna svrha ovog faktora je da kodifikuje princip da je okrivljeni koji učinio krivično delo nasilja ili krivično delo koje verovatno može naneti štetu nekoliko ljudi je više kriv od okrivljenog koji je naneo štetu samo jednoj osobi. U takvoj situaciji, kazna prosečnog učinioca jednostavno nije dovoljno priznanje da je svaka pojedina žrtva dobila rekogniciju u celokupnoj kazni suda. U zavisnosti od prirode krivičnog dela i broja žrtava, sud bi trebalo da uskladi raspon kazne kako bi se dala duža pažnja za uvećanu krivicu. Važno je imati na umu da se ovaj faktor može primeniti na situacije koje ne odgovaraju tradicionalnim uverenjima o onome ko se kvalifikuje kao žrtva - tj. da žrtve postoje samo kada postoji zvanična optužba za krivično delo i žrtva je posebno identifikovana ili označena kao "žrtva".

Postoje dve primarne situacije u kojima će ovaj faktor igrati ulogu u uvećanju konačne kazne. Prva je kada postoji žrtva čije povrede su prouzrokovane krivičnim delom, ali nema optužbi povezanih sa žrtvom. Drugo je kada optužba po definiciji uključuje više žrtava, ali ne pravi razliku na osnovu broja žrtva.

U prvoj situaciji, žrtva je tipično treća osoba koja nije telesno povređena, nego je bila izložena nekoj vrsti emocionalne ili psihološke povrede. Ovo je tipično prisutno kada je u izvršenju krivičnog dela upotrebljen visok stepen okrutnosti ili nasilja. Može biti uzrokovano pojedinačnim delom ili tokom dužeg vremenskog perioda. Ove povrede, iako ih tužilaštvo formalno ne tereti kao krivično delo se sve više razmatraju u međunarodnoj praksi kao faktor koji doprinosi ukupnoj šteti prouzrokovanoj delom, a lica koja ih zadobijaju se smatraju žrtvama.

Ovaj faktor je značajan u situacijama nasilja u porodici gde se sudovi često fokusiraju isključivo na odredbe o starateljstvu i ignorišu uticaj na dete prisutno u domu. Ako u

⁴³ Krivični zakonik član 74, stav 2.5

domu postoji dete koje je prisutno tokom krivičnog dela, sud mora još jednom da sagleda genezu i uticaj na dete. Čak i ako krivično delo za koje se lice tereti ne uključuje postupke direktno prema detetu, prisustvo deteta se može smatrati otežavajućim faktorom pod 2.5 jer će dete biti dodatna žrtva. Kada je prisustvo utvrđeno, sud će morati da utvrditi stepen povrede i razmotri stepen odgovarajućeg pooštavanja kazne (slično razmatranjima u pogledu primarne žrtve).

Čak iako dete nije izloženo fizičkom zlostavljanju, deca često pretrpe emocionalnu i psihičku traumu zbog toga što žive u domovima gde njihovi očevi zlostavljaju njihove majke. Deca koja odrastaju gledajući kako su njihove majke zlostavljane, posebno od strane njihovih očeva, odrastaju sa uzorom intimne veze u kojoj jedna osoba koristi zastrašivanje i nasilje u odnosu na drugu osobu kako bi dobili ono što žele. Stručnjaci smatraju da deca koja odrastaju u domovima gde ima zlostavljanja nauče da je nasilje efikasan način za rešavanje sukoba i problema. Postoji velika verovatnoća da će ona da replikuju nasilje koje su videli kao deca u svojim tinejderskim i odraslim odnosima i konačno u svojim iskustvima kao roditelji. Deca iz nasilnih domova koja su izložena nasilju ili su svedoci, takođe su izložena većem riziku od narkomanije/alkoholizma, posttraumatskog stresnog poremećaja, maloletničke delikvencije i na kraju kriminalne aktivnosti kao odrasli ljudi.

Sud bi trebalo da utvrdi ovaj otežavajući faktor u slučajevima kada:

- Dete (ili neko drugi) svedok je bilo fizički prisutno dok se odvijalo nasilje.
- Dete (ili neko drugi) svedok nije bilo fizički prisutno, ali je bilo u stanju da čuje nasilje/zlostavljanje;
- Dete (ili neko drugi) svedok nije bilo fizički prisutno i ne može da čuje nasilje/zlostavljanje, ali može da vidi njegove posledice nakon toga.

Druga situacija podrazumeva krivične optužbe u kojima postoji više od jedne žrtve, ali kazna nije srazmerno prilagođena u odnosu na broj žrtava. Ova situacija će se najčešće pojaviti u velikom broju privrednih krivičnih dela ili gnusnih zločina. Na primer, iako član 289 o prevarenim i oštećenim poveriocima ili dužnicima uvećava nivo kazne kada se

ukupna šteta menja sa 5 000 do 250 000 evra, on ne govori ništa u pogledu broja žrtava. Primena ovog faktora na krajnju kaznu daje odgovarajuće priznanje broju uključenih žrtvama.

U nasilnom kontekstu krivičnog dela, član 164 o otmici vazduhoplova daje primer. Ovde KZ uvećava kaznu učiniocu na osnovu njegove namere i stepena povrede putnicima, ali ne pravi razliku na osnovu broja žrtava. Dakle, raspon dostupan sudu je isti bez obzira da li je tokom otmice ubijen jedan putnik ili je ubijeno sto putnika (stav 2 - predviđa raspon od najmanje 5 godina). Imajući u vidu koliki je raspon raspoloživog odmeravanja kazne onda kada dođe do smrtnog ishoda, jasno je da su autori nameravali da sud razmatra stvarni broj žrtava prilikom određivanja gde bi na kraju kazna trebalo da potpadne unutar raspona.

- Preklapanje i oprez

Pooštavanje kazne zasnovano na broju žrtava je očigledno otežavajuća posledica koju uvek treba uzeti u obzir. Međutim, zbog potencijalne ozbiljnosti ovog razmatranja, treba mu se pristupiti pažljivo i samo po dovoljnim nalazima suda.

Jedno razmatranje biće da li postoji nezavisna optužba za svaku žrtvu krivičnog dela. Ako su sve žrtve nezavisno zastupljene u pojedinačnim optužbama, onda se ovaj faktor obično neće razmatrati. Jedini put kada bi sud trebalo da uzme ovo u obzir biće pooštavanje uzastopne kazne shodno članu 80. gde postoje slična dela protiv više žrtava. Iako sud izriče kaznu za svako pojedinačno delo, stav 2.2 isključuje jednostavno sabiranje individualnih kazni i zahteva kaznu manju od ukupnog zbira. Ako je sud sklon da donese konačnu kaznu znatno nižu od zbira pojedinačnih kazni, onda bi trebalo da pruži opravdanje i objasni zašto postojanje višestrukih žrtava ne opravdava zbir koji je približan ukupnom zbiru svih kazni.

Pored toga, sud ne može razmatrati ovaj otežavajući faktor ako tužilaštvo nije dokazalo postojanje krivičnog dela protiv određene žrtve ili njenog statusa kao žrtve. U suštini to znači da sud ne može koristiti žrtvu koja je bila predmet oslobađajuće presude/sudske

odluke kao žrtvu u svrhu poošttravanja kazne nekog drugog krivičnog dela. Isto tako, ako sud ima sumnje, dovoljno sumnje u pogledu činjenica koje opisuju žrtvu, ne bi trebalo da ih smatra žrtvom u poošttravanju kazne.

- Relevantna pitanja su:
 - Da li su u to vreme bili prisutni svedoci ili drugi?
 - Da li je u pitanju porodični odnos/vanbračna zajednica?
 - Da li je bilo nefizičkih povreda koje su nanesene drugima kao što su psihološka, emocionalna itd.?
 - Da li krivično delo dovoljno uzima u obzir broj stvarnih žrtava?
 - Da li se krivično delo može prilagoditi na osnovu broja žrtava?
 - Da li je postupak takve prirode da bi nivo kazne trebalo da bude veći sa većim brojem žrtava?

5.4.3 Da li je žrtva krivičnog dela bila naročito bespomoćna ili ranjiva⁴⁴

Ranjivost ili bespomoćnost žrtve je još jedan faktor koji sud mora uvek da uzme u razmatranje i da uzme u obzir u konačnom izricanju kazne. Shvatanje da oni koji su u nepovoljnom položaju zbog ličnih prilika ili na osnovu skupa okolnosti zaslužuju veću zaštitu je generalno prihvaćeno uverenje kao i koncept da učinilac koji koristi tu situaciju ili stanje zaslužuje veću kaznu. Važnost koncepta ranjivih/bespomoćnih širom KZ pruža dalju podršku njegovom značaju u izricanju kazne. Ne samo da se smatra otežavajućim faktorom u izricanju kazne, već služi i za povećanje kaznenog raspona za krivična dela mnogo više nego bilo koji drugi faktor. Jasno je da zakonodavac nameravao da ovaj faktor bude važan.

Možda će najveće razmatranje za sud biti nivo bespomoćnosti/ranjivosti i sposobnost učinioca da opazi takvo stanje. Drugim rečima, da li nesposobnost učinioca da percipira stanje žrtve utiče na primenu ovog faktora i njegov značaj? Generalno, učinilac mora da prihvati stanje žrtve takvo kakvo jeste u punoj meri i sasvim je irelevantno ukoliko učinilac nije bio svestan prethodnog stanja. Ovo je podržano jezikom faktora koji

⁴⁴ Krivični zakonik član 74, stav 2.6

jednostavno zahteva pronalaženje bespomoćnosti ili ranjivosti i ne pominje ništa o saznanju učinioca o tom stanju. Nalaz ovog faktora neće zavisiti od sposobnosti da se opazi ranjivost. Međutim, sud bi i dalje trebalo da razmotri ovo u proceni u kojoj meri će pooštriti kaznu. Ako je uslov očigledan i lako opažljiv, sud može povećati kaznu u većoj meri na osnovu toga što je učinilac jasno i svesno zanemario stanje žrtve kada je delo učinjeno. Sva razmatranja shodno ovom faktoru trebalo bi da budu procenjena sa stanovišta prosečne osobe.

Deo definicija u KZ članu 120. stav 37. definiše ranjivu žrtvu kao "dete, fizički ili psihički hendikepiranu osobu, osobu koja pati od smanjene uračunljivosti, trudnicu ili vanbračnog partnera". Većina ovih pojmova je dalje detaljnije objašnjena u drugim delovima zakonika⁴⁵ ili su deo opštepoznatih definicija (npr. trudnoća). Nažalost, nema daljih smislenih smernica o pitanjima mentalnog ili fizičkog hendikepa ili smanjene uračunljivosti. Prema tome, sud će morati da se osloni na svoju sposobnost da oceni dokaze ponuđene u prilog tome ili da ih prihvati kao opštepoznatu činjenicu stanja ako je to odgovarajuće. Što je očiglednije i lakše proceniti stanje, to će faktor više uvećati kaznu. Naime, u okviru zakonika postoje posebne odredbe o delima koje proširuju definiciju ranjive žrtve tako što uključuju "starosnu dob" i "invaliditet".

Važno je napomenuti da je KZ uvrstio modifikator "naročito" pre pojma bespomoćna što ukazuje na to da jednostavan nalaz bespomoćnosti neće pokrenuti ovaj otežavajući faktor. Iako je nemoguće kvantifikovati tačno šta se podrazumeva ovim uvećanjem, treba ga posmatrati kao nešto više od tradicionalnog koncepta na koji prvo pomislimo u kontekstu žrtve, kao što je bez oružja ili sredstava da se odbrani od napada. To je nivo bespomoćnosti neznatno iznad proseka ili koji je proizašao iz neke druge privremene ili trajne ranjivosti.

⁴⁵ Dete je definisano kao osoba mlađa od 18 godina u skladu sa članom 120, stav 20. Vanbračni partner (partner u neformalnom životnom partnerstvu) može se shvatiti u kontekstu života u zajednici definisanog pod stavom 23, ali je više u vezi sa odnosima definisanim pod stavom 23.1. Svrha partnera u neformalnom životnom partnerstvu je da opiše bez upućivanja na seksualni odnos, odnos koji može proizvoditi ranjivost zbog veza naklonosti u odnosu na osnovne porodične veze.

Jedina procena koja ostaje da bude učinjena je stepen težine koji postoji u posebnoj situaciji. Ovo se može javiti zbog uvećanog stepena bespomoćnosti ili nekog drugog aspekta ranjivosti. Kao i učinioci generalno, oni koji izvršavaju krivična dela nasilja u porodici vrebaju ranjive i bespomoćne pojedince. Učinioci znaju da osobe koje su najranjivije imaju manje šanse da budu u stanju da se brane ili traže procesuiranje učinioca. Na primer, *njihov uzrast* (stare ili mlade), *invaliditet* (psihološki, mentalni, fizički), *trudnoća ili skorašnje rođenje deteta*, *imigracija ili boravišni status* (bez dokumenata, bez papira), *povezanost sa manjinski etničkim ili verskim zajednicama* (Romi) ili *seksualna orijentacija* (gej ili lezbijka) su svi faktori koji mogu uvećati rizik zavisnosti žrtve od učinioca. Ovi faktori mogu da učine teškim ili nemogućim za žrtve da zatraže pomoć, prijave nasilje ili napuste zlostavljačku vezu.⁴⁶

U slučajevima u kojima je učinilac iskoristio ranjivost žrtve (na primer, kada je učinilac iskoristio okolnosti da spreči žrtvu od traženja i dobijanja pomoći), ta okolnost će obično učiniti delo težim. Isto tako, porodični odnosi koji uključuju produženi period duševnog ili fizičkog zlostavljanja će uvećati bespomoćnost žrtve i verovatnoću utvrđivanja značajne težine odnosno pooštavanja kazne.

- Preklapanje i oprez

Ovaj faktor je lako podložan preklapanju, kao i mogućnosti dvostrukog vrednovanja okolnosti. Sud bi trebalo da osigura da delo samo po sebi nije već uvećano na osnovu ranjivosti žrtve. To je posebno prisutno u delima seksualnih delikta. Isto tako, postoji velika mogućnost za preklapanje jer mnoge kategorije mogu doprineti nivou ranjivosti ili bespomoćnosti. Na primer, faktor 2.7, starost žrtve neposredno utiče na ranjivost.

- Relevantna pitanja su:

- Da li je žrtva ispunila uslov za bilo koji od uslova sadržanih u definiciji ranjivih prema članu 120 stav 37.

⁴⁶ DCAF, Pravosudni priručnik, Razmatranja za ocenu slučajeva nasilja u porodici u Bosni i Hercegovini, Sarajevo (2014), str. 20.

- Da li postoji veza između žrtve i okrivljenog? Kakva je priroda odnosa i struktura moći ?
- Da li odnos pokazuje svojstva zavisnosti ili kontrole?
- Da li su uslovi ranjivosti očigledni ili lako prepoznatljivi?

5.4.4 Starosna dob žrtve, da li je mlada ili stara⁴⁷

Iako na prvi pogled može izgledati da je lako primeniti ovaj faktor, ne postoji jasna definicija ili raspon koji bi odgovorio na normalna pitanja koja se javljaju kao gde se završava „mladost“ i počinje „starost“. Iako ovo omogućuje sudu da bude maksimalno fleksibilan kada utvrđuje okolnosti, višestruka tumačenja mogu da dovedu do odstupanja prilikom izricanja kazni. Ovo se naravno ne primenjuje onda kada je očigledno da nečija starosna doba spada u određenu kategoriju (na primer, dete od 5 godina), međutim situacija postaje teža kada je u pitanju starosna dob za koju nije baš tako opšte prihvaćeno u koju kategoriju spada. Činjenica da je u članu 120 stav 20, zakonika „dete“ definisano kao lice mlađe od 18 godina može biti donekle odlučujuće u kvalifikaciji žrtve kao „mlade“, naročito s obzirom na to da je u stavu 20 „punoletno lice“ definisano kao lice koje je navršilo 18 godina. Međutim, to ne treba smatrati merodavnim. Kao što se detaljnije razmatra u daljem tekstu, u okviru starosne dobi učinioca kao olakšavajućeg faktora, međunarodna praksa u ratnim zločinima ponekad smatra „mladom“ osobom onu koja je odavno ušla u punoletstvo po prihvaćenim standardima. U principu, sud bi trebalo da smatra žrtve mlađe od 18 godina kao mlade, a one starije od 18 sa uvećanim skepticizmom.

Nažalost, ne postoji slična situacija za procenu statusa „stare“ žrtve. Sud je u potpunosti prepušten svojoj diskreciji da utvrdi primenu ovog faktora. Kao polazna tačka može da se uzme obavezna starosna granica za penzionisanje javnih službenika, kao i opšti pristup povlasticama penzionisanja ili penzijama. Kako ovaj faktor postaje sve teži za ocenu, trebalo da bi počeo da utiče na nivo pooštavanja kazne koji se primenjuje na osnovu faktora, da bi se u nekom trenutku u potpunosti eliminisao.

⁴⁷ Krivični zakonik član 74, stav 2.7

○ Preklapanje i oprez

Seksualna krivična dela ili krivična dela protiv dece su primarna dela čiji se stepen povećava zbog starosne dobi žrtve. Kao i u svim slučajevima, ne bi trebalo da dođe do pooštavanja pod ovim faktorom ukoliko je stepen krivičnog dela za koji se tereti već uračunao starosnu dob.

Kako što je rečeno pod faktorom 2.6, koncept starosne dobi će često imati određeni uticaj na stepen ranjivosti žrtve. Međutim, sud bi trebalo da ima u vidu to da se ovaj faktor može primeni kao otežavajući faktor samo na osnovu starosne dobi žrtve - bez pozivanja na ranjivost ili utvrđivanje ranjivosti. Dovoljno je samo da starosna dob spada u određenu kategoriju pa da se inicira veći stepen kažnjavanja.

○ Relevantna pitanja su:

- Da li je žrtva mlađa od 18 godina?
- Da li je žrtva starija od 65 godina?
- Da li je utvrđena ranjivost žrtve? Ako jeste, u kojoj meri je starosna dob žrtve doprinela takvom zaključku?
- Da li se starosna dob žrtve može potpuno odvojiti od utvrđivanja dodatnih faktora koji se odnose na žrtvu?

5.4.5 Step en štete koju je osuđeno lice izazvalo, uključujući smrt, trajne povrede, prenos bolesti na žrtvu i svako drugo zlo naneto žrtvi i njenoj ili njegovoj porodici⁴⁸

Iako će se nivo odnosno stepen štete nanet žrtvi skoro uvek uzeti u obzir prilikom utvrđivanja krajnjeg stepena krivičnog dela, još uvek postoji dosta prostora za povećanje unutar konačnog raspona. Ovaj faktor jasno stavlja do znanja da je zadatak suda da u

⁴⁸ Krivični zakonik član 74, stav 2.8

potpunosti razmotri sve povrede, bez obzira na to da li spadaju u tradicionalniju sferu fizičkih povreda ili u proširene oblasti razmatranja.

Pooštavanje će uključiti tešku trenutnu fizičku i/ili psihološku povredu koja predstavlja ozbiljnu opasnost po život žrtve. Takođe će uključiti pooštavanje zbog dugotrajne patnje prouzrokovane trajnom povredom ili posledice prenosa bolesti. Takođe bi trebalo da uključi i dugoročni psihološki uticaj kao što je post-traumatski stresni poremećaj. Sud će morati od žrtve i/ili medicinskog stručnjaka da zatraži izveštaj o uticaju na život žrtve u bliskoj budućnosti, kao i na duži rok.

Sud će morati da uzme u obzir i uticaj na porodicu žrtve. Ovo takođe može biti prilično široko. Ne bi trebalo da uključuje samo povrede nanete članovima porodice koji su možda bili svedoci zločina (kao što je to u kontekstu nasilja u porodici), već i uticaj na članove porodice u prevazilaženju posledica. Tu može da spada psihološka povreda, emocionalna šteta i/ili gubitak sposobnosti negovatelja. Ovaj faktor se može primeniti i na decu prisutnu u kući koja su bila svedoci krivičnog dela, kao što je detaljnije opisano u faktoru 2.5. Pored toga, dugotrajno zlostavljanje u vezi može da dovede do trajne psihološke povrede, čak i ako nije bilo fizičke povrede. Još jednom, sud će morati da vrednuje ceo istorijat kako bi utvrdio odgovarajući stepen pooštavanja kazne.

Kao što je navedeno u Direktivi EU od 25. oktobra 2012. godine, *“Moguće je da članovima porodice žrtava takođe bude nanesena šteta kao posledica krivičnog dela. Članovima porodice osobe čija je smrt direktno prouzrokovana krivičnim delom posebno može biti nanesena šteta kao posledica krivičnog dela. Takvi članovi porodice koji su indirektno žrtve krivičnog dela stoga bi takođe trebalo da uživaju zaštitu na osnovu ove Direktive.”*⁴⁹

Kada je u pitanju psihološka povreda, sud bi trebalo da bude upoznat sa svakim pokazateljem da je izvršilac ponižavao, sramotio ili degradirao žrtvu tako što je

⁴⁹ Direktiva 2012/29/EU Evropskog parlamenta i Saveta od 25. oktobra 2012. godine, (9) kojom se uspostavljaju minimalni standardi o pravima, podršci i zaštiti žrtava krivičnog dela i menja Okvirna odluka Saveta 2001/22/JHA, (19).

fotografisao, pravio video ili audio zapise, ostavljao komentare na društvenim mrežama (na internetu) ili pretio da će da otkrije privatne ili lične informacije o žrtvi. Ove radnje se mogu smatrati otežavajućim okolnostima zato što su izvršene da bi se dodatno ponizila žrtva.

Sud se podstiče da posebno obrati pažnju ako konkretni primer ponižavanja uključuje žrtvu maloletnika, što bi dodatno povećalo težinu izvršenog dela i njegovih posledica s obzirom da ličnost žrtve nije u potpunosti razvijena i da on/ona zavisi od drugih.⁵⁰

- Preklapanje i oprez

Možda nijedan drugi otežavajući faktor nema veću mogućnost za preklapanje i dvostruko vrednovanje okolnosti od ovog faktora. Kao što je ranije pomenuto, ovaj faktor u velikoj meri utiče na težinu krivičnog dela, a ukoliko se krivično delo propisno tereti, trebalo bi da pruži tačno ukupnu procenu povrede nanete žrtvi. Međutim, računanje se ne završava ovde i međunarodna praksa sve više pokušava da proširi oblasti koje se razmatraju prilikom računanja. Ovo je u mnogim slučajevima sveobuhvatan faktor koji zahteva od suda da razmotri sve aspekte uticaja na žrtvu i uzme ih u obzir kada donosi konačnu presudu - fino podešavanje kazne kako bi se tačno odrazio ukupan uticaj. Ovo uključuje fizički i/ili psihološki uticaj, kao i to da li je taj uticaj kratkoročan ili trenutni i/ili dugoročan i trajan. Prema tome, svaka težina povrede koja je veća od samog minimuma potrebnog za izvršenje krivičnog dela za koje se tereti smatraće se pooštavanjem kazne u odgovarajućem rasponu.

Osim toga, ovaj faktor naglašava da povreda neće biti ograničena samo na „tradicionalnu“ žrtvu, već da uključuje i članove porodice u različitim situacijama, kao direktne ili indirektno žrtve. Preklapanje bi trebalo uzeti u obzir u praktično svakoj dodatnoj kategoriji pooštavanja kazne, a sud mora da uradi pažljivu procenu.

- Relevantna pitanja uključuju:

⁵⁰ DCAF, Priručnik, Sudska razmatranja slučajeva nasilja u porodici u Bosni i Hercegovini, 2014, Sarajevo (2014), str.21.

- Koje su kratkotrajne neposredne telesne povrede? Ima li dugoročnih tegoba/invaliditeta/uticaja koji su povezani s njima?
- Koje su kratkotrajne direktne psihološke povrede? Ima li dugoročnih tegoba/invaliditeta/uticaja koji su povezani s njima?
- Da li je stepen povrede bio veći od minimalnog stepena koji je potreban za postojanje elementa krivičnog dela?
- Da li je došlo do prenosa bolesti? Ima li dugoročnih posledica bolesti?
- Da li su članovi porodice bili prisutni u vreme kada se dogodilo krivično delo? Da li su posmatrali krivično delo? Postoji li kratkotrajna i/ili dugotrajna psihološka povreda?
- Da li su zbog krivičnog dela članovi porodice ostali bez usluga? Koliko je to trajalo?
- Da li je žrtva zbog toga preminula? Koliko je prošlo vremena? Kako je to uticalo na članove porodice u finansijskom i psihološkom pogledu?
- Da li je žrtvi naneta druga šteta osim fizičke ili psihološke povrede kao posledica viktimizacije?
- Postoje li drugi načini finansijske nadoknade? Da li je učinilac u stanju da izvrši obeštećenje? Da li ovo kompenzuje neke vrste povreda i, ako je tako, u kojoj meri?

5.5 Svaka zloupotreba ovlašćenja ili službenog položaja osuđenog lica prilikom izvršenja krivičnog dela i dokaz da je osuđeno lice zloupotrebilo poverenje⁵¹

Iako se u zakoniku razmatraju posebno, faktori 2.9 i 2.10 imaju niz važnih zajedničkih osobina. Oba faktora u osnovi uključuju odnos između žrtve i učinioca u kojem učinilac ima nadmoć nad žrtvom ili sposobnost da vrši kontrolu nad ličnošću ili imovinom žrtve. Ovu moć može da delegira žrtva ili može da postoji kao posledica neke društvene norme, odnosa ili formalnije strukture vlasti. Bez obzira na način koji dovodi do neravnoteže,

⁵¹ Krivični zakonik član 74, stav 2.9 i 2.10

krivično delo je u potpunosti ili nekim delom rezultat nepropisnog vršenja vlasti ili iskorišćavanja nejednakosti.

Drugi zajednički koncept je taj da su odnosi koje su ostvarile obe strane važni za funkcionisanje društva. Kada dođe do kršenja ili zloupotreba, oni uključuju nanošenje štete ne samo žrtvi; oni podrazumevaju da je naneta šteta kolektivnom poverenju društva u sklapanje tih odnosa ili poverenju u te odnose u budućnosti. Ovo je naročito tačno kada je taj odnos bio primarna osnova za izvršenje krivičnog dela. Na primer, kada organi reda i zakona koriste svoj položaj da izvrše krivično delo, to utiče i na žrtvu i na društvo. Građani koji čuju za takva krivična dela manje će biti skloni da sarađuju u istragama organa reda i zakona ili u legitimnim pravnim zahtevima. Na taj način se pogoršava opšta stabilnost društva. Kao takvo, povećanje kazne ima određeni značaj za unapređivanje i/ili vraćanje poverenja u ove strukture i sprečavanje budućih zloupotreba.

Sud mora da ima na umu to da ne postoji najmanji stepen zloupotrebe ili povreda koji mora da doprinese uspešnom izvršenju krivičnog dela. Sama činjenica da je taj odnos postojao i da je prekršen, dovoljan je za takav zaključak. Stepenn doprinosa se više primenjuje na težinu koji će ovaj faktor imati u pooštavanju kazne unutar raspona nego na to dali faktor postoji.

a. Zloupotreba ovlašćenja ili službenog položaja

Faktor 2.9 precizira zloupotrebu vlasti ili službenog položaja unutar raspona osnovnog krivičnog dela. Ovo sugerira postojanje neke formalne ili vladine strukture koja vrši dodeljeno ovlašćenje. Zloupotreba vlasti (ili ovlašćenja) se tradicionalno smatra vršenjem relevantnih vladinih, političkih ili administrativnih funkcija unutar formalizovane legitimne strukture. To može da bude nepropisno vršenje vlasti koje je dodelila vlada u kontekstu položaja pojedinca ili korišćenje vlasti na indirektan način koji nije povezan sa ovlašćenjem koje nosi sam položaj nego zasnovan na percepciji žrtve o vlasti poverenoj učiniocu.

Ovaj faktor je najbolje opisan kada se upućuje na odluke koje su potvrdili veća Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju i Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu. Na primer, u predmetu Ntakirutimana⁵², Pretresno veće je prilikom određivanja kazne smatralo relevantnim to što je optuženi bio doktor i činjenicu da je on zloupotrebio svoj položaj i uništavao živote umesto da ih spasava, čime je izdao etičku dužnost na koju ga je obavezala zajednica. Obrazloženje je bilo slično kada je Pretresno veće u slučaju Todorović primetilo da „[u]mesto toga, na svojoj poziciji šefa institucije koja je odgovorna za poštovanje zakona, Stevan Todorović je aktivno i direktno učestvovao u krivičnim delima koja je svojim radom trebalo da sprečava ili kažnjava...to što je zloupotrebio svoj položaj i autoritet i poverenje ljudi u instituciju očigledno predstavlja otežavajući faktor.”⁵³

b. Zloupotreba poverenja

Zloupotreba poverenja s obzirom na faktor 2.9, treba da se smatra manje formalizovanom potvrđenom nevladinom strukturom vlasti. Ovo će potpasti pod tradicionalnije koncepte zloupotrebe poverenja u kojima postoji fiducijarni ili kvazi-fiducijarni odnos između žrtve i učinioca. To može da bude slučaj kada je žrtva dobrovoljno dala učiniocu diskreciono pravo na primer u nekom finansijskom odnosu, ili je diskreciono pravo stvoreno društvenom normom ili tradicionalnim poverenjem kao što je poverenje roditelja u dete. Važno je da se odnos ili poverenje posmatra iz perspektive žrtve, ali ono mora da postoji ne samo u vidu jednostavnog oslanjanja žrtve na obmanjujuće izjave ili ponašanje učinioca i mora da bude zasnovano na opravdanom uverenju.

c. U porodičnom ili sličnom kontekstu

Ovaj faktor može u principu da obuhvati situacije kada je krivično delo počinjeno u različitim porodičnim kontekstima. To može da uključuje bivšeg ili sadašnjeg bračnog ili vanbračnog partnera. Takođe može da uključi članove porodice žrtve, kao što su roditelji i babe i dede, decu ili lica koja žrtva izdržava i koja su sa njom u porodičnom odnosu.

⁵² Predmet br. ICTR-96-17-T, Presuda i kazna u predmetu Tužilac protiv Elizaphan i Gorard Ntakirutimana, Međunarodni krivični sud za Ruandu (MKSR), (21. februar 2003).

⁵³ Predmet br. IT-95-9/1-S, Presuda o kazni u predmetu Tužilac protiv Stevana Todorovića, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (31. juli 2001. godine), stav. 61, gde se poziva i na drugostepenu presudu u predmetu Aleksovski, stav; 183; Drugostepena presuda u predmetu Čelebići, stav 745.

Zajednički element ovih slučajeva je da to da položaja od poverenja ima visok stepen povezanosti sa konkretnom emocionalnom povredom koja može da se javi zbog zloupotrebe ovog poverenja.

Poverenje u porodičnom kontekstu sugerira zajedničko očekivanje ponašanja koje pokazuje obzirnost, iskrenost, brigu i odgovornost. Zloupotreba poverenja odnosi se na povredu ovakvog shvatanja koje može da se javi preko neposrednog nasilja ili emocionalnog zlostavljanja. Još jedan faktor koji treba da se uzme u obzir uključuje ocenu zloupotrebe moći u odnosu ograničavanjem autonomije druge osobe. Ovo je često komponenta porodičnog nasilja i može da uključuje održavanje kontrole psihološkim, fizičkim, seksualnim, finansijskim ili emocionalnim sredstvima.

U gotovo svakoj situaciji koja uključuje krivično delo izvršeno u porodičnom odnosu postojaće komponenta povrede poverenja. Ovo se prirodno dešava zato što se tradicionalno smatra da ovaj faktor uvećava kaznu za krivična dela koja uključuju porodične ili ljubavne odnose. Glavni zadatak suda biće da oceni stepen pooštavanja kazne i nivo uvećanja kazne. Ovo će naravno zavisiti od prirode krivičnog dela i u određenoj meri od bliskosti odnosa. Povreda će biti najveća u slučaju kada žrtva živi sa žrtvom i trenutno je u ljubavnom odnosu ili je roditelj. Kako se veza i životni odnos smanjuje tako se i srazmerno smanjuje stepen pooštavanja kazne.

- Preklapanje i oprez

Kao što je slučaj i sa drugim faktorima, primarni problem biće dvostruko uračunavanje odnosno vrednovanje ovog faktora kao elementa krivičnog dela i faktora koji pooštava kaznu unutar raspona. Sud bi trebalo da obrati posebnu pažnju na zakonsku formulaciju, jer razlike između njih, kao što je to već prethodno opisano, neće uvek biti formalno prepoznatljive. Prema tome, na odnos koji uključuje neformalniju strukturu može da se pozove kao zloupotreba ovlašćenja. Bitna stavka je da li postoji neka vrsta nejednake strukture vlasti koja se koristi i važna je za izvršenje krivičnog dela. Ako ovo postoji kao

element, onda sud ne bi trebalo dodatno da pooštava kaznu od raspona predviđenog za krivično delo.

Takođe može da dođe i do preklapanja sa drugim otežavajućim okolnostima. Sud može da ubroji zloupotrebu odnosa u krajnju povredu ili ozbiljnost krivičnog dela. Takođe može da dođe do preklapanja i u stepenu okrutnosti. Zbog prirode odnosa takođe može da postoji i argument da on uvećava stepen ranjivosti žrtve.

○ Relevantna pitanja uključuju:

- Postoji li odnos ili nejednakost u vlasti između učinioca i žrtve?
- Postoji li formalni fiducijarni ili kvazi-fiducijarni odnos između učinioca i žrtve?
- Da li je učinilac imao neku finansijsku ili ličnu obavezu prema žrtvi?
- Da li je žrtva zavisna od učinioca u smislu starateljstva ili finansijske podrške?
- Da li postoji visok stepen emocionalne zavisnosti od strane žrtve?
- Da li je krivično delo zavisilo od postojanja veze ili zlostavljanja? Ako nije, da li je to bio faktor za celokupno uspešno izvršenje krivičnog dela?
- Da li je odnos ili zavisnost bila razumna s obzirom na situaciju?
- Da li je povreda doprinela visini štete koja je naneta žrtvi?
- Da li je povreda doprinela nekom drugom otežavajućem faktoru ili da li je bila uključena u utvrđivanje ukupne težine krivičnog dela?

5.6. Da li je krivično delo izvršeno u okviru delovanja organizovane kriminalne grupe⁵⁴

Otežavajući faktor 2.11 smatra funkcionisanje organizovane kriminalne grupe kao otežavajući faktor u razmatranju konačne presude. Što je kriminalna aktivnost organizovanja i detaljnije razrađena, utoliko predstavlja uvećanu pretnju efikasnom funkcionisanju društva. Ona podriiva poverenje društva u organe reda i zakona, utiče na privredni razvoj i doprinosi ukupnom nivou kriminala pošto su organizovane strukture

⁵⁴ Krivični zakonik član 74, stav 2.11

sposobnije da ostvare veća dostignuća. Zbog te pretnje, utvrđivanje ovog faktora od strane suda bi trebalo da ima značajan uticaj na konačnu kaznu.

Osnova za utvrđivanje ovog faktora je postojanje „organizovane kriminalne grupe“ koja je konkretno definisana u članu 120 stav 13 Krivičnog zakonika kao „udruženje sa hijerarhijom, koje postoji određeno vreme i sastoji se od tri ili više lica za izvršenje određenog krivičnog dela koje deluje u dogovoru sa ciljem izvršenja jednog ili više teških krivičnih dela radi sticanja, direktno ili indirektno, finansijske ili druge materijalne koristi.“ Ovo je zatim dodatno definisano pod „udruženje sa hijerarhijom“ u stavu 14, koje se definiše kao „udruženje koje nije slučajno formirano za neposredno izvršenje krivičnog dela, ali ne mora da ima formalno definisane uloge za svoje članove, kontinuitet članstva ili razvijenu hijerarhiju.“

Ovaj otežavajući faktor ima nekoliko elemenata koje sud treba pažljivo da razmotri. Prvi je da mora da postoji udruženje sa hijerarhijom koje ne sme da bude „slučajno formirano“, ali bez potrebe da to bude stalno udruženje ili formalizovanija hijerarhijska struktura. Ovo je da bi se sprečilo da prosto učešće više osoba povuče za sobom oštriju kaznu. Dobar primer nasumičnog formiranja usled neposrednog izvršenja krivičnog dela bili bi slučajni posmatrači koji su posmatrali fizički napad i odlučili da učestvuju u krivičnom delu. U ovoj situaciji, iako organizovani do te mere da svi pojedinci učestvuju u krivičnom delu (što je dovoljno da se zadovolje uslovi iz definicije), oni su se organizovali radi izvršenja krivičnog dela, ali su se učinioci slučajno okupili da izvrše krivično delo. Za takvo udruživanje se može reći da je formirano tokom izvršenja krivičnog dela, a ne da bi se izvršilo krivično delo. Prema tome, oni nisu organizovano udruženje. Međutim, svako utvrđivanje činjenice da se radi o stalnom udruženju ili formalizovanoj strukturi će u značajnoj meri doprineti zaključku da se ovaj faktor primenjuje.

Potrebno je međutim naglasiti i dodatne aspekte, a to su uslov postojanja najmanje tri osobe da formiraju grupu, da grupa kao svoj cilj ima izvršenje jednog ili više teških krivičnih dela i da grupa postoji određeno vreme. Numerički zahtev je relativno jasan.

Međutim, sud bi trebalo da eliminiše ovaj faktor samo ako na početku broj osoba nije dovoljan ili ako je dovoljan broj eliminisan zato što je utvrđeno da nisu krivi. Grupa takođe mora da ima za svoj cilj izvršenje jednog ili više krivičnih dela. Ovde se radi o konkretnom zaključku suda da je organizacija bila formirana ili je formiranje bilo jako povezano sa izvršenjem najmanje jednog krivičnog dela. Definicija ne zahteva da to krivično delo bude predmetno delo pred sudom. Moguće je da su učinioci na primer, ranije formirali grupu sa ciljem da izvrše neko teško krivično delo, a da su u stvari samo proglašeni krivim za trenutno delo. Na kraju, potrebno je da grupa postoji određeno vreme. Iako ne postoji određeni vremenski period koji mora da prođe prilikom formiranja grupe, dokle god ona nije formirana „slučajno“ u svrhu izvršenja krivičnog dela, to će biti dovoljno za ispunjavanje ovog kriterijuma.

- Preklapanje i oprez

Glavna zabrinutost kod ovog faktora je međusobni odnos između nje i formalne optužbe za organizovani kriminal prema Krivičnom zakoniku. Pošto optužba za organizovani kriminal uključuje funkcionisanje organizovane kriminalne grupe, očigledno je da utvrđivanje krivice za ovo krivično delo ne može da uključuje pooštavanje kazne unutar raspona za ovaj faktor. S druge strane, nepostojanje optužbe za organizovani kriminal ili utvrđivanje nevinosti za krivično delo neće automatski isključiti primenu ovog otežavajućeg faktora. Sud će morati pažljivo da proceni zašto optužbe nema i da li taj zaključak takođe isključuje i element otežavajućeg faktora. Ukoliko element nije isključen, ovaj faktor se i dalje može primeniti. Prvenstveno će se razmatrati da li je namera i svrha učešća u krivičnom delu bila samo izvršenje krivičnog dela ili pak omogućavanje daljeg postojanja i napredovanja organizovane kriminalne grupe.

Što se tiče preklapanja sa drugim kategorijama otežavajućih okolnosti, može da dođe do poklapanja na osnovu preteće prirode aktivnosti grupe. U situacijama kada je u izvršenje krivičnog dela prema jednoj žrtvi bilo uključeno više od jedne osobe, onda je značajno i to da će žrtva verovatno osećati veći strah i imati veći osećaj bespomoćnosti. Pored toga,

argument može da bude da grupa pritiska sebe da dovrši krivično delo i da dinamika rada može da dovede do veće štete ili povrede.

○ Relevantna pitanja uključuju:

- Da li je grupa postojala u nekoj meri pre izvršenja krivičnog dela?
- Da li je najmanje troje ljudi doprinelo izvršenju krivičnog dela?
- Da li su radnje svakog pojedinca doprinele izvršenju krivičnog dela?
- Da li je opšti cilj grupe bio da se izvrši krivično delo radi sticanja finansijske dobiti ili materijalne koristi (direktno ili indirektno)?
- Da li je optužba za organizovani kriminal dokazana? Ako nije, na osnovu čega je donet takav zaključak?
- Da li je postojanje grupe doprinelo šteti ili imalo ulogu u uspešnom dovršenju krivičnog dela?
- Da li je bila uspostavljena strukturna ili kvazi-strukturna hijerarhija?

5.7. Ako je krivično delo izvršeno protiv nekog lica, grupe lica ili imovine zbog etničke pripadnosti ili nacionalnog porekla, nacionalnosti, jezika, verskih uverenja ili nepostojanja verskih uverenja, boje, rodne pripadnosti, seksualne orijentacije ili zbog njihove povezanosti sa licima koja imaju gore navedene karakteristike⁵⁵

Sud mora da napravi razliku između pobude i *mens rea*, gde je pobuda ono što utiče na neko lice da postupa, a *mens rea* je mentalni element (umišljaj) ili kriminalna namera potrebna za predmetno krivično delo. U ovoj situaciji sud će posebno utvrditi da je za učinioca krivičnog dela pobuda bila to što je žrtva pripadnik posebne zaštićene grupe. Važno je napomenuti da ne postoji izričit zahtev da sud utvrdi da li je to lice ili grupa lica zaista pripadnik zaštićene grupe. Ovo ne treba da bude predmet ispitivanja od strane suda. Dovoljno je da je učinilac razumno verovao da je žrtva pripadnik zaštićene kategorije.

⁵⁵ Krivični zakonik član 74, član 2.12

Ovaj faktor takođe uključuje i pobudu prema pojedincu koji ima blagonaklonost prema zaštićenoj grupi. Još jednom važno je napomenuti, da ne postoji specifičan uslov da to lice zaista ima blagonaklonost prema određenoj grupi, već samo da je učinilac smatrao da ona postoji i da je zbog toga izvršio krivično delo. Blagonaklonost je široka kategorija koja prevazilazi formalnije odnose kao što su brak ili porodične veze. Tu mogu da spadaju prijateljstva, poznanstva i opšta naklonost.

Utvrdjivanje pobude učinioca će biti pitanje sagledavanja svih okolnosti s tim u vezi. Iako je za utvrđivanje ovog faktora dovoljno navođenje pobuda učinioca tokom izvršenja krivičnog dela ili tokom naknadnih ispitivanja, to nije nužno. Sud može da uzme u obzir sve prethodne radnje, ponašanje i/ili stavove prema grupi kako bi utvrdio postojanje ovog faktora.

- Preklapanje i oprez

Glavna zabrinutost sa ovim faktorom je odnos između njega i drugih optužbi koje uključuju neki element pobude na osnovu pripadnosti ili uverenju o pripadnosti jednoj od navedenih kategorija. Ovo se pre svega javlja kod zločina iz mržnje kao što su zločini protiv čovečnosti ili raspirivanja mržnje. Iako su ovi zločini prevashodno usmereni na rasnu, versku i etničku pripadnost, to što su oni u zakoniku navedeni kao posebna krivična dela ne umanjuje značaj drugih zaštićenih grupa. Prema tome, pooštavanje kazne za krivično delo motivisano seksualnom orijentacijom žrtve zaslužuje isti stepen pooštavanja kazne kao i krivično delo motivisano etničkom pripadnošću žrtve. Isto tako, ne postoji razlika ili umanj enje za viktimizaciju na osnovu pripadnosti grupi u odnosu na blagonaklonost prema pripadnicima grupe – nivo pooštavanja kazne je isti.

Do preklapanja može da dođe i u računanju stepena težine i broja žrtava posebno u situacijama kada je krivično delo više viđeno i kada je motiv očiglednije povezan sa krivičnim delom. Krivično delo koje je izvršeno na otvorenom javnom mestu i namerno je otvoreno povezano sa određenom kategorijom može da bude povezano sa više žrtava i/ili ukupnim povećanjem stepena prouzrokovane štete.

- Relevantna pitanja uključuju:
- Da li postoji dokaz da je zločin bio motivisan pripadnošću ili naklonošću prema pripadnicima jedne od zaštićenih kategorija?
- Da li je pre, tokom ili nakon krivičnog dela optuženi davao izjave koje ukazuju na pobudu (motiv)?
- Da li je obuhvaćeno više zaštićenih kategorija?
- Da li ranije ponašanje ili izjave optuženog ukazuju na ciljanje određene kategorije?
- Da li je krivično delo namerno planirano tako da utiče na veći broj lica, a ne samo na određenu žrtvu?
- Da li je učinilac od ranije poznat po negativnom odnosu prema nekoj kategoriji ili po sklonosti takvom ponašanju?

5.8. Sve relevantne prethodne krivične osude osuđenog lica⁵⁶

Ovaj faktor prepoznaje opšte uverenje da bi lica koja su i ranije činila krivična dela trebalo da se strožije kazne od onih koji to nisu. Takođe prepoznaje i to da prethodne osuđujuće presude ili kazne nisu uspele da rehabilituju ili reformišu učinioca. U suštini, svrha osuđujuće presude počinje da se preusmerava od verovatnoće rehabilitacije i sve više se kreće prema konceptu da se spreče dalja krivična dela učinioca.

Ovde će sud morati da ispita ranije ponašanje i uzme u obzir niz faktora, uključujući:

- broj ranijih osuda;
- težinu ranijih krivičnih dela;
- prirodu krivičnih dela i njihovu sličnost sa predmetnim krivičnim delom (krivična dela slične prirode ukazivaće na kontinuirani obrazac ponašanja i neuspeh ranije osuđujuće presude da odvrati učinioca);

⁵⁶ Krivični zakonik član 74, stav 2.13

- koliki je vremenski razmak između osuda (dug period između ranije i aktuelne osude u principu će biti manje relevantan od neke vremenski bliže osude); i
- osuđujuće presude donete za ranija krivična dela (krivična dela koja se kažnjavaju minimalnom zatvorskom kaznom ili alternativnom kaznom biće manje relevantna od onih koja se kažnjavaju većom zatvorskom kaznom).

Važno je napomenuti da se ovo razmatra odvojeno od povećanja maksimalnog raspona za odmeravanje kazne za recidivizam shodno članu 79. Za razliku od člana 79 koji sadrži vrlo određene uslove za razmatranje prethodnih osuda, to nije slučaj sa ovim otežavajućim faktorom. **Prema tome, u obzir može da se uzme svaka ranija osuda, bez obzira na konačnu kaznu i njenu vremensku udaljenost od sadašnje osude dok god sud smatra da je ona relevantna za osuđujuću presudu.**

Ovaj otežavajući faktor mora da se uzme u obzir ako je učinilac već osuđivan za ranija krivična dela, naročito ona slične prirode. Zbog prirode nasilja u porodici, koje sa ponavljanjem postaje sve veće, ovaj faktor je posebno važan za ocenu celokupne prirode odnosa i potrebe za uvećanom kaznom. Da bi se sprečio nastavak ciklusa nasilja, postojanje ranijih osuđujućih presuda koje su razumno povezane sa održavanjem ili vršenjem kontrole nad žrtvom treba da ima za posledicu znatno pooštavanje kazne.

U slučaju recidivizma (ponovljenog krivičnog dela), žrtva nasilja u porodici je po pravilu preduzela aktivnu ulogu u traženju pomoći od krivično-pravnog sistema i srodnih institucija. Stoga, recidivizam ukazuje na uzastopne neuspehe institucija koje su zakonski obavezne da pruže zaštitu (i pravdu) žrtvi. Očigledno je da u ovim slučajevima nije ostvarena prevencija kao jedna od nameranih ciljeva sankcionisanja. Štaviše, recidivizam može da ukazuje na obrazac nasilja u porodici ili „batinanje“, naročito u kombinaciji sa drugim oblicima zlostavljanja (ekstremna dominacija, opsesivna

ljubomora itd.)⁵⁷. U principu, utvrđivanje ovog otežavajućeg faktora trebalo bi da rezultira oštrijom kaznom za učinioca.

Član 73 stav 4 Krivičnog zakonika navodi da prilikom utvrđivanja kazne za recidivistu, sud posebno razmatra da li je učinilac ranije izvršio krivično delo slične prirode kao novo krivično delo, da li su ta dva (2) dela izvršena zbog iste pobude i vreme koje je proteklo od proglašenja ranije osude ili od izdržane ili ukinute kazne. Ovaj deo zakonika omogućava sudu da modifikuje maksimalnu zakonsku kaznu za krivično delo najviše za jednu polovinu. Iako se sva ranija krivična dela mogu uzeti u obzir prilikom modifikovanja raspona nagore, ako se sud suoči sa krivičnim delima koja su obično povezana sa situacijama nasilja u porodici, energično se preporučuje da se primeni ova odredba s ciljem povećanja ukupnog stepena krivičnog dela.

○ Preklapanje i oprez

Glavna zabrinutost sa ovim faktorom biće mogući sukob između njega i člana 73 smislu recidivizma. Međutim, može se desiti da učinilac bude predmet i povećanja kazne zbog recidivizma i pooštavanja kazne unutar uvećanog raspona. Takva situacija moraće nezavisno da ispuni kriterijum za obe situacije bez primene bilo kog krivičnog dela na oba kriterijuma.

○ Relevantna pitanja uključuju:

- Da li ranija osuda ispunjava kriterijume iz člana 73 i dozvoljava primenu povećanja kazne zbog recidivizma?
- Da li su ranije osude slične prirode, a da nije u pitanju ista žrtva?
- Da li ranija osuda ukazuje na kontinuirano kriminalno ponašanje?
- Da li su ranije kazne bile slične po prirodi i trajanju kao i predložena kazna?

⁵⁷ Predmet br. IT-95-9/1-S, Presuda o kazni u predmetu Tužilac protiv Stevana Todorovića, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (31. juli 2001. godine), stav. 61, gde se poziva i na drugostepenu presudu u predmetu Aleksovski, stav; 183; Drugostepena presuda u predmetu Čelebići, stav 745.

- Koliko je trajao period između ranije osude i sadašnjeg krivičnog dela? Šta je učinilac radio u periodu između osuda? Da li je učinilac bio produktivan član društva u tom periodu?
- Da li je ranija osuda relevantna za donošenje odluke o pooštavanju kazne?

5.9 Drugi otežavajući faktori

Spisak otežavajućih faktora predviđenih Krivičnim zakonikom nije konačan⁵⁸, pa stoga sud može da uzme u obzir i druge faktore za pooštavanje kazne. Međutim, sud bi trebalo da bude posebno oprezan i pre svega siguran da postoje dokazi koji idu prilog njihove primene. Kao što je ranije pomenuto, Zakonik sadrži većinu odredbi koje se u međunarodnoj praksi obično smatraju otežavajućim okolnostima. Međutim, mogu se javiti situacije kada je primereno uzeti u obzir otežavajuće okolnosti koje nisu sadržane u zakoniku, a koje su zasnovane na određenoj vrsti krivičnog dela i specifičnostima učinioca.

U smernicama, od početka do kraja, govori se o situacijama u kojima bi određeni činjenični scenario mogao da bude uključen u procenu ili vrednovanje jedne od navedenih kategorija. Ako sud smatra da je to primereno, savršeno je prihvatljivo izolovati činjenični scenario i smatrati ga nezavisnim otežavajućim faktorom u okviru sveobuhvatne odredbe.

Drugi mogući faktori uključuju:

5.9.1 Odsustvo kajanja

Činjenične pokazatelje da se učinilac ne kaje zbog izvršenja krivičnog dela uvek treba uzeti za otežavajući faktor. To ne samo da ukazuje da se ne poštuje uticaj tog dela na

⁵⁸ Krivični zakonik član 74, stav 2

žrtvu (žrtve), već i da se u načelu ne poštuje zakon. Učinilac koji se ne kaje je snažan pokazatelj da rehabilitacija neće uspeti i zbog toga je ne treba uzimati u obzir prilikom konačne presude o kazni. Sud bi trebalo da bude više sklon ka zatvorskoj kazni koja će učinioca udaljiti iz društva.

5.9.2 Kršenje sudskih naredbi

Izvršenje krivičnog dela koje u toku izvršenja krši zabranu od ne uznemiravanja izrečenu u parničnom postupku ili neku dodatnu naredbu kao što je sudska zabrana prilaženja, ili krši naredbu suda kojom se zabranjuje određeno ponašanje će značajno pooštriti težinu krivičnog dela. Kršenje naredbe izrečene zarad zaštite žrtve može da prouzrokuje značajnu štetu i/ili uznemirenost. Ono takođe predstavlja i nepoštovanje nadležnosti suda i ugrožava poštovanje ne samo predmetne naredbe. Propust da se agresivno pooštri težina krivičnih dela koja uključuju kršenje sudskih naredbi smanjiće opšte poštovanje u porodičnim i vanporodičnim situacijama.

5.9.3 Ponovno činjenje krivičnih dela

U slučajevima nasilja u porodici može da se desi da nije moguće precizno proceniti opravdanost posmatrajući izolovani incident; istorija nasilja za svaku od strana često je od suštinskog značaja. To se odnosi na svako krivično delo koje je isti učinilac izvršio više puta u nekom periodu. Ovaj faktor je veoma važan jer naglašava posebno uznemiravajući uticaj na žrtvu koja je više puta bila izložena istoj vrsti kriminalnog dela. Ova okolnost je posebno relevantna u slučajevima nasilja u porodici u kojima učinilac i žrtva žive u istom domaćinstvu, što automatski zahteva razmatranje za povećanje kazne.

5.9.4 Ponovljene pretnje nasiljem

Dokazana istorija nasilja ili pretnji od strane učinioca u porodičnom okruženju presudna je za vrednovanje težine krivičnog dela jer se time priznaje ukupna posledica niza nasilnih incidenata ili pretnji tokom vremena tamo gde je takvo ponašanje dokazano ili prihvaćeno. Raniji nasrtaji se uzimaju u obzir kako bi se pokazalo da postoji pobuda ili namera u slučajevima nasilja u porodici čak i kada je među njima prilično veliki vremenski razmak.

Ako neka osoba vremenom ponavlja nasilje nad intimnim partnerom, žrtva može opravdano da veruje da je opasnost neminovna na osnovu sitnih nagoveštaja u ponašanju koji bi mogli da imaju malo značaja u slučaju da se radi o nasilju između stranaca.

GLAVA VI

OLAKŠAVAJUĆI FAKTORI SHODNO ČLANU 74

6.1 Opšta pitanja

Za razliku od otežavajućih faktora koji se uglavnom usmeravaju na žrtvu i težinu krivičnog dela, ublažavanje kazne teži smanjenju kazne na osnovu toga da se uvide kvaliteti učinioca, kao što su prihvatanje odgovornosti ili saradnje, okolnosti izvan kontrole učinioca i činjenice koje umanjuju krivicu. Oni su u skladu sa konceptom srazmernosti kao i ciljevima rehabilitacije. Kao i kod pooštavanja kazne, sud bi trebalo da zatraži činjeničnu podršku pre nego što zaključi postojanje faktora, naročito kada je potrebno stručno mišljenje i izbegne razmatranje i primenu dvostrukog vrednovanja okolnosti.

Za razliku od otežavajućih okolnosti u kojima se neke od okolnosti kvalifikuju kao elementi dela, ublažavanje kazne nije specifično uključeno u krivična dela. Pošto se mnoge olakšavajuće okolnosti pripisuju licu ili njihovoj interakciji sa policijskim organima, one su šire formulisane kako bi se primenile na svaku situaciju. Postoji manja zabrinutost sa elementarnim dvostrukim vrednovanjem okolnosti i sud može prvenstveno da usredsredi svoju zabrinutost na preklapanje između posebnih okolnosti.

Od primarne zabrinutosti za sud biće ulazak u područja ublažavanja kazne koja su kontroverzna. Ovo može biti unutar određenog faktora koji je naveden u zakoniku ili u pronalaženju faktora pod dozvoljenim uvodnim jezikom. Bez obzira, za razliku od otežavajućih okolnosti koje su relativno usko definisane i široko prihvaćene unutar međunarodne zajednice, ublažavanje kazne je koncept koji se konstantno razvija. Široke kategorije otežavaju procenu. Na primer, lične prilike mogu obuhvatiti gotovo sve što je povezano sa životom učinioca. Iako je ovo važno kako bi se osiguralo da sud ne odredi kaznu koja je veća od neophodne, to značajno uvećava mogućnost da lične sklonosti ili uverenja suda utiču na kaznu. Ovo zauzvrat povećava mogućnost za nedosledno izricanje kazne za slična krivična dela jer se dva suda ne mogu složiti s tim da li je scenario vredan ublažavanja kazne ili ne. Na kraju, sud mora pažljivo oceniti da li je faktor zaista olakšavajući faktor i u skladu sa odgovarajućim standardima ili je on lično uverenje suda koje ima veće implikacije na kaznenu praksu uopšte. Sudija u oceni činjenica i odluka nalazi meru između empatije, saosećanja, ljubaznosti, discipline i strogosti tako da se primena zakona od strane sudije smatra legitimnom i pravednom.⁵⁹

6.2. Okolnosti koje ne isključuju u potpunosti krivičnu odgovornost, na primer smanjena uračunljivosti⁶⁰

Ovaj olakšavajući faktor zasniva se na okolnostima koje smanjuju krivičnu odgovornost, kao što je neko mentalno stanje koje ne isključuje u potpunosti krivicu. Iako kategorija nije ograničena, a u nastavku se ukratko razmatraju i drugi faktori, posebno pozivanje na smanjenu uračunljivost odražava nameru da se fokusira na mentalno zdravlje kao primarni način postojanja ovog faktora. Učinioci tvrde da iako su prekršili zakon da ne bi trebalo da budu u potpunosti krivično odgovorni za to jer su njihove mentalne funkcije bile smanjene ili oštećene.

To je detaljnije definisano u članu 18 KZ u stavu 2:

⁵⁹ Evropska mreža sudskih saveta (ECNJ), Izveštaj o sudskoj etici 2009-2010, str. 12

⁶⁰ Krivični zakonik član 74, stav 3.1

Učinitelj krivičnog dela će se smatrati smanjeno uračunljivim ukoliko je u vreme izvršenja krivičnog dela njegova sposobnost da razume prirodu i značaj posledica svojih dela ili propusta bila značajno smanjena iz razloga iz stava 1. ovog člana. Takvo će lice biti krivično odgovorno, ali će sud imati u vidu ove okolnosti kada bude odlučivao o dužini i vrsti kazne ili meri obaveznog lečenja koju izriče.

Pozivanje na stav jedan zahteva da smanjena uračunljivost potiče od nekih "trajnih ili privremenih duševnih bolesti, duševnih poremećaja ili poremećaja u mentalnom razvoju koji utiču na njegovo ili njeno mentalno funkcionisanje."⁶¹

Tumačeći ih zajedno, sud mora da odredi 2 činjenice pre nego što zaključi da je smanjenja uračunljivost opravdana. Prvo, da je sposobnost učinioca da shvati prirodu postupaka značajno smanjena. Drugo, da je smanjena sposobnost neposredno povezana sa mentalnim stanjem nekog oblika.

Na kraju, ovim olakšavajućim faktorom ispunjeno je potrebno razmatranje suda shodno članu 18 i ne bi trebalo da budu dalja smanjena na osnovu mentalnog stanja pod drugim faktorima ili teorijom smanjene odgovornosti. Takav zaključak može dovesti do značajnog smanjenja kazne. Međutim, zbog tehničke prirode ovakvog zaključka, sud se mora osloniti na lekarsko svedočenje ili mišljenje veštaka u zaključku da je stanje postojalo i da je bilo značajno.

Dodatne teorije pod ovim olakšavajućim faktorom uključuju mogućnost smanjenja kazne na osnovu smanjene odgovornosti prema Glavi II u zavisnosti od okolnosti.

- Član 13 – Krajnja nužda – uslovi su ispunjeni, ali
 - Šteta stvorena da se spreči opasnost prevazilazi štetu koja je pretila
 - Ili šteta je nastala usled nehata učinioca

⁶¹ Krivični zakonik član 18, stav 2

- Član 14 – Nasilje ili pretnja
 - Krivično delo je izvršeno pod uticajem podnošljive opasnosti ili podnošljive pretnje i prijavljeno je odmah nakon prestanka opasnosti.

- Član 15 – Dela izvršena pod prinudom
 - Krivično delo je izvršeno u smanjenom obliku prinude kada se od učinioca moglo očekivati da u datim okolnostima prihvati opasnost – posebno ukoliko je učinilac bio pod zakonskom obavezom da se suoči sa takvom neposrednom silom ili pretnjom nasilja.

Preklapanje i oprez

Mala je verovatnoća preklapanja sa ovom kategorijom i drugim olakšavajućim faktorima, iako ukoliko mentalno zdravlje postane suštinsko pitanje u predmetu, može se preklapati sa ličnim prilikama učinioca. Iako će mentalno zdravlje u velikoj meri doprineti merama lečenja ili dopunskim naredbama koji se izriču uz konačnu kaznu, ne postoje dela u kojima je kategorija ili stepen dela smanjen sa uračunljivošću kao elementom.

Relevantna pitanja uključuju:

- Da li je postojala medicinska procena da bi se to utvrdilo?
- Koja je ozbiljnost zdravstvenog stanja?
- Da li postoji dijagnostifikovana istorija stanja ili se dijagnoza dogodila tek nakon izvršenja dela?
- Da li je sposobnost učinioca da shvati posledice ili prirodu svojih postupaka značajno smanjeno ili samo delimično? Da li je takvo utvrđivanje moguće?
- Da li učinilac u potpunosti nije u stanju da razume posledice svojih postupaka?
- Da li je zaključak u skladu sa standardima koji su generalno prihvaćeni unutar medicinske zajednice?
- Da li će se mentalno stanje učinioca poboljšati ili je trajno po prirodi?
- Da li je stanje do kojeg je doveo učinilac privremeno?
- Da li je učinilac izvršio krivično delo zbog krajnje nužde, ali je stvorena šteta prevazišla štetu koja je pretila?

- Da li je krajnja nužda nastala zbog nehata učinioca?
- Da li je krivično delo izvršeno pod pretnjom podnošljivog nasilja koje je odmah prijavljeno nadležnom organu? Koji je bio nivo pretnje nasiljem?
- Da li je krivično delo izvršeno srazmerno sa pretnjom?
- Da li je percepcija/stvarnost pretnje razumna u svetlu pratećih okolnosti?
- Da li je krivično delo izvršeno pod prinudom, ali se od učionica moglo očekivati da prihvati opasnost?
- Da li je delo učinjeno pod prinudom, ali je učinilac stvorio ili izazvao opasnost ili je bio zakonom obavezan da se izloži opasnosti?

6.3. Dokazi provokacije od strane žrtve⁶²

Pitanje provokacije je pitanje koje možda izaziva najviše kontroverze od bilo kojeg drugog olakšavajućeg faktora prisutnog u zakonu. To je duboko emocionalno pitanje koje često uključuje ljudske odnose i uticaj ljubomore, ljutnje i straha. Pošto mnoge situacije u kojima se traži kao olakšavajući faktor uključuje dinamiku rodni i seksualnih odnosa, neizbežno je da će uključiti društvene, kulturne i moralne vrednosti. Veoma je moguće da socijalni i moralni stavovi sudije pojedinca mogu snažno da utiču na to da li sud smatra da su određene radnje žrtve "provokacija" i da u izvesnoj meri opravdavaju postupanja učinioca. Sud zbog toga mora lagano da se kreće u ovoj oblasti kako bi osigurao da njegova lična uverenja ne utiču na to da se izbegne odgovarajuća upotreba ovog faktora.

Provokacija od strane žrtve tradicionalno se opisuje kao gubitak samokontrole od strane učinioca. Međutim, savremene teorije dovode u pitanje taj pristup jer se fokusira na emocionalnu reakciju učionica. Noviji pristupi procenjuju i ponašanje žrtve i razloge za reakciju učinioca. Ovaj pristup stavlja fokus i na to da li su radnje žrtve bile dovoljne da daju učiniocu opravdani osećaj da su ozbiljno pogrešne i da je reakcija učinioca bila razumna. Da bi to utvrdio, sud mora da se usredsredi na sledeće:

⁶² Krivični zakonik član 74, stav 3.2

- Prirodu, stepen i kontekst provokacije.
- Trajanje i stepen postupaka kao odgovor na provokaciju.
- Da li je odgovor bio nesrazmeran provokaciji

U ekstremnim situacijama, poput ubistva, sudovi moraju naći slične izuzetno visoke nivoe provokacije. Na primer, sudovi su bili spremni da razmatraju provokaciju kada je žrtva priznala da je maltretirala decu okrivljenog ili je žrtva namerno povređivala decu okrivljenog tokom dužeg vremenskog perioda.

Afekt

U nekim okolnostima sudovi su zaključili da je jedan incident dovoljan da pokrene reakciju učinioca. Ovde mora da postoji trenutni prepoznatljiv izazvani događaj koji je rezultiralo postupcima učinioca. Štaviše, izazvani događaj će morati da bude velikog intenziteta i da odgovara kontra-srazmeru dela koji je izvršio učinilac. Stoga, što je veći nivo odgovarajućeg dela, utoliko će provocirajući događaj morati da bude još ekstremniji. Na primer, sud može da utvrdi dovoljno provokacije da bi se opravdalo smanjenje kazne ako učinilac zatekne svoju suprugu u krevetu sa drugom osobom, a zatim odreaguje oštećivanjem vozila te osobe.

Provokacija u kontekstu zlostavljanja u porodici

Zlostavljači često tvrde provokaciju kao olakšavajući faktor. Sud mora razmotriti tvrdnju o provokaciji u kontekstu odnosa u porodičnom nasilju uzimajući u obzir to da zlostavljači često smatraju svaku pretnju njihovoj sposobnosti da kontrolišu žrtvu kao provokacijom. S druge strane, partner pod rizikom koji se osvetio svom zlostavljaču može na odgovarajući način da pokrene pitanje provokacije zasnovanog na istoriji nasilja zlostavljača.

Prvo razmatranje je da li je strana koja tvrdi provokaciju nasilnik ili partner izložen riziku koji se osvetio. Takve tvrdnje moraju se tretirati sa velikim oprezom kako u pogledu određivanju da li imaju činjeničnu osnovu tako i prilikom uzimanja u obzir da li navodno

ponašanje predstavlja provokaciju koja je dovoljna da ublaži ozbiljnost dela. Ovo zahteva od suda da razmotri sve informacije o prirodi odnosa nasilja u porodici.

Da bi provokacija bila olakšavajući faktor za partnera izloženom riziku koji se sveti, obično će uključivati stvarno ili očekivano nasilje - uključujući psihološko zlostavljanje. Provokacija je jači olakšavajući faktor u ovom kontekstu ako se dešavala tokom dužeg vremenskog perioda. Konačno, sud će morati da utvrdi nivo provokacije koju je doživeo partner koji je „vratilo milo za drago“. Kao primer, stav 4 člana 188 Krivičnog zakonika prepoznao je uticaj ekstremne provokacije u slučajevima telesne povrede: " *Sud može izreći sudsku opomenu učionicu dela iz stavova 1. ili 2. ovog člana koji je bio isprovociran nehumanim ili brutalnim ponašanjem povređene strane.* "63

"Provokacija" učionica od strane partnera izloženog riziku preko odbijanja da poštuje pravila učionice, kao što je romantična veza sa drugom osobom ili ruganje tuženom se ne kvalifikuju kao provokacija. Isto tako, pretnje za napuštanje veze, neposlušnost žrtve ili bilo koja stvarna ili percipirana povreda "časti" nasilnika ne čine provokaciju.

Relevantna pitanja uključuju:

- Kakva je bila priroda odnosa između žrtve i okrivljenog?
 - Da li su stranci ili porodica?
 - Da li postoji romantična veza?
 - Da li je uključena treća osoba?
- Da li je provokacija krivična po prirodi - da li je formalno optužena ili ne? Koliko je krivično delo bilo ozbiljno?
- Da li se provokacija ponavljala ili se javila samo jednom?
- Da li se provokacija javljala tokom dužeg vremenskog perioda?
- Da li je postojao duži vremenski period između provokacije i reakcije?
- Da li je došlo do nasilja ili pretnje nasiljem?
- Da li su provokativna dela ili pretnje bile stvarne ili percipirane?

⁶³ Krivični zakonik član 188, Laka telesna povreda

- Da li su provokativna dela tražila ravnopravnost u odnosima kao što su početak ili okončanje veze, traženje obrazovanja, traženje zaposlenja, itd.?
- Kakav je balans moći između učinioca i provokatora?
- Da li je krivično delo srazmerno provokaciji?
 - Da li je u prirodi slično?
 - Ako je bilo više manjih događaja, da li su kulminirali do dovoljnog nivoa?
- Da li reakcija u svetlu provokacije šokira svest?
- Da li bi razumna osoba u sličnoj situaciji smatrala radnje provokacijom?

6.4. Lične prilike i ličnost osuđenog lica⁶⁴

Lične prilike i dobar karakter osuđenog lica su uobičajene olakšavajuće okolnosti u strukturama kaznene politike širom sveta. Zapravo, mnoge studije o kaznenoj politici zaključuju da su lične prilike jedna od najčešće navođenih olakšavajućih okolnosti i da njihov uticaj na končanu kaznu može biti prilično značajan. Često se smatraju najboljim načinom da se stigne do stvarno individualizovane izrečene kazne koja uzima u obzir sve aspekte života i situacije učinioca.

Nažalost, da li je određena lična okolnost vredna razmatranja u ublažavanju kazne je često subjektivna odluka i može u velikoj meri zavisiti od ličnog mišljenja sudije. Ono što jedan sudija smatra olakšavajućim, drugi sudija ne mora da smatra, dok treći sudija to čak može smatrati i otežavajućim faktorom. Opšte upućivanje zakonika na "lične prilike" dalje podržava ideju da spisak univerzalno prihvaćenih ličnih prilika u ublažavanju kazne ne postoji. Rasprava koja sledi predstavlja opšti pokušaj da se razumno opišu neki faktori koji se često pojavljuju.

⁶⁴ Krivični zakonik član 74, stav 3.2

Dobar karakter

"Dobar karakter" optuženog trebalo bi smatrati relevantnim u ublažavanju kazne jer pokazuje da krivično ponašanje nije deo redovnog obrasca/ponašanja optuženog. Ovaj faktor se može odnositi na druge faktore kao što je priznanje krivice, saradnja sa vlastima, dobrovoljna predaja, kajanje, pomoć žrtvama, itd. Ovi faktori trebalo bi da utiču na težinu dela. Potreban je oprez u pogledu ovog faktora i težine koja se daje ovom faktoru u odmeravanju kazne kada je reč o tome da li je učinilac pokazao dobar karakter nakon izvršnog krivičnog dela ili samo pred sudijom.

U slučajevima nasilja u porodici, jedan faktor koji često navode okrivljeni je dobar karakter učionica. Sud bi trebalo da bude posebno sumnjičav u pogledu bilo kojeg zahteva za ublažavanje kazne na osnovu dobrog karaktera. Jedna od dinamika ovih odnosa je ta da može dozvoliti da se nasilje u porodici nastavlja neprimećeno u dužim vremenskim periodima je sposobnost učinioca da ima dva lica. Ličnost koja je predstavljena zajednici često se dramatično razlikuje od ličnosti koju nasilnik pokazuje u kontekstu odnosa. Sud bi trebalo da razmatra samo onaj karakter okrivljenog koji se odnosi na odnos. Ovaj faktor ne treba uzeti u obzir ako postoji dokazani obrazac ponašanja u porodičnom nasilju. Često se partneri nasilnici prikazuju kao naočiti jer su vešti u održavanju kontrole.⁶⁵

Sudovi takođe uzimaju u obzir faktor dobrih karakternih osobina u pogledu mogućnosti rehabilitacije optuženog. U predmetu Blaškić, MKSJ je naglasio da *"karakterne osobine nisu toliko ispitivane kako bi se razumeli razlozi za zločin nego da se više proceni mogućnost rehabilitacije optuženog"*. Međutim, baš kao u predmetu Furundžija kada je sud ocenjivao da li da uključi mlađu starosnu dob kao olakšavajuću okolnost u oba predmeta Pretresno veće navelo je *"... u predmetu koji je tako ozbiljan kao ovaj i dok*

⁶⁵ Priručnik za sudije i tužioce o nasilju u porodici, lične okolnosti i karakter osuđenog lica, stav 10.6.4. Priština (2016), str.76.

toliko optuženih deli ove lične faktore, pretresno veće mora utvrditi da je njihova težina ograničena ili čak nepostojeća kada se određuje kazna. "66

Dokaz "dobrog karaktera" koji obuhvata procenu aspekata poput ugleda, kredibiliteta, ličnosti i socijalnog ponašanja optuženog obično ima za cilj da pokaže da je izvršeno delo van karaktera i da u celini ima za cilj da pruži sudijama potpunije informacije o životu optuženog, njegovom ranijem životu i karakternim osobinama ličnosti. U predmetu Sikirica, Pretresno veće MKSJ zaključilo je da bi trebalo nagraditi dokaz o dobrom karakteru: *"Veće je saslušalo puno dokaza o naporima Dragana Kolundžije da olakša teške uslove u logoru Keraterm za mnoge pritvorenike. . . Na osnovu svedočenja o svom blagonaklonom odnosu prema pritvorenicima, Dragan Kolundžija bi trebalo da dobije značajno smanjenje kazne."* 67

Zdravstveno stanje optuženog

Sudska praksa je prilično oskudna s obzirom na faktor zdravstvenog stanja optuženog i u mnogim slučajevima ona se bavi pitanjima posttraumatskog stresa i poremećaja ličnosti koje su učinili pretrpeli nakon izvršenja krivičnog dela. Na primer, ako je optuženi pretrpeo neku vrstu depresije uz pratnju osećaja krivice i nesposobnosti da prati suđenje za određeni period, ti elementi se mogu uzeti u obzir posebno kao pokazatelj njegovog iskrenog pokajanja.

Nužda

Kada su okrivljeni postupali u okolnostima očigledne i očajničke nužde ovo za neke sudije nosi težinu olakšavajućeg faktora. U brojnim slučajevima korišćenja lažnih pasoša ili drugih identifikacionih dokumenata i u nekim drugim slučajevima sudije su se pokazale pokolebanim na račun beznadežnih teškoća.

Skлонost ka uživanju narkotika ili alkohola

⁶⁶ Predmet br. IT-95-14-T, Presuda u predmetu Tužilac protiv Tihomira Baskića, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (3. mart 2000), stav 782, navodeći IT-95-17/1-T, Presuda u predmetu Tužilac protiv Ante Furundžije, Presuda, (10. decembar 1998) stav 284.

⁶⁷ Predmet br. IT-95-8-S, Presuda o kazni u predmetu Tužilac protiv Duška Sikirice, Damira Došena, Dragana Kolundžije, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (13. novembar 2001.), stav 229

U slučajevima kada je krivično delo izvršeno u cilju sticanja materijalne koristi da bi se finansirala sklonost ka narkoticima, to se može tretirati kao olakšavajuća ili otežavajuća okolnost u zavisnosti od toga da li sudija vidi to kao pokazatelj smanjene ili uvećane krivice.

Zaposlenje

U nekim slučajevima, stalan posao okrivljenog ili pohađanje studija ili stručno usavršavanje mogu biti olakšavajući faktor. Evidencija o dobrom obavljanju rada može biti veoma uticajna u lakšim delima zbog narušavanja dugoročnih ekonomskih prilika okrivljenog ukoliko bude bio upućen na izdržavanje zatvorske kazne u kraćem trajanju. Uopšteno govoreći, zaposlenje učinioca pokazuje neku odgovornost i da su organizovane osobe za razliku od većine koji se pojavljuju pred sudom i da je za njih manje verovatno da će ponovo doći do povrata.

Alternativno, neki sudovi mogu smatrati da to nije bitno za razmatranje. Sud može da tvrdi, naročito kada postoji dovoljna krivica, da je učinilac bio potpuno upoznat sa potencijalnom kaznom koja bi mogla biti posledica izvršenja krivičnog dela, uključujući i gubitak zaposlenja, a da je ipak odlučio da zanemari te posledice. Dodatni argument može biti da razmatranje zaposlenosti u ozbiljnim slučajevima zapravo penalizuje one koji su nezaposleni – verovatno iako samo nisu krivi za tešku ekonomsku situaciju.

Na kraju, sudovi bi trebalo da daju manju težinu ovom faktoru kako se ozbiljnost dela povećava. Ovo se posebno odnosi na krivična dela nasilja.

Lično i porodično stanje

Generalno, sudovi su redovno do određenog stepena uzimali u obzir "porodičnu situaciju" optuženog i uticaj koji bi zatvorska kazna imala na druge. Konkretno, postojanje mlađe dece ili više dece se često uzima u obzir prilikom ublažavanja kazne kada je u pitanju jedini roditelj čije bi zatvaranje dovelo do toga da dete bude povereno drugom rođaku. Posebno razmatranje može obuhvatiti sledeće situacije:

- Broj dece
- Starost dece
- Da li je učinilac jedino lice koje izdržava porodicu
- Da li učinilac brine o drugima
- Da li je učinilac jedini roditelj
- Zdravlje drugih pojedinaca
- Sve druge životne okolnosti učinioca koje mogu uticati na izricanje kazne

Ako sud odluči da razmatra porodične okolnosti u ublažavanju kazne onda fokus mora da bude na specifičnom uticaju koje će razdvajanje imati na porodicu. U praksi, upotreba porodičnih okolnosti treba da bude ograničena na situacije u kojima je uticaj na porodicu značajan zbog određenih okolnosti. Na primer, ako će deca imati ograničenu podršku od drugih ukoliko je učinilac zatvoren. Ublažavanje kazne se obeshrabruje jednostavno na osnovu postojanja porodice.

Još jedan razlog zašto bi sudovi mogli u načelu smatrati "porodične stvari" kao olakšavajuću okolnost zasnivao bi se na principu restorativne pravde da lična i porodična situacija optuženog može dovesti do toga da sudije veruju u optuženikove šanse za rehabilitaciju. U principu, briga okrivljenog za svoju porodicu pokazuje određene pozitivne lične kvalitete i eventualno snažan faktor protiv daljeg kršenja zakona. Za nekoga ko se brine o ranjivim članovima koje izdržava može se reći da radi za zajednicu i to bi trebalo uzeti u obzir prilikom izricanja kazne takvoj osobi jer 'svi' dugujemo onima koji se brinu o drugima.

Izuzetno je važno da sud razmotri ulogu svih članova porodice u krivičnom delu. Ako je član porodice žrtva krivičnog dela učionica, NE treba da postoje olakšavajuće okolnosti zbog porodičnih okolnosti koje se odnose na žrtvu ili izložiti opasnosti druge članove porodice. Na primer, ako je učinilac učinio seksualni delikt protiv deteta, on ne bi trebalo da dobije ublažavanje kazne zbog toga što treba da se brinu o detetu, niti bi trebalo da dobije ublažavanje kazne zbog toga što mora da brine o ostaloj deci u kući.

Na kraju, svako ublažavanje kazne zasnovano na porodici mora biti praćeno pažljivom ocenom svih pratećih okolnosti i pažljivim razmatranjem da li je ublažavanje kazne korist ili rizik. Sud ne sme samo razmatrati, na primer, postojanje male dece, već da li je učinilac obezbeđivao njihovu dobrobit i doprinosio njihovom vaspitanju? Ako u kući ima i drugih bolesnih rođaka, da li je učinilac stvarno brinuo o njima na značajan i produktivan način? Ako je učinilac učinio nasilno krivično delo, da li postoji mogućnost nanošenja povreda članovima porodice u narednom krivičnom delu?

Druge situacije

- Nivo obrazovanja
- Nezaposlenost
- Zdravstveno stanje učinioca

Preklapanje i oprez

Može doći do preklapanja u razmatranju zdravstvenog stanja učinioca ako postoje duševni problemi koji doprinose smanjenoj uračunljivosti.

Relevantna pitanja uključuju:

- Koliko je krivično delo ozbiljno i kakve su povrede, ako ih ima?
- Da li je učinilac zaposlen? Kakva je priroda i obim zaposlenosti?
- Da li će moći..
- Da li postoje izdržavani članovi porodice? Ako je tako, koje su starosti?
- Koliki je stepen zavisnosti članova porodice od učinioca?
- Da li je član porodice žrtva?

6.5 Dokaz da je osuđeno lice imalo relativno manju ulogu u krivičnom delu i činjenica da osuđeno lice koje je učestvovalo u krivičnom delu nije bilo glavni izvršilac, već pomagač ili kao podrška ili na drugi način⁶⁸

⁶⁸ Krivični zakonik član 74, stav 3.4 i 3.5

Oba olakšavajuća faktora 3.4 i 3.5 člana 74 se fokusiraju na ulogu učionica i u suštini njihovu krivicu u samom krivičnom delu. U mnogim aspektima, ovaj faktor je suprotan otežavajućem faktoru 2.1. Faktor 3.4 sličan je po prirodi sa 3.5, ali je fokus 3.4 više na stvarno učešće u krivičnom delu za razliku od dopunskog pomaganja u krivičnom delu. Jedan primer 3.4 bi bio postupanje u svojstvu posmatrača nekoga ko čuva stražu tokom izvršenja pljačke. Dok su kazna i optužba isti, faktor utvrđuje da čuvanje straže čini manju krivicu i stoga zaslužuje manju kaznu.

O faktoru 3.5 se takođe govori u članu 33 koji opisuje pomoć u krivičnim delima. Član konkretno propisuje blažu kaznu kada pojedinac, na primer, obezbedi sredstva za izvršenje krivičnih dela, stvara uslove ili otklanja prepreke za izvršenje krivičnog dela ili unapred pripremi prikrivanje dokaza o izvršenju krivičnog dela, učinioca ili identiteta učinioca, sredstava koja se koriste za izvršenje krivičnog dela, korist ili dobit kao rezultat izvršenja krivičnog dela. Uslovi iz člana 33 za manju kaznu onima koji pružaju pomoć je ispunjen primenom faktora 3.5 i rezultira kaznom koja je blaža od kazne za one koji formalnije učestvuju. Član 33 ne propisuje značajno smanjenje u stepenu težine dela preko ublažavanja kazne, izuzev ako to nije odgovarajuće.

Za sud je važno da ima na umu da utvrđivanje otežavajuće okolnosti pod 2.1 da je učinilac imao visok stepen umešanosti, ne zahteva i ne mora da znači da su preostali učinioci imali manju ulogu u krivičnom delu shodno 3.4. ili kao pomagači shodno 3.5. Takođe ne znači da će utvrđivanje da je jedan učinilac bio na nivou prosečnog učinioca to podrazumevati da su jedan ili dvoje ostalih imali malu ulogu.

Što se tiče manje uloge, svaki zaključak da je učesnik imao manju ulogu u izvršenju krivičnog dela značiće zaključak suda da je prvo okrivljeni minimalno doprineo izvršenju krivičnog dela u smislu ispunjavanja elemenata krivičnog dela i drugo u poređenju sa ostalim učiniocima. Ako bi se doprinos učinioca mogao ukloniti sa minimalnim uticajem na dovršenje krivičnog dela, onda sud može zasigurno zaključiti prisustvo faktora 3.4.

Faktor 3.5 ne zahteva samo od suda da oceni stepen učešća između učinioca i drugih učesnika, nego već i određenu procenu blizine učinioca i koliko je neposredan njegov

doprinos u izvršenju krivičnog dela. Veća je verovatnoća da sud može da utvrdi postojanje faktora 3.5 kada učinilac nije prisutan na mestu izvršenja krivičnog dela. Još jedan pokazatelj će biti vremenski momenat doprinosa učinioca. Ako je doprinos učinioca bio bliži konačnom dovršenju krivičnog dela, onda je manje verovatno da će se učinilac smatrati sekundarnim učesnikom.

Preklapanje i oprez

Trebalo bi da postoji malo zabrinutosti oko preklapanja izuzev između samih faktora 3.4 i 3.5. Sud ne bi trebao da utvrdi istovremeno postojanje oba faktora. Kao što je ranije pomenuto, faktor 3.4 trebalo bi da bude ograničen samo na one situacije u kojima je učinilac fizički prisutan i učestvuje u stvarnom izvršenju krivičnog dela, ali u manjoj ulozi. Za razliku od faktora 3.5 gde je doprinos učinjen pre ili posle izvršenja krivičnog dela u ulozi pomagača ili planiranja. Pritisak ili nevoljnost učinioca da izvrši krivično delo ne bi trebalo da se ocenjuje pod faktorom 3.4 ili 3.5 jer je više odgovarajuće da se to razmatra pod faktorom 3.1.

Relevantna pitanja uključuju:

- Da li je učinilac imao određenu veštinu ili specijalnost potrebnu za planiranje ili izvršenje krivičnog dela?
- Da li je učinilac planirao ili doprineo informacijama ili materijalima potrebnim za izvršenje krivičnog dela?
- Da li je doprinos učinioca bio vremenski udaljen od samog izvršenja krivičnog dela (pre ili posle)?
- Da li je postojao učinilac koji je uglavnom doprineo ili dominirao izvršenjem krivičnog dela?
- Da li je izvršilac bio fizički prisutan na mestu izvršenja krivičnog dela?
- Da li se krivično delo moglo odigrati bez doprinosa učinioca? Da li je doprinos bio materijalno značajan za uspešno dovršenje krivičnog dela?
- Da li se radnje učinioca mogu izolovati i kvantifikovati u odnosu na druge učesnike?

6.6 Godište osuđenog lica, da li je mlado ili staro⁶⁹

Godište ili starosna dob je jedna od klasičnih 'ličnih prilika' koju treba razmatrati prilikom određivanja kazne učiniocu. Uopšteno govoreći, dve glavne okolnosti treba smatrati olakšavajućim faktorima: **mlad uzrast** i **starija starosna dob** učionica. Iako su oba povezani sa starosnom dobi, one se razlikuju u smislu logike ublažavanja kazne. Za mlade učinioce, ublažavanje kazne je tipično zasnovano na nezrelosti učinioca. Tu je učinilac u određenoj meri bio suviše mlad ili neadekvatno razvijen da bi zaista shvatio prirodu svog postupanja. Zbog toga bi kazna trebalo da bude smanjena. Što se tiče starijih lica, koncept je takav da se time može ugroziti zdravlje učinioca ili da trajanje kazne može biti takvo da je mala verovatnoća da se učinilac vrati u društvo.

Obe situacije dele sličnu logiku u smislu sposobnosti učinioca da odsluži kaznu. Dodatno obrazloženje koje se često javlja za razmatranje starosne dobi u ublažavanju kazne je koncept da kazna može imati veliki uticaj na određenog učinioca bez obzira da li je u pitanju mladi ili stariji učinilac. Ovde je možda posebno teško držati se kazne unutar "normalnog" raspona. U takvim situacijama zabrinutost je u pogledu toga da bi kazne trebalo da imaju približno isti uticaj na sve učinioce, a kada učinilac potpadne u ovu kategoriju onda to krši ovaj princip.

Poteškoće sa oba ova faktora su u tome da ne postoji jasna definicija o tome šta predstavlja mladu ili stariju dob kao olakšavajući faktor. Stoga sud mora pristupiti primeni ovog faktora uz puno opreza i usmeriti se na jedinstvenu primenu. U obe situacije, krajnja granica raspona je manje teže pitanje i manje je kontroverzno jednostavno pogledati starosnu dob i utvrditi da li bi se ublažavanje kazne trebalo primeniti. Kako starosna dob postaje više kontroverzna, sud će morati na prvom mestu sve više da se oslanja na procenu razloga za ublažavanje kazne. Na primer, za propisnu ocenu faktora "mladog uzrasta" primenjuju se elementi poput neiskusnost, nežnost ili

⁶⁹ Krivični zakonik član 74, stav 3.6

slabašnost, nezrelost ili naivnost; slično tome, faktor "starije starosne dobi" treba proceniti u vezi sa zdravljem, nemoćnošću, bolestima i tako dalje.

Neke poteškoće u primeni ovog faktora mogu se videti u praksi MKSJ-a prilikom procene "mladog". Generalno, pretresna veća su u proseku smatrala da je "mlad" neko starosne dobi između 19 i 23 godine u vreme kada je izvršen zločin. Iako se ovaj prosek može smatrati spoljašnjim granicama onoga što se može smatrati mladim, nije teško imati razumevanja sa njegovom primenom. Međutim, postojali su slučajevi kada je sud otišao toliko daleko da je primenio ublažavanje kazne za nekoga koji je mnogo stariji od tog uzrasta. Stoga određivanje "mladog" uzrasta zavisi od vrste izvršenog krivičnog dela i koliko bi se moglo očekivati od "mladog" učionica da shvati težinu svojih postupaka ili sposobnost da se odupre ekstremnom pritisku nadređenih. Kako se starosna dob povećava, sud će morati da obezbedi sve veće opravdanje nesposobnosti učinioca da shvati prirodu svojih postupaka što više može opravdati smanjenju uračunljivost.

Kada se razmatra primena faktora "starije" starosne dobi, ne bi trebalo razmatrati sposobnost učinioca da razume svoje postupke ili da shvati njihovu prirodu, odnosno senilnost ili invalidnost. Ukoliko postoji zabrinutost oko razumevanja, onda se ona na više odgovarajući način rešava pod smanjenom uračunljivošću. Da bi se ovaj faktor primenio, sud bi trebalo da oceni ukupno zdravstveno stanje učinioca i sposobnost adekvatnog izdržavanja kazne. Tradicionalna teorija pod ovim smanjenjem je da će zbog starije starosne dobi učinioca kazna imati nesrazmerno oštriji efekat u poređenju sa mlađim učiniocem kojem je izrečena ista kazna. Sud može sigurno da odbaci ovaj faktor ukoliko postoje dokazi da je taj učinilac koristio taj uslov u korist izvršenja krivičnog dela. U slučaju Plavšić, starija starosna doba optužene razmatrana je iz dva razloga: prvo, fizičko pogoršanje vezano za poznije godine čini izdržavanje kazne težim za starije nego mlađe optužene. Drugo, učinilac poznih godina možda neće imati dovoljno preostalog života nakon puštanja na slobodu."⁷⁰

⁷⁰ Predmet br. IT-00-39&40/1-S, Presuda o kazni u predmetu Tužilac protiv Biljane Plavšić, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju (27. februar 2003) stavovi 95-106.

Suprotno predmetu Plavšić, MKSJ je imao vrlo interesantan pristup u predmetu Simić prilikom odlučivanja da li zdravstveno stanje utiče na izrečenu kaznu pružajući veoma široko obrazloženje zbog čega se takav uslov ne smatra nužno kao olakšavajući faktor. U ovom slučaju odbrana je predstavila medicinski izveštaj u kome navodi da bi g. Simiću bila potrebna potpuna medicinska nega do kraja njegovog života; da će mu takođe biti potrebna svakodnevna pomoć za ličnu higijenu, pripremu hrane, kretanje invalidskih kolica i premeštanje sa kreveta na invalidska kolica". Uprkos datom medicinskom izveštaju, s obzirom na težinu krivičnog dela koje je izvršio učinilac, Pretresno veće je primetilo da "... u medicinskom izveštaju (dokazni predmet A) nema naznaka u pogledu do kog obima bi samo zatvaranje imalo uticaja na očekivani životni vek Milana Simića. Zdravstveno stanje koje može u nekom budućem periodu uticati na očekivani životni vek, po mišljenju ovog pretresnog veća ne dovodi automatski do smanjenja kazne. " Mišljenje veća je bilo da se samo u izuzetnim okolnostima ili" retkim "slučajevima loše zdravlje treba uzeti u obzir prilikom ublažavanja kazne.

Pored toga, iako je Pretresno veće bilo svesno da pritvorni objekt ne može da zadovolji potrebe gospodina Simića, to nije uticalo na njihovu odluku o zatvaranju. Veće je izreklo kaznu i navelo da:

"neophodno je navesti da bi zatvorski objekat u kojem će Milan Simić eventualno biti smešten, koliko je god to moguće, trebalo da bude u mogućnosti da zadovolji njegove medicinske potrebe ... Iako saosećajni sa medicinskim komplikacijama koje je Milan Simić pretrpeo i sadašnjim zdravstvenim stanjem, pretresno veće nije uvereno da su zdravstveni problemi prisutni u tolikoj meri da bi to opravdalo smanjenje kazne. Zdravstveno stanje Milana Simića ne treba uzeti u obzir kao olakšavajuću okolnost u odmeravanju kazne. "

Preklapanje i oprez

Kao što je ranije rečeno, ovaj faktor može imati značajno preklapanje sa smanjenom uračunljivošću, posebno kada se ovaj faktor primenjuje u kontekstu nemogućnosti razumevanja dela ili posledica.

Relevantna pitanja uključuju:

- Da li je učinilac bio mlađi od 18 godina ili stariji od 65 godina?
- Da li je učinilac dovoljnog uzrasta da razume prirodu svojih postupaka?
- Da li postoje činjenice ili dokazi koji ukazuju na to da je učinilac u stvari shvatio svoje postupke uprkos svojim godinama?
- Da li postoji dokaz da je učinilac procenio ili svesno zanemario potencijalne negativne ishode svojih postupaka?
- Da li učinilac pati od akutnog zdravstvenog stanja? Hoće li učinilac nadživeti predviđenu kaznu?
- Da li postoji mentalno stanje koje doprinosi nesposobnosti da se shvate postupci učinioca?
- Da li je učinilac svesno iskoristio ovaj faktor u izvršenju krivičnog dela?
- Da li su važeći uslovi za ispunjavanje ovog ublažavanja medicinski dijagnostifikovani? Da li je ovo stanje bilo prisutno pre izvršenja krivičnog dela?

6.7 Faktori koji ukazuju na kajanje i saradnju učinioca⁷¹

Faktori od 3.7 do 3.12 u članu 74, grupisani su zajedno kako bi se sudu skrenula pažnja na veliku mogućnost preklapanja između faktora. Ako se ne pristupi uz pažljivo razmatranje i oprez, postoji velika verovatnoća da će učinilac dobiti veći stepen ublažavanja kazne od onog na koji ima pravo.

Svih ovih šest faktora uklapaju se u koncept rehabilitacione pravde. Odnosno, da je okrivljeni u određenoj meri prihvatio da je učinio neku protivpravnu radnju, prihvatio odgovornost i spreman je da se promeni. Ukazavši upravo na to, fokus suda trebalo bi da bude na reintegraciji učinioca u društvo umesto na njegovo udaljšavanje s ciljem da se zaštiti društvo. Pošto svaki od ovih faktora može da ima važnu ulogu u određivanju ukupne kazne, i s obzirom da se smatraju moćnim pokazateljima izgleda za rehabilitaciju,

⁷¹ Krivični zakonik član 74, stav 3.7 i -3.12

sud ne sme da dozvoli da činjenice koje se primenjuju na jedan faktor idu u prilog nekom od drugih faktora.

Koncept kajanja je jedina oblast koja više od bilo koje druge dovodi do konfuzije i potencijalnog preklapanja. Nema sumnje da svaki faktor u ovoj grupi može da ide u prilog izjavi o kajanju i poboljša izgled učinioca za rehabilitaciju. Obeštećenje žrtve može se smatrati pokazateljem kajanja. Saradnja sa sudom mogla bi se smatrati prihvatanjem odgovornosti i kajanjem. Priznanje krivice može se smatra prihvatanjem odgovornosti i kajanjem. U šemama kaznene politike i istorijski gledano, možda nijedan drugi faktor nije tako značajan za ublažavanje kao koncept kajanja. On emocionalno utiče na sudije, tužioce, pa čak i na žrtve tako da ublažava njihovu ocenu i njihove zahteve za zatvaranjem. Zbog mogućnosti da ima tako značajan uticaj, a kako bi se na kraju osiguralo da je odmeravanje kazne isto za sve učinioce i da je ublažavanje kazne adekvatno, apsolutno je neophodno da sud strogo tumači značenje faktora 3.7-3.12 i ne dozvoli protivrečnu primenu.

6.7.1 Dokaz da je osuđeno lice izvršilo restituciju ili kompenzaciju žrtvi ⁷²

Koncept ovog faktora je da je on koristan da bi se žrtva barem finansijski vratila na neku vrstu stanja pre krivičnog dela. Pored toga, postoji određeno razmatranje da ovaj postupak treba da se smatra pohvalnim u smislu meritornih ciljeva krivičnog pravosudnog sistema jer će uravnotežiti propise koje podržava država kako bi se osigurala kompenzacija žrtvama. Ovo je posebno primenjivo ako do restitucije dođe bez upozorenja ili pritiska suda.

Međutim, ako sud primeni kompenzaciju žrtvi na ovaj faktor, on ne može istu da primeni i na dokaz o kajanju. Ne samo da postoji zabrinutost da će se dvostruko vrednovati okolnosti za ublažavanje kazna, nego postoji i određena zabrinutost da učinilac pokušava da iskoristi mogućnost smanjenja kazne bez stvarnog angažovanja u postupku i samo zašto što je to „ispravna“ stvar.

⁷² Krivični zakonik član 74, stav 3.7

Druga oblast koja izaziva zabrinutost jeste da li se ovaj faktor fokusira na sposobnost plaćanja i, stoga, da li je primereno da se pripiše ublažavanje kazne samo zato što određena strana ima mogućnost da plati. Ova zabrinutost je očiglednija kada postoje saokrivljeni i kada oba saokrivljena žele da plate, ali je samo jedan u mogućnosti da to i uradi. U takvoj situaciji, sud mora da razmotri da li zapravo s jedne strane kažnjava učinioca koji nema novca, a s druge strane nagrađuje onog koji ga ima. To ne znači da ovaj koncept nema nikakvu vrednost, posebno kada je u pitanju sposobnost države da izvrši obeštećenje ukoliko okrivljeni to ne može da uradi. Činjenica da je u određenom slučaju žrtva u stanju da plati medicinske račune ili izgubljene plate je svakako korist. To jednostavno podrazumeva da sud mora da oceni sve okolnosti kada određuje da li će ublažiti kaznu i u kojoj meri. Sud posebno treba da uzme u obzir sposobnost učinioca da srazmerno plati iznos dospelo za plaćanje.

Relevantna pitanja uključuju:

- Da li je restitucija izvršena pre hapšenja ili formalne intervencije organa reda i zakona?
- Da li je učinilac znao koliko su jaki dokazi u predmetu protiv njega u vreme kada je izvršena restitucija?
- Da li je restitucija izvršena kao rezultat nekog sporazuma sa žrtvom u vezi sa vođenjem/podržavanjem krivičnog postupka?
- Kakva je bila sposobnost učinioca da srazmerno plati iznos dospelo za plaćanje? Da li je bilo saokrivljenih sa različitom sposobnošću plaćanja?
- Da li se žrtva oporavila zahvaljujući restituciji?
- Da li je restitucija uzeta u obzir prilikom zaključka da se učinilac pokajao za svoje postupke? Da li je restitucija uzeta u obzir za bilo koji drugi olakšavajući faktor?
- Da li je kompenzacija/ restitucija izvršena u nekom drugom obliku osim monetarnog?

6.7.2 Opšta saradnja osuđenog lica sa sudom, uključujući dobrovoljnu predaju⁷³

Faktor 3.8 fokusira se na ponašanje učinioca nakon izvršenja krivičnog dela; a posebno na interakciju između učinioca i suda. Fokus će neizbežno biti na ponašanju učinioca dok traje suđenje i na kraju će se odluka o primeni faktora zasnivati na percepciji suda. Ovo se ne smatra i ne treba da se smatra delom saradnje sa tužilaštvom koje je posebno rezervirano za faktor 3.9.

Dobrovoljna predaja optuženog može da ima posledice po proces odmeravanja kazne i mogućnost suda da postupak privede kraju i zato se razmatra kao faktor kod ublažavanja kazne. Sudovi takođe pretpostavljaju da dobrovoljna predaja i prihvatanje procesa imaju šire posledice i mogu da inspirišu druge učinioce da deluju u skladu s tim, poboljšavajući tako ukupnu efikasnost rada sudova. Međutim, značaj dobrovoljne predaje je **znatno** umanjen kada su postupci po prirodi isključivo porodičnog karaktera.

Međutim, zbog implicitne prirode postupka, ovaj faktor ima primarni značaj kod odmeravanja kazne u međunarodnim sudovima. Budući da njihov uspeh u velikoj meri zavisi od međudržavne saradnje koja može biti problematična u većini slučajeva, sudovi su dosudili ublažavanje kazne za učinioce koji su se dobrovoljnu predali pravosuđu. U predmetu Erdemović, saradnja optuženog, njegova dobrovoljna predaja i priznanje krivice smatrani su olakšavajućim faktorom: „... *Optužba je navela da nije našla nikakve nepodudarnosti u informacijama koje im je pružio optuženi; njihove istrage potvrdile su veće deo onoga šta im je on rekao, što indicira da je optuženi iskrenog karaktera. Ovo podržava i njegovo priznanje i stalno priznavanje krivice, a posebno činjenica da je dobrovoljno istupio i opisao svoj udeo u masakrima pre nego što je njegova upletenost bila poznata bilo kojim istražnim vlastima.*”⁷⁴

⁷³ Krivični zakonik član 74, stav 3.8

⁷⁴ Predmet br. IT-96-22-Tbis, Presuda o kazni u predmetu Tužilac protiv Dražena Erdemovića, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (5. mart 1998), stav 16.i.

Bez obzira na to da li se postupak vodi pred domaćim ili međunarodnim sudovima, krajnje pitanje za sud trebalo bi da bude da li je uopšte primereno uzeti u obzir ovaj faktor. Uzimanje saradnje sa sudom kao ublažavajući faktor u suštini nagrađuje ponašanje koje bi inače trebalo očekivati od okrivljenog. Primereniji pristup bi bio da se ublažavanje kazne za saradnju rezerviše za ponašanje koje prevazilazi ono što se očekuje ili je generalno prihvaćeno kao odgovarajuće ponašanje. Umesto toga, mnogi sudovi su odbili da dosude ublažavanje kazne za ponašanje i odlučili su se za kažnjavanje lošeg ponašanja pooštavanjem kazne. Primeri uključuju ponašanje koje je omalovažavajuće i graniči se sa nepostojanjem svesti o težini krivičnog dela, pretnjama ili zastrašivanjem svedoka i opštim nepoštovanjem važnosti i dostojanstva sudskog postupka.

Relevantna pitanja uključuju:

- Da li je predaja izvršena sudu ili tužilaštvu?
- Da li je razlog za predaju bio nagoveštaj ili pomak u sprovođenju intervencija organa reda i zakona?
- Da li se učinilac predao na međunarodnoj ili domaćoj lokaciji?
- Da li sud generalno očekuje takvo ponašanje učinioca? Da li je to prosto bilo odsustvo lošeg ponašanja od strane učinioca?
- Da li je predaja ili saradnja od suštinskog značaja za odluku suda? Da li je to doprinelo zaključivanju stvari?

6.7.3 Dobrovoljna saradnja osuđenog lica u krivičnoj istrazi ili gonjenju⁷⁵

Saradnja može da podrazumeva različite vidove i to od jednostavnog olakšavanja u obrazlaganju navoda tužilaštva, svedočenja i pružanja dokaza u drugim slučajevima, otkrivanja novih ili potvrđivanja poznatih informacija, pa sve do davanja doprinosa u identifikaciju drugih izvršilaca krivičnih dela. To takođe može da bude i saradnja sa policijom tokom faze istrage.

⁷⁵ Krivični zakonik član 74, stav 3.9

Veoma je važno da sud ovaj faktor odvoji i razlikuje od priznanja krivice ili formalnog sporazuma o saradnji. Kada postoji formalna struktura, u njoj su jasno navedeni uslovi ublažavanja kazne, njena ograničenja i očekivanja tužilaštva. Sud bi trebalo da pretpostavi, izuzev ako tužilac nije predložio drugačije, da je u sporazumu uračunata i potpuna saradnja u stvari pred sudom. Sud ne bi trebalo da koristi ovaj faktor kako bi dodatno smanjio dogovorenu kaznu ili umanjenje jer će to destabilizovati buduće sporazume i dovesti do dvostrukog uračunavanja saradnje.

Procena saradnje učinioca zavisi i od količine i od kvaliteta informacija koje oni pružaju. Takođe, zavisi i od spontanosti i nesebičnosti saradnje. Sud mora da vrednuje da li su informacije pružene dobrovoljno ne očekujući ništa zauzvrat, ili nerado samo zbog predstojećeg delovanja organa reda i zakona ili uspeha tužilaštva. Sud bi trebalo da iskoristi svoj autoritet kako bi i od tužioca ili organa reda i zakona dobio informacije o nivou ili važnosti saradnje koju je učinilac pružio.

Ako sud utvrdi da je saradnja bila suštinska, ovaj faktor se generalno smatra značajnim za ublažavanje kazne jer omogućava i brzo suđenje. S druge strane, stepen ublažavanja kazne će biti manji kada sudije utvrde da je do saradnja došlo nevoljno, da je bila sporadična ili povezana sa nekim spoljnim faktorom.

Relevantna pitanja uključuju:

- Da li postoji formalni sporazum o priznanju krivice ili sporazum o saradnji? Ukoliko postoji, da li su uslovi za smanjenje kazne jasno navedeni?
- Ako postoji sporazum, da li je učinilac dao i informacije koje nisu predviđene sporazumom?
- Da li su informacije date u očekivanju smanjenja kazne?
- Da li je saradnja učinioca bila suštinski važna za rešavanje predmetne stvari? Za rešavanje neke druge stvari?
- Da li je učinilac priznao krivično delo?
- Da li je učinilac dao optužujuće iskaze protiv drugog učinioca tokom istrage i/ili suđenja?

- Da li su kao rezultat saradnje učinioca pronađeni dokazi koji idu u prilog osudi?

6.7.4 Priznanje krivice⁷⁶

Priznanje krivice već dugo predstavlja izvor ublažavanja kazne iz različitih razloga. Neki tvrde da ono ukazuje na to da učinilac prihvata ono što je učinio, na spremnost da se rehabilituje i ponovo integriše, na spremnost da bude kažnjen za krivična dela koja je izvršio, kao i znak kajanja prema žrtvi i društvu. Međutim, nasumična primena ovog faktora dovodi do dvostrukog vrednovanja odnosno uračunavanja faktora kao olakšavajuće okolnosti i prekomernog konačnog smanjenja kazne. Trenutna praksa na Kosovu u velikoj meri ide u prilog tome da je ovaj faktor, kada je prisutan, nesrazmerno važan u poređenju sa drugim faktorima - ukazujući na dvostruko uračunavanje i preklapanje primene. Štaviše, nema dokaza koji sugerišu da bi široka primena priznanja krivice na druge faktore u stvari bila opravdana. S obzirom na to da je moguće nezavisno oceniti svaki faktor kome priznanje krivice ide u prilog, a priznanje krivice ima svoj poseban faktor, sud mora svoju ocenu da usmeri isključivo na činjenicu da se okrivljeni izjasnio krivim. Ne treba da razmatra priznanje krivice u prilog kajanju, saradnji ili nekom drugom faktoru.

Postoje nekoliko prednosti koje sasvim prirodno proističu iz priznanja krivice, a koje čine osnov za ublažavanje kazne. Primarni razlog se odnosi na sve društvene koristi koje proističu iz činjenice da se u tom slučaju izbegava suđenje. Priznanje krivice sprečava troškove povezane sa svedočenjem svedoka, dovođenjem okrivljenih od strane policije, bezbednošću postupka, možda troškovima prevodilačkih usluga i pažnju nekoliko sudija na jedan predmet na uštrb drugih predmeta. Postoje i psihološke poštude jer žrtve i svedoci proživljavaju težak duševni stres zbog prisustva i svedočenja na suđenju. I sam sistem može na kraju da usmeri svoje vreme i pažnju na predmete koji su možda vredniji zbog ograničenih društvenih finansijskih resursa. Konačno, u ograničenoj meri, ublažavanje kazne za one koji se dobrovoljno izjasne krivim pokazuje drugima da će se

⁷⁶ Krivični zakonik član 74, stav 3.10

prema njima pravično postupati. Time se podstiče istupanje drugih učinilaca, bilo da su već optuženi ili su nepoznati učinioci.

Čin priznanja krivice bi trebalo u principu da dovede do određenog smanjenja kazne koja bi inače bila izrečena optuženom. Međutim, stepen olakšavajuće vrednosti za potvrdno izjašnjavanje o krivici uglavnom zavisi od trenutka kada se učinilac potvrdno izjasnio o krivici. Rano priznavanje krivice ima veću težinu od kasnijeg priznanja krivice pošto su tada koristi za sistem i ekonomiju suđenja najveće. Takođe se generalno smatra da je rano priznanje krivice iskreno i spontano za razliku od recimo priznavanja krivice u poslednjem trenutku kako bi se maksimalno smanjila kazna jer suđenje ne ide u prilog okrivljenom. Stepem ublažavanja kazne treba da se smanjuje srazmerno tome kako postupak vremenski odmiče. Međutim, kada suđenje već počne onda bi stepen ublažavanja kazne trebalo da bude značajno smanjen jer su tada uglavnom već izgubljene povlastice koje se dobijaju izbegavanjem suđenja - pogotovo ako su žrtve pozvane da svedoče. Ako do potvrdnog izjašnjavanja o krivici dođe tokom suđenja, sud bi ozbiljno trebalo da razmotri dosuđivanje minimalnog ili nikakvog stepena ublažavanja kazne. U predmetu Sikirica, Veće je na isti način vrednovalo vreme kada je došlo do priznanja krivice. „*Optuženom koji se pre početka suđenja izjasni da je kriv po optužbama kojima se tereti obično će se potvrdno izjašnjavanje o krivici maksimalno uzeti u obzir, dok će se onom koji se izjasni da je kriv u bilo kojem trenutku tokom suđenja to priznanje uzeti u obzir u određenoj meri, ali ne u onoj meri u kojoj bi se uzelo da se izjasnio da je kriv pre početka suđenja.*“⁷⁷

Važno je imati na umu da ovo značajno smanjenje povlastica za ublažavanje kazne nakon početka suđenja nije kazna za ostvarivanje prava na suđenje. To je jednostavno potvrda da se priznanje krivice pre svega nagrađuje jer se time izbegavaju društveni troškovi. Na kraju, okrivljeni koji koristi svoje pravo na suđenje ima mogućnost koja nije na raspolaganju okrivljenom koji se izjasnio krivim, a to je da ne bude proglašen krivim i u potpunosti izbegne kaznu.

⁷⁷ Predmet br. IT-95-8-S, Presuda o kazni u predmetu Tužilac protiv Duška Sikirice, Damira Došena, Dragana Kolundžije, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (13. novembar 2001.), stav 150

Najzad, ovaj faktor ne treba mešati sa sporazumom o dogovorenom priznanju krivice. To su potpuno odvojene stvari. Uslovi sporazuma o priznanju krivice i njegova ograničenja u smislu smanjenja kazne su jasno navedeni u Zakoniku o krivičnom postupku. Štaviše, sporazum o priznanju krivice podrazumeva da su sve strane u suštini pristale na konačnu kaznu za učinioca - nema dodatnog smanjenja na osnovu ovog faktora jer bi to predstavljalo dvostruko uračunavanje. Sam sporazum bi trebalo da predstavlja adekvatnu uštedu za društvo kao i sve dodatne primerene olakšavajuće faktore. Ovaj faktor je rezervisan isključivo za one situacije u kojima se okrivljeni izjasnio krivim bez dogovorenog priznanja krivice sa tužiocem.

Ako se sud nađe u situaciji da su pregovori o priznanju krivice vodili i bili bezuspešni, ali se na kraju okrivljeni pred sudom izjasnio krivim bez prethodno postignutog sporazuma, sud bi trebalo da razmotri kaznu koju je predložio tužilac, a koja je bila odbijena. Ukoliko sud utvrdi da okolnosti pod kojima su se vodili pregovori o sklapanju sporazuma o priznanju krivice ukazuju na to da je učinilac odbio ponudu za priznanje krivice u nadi da će od suda dobiti blažu kaznu, sud bi trebalo ozbiljno da razmotri moguću posledicu ukoliko zaista odluči da smanji kaznu. Neosnovano izricanje kazne manje od one ponuđene u sporazumu o priznanju krivice može da obeshrabri buduća zaključenja sporazuma o priznanju krivice.

Relevantna pitanja uključuju:

- Da li se okrivljeni izjasnio krivim u najranijem mogućem trenutku?
- Da li je okrivljeni imao priliku da oceni sve predložene dokaze i svedočenja pre priznanja krivice?
- Da li je suđenje zvanično počelo? Da li je došlo do svedočenja?
- Da li je žrtva svedočila?

6.7.5 Kajanje koje je pokazalo osuđeno lice⁷⁸

Kada su u pitanju druge okolnosti koje se odnose na ličnost optuženog, 'kajanje' se tradicionalno u značajnoj meri uzima u obzir kod ublažavanja kazne u skoro svakom sistemu. U idealnom slučaju ono predstavlja potvrđivanje patnji žrtava, priznanje da je delo bilo pogrešno, preuzimanje odgovornosti i spremnost da se prihvate posledice. Kada je kajanje više nego samo izražena tuga, već i uporedo i neki faktički čin koji pokazuje pokajanje, onda je to snažan argument za ublažavanje kazne. U tim situacijama, okrivljeni je pokazao sve osobine potrebne za uspešnu rehabilitaciju i ponovnu integraciju u okviru rehabilitacionog modela kažnjavanja.

Da bi prihvatio kajanje kao olakšavajuću okolnost kod odmeravanja kazne, sudija mora da bude uveren da je izraženo kajanje iskreno. Ova procena je očigledno teška s obzirom na to da je ovaj faktor subjektivne prirode i da samo učinilac zna kolika je iskrenost kajanja. Sud mora da uzme u obzir ne samo reči učinioca već i posredne dokaze i zaključke do kojih se može doći na osnovu radnji i ponašanja. Tu tradicionalno spadaju stvari kao što su:

- Izjave učinioca koje ukazuju na kajanje i žaljenje.
- Preduzimanje pozitivnih radnji prema žrtvama i svedocima kao što je izvinjenje.
- Ako je žrtva povređena, odmah je tražena ili pružena medicinska pomoć.
- Emocije učinioca koje su uočili žrtva, tužilac i/ili sud.
- Ukoliko su postupci učinioca izazvani ili pogoršani nekim spoljnim faktorima, kao što je upotreba alkohola ili narkotika, prihvatanje lekarske pomoći.
- Ponašanje odnosno držanje učinioca nakon izvršenog dela, na primer u sudnici, predaja policiji, saradnja sa tužilaštvom.
- Priznanje krivice u najranijem mogućem trenutku.

Primer gde je optuženi iskazao kajanje može da bude uzet iz predmeta Simić, kome je sudio MKSJ i gde je Pretresno veće zaključilo sledeće:

⁷⁸ Krivični zakonik član 74, stav 3.11

...činjenica da se Milan Simić ... izvinio dvema žrtvama ...[i]... izjavu Milana Simića na pretresu za odmeravanje kazne u kojoj je izrazio svoje „iskreno žaljenje i kajanje“ za ono što je učinio svojim „sugrađanima i prijateljima u zgradi osnovne škole“, te činjenicu da je iskoristio priliku da „im se svima javno izvini“.⁷⁹

Preklapanje i oprez

Kao što je rečeno na početku za faktore 3.7-3.12, mnogi od njih pokazuju veliki potencijal da se međusobno preklapaju. Kao što se može videti na osnovu prethodno navedenog spiska, mnogi od tih faktora se tradicionalno navode kao posredni dokazi koji idu u prilog zaključku o kajanju učinioca, što dovodi do značajnog ublažavanja kazne. Međutim, vreme i iskustvo pokazuju da se korišćenje ovih faktora kao pokazatelja umanjuje. Sa sve većim korišćenjem sporazuma o priznanju krivici i potvrdnog izjašnjavanja o krivici, savremena kaznena politika prepoznaje da se možda postupci koji se tradicionalno pripisuju žaljenju učinioca smatraju proračunatim izborom kako bi se smanjila kazna. Krivični zakonik potvrđuje ovo razmatranje tako što mnogim tim postupcima dodeljuje specifičan faktor. To znači da sud mora da ograniči svoje razmatranje samo na one činjenice i okolnosti koje se ne mogu direktno pripisati drugom faktoru.

Iako kajanje može da bude značajan i uverljiv olakšavajući faktor, odsustvo kajanja ne treba da se smatra otežavajućim faktorom. Ovo se odnosi na situacije u kojima postoji priznanje krivice ili sporazum o priznanju krivice.

U principu, izjave ili izvinjenja okrivljenog trebalo bi posmatrati sa skepticizmom jer lažno kajanje može da bude sastavni deo ciklusa nasilnih odnosa koji su prisutni u nasilju u porodici.

⁷⁹ Predmet br. IT-95-9/2-S, Presuda o kazni u predmetu Tužilac protiv Milana Simića, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (17. oktobar 2002.), stav 94.

Relevantna pitanja uključuju:

- Ukoliko se radi o povredi žrtve, da li je učinilac obezbedio lečenje? U kom trenutku?
- Da li je učinilac izrazio direktno kajanje žrtvi ili svedocima?
- Da li je učinilac preduzeo korake koji ukazuju na kajanje ili prihvatanje odgovornosti?
- Da li je učinilac ispoljio emocije koje su svojstvene kajanju?
- Da li je učinilac tražio medicinsku/psihološku pomoć nakon krivičnog dela? U kom trenutku? Da li je učinilac to učinio kada je njegovo hapšenje bilo neizbežno ili nakon što je počeo postupak?
- Da li je određena radnja ili ponašanje pokazalo istinsko kajanje ili je to učinjeno kako bi se smanjila odgovornost i kazna?
- Da li je učinilac pokazao kajanje kako bi ubedio žrtvu da se založi za smanjene kazne ili nekažnjavanje? Da li se radi o nasilju u porodici?
- Da li je učinilac ublažio štetu ili mogućnost njenog eventualnog širenja na druge žrtve?

6.7.6. Ponašanje osuđenog lica nakon izvršenog dela⁸⁰

Faktor 3.12 je u mnogim aspektima sveobuhvatna odredba, te zbog toga ne sadrži primere i dodatne pojedinosti. Ako sud utvrdi da ponašanje učinioca opravdava određeni stepen ublažavanja kazne, ali je primena nemoguća u okviru drugih faktora, sud može da razmatra ponašanje u okviru ovog faktora. To može da uključuje držanje, ponašanje, radnje, priznanja na sudu ili bilo koje drugo odgovarajuće ponašanje.

U nekim aspektima, fokus na ponašanje posle izvršenog dela može više da ide u prilog otežavajućim okolnostima. Ovo može da uključuje:

- uništavanje tragova ili dokaza o krivičnom delu (osim ako to nije posebno krivično delo);
- preduzimanje određenih radnji s namerom da se izvrši pritisak na svedoke i veštake da lažno svedoče ili obećavanje nagrade za to (osim ako to nije posebno krivično delo);

⁸⁰ Krivični zakonik član 74, stav 3.12

Relevantna pitanja uključuju:

- Da li ponašanje zaslužuje ublažavanje kazne?
- Da li ponašanje ide u prilog primeni drugog olakšavajućeg faktora?
- Da li je ponašanje po svemu sudeći povezano sa ili je reakcija na trenutnu policijsku ili zvaničnu meru?

6.7.7 U slučaju da je lice osuđeno za krivično delo uzimanja talaca, kidnapovanja ili nezakonitog lišavanja slobode ili shodno propisanom iz članova 175, 194 ili 196 ovog Zakonika, stvarno doprinelo da se oslobodi ili živa vrati kidnapovana, oteta, zatočena ili žrtva lišena slobode ili je dobrovoljno pružilo informacije koje doprinose identifikaciji drugih odgovornih za krivično delo.⁸¹

Sud će faktor 3.13 primenjivati samo u ograničenim okolnostima. Konkretno kada postupa sa krivičnim delima povezanim sa otmicom kao što su uzimanje talaca (175), kidnapovanje (194) i nezakonito lišavanje slobode (196). U ovim ograničenim okolnostima sud će morati da proceni sve okolnosti pod kojima je došlo do tog dela kako bi odlučio da li će zaista da primeni ovaj faktor. U određenom smislu, ovaj faktor ukazuje na određeno kajanje učinioca ili, u najmanju ruku na pozitivan čin prema žrtvi u pokušaju da joj se obezbedi siguran povratak. Takođe predstavlja olakšavajuću okolnost kada je učinilac dao informacije koje identifikuju druge i kada je zapravo sarađivao sa organima reda i zakona. Cilj je da se pruži neko ublažavanje kazne kada postoji odustajanje od krivičnog dela koje bi verovatno imalo daleko teže posledice.

Osim toga što potpada pod jedno od navedenih krivičnih dela, postoji nekoliko dodatnih uslova pre nego što sud može da razmatra ublažavanja kazne. Za ublažavanje kazne u odnosu na žrtvu, zakonik jasno kaže da žrtva u stvari mora da preživi. Učinilac takođe mora da pruži neki efektivan doprinos sigurnom povratku žrtve. To mora da bude nešto više od predaje osobe organima zakona, neuspelog krivičnog dela ili slučajne okolnosti.

⁸¹ Krivični zakonik član 74, stav 3.13

Mora da postoje neki dokazi da su postupci bili osmišljeni ili formulisani kako bi se žrtva vratila, a da su prilikom procene svih okolnosti oni pomogli u ostvarivanju tog rezultata.

Za ublažavanje kazne u drugoj situaciji biće neophodno dobrovoljno davanje informacija o saizvršiocima. Stepem ublažavanja kazne zavisice od toga kako sud proceni dobrovoljni doprinos učinioca. Ako dobrovoljno odustane od krivičnog dela i pruži informacije o saizvršiocima pre nego što se umešaju organi reda i zakona, učinilac će imati pravo na veći stepen ublažavanja kazne nego ako ih pruži na kraju dugog ispitivanja kada vidi da mu predstoji dugogodišnja zatvorska kazna.

Preklapanje i oprez

Kao što je prethodno ukratko navedeno, postoji mogućnost preklapanja ovog i drugih olakšavajućih faktora. Pozitivan čin učinioca koji doprinosi sigurnom oslobađanju žrtve podržava teoriju da je učinilac delimično odustao od prvobitne namere i da pokušava da ublaži krajnju posledicu. Sud može da zaključi da to pokazuje određeni stepen kajanja i zato postoji mogućnost preklapanja. Isto tako, dobrovoljno pružanje informacija o saizvršiocima preklapa se sa konceptom saradnje sa organima reda i zakona. Pošto su okolnosti za primenu ovog faktora toliko ograničene, svi dokazi koji potkrepljuju neki zaključak treba da budu usmereni na ovaj faktor.

Relevantna pitanja uključuju:

- Da li je žrtva preživela?
- Da li su postupci učinioca zaslužni za bezbedan povratak žrtve? Ako nisu u potpunosti, u kojoj meri? Da li je doprinos zanemarljiv?
- Da li bi se žrtva bezbedno vratila bez pomoći učinioca?
- Da li je cilj postupaka bio bezbedan povratak žrtve?
- Da li su postupci bili motivisani intervencijom organa reda i zakona?
- Da li je bilo očigledno da krivično delo neće uspeti u trenutku kada je učinilac odlučio da pomogne?

- Da li su organi reda i zakona znali za krivično delo?
- Da li je doprinos učinioca bio zasnovan na određenom stepenu dobrovoljnog odustajanja?
- Da li je učinilac bio u pritvoru kada je dao doprinos ili informacije?
- Da li je identifikovanje dovelo do hapšenja drugih učinilaca?
- Da li je doprinos bio veći od same identifikacije drugih učinilaca?

6.8 Drugi olakšavajući faktori

Kao i kod otežavajućih faktora, sud nije ograničen samo na faktore navedene u Zakoniku. Međutim, spisak je generički i dovoljno širok da će se mnogi činjenični scenariji koji dokazuju tradicionalne olakšavajuće faktore uklopiti u jedan od faktora. Sud bi trebalo pre nego što se odvaži da pređe ova ograničenja da oceni da li je predviđeni faktor u skladu sa praksom odmeravanja kazne, a ne samo zasnovan na ličnom mišljenju. Ublažavanje kazne je daleko više podložnije društvenim vrednostima, normama i običajima nego pooštavanje kazne i lako može da se poremeti cilj smanjenja nedoslednosti pri izricanju kazni.

6.8.1 Protek vremena

Dodatni olakšavajući faktor koji sud može razmatrati je protek znatno dužeg vremenskog perioda od trenutka izvršenja krivičnog dela i trenutka kada se stvar konačno našla pred sudom. Teorija iza ovog potencijalnog faktora donekle ima više strana. Možda sud ispred sebe ima pojedinca koji je posle izvršenja dela živeo uzornim životom, prosperirao i pokazao nagoveštaje da nema više nikakvih sličnosti sa kriminalnim životom i izbegavao potrebu ličnim odvracanjem. Možda sud smatra da je stvar dovoljno izbledela iz svesti javnosti da više ne postoji neposredni poziv za pravdom ili opažena potreba za opštim odvracanjem. Ili možda je slučaj veoma star kao rezultat nemara ili prethodne političke situacije.

Sve prethodno navedeno može izgledati kao mogući razlog za ublažavanje kazne okrivljenom, međutim, sud bi trebalo da pristupi ovom faktoru sa određenom dozom skepticizma. Iako sud nije vezan samo olakšavajućim faktorima navedenim u zakoniku, trebalo bi da nastavi sa oprezom jer odstupanje van toga znači da bi faktor mogao da bude kontroverzan ili u najmanju ruku daleko manje priznat. Bez obzira, sud bi trebalo da ima na umu nekoliko razmatranja.

Pre svega, prosti protek vremena sam po sebi nije dovoljan da bi se dodelilo ublažavanje kazne. Zakonodavac je propisao sudovima veoma specifične proceduralne rokove u pogledu saslušanja kao i rokove zastarelosti za razna krivična dela. Te proceduralne kontrole su uvedene u određujuću svrhu kada pravosuđe nije više sposobno zbog neprestanih odlaganja. Štaviše, alternativni načini pritvaranju isto tako služe u svrhu minimiziranja ili sprečavanja uticaja po okrivljenog usled bilo kakvih odlaganja. Nuđenje nekog oblika ublažavanja, čak i postepenog, jednostavno zbog odlaganja stvara ćudljiv podsticaj daljem odlaganju postupka u nadi za dobijanjem dodatnih povlastica.

Bilo koje razmatranje ublažavanja kazne u korist učinioca ne bi trebalo da se dodeli bez temeljne procene postupaka učinioca. Posebno, da li su sopstvene radnje učinioca doprinele bilo kojem odlaganju ili proteku vremena za koje sud traži da dodeli ublažavanje kazne (u bilo kom svojstvu). Ako je učinilac aktivno učestvovao u stvaranju odlaganja ili izbegavanju otkrivanja ili identifikacije, onda u takvim slučajevima na osnovu ove teorije ne bi trebalo da se uopšte razmatra ublažavanje kazne u bilo kom obliku. Sud bi trebalo da oceni mogući uticaj učinioca slobodno, jer pasivno ponašanje učinioca koje se nastavlja kao da se ništa nije desilo tokom dužeg vremenskog perioda pokazuje nepriznavanje da je to ponašanje kriminalno. Zapravo, postoji logika iza argumenta da ukoliko je prošao značajan vremenski period i učinilac nije učinio ništa da ispravi zlo naneto žrtvi, preda se ili saraduje sa sudom, da on zapravo pokazuje ponašanje u kojem nije došlo do rehabilitacije ili kajanja.

Slično, sud bi trebalo da se okrene tužilaštvu i policiji i oceni da li je bilo nekog značajnog pogrešnog rada na slučaju koji je uzrokovao neopravdana odlaganja. Da li će

ovo opravdati ublažavanje kazne je kontroverzno i teško pitanje u pogledu procene. Bez obzira, trebalo bi da postoje jasni dokazi pogrešnog ili neodgovarajućeg rada na predmetu osim prostog protoka vremena. Kao što je prethodno navedeno, važeći zakonski propisi trebalo bi da usmeravaju sudove u pogledu toga kako da postupaju sa vladinim odlaganjima, posebno što određena zasluga može da se pripíše činjenici da je tužilaštvu trebalo vremena i napora da podnese i istera stvar pred sudom.

Preklapanje i oprez

Pošto je sam protek vremena nedovoljan da se dodeli ublažavanje kazne, sud će morati da sagleda ostala ponašanja ili postupanja koja idu u prilog ovom faktoru. Veoma je verovatno da će se ovo preklapati sa ostalim faktorima. Uzmite na primer situaciju u kojoj je učinilac dug vremenski period živeo kao građanin koji poštuje zakon, imao posao, dao pozitivan doprinos zajednici, itd. Na prvi pogled sudu bi se učinilo da postoje stvari koje idu u prilog smanjenoj kazni pošto je učinilac donekle rehabilitovan. Međutim, mnoge od ovih činjenica se mogu takođe podjednako primeniti na faktor ličnih prilika. Isto tako, ukoliko je učinilac izvršio obeštećenje žrtvi, ovo se može takođe primeniti pod faktorom koji se odnosi na žrtvu. Međutim, sud mora da izbegne dvostruko pripisivanje činjenica odnosno dvostruko vrednovanje okolnosti.

Ponuđeni su sledeći primeri mogućih dodatnih olakšavajućih faktora ili situacija koje su se pojavile u drugim strukturama za izricanje kazne, a koje sud ne bi trebalo detaljno da razmatra ili ispituje.

6.8.2 Naredba pretpostavljenog

Što se tiče mogućnosti tradicionalnog pozivanja optuženog na naredbu pretpostavljenog koju je morao da izvrši (tj. vrsta 'prinude'), član 16 posebno zabranjuje da se on potpuno oslobodi odgovornosti osim u izuzetno ograničenim okolnostima. Što se tiče primene naredbe pretpostavljenog kao olakšavajućeg faktora, takva ocena će u velikoj meri zavisiti od činjenica i biće moguće samo u izuzetnim situacijama. To svakako neće biti u situaciji kada postoje dokazi da je učinilac voljno učestvovao u krivičnom delu. U retkoj

situaciji kada okolnosti mogu da vode do primene ublažavanja kazne, sud mora da razmotri da li je to primerenije kategorizovano u okviru olakšavajućeg faktora 3.1.

6.8.3 Krivična dela u ime časti

Sudije ne bi trebalo da razmatraju bilo kakvo smanjenje kazne za krivično delo koje je učinio član porodice na osnovu tvrdnje učionica da je postupao u skladu sa kulturom, tradicijom, verom ili običajem ili ponovnim pridobijanjem takozvane „časti“. Sudovi moraju da osiguraju da se zabrana ovakvih opravdanja nikako ne smatra ograničavanjem kulturnih ili verskih prava i sloboda učinioaca. Ovo je od suštinske važnosti za društva u kojima zajedno žive različite etničke i verske zajednice i u kojima se prevladavajući stavovi o prihvatljivosti nasilja u porodici razlikuju u zavisnosti od kulturnog ili verskog porekla. U stvari, član 46 Istanbulske konvencije⁸² zahteva strožiju kaznu ako je krivično delo počinio član porodice ili dvoje ili više ljudi koji su zajedno delovali.

6.8.4 Neosuđivanost za krivična dela

Okolnost da učinilac ranije nije bio krivično osuđivan (stoga osoba koja je prvi put okrivljena) često se smatra olakšavajućim faktorom jer se pretpostavlja da optuženo lice koje nikada ranije nije izvršilo krivično delo ima bolje izgleda za rehabilitaciju i pozitivnije reaguje na preventivni efekat čitavog procesa suđenja. To može da dovede do umanjenja kazne optuženom. Biti neko ko je prvi put okrivljen za delo se takođe poklapa sa utvrđivanjem 'dobrog karaktera' pre izvršenja dela tako da se ove dve okolnosti često razmatraju zajedno. Značaj ranijeg ponašanja optuženog je međutim složen faktor koji ima ogromne implikacije na društveni uticaj, blagostanje, itd. Ako sud oceni da to što lice nije ranije krivično osuđivani može da se uzme kao olakšavajući faktor, biće neophodno utvrditi činjenice koje idu prilog zaključku o primerenom ponašanju i predispoziciji za rehabilitaciju.

⁸² Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici otvorena je za potpisivanje 11. maja 2011. godine u Istanbulu, u Turskoj. Konvencija je stupila na snagu 1. avgusta 2014. godine.

6.8.5 Ranije seksualno ponašanje žrtve

U mnogim zemljama se istorija ranijeg seksualnog ponašanja žrtve i dalje koristi kako bi se neprimereno skrenula pažnja sa optuženog na žrtvu. Ranije seksualno ponašanje žrtve nije relevantno za njen kredibilitet niti bi trebalo da bude razlog za smanjenje kazne učiniocu.⁸³ Na kraju, dokazi o seksualnoj istoriji tužilje/preživele ne bi trebalo uzimati u obzir prilikom ublažavanja kazne učiniocu.

6.8.6. Podrška žrtve

Ponekad se želje žrtve ili porodice žrtve da se blaže postupa prema učiniocu uzimaju u obzir prilikom ublažavanja kazne. Ako sud razmatra takvo smanjenje kazne onda bi trebalo da ima na umu nekoliko stvari. Prvo, iako su želje žrtve (i obeštećenje) vrlo važne, one su samo jedna komponenta u konačnoj kazni. Čak iako sud odbaci razloge kojima žrtva opravdava te želje, sud mora i dalje da odredi kaznu koja zadovoljava potrebe društva u smislu pravde, odvraćanja, itd. To ne bi trebalo da bude najvažniji faktor koji određuje konačnu kaznu. Kada se viktimizacija zasniva na imovinskom ili finansijskom gubitku, želje žrtve mogu da se uzmu u obzir u većoj meri u konačnoj kazni. Međutim, kazna izrečena za delo nasilja trebalo bi da bude određena težinom krivičnog dela, a ne izraženim željama žrtve.

Drugo, sud mora da bude izuzetno oprezan ako krivično delo ukazuje da postoji nasilje u porodici. Da bi doneo odluku o ublažavanju kazne, sud mora da osigura da žrtva neće biti izložena visokom riziku od daljeg nasilja. Ovo je veoma težak zadatak u većini slučajeva nasilja u porodici. Pomirenje je osnovni deo ciklusa nasilja u slučajevima nasilja u porodici i u mnogim situacijama postoje periodi u kojima će žrtva odlučiti da odustane od tužbi ili da oprostí okrivljenom. Za bilo koji takav zahtev prethodna istorija odnosa mora temeljno da se proceni, a posebno to da li je bilo sličnih situacija u kojima je

⁸³Priručnik za sudije i tužioce o nasilju u porodici, Istorijat žrtve, stav 10.7.3, Priština (2016), str 78.

žrtva odustala od krivičnog gonjenja. Postoji niz dodatnih razloga zbog kojih bi bilo posebno važno da se ovaj princip poštuje u slučaju nasilja u porodici.⁸⁴

- Nije poželjno da se žrtva oseća odgovornom za izrečenu kaznu.
- Postoji opasnost da je molba žrtve za milost prema učiniocu bila ili će biti izazvana pretnjama učinioca ili strahom od njega.
- Uvažavanje zahteva će povećati verovatnoću da se krivično delo ponovi i ukazati učiniocu i drugim zlostavljačima da kontrolom nad žrtvom mogu da kontrolišu ishod.

⁸⁴ Pravosudni priručnik za sudije i tužioce o nasilju u porodici, Želje žrtve i uticaj na kaznu, Priština (2016), str 79.

PRAKTIČNA PRIMENA SMERNICA

GLAVA VII

PRILAGODIVANJE KAZNE

7.1 Dodeljivanje težine okolnostima

Kada je sud detaljno ocenio sve moguće otežavajuće i olakšavajuće okolnosti, činjenice koje ide u prilog njima i da li su relevantne ili ne, onda mora početi sa kvantitativnom procenom. Korak 4 podrazumeva ocenu i dodeljivanje težine svakom prisutnom faktoru, upoređujući i balansirajući pooštavanje i ublažavanje i ocenjujući da li su dostupna dodatna prilagođavanja. Ovi koraci bi trebalo da budu urađeni u vezi sa upućivanjem na Dodatak 1.

Dodeljivanje težine okolnostima zahteva od suda da se uključi u proces iz dva koraka. Prvo, ocena da li svaki faktor ima interni značaj. Drugo, sud mora da utvrdi ukupnu težinu krivičnog dela.

7.2 Interna važnost faktora

U mnogim situacijama, ocena okolnosti će jednostavno biti ocena da li okolnosti postoje. U onim situacijama gde faktor ne postoji, sud jednostavno može da krene dalje na naredni faktor i eliminiše ga iz svog razmatranja. Međutim, kada faktor postoji, ocena se

tu ne završava. Sud nakon toga mora da oceni težinu koju će dodeliti toj okolnosti. Utvrđivanje težine okolnosti zahteva od suda da uspostavi hijerarhijsku strukturu unutar određene okolnosti, a zatim da oceni gde konkretni slučaj potpada unutar hijerarhije. Ovo će onda stvoriti relativnu težinu za okolnost.

Klasičan primer uključuje okrivljenog koji se tokom postupka izjasnio krivim. Okrivljeni nema pravo na maksimalno ublažavanje kazne samo zbog toga što se izjasnio krivim. Unutar ove okolnosti postoji niz nivoa koji utiču na značaj pojedinog faktora. Okrivljeni koji se izjasnio krivim tokom prve pružene prilike trebalo bi da dobije maksimalno raspoloživo ublažavanje za ovu olakšavajuću okolnost. Za razliku od toga, okrivljenom koji se izjasnio krivim uoči pretresa može se pripisati „zasluga“ u ublažavanju kazne, ali će ono biti znatno manje. Okrivljeni koji se izjasnio krivim tokom pretresa neće dobiti skoro nikakvu „zaslugu“ zbog potvrdnog izjašnjavanja o krivici. Ako smatramo da svrha omogućavanja ublažavanja kazne na osnovu priznanja krivice utiče na ukupnu korist za sistem u pogledu trošenja resursa, onda to znači da će veće ublažavanje kazne biti ponuđeno što su veće uštede sredstava.

Sud mora za svaki faktor da prođe kroz detaljnu analizu da li okrivljeni ima pravo na potpune povlastice faktora na osnovu prisutnih činjenica. Svaki faktor predstavljen u nastavku u pogledu ublažavanja i pooštavanje kazne pruža neke moguće podele za razmatranje suda, ali spisak nije konačan.

7.3 Težina dela

Kada je sud završio sa razmatranjem svih faktora, utvrdio njihovo prisustvo i ocenio njihovu internu vrednost, naredni korak je da utvrdi ukupnu težinu dela na osnovu zakonski propisanih faktora i faktora koji nisu zakonski propisani. Težina je glavna komponenta u utvrđivanju konačne kazne i kombinacija je dva kritična razmatranja, krivice okrivljenog u izvršenju dela i štete nanete izvršenjem dela. Generalno, što je veća krivica okrivljenog i veći obim nanete štete, utoliko kazna mora da bude veća. Težina neće uključiti sve faktore navedene u zakoniku, samo one koji se tradicionalno smatraju odgovarajućim. Kada je težina ocenjena, mogu se razmatrati preostali faktori.

Dok sud ocenjuje ova dva faktora mora se naglasiti još jednom da NE SME da bude dvostrukog vrednovanja okolnosti odnosno faktora ukoliko su faktori element krivičnog dela. Kao što je prethodno navedeno, Krivični zakonik sadrži mnoga dopunska krivična dela koja VEĆ uzimaju u obzir zakonski propisane faktore navedene u nastavku. Ukoliko krivično delo za koje se lice tereti već uzima u obzir bilo koji od faktora navedenih u nastavku, oni se ne mogu ponovo upotrebiti za razmatranje težine dela. Osim toga, kao što je prethodno objašnjeno, faktori navedeni u nastavku imaju potencijal da se međusobno preklapaju. Sud mora biti obazriv da svaku od činjenica u dotičnom predmetu ne razmatra više od jednim faktorom.

7.3.1 Faktori koji ukazuju na krivicu okrivljenog lica

Sledeći faktori su relevantni faktori u utvrđivanju stepena krivice okrivljenog. Ovi faktori će pokazati da je okrivljeni voljno učestvovao i da je bio značajan doprinosilac ili začetnik krivičnog dela ili u alternativni, učešće je bilo minimalno ili su postojale okolnosti koje utiču na ocenjeni stepen učešća. Generalno, nivo krivice će biti drugačiji od nivoa prosečnog učinioca.

7.3.1.1 Viši stepen krivice

a. Faktori propisani zakonom

- 2.1. Visok stepen umešanosti osuđenog lica u krivično delo;
- 2.2. Visok stepen umišljaja od strane osuđenog lica, uključujući bilo koji dokaz predumišljaja;
 - 2.11. Da li je krivično delo izvršeno kao deo aktivnosti organizovane kriminalne grupe; i/ili
 - 2.9. Bilo koja zloupotreba ovlašćenja osuđenog lica prilikom izvršenja krivičnog dela;
 - 2.10. Dokaz o kršenju poverenja od strane osuđenog lica;

a. Faktori koji nisu propisani zakonom

- Da li je okrivljeni namerno prouzrokovao veću štetu od one potrebne za izvršenje krivičnog dela.
- Da li su okrivljenom mete bile žrtve zbog ranjivosti, starosne dobi ili bespomoćnosti.

7.3.1.2 Niži stepen krivice

- 3.1. Okolnosti koje ne čine osnov za isključenje krivične odgovornosti, na primer, smanjena uračunljivost
- 3.4. Dokaz da je osuđeno lice imalo malu ulogu u krivičnom delu;
- 3.5. Činjenica da osuđeno lice u krivičnom delu nije bilo glavni izvršilac, već pomagač, ili kao podrška ili na drugi način;
- 3.2. Dokazi provokaciji od strane žrtve;
- 3.6. Godište osuđenog lica, da li je mlado ili staro

7.3.2 Faktori koji ukazuju na obim štete

Sledeći faktori su relevantni faktori u utvrđivanju obima štete koju je prouzrokovao okrivljeni. Generalno, ovi faktori će ukazati na to da li je krivično delo imalo veći ili manji stepen štete od onih sadržanih u posebnim odredbama krivičnog dela u zakoniku. Ovo može uključivati broj žrtava ili stepen povrede žrtava.

7.3.2.1 Šteta većeg obima

a. Faktori propisani zakonom

- 2.3. Prisustvo stvarnog ili zaprećenog nasilja u izvršenom krivičnom delu;
- 2.4. Da li je krivično delo izvršeno sa naročitom svirepošću;
- 2.5. Da li je krivično delo imalo više žrtava;
- 2.6. Da li je žrtva krivičnog dela bila naročito ranjiva ili bespomoćna;
- 2.7. Godište žrtve, da li je mlada ili stara ;

2.8. Nivo štete koju je osuđeno lice izazvalo, uključujući smrt, trajnu povredu, prenos bolesti na žrtvu i bilo koje drugo zlo izvršeno žrtvi ili njenoj porodici.

a. Faktori koji nisu propisani zakonom

- Da li je stepen štete bio veći od potrebnog za izvršenje krivičnog dela i stepen povrede nisu uključeni u prethodno navedeni faktor.
- Stepennanete štete koja nije fizičke prirode ili finansijski gubitak su značajno većeg obima od potrebnog ili postoji pored fizičke povrede.

7.3.2.2 Šteta manjeg obima

3.7. *Dokaz da je osuđeno lice izvršilo restituciju ili kompenzaciju žrtvi;*

7.4 Relativna važnost i ciljevi izricanja kazne

Pored opštih pravila koji se primenjuju za utvrđivanje težine svakog faktora prethodno opisanih, sud bi takođe trebalo da razmotri naredne tačke da bi dalje fino prilagodio kaznu.

 **Prvo je relativna važnost.** Kao što je razmatrano u čitavom priručniku, ne bi trebalo/neće se svi faktori smatrati jednaki jedni drugima u ukupnoj računici. Preporuka Saveta Evrope koja se odnosi na doslednost u izricanju kazni navodi: *“Kad god je to moguće, zakon ili praksa trebalo bi takođe da pokušaju da definišu one faktore koji se ne smeju smatrati relevantnim u pogledu određenih krivičnih dela.”*⁸⁵ Generalno treba primenjivati sledeće principe:

- Značajno pooštavanje
 - žrtva (e)

⁸⁵ Preporuka Saveta Evrope br. r (92) 17, komiteta ministara državama članicama u pogledu doslednosti u izricanju kazni, Dodatak preporuci br. R (92) 17; C. Otežavajući i olakšavajući faktori, tačka 2.

- okrutnost, trauma/povreda koju je pretrpela žrtva (žrtve)
- ranjivost
- zloupotreba položaja ili poverenja
- značajno učešće
- Značajno ublažavanje
 - Kajanje/napori da se smanji uticaj
 - Potvrdno izjašnjavanje o krivici
 - Indirektno učešće/primorano učešće
 - Saradnja sa vlastima
 - Ograničena spoznaja postupaka
- Manja razmatranja
 - Prethodni krivični dosije (osim ako je recidivist)
 - Starosna dob
 - Dobar karakter
 - Porodični status

✚ **Drugi element koji se mora uzeti u obzir prilikom ocene relevantnih otežavajućih i olakšavajućih okolnosti za izricanje kazne jeste to da moraju da budu u skladu sa nameranim ciljevima kažnjavanja.** Na primer, ako je jedan od glavnih ciljeva rehabilitacija ili resocijalizacija, onda će faktori kao što su kajanje i saradnja učinioca imati centralnu ulogu i značaj u odmeravanju kazne; ako u odmeravanju kazne preovlađuje pristup zalužene kazne, onda će preovladati okolnosti povezane sa ulogom okrivljenog u izvršenju krivičnog dela i štete nanete žrtvama. Ovo bi na primer pozivalo na oštrije kazne za krivična dela u kojima je zloupotrebjen položaj poverenja ili ovlašćenja, za krivična dela učinjena sa okrutnošću, sadizmom ili motivisanim predrasudama, diskriminacijom ili mržnjom prema posebno osetljivim žrtvama; i izricanje manje oštrijih kazni u vezi sa iskrenim kajanjem i saradnjom optuženog sa tužiocem i sudskim organima. Kao i u pogledu razmatranja faktora značajnosti, predlaže se zbog jednostavnosti da ovde jednostavno dođe do smanjenja u iznosu do 25% za one faktore koji nisu direktno povezani sa opštom svrhom kažnjavanja koju je sud utvrdio. Ako je sud prihvatio pristup da su sve svrhe

kažnjavanja jednako važne, onda neće trebati da se uključi u proces odmeravanja kazne.

Ono što je očigledno je to da su faktori koji se uzimaju u obzir prilikom odmeravanja kazne različite prirode, ali da su u suštini povezani sa: svrhama pripisanoj kazni, uticajem opštih principa, specifičnim okolnostima predmeta i njegovim proceduralnim aspektima.

KRIVIČNA DELA PROTIV ŽIVOTA I TELA

U nastavku sledi opis mogućih faktora koji bi se mogli upotrebiti prilikom odmeravanja kazne odnosno utvrđivanja nivoa ublažavanja/pooštavanja u ovoj kategoriji dela i primer procesa ocene. Ovaj spisak nije konačan niti bi trebalo da se smatra kao celinom jer bi ova kategorija mogla da uključi i dela koja su po svojoj prirodi lakša u odnosu na teška krivična dela. Sudije moraju u zavisnosti od okolnosti predmeta, težine konkretnog dela pod ovom kategorijom i elemenata tog određenog dela da razmotre koje faktore bi primenili za ovu kategoriju. Narativni opis raznih olakšavajućih i otežavajućih okolnosti u Smernicama uključuje detaljniji analizu faktora i sudije se podstiču da se upućuju na konkretan deo teksta u individualizaciji kazne.

Individualna polazišta su definisana na osnovu konkretne kazne ili raspona predviđenog za krivično delo. Ublažavanje i pooštavanje će se razmatrati tek nakon utvrđivanja polazne tačke u odmeravanju:

Primeri nekih mogućih relevantnih olakšavajućih faktora i njihovo korišćenje u ublažavanju kazne	
Olakšavajući faktori	Objašnjenje
Provokacija od strane žrtve	Provokacija može u zavisnosti od specifičnosti da ima ili izuzetno važnu ulogu u ublažavanju kazne ili da je uopšte nema. Provokacija može da bude snažniji faktor posebno ako je trajala duži vremenski period. U slučajevima koji uključuju nasilne odnose, učinioci često koriste provokaciju u svoju odbranu, ali takvi slučajevi provokacije ne bi trebalo da posluže kao olakšavajuća okolnost, niti bi trebalo da se kao provokacija računa pitanje časti ili neverstvo u odnosima. U narativnom delu Smernica koji se odnosi na provokaciju, sudije mogu da pronađu više smernica o upotrebi provokacije kao olakšavajućeg faktora u raznim okolnostima i koja pitanja treba da se postave da bi se utvrdilo šta se može smatrati opravdanom provokacijom

	(Vidi str.104-107 za više objašnjenja).
Prekomerna samoodbrana	<p>Ovaj faktor bi mogao da se upotrebi u ublažavanju kazne posebno u slučajevima neprestanog maltretiranja žrtve (na primer, uznemiravanje lica od strane vršnjaka) ili u porodičnom kontekstu gde postoji neprestano nasilje u odnosima. Ovakve situacije mogu da budu okidač snažnijih reakcija za žrtvu koja u ovom slučaju postaje učinilac.</p> <p>Postoji naučno istraživanje o takozvanom sindromu „pretučenih žena“ što je fizičko i psihološko stanje osobe koja je pretrpela stalno emocionalno, fizičko ili seksualno zlostavljanje od partnera. Žrtve takvog neprestanog zlostavljanja mogu da reaguju prekomerno i ne moraju nužno da reaguju u trenutku kada se zlostavljanje odigrava i kao takvo ne ispunjava kriterijum nužne odbrane, ali se može smatrati veoma važnim faktorom u ublažavanju kazne.</p>
Nepovoljan socijalno-materijalni položaj	Kao osobe koje primaju socijalnu pomoć, siročad, učinilac koji živi u okruženju koje je sklono nasilju i drugim krivičnim delima. Zbog lične situacije i/ili okruženja u kojima ove osobe žive, za njih postoji veća mogućnost da budu uključeni u ovu vrstu dela često da bi preživeli u tom okruženju. Doduše, ovaj mogući olakšavajući faktor može da se upotrebi samo za manje ublažavanje kazne.
Manja uloga učinioca ili slučajevi kada učinilac nije bio glavni izvršilac već pomagač ili kao podrška ili je na neki drugi način pomogao.	Ukoliko je delo izvršilo više od jedne osobe, sud treba da oceni ulogu i doprinos svakog učinioca u izvršenju dela i ukoliko je lice imalo manju ulogu ili u poređenju sa ostalim učiniocima ovaj konkretni učinilac nije upotrebio oružje ili nije bio okrutan prema žrtvi, itd. Sve što bi moglo da pokaže manju ulogu učinioca. (Vidi str.113-115 za više objašnjenja).
Starosna dob i/ili nezrelost kada utiče na odgovornost učinioca	Ukoliko je učinilac mlađeg uzrasta na primer, mlađi od 18, to može da bude faktor koji pokazuje nezrelost. Stariji učinilac takođe može biti nesvestan težine svojih postupaka i toga da se neki uzdižu do nivoa krivičnog dela. Sudija mora u zavisnosti da li je učinilac mladog uzrasta ili starije starosne dobi da oceni nivo olakšavajuće okolnosti pod ovim faktorom kako bi utvrdio konačnu kaznu, ali ne bi trebalo da automatski bude uračunato kao ublažavanje kazne. (Vidi str.115-118 za više objašnjenja)
Jedan slučaj/izolovani incident	Ovaj faktor se odnosi na nepostojanje predumišljaja. Iako predumišljaj ima veoma važnu ulogu na davanju težine krivičnom delu, nepostojanje takvog predumišljaja uvek mora da bude ocenjeno u vezi sa ostalim faktorima, na primer, da li je osoba recidivista, itd. Okolnosti

	će nakon toga utvrditi kolika je težina dela.
Utvrđivanje /pokazivanje preduzetih koraka da se reše bolesti zavisnosti koje utiču na prestupničko ponašanje	Jedan primer ovog faktora bio bi kada je učinilac narkoman ili alkoholičar i izvrši krivično delo pod uticajem takvih supstanci. Ublažavanje kazne bi bilo moguće kada bi isto lice preduzelo dobrovoljne korake u rešavanju ovog problema odlaskom na neko lečenje. Isto bi se odnosilo i na osobe koja mogu da imaju probleme za besom i dobrovoljno se podvrgnu terapiji upravljanja besom ili čak terapiji za parove u incidentu nasilja u porodici. Ovaj faktor doduše neće imati značajnu ili bilo kakvu težinu ako takvi koraci nisu preduzeti dobrovoljno nego je to naložio sud.
Ponašanje učinioca nakon izvršenog dela/kajanje;	Primerno ponašanje učinioca može se razmatrati kao olakšavajući faktor. U svakoj okolnosti težina ovog faktora trebalo bi da se oceni u pogledu toga kakva je povezanost sa drugim okolnostima kao što su: pružanje pomoću i slanje žrtve u bolnicu, kajanje. Vrlo je važno oceniti šta kajanje znači i kada dođe do kajanja da li se takođe odnosi na preduzete postupke da se dokaže takvo kajanje. Ovo je takođe dokaz koraka koje je učinilac preduzeo da ublaži štetu koje je on naneo. Ovaj faktor može u zavisnosti od ukupnih okolnosti da ima manju ili veću ulogu u ublažavanju kazne (Vidi str.108, 118-130 za više objašnjenja)
Okrivljeni je izvršio restituciju ili kompenzaciju žrtvi	Trebalo bi da postoji razlika između trenutka kada je izvršeno obeštećenje, da li je do njega došlo odmah posle izvršenog dela ili ukratko nakon izvršenja dela od obeštećenja do kojeg je došlo pod pretnjom kazne. Ovo može da ima uticaj na težinu koja se pripisuje ovoj okolnosti u izricanju kazni (Vidi str.119-121 za više objašnjenja)
Opšta saradnja učinioca sa sudom	Ukoliko se razmatra ovo bi trebalo da bude zbirno uračunato kao jedna olakšavajuća okolnost da uključi: dobrovoljnu predaju, dobro ponašanje odnosno držanje tokom sudskog postupka, poštovanje drugih sudskih naredbi. Pripisana težina zavisi od stepena takve saradnje. Možda primer dve osobe koje su se dobrovoljno predale, gde jedna pokazuje dobro držanje na suđenju, dok ga druga ne pokazuje. Ocena bi mogla da bude da će drugo lice izgubiti mogućnosti da mu se dobrovoljna predaja uračuna kao olakšavajuća okolnost. Oprez je potreban u slučajevima nasilja u porodici prilikom razmatranja celokupne dinamike nasilnog odnosa i držanje učinioca kao pravilo u ovim krivičnim delima ne bi trebalo da ima nikakvu težinu u ublažavanju kazne (Vidi str.121-124 za više objašnjenja)

Priznanje krivice	Ovo je više rastegljivo pitanje koje se odnosi na nekoliko kategorizacija, kada i gde je došlo do priznanja krivice, da li je bilo nekog obeštećenja žrtvi i da li je povezano sa ostalim faktorima kao što su kajanje, itd. (Vidi str.31,42,124-126 za više objašnjenja i tokom ceo tekst Smernice).
Sporazum o priznanju krivice	Kao i u svakom drugom slučaju, uticaj sporazuma o priznanju krivice na određeno krivično delo će zavisti od trenutka kada okrivljeni sklopi sporazum o priznanju krivice, sadržaju sporazuma, da li je restitucija takođe uključena, svakog oblika saradnje i koristi takve saradnje, da li učinilac i/ili njegova/njena porodica mogu da budu potencijalno izloženi riziku zbog pomoći, itd. Više informacija o računanju sporazuma o priznanju krivice u ublažavanju kaznu se nalazi u narativnom delu. (Vidi str.13,126, 188-191 za više objašnjenja i tokom ceo tekst Smernice).
Jedini ili primarni staratelj za izdržavane srodnike	Ovaj faktor se može upotrebiti u ublažavanju kazne u zavisnosti od okolnosti slučaja kao što su “kolateralna šteta” koju bi zatvaranje imalo na izdržavane članove porodice učinioca i ne bi trebalo da bude automatski uključeno samo zbog toga što učinilac ima porodicu. Potreban je oprez prilikom ocene takvog faktora u slučajevima krivičnog dela nasilja u porodici (vidi str. 110 za više informacije).
Protek vremena od pojave krivičnog dela	Treba da postoji veoma temeljna ocena takve okolnosti. Prvi korak je da se oceni da li je učinilac doprineo protoku vremena u kom slučaju bi se ovaj faktor upotrebio u pooštavanju kazne. U suprotnom, protek vremena bez krivice učinioca i u kombinaciji sa drugim primerenim ponašanjem učinioca, itd., bi onda mogao da ima važnu ulogu u ublažavanju kazne (Vidi str.132-134 za više objašnjenja).



Primeri nekih mogućih relevantnih otežavajućih faktora i njihovo korišćenje u pooštavanju kazne	
Otežavajući faktori	Objašnjenje
Prisustvo drugih, kao recimo članova porodice ili javnosti	Ovaj faktor može imati težinu otežavajuće okolnosti u odmeravanju kazne. Može se proširiti tako da uključi ponižavanje pred drugima, ali i uticaj koji bi imao na žrtvu i druge. Naročito ako se napad na primer dogodio u školskom okruženju, žrtva bi mogla i dalje biti maltretirana ili uznemiravana od strane drugih. Drugi primer bi bio npr. ako je žrtva javna ličnost i napad se dogodio u javnosti (Vidi str.47, 72 za više objašnjenja)
Upotreba oružja ili ekvivalent oružja (na primer upotreba kiseline, životinje, itd.)	U zavisnosti od sredstava upotrebljenih za izvršenje ove kategorije krivičnog dela, ovaj faktor mogao bi da ima ozbiljnu težinu u pooštavanju kazne. Nije potrebno da samo postoji uključeno oružje. Ostala sredstva kao što je opisano u koloni mogla bi da budu daleko opasnija (Vidi str.67 za više objašnjenja)
Umišljaj da se izvrši šteta daleko većeg obima od onog stvarno proisteklog iz dela	Primer ove otežavajuće okolnosti bio bi udaranje žrtve drvenim štapom ili metalnim šipkom sa namerom da se usmrti ili da se teško povredi žrtva, ali na svu sreću žrtva završava sa manje ozbiljnom povredom. Umišljaj bi trebalo da ima veću težinu u pooštavanju kazne (Vidi str.55,75 za više informacije)..
Izvršenje dela na svirep ili nečovečan način/namerno prouzrokovanje štete većeg obima od neophodne za izvršenje dela	Narativni deo Smernica sadrži proširen opis takvog faktora (Vidi str.32,45, 64-75, 142 za više objašnjenja i tokom ceo tekst Smernice) Faktor je veoma važan u ozbiljnom pooštavanju kazne.
Zloupotreba položaja poverenja	Otežavajući faktor ako je učinilac staratelj, medicinska sestra ili neko kome je poverena bespomoćna osoba. Ovo se odnosi i na druge otežavajuće faktore kao što su ranjivost, starija žrtva, itd. (Vidi str.41, 88-90 za više objašnjenja)
Prethodne osude i/ili ponovljeno loše ponašanje prema žrtvi	Veoma važno kao otežavajući faktor posebno za isto ili slično agresivno ponašanje i/ili prema istoj žrtvi odnosno žrtvama. (Vidi str.47, 73-75, 95-99 za više objašnjenja i tokom ceo tekst Smernice)
Delo izvršeno u grupi od dvoje ili više lica / visok stepen učešća osuđene osobe	Delo ove kategorije koje je izvršilo više od jedne osobe može imati veću mogućnost nanošenja štete. Pooštavanje zavisi od ranjivosti žrtve, okrutnosti dela i u kombinaciji sa upotrebom sredstava za izvršenje krivičnog dela itd. Baš kao što se nizak stepen učešće procenjuje u ublažavanju kazne, viši stepen učešća učinioca krivičnog dela počinjen od strane više od jedne

	osobe mora biti ocenjen kao veoma značajan otežavajući faktor (Vidi str.55, 64-66, 89-92 za više objašnjenja)
Svaki dokaz predumišljaja	Predumišljaj je veoma ozbiljan otežavajući faktor posebno u kombinaciju sa ostalim faktorima (Vidi str.46, 57, 64-66, za više objašnjenja)
Delo izvršeno nad više žrtava	Veoma važan faktor u pooštavanju kazne. Takođe bi trebalo da se razmatra u slučajevima nasilja u porodici kada u toj vezi postoje deca. Dete čak iako nije neposredna žrtva fizičkog zlostavljanja koje živi u nasilnom domu ima veoma ozbiljan psihološki uticaj na to dete (Vidi str.75-78,142 za više objašnjenja i tokom ceo tekst Smernice u vezi žrtava)
Delo izvršeni nad bespomoćnim žrtvama i/ili neprijateljstvo prema žrtvi na osnovu invaliditeta žrtve, žrtva je dete ili starije lice, itd.	U čestim slučajevima, krivična dela protiv života i tela su izvršena nad najranjivijim kategorijama kao što je opisano u koloni. Učinilac je daleko više snažniji od žrtve ili vidljivo su u međusobnom odnosu u neravnopravnom položaju (Vidi str.46-47, 68, 79-83, 92 za više objašnjenja)
Delo izvršeno nad licem ili grupom lica zbog porekla, nacionalnosti, seksualne orijentacije ili drugih karakteristika	Neprijateljsko raspoloženje i krivična dela koja su usmerena ka određenoj grupi ili pojedincu mora da bude stalno uključena kao pooštavanje kazne (Vidi str.93-96 za više objašnjenja)
Psihološki efekat na žrtvu ili porodice žrtve;	Ovaj faktor je veoma važan u veoma teškim oblicima krivičnih dela koji vode ka invaliditetu žrtve ili čak smrti. Neprestani fizički napad nad istom žrtvom može voditi ka trajnim posledicama i učiniti da se žrtva oseća ugroženo sve vreme. Uticaj koji krivično delo ima na porodicu mora sve vreme da bude uračunat u pooštavanje kazne. (Vidi str.46-47, 72-83 za više objašnjenja)
Mesto izvršenja krivičnog dela	Ovaj faktor bi takođe podrazumevao izvršenje dela blizu škola ili drugih takvih mesta. Sudija bi posebno mogao da razmatra ovo kao veoma teži oblik krivičnog dela kada je učinilac namerno vrebao žrtvu iz daljine i/ili izolovane oblasti bez pristupa lekarskoj pomoći jer bi to moglo da znači da je predumišljaj takođe uključen i pokušaj da se prikriju dokazi pa će stoga to dovesti do maksimalne kazne. (Vidi str.41)

7.6 Uravnoteženje okolnosti – Ocena kazne

Koncept uravnoteženja ili balansiranja otežavajućih i olakšavajućih okolnosti je suštinska funkcija suda pri dolaženju do konačne kazne. Koncept koji se neposredno uklapa u strukturu krivičnog zakonika je koncept u kojem će sud dok utvrđuje da li se primenjuju otežavajući ili olakšavajući faktori pomerati kaznu gore ili dole unutar utvrđenog raspona. Sud nakon što je ocenio svaki olakšavajući i otežavajući faktor, razmatrao njegovo postojanje i utvrdio vrednost za njega, mora da utvrdi da li jedan faktor ima prevagu nad drugim i dođe do konačne kazne. Ovo se postiže preko upotrebe tabele za izricanje kazni u Dodatku 1.

Dodatak 1 utvrđuje minimume za odmeravanje kazni za sve zakonske kazne unutar Krivičnog zakonika i postojećeg zakonodavstva. Brojevi i slova na vrhu i sa strane dodatka su samo u svrhu upućivanja i ne utiču na to kako je kazna izračunata. Svako krivično delo u Zakoniku u postojećem zakonodavstvu je predstavljeno u koloni 1 kao što je opisano u zakoniku. Ne postoji razlika između dela koja imaju istu kaznu. Stoga, kazne navedene u ćeliji A1 od 3 meseca do 1 godine će se primeniti na SVAKO delo za koje je zaprećena kazna u trajanju 3 meseca -1 godina. Postoji sedam grupa kazni koje su razvrstane na osnovu sličnih minimalnih kazni. Na primer, sve kazne bez propisane minimalne kazne se pojavljuju u kategoriji I, minimalne kazne od 1 godine se pojavljuju u kategoriji III, itd. Ovo je samo radi lakšeg upućivanja.

Duž gornjeg dela tabele nalazi se 9 kolona. Kolona 2 je brzo upućivanje u pogledu toga da li određeno delo može da potpadne pod SVAKU okolnost za uslovnu osudu kao što je definisano i ograničeno na osnovu člana 52. Kolone 3 i 4 primenjuju se samo onda kada je na raspolaganju ublažavanje kazne na osnovu člana 75. Konačno, veći deo tabele, kolone 5-9 utvrđuju mogući raspon minimuma u odmeravanju kazne u zavisnosti od iznosa prisutnih za ublažavanje i pooštavanje kazne.

Kao što je već prethodno opisano u priručniku, kazna u koloni 7 jednaka je polaznoj kazni za sud kada odmerava konačnu kaznu i iznosi otprilike jednu polovinu zakonski definisane kazne. Međutim, ovo nije SAMO polazna kazna. Ova kazna će takođe biti konačna kazna u situacijama kada sud utvrdi da NEMA otežavajućih ili olakšavajućih okolnosti ili da jedne druge poništavaju odnosno da su međusobno jednake.

7.6.1 Razlikovanje kategorija

Važna odluka u utvrđivanju konačne kazne je odlučivanje koja kolona se primenjuje na specifičnu situaciju okrivljenog. Iako ne postoji matematički način da se to utvrdi, postoje neki principi koji bi trebalo da usmeravaju sud. Važno je napomenuti da su informacije u zaglavlju svake kolone u Dodatku 1 samo opšte smernice. U nastavku su navedena neka razmatranja i opisi koji pružaju više detalja o tome koje okolnosti važe za svaku kolonu.

Kolona 7: Polazna kazna

- Nema otežavajućih ili olakšavajućih okolnosti;
- Otežavajuće i olakšavajuće okolnosti su jednake i nijedna nema prevagu (nema razlike u pogledu toga da li su ovo beznačajni ili značajni iznosi – samo da se oni međusobno poništavaju).

Kolona 6: Više ublažavanja od pooštavanja kazne

- Postojanje najmanje jednog faktora za niži stepen krivice, štete manjeg obima ili drugo ublažavanje kazne u bilo kom iznosu i bez pooštavanja kazne;
- Postojanje beznačajnog pooštavanja kazne zajedno sa višestrukim olakšavajućim faktorima ili ublažavanje kazne (pojedini faktor ili združeni faktori) u većem iznosu od pooštavanja kazne.

Kolona 5: Ublažavanje je znatno veće od pooštavanja

- Postojanje najmanje dva faktora za niži stepen krivice i /ili manji obim štete i bez/značajnog pooštavanja kazne (mogu biti dva faktora iste vrste ili kombinacija);
- Sporazum o priznanju krivice ili potvrdno izjašnjavanje o krivici u ranoj fazi u postupku sa nikakvim ili beznačajnim pooštavanjem;

- Sveukupno kombinovani olakšavajući faktori (bilo koje opravdane vrste) u značajnoj meri veći od iznosa za pooštavanje kazne.

Kolona 4: Ublažavanje kazne shodno članu 75

- Naročito značajno ublažavanje kazne na osnovu postojanja značajnog ublažavanja u višestrukim faktorima i bez/ manjeg pooštavanja kazne;
- Postojanje najmanje dva faktora za niži stepen krivice i/ili štetu manjeg obima (mogu biti dva faktora iste vrste ili kombinacija) zajedno sa drugim ublažavanjem i bez/manjeg pooštavanja;
- Sporazum o priznanju krivice ili potvrdno izjašnjenje o krivici u ranoj fazi sa dodatnim ublažavanjem i bez/manjeg pooštavanja;

Kolona 3: Ublažavanje kazne shodno članu 75

- Postojanje najmanje dva faktora za krivicu nižeg stepena i /ili štetu manjeg obima (mogu da budu dva faktora iste vrste ili kombinacija) zajedno sa drugim značajnim ublažavanjem i bez pooštavanja;
- Vanredno ublažavanje kazne bez pooštavanja;
- Dogovor o priznanju krivice ili potvrdno izjašnjenje o krivici u najranijoj fazi sa ublažavanjem kazne koja dokazuje orijentaciju ka rehabilitaciji i/ili saradnji i bez pooštavanja kazne.

Pooštavanje kazne

Kolona 8: Visok stepene krivice ili veći obim štete

- Jedan faktor krivice visokog stepena ili štete većeg obima sa nikakvim/manjim ublažavanjem kazne;
- Ukupno pooštavanje kazne veće od ublažavanja kazne.

Kolona 9: Značajno veći stepen krivice ili obim štete

- Dva ili više faktora većeg stepena krivice ili obima štete bez ublažavanja;
- Značajno pooštavanje bez ublažavanja kazne;

- Ukupno pooštavanje značajno prekomerno u odnosu na ublažavanje.

Primer:

Okrivljeni izvršava pljačku u suprotnosti sa članom 329 Pljačka stav 1, za koju je zaprećena zakonska zatvorska kazna u trajanju 3-12 godina i novčana kazna. Dodatak 1 u Tabeli V red e. pokazuje sledeće smernice:

	1	2	3	4	5	6	7	8	9
V.	Raspon po zakoniku ili ostalim zakonima	Podobnost za uslovnu osudu	Član 75 (Sporazum o priznanju krivice na početku i saradnja)	Član 75 (Priznanje krivice na početku i vanredno ublažavanje)	Priznanje krivice i nikakvo ili malo pooštavanje	Niži stežen krivice i/ili bez štete	Polazna kazna u odmeravanje kazne (Otež.=Olakš.)	Viši stepen krivice i/ili obim štete	Nama olakšavajućih naspram otežavajućih
e.	3-12 godina	Ne	min. 1 godina	min. 2 godine	min. 3 godine	min. 5 godina	7 godina	max. 10 godina	max. 12 godina

Ukoliko sud utvrdi da nema olakšavajućih ili otežavajućih okolnosti ili da težina oba utiče na međusobno poništavanje onda će okrivljeni dobiti osnovnu kaznu u trajanju od 7 godina.

Ako dodamo da je okrivljeni imao relativno beznačajnu ulogu u pljački, uz niži stepen krivice i da nema dodatnih olakšavajućih ili otežavajućih okolnosti, ublažavanje kazne ima prevagu nad pooštavanjem kazne. U ovom slučaju, sud može da zaključi da je sledeći najmanji raspon odgovarajući, odnosno E6 sa minimalnom kaznom u trajanju od 5 godina. Ovde sud može slobodno da izrekne kaznu bilo gde u rasponu od minimalnih 5 do maksimuma od 7 godina. Vrlo je bitno da sud ima na umu to da kazna NE MORA DA BUDE 5 godina. Ovo je jednostavno MINIMUM koji mora da budu izrečen na osnovu stepena ublažavanja kazne. Ovo pravilo se primenjuje na sve nivoe kazne ispod polazne kazne. Stoga, ukoliko sud utvrdi da postoji značajno smanjenje, onda može da utvrdi da je minimalna kazna od 4 godine odgovarajuća (E5) i slobodan je da izrekne kaznu u trajanju od 3 godine do 5 godina.

Alternativno, u situacijama kada postoji veći obim štete ili veći stepen krivice, sud će preći na više nivoe raspona kao što su E8 ili E9. U oba slučaja, sudu je data mogućnost da izrekne MAKSIMALNU kaznu. Kao što je i slučaj sa manjim kaznama, sud nije

ograničen na kaznu navedenu u ćeliji nego ima slobodu da izrekne kaznu bilo gde unutar kategorija. Ukoliko se primenjuje E8, onda sud može da izrekne kaznu u trajanju od 7 godina (polazna kazna) pa sve do maksimalne kazne u trajanju od 10 godina u ćeliji E8. E9 će dozvoliti kaznu u rasponu od 10 godina pa sve do maksimuma od 12 godina.

7.7 Dodatna prilagođavanja kazne – modifikacije u računanju

7.7.1 Načelo ublažavanja kazne

Logično je da će kvalitativni i kvantitativni nivo gde olakšavajuće okolnosti imaju prevagu nad otežavajućim okolnostima prirodno staviti okrivljenog u situaciju koja je poprilično izvan norme normalnih ili tipičnih slučajeva. Stoga bi sud trebalo da bude uveren da to nije tipična situacija. Kada je situacija posebno neobična, zakonik propisuje nekoliko posebnih okolnosti u kojima se donji okvir raspona kazne može prilagoditi još više nadole. Članovi 75 i 76 pružaju sudu ograničenja na osnovu kojih može doći do dodatnih smanjenja kazne i smanjenja raspona. Budući da ova vrsta ublažavanja može imati veoma značajan uticaj na konačnu kaznu posebno pošto iznosi nisu prilagođeni srazmerno rasponu prvobitne kazne, sud mora biti vrlo obazriv u primeni i samo ih rezervisati za najprikladnije situacije.

Član 75 predviđa prilagođavanje donjeg okvira raspona za kazne u tri posebne okolnosti koje slede:

1. Sud može izreći kaznu ispod ograničenja predviđenih zakonom ili izreći blažu vrstu kazne:
 - 1.1. kada zakon predviđa da se kazna učiniocu može ublažiti ili smanjiti; ili
 - 1.2. kada sud utvrdi da postoje naročito olakšavajuće okolnosti koje ukazuju na to da se svrha kažnjavanja može postići izricanjem blaže kazne; ili,
 - 1.3. u slučajevima kada se učinilac izjasni krivim ili sporazumno prizna krivicu.

Ukoliko sud utvrdi da postoji jedna od prethodno navedenih okolnosti, dozvoljeno mu je da smanji donju granicu raspona odmeravanja kazne na iznos preciziran u članu 76 Zakonika. Tako, na primer, sve kazne koje imaju utvrđeni minimum od 10 godina ili više, mogu se ublažiti na novu minimalnu kaznu od 5 godina. Prema stavu 1.2, kazne u trajanju od pet do deset godina mogu se prilagoditi na minimalnu kaznu u trajanju od 3 godine. Ova struktura napreduje dole do moguće zamene za novčanu kaznu za svaku kaznu koja u skladu sa zakonom ne sadrži minimalnu kaznu zatvora.

7.7.1.1 Načelo ublažavanje kazne primenjeno i računano u Dodatku 1

Pre nego što se diskutuje o tome kako je utvrđena primena ublažavanja koja je obračunata u dodatku smernica, mora se obratiti pažnja na nekoliko pitanja:

✚ **Prvo**, NE postoji uslov da ako se primenjuje član 75, da sud mora da primeni smanjenje prema članu 76. Štaviše, NE postoji zahtev da se maksimalni iznos dodeli u bilo kojoj datoj situaciji. Savršeno je dozvoljeno da sud utvrdi da na osnovu ukupnih okolnosti i u razmatranju konkretnog slučaja, ublažavanje nije neophodno i stoga ne vrši prilagođavanje.

Na primer, okrivljeni je kriv zbog izvršenja dela za koje je zaprećena zatvorska kazna u rasponu 3-5 godina (Kategorija V kazna b). Ukoliko se okrivljeni eventualno izjasni krivim onda sud može razmatrati ublažavanje kazne koje se primenjuje shodno članu 75 stav 1.3. Shodno članu 76, sud može da smanji kaznu u trajanju na 1 godinu. Kao što je prethodno objašnjeno, sud NIJE DUŽAN da primeni ublažavanje kazne shodno članu 75 – to je isključivo mogućnost. Isto tako kao i što sud nije dužan da odredi kaznu okrivljenom u trajanju od 1 godine shodno članu 76. Ukoliko, na primer, okrivljeni prizna krivicu u poslednjem mogućem trenutku, sud može utvrditi da iako je ublažavanje na raspolaganju, da se ono ne zahteva, ili je opravdano u manjem iznosu od maksimuma.

✚ **Drugo**, sud mora "posebno" razmatrati maksimalnu i minimalnu kaznu predviđenu Zakonikom. Ova odredba kali pristup suda u svetlu velikog broja kazni koje se koriste unutar zakonika, a posebno to da njihovi maksimumi mogu da budu izuzetno raznoliki. Ako se ublažavanje kazne jednostavno primenjuje pro-forme radi na svaku kaznu koja spada pod član 75, ono može imati široko nesrazmerne uticaje. Uzmimo na primer kaznu u trajanju 3-5 godina. Ako je došlo do ublažavanja kazne, novi mogući minimum iznosi godinu dana. To isto umanjenje je dostupno na kaznu u trajanju od najmanje 4 godine. U prvom slučaju, maksimalna moguća povlastica umanjenja do jedne godine je 4 godine (maksimuma od 5 godina). U slučaju kazne od najmanje 4 godine koja nema maksimum (25 godina po zakoniku), moguće smanjenje na raspolaganju je 24 godine.

Kolone 4 i 5 su namenjene onim situacijama u kojima je sud utvrdio da je ublažavanje shodno članu 75 na raspolaganju i da se u stvari primenjuje. Kada postoji dovoljna dopuštenost, Dodatak 1 deli raspoloživo ublažavanje kazne u dve zasebne kolone. Kolona 4 je isključivo namenjena u situacijama gde se traži maksimalno ublažavanje kazne. Kolona 5 je rezervisana za situacije gde je ublažavanje primenljivo, ali ne garantuje maksimalno umanjenje.

7.7.1.2 Određivanje primenljivosti načela ublažavanja kazne

Kao što je prethodno opisano, postoje tri situacije u kojima sud može primeniti ublažavanje predviđeno članom 76. Međutim, da bi ih sistematizovali i srazmerno primenili, postoje određene restrikcije i ograničenja koje sud mora da ima na umu.

Situacija 1: Član 75 stav 1.1. predviđa da sud može da razmotri mogućnost ublažavanja kazne kada zakon posebno predviđa da se kazna može ublažiti ili smanjiti. Iako se ovo ne pojavljuje u mnogim konkretnim delima u okviru Krivičnog zakonika, ima neku primenu u skladu sa Glavom II o krivičnoj odgovornosti za dela za koja je predviđeno ublažavanje, ali ne isključuju krivičnu odgovornost. Ovde, sud može da dodeli

ublažavanje u skladu sa odgovarajućim odredbama člana 13 krajnja nužda, člana 14 nasilje ili pretnja, člana 15 dela izvršena pod prinudom, člana 18 neuračunljivost i smanjena uračunljivost, člana 26 pravna zabluda, člana 28 pokušaj, člana 33 pomaganje i člana 34 zločinačko udruživanje. Sud mora da utvrdi da su ispunjeni specifični uslovi navedeni u odredbi, a zatim da utvrdi da li treba da se dodeli ublažavanje kazne.

Situacija 2: Član 75 stav 1.2 je potvrđan nalaz "posebno" olakšavajućih okolnosti koje ukazuju da će svrha kažnjavanja biti postignuta sa manjom kaznom. Iako ovo nije jasno definisano, to ukazuje na situaciju koja je izvan norme ili na nivou prosečnog učinioca. Ovde sudu mora biti sasvim jasno koje su to svrhe kažnjavanja u odnosu na učinioca i da specifične osobine učinioca ili njihova situacija ukazuju da će te svrhe biti ispunjene manjom kaznom. Učinitelj je na primer, možda pokazao značajne postupke kajanja i pokušaja otklanjanja štete žrtvi koji su izvan norme onoga što se može smatrati normalno. U ovim situacijama, sudu je dozvoljeno da primenjuje ublažavanje i da prilagodi raspon u skladu s tim. Sud mora zatim da razmotri faktore u vezi sa novim rasponom. Generalno, sud bi trebalo da odbaci primenu ublažavanja prema ovom članu ukoliko otežavajući faktori imaju prevagu nad olakšavajućim.

Situacija 3: Treća mogućnost ima dve komponente prema članu 75, stav 1.3:

- Prva komponenta je da sud može da prilagodi raspon kad god se učinilac izjasni krivim na sudu bez sporazuma o priznavanju krivice.
- Druga je kada već postoji sporazum o priznanju krivice.

U ovoj prvoj situaciji, odluka suda mora biti prilagođena trenutku priznanja krivice. Ublažavanje kazne nije na raspolaganju okrivljenima samo zato što su negde u procesu odlučili da se izjasni krivim. Značajna povlastica koja se dodeljuje za potvrdno izjašnjavanje o krivici je zasnovana na očuvanju društvenih troškova u smislu vremena, novca i emocionalnih troškova vezanih za svedočenje i viktimizaciju. Ove povlastice se znatno smanjuju nakon početka suđenja. Stoga, ublažavanje kazne prema članu 75 ne bi trebalo da bude na raspolaganju onda kada suđenje već počne. Ako se učinilac izjasni krivim blagovremeno i sud smatra da je ublažavanje kazne odgovarajuće, kao i kod prve

dve kategorije, sud mora i dalje da se podvrgne procesu ocene kako bi utvrdio koji bi to trebalo da bude konačan raspon i da li je na raspolaganju dodatno ublažavanje kazne. Iako zakonik predviđa da je izjašnjavanje o priznanju krivici dovoljno da se dodeli ublažavanje kazne, dodatni jezik koji zahteva razmatranje mišljenja svih zainteresovanih strana ukazuje na snažnu predrasudu u pogledu primene člana 76 za ublažavanje kazne kada postoji protivljenje. Ovo ima smisla kada se uzme u obzir da je potvrđno izjašnjenje o krivici (ne sporazum o priznanju krivice) jednostavno jedna od 13 navedenih olakšavajućih okolnosti shodno zakoniku. Imajući u vidu da je primarni razlog ublažavanja kazne na osnovu priznanja krivice očuvanje resursa, protivljenje strana zasnovano na nekom razumnom opravdanju ukazuje na to da postoje druga razmatranja koja umanjuju takvu značajnu povlasticu okrivljenom. Stoga, protivljenje bilo koje strane na osnovu razumnih osnova ili pronalaženja bilo kojeg otežavajućeg faktora bi trebalo automatski da eliminiše dodeljivanje ublažavanja kazne shodno članu 76 jednostavnim izjašnjenjem o priznanju krivice i zahteva pronalaženje posebno olakšavajuće okolnosti u skladu sa smernicama. Međutim očigledno je da je odbijanje ostavljeno na pažljivo razmatranje suda bez obzira da li su argumenti strana koje se protive baziraju na razumnim osnovama.

U drugoj situaciji u skladu sa članom 75 stav 1.3, ublažavanje kazne je na raspolaganju učiniocu koji je sklopio sporazum o priznanju krivice sa tužiocem. Iako se o sporazumima o priznanju krivice i izricanju kazni detaljnije razmatra kasnije, ova odredba u suštini omogućava tužiocu da započne pregovore o priznanju krivice sa punim rasponom ublažavanja kazne na njegovom/njenom raspolaganju. Tako je u odgovarajućoj situaciji tužilac u mogućnosti da ponudi pun raspon ublaženih kazni koje su na raspolaganju sudu u skladu sa zakonom. Ovo je odvojeno i zasebno od konačnog odobrenja suda takve kazne. Ova odredba ne obavezuje sud da prihvati sporazum o priznanju krivice ukoliko utvrdi da dogovorena kazna nije opravdana.

7.7.1.3 Dela u vezi sa opojnim drogama

Generalno, dela u vezi sa opojnim drogama trebalo bi da tereti tužilac na odgovarajući način na osnovu toga da li su opojne droge posedovane, namenjene za distribuciju ili stvarno distribuirane. Zakonik predviđa nekoliko zakonskih odredbi po kojima tužilac može postupiti, jer svaka od njih pruža veći stepen kazne. Međutim, međunarodna praksa i studije pokazuju da je važna komponenta ove razlike zasnovana na količini opojnih droga. Generalno, kako se količina posedovanja povećava, uvećava se i verovatnoća da su opojne droge namenjene za distribuciju i da učinilac predstavlja veću pretnju po društvo. Iako mnoga dela u vezi opojnih droga prema Glavi 23 KZ ispunjavaju uslove za ublažavanje kazne prema članovima 75 i 76, trebalo bi da se primene sledeće smernice:

- Supstance ili preparati koji su zakonom proglašeni za opojne droge, psihotropne supstance i slično u količini **većoj od 5 grama** ne bi trebalo da budu predmet ublažavanja ukoliko se terete shodno članovima 273, 274, 275.
- ako se delo tereti shodno članovima 281, 1.1-1.8, i količina opojnih droga je **veća od 3 grama**, delo ne bi trebalo da bude predmet ublažavanja kazne.
- ako se delo tereti shodno članovima 281, 1.9, i količina opojnih droga je **veća od 15 grama**, delo ne bi trebalo da bude predmet ublažavanja.

7.7.2 Oprost kazne

Članovi 77 i 78 dozvoljavaju sudu da u potpunosti oprosti kaznu učionicu u dve situacije. Prema članu 77, sudu se dozvoljava da oprosti kaznu kada zakonik posebno dozvoljava oprost, bez obzira na pooštavanje ili ublažavanje kazne predviđeno članom 76. Ovaj oblik oprosta javlja se u dve situacije. Prva je oprost u određenom krivičnom delu kada su ispunjeni određeni odgovarajući uslovi. Sud će morati da proceni konkretno krivično delo u skladu sa zakonikom kako bi odredio primenu člana 77. Drugo, svako delo učinjeno sa određenim oblicima modifikovane krivične odgovornosti ili saradnje takođe će se potencijalno kvalifikovati za oprost kazne. Ovo uključuje član 12 nužna odbrana, član 13

krajnja nužda, član 29 nepodoban pokušaj, član 30 dobrovoljni odustanak od pokušaja i član 34 zločinačko udruživanje.

Član 78 koji se odnosi na oprost se specifično odnosi na dela učinjena iz nehata i na ispunjavanju dva kriterijuma. Prvo, učinilac mora da bude toliko ozbiljno pogođen posledicama da je dodatna kazna nepotrebna da bi se postigla svrha kažnjavanja. Drugo, učinilac mora odmah da pokuša da otkloni ili smanji posledice i potpuno ili u velikoj meri nadoknadi štetu. Prvi kriterijum zahteva detaljnu ocenu uticaja na učinioca. Ovo nije objektivna, već subjektivna ocena direktno povezana sa određenim učiniocem. Drugi kriterijum zahteva hitne mere za ublažavanjem posledica. Ovo će, naravno, biti ključni element za utvrđivanje da li je ispunjen prvi kriterijum jer će pokušaj ublažavanja uticati na dokaze učinioca. Međutim, ne postoji uslov da ovi naponi stvarno uspeju. Ono što je potrebno jeste objektivno razuman pokušaj da se to učini. Konačno, mora postojati neka vrsta kompenzacije odnosno nadoknada štete. Pošto sposobnost plaćanja može biti faktor u određivanju oprosta, sud ne bi smeo pretpostaviti ovaj zaključak na osnovu neodložnog plaćanja. Ako je učinilac sposoban i spreman da to učini tokom vremena, sud bi trebalo da primeni oprost kazne nakon praćenja uspešnog plaćanja.

7.7.3 Pooštavanje kazne za višestruki povrat

Član 79 nudi jedinu mogućnost u Zakoniku za oštrije dodavanje ili prilagođavanje maksimalne kazne predviđene zakonikom za određeno delo. U slučajevima kada doživotna kazna zatvora nije uključena, sudu se dozvoljava da doda ½ maksimalne kazne za delo kao dodatnu kaznu. Međutim, prethodna krivična dela učionica moraju da ispunjavaju nekoliko kvalifikacija:

- ❖ Dva prethodna dela
 - za koje je bio osuđen kaznom zatvora od najmanje jedne godine i
 - izvršena za umišljajem
- ❖ proteklo je manje od pet (5) godina od dana isteka prethodne kazne do izvršenja novog krivičnog dela.

Kada sud utvrdi da učinilac ispunjava ove faktore, potrebno je posebno razmotriti dogovoreno izjašnjenje o krivici, pobude, okolnosti i sličnost prethodnih krivičnih dela, kao i potrebu za izricanjem kazne za ispunjavanje svrhe kažnjavanja. Ova razmatranja su relevantna, ali nisu apsolutna u smislu zahteva. Dakle, iako je svakako relevantno da su krivična dela slična po prirodi itd., nije potrebno da budu slična pre nego što sud pooštri raspon kazne. Što su sličnija po prirodi, više bi sud trebalo da uzme u obzir maksimalno pooštavanje, jer će to takođe podrazumevati da prethodne kazne za ista krivična dela nisu uspela rehabilitovati ili sprečiti učinioca da ponovo izvrši krivično delo, a svrha kažnjavanja više će se prilagoditi zaštiti društva od učionica.

7.7.4 Kažnjavanje krivičnih dela u sticaju

Pošto se kompleksnost procesa odmeravanja kazne značajno povećava kada postoje višestruka dela ili pooštavanje kazna na osnovu recidivizma, izuzetno je teško predstaviti proces u formatu tabele. Međutim, nakon što je sud sveobuhvatno procenio pooštavanje i ublažavanje kazne, onda se samo jednostavno primenjuje prethodno opisani proces za svako krivično delo i sabere se kazna. Konačni raspoloživi raspon u skladu sa odredbama člana 80 je pitanje sabiranja maksimalnih i minimalnih raspona koji su na raspolaganju sudu i izricanje kazne negde u tom rasponu.

Na primer, okrivljeni je počinio tri dela, za dva je zaprećena kazna zatvora u rasponu 3-5 godina, a za jedno delo u rasponu 1-4 godine. Ako sud osudi okrivljenog na dve 4.godišnje i jednu 3.godišnju kaznu zatvora, član 80 zahteva da konačna kazna bude veća od svake pojedinačne (odnosno više od 4 godine) ali manje od zbrine kazne (odnosno 11 godina). Nažalost, Zakonik daje malo smernica van ovoga u utvrđivanju toga gde bi trebalo da bude konačna kazna i u prethodnom primeru.

Važno je napomenuti u da je otežavajuća/olakšavajuća vrednost bila ista za sva dela. Iako ovo u mnogim situacijama može biti tačno, to ne sprečava sud od utvrđivanja drugačijih vrednosti ili faktora koji se primenjuju za različita dela. Sud može naći da se učinilac na primer veoma kaje zbog izvršenja jednog dela, ali ne zbog izvršenja drugog. Jedna žrtva

može biti „ranjiva žrtva“, dok druga to možda nije. Primer jednostavno prikazuje proces. Sud mora da oceni svako delo pojedinačno.

Dodatna razmatranja koje sud može koristiti u prilagođavanju konačne jedinstvene kazne iznad ili ispod pretpostavljene kazne može uključivati:

- Gde svaka kazna pojedinačno potpada unutar okvira raspoloživog raspona. Ukoliko postoji značajno ublažavanje svake pojedinačne kazne, konačna kazna bi trebalo da ima suštinsko ublažavanje takođe i obrnuto.
- Prevaga krivičnog ponašanja u zajednici i potreba da se odvrate budući učinioci.
- Da li je svako delo uključivalo žrtvu osim okolnosti.
- Težina krivičnih dela u odnosu jedno na drugo (možda postoji manja potreba da se lakša dela odraze u zbirnim kaznama u odnosu na teža dela).
- Sličnost jednog dela u odnosu na drugo na osnovu njihovih elemenata.
- Verovatnoća rehabilitacije i reintegracije u odnosu na potrebu da se društvo zaštiti od učinioca.
- Da li je svako delo dovoljno odraženo u konačnoj kazni tako da nema "neoprostjenih " krivičnih dela ili " nezadovoljenih" žrtvi.?

7.8 Odluke o kazni pretresnog veća

Drugo važno razmatranje za sud je kako da utvrdi konačnu kaznu kada je uključeno pretresno veće. Preporučena metoda je da se utvrdi vrednost prosečne kazne svih konačnih odluka onih sudija koji su utvrdili da je okrivljeni kriv za izvršenje dela. Svaki nalaz nekrivice trebalo bi da se eliminiše iz konačnog računanja. Predlaže se da svaki sudija nezavisno oceni okolnosti pred sudom i utvrdi konačnu vrednost za pooštavanje ili ublažavanje kazne.

U situacijama gde jedan sudija ima uveliko različit ishod u izrečenoj kazni od ostalih trebalo bi da postoji dodatni korak u kojem se sudije međusobno konsultuju u pogledu

toga koji faktori su smatrani da su utvrđeni/nisu utvrđeni u ublažavanju/pooštavanju kazne. Ovo bi trebalo da se desi u svakoj situaciji gde jedan član veća dođe do kazne koja je značajno drugačija od ostalih. Ovo je da se osigura da sud nije slučajno izostavio ili nije razmatrao faktor. Naglašeno je da iako ova dodatna konsultacija može na kraju da ima uticaj na promenu mišljenja sudije, da ne bi trebalo da se smatra glavnom svrhom konsultacije. Isključivo joj je namena da dalje zaštiti presudu u slučaju žalbe. Ukoliko odluka ostane ista, onda će opet biti prosek svake kazne.

GLAVA VIII

PRIMENA ALTERNATIVNIH KAZNI

8.1 Opšta pitanja

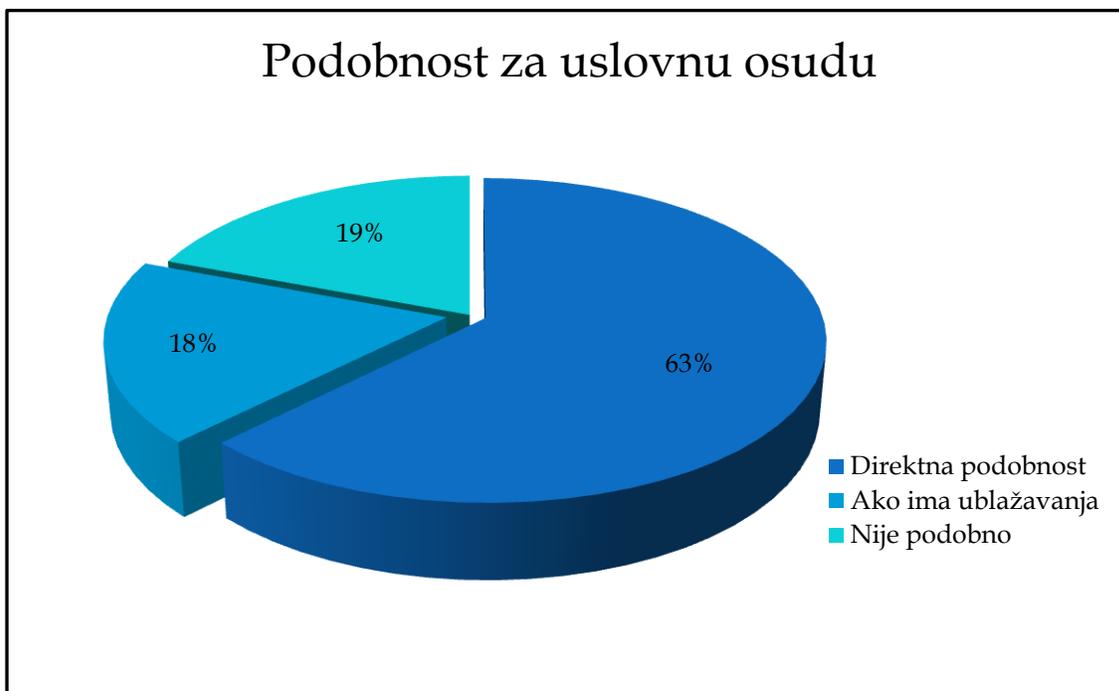
Kada sud stigne do petog koraka, onda je u većini slučajeva stigao do konačnog trajanja kazne zatvora ili iznosa kazne. Sledeći korak je da odredi način na koji će se ta kazna služiti i da li se može zameniti nekim drugim oblicima. Član 49 opisuje mogućnosti kao alternativne kazne. Sudska opomena je uključena u ovu raspravu jer je zamena za određeno trajanje kazne zatvora, iako za relativno lakša dela.

8.2 Uslovna osuda

Uslovne osude su možda najšire korišćeni oblik alternativne kazne, a zakonik opisuje proces i postupak u članovima 50-59. Uslovna osuda može biti izuzetno korisna i očuvati ljudska prava kada se izricanje uslovne osude koristi u ispravnim situacijama, ali može i lako postati kontroverzna jer se lako može pojaviti kao potpuno oslobađanje učinioca svake odgovornosti bez posledica. Pre svega, sud mora da obezbedi obrazloženje za zamenu koje mora da bude detaljno i jasno i da ispunjava sve odredbe zakona - naročito da će zamena jednako ispuniti svrhu kažnjavanja. Uslovi iz člana 50 jasno ukazuju da je uslovna osuda rezervisana za krivična dela koja nisu ozbiljna i kada je pretnja kažnjavanja dovoljna da spreči učinioca da učini drugo krivično delo. Raniji život,

karakteristike ličnosti učinioca, duševno stanje i držanje učionica su od najvećeg značaja u procesu ocene. Ukoliko se sud jasno ne pozabavi svojom obavezama koje proističu iz člana 50 i člana 52, žalbeni sud bi trebalo automatski da vrati odluku nižem sudu.

Osnovni mehanizam uslovne osude je da sud odredi kaznu čije izvršenje se odlaže na određeno vreme, pod uslovom da učinilac ne učini drugo krivično delo i da ispunjava i/ ispoštuje sve uslove koje odredi sud. Neispunjavanje uslova može da dovede do neposrednog izvršenja kazne koja je prethodno već bila utvrđena. Zagovornici uslovne osude smatraju da je unapred utvrđena apsolutna kazna efikasniji odvratajući mehanizam i motivator od neutvrđene gde učinilac i dalje ima mogućnost da je ublaži. Bez obzira na to, efikasnost uslovnih osuda se direktno odnosi na spremnost suda da ih opozove i dodeli odgovarajuće dodatne obaveze koje moraju da se ispune.



Član 81 utvrđuje okvir i ispunjavanje uslova za izricanje uslovne osude. Postoje dve smernice koja kontrolišu odlaganje izvršenja kazne. Prvo, svako krivično delo za koje je zaprećena maksimalna kazna zatvora u trajanju do 5 godina ili manje ima pravo na odlaganje izvršenja.

Drugo, svako krivično delo za koje je zaprećena maksimalna kazna zatvora u trajanju do 10 godina ili manje ima pravo na odlaganje, ali samo ako su primenjene odredbe ublažavanja kazne. Implicitno iz ova dva uputstva je da svako krivično delo koje ima maksimalnu kaznu u trajanju više od 10 godina da ne ispunjava uslov za odlaganje izvršenja kazne.

Kolona 3 Dodatka 1 daje brzo upućivanje sudu da odredi da li je krivična kazna podobna za odlaganje izvršenja. Sud mora da ima na umu to da bez obzira na to što je kazna podobna za uslovnu osudu, da to ne znači da sud ima automatski pravo da koristi ovu alternativu. On mora da se angažuje u vrednovanje i na kraju stigne do kazne u dozvoljenom rasponu od 2 godine ili manje.

8.2.1 Odlaganje izvršenja kazne kada je maksimalna zaprećena kazna do 5 godina

Ako je sud suočen sa jednim ili više krivičnih dela za koje je zaprećena maksimalna zatvorska kazna u trajanju do pet godina, on mora oceniti svako krivično delo po svom meritumu kako je navedeno u ovim smernicama i doći do kazne u rasponima datim u Dodatku 1.

Ako je učinilac kriv za jedno krivično delo, a odmerena kazna iznosi dve godine ili manje, on može odložiti izvršenje kazne u skladu sa stavom 3 člana 52. Međutim, sud mora takođe zaključiti da na osnovu faktora navedenih u stavu 4, koji se fokusiraju kako na posebno ponašanje učinioca tako i na lične okolnosti, da je kandidat podoban za uslovnu osudu i da je ispunjena svrha kažnjavanja. Ako je kazna veća od dve godine, sud ne može odložiti izvršenje kazne. Na primer, učinilac je osuđen za krivično delo za koje je zaprećena moguća kazna zatvora u rasponu trajanja 1-5 godina. Prema Dodatku 1, ovo nosi pretpostavljeni raspon koji iznosi 3 godine. U ovom trenutku, izuzev ukoliko ne postoji dovoljno ublažavanja kazne za prelazak na kolonu 5, sud ne može odložiti izvršenje kazne odnosno izreći uslovnu osudu jer je pretpostavljeno trajanje duže od 2 godine. Samo kazne za koje je zaprećena moguća maksimalna kazna od 5 godina imaju pretpostavljeno trajanje koje ne može da ima odlaganje i zahteva prilagođavanje uz pomoć olakšavajućih faktora.

Iako se isti zahtevi primenjuju kada postoje višestruke osuđujuće presude za dela od pet godina i ispod toga, sud mora da se uključi u proces računanja jedinstvene kazne koji je naveden u članu 80 (opisano u prethodnom koraku 4). Sud mora na osnovu smernica doći do pojedinačne kazne za svako krivično delo, a zatim izreći jedinstvenu konačnu kaznu. Ako je to nemoguće kao što je definisano u članu 80 i sud ne može da dođe do kazne manje od dve godine, sud ne može odložiti izvršenje kazne odnosno izreći uslovnu slobodu.

Uslovna osuda se ne može uzeti u obzir kada je došlo do povrede naloga o izrečenoj meri zaštite, naročito kada je delo koje predstavlja kršenje nasilnog karaktera. Učinitac u ovim slučajevima je već pokazao neposlušnost sudskim nalogima time što nije poštovao nalog za izricanje mere zaštite.

8.2.2 Odlaganje izvršenja kazne kada je maksimalno zaprećena kazna u trajanju do 10 godina

Za razliku od uslovnih osuda za dela u trajanju od pet godina ili manje, dela za koje je zaprećena moguća kazna od 10 godina zahtevaju dodatni korak. Pre nego što se čak mogu uzeti u obzir za odlaganje izvršenja, moraju prvo da prođu proces ublažavanja odnosno smanjenja kazne. To znači da MORAJU ispuniti jednu od kvalifikacija iz člana 75. Naime, (1) da zakon specifično daje mogućnost smanjivanja kazne; (2) naročito olakšavajuće okolnosti (3) okrivljeni se izjasnio krivim (ili je u procesu dogovorenog priznanja krivice). Proces ublažavanja odnosno smanjenja kazne je detaljnije opisan u četvrtom koraku prema odredbama za dodatna prilagođavanja kazni. Međutim, ovo je samo početni korak kvalifikacije i ne daje automatski pravo sudu da dodeli uslovnu osudu. Sud mora potom proći kroz procenu olakšavajućih i otežavajućih okolnosti i nezavisno doći do raspona kazne koji dozvoljava kaznu u trajanju do dve godine kako to zahteva član 52. Sud mora takođe zaključiti da na osnovu faktora navedenih u stavu 4,

koji se fokusiraju kako na posebno ponašanje učinioca tako i na lične okolnosti, da je kandidat pogodan za uslovnu osudu i da je ispunjena svrha kažnjavanja.

8.2.3 Obaveze i uslovi uslovne osude

Budući da je primarna svrha uslovne osude izbegavanje zatvaranja kada je dovoljna pretnja od kažnjavanja, sud mora da osigura da se učiniocu daju i odgovarajući instrumenti kako bi se izbeglo ponovno izvršenje krivičnih dela i omogućila reintegracija u zajednicu. Kako se uslovne osude generalno primenjuju na situacije u kojima je ponašanje neobično, obično će to biti nešto što je doprinelo ili motivisalo postupke. Uslovne kazne bez drugih uslova osim opšte zabrane ponovnog izvršenja dela trebalo bi da budu retke pojave i rezervisane za beznačajne situacije gde postoje jaki pokazatelji kajanja, restitucije svim žrtvama i saradnja sa sudovima i organima za sprovođenje reda i zakona. U suštini, ne postoji očigledna svrha ili alat koji je na raspolaganju sudu. Sudovi znaju da će se uslovne kazne bez obaveza koje moraju da se ispune biti pažljivo analizirane i da nepostojanje uslova koji moraju da se ispune moraju da budu temeljno objašnjeni. Konačno, olakšavajuće i potvrđujuće okolnosti uslovnih kazni bez određenih uslova MORAJU da se opozovu kada nisu ispoštovane.

Sud mora pažljivo da proceni situaciju i nametne obaveze i uslove na kaznu koji se odnose na ponašanje. Zakonik predviđa 15 mogućih uslova shodno članu 59 sa mogućnošću uslovnog nadzora. Pored ovih odredbi, član 62 propisuje sporedne kazne koje uvek treba uzeti u obzir uz uslov uslovne osude. Ovo se detaljnije razmatra u koraku 6 u nastavku.

1.1 Da dobiju medicinsku ili rehabilitacionu negu u zdravstvenoj ustanovi;

1.2 da prođe kroz program lečenja ili rehabilitacije;

1.3 da posećuje psihologa i/ili drugog savetnika i ponaša se u skladu sa njegovim preporukama;

Uslovi 1.1-1.3 trebalo bi uvek da budu dodeljeni u situacijama kada postoje problemi mentalnog zdravlja ili zdravstveni uslovi kao pobude za izvršenje krivičnog dela. Sud treba da koristi 1.3 oprezno ako postoje indicije da mentalno zdravlje može biti faktor koji doprinosi, ali u vreme izricanja kazne nema medicinske dijagnoze

1.4 Da dobiju stručnu obuku za određenu profesiju

1.5 Za obavljanje radne aktivnosti;

1.6 Koristiti platu i druge prihode ili imovinu kako bi ispunio porodičnu obavezu;

Svako lakše delo koje uključuje nemogućnost pružanja neke vrste finansijske podrške trebalo bi da sadrži odredbe poštovanja isplate. To može obuhvatiti prodaju imovine za ispunjavanje obaveze sve dok nije ugroženo izdržavanje ili sredstva za život. Ako postoje indicije da je krivično delo motivisano nedostatkom finansijskih sredstava ili čak zbog dosade, sud bi trebalo da dodeli uslove koji zahtevaju od učinioca da stekne veštine da postane produktivan član društva.

1.7 Da se uzdrži od promene adrese stanovanja bez obaveštavanja službe za uslovni nadzor;

Ako se koristi uslovni nadzor, ovo bi trebalo da bude obavezna odredba. Pored toga, ovu odredbu treba uvek koristiti ako postoje indicije da učinilac ima sredstva/mogućnost preseljenja. Namera da se kreće bez opravdanja/svrhe je mogući pokazatelj za preseljenje kako bi se nastavilo loše ponašanje i može se sprečiti zahtevanjem obaveštenja.

1.8 Da se kloni upotrebe alkohola ili droga;

Svaka indikacija zloupotrebe droge/alkohola, bilo da je prisutna u izvršenju krivičnog dela ili ne, trebalo bi da bude praćena ograničenjem u primeni pored nekog oblika ocene shodno 1.3. Ako je zavisnost od droga/alkohola bila primarni motivacioni faktor iza izvršenja krivičnog dela, obavezno rehabilitaciono lečenje je određeno članom 57.

1.9 Da se uzdrži od posete određenim mestima ili objektima;

1.10 Da se uzdrži od sastajanja ili od kontakata sa određenim ljudima;

Ako krivično delo nije slučajna pojava nego je više usmerena na određenu osobu ili lokaciju, sud bi uvek trebalo da uključi ograničenje u pogledu prisustva na mestu ili kontakta sa osobom. To bi trebalo posebno da se koristi u porodičnim situacijama u kojima je delo neposredno povezano sa određenom osobom. S obzirom na to da je sama priroda odnosa nasilja u porodici u cilju nastavljanja iste situacije kroz ponavljanje, **malo je verovatno** da će jednostavna suspenzija biti efikasna bez ograničenja. Sud bi trebalo da bude vrlo specifičan u imenovanju /opisu osoba i mesta koje učinilac mora da izbegava uključujući bilo koje članove šire porodice. Kršenje ovih odredbi treba da čini neodložni osnov za ukidanje uslovne osude. Takođe bi trebalo odrediti nadzor uslovne osude.

1.11 Da se uzdrži od nošenja bilo kakvog oružja;

Svako delo koje se odnosi na posedovanje oružja ili njegovu upotrebu za povredu ili zastrašivanje treba da nosi suspenziju sa zabranom nošenja ili posedovanje oružja. Ograničenje treba da bude opšte po prirodi i ne jednostavno ograničeno na određeno oružje koje se koristilo. Ova odredba treba da sadrži posedovanje kao dodatak nošenju oružja.

Ako postoje pokazatelji da je nasilje u porodici komponenta krivičnog dela, onda treba uključiti i ograničenja pristupa/posedovanja oružja, bez obzira da li je posedovanje direktno vezano za samo delo. Samo posedovanje može biti prinudno i zastrašujuće za žrtvu. Naučna istraživanja pokazuju da prisustvo oružja u posedu učinioca nasilja u porodici eksponencijalno povećava rizik od teške telesne povrede ili smrti žrtve, dece i drugih. Kao rezultat toga, za sud je najvažnije da zatraži i naloži oduzimanje svakog komada vatrenog oružja dostupnog učiniocu Ovo je dozvoljeno čak i ako je zlostavljač zakonito posedovao oružje.⁸⁶ Prisustvo oružja u kući često je ključna komponenta u stvaranju straha kod žrtve kroz konstantno stanje ugroženosti. Oružje je možda korišćeno u prethodnom incidentu bilo stvarnog nasilja ili pretnje, a njegovo dalje prisustvo podrazumeva stalnu mogućnost da će se ponašanje samo po sebi reprodukovati. Takođe služi za sprečavanje žrtve da napusti agresora ili prijavi prethodne incidente vlastima.

⁸⁶ Priručnik za sudije i tužioce o nasilju u porodici, Oduzimanje predmeta upotrebljenog ili koji može da se upotrebi za izvršenje nasilja, stav 6.9 Priština (2016), str. 44, koji takođe navodi odredbe Zakona br. 05/1-22 o oružju, (2015), član 10, član 36 i član 38.

Istraživanja pokazuju da upotreba oružja ili opasnih predmeta ili pretnja da budu upotrebljeni u kontekstu nasilja u porodici predstavlja jasan pokazatelj eskalacije i odlučujući pokazatelj u fatalnim ishodomima.⁸⁷

1.12 Da izvrši kompenzaciju ili imovinski povraćaj žrtvi krivičnog dela;

Svaka uslovna kazna koja uključuje žrtvu gde učinila ima sposobnost ili sredstva za pružanje restitucije mora biti praćena ovim uslovima. Ovo će sprečiti potrebu za parnicama u građanskim stvarima, osloboditi državu od bilo kakve obaveze koju može imati i pružiti žrtvi neposrednu ili direktnu pomoć koja im je potrebna.

1.13 Da vrati imovinsku korist stečenu izvršenjem krivičnog dela;

Svaka situacija u kojoj postoji materijalna korist stečena kao rezultat krivičnog dela treba da sadrži odredbu o povraćaju. Ako je učinilac pretvorio materijalnu korist u neki drugi oblik ili formu, sud bi trebalo da naredi prodaju ili vraćanje pretvorenog oblika ako je i dalje isključivo u vlasništvu učinioca.

1.14 Da ne poseduje ili ne koristi računar ili da ne pristupa internetu na način koji stoji u sudskoj odluci;

Dela koja su učinjena računarem ili imaju internetsku komponentu treba da budu praćena ovim ograničenjima. Ovo ne bi trebalo da bude ograničeno na dela učinjena računalom. Ako učinilac ima poslovne veze ili legitimne koristi van izvršenja krivičnog dela, sud bi trebalo da usko prilagodi ograničenja prema potrebi.

1.15 Da dostavlja finansijske izveštaje shodno odluci sud.

Ovaj faktor bi trebalo dodeliti ako postoji finansijska komponenta u izvršenju krivičnog dela i/ili je motivisana zbog finansijske koristi. Periodični izveštaji su odlično sredstvo za sud da nadgleda da li je prihod učionica legitiman ili povezan sa kriminalnim aktivnostima.

Pored odredaba člana 59, zakonik neprestano vrši pozivanje na stav 3 člana 51, kojim se utvrđuju mogući uslovi za uslovne osude. Međutim, samo jedan faktor koji se pominje materijalno se razlikuje od uslova iz člana 59. To je da sud može od učinioca da zahteva

⁸⁷ Ibid, str.66

naknadu štete ili restituciju za štetu koju je počinjena delom. Ovo je opštije stanje od odredbe za restituciju iz člana 59.

Svi ovi uslovi su osmišljeni da nadgledaju postupke okrivljenog i mogu se prilagoditi praktično svakom krivičnom delu ili situaciji. Sugestije koje su predviđene za svaki uslov su specifične za krivična dela/motivacije koje su obično osmišljene za praćenje. Međutim, zakonik ne ograničava primenu ovih uslova, a sud se ohrabruje da ih kombinuje kako bi se razvilo efikasno sredstvo za praćenje napretka učinioca i garantovanje da je uslovna osuda uspešno završena. Bez obzira na broj uslova, sud mora uključiti rokove za svaki uslov, uz odgovarajuće sadržane odredbe za praćenje koje će omogućiti prilagođavanje uslova.

Sud bi prilikom izricanja ovih uslova trebalo da ima u vidu uslove i okolnosti koje okružuju život učinioca. Neka od ovih razmatranja su navedena u članu 51. stav 3. i ukazuju na opštu svesnost da sud ne bi trebalo da nameće uslove koji su nemogući ili preterano teški da se ispune zbog drugih važećih/relevantnih okolnosti. To ne znači da bi sud jednostavno trebalo da se oslanja na reč učinioca da takvi uslovi postoje. Sud bi trebalo da zatraži dokaz o takvim okolnostima i ako ih odbije, traži druge alternative.

8.2.4 Period provere

Zakonik predviđa period provere ili usaglašenosti za uslovnu osudu koja traje 1-5 godina. Iako sud može slobodno da utvrdi odgovarajuće trajanje, snažno se predlaže da sud poveća period srazmerno težini dela. U nastavku slede predloženi periodi provere ili usaglašenosti:

- ❖ Svako delo koje zahteva primenu člana 76 za ublažavanje kazne da bi kazna bila uslovna (član 52, stav 2)
 - Najmanje 3 godine potvrđivanja
 - 5 godina provere, ako je bila moguća maksimalna kazna u trajanju od 10 godina
- ❖ Odlaganje izvršenih dela u sticaju – najmanje 3 godine
- ❖ Jedno delo bez ublažavanja (član 52, stav 1)

- Moguće je manje od 3 godine

8.2.5 Nadzor uslovne osude

Član 58 omogućuje sudu da dodeli uslovnu osudu sa obavezom nadzora. Ovo može biti za aktivno praćenje učinioca zbog poštovanja mandatnih uslova ili jednostavno zahtev za periodično javljanje koji primorava učinioca da se sastane sa službom za uslovni otpust. Iako neki uslovi navedeni u zakoniku ne zahtevaju aktivno praćenje, praksa pokazuje da je aktivno i redovno praćenje napretka u pravcu ispunjavanja uslova najefikasniji način garantovanja usklađenosti, reintegracije i ukupnog uspeha uslovne osude. U najmanju ruku, učinilac je svestan prisustva suda i stalnog interesovanja za rezultate i redovno se podseća da će neispunjenje biti brzo utvrđeno i praćeno kaznom. Uslovne osude bez uslova imaju daleko veće šanse da propadnu nego one koje imaju uslove i aktivno se prate. Međutim, zakonik dozvoljava samo period praćenja od 6 meseci do maksimalno 3 godine. Iako ovaj period ne može da nadgleda pun potencijalni period verifikacije uslovne kazne od pet godina, sudovi bi i dalje trebalo da aktivno koriste dozvoljeni rok. Snažno se sugeriše da svaki period provere od 3 godine ili više koji obuhvata obaveze za učinioca mora da bude praćen trogodišnjim nadzorom uslovne osude.

8.2.6 Povrede obaveza

Povrede su relativno jasne u zakoniku i generalno su regulisane članovima 53-55 koji opisuju uslove za opozivanje nakon izvršenja novih dela, ne ispunjavanja uslova i osude za ranije izvršeno krivično delo.

Član 53 zahteva obavezno opozivanje uslovne osude za vreme perioda provere kad god je izvršeno novo krivično delo za koje je zaprećena kazna zatvora u trajanju od dve ili više godina. Sud tada mora da primeni član 80 u izricanju jedinstvene kazne. Međutim, ako je kazna manja od dve godine ili novčana kazna, opoziv uslovne osude nije obavezan, međutim sud se podstiče da oceni kršenje u svetlu okolnosti, pobuda i vrste dela. Sudu se snažno sugeriše da novo krivično delo izvršeno uprkos uslovnoj osudi predstavlja snažan pokazatelj da uslovna osuda **nije ispunila** svoju svrhu. Opoziv uslovne osude se pretpostavlja, osim ako učinilac ne obezbedi uverljiv dokaz za opravdanje dela. Ako je

krivično delo identično/slično po prirodi, pobuda je ista, ili je žrtva ista, opoziv bi trebalo da bude neodložnim dejstvom.

Izvršenje novog krivičnog dela može biti uverljiv dokaz da se opozove uslovna osuda; međutim, kršenje uslova zahteva detaljniju analizu i razmatranje. Član 55 dozvoljava sudu da opozove uslovnu osudu i izrekne prethodno utvrđenu kaznu zbog nepoštovanja uslova iz stava 3. člana 51. ili člana 59. u celosti. Zakonik je prilično fleksibilan u omogućavanju sudu da proceni okolnosti koje okružuju izvršenje obaveza i razmotri da li je opoziv odgovarajući ili je produženje opravdano. Ako je neispunjavanje uslova i datih obaveza opravdano, sud mora odustati od uslova ili ih zameniti više odgovarajućim uslovom. Međutim, bilo koji produžetak perioda za ispunjavanje uslova ili za dovršavanje novih nametnutih uslova mora biti do kraja garantnog roka za sprovođenje obaveza.

Ako sud odluči da opozove uslovnu osudu zbog neispunjavanja uslova u skladu sa članom 56 to mora da učini u roku od 1 godine od utvrđenog roka (i pre isteka perioda provere). Na primer, sud traži od učinioca da završi program lečenja u roku od 1 godine i određuje petogodišnji period provere. Ukoliko sud ne sazna za neuspeh do 4. godine, ne može da opozove kaznu zbog neispunjenja uslova. To mora da se desi pre kraja 2. godine.

Sledeće je relevantno za razmatranje opoziva/produženja uslova:

- Sud ne bi trebalo jednostavno da produži garantni rok za izvršenje uslova više puta dok ne istekne period provere. Mora da postoji opravdanje za neuspeh.
- Na okrivljenom je teret da opravda neispunjavanje svojih uslova iz uslovne osude ili da pokaže da bi uslov trebalo zameniti.
- Zamena ili odricanje od uslova trebalo bi da predstavlja neuspehe zasnovane na faktorima izvan kontrole učinioca (na primer - okrivljeni nije u mogućnosti da završi stručnu obuku, jer je stručna škola zatvorena).
- Neuspesi koji pokazuju odsustvo ozbiljnosti ili nepoštovanja nadležnosti suda treba da rezultiraju opozivom uslovne osude. Malo je verovatno da će uslovi biti

ispunjeni u pogledu produženja a i umanjuju poštovanje prema pravosudnom sistemu u celini.

- Produženje zasnovano na sumnjivim opravdanjima može se produžiti, ali samo jednom za isto upitno opravdanje.
- Ako se ne dodeli nadzor uslovne slobode, sud bi trebalo da aktivno pregleda spise ili održi saslušanja u roku koji je određen za ispunjenje uslove da se utvrdi usaglašenost.
- Sud bi trebalo da pred kraj perioda provere održi najmanje jedno saslušanje kako bi utvrdio da li su svi uslovi ispunjeni i/ili donose konačnu odluku o opozivanju uslovne osude.

Uslovne osude su efikasan mehanizam koji je na raspolaganju sudu kako bi se smanjilo zatvaranje i maksimizirala rehabilitacija učinioca. Međutim, one nisu posebno efikasne bez jasnih uslova, praćenja usklađenosti i spremnosti suda da ih opozove kada uslovi nisu ispunjeni. Ne bi trebalo da se koriste kao sredstvo za rešavanje predmeta koji se smatraju neozbiljnim jer neće služiti korisnoj svrsi i rehabilitacija će propasti. Sud mora biti voljan da izdvoji vreme da stvori delotvornu uslovnu osudu kako bi društvo moglo da ima koristi.

Polusloboda i društveno-koristan rad predstavljaju alternativno sredstvo da se odsluži kazna zatvora u trajanju od jedne godine koju je izrekao sud. Oba nose mogućnost dodatnih uslova kao deo kazne. Sud bi trebalo da ih koristi za rešavanje pitanja doprinosa i osmisli program za odgovarajuću reintegraciju.

8.3 Društveno-koristan rad/polusloboda

Pošto društveno-koristan rad potencijalno zamenjuje zatvorsku kaznu u trajanju od godinu dana sa maksimalnim periodom rada od 30 dana trebalo bi ga koristiti opreznije od poluslobode koja i dalje zahteva period zatvaranja. S obzirom da rok za ispunjavanje datih uslova i obaveza nije duži od godinu dana, sud bi trebalo da odredi početni period

za ispunjavanje uslova znatno manjeg trajanja kako bi ocenio usaglašenost i uvećao maksimalno mogućnosti suda.

8.4 Sudska opomena

Članovi 85 i 86 pružaju sudu mogućnost sudske opomene. Sudska opomena je u suštini zamena kazne zatvora za zvanično upozorenje suda da će uslediti oštrija kazna ukoliko se ponašanje ponovi. Kao što je navedeno zakonom, opomena je dostupna za sva krivična dela za koje je zaprećena kazna zatvora u trajanju do godinu dana, kao i za dela do 3 godine koji posebno predviđaju opomenu. Samo član 188-Lake telesne povrede, predviđa svaku mogućnost sudske opomene za delo za koje je zaprećena kazna zatvora u trajanju do 3 godine.

Upotreba sudske opomene za krivična dela za koja je zaprećena kazna u trajanju do godinu dana dodatno je ograničena samo na one slučajeve u kojima postoje dovoljne olakšavajuće okolnosti za delo, posebno maloletnih lica. Stoga sud mora proći kroz procenu otežavajućih i olakšavajućih okolnosti. Ako sud utvrdi da su otežavajuće okolnosti jednake ili veće od olakšavajućih, on ne može da zameni kaznu sudskom opomenom. Štaviše, ako nema dovoljnih olakšavajućih okolnosti da bi se delo učinilo prekršajem, sud ne može koristiti sudsku opomenu. Jedan od načina procene jeste razmatranje neposrednosti postupaka učinioca u neispunjavanju osnovnih kriterijuma krivičnog dela. Povrede koje jedva ispunjavaju prag za krivično delo imaju veću verovatnoću da kvalifikuju delo za izricanje sudske opomene. Kao što je navedeno u stavu 5 člana 86, da bi se došlo do nivoa prekršaja naročito se uzima u obzir postupci činioca tokom i posle izvršenja krivičnog dela. Fokus suda nije samo na to da li su radnje učinioca kvalifikovane kao neuobičajeno ponašanje, nego da je učinilac prepoznao ponašanje i preduzeo korektivne mere.

GLAVA IX

DODATNE KAZNE I OSTALE ODREDBE

9.1 Dodatne kazne

Odredbe dodatnih kazni iz člana 62 dostupne su zajedno sa BILO kojom alternativom ili glavnom kaznom. Iako se razlikuju u svojoj obaveznoj primeni, sud bi trebalo da proceni primenljivost pre nego što donese bilo kakvu konačnu kaznu. Ovo se naročito odnosi na uslovne osude jer se time uvećava mogućnost prilagođavanja kazne određenim potrebama učinioca i maksimiziraju izgledi za reintegraciju.

9.1.1 Oduzimanje prava licu da bude izabrano⁸⁸

Oduzimanje prava lica da bude izabrano je obavezna dodatna kazna. Uključuje krivična dela iz Glave 18 (Krivična dela protiv glasačkih prava) i svako delo izvršeno sa namerom da bude izabrano za koje je predviđena kazna od najmanje 2 godine zatvora. Period oduzimanja prava da bude birano traje u periodu 1-4 godine.

Sud bi trebalo da koristi ovu odredbu oprezno pošto ova dela ukazuju na osnovno nepoštovanje demokratskih vrednosti. Generalno, ukoliko je sud izrekao kaznu zatvora, onda oduzeto pravo da bude birano treba da traje najmanje 3 godine. Ukoliko je izrečena

⁸⁸ Član 62 Krivičnog zakonika, stav.2.1

alternativna kazna uslovne osude, period zabrane trebalo bi u najmanju ruku da traje onoliko dugo koliko traje uslovna osuda.

9.1.2 Naredba da se plati novčana kompenzacija za gubitak ili štetu⁸⁹

Ovo je obavezna odredba koja mora biti uključena u svaki slučaj kada postoji neka vrsta gubitka ili oštećenja imovine žrtve. Za razliku od nadoknade za medicinske povrede ili fizičku povredu, ova mera je fokusirana isključivo na gubitak imovine. Osim vrednosti same imovine, sud mora dodeliti gubitak prihoda žrtve u vezi sa krivičnim delom. Ne postoji ograničenje za obeštećenje zasnovano na sposobnosti plaćanja učinioaca ili sposobnost žrtve da povрати naknadu na neki drugi način.

9.1.3 Zabrana obavljanja dužnosti javne uprave ili javne službe⁹⁰

Zabrane pod 2.3 predstavljaju obaveznu procenu za sud. Ukoliko je izrečena konačna kazna, na raspolaganju je zabrana u trajanju 1-5 godine, a u slučaju novčane kazne ili uslovne osude onda je na raspolaganju zabrana u trajanju 1-3 godine. Za utvrđivanje suda je važno da postoji neka zloupotreba funkcije, dok se vrši ili iz vršenja javne službe ili javne uprave. Ovo nije ograničeno samo na zvanične optužbe za zloupotrebu ovlašćenja, čak ni na dela zvanične korupcije u skladu sa Glavom 34. Sud može slobodno da odredi ovu zabranu ukoliko postoji jednostavno neka komponenta zloupotrebe ovlašćenja ili pomaganja u izvršenju krivičnog dela.

Svako krivično delo sa mogućom kaznom u trajanju od pet godina ili više trebalo bi da uključi period suspenzije u trajanju od najmanje 3 godine bez obzira na konačno trajanje kazne zatvora ili period trajanja uslovne osude. Svako krivično delo koje uključuje zvaničnu korupciju shodno Glavi 34 (Zvanična korupcija i krivična dela protiv službene dužnosti), osuđeno na kaznu zatvora trebalo bi da nosi pet godina zabrane. Generalno, period zabrane trebalo bi da bude srazmeran težini krivičnog dela.

⁸⁹ Član 62 Krivičnog zakonika, stav 2.2

⁹⁰ Član 62 Krivičnog zakonika, stav 2.3

9.1.4 Zabrana obavljanja profesije, aktivnosti ili dužnosti⁹¹

Odredba 2.3 je usmerena na pojedince koji zloupotrebljavaju svoja ovlašćenja kao deo krivičnog dela ili direktno u smislu izvršenja krivičnog dela ograničavajući svoju sposobnost da vrše tu funkciju ili druge dužnosti opisane u članu 66. To nije ograničeno na pozicije javnih vlasti i ne ograničava sud samo na krivična dela u kojima je zloupotreba ovlašćenja formalni element. Sud mora samo pronaći ili odrediti da su zloupotrebljena ovlašćenja u izvršenju krivičnog dela. Period zabrane je 1-5 godina, a period zatvaranja i zdravstvenog institucionalnog nadzora se ne računa u period zabrane.

U odlučivanju da li da ograniči vršenje profesije, aktivnosti ili dužnosti, sud nije ograničen samo da ograniči samo ono što je zloupotrebljeno tokom izvršenja krivičnog dela. Sud takođe može ograničiti pristup ako ima razloga da očekuje da će to biti zloupotrebljeno u budućnosti. Na primer, sud može zabraniti da se učinilac zaposli kao nastavnik kada je položaj zloupotrebljen zarad seksualnog napada na dete. Može takođe da odluči da zabrani učiniocu da nadgleda decu u bilo kom profesionalnom svojstvu pošto ima razloga da veruje da ovlašćenja na ovom položaju mogu uvećati verovatnoću ponovne zloupotrebe vlasti.

Trebalo bi da se izrekne najmanje 4 godine zabrane za seksualne prestupe, dela koja uključuju ranjive žrtve i dela koja uključuju teške povrede. Ako je ovlašćenje bilo neophodno za izvršenje krivičnog dela, period zabrane trebalo bi najmanje da iznosi 3 godine. Generalno, period zabrane trebalo bi da bude srazmeran težini krivičnog dela.

9.1.5 Zabrana upravljanja motornim vozilom⁹²

Stav 2.5 se prvenstveno fokusira na ona dela koja uključuju motorna vozila u situacijama koje ugrožavaju javnu bezbednost. Međutim, nije ograničen samo na dela u kojima je delo izvršeno sa vozilom. Potrebno je samo da bude vezano za izvršenje krivičnog dela tome da je bilo neke vožnje koja je ugrozila javnu bezbednost. Kao i kod većine odredbi, ovo treba da bude u srazmeri sa pretnjom i težinom krivičnog dela. Važan

⁹¹ Član 62 Krivičnog zakonika, stav 2.4

⁹² Član 62 Krivičnog zakonika, stav 2.5

faktor će takođe biti važnost ili neophodnost vozila u izvršenju krivičnog dela. Što je veća njegova uloga u krivičnom delu, utoliko će period zabrane biti duži.

9.1.6 Oduzimanje vozačke dozvole⁹³

Oduzimanje shodno članu 68 je slično po prirodi kao 2.5, međutim, omogućuje oduzimanje ili zabranu u pogledu bilo kog vozila (za razliku od određene marke/modela). Pretnja je ista kao i 2.5 u tome da postoji opasnost za javni saobraćaj. Međutim, sud je ograničen na krivična dela koja uključuju smrt ili tešku telesnu povredu ili ako sud utvrdi da postoji opasnost po javnu bezbednost zbog nemogućnosti vozača da bezbedno upravlja motornim vozilom. Kao i kod 2.5, zabrana će biti srazmerna ozbiljnosti odnosno težini krivičnog dela. Ako dela uključuju smrt ili tešku telesnu povredu i neposredno se odnosi na upravljanje motornim vozilom, period oduzimanja trebalo bi da bude 5 godina.

9.1.7 Konfiskacija⁹⁴

Konfiskacija imovine je obavezna u svim slučajevima za imovinu koja se koristila u izvršenju krivičnog dela i proizlazi iz izvršenja krivičnog dela. Iako je obavezna, moraju se poštovati odgovarajuće procedure u postupku konfiskacije, kako je utvrđeno u ZKP. Imovina koja nije u vlasništvu učinioca može se konfiskovati sve dok ona negativno ne utiče na prava trećih lica da dobiju obeštećenje od učinioca.

Iako su odredbe 2.7 obavezne po prirodi, one se ne mogu izreći bez odgovarajućeg ispoštovanog postupka. Ako je imovina podvrgnuta zapleni ili privremenom oduzimanju odnosno sekvestraciji, sud će morati da se pozove na odredbe ZKP-a prilikom utvrđivanja da li se imovina može legitimno konfiskovati. Ukoliko su svi postupci adekvatno ispoštovani, onda bi odmah trebalo naložiti kompletnu konfiskaciju u vezi sa bilo kojom kaznom.

⁹³ Član 62 Krivičnog zakonika, stav 2.6

⁹⁴ Član 62 Krivičnog zakonika, stav 2.7

Iako imovina koja pripada trećim licima može da bude oduzeta shodno ovoj odredbi pod uslovom da nema štetnog uticaja na prava za njeno vraćanje, generalno nije preporučljivo to učiniti. Posebno ako nije postojala nikakva procedura ili prilika da treća lica budu saslušana ili propisno obavještena. Štaviše, raspoloživo pravo na povraćaj nije dovoljno da garantuje stvarnu mogućnost povraćaja treće strane, posebno ukoliko se veliki deo imovine učionica konfiskuje, a učinilac je zatvoren. Ako sud ima razloga da veruje da postoje pokušaji da se zaštiti ili sakrije strana van ograničenja predviđenih ZKP, ova odredba može biti odgovarajuća. Međutim, ako postoje indicije da je treća strana nevini vlasnik ili ima samo slučajnu vezu sa krivičnim delom, sud bi trebalo da izbegne konfiskaciju, osim ako to nije opravdano.

9.1.8 Naredba da se presuda objavi⁹⁵

Stav 2.8 omogućuje objavljivanje presuda i to je dalje detaljnije opisano pod članom 70. Ovu odredbu trebalo bi primeniti kada je u javnom interesu da presuda bude objavljena na otvoreniji i pristupačniji način u odnosu na tradicionalniji pristup javnim podacima. Ova odredba treba da bude ograničena u upotrebi posebno kada se radi o zabrinutosti u vezi privatnosti ili kada objavljivanje može da otkrije identitet lica koja nisu povezana sa izvršenjem krivičnog dela. Ova odredba može biti naročito korisna kada su uključene javne ličnosti ili postoje veće implikacije za javnu stabilnost.

9.1.9 Proterivanje stranca sa teritorije Republike Kosovo⁹⁶

Odredbe 2.9 su same po sebi razumljive i dozvoljavaju proterivanje stranaca u periodu 1-10 godina. Od suda se traži da uzme u obzir ozbiljnost odnosno težinu krivičnog dela, pobude i vezu učinioca u pogledu određivanju da li da izrekne proterivanje i u kojem vremenskom trajanju.

⁹⁵ Član 62 Krivičnog zakonika, stav 2.8

⁹⁶ Član 62 Krivičnog zakonika, stav 2.9

9.2 Mere obaveznog lečenja

Poglavlje V Krivičnog zakonika predviđa mere obaveznog lečenja. Ove odredbe su ograničene na učinioce koji nemaju krivičnu odgovornost zbog duševnog stanja, znatno smanjene uračunljivosti ili su zavisnici od narkotika ili alkohola. Kao takvi oni su izvan raspona smernica za izricanje kazne. Većina odluka u ovim slučajevima biće činjenični zaključci da učinilac nije krivično odgovoran ili da je patio od takve smanjene uračunljivosti da je lečenje takvog stanja od najveće važnosti i zabrinutosti. Konačno, u slučajevima kada se prema smernicama može primeniti krivična kazna, sud može zameniti neku odredbu kazne sa periodom obaveznog lečenja pod uslovom da je krivično delo učinjeno pod uticajem ili prevashodno zbog upotrebe alkohola ili narkotika.

GLAVA X

PRUŽANJE OBRAZLOŽANJA

Pružanje propisnog obrazloženja konačne kazne je od najveće važnosti. Jasno rasuđivanje i ocena osnovni su zahtevi u sudskim odlukama i važan aspekt prava na pravično suđenje shodno članu 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Kvalitet sudske odluke zavisi uglavnom od kvaliteta njenog obrazloženja. Propisno obrazloženje je imperativna potreba koja se ne sme zanemariti u interesu brzine. Propisno obrazloženje je neophodnost od imperativa koja ne bi trebalo da bude zanemarena u interesu brzine.⁹⁷

Jasno obrazloženje takođe pruža učiniocu odgovarajuće obaveštenje o tome kako je kazna opravdana i omogućava žrtvama i tužiocima da znaju da su njihove zabrinutosti i argumenti uzeti u obzir. Štaviše, odgovarajuće obrazloženje omogućuje sudu koji preispituju odluke suda niže instance uveravanja da su sve odredbe zakona razmatrane adekvatno i neizbežno će smanjiti broj uspešnih žalbi na osnovu neobrazloženja ili nemogućnost suda koji preispituje odluku suda niže instance da odredi osnovanost kazne. Sudija garantuje da su njegove presude jasne i razumljive. On daje razloge za svoju odluku tako da svi uključeni mogu da razumeju logiku na osnovu koje je sudija zasnovao

⁹⁷ Konsultativni savet evropskih sudija (CCJE), Mišljenje br. 11 CCJE upućeno komitetu ministara Saveta Evrope o kvalitetu sudskih odluka, Strazbur (2008), br.35

svoju odluku⁹⁸. Obrazloženje razloga ne samo da olakšava strankama u sporu da lakše razumeju i prihvate odluku, nego je prevashodno zaštita od proizvoljnosti. Prvo, ono obavezuje sudiju da odgovori na podneske stranaka i da precizira tačke koje opravdavaju odluku i čine je zakonitom; drugo, ono omogućuje društvu da razume funkcionisanje pravosudnog sistema.⁹⁹

Primena principa i pristupa opisanih u samim smernicama eliminisaće veliku većinu žalbi. Međutim, izricanje kazne na osnovu smernica nije zamena za odgovarajuće obrazloženje i razmatranje. Nigde ovo nije više kontroverzno i problematično nego u razmatranju otežavajućih/olakšavajućih okolnosti. U cilju racionalizacije procesa razmatranja, Dodatak 2 pruža standardni obrazac koji sud treba da koristi prilikom računanja i obrazloženja kazne.

Obrazac pruža niz linija za svaki mogući otežavajući i olakšavajući faktor. Sud nakon toga jednostavno treba da pruži činjenično obrazloženje odnosno opravdanje za svaki faktor prema potrebi.

Utvrđivanje raspona konačne kazne je jednostavno pitanje utvrđivanja ukupnog pooštavanja kazne u poređenju sa ublažavanjem i da li je došlo do nekih drugih prilagođavanja kazni ublažavanjem kazne. Kada sud konačno odredi odgovarajući raspon on izriče konačnu kaznu negde u tom rasponu. On onda može napraviti konačna prilagođavanja kao što je odlaganje izvršenja kazne ili određivanje alternativnih kazni. Najzad, sud će utvrditi da li se primenjuju dodatne kazne i/ili uslovi za uslovnu osudu.

Pored određivanja konačne kazne na osnovu otežavajućih/olakšavajućih okolnosti i drugih primenljivih odredbi, Dodatak 2 sadrži spisak uslova za uslovnu osudu kao i sve dodatne kazne raspoložive za sve kazne. Ovo bi trebalo da podseti sud na sve dostupne

⁹⁸ Evropska mreža sudskih saveta (ECNJ), Izveštaj o sudskoj etici 2009-2010, Slušanje i komunikacija, str.14.

⁹⁹ Konsultativni savet evropskih sudija (CCJE), Mišljenje br. 11 CCJE upućeno komitetu ministara Saveta Evrope o kvalitetu sudskih odluka, Strazbur (2008), br.35

faktore i podstakne njihovu upotrebu u pružanju smislenih kazni koje će verovatno uslediti.

Pri izradi konačne pisane odluke sud bi trebalo da primeni sledeće sugestije:

- Svaki faktor koji sud utvrdi da postoji mora biti jasno naznačen u presudi - otežavajući i olakšavajući.
- Sud mora pružiti relativno detaljno obrazloženje o činjenicama za koje sud smatra da podržavaju i opravdavaju nalaz faktora.
- Sud bi trebalo da navede ukupnu vrednost dodeljenu svakom od faktora nakon navođenja činjenica u prilog faktoru.
- Sud mora da se pozove na broj svih faktora koji ne postoje i navede da nema činjenica koje idu u prilog faktoru.
- Ako postoje dokazi podneseni u prilog olakšavajućem/otežavajućem faktoru koji sud ne smatra verodostojnim, to treba posebno da navede i da kratko obrazloženje.
- Sud mora jasno da navede da li su faktori jednaki, da ne postoje, da imaju prevagu ili značajnu prevagu po faktoru 3 ili više.
- Konačni raspon mora biti naveden u presudi zajedno sa konačnom kaznom u mesecima.
- Uslovne osude moraju da sadrže specifično obrazloženje zašto sud smatra da je pretnja kaznom dovoljna da spreči učinioca da izvrši drugo krivično delo.
- Ublažavanje kazne koje proističe iz člana 75 mora posebno da uključi odredbe zakonika na koje se sud oslanja prilikom ublažavanja kazne.

Da bi bila visokog kvaliteta, stranke i društvo generalno moraju da vide sudsku odluku kao rezultat pravilne primene zakonskih propisa, pravičnog postupka i propisnog činjeničnog vrednovanja kao i efikasnog izvršenja. Samo tada će stranke biti ubeđene da je njihov predmet propisno razmatran i rešen, a društvo će percipirati odluku kao činioca za obnovu društvene harmonije. Da bi se postigli ti ciljevi, moraju se ispuniti niz uslova.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Konsultativni savet evropskih sudija (CCJE), Mišljenje br. 11 CCJE upućeno komitetu ministara Saveta Evrope o kvalitetu sudskih odluka, Strazbur (2008), br.35

GLAVA XI

ALTERNATIVNE PRAKSE

Iako su alternativne prakse za rešavanje predmeta relativno nove, postale su sve popularnije širom sveta kao načini za očuvanje i prioritizaciju resursa. U nastavku slede opšte smernice koje bi trebalo da usmeravaju način na koji sudovi pristupaju ovim praksama.

11.1 Sporazum o priznanju krivice

Iako sud ima ograničenu mogućnost da bude uključen u stvarna pregovaranja između učinioca i tužioca, on ipak ima konačnu reč o tome da li će sporazum o priznanju krivice biti prihvaćen. Odredbe sporazuma o priznanju krivice generalno su uređene članom 233 Zakonika o krivičnom postupku i odredbama za izricanje kazni Krivičnog zakonika. Postoji nekoliko važnih razmatranja kojih sud mora da se pridržava.

Uglavnom je tužilac taj koji ima mogućnost da ponudi ponudu koja je u okviru ograničenja predviđenih zakonikom. Tužilac može ponuditi, a učinilac prihvatiti bilo koju pravno dostupnu moguću kaznu. To ne znači da tužilac mora da ponudi minimum kad god je to na raspolaganju. Utvrđivanje odgovarajućeg sporazuma o priznanju krivice

je odluka na osnovu rasuđivanja tužioca koja mora da uzme u obzir različite faktore. Činjenica da tužilac nudi određenu ponudu NE ZNAČI da sud MORA da je prihvati i sprovede. Sud je krajnji odredilac da li je sporazum o prihvatanju krivice prihvatljiv, ali bi trebalo da se tužiocu ukaže neko poštovanje prema njihovoj odluci.

Na primer, ako krivično delo ima osnovni raspon kazne u trajanju 3-5 godina, ona se može ublažiti (putem odredaba sporazuma o priznanju krivice iz člana 75, stav 1.3) na novu minimalnu kaznu od 12 meseci shodno članu 76. Član 233 stav 7. ZKP predviđa mogućnost tužiocu da maksimalno ublaži kaznu. Ako se sporazum o priznanju krivice zaključi pre glavnog pretresa, moguća kazna je zapravo 80% od 12 meseci (90% od 12 meseci ako je pretres počeo - Međutim, kao što je prethodno navedeno trebalo bi da postoji jaka sklonost ka tome da se NE ponudi ogromna povlastica za potvrdno izjašnjavanje o krivici ili sporazumu o priznanju krivice postignutim tokom glavnog pretresa). Dalje smanjenje kazne je moguće kada učinilac počne proaktivno da saraduje sa tužilaštvom, kao što je svedočenje svedoka saradnika (60% od minimuma) i učestvovanje u tajnim operacijama, kao i kada je lice svedok saradnik (40% od minimuma). Tužilac mora, u najmanju ruku, da u sporazumu o priznanju krivice uključi sledeće:

- (i) optužbe na koje će se okrivljeni izjasniti krivim;
- (ii) da li se okrivljeni slaže da saraduje;
- (iii) prava kojih se odriče;
- (iv) obeštećenje okrivljenog oštećenog i imovina koja treba da se trajno oduzme.

Iako tužilac ima mogućnost sa sklopi sporazum o priznanju krivice do nivoa koji je predviđen u ZKP-u, to ne znači da je sud u obavezi da ga prihvati. Član 233 objašnjava da bi sud u cilju prihvatanja sporazuma o priznanju krivice morao pozitivno da oceni nekoliko faktora. To uključuje sledeće:

- 18.1 Okrivljeni shvata prirodu i posledice potvrdnog izjašnjavanja o krivici;

18.2 Okrivljeni se dobrovoljno izjasnio krivim nakon dovoljnih konsultacije sa braniocem, ukoliko okrivljeni ima branioca i okrivljeni nije bio prisiljen da se izjasni krivim ili prisiljen na bilo koji drugi način;

18.3 Priznanje krivice je podržano činjenicama i materijalnim dokazima predmeta sadržanim u optužnici, dokaznom građom koju je dostavio tužilac da dopuni optužnicu koju je prihvatio okrivljeni kao i sve druge dokaze, kao što je svedočenje svedoka, koje su pozvali tužilac ili okrivljeni; i

18.4 Ne postoji nijedna okolnost shodno članu 253, stavovi 1 i 2 ovog zakonika.

Neizbežno, primarna zabrinutost za sud biće ponuđena/preporučena kazna tužioca i da li se sud slaže da je prihvatljiva. Proceduralno, zakonik dozvoljava sudu da prihvati priznanje krivice okrivljenog i da na kraju odredi kaznu koja je veća od ponuđene koju je dao tužilac. Ovo se prvenstveno zasniva na zabrinutosti da nakon što sud prihvati potvrdno izjašnjavanje o krivci da može da utvrdi da nema dovoljno faktora da na kraju dođe do kazne koju nudi tužilac ili da postoje činjenice koje značajno menjaju stav suda. Iako ovo dozvoljava sudu maksimalnu fleksibilnost da odredi kaznu koja je opravdana činjenicama, izricanje veće kazne od očekivane će prevashodno uništiti motivaciju za sklapanje sporazuma o priznanju krivice. Pre svega, da okrivljeni prolazi kroz neizvesnost pretresa zbog poznate kazne.

Da bi se ispravio ovaj potencijalni problem, sud mora da odbaci izjašnjavanje na prvom saslušanju o prihvatanju krivice ako postoji bojazan da neće biti u mogućnosti da u dovoljnoj meri opravda dogovorenu kaznu. Sudu je dozvoljeno to učini shodno stavu 18.1 (prethodno navedenom) na osnovu argumenta da učinilac ne razume prirodu i posledice sporazuma o priznanju krivice tj. da će dobiti kaznu koja je veća od one koja je zapravo pregovarana. Ukoliko je sud već prihvatio početni sporazum i saznao činjenice koje neće dozvoliti izricanje dogovorene preporučene kazne, sud može obavestiti okrivljenog i odbiti izjašnjavanje na osnovu toga da okrivljeni više ne razume posledice priznanja krivice.

Ne postoje konkretni zahtevi da li će okrivljenom biti ponuđen raspon kazne ili posebna kazna u zamenu za izjašnjavanje o krivici. Svaka ima svoje dobre strane. Isto tako, ne postoji zahtev da se okrivljeni izjasni krivim za svaku tačku optužbe navedenu u optužnici ako namerava da se izjasni krivim. Sud mora da oceni preporučenu kaznu i optužbe u celosti i utvrdi da li postoje dovoljne činjenice za izricanje tražene kazne. Sud bi uvek trebao da traži od tužilaštva i odbrane da daju obrazloženje u prilog traženoj kazni.

Sudovi se na kraju snažno podstiče da kako bi omogućili pregovore o priznanju krivice i ubrzali sudski proces odbace sporazume o priznanju krivice koji su neodrživi i omogućće radije ponovno pregovaranje nego izricanje kazne van sporazuma o priznanju krivice i dovedu do toga da se stvar rešava na žalbenom nivou.

11.2 Kazneni nalog

Glava 30 Zakonika o krivičnom postupku uvodi mogućnost kaznenog naloga. To dozvoljava tužilaštvu da zatraži podizanje optužnog predloga učiniocu za krivično delo za koje je zaprećena maksimalna kazna zatvora u trajanju do 3 godine. Kazne su u značajnoj meri ograničene na uslove bez pritvaranja, opomene i ograničeno konfiskovanje. Ono što je važno za sud u vezi s tim je to da sporazum o kaznenom nalogu nije obavezan. Sud može odbiti zahtev ukoliko, slično kao i u sporazumima o priznanju krivice veruje da preporučene mere nisu odgovarajuće i/ili se može očekivati drugačija kazna u svetlu činjeničnih saznanja podnetih u optužnici.

Kao i kod svih mogućih ishoda, žrtva bi trebalo da ima priliku da se obrati sudu u pogledu rešavanja pitanja i uticaja koji nalog može da ima na mogućnosti restitucije, itd. Zbog toga, pre prihvatanja kaznenog naloga, sud bi trebalo da zatraži dokaze od tužilaštva da je žrtva kontaktirana i upoznata sa kaznenim nalogom, da joj je pružena mogućnost da sudu dostavi dokaze ili da tužilac nije bio u mogućnosti da stupi u kontakt i koji su naponi učinjeni u pogledu toga.

GLAVA XII

ŽALBENO PREISPITIVANJE

12.1. Diskreciono postupanje Apelacionog suda u preispitivanju izrečene kazne

Kao što je obrazloženo u ovom priručniku, jedan od najvažnijih ciljeva smernica za kaznenu politiku jeste da se smanji nedoslednost u izricanju kazni bez narušavanja diskrecionog prava sudija da se prilagode određenim situacijama. Ukoliko se smernice primenjuju na odgovarajući način, potreba za žalbenim preispitivanjem se značajno smanjuje kao i osnov na osnovu kojih bi sud trebalo da propisno preispita odluku nižeg suda.

12.2 Eliminisanje nedoslednosti

Univerzalna kritika procesa osuđivanja koji ne predviđa žalbeno preispitivanje jeste posledična nedoslednost odnosno disparitet izrečenih kazni u predmetima koji ne izgledaju bitno različiti jedni od drugih. Javnost nejednake kazne izrečene okrivljenim licima osuđenim za isto delo bez nekog vidljivog obrazloženja smatra sudskim hirom i to može dovesti do gubitka poštovanja u sistem pravosuđa. Neosnovana nedoslednost u kaznenoj politici takođe ima tendenciju da spreči rehabilitaciju zatvorenika. Takvi štetni

efekti dispariteta u izricanju kazni imaju tendenciju da onemoguće odvratanje i rehabilitacionu svrhu kazne.¹⁰¹ Stoga, u samoj svojoj suštini, Apelacioni sud ima važan zadatak da eliminiše svaku eventualnu nedoslednost između izrečenih kazni obezbeđujući propisno obrazloženje i smanjujući izgled samovoljnosti.

U zemljama običajnog prava ili anglosaksonskog sistema, odluke viših sudova koji rešavaju pravno pitanje služe kao obavezujući presedan u identičnim sporovima nakon toga. U zemljama kontinentalnog prava, odluke nemaju ovakav efekat, ali mogu ipak pružiti vredne smernice drugim sudijama koji postupaju u sličnim predmetima ili po stvarima u predmetima koji pokreću šire društveno ili ključno pravno pitanje. Zbog toga se u takvim predmetima sa posebnom pažnjom sastavlja izjava o razlozima proisteklim iz detaljne analize pravnog pitanja koje se rešava kako bi se ispunila očekivanja stranaka i društva.¹⁰²

Nedoslednost šteti sigurnosti i jasnosti primenjivosti pravne socijalne kontrole i šteti društvenom poretku. Kada se utvrde jednake kazne, svaka odstupanja od utvrđene kazne bi bila jasna i očigledna i mogla bi da se isprave unutar pravosudnog procesa. U savremenim pravnim sistemima proceduralno rešenje se koristi za rešavanje takvog dispariteta, a obnavljanje jednolikosti je funkcija žalbenih sudova. Stoga, kada se pred Apelacionim sudom nađu dva identična predmeta u kojima su sudovi niže instance izrekli različite kazne, apelacioni sud može rešiti disparitet nakon odlučivanja o tome koje različito mišljenje suda je odgovarajuće ili izricanjem novih identičnih kazni učinocima. Ipak, potpuno identični slučajevi sa identičnim ličnim prilikama i karakteristikama koje nisu lične prirode su veoma retki. Kada nedoslednost između kazni proizlazi iz činjeničnog dispariteta u predmetima, onda se to može društveno opravdati, jer različiti slučajevi zahtevaju da budu različito društveno tretirani. Međutim, kada je nedoslednost u

¹⁰¹ *Dupree Julian Glenn*, Louisiana Law Review, Volume 33/No.4, ABA Minimum Standards for Criminal Justice-A, Appellate Review of Sentencing, str.561

¹⁰² Konsultativni savet evropskih sudija (CCJE), Mišljenje br. 11 CCJE upućeno komitetu ministara Saveta Evrope o kvalitetu sudskih odluka, Strazbur (2008).

izrečenim kaznama ishod različitih sudskih iskustava, različitih pogleda i stavova sudova i slično tome, onda se to shvata kao neispravno i zahteva ispravku.¹⁰³

Sudska odluka mora da ispuni niz uslova u pogledu toga da mogu da se utvrde neki zajedničkih principi bez obzira na specifičnosti svakog pravosudnog sistema i prakse sudova u različitim zemljama. Polazni osnov je da svrha sudske odluke nije samo pružanje strankama u datom sporu pravne sigurnosti, već često i to da se utvrdi sudska praksa koja može sprečiti pojavljivanje drugih sporova i osigurati društvenu harmoniju. Sudije bi uopšteno trebalo dosledno da primenjuju zakon. Međutim, kada sud odluči da odstupi od prethodne sudske prakse, onda bi to trebalo jasno da navede u svojoj odluci. U izuzetnim okolnostima, može biti odgovarajuće da sud precizira da se ovo novo tumačenje primenjuje samo od datuma odluke u pitanju ili od datuma navedenog u takvoj odluci.¹⁰⁴

12.3 Standard ‘primetne greške’

Prema Žalbenom veću MKSJ-a, “*žalba na izrečenu kaznu je žalba u užem smislu (stricto sensu); ona je korektivna po prirodi, a ne suđenje iz početka (de novo). Pretresnim većima su data široka diskreciona prava u određivanju odgovarajuće kazne zbog njihove obaveze da individualizuje kazne da odgovaraju okolnostima optuženog i težini zločina. Žalbeno veće po pravilu, neće zameniti svoju kaznu za onu koju je izreklo pretresno veće, osim ako žalbena strana ne pokaže da je pretresno veće učinilo "primetnu grešku" u vršenju diskrecionog prava ili propustilo da poštuje važeći zakon. Strana koja pobija izrečenu kaznu mora da pokaže kako je pretresno veće izašlo iz svog diskrecionog okvira prilikom izricanja kazne ... Pri tome, žalilac mora dokazati da je pretresno veće: (i) dalo težinu nevažnim ili nebitnim razmatranjima; (ii) nije dalo težinu ili dovoljnu težinu relevantnim razmatranjima; (iii) napravilo jasnu grešku u vezi sa činjenicama na osnovu kojih je izvršavalo svoje diskreciono pravo; ili (iv) donelo odluku koja je bila tako*

¹⁰³ Hallevey, Gabriel. *modern doctrinal sentencing*. Springer Science & Business Media, 2012.

¹⁰⁴ Konsultativni savet evropskih sudija (CCJE), Mišljenje br. 11 CCJE upućeno Komitetu ministara Saveta Evrope o kvalitetu sudskih odluka, Strazbur (2008).

nerazumna ili očigledno nepravedna da žalbeno veće može zaključiti da je pretresno veće nepropisno primenilo svoje diskreciono pravo.¹⁰⁵

Isti princip je upotrebljen i u predmetu Aleksovski i Tadić: " U građanskim pravnim sistemima kao što su Nemačka i Italija relevantni krivični zakoni utvrđuju koje faktore sudija mora uzeti u obzir prilikom izricanja kazne. *Apelacioni sudovi mogu se uplitati u diskreciono pravo suda niže instance ukoliko su njegova razmatranja bila van ovih faktora ili ako je prekršio propisanu minimalnu ili maksimalnu granicu kazne. Žalbeno veće je pratilo ovu opštu praksu. Stoga u tužilac protiv Tadića, Žalbeno veće je zaključilo da ne bi trebalo intervenisati u vršenju diskrecionog prava pretresnog veća u pogledu izrečene kazne, osim ako ne postoji "primetna greška" ... Ta greška se sastojala od davanja nedovoljne težine ozbiljnosti postupanja žalioca i neuspeha da tretira njegov položaj kao komandanta kao otežavajuću karakteristiku u vezi s njegovom odgovornošću prema članu 7 (1) Statuta.*"¹⁰⁶

Kao takav, sud bi trebalo da pokuša da ograniči svoje razmatranje "prikladnosti" kazne na situacije u kojima postoji potreba za definitivnim rešavanjem pitanja i/ ili postoji pogrešna primena odredbi zakona

¹⁰⁵ Predmet br. IT-08-91-A, Presuda Žalbenog veća u predmetu Tužilac protiv Miće Stanišića i Stojana Župljanina, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, (30. jun 2016), stav 1100.

¹⁰⁶ Predmet br. IT-95-14/1-A, Presuda u predmetu Tužilac protiv Zlatka Aleksovskog, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju (24. mart 2000), stavovi 186-187, navodeći Tužilac protiv Tadić, predmet br: IT-94-1-A i IT-94-1-Abis, Presuda po žalbi na kaznu.

DODATAK I
TABELA O ODMEERAVANJU
KAZNE

I.	1	2	3	4	5	6	7	8	9
	Primenljiva kazna	Podobnost za uslovnu osudu	Maksimalno umanjnje kada se primenjuje Član 75	Delimično umanjnje kada se primenjuje Član 75	Faktori koji opravdavaju najviše ublažavanja unutar raspona	Faktori koji ukazuju na veće ublažavanje nego pooštavanje	Polazna kazna u odmeravanje kazne (Otež.=Olakš.)	Faktori koji ukazuju na veće pooštavanje nego ublažavanje	Faktori koji opravdavaju najveće pooštavanje unutar raspona
a.	samo novčana	X			x	x	x	x	x
b.	1,2 do 3 meseca	Da			min. 1 mesec	min. 40 dana	45 dana	max. 2 meseca	max. 3 meseca
c.	1,2 do 6 meseci	Da			min. 1 mesec	min. 2 meseca	3 meseca	max. 5 meseci	max. 6 meseci
d.	1,2 do 1 godine	Da			min. 1 mesec	min. 4 meseca	6 meseci	max. 10 meseci	max. 1 godina
e.	1 do 2 godine	Da			min. 1 mesec	min. 6 meseci	1 godina	max. 1 godinu i 6 meseci	max. 2 godine
f.	1 do 3 godine	Da			min. 1 mesec	min. 8 meseci	1 godina	max. 2 godine	max. 3 godine
g.	1 do 5 godina	Da			min. 1 mesec	min. 1 godina	2 godine	max. 4 godine	max. 5 godina
h.	1 do 7 godina	ako je ublažena			min. 1 godina	min. 2 godine	3 godine	max. 5 godina	max. 7 godina
i.	1 do 8 godina	ako je ublažena			min. 1 godina	min. 3 godine	4 godine	max. 6 godina	max. 8 godina
j.	1 do 10 godina	ako je ublažena			min. 1 godina	min. 4 godine	5 godina	max. 8 godina	max. 10 godina
k.	1 do 15 godina	Ne			min. 1 godina	min. 5 godina	7 godina	max. 12 godina	max. 15 godina
l.	1 do 20 godina	Ne			min. 1 godina	min. 6 godina	10 godina	max. 16 godina	max. 20 godina
m.	1 do 25 godina	Ne			min. 1 godina	min. 7 godina	12 godina	max. 20 godina	max. 25 godina
II.	1	2	3	4	5	6	7	8	9
	Primenljiva kazna	Podobnost za uslovnu osudu	Maksimalno umanjnje kada se primenjuje Član 75	Delimično umanjnje kada se primenjuje Član 75	Faktori koji opravdavaju najviše ublažavanja unutar raspona	Faktori koji ukazuju na veće ublažavanje nego pooštavanje	Polazna kazna u odmeravanje kazne (Otež.=Olakš.)	Faktori koji ukazuju na veće pooštavanje nego ublažavanje	Faktori koji opravdavaju najveće pooštavanje unutar raspona
a.	3 meseca-1 godine	Da		min. 1 mesec	min. 3 meseca	min. 6 meseci	7 meseci	max. 10 meseci	max. 1 godina
b.	3 meseca-3 godine	Da		min. 1 mesec	min. 3 meseca	min. 10 meseci	1 godina i 6 meseci	max. 2 godine	max. 3 godine
c.	3 meseca-5 godina	Da		min. 1 mesec	min. 3 meseca	min. 15 meseci	2 godine i 6 meseci	max. 4 godine	max. 5 godina
d.	6 meseci-1 godine	Da		min. 1 mesec	min. 6 meseci	min. 7 meseci	9 meseci	max. 10 meseci	max. 1 godina
e.	6 meseci-2 godine	Da		min. 1 mesec	min. 6 meseci	min. 10 meseci	1 godina	max. 1 godina i 6 meseci	max. 2 godine
f.	6 meseci-3 godine	Da		min. 1 mesec	min. 6 meseci	min. 1 godinu	1 godina i 6 meseci	max. 2 godine	max. 3 godine
g.	6 meseci-4 godine	Da		min. 1 mesec	min. 6 meseci	min. 15 meseci	2 godine	max. 3 godine	max. 4 godine
h.	6 meseci-5 godina	Da		min. 1 mesec	min. 6 meseci	min. 1 godina i 6 meseci	2 godine i 6 meseci	max. 4 godine+K6	max. 5 godine
i.	6 meseci-8 godina	ako je ublažena	min. 1 mesec	min. 3 meseca	min. 6 meseci	min. 2 godine	4 godine	max. 6 godina	max. 8 godina
j.	6 meseci-10 godina	ako je ublažena	min. 1 mesec	min. 3 meseca	min. 6 meseci	min. 2 godine i 6 meseci	5 godina	max. 8 godina	max. 10 godina

III.	1	2	3	4	5	6	7	8	9
	Primenljiva kazna	Podobnost za uslovnu osudu	Maksimalno umanjnje kada se primenjuje Član 75	Delimično umanjnje kada se primenjuje Član 75	Faktori koji opravdavaju najviše ublažavanja unutar raspona	Faktori koji ukazuju na veće ublažavanje nego pooštavanje	Polazna kazna u odmeravanje kazne (Otež.=Olakš.)	Faktori koji ukazuju na veće pooštavanje nego ublažavanje	Faktori koji opravdavaju najveće pooštavanje unutar raspona
a.	1-2 godine	Da	min. 3 meseca	min. 6 meseci	min. 1 godina	min. 1 godina i 3 meseca	1 godina i 6 meseci	max. 1 godina i 8 meseci	max. 2 godine
b.	1-3 godine	Da	min. 3 meseca	min. 6 meseci	min. 1 godina	min. 1 godina i 6 meseci	2 godine	max. 2 godine i 6 meseci	max. 3 godine
c.	1-4 godine	Da	min. 3 meseca	min. 6 meseci	min. 1 godina	min. 1 godina i 9 meseci	2 godine	max. 3 godine	max. 4 godine
d.	1-5 godina	Da	min. 3 meseca	min. 6 meseci	min. 1 godina	min. 2 godine	3 godine	max. 4 godine	max. 5 godina
e.	1-6 godina	ako je ublažena	min. 3 meseca	min. 6 meseci	min. 1 godina	min. 2 godine i 3 meseca	3 godine	max. 5 godina	max. 6 godina
f.	1-7 godina	ako je ublažena	min. 3 meseca	min. 6 meseci	min. 1 godina	min. 2 godine i 6 meseci	3 godine i 6 meseci	max. 6 godina	max. 7 godina
g.	1-8 godina	ako je ublažena	min. 3 meseca	min. 6 meseci	min. 1 godina	min. 3 godine	4 godine	max. 6 godina	max. 8 godina
h.	1-10 godina	ako je ublažena	min. 3 meseca	min. 6 meseci	min. 1 godina	min. 3 godine	5 godine	max. 8 godina	max. 10 godina
i.	1-12 godina	Ne	min. 3 meseca	min. 6 meseci	min. 1 godina	min. 4 godine	6 godine	max. 10 godina	max. 12 godina
j.	1-15 godina	Ne	min. 3 meseca	min. 6 meseci	min. 1 godina	min. 5 godina	8 godine	max. 12 godina	max. 15 godina
	1	3	4	5	6	7	8	9	10
IV.	Primenljiva kazna	Podobnost za uslovnu osudu	Maksimalno umanjnje kada se primenjuje Član 75	Delimično umanjnje kada se primenjuje Član 75	Faktori koji opravdavaju najviše ublažavanja unutar raspona	Faktori koji ukazuju na veće ublažavanje nego pooštavanje	Polazna kazna u odmeravanje kazne (Otež.=Olakš.)	Faktori koji ukazuju na veće pooštavanje nego ublažavanje	Faktori koji opravdavaju najveće pooštavanje unutar raspona
a.	2-5 godina	Da	min. 6 meseci	min. 1 godina	min. 2 godine	min. 2 godina i 6 meseci	3 godine	max. 4 godine	max. 5 godina
b.	2-7 godina	ako je ublažena	min. 6 meseci	min. 1 godina	min. 2 godine	min. 3 godina	4 godine	max. 6 godina	max. 7 godina
c.	2-8 godina	ako je ublažena	min. 6 meseci	min. 1 godina	min. 2 godine	min. 3 godina i 6 meseci	5 godina	max. 7 godina	max. 8 godina
d.	2-10 godina	ako je ublažena	min. 6 meseci	min. 1 godina	min. 2 godine	min. 4 godine	6 godina	max. 8 godina	max. 10 godina
e.	2-12 godina	Ne	min. 6 meseci	min. 1 godina	min. 2 godine	min. 5 godina	7 godina	max. 10 godina	max. 12 godina
f.	najmanje 2 godine	Ne	min. 6 meseci	min. 1 godina	min. 2 godine	min. 7 godina	12 godina	max. 20 godina	max. 25 godina
	1	2	3	4	5	6	7	8	9
V.	Primenljiva kazna	Podobnost za uslovnu osudu	Maksimalno umanjnje kada se primenjuje Član 75	Delimično umanjnje kada se primenjuje Član 75	Faktori koji opravdavaju najviše ublažavanja unutar raspona	Faktori koji ukazuju na veće ublažavanje nego pooštavanje	Polazna kazna u odmeravanje kazne (Otež.=Olakš.)	Faktori koji ukazuju na veće pooštavanje nego ublažavanje	Faktori koji opravdavaju najveće pooštavanje unutar raspona
a.	3 godine	Da	min. 1 godina	min. 2 godine	3 godine	3 godine	3 godine	3 godine	max. 3 godine
b.	3-5 godina	Da	min. 1 godina	min. 2 godine	min. 3 godine	min. 3 godine i 6 meseci	4 godine	max. 4 godine i 6 meseci	max. 5 godina
c.	3-7 godina	ako je ublažena	min. 1 godinu	min. 2 godine	min. 3 godine	min. 4 godina	5 godina	max. 6 godina	max. 7 godina
d.	3-10 godina	ako je ublažena	min. 1 godina	min. 2 godine	min. 3 godine	min. 4 godine i 6 meseci	6 godina	max. 8 godina	max. 10 godina
e.	3-12 godina	Ne	min. 1 godina	min. 2 godine	min. 3 godine	min. 5 godina	7 godina	max. 10 godina	max. 12 godina
f.	3-15 godina	Ne	min. 1 godina	min. 2 godine	min. 3 godine	min. 6 godina	9 godina	max. 13 godina	max. 15 godina
g.	Ne manje od 3/ najmanje 3godine	Ne	min. 1 godina	min. 2 godine	min. 3 godine	min. 7 godina	13 godina	max. 20 godina	max. 25 godina
h.	najmanje 4 godine	Ne	min. 1 godina	min. 2 godine	min. 4 godine	min. 8 godina	14 godina	max. 21 godina	max. 25 godina

	1	2	3	4	5	6	7	8	9
VI.	Primenljiva kazna	Podobnost za uslovnu osudu	Maksimalno umanj enje kada se primenjuje Član 75	Delimično umanj enje kada se primenjuje Član 75	Faktori koji opravdavaju najviše ublažavanja unutar raspona	Faktori koji ukazuju na veće ublažavanje nego pooštavanje	Polazna kazna u odmeravanje kazne (Otež.=Olakš.)	Faktori koji ukazuju na veće pooštavanje nego ublažavanje	Faktori koji opravdavaju najveće pooštavanje unutar raspona
a.	5-10 godina	ako je ublažena	min. 3 godine	min. 4 godine	min. 5 godina	min. 6 godina	7 godina	max. 9 godina	max. 10 godina
b.	5-12 godina	Ne	min. 3 godine	min. 4 godine	min. 5 godina	min. 7 godina	8 godina	max. 10 godina	max. 12 godina
c.	5-15 godina	Ne	min. 3 godine	min. 4 godine	min. 5 godina	min. 8 godina	10 godina	max. 13 godina	max. 15 godina
d.	5-20 godina	Ne	min. 3 godina	min. 4 godine	min. 5 godina	min. 8 godina	12 godina	max. 17 godina	max. 20 godina
e.	Ne manje od 5/ najmanje 5 godina	Ne	min. 3 godine	min. 4 godine	min. 5 godina	min. 9 godina	15 godina	max. 21 godinu	max. 25 godina
	1	2	3	4	5	6	7	8	9
VII.	Primenljiva kazna	Podobnost za uslovnu osudu	Maksimalno umanj enje kada se primenjuje Član 75	Delimično umanj enje kada se primenjuje Član 75	Faktori koji opravdavaju najviše ublažavanja unutar raspona	Faktori koji ukazuju na veće ublažavanje nego pooštavanje	Polazna kazna u odmeravanje kazne (Otež.=Olakš.)	Faktori koji ukazuju na veće pooštavanje nego ublažavanje	Faktori koji opravdavaju najveće pooštavanje unutar raspona
a.	7-12 godina	Ne	min. 3 godine	min. 5 godina	min. 7 godina	min. 8 godina	9 godina	max. 11 godina	max. 12 godina
b.	7-15 godina	Ne	min. 3 godine	min. 5 godina	min. 7 godina	min. 9 godina	11 godina	max. 13 godina	max. 15 godina
c.	7-20 godina	Ne	min. 3 godine	min. 5 godina	min. 7 godina	min. 10 godina	13 godina	max. 17 godina	max. 20 godina
d.	najmanje 7 godina	Ne	min. 3 godine	min. 5 godina	min. 7 godina	min. 11 godina	15 godina	max. 21 godinu	max. 25 godina
e.	najmanje 8 godina	Ne	min. 3 godine	min. 5 godina	min. 8 godina	min. 12 godina	16 godina	max. 23 godine	max. 25 godina
f.	10 godina	ako je ublažena	min. 5 godina	min. 8 godina	10 godina	10 godina	10 godina	10 godina	max. 10 godina
g.	10-20 godina	Ne	min. 5 godina	min. 8 godina	min. 10 godina	min. 12 godina	15 godina	max. 18 godina	max. 20 godina
h.	Ne manje od 10/ najmanje 10godina	Ne	min. 5 godina	min. 8 godina	min. 10 godina	min. 13 godina	17 godina	max. 22 godine	max. 25 godina
i.	15 godina	Ne	min. 5 godina	min. 10 godina	15 godina	15 godina	15 godina	15 godina	max. 15 godina
j.	Ne manje od 15/ najmanje 15godina	Ne	min. 5 godina	min. 10 godina	min. 15 godina	min. 17 godina	20 godina	max. 23 godine	max. 25 godina
k.	najmanje 20 godina	Ne	min.5 godina	min.13 godina	min. 20 godina	min.21 godinu	22 godina	max. 24 godine	max. 25 godina

¹ Novčana kazna se može zameniti celom kaznom.

² Dostupna je sudska opomena

