

ОДМЕРУВАЊЕ НА КАЗНАТА ВО ГЕРМАНСКОТО ПРАВО

1.02 Прегледна научна статија
УДК: 343.242:340.13(430)

Апстракт

Одмерувањето на казната која во конкретниот случај треба да биде изречена има огромно значење како за обвинетиот, така и за судијата. Во германскиот кривичен процес основа за одмерување на казната е индивидуалната вина на сторителот; секоја казна мора да биде во правичен сооднос со тежината на кривиното дело и со деликтот на сторителот. Ова може да се обезбеди само ако судијата во рамките на законски утврдената казнена рамка има слобода грижливо да ги процени сите отежнителни и олеснителни казнени околности и да ги земе предвид и одмери доказите. Германското кривично право во целост го зема предвид овој принцип. Упатства во смисла на sentencing guidelines или пак постоење на некаков систем на бодирање, на германското право му се сосема туѓи. Тие не би можеле да бидат ни во согласност со улогата што ја има судијата, во секој поединечен случај да одлучува одговорно и со најголема можна праведност. Истотака со улогата на судијата не можат да се поврзат ни спогодбите меѓу учесниците во процесот во врска со казната која во конкретниот случај треба да биде изречена. Поради тоа во германското кривично процесно право ваквите спогодби се дозволени само како исклучок и во многу ограничена и мошне општа форма.

Клучни зборови: одмерување на казна, казна, кривична постапка.

I. Вовед

Одмерувањето на казната или со други зборови одмерувањето на казната која во еден конкретен случај треба да биде изречена против обвинетото лице, претставува една од клучните елементи на кривичната постапка.

За обвинетото лице ова е најзначајниот дел од кривичната пресуда. Тоа особено е случај кога прашањето за кривично-правната пресуда сама по себе е без секаков сомнеж, како на пример во случај на признание или кога постојат јасни докази на товар на обвинетиот. Бидејќи германскиот Кривичен законик, особено кога станува збор за казната лишување од слобода, по правило му овозможува на судијата многу широка рамка од казни, која кај најголемиот број деликти предвидува далекусежни можности за изречување на куса затворска казна и условна затворска казна па сè до изречување на повеќегодишна затворска казна, затоа прашањето каква ќе биде конкретната казна сè до моментот на објавувањето на пресудата за обвинетиот претставува мачна неизвесност. Дури кога ќе се објави казнената мерка и кога судот ќе ја образложи изречената казна, тогаш за обвинетото лице ќе заврши неизвесноста.

Одмерувањето на казната исто така е од посебна важност и за судијата. Централен аспект притоа секако е особено големата одговорност која мора да ја понесе судијата. Особено казните затвор неретко ја уништуваат иднината на

¹ Судија при Вишиот покраински суд Хам.

обвинетиот, неговото семејство како и неговата професионална кариера. Затоа надлежноста на судијата да казнува други лица претставува една мошне невообичаена позиција на моќ, која мора да се применува единствено со подеднако невообичаено чувство на одговорност. Затоа одмерувањето на казната мора биде извршувана со највисок степен на грижливост и да биде образложена. Покрај тоа конкретното одмерување на казната и нејзиното образложение за судијата е од значење бидејќи казната се преиспитува од страна на следната повисока инстанца – секако со почитување на забраната *reformatio in peius* – и во случај на ревизија судот надлежен за правниот лек мора целосно да ја преиспита казната во однос на тоа дали постојат некакви правни грешки, па и поради тоа при конкретното одмерување на казната треба да бидат исполнети особено големи барања и во однос на нејзиното образложение во писмената пресуда.

Поради тоа може да се констатира дека одмерувањето на казната претставува еден мошне битен, а можеби и најбитен дел на секоја кривична постапка која завршува со казнена пресуда.

III. Значењето на казната и причините за казнување

Кога се говори за одмерување на казната мора да се размислува и за значењето на казната и за причините на казнувањето. Според правната практика на Сојузниот уставен суд, казната во Германија се смета за „санкционирачка реакција од страна на државната власт“ која се надоврзува на социјално-етичката пресуда. Почнувајќи од првобитното стојалиште дека казната во основа има функција да изврши одмазда, Сојузниот уставен суд на Германија се движеше сè повеќе во насока на прифаќањето на социјално-етичката улога на пресудата при што Сојузниот уставен суд сè повеќе ја зема предвид и ресоцијализирачката функција на казната.

Без да навлегуваме во мноштвото теории и размислувања што постојат во овој контекст, можат да се дефинираат следните цели на постоењето и изречувањето казна:

1. Општа генерална превенција:

Тука од една страна се подразбира дека се потврдува постоењето на нормативното право и вербата во нејзината спроводливост и дека се зајакнува вербата во правото кај народот (т.н. „позитивна генерална превенција“). Покрај тоа преку пресудата со која се казнува сторениот неетички деликт, треба да се заплашат не само сторителот, туку едновременно и сите други лица за да не сторат други слични деликти (т.н. „негативна генерална превенција“).

2. Ресоцијализација:

Под овој поим се подразбира пренесување способност и волја за одговорно водење на животот, за да се надминат социјалните тешкотии во прилагодувањето кои се поврзани со деликтот. Изречената казна треба во рамките на порамнувањето на вината на сторителот да му овозможи конструктивно да се справува со неправедноста на сторениот деликт. При тоа во суштина станува збор за „подобрување“ на сторителот со цел превенција односно спречување на натамошни кривични дела од страна на тој сторител.

Покрај овие цели на казната други размислувања во овој контекст какви што се одмаздата за сторената неправда или заштитата на општествената заедница во германското право начелно не играат улога. Евентуално во исклучителни случаи, на пр. кога постои барање за лишување од слобода според § 66 Кривичниот законик може да има особено значење заштитата на општествената заедница.

IV. Правните основи на одмерувањето казна

Германскиот Кривичен законик содржи само мал број прописи, кои се однесуваат на тоа како една конкретна казна треба да се одмери. Појдовна точка притоа е § 46 од Кривичниот законик („Начела за одмерување на казната “), кој гласи на следниот начин:

(1) Вината на сторителот претставува основа за одмерување на казната. Треба да се земат предвид последиците од казната кои може да се очекуваат, а се однесуваат на идниот живот на сторителот во општеството.

(2) При одмерување на казната судот ги проценува околностите, кои говорат во прилог и на штета на сторителот. Во овој контекст пред сè се зема предвид следното:

мотивите и целите на сторителот, особено расистичките, ксенофобичните или други ставови насочени против одредена група, потоа ставивите што произлегуваат од делото и волјата која била потребна за делото, обемот на прекршеното право, начинот на извршување и последиците од делото, претходниот живот на сторителот, неговите лични и економски односи како и неговото однесување по извршување на делото, особено неговите напори да ја поправи штетата, како и напорот на сторителот да постигне спогодба со повредената страна.

(3) Не смеат да се земат предвид околностите што се карактеристики на законски утврдената фактичка состојба.

Ова претставува клучна одредба при одмерувањето на конкретната казна во германското кривично право, која – накусо формулирана – ги содржи клучните размислувања, кои треба да ги почитува судијата во кривичниот суд.

Одлучувачки за разбирање на одмерувањето казна притоа е околноста дека основа за одмерување на казната е „вината на сторителот“. Тоа конкретно значи дека казната треба да се одмери во секој поединечен случај индивидуално. Не само што секој случај е различен, туку и секој сторител и неговите мотиви се разликуваат, така што сами по себе се забранети секакви генерализирачки или паушални решенија. Својата уставно-правна основа овој централен принцип на вина поради која се казнува, ја наоѓа во член 1 од Уставот, според кој достоинството на човекот е неприкосновено. Принципот на вина подразбира дека секоја казна мора да се наоѓа во праведен однос кон тежината на кривичното дело и со деликтот на сторителот и дека изречената казна не смее да ја надмине вината на сторителот.

Во контекст на ова уставно-правно начело непосредно станува јасно дека правилата за одмерување на казната (*sentencing guidelines*), кои на судијата во поединечниот случај треба да му дадат упатство или некаков обврзувачки систем на бодирање при одмерување на конкретната казна, му се непознати на германското право односно на тоа како во Германија се разбира правото, бидејќи конкретното одмерување на казната се опира на секаква математичка закономерност. Ваквите правила за одмерување на казната би биле неспоивни со сликата на независниот, самостојно одговорен судија кој одлучува во секој поединечен случај со најголема мунициозност. Напротив, тие суптилно би го нарушиле авторитетот на судијата, на тој начин што неговата функција би ја свеле на некаков автомат кој работи преку базата на податоци со кои бил претходно наполнет.

Ако законот говори за „вината на сторителот“ како основа за одмерување на казната, тогаш под тоа треба да се подразбере индивидуалниот обем на обвинение за конкретното дело кое го извршил сторителот. Овој обем на вина во прв ред зависи од тешината на индивидуалниот деликт, т. е. не станува збор за тежината на деликтот од гледна точка на некоја „објективна трета страна“, туку за тежината на деликтот од гледна точка на личната ситуација на сторителот. Ваквата проценка секако само тогаш е можна, кога личните односи на сторителот, значи неговата семејна, економска, професионална др. ситуација ќе бидат подложени на темелна проценка. Доколку не се направи иследување на личните односи на сторителот или доколку судијата нив не ги земе предвид, тогаш одмерувањето на казната ќе биде незадоволително.

Со други зборови задача на судијата е врз основа на сèвкупниот впечаток со кој се стекнал во текот на главната расправа, а се однесува на деликтот и личноста на сторителот, да ги утврди и грижливо меѓусебно да ги одмери главните олеснителни и отежнувачки околности. На кои околности тој ќе им даде одредена тежина зависи потоа најмногу од неговата проценка. И тука не постојат некакви насоки или систем на бодирање на сторителот, зашто секое шематизирано согледување би било во колизија со казната која е соодветна на вината.

Ова впрочем не важи само за поединечни, туку и за повеќе сторители односно сочесници. Казната за секој соучесник, учесник или лице кое зело учество во некој комплекс кривични дела начелно треба да се утврди индивидуално според обемот на соодветната лична вина. При одмерување на казната треба секако да се земе предвид и аспектот дека изречените казни за соучесниците треба да се во праведен однос еден наспрема друг. Ова не го ослободува судијата од одговорноста да ја утврди казната за секој соучесник поаѓајќи од самиот деликт.

V. Начин на постапување при одмерување на казната

При одмерување на конкретната казна судијата треба да се придржува на одреден редослед во постапките.

1. Утврдување на казнената рамка

Како прво треба да се утврди казнената рамка, во рамките на која треба да се одреди конкретната казна. Таа произлегува од кривичната фактичка состојба

предизвикана од обвинетиот. Во прв ред станува збор за Кривичниот законик, но прописи во врска со кривични дела се наоѓаат и во многу други закони, на пр. Законот за оружје или Законот за наркотични средства.

Доколку сторителот со кривичното дело или со кривичните дела повредил повеќе кривични закони, тогаш зависи дали тие меѓусебно се наоѓаат во однос со едно или со повеќе дела. Ако има едно дело тогаш казната се утврдува според законот дека се изрекува најтешката казна (§ 52 став 2 Кривичен законик). Ако има повеќе дела тогаш според § 53 од Кривичниот законик за секое кривично дело се утврдува поединечна казна, при што поединечните казни во тој случај според § 54 од Кривичниот законик се собираат во една вкупна казна. Во овој контекст е битно дека вкупната казна мора да биде поголема од најголемата поединечна казна, но не смее да го достигне збирот на поединечните казни. Коректната примена на оваа проценка од страна на судијата изискува и при вкупното утврдување на казната – повторено – одмерување на сите проценки на казната за и против обвинетиот.

Во **кривичното право за возрасни лица** најчесто изречените кривичноправни санкции се паричната и затворската казна. Во **правото за млади лица** санкциите се регулирани малку поинаку. Бидејќи тука во преден план е воспитната мерка, законот за млади лица ги предвидува како санкции воспитните мерки (утврдување активности и прифаќање помош при воспитување), дисциплински мерки (опомени, доделување задачи, затворање во казнено-поправни домови за млади), а дури потоа казните за младите лица.

А. Парични казни

Паричната казна се одмерува според една дневница. Рамката која за таа цел му стои на располагање на судијата е секогаш иста, таа изнесува најмалку пет до најмногу 360 цели дневници (§ 40 став 1 од Кривичниот законик). Висината на дневницата ја утврдува судијата земајќи ги предвид личните и економските односи на обвинетиот (§ 40 став 2 од Кривичниот законик). Притоа тој поаѓа од нето-приходот за еден ден, што обвинетиот во просек го има или би го имал. Дневницата се утврдува на минимум три, а максимум 30.000 EUR. Приходите на сторителот, неговиот имот и другите основи за утврдување на дневницата можат да се проценат (§ 40 став 3 од Кривичниот законик).

Б. Затворска казна

За одмерувањето на затворската казна речиси без исклучок законот предвидува една рамка, на пр. „затворска казна од шест месеци до пет години“ или „затворска казна не помала од една година“. Исклучок од начелото според кое законот нуди казнена рамка, има само кај доживотната затворска казна, која е предвидена за најголемите злосторства како што е убиството. Вообичаено законот дава одредена рамка. Што таа во поединечниот случај ќе значи произлегува од § 38 од Кривичниот законик:

(1) Затворската казна е временски ограничена, доколку според законот не е

предвидена доживотна затворска казна.

(2) Највисоката временски ограничена затворска казнена мерка изнесува 15 години, најкусата е еден месец.

Доколку законот на пример како санкција предвидува „затворска казна не помала од една година“, во контекст на § 38 од Кривичниот законик станува јасно дека е отворена казнена рамка од една година до петнаесет години. И тогаш кога како минимална казнена мерка законот предвидува еден месец, затворската казна помала од шест месеци според § 47 од Кривичниот законик смее да се изрече само тогаш, кога настанале посебни околности поврзани со делото и личноста на сторителот, кои не дозволуваат да се изрече затворска казна за да се влијае на сторителот или заради зачувување на правниот поредок.

Сепак судијата не треба да се задоволи само со постоењето на **редовна казнена рамка**. Во бројни ситуации законот предвидува, всушност, исклучоци од редовната казнена рамка, кои мораат грижливо да се испитаат во секој поединечен случај одделно.

Ова најпрво важи за така наречените **особено тешки** случаи. За кражба законот предвидува во § 242 од Кривичниот законик казна затвор до пет години или парична казна. Меѓутоа, ако станува збор за особено тежок случај на кражба според § 243 од Кривичниот законик, во тој случај е предвидена казнена рамка со казна затвор во времетраење од три месеци до десет години. Според соодветната законска одредба по правило станува збор за одобено тежок случај тогаш кога сторителот насилно влегува во некој објект и прави стопанска кражба. Слично е на пример и при казнувањето на измамата. По правило измамата е регулирана според § 263 став 1 од Кривичниот законик и се казнува со затворска казна до пет години или со парична казна. Во посебно тешките случаи, казната се утврдува според § 263 став 3 од Кривичниот законик и тоа со затворска казна во времетраење од шест месеци до десет години. И во овој случај законот дефинира т.н. редовни случаи, а за посебно тежок случај се говори меѓу другото кога сторителот прави стопанска измама или кога делува како член на некоја банда или пак причинува загуба на имот од големи размери.

Покрај особено тешките случаи, законот предвидува постоење и на т.н. **помалку тешки** случаи, каде казнената рамка се намалува. Ваков помалку тежок случај може да произлезе од одредени законски регулативи. Редовната казнена рамка за убиство според § 212 од Кривичниот законик предвидува казна затвор не помала од пет години. Меѓутоа, доколку оној кој убил „без сопствена вина поради тоа што врз него или на некоја негова блиска личност бил извршено злоставување или поради тешок облик на навреда од страна на убиеното лице бил поттикнат неговиот гнев и поради тоа во афект го извршил делото или ако има други помалку тешки случаи“, тогаш според § 213 од Кривичниот законик се предвидува затворска казна од една година до десет години. Во овие случаи судијата треба да испита дали се исполени посебните услови за да стане збор за помалку тежок случај или „дали станува збор некој друг помалку тежок случај“. За последново испитување потребно е вкупно проценување на сите околности за одмерување на казната кои говорат во прилог или на штета на обвинетиот, при што за да се говори за помалку тежок случај

треба во значителна мера да доминираат олеснителните фактори во прилог на обвинетиот.

Покрај тоа постојат и т.н. типизирани олеснителни причини. Станува збор особено за казнување поради обид (§ 13 став 2 од Кривичниот законик) и поради давање помош (§ 27 став 2 од Кривичниот законик), но станува збор и за случаи на порамнување меѓу сторителот и жртвата (§ 46а од Кривичниот законик) или за помошта при разјаснување или спречување на тешките кривични дела (§ 46б од Кривичниот законик). И во случај на намалена способност за вина може според § 21 од Кривичниот законик казната да биде ублажена. Намалувањето на казната притоа зависно од законските одредби може да биде или задолжителна или факултативна. Доколку се прифати, тогаш треба да се спроведе поместување на казнената рамка согласно одредбата од § 49 од Кривичниот законик, при што се поместува како долната така и највисоката граница од казнената рамка според одредени методи на пресметување.

Испитувањето на тоа дали постои поместување на казнената рамка, во поединечни случаи може да биде компликувано и да изискува далекусежни размислувања. За да се одговори на прашањето дали постои помалку тежок случај најпрво треба да се испитаат општите олеснителни причини. Доколку од тоа произлезе јасно доминирање на олеснителните казнени причини, поради самата таа околност може да се говори за постоење на помалку тежок случај, при што казнената рамка која поради тоа била намалена според § 49 од Кривичниот законик може уште повеќе да биде намалена, ако дополнително постои причина за типизирано олеснување на казната.

Според горе кажаното станува јасно дека судијата мора да пристапи исклучително темелно при утврдување на казнената рамка. Секоја грешка при утврдување на казнената рамка што ќе доведе до претпоставката за несоодветна казнена рамка, неминовно има како последица погрешно определување на казната.

2. Утврдување на казната во рамките на казнената рамка

Кога кривичниот судија ќе ја утврди казнената рамка, тој потоа мора во рамките на таа рамка да ја утврди индивидуалната казна.

Ориентација во овој контекст претставува веќе споменатата одредба од § 46 став 2 стр. 1 од Кривичниот законик. Според оваа одредба при одмерување на казната судијата треба да ги одмери околностите кои говорат во прилог или на штета на обвинетиот. Битно е реченицата *in dubio pro reo* неограничено да важи и при одмерувањето на казната, значи недозволиво е вреднување кое ќе биде на штета на обвинетиот само поради индиции кои се темелат на претпоставки.

Според постоечката правна практика на Сојузниот врховен суд, проценката на околностите за одмерување на казната треба да биде дотолку потемелна, колку што повеќе казната која се смета за соодветна се приближува до долната или до горната граница од постоечката казнена рамка.

Поодделно може да се разликуваат следните критериуми според законски

наведените факти за одмерување:

- Мотиви и цели на делото на сторителот:

Делата кои почиваат врз неповолна диспозиција, како што е закостенчено десно ориентирано непријателско или рамнодушно однесување, треба да се разликуваат од спонтаните дејствија што произлегуваат од самата ситуација. Како заострувачки можат да бидат проценети мотивите какви што се на пр. лакомост, грубо користоилјубие, неморални намери или груби егоистични мотиви. Како олеснителни мотиви во однос на казнувањето може да се сметаат позитивните или разбирливите мотиви, како на пр. ситуација во случај на некоја неволја, неповолни економски односи или болести на зависност.

- Карактеристики на личноста на сторителот:

Со карактеристиките на личноста, кои говорат од самото дело, не се подразбираат општите карактеристики на личноста на сторителот, туку „карактеристиките на личноста во моментот на кривиното дело“, значи состојбата во која се наоѓа сторителот, онака како таа се манифестира во мигот на извршување на кривичното дело. Заострувачки околности при проценувањето би биле на пр. грубост, злонамерност, несовесност, грозоморност или бескруполозност. Освен тоа во одмерувањето на казната улога игра и волјата на сторителот во моментот на извршување на делото. Тука спаѓаат на пр. грижливото планирање на делото, упорноста со која било извршено делото, ако постои долг период на извршување на делото или маскирањето како израз на криминогената енергија.

- Обем на прекршување на обврските:

Ова е битно во прв ред во случај на дела без предумисла, особено при свесност без предумисла.

- Начин на извршување на делото:

Под начин на извршување на делото се подразбираат придружните елементи на делото или неговите карактеристики. Тука спаѓаат на пр. модалитетите на дејствието како што се местото, времето, траењето и користените средства. Доколку постојат повеќе елементи кои го сочинуваат кривичното дело, тоа вообичаено се смета како фактор за заострување при одмерувањето на казната. Исто така и заострувачки фактор и израз на криминогена енергија е и планираното намалување на ризикот на извршувањето. Наспроти тоа доколку станува збор за исклучително дилетантистичко извршување на делото, тоа по правило се смета за околност што ќе ја ублажи казната, зашто претставува израз на помала криминогена енергија.

- Последици на делото:

Последиците на делото врз жртвата од кривичното дело или врз трети лица можат да се сметаат како околности за зголемување на казната на сторителот доколку тие последици произлегле од него, т.е. ако според видот и тежината начелно можеле да се предвидат и произлегле од него. Тоа се однесува како на непосредните последици од делото, така и на пример на тежината на предизвиканите повреди или висината на штетата на имотот, како и, барем начелно гледано, на последиците вон самата фактичка состојба, барем кога станува збор за редовни последици од делото и кога тие се заштитени со нормата која била повредена. Меѓутоа, последиците од делото можат да се сметаат за заострувачки околности доколку за сторителот биле предвидливи во моментот на извршувањето на делото. Исто така и последиците од

делото врз трети лица можат да се земат предвид, при што впрочем треба да се внимава на заштитувачкиот аспект. На пр. кога станува збор за деликтот – убиство, како заострувачка околност може да се смета доколку сторителот им ја одзел мајката на малите деца. Меѓутоа, треба да се земат предвид и последиците од делото врз самиот сторител. Тука спаѓаат на пр. тешките повреди на сторителот. Исто така и стопанските, социјалните и психичките последици во одредени случаи можат да се сметаат како околности за ублажување на казната. Во исклучителни случаи судот според § 60 од Кривичниот законик може дури и да не изрече казна, доколку последиците од делото кои го засегнале сторителот, се толку тешки што очигледно би било погрешно изречување некаква казна. Но, ова не важи ако сторителот со делото предизвикал казна затвор во времетраење од повеќе од една година.

- Претходен живот на сторителот:

Претходниот живот на сторителот треба да се земе предвид во прилог или на штета на сторителот при одмерување на казната и тоа зависно од околностите. Утврдувањето на претходниот живот и личните односи на обвинетиот се неопходни и тогаш кога обвинетиот нема самиот да се изјасни во таа смисла. Во овој случај треба да се земе предвид на пр. прашањето дали обвинетиот претходно бил казнуван. Натаму битен е и начинот на кој тој го води својот живот, но само тогаш кога тоа е во некаков однос со делото и ако дозволува од тоа да се изведат заклучоци за неговата вина која произлегува од кривичното дело. Многу голем фактор за заострување на казната е кога сторителот претходно бил казнуван за слични кривични дела.

- Лични односи на сторителот:

Личните односи на сторителот се сите околности кои го определуваат неговиот живот и се поврзани со лица и животни состојби. При одмерување на казната тие треба да се проценуваат независно од можните последици врз самото дело. Во овој контекст улога играат: возраста, семејните односи, здравствената состојба (ако има тешко заболување со следствено мал очекуван животен век на сторителот, тоа е олеснителна околност при одмерувањето казна) или зголемување на заболувањето поради затворот.

- Статусот на странец:

Да се биде странец само по себе не значи дека е оправдано поостро казнување, но и од статусот азилант не произлегува некоја поголема обврска да не се прават кривични дела. Меѓутоа, како околност за зголемување на казната може да се земе предвид дека сторителот дошол и побарал азил во Сојузна Република Германија само заради правење кривични дела. Погрешно би било во овој случај да се заостри казната поради тоа што кривичното дело во татковината на странецот би било построго санкционирано. При подолг престој во земјата може на странецот да му се упати и забелешката дека не се запознал со правните норми на земјата каде престојува. Може да се смета како олеснителна околност ако поради туѓите вредносни претстави и туѓите ставови за тоа што е неправда, дека тие му отежнуваат на сторителот да ги следи нормите. Статусот странец сам по себе не е објаснување за поголемата чувствителност од затворање. Тоа е само тогаш поинаку кога постојат посебни околности кои потоа треба подетално да се објаснат. Тука спаѓаат пред сè проблемите во меѓусебното разбирање, поинаквите животни навики или отежнатите семејни контакти. Не е причина за олеснување на казната што странецот поради кривичното дело ќе го изгуби правото на престој.

- Професија на сторителот:

Вообичаено професијата на сторителот не игра некоја улога. Поинаку е ако токму поради професијата за сторителот во поглед на повреденото право произлегуваат зголемени обврски и ако помеѓу професионалните обврски и кривичното дело постои некоја внатрешна поврзаност (војници, лекари).

- Економска состојба на сторителот:

Економската состојба на сторителот во моментот на деликтот може да игра улога во однос на прашањето дали казната треба да биде поблага или построга (види погоре). Освен тоа економските односи на сторителот во моментот да пресудата играат битна улога при одмерувањето на паричната казна.

- Однесување по извршувањето на делото:

Однесувањето на сторителот по извршувањето на делото се користи како критериум за одмерување на казната доколку оттаму можат да се изведат заклучоци за ставот на сторителот во однос на делото или за степенот на направената повреда. Во овој контекст би можело да се наведат на пр. напорите на сторителот да ја поправи штетата. Оваа околност најде свој израз во самиот закон и тоа во одредбата што дополнително беше додадена во § 46 а од Кривичниот законик. Имено за еден ваков случај во Кривичниот законик е додадена можноста за ублажување на казната. Секако во последователното однесување спаѓаат и покајанието како и во случај на сторител-зависник од дрога и неговата спремност да се подложи на терапија. Меѓутоа, сторителот не може да се товари и ако по делото се обиде да го избегне кривичното прогонување. Ова би му противречело на начелото дека никој не може самиот да се товари. И однесувањето на сторителот во текот на кривичниот процес има значење. Ова особено важи за олеснителните околности при давање признание, при што во поединечен случај треба да се испита која е тежината на тоа признание. Изнесувањето факти кои и онака се познати секако ќе има многу помала тежина отколку сепфатното признание на едно дело, кое не можело да биде разјаснето. Недавањето на признание секако не смее да се смета за фактор што ќе ја зголеми казната. Исто така и дозволеното однесување при одбраната не смее да му се стави на товар на обвинетиот. Поинаку е доколку тој при однесувањето додека се брани искаже радикален став. Тоа би било на пр. случајот кога станува збор за заплашување на сведоци, поттикнување за давање погрешна изјава или намерно јасно обвинување на невини трети лица.

- Личност и животни околности на жртвата:

Од значење за одмерување на казната секако можат да бидат и личноста и конкретните животни околности на жртвата. Ако на пр. жртвата на измама е без средства за живот или ако жртвата на телесната повреда е беспомошно лице, ова секако може да се сметаат за фактори за заострување на казната. Наспроти тоа ако на пр. постои особена лекоумност на жртвата, тоа може да се смета за околност за ублажување на казната. Исто така ублажувачки е и факторот ако жртвата или трето лице исто така имаат одредена вина исто како и ако соучествувало на пр. со провокација.

- Долго траење на постапката:

Посебно долготраењето на постапката како и негативните последици врз обвинетиот може да се сметаат за околност за намалување на казната. Ова важи и ако поминало долго време откако било сторено кривичното дело. Ова особено важи во случај на противправно одложување на постапката, што претставува повреда

според член 6 став 1 од Европската конвенција за човекови права. Во ваков случај судијата мора најнапред да ја одреди казната, а потоа да утврди, кој дел од таа казна може да се смета дека веќе е извршен.

- **Притвор:**

Периодот на притвор по правило се смета за олеснителна околност во однос на казната иако за ова во основа нема причина ако притворот регуларно бил наложен. Сепак во практиката притворот се смета за околност за ублажување на казната.

- **Дополнителни казни и други последици:**

Дополнителните казни и другите придружни последици од делото како што се на пр. забраната за вршење на професијата, загубата на возачката дозвола или слично можат да се земат предвид. Треба да се утврди целокупниот товар што ќе го понесе сторителот, кој произлегува од мерките што биле донесени против него.

Вака утврдените сознанија за одмерување на казната потоа треба да се проценат и да се одмери нивното значење и нивната тежина. Уште еднаш да потенцираме: овој процес на одмерување се разликува од секако шематизирање и секоја математика. Станува збор за слободна проценка од страна на судијата во која се вклучуваат сите сознанија за одмерување на казната зависно од индивидуалната тежина. Ова може да значи дека при површно набљудување казната се разликува од други на прв поглед „слични“ случаи. Најчесто ваквата забелешка не е оправдана бидејќи при подетална анализа ќе се утврди дека сепак не се слични случаи. Затоа германскиот законодавец во интерес на што е можно поголем степен на индивидуална праведност од добри причини се одлучил за овој пат на одмерувањето на казната. Всушност, единственоста на правната практика во однос на одмерувањето на казната преку правните средства што му стојат на располагање како на јавниот обвинител, така и на обвинетиот е добро заштитена преку апелацијата и ревизијата.

Во писмената пресуда треба да бидат претставени и темелно образложени клучните размислувања во врска со одмерувањето на казната.

3. Условна казна

Не мора да биде извршена секоја казна затвор. Постои можност извршувањето на казната затвор во траење од не повеќе од две години да се замени со условна казна, што претставува можност која често се користи во практиката - а можеби и премногу често.

Условите што треба да бидат исполнети за неизвршување на затворската казна според законот се затворски казни во траење не повеќе од една година и затворски казни во траење повеќе од една година до две години.

При пресуда со затворска казна во траење не повеќе од една година според § 56 став 1 од Кривичниот законик, судот предвидува неизвршување на затворската казна доколку може да се очекува дека на осуденикот самата пресуда му послужила како предупредување и дека во иднина и без извршувањето на казната нема повеќе да врши кривични дела. Тука пред сè треба да се земат предвид личноста на осуденикот, околностите на извршеното дело, неговото однесување по извршување

на делото, неговите животни околности како и влијанието кое може да се очекува ако не се изврши затворската казна. Значи во однос на прашањето дали затворската казна во траење од не повеќе од една година треба да се замени со условна казна, тука станува збор за прогноза, односно поглед кон иднината каде, како што произлегува од текстот на § 56 став 1 од Кривичниот законик, треба повторно да се согледаат сите проценки во однос на одмерувањето на казната.

Според § 56 став 2 од Кривичниот законик доколку се исполнети условите од § 56 став 1 од Кривичниот законик, значи со поволна прогноза во иднината, судот може да ја замени и повисоката затворска казна која изнесува не повеќе од две години со условна казна, доколку „по вкупната проценка на делото и личноста на осуденикот постојат посебни околности“. Оттука најпрво произлегува дека највисоката граница на затворската казна која може да се замени со условна казна изнесува две години; ако затворската казна надминува две години тогаш според германското право под никакви околности не може да се изрече условна казна. Натаму од законот произлегува дека при затворска казна во траење од една до две години мора да постојат „посебни околности“ кои ќе ја оправдаат затворската казна. Тука треба да се направат проценки во смисла на веќе споменатото одмерување на казната. Во практиката сепак може да се забележи дека условите од § 56 став 2 од Кривичниот законик не ретко се применуваат мошне великодушно.

Доколку судот изрече извршување на условна казна, тогаш треба да го утврди времетраењето на условната казна. Според § 56а од Кривичниот законик таа не смее да надмине пет години и не смее да биде покуса од две години, при што утврдената условна казна почнува да се смета со правосилноста на пресудата.

Судот може за време на траењето на условната казна на осуденикот да му наложи одредени обврски според § 56b од Кривичниот законик, пред сè надоместување на штетата, плаќање на паричен износ во прилог на некоја хуманитарна организација, вршење на општествено корисна работа или плаќање на паричен износ во прилог на државниот буџет.

Освен тоа судот може на осуденикот да му наложи да следи упатства според § 56c од Кривичниот законик, на пр. да следи наредби кои се однесуваат на престојот/живеалиштето, образованието, работата или слободното време, да има обврска редовно да се пријавува, да не смее да стапи во контакт со одредени групи или со повреденото лице, во случај на постоење на болест на зависност да се подложи на лечење или да престојува во соодветен дом или установа.

Системот на обврски и упатства во овој контекст е многу флексибилен; одлуките во однос на обврските и упатствата можат во секое време дополнително да се изречат односно да се изменат според § 56e од Кривичниот законик, при што осуденото лице секогаш има право на користење на правниот лек жалба до следната повисока инстанца.

За времетраењето на условната казна (или еден дел од неа) судот на осуденото лице му доделува помошно лице кое ќе врши надзор и ќе го води, доколку тоа е потребно (§ 56d од Кривичниот законик). Според моето искуство речиси без исклучок се користи оваа можност.

Осуденото лице ќе си помогне себеси доколку ја искористи шансата која му е дадена со условната казна и со своето однесување покаже дека ја оправдал оваа судска одлука. За време на условната казна всушност, на осуденикот постојано му виси заканата за отповикување на условната казна. Според § 56f од Кривичниот законик, судот може да ја отповика условната казна особено тогаш кога осуденото лице за време на условната казна повторно направи кривично дело или ако грубо и упорно ги крши обврските и упатствата кои треба да ги исполни. Честотата на случаи во практиката кога се отповикува условната казна произлегуваат од околноста што прогнозите за иднината на судијата и изречувањето на условна казна често пати се премногу оптимистички.

4. Мерки за подобрување и обезбедување

Германскиот Кривичен законик покрај или наместо казнувањето предвидува и т.н. мерки за подобрување и обезбедување, § 61 од Кривичниот законик. Дали ќе биде наложена некоја ваква мерка тоа треба исто така да го испита судијата во рамките на казната која треба да ја определи. Доколку покрај затворската казна се изречат и вакви мерки, тоа треба да се земе предвид и при одмерувањето на затворската казна.

Мерки за подобрување и обезбедување се:

а. Сместување во установа за лечење на болести на зависност, § 64 од Кривичниот законик, за чие наложување треба да бидат исполнети предуслови дека осуденикот има склоност кон прекумерно алкохолизирање или кон користење дроги и дека е осуден поради кривично дело, кое го извршил под дејство на алкохол или дрога или дека тоа дело може да се препише на таа негова склоност. Сместувањето во установа за лечење на болести на зависност може да се наложи и тогаш кога сторителот не може да се осуди бидејќи делото го сторил во состојба на неспособност за вина;

б. Сместување во психијатриска болница § 63 од Кривичниот законик, може да се наложи доколку сторителот го сторил кривичното дело во состојба на неспособност за вина или намалена способност за вина и кога вкупната проценка на неговата личност и делото како резултат на неговата состојба може да резултираат со очекувани значителни против-правни дејствија кои се опасни за околината;

в. Сместување во безбедносна установа, § 66 од Кривичниот законик, значи продолжување на затворот и по одлежување на затворската казна и затоа може да се изрече само покрај казната само ако постојат многу специфични услови, на пример ако станува збор за случаи на тешок или пред сè на повеќе пати повторуван криминал. Специфичноста на сместувањето во безбедносни установи се состои во тоа што осуденикот може да биде отпуштен од затворот само тогаш кога тоа ќе го дозволи прогнозата на тоа дали е опасен. Тоа значи дека моментот на отпуштање не е предвидлив за сторителот, поради што и од оваа мерка сторителите многу стравуваат;

г. Надзор и водење § 68 од Кривичниот законик, што прилега на условната казна, но оваа мерка може да се изрече за период од најмалку две до најмногу пет

години покрај казната или пак може да следи по извршување на казната, ако била изречена затворска казна од најмалку шест месеци и ако постои опасност од правење други кривични дела или по извршување на затворската казна во траење од најмалку две години, ако не постојат посебни причини кои не би довеле до изречување на оваа мерка на надзор и водење;

д. **Одземање на возачка дозвола**, § 69 од Кривичниот законик, се наложува тогаш кога сторителот сторил кривично дело кое е поврзано со возење на возило (ова се толкува мошне слободно) и затоа се смета за несоодветен да управува со возило. Времетраењето на периодот на одземање на возачката дозвола изнесува од шест месеци до пет години. Дури по истекот на овој рок утврден од судот, возачката дозвола потоа може повторно да му да му се додели на осуденото лице;

ѓ. **Забрана за вршење професија**, § 70 од Кривичниот законик, се наложува кога сторителот го извршил делото со злоупотреба на својата професија или дејност. Времетраењето на забраната за извршување на професијата трае од една до пет години, при што во исклучителни случаи може да се изрече и доживотна забрана за извршување на професијата.

5. Специјални случаи

Кривичниот законик предвидува и некои други можности за казнување, кои заради целосен приказ би ги навеле и во оваа прилика. Тука спаѓаат казната со имот според § 43а од Кривичниот законик, забраната за возење како дополнителна казна според § 44 од Кривичниот законик, загубата на можноста за се извршува државна функција или јавна служба, изборноста и правото на гласање според § 45 ff. од Кривичниот законик и опоментата без казнување според § 59 од Кривичниот законик. Освен тоа законот одобрува во § 60 од Кривичниот законик изрично неизречување казна, ако последиците од делото кои го засегнале сторителот се толку големи што изрекувањето казна очигледно би било погрешно. Меѓутоа, ова важи само во случаите кога сторителот за делото би заслужил затворска казна не поголема од една година.

VI. Договори односно спогодби во врска со одмерувањето на казната

Договорите меѓу јавното обвинителство од една страна и обвинетото лице односно неговиот бранител од друга страна, начелно се туѓи за германското право. Тоа произлегува неминовно од инквизиторската природа на германскиот кривичен процес. Судот по службена должност во интерес на вистината е обврзан да ја испита и разјасни фактичката состојба. Затоа за разлика од контрадикторниот кривичен процес не постојат „странки“ во вистинска смисла на зборот. Секоја спогодба меѓу јавното обвинителство и одбраната околу исходот на кривичната постапка би значела деликатна интервенција во улогата на судот и неговата обврска да даде сѐопфатно разјаснување на предметот, што не е во согласност со процесуалната позиција на судијата.

Оттаму консеквентно произгледува дека германското кривично право не познава никакви договори поврзани со делото или примената на правните норми. Ова е многу дискутабилен исклучок од начелото според кое договорите се во колизија со системот, а германскиот Закон за кривична постапка го применува само во однос на правните последици, значи во однос на обемот на казната. Мероводно за овој исклучок воведен пред неколку години не се десно ориентитраните догматски размислувања; напротив, тие размислувања за тоа дека се дозволени договорите помеѓу учесниците во процесот се дијаметрално спротивставени на ваквите ставови. Многу повеќе беа меродавни чисто економските размислувања. Посебно во комплексните економски кривични постапки каде главната расправа може да трае неколку години, таму во интерес на забрзување на постапката, а со тоа и заради штедење на правните ресурси, беше создадена можноста за спогодување во врска со резултатот на постапката. Централна правна одредба претставува § 257c од германскиот Закон за кривична постапка, со кој се преточи во правна рамка една постапка која подолго време беше применувана во практиката.

Во тој контекст треба да се нагласи дека оваа регулатива не може да се спореди со многу подалекусежните можности на американскиот правен систем познат како *plea bargaining*, кое за централноевропското процесно право би било нешто сосема туѓо. Можностите за спогодување во германското кривично процесно право наспроти тоа се значително ограничени: од една страна можни се спогодби само во однос на правните последици, при што договорите за конкретната казна се изричито забранети. Од друга страна судија добива клучна функција при едно вакво спогодување. Според § 257c став 2 од германскиот Закон за кривична постапка всушност, судот соопштува која содржина би можела да ја има спогодбата. Притоа „по слободна проценка на сите околности поврзани со случајот како и на општите проценки во однос на одмерувањето на казната може да биде наведена горната и долната граница на казната”. Учесниците во постапката добиваат можност да заземат став и спогодбата се реализира ако обвинетиот и јавното обвинителство се согласат со предлогот на судот. Судот потоа е обврзан во однос на предлогот, освен ако не бил направен некаков правен или фактички превид во врска со битни околности или ако тие се смениле и судот поради тоа се стекнал со убедување дека предвиденте казнени мерки повеќе не соодветствуваат со деликтот и со вината. Истото важи и ако натамошното однесување на обвинетиот во процесот не соодветствува со однесувањето какво што судот го предвидел. За однапред да се спречи околноста судските расправи да се одвиваат зад затворени врати, што би било во колизија со барањето за транспарентност на кривичниот процес, судот го обврзува судијата со § 273 став 1a од германскиот Закон за кривична постапка, главниот тек и содржината како и резултатот на спогодбата според § 257c од германскиот Закон за кривична постапка, дури и кога таа е неуспешна, да биде наведена во записникот на главната расправа.

Значи, претставува само една мошне ограничена можност која ја нуди германското кривично процесно право во поглед на спогодбите во однос на казната која треба биде изречна. Мноштвото критични гласови кои упорно се бранат против одобрувањето на ваквите спогодби, покажуваат колку многу на централноевропската кривична постапка ѝ е туѓа една ваква дури и мошне ограничена можност за спогодување.

VII. Одмерување на казната и инстанцата за правни средства

Во германското кривично право на обвинетиот и на јавното обвинителство против пресудата на судијата им стојат на располагање правни средства за апелација и ревизија. При апелацијата случајот комплетно одново се расветлува, ставовите одново се утврдуваат, што пак изискува одново спроведување на доказната постапка и на крајот следи ново одмерување на казната кое е независно од првобитната обжалена пресуда. Тука обвинетиот со забраната *reformatio in peius* всушност е повластен, доколку единствено тој поднел барање за правното средство апелација. Наспроти тоа, во случајот ревизија, која или е поднесена како скоковита ревизија против првостепената пресуда или претставува „нормална“ ревизија против апелационата пресуда, следи преиспитување на пресудата само во однос на правните недостатоци. Како што веќе е кажано на ревизиониот суд му е отворено целосното преиспитување на одмерувањето на казната кога оној што ја повел постапката за правните средства ја обжалува повредата на материјалното право. Оттаму не зачудува што не ретко се случува ревизионата инстанца да ја укине пресудата поради недостатоци во одмерувањето на казната.

Како резултат на мојата повеќегодишна практика како судија за ревизија, на следниов начин би ги скицирал клучните извори на грешки што се појавуваат при одмерување на казната од страна на судијата:

Најнапред судијата треба да обезбеди дека одмерувањето на казната ќе се базира на соодветната казнена рамка. Ова се чини подразбирливо, но како резултат на горе прикажаните можности да дојде дури и до повеќекратно поместување на казнената рамка, тоа може да биде исклучително компликувано. Ова особено се однесува на горе прикажаниот редослед на испитувањето дали станува збор за помалку тежок случај. Грешките на судијата во овој дел по правило водат кон укинување на пресудата, или барем на диспозитивот на пресудата, како и кон враќање на предметот до првостепената или второстепената судска инстанца. Натаму е битно што клучните проценки во однос на одмерувањето целосно се претставени во обжалената пресуда, при што овие проценки не смеат да содржат контрадикторности, на пр. вреднување на еден ист факт на штета или во корист на обвинетиот. И забраната за двојното вреднување според § 46 став 3 од Кривичниот законик („Околностите кои веќе биле карактеристики на законски утврдената фактичка состојба не смеат да се земат предвид“) изискува темелно обмислување на тоа кои проценки во рамките на одмерувањето на казната, а со тоа и на казнената рамка, не смеат повеќе да се земат предвид, бидејќи тие веќе играле улога при одредувањето на кривичната фактичка состојба. Ако на пр. § 244 од Кривичниот законик за „кражба со оружја“ е предвиена значително повисока казнена рамка отколку § 242 од Кривичниот законик за „нормална“ кражба, тогаш при примената на казнената рамка од § 244 од Кривичниот законик не треба да се земе и на штета на обвинетиот што како резултат на носењето оружје била зголемена опасноста на тоа кривично дело. Од страна на судиите не секогаш се гледа, или не се наведува во писмената пресуда, одредбата според § 47 од Кривичниот законик, според која кусата казна затвор во траење од помалку од шест месеци смее да се изрече само во исклучителни случаи. Доколку изостане образложението зошто во конкретниот случај треба да се прифати ваквиот исклучок, и ако од целокупната проценка на одмерување на казната не може да се извлече заклучокот дека судијата бил свесен за

ова ограничување, тогаш може да се рече дека одмерувањето на казната било незадоволително. Понекогаш се превидува и да се испита дали не треба да се изрече мерката за подобрување и обезбедување. Друг извор на грешки е несоодветното проценување на фактичката состојба за која треба да се одмери казната. Тоа на пр. е случај кога по дадено признание значително била ублажена казната иако тоа признание било искажано од обвинетиот по спроведување на доказната постапка поради што и онака нема простор за сомнеж во однос тоа дека тој е сторителот.

Значи постојат бројни можни извори на грешки поради кои е потребно при изготвувањето на писмената пресуда судијата да биде темелен и добро да ги обмисли сите аспекти за да може пресудата да биде издржана и тогаш кога таа се преиспитува во последната судска инстанца.

Norbert Koster, Judge²

DETERMINATION OF THE SENTENCE IN THE GERMAN LAW

**1.02 Review Article
UDK**

Summary

Determining the penalty in the present case should be rendered is of great importance both for the defendant and the judge. German criminal trial basis for determination of the sentence is the individual guilt of the perpetrator; each sentence must be in fair proportion to the severity of the crime, tort case and the offender. This can be ensured only if the judge within the statutory sentencing framework has the freedom to carefully assess any aggravating and mitigating circumstances penalties and to consider and weigh the evidence. German criminal law fully takes account of this principle. Guidelines in terms of sentencing guidelines or the existence of some system of scoring, in the German law are quite strange. They might not even be in line with the role played by the judge in each individual case to decide responsibly and with the greatest possible justice. Also the role of the judge can not connect our agreements between participants in the process about the penalty in the present case should be imposed. Therefore the German criminal procedural law such agreements are permitted only as an exception and in a very limited and very general form.

Keywords: law on sentencing, criminal proceedings, punishment

² Judge at the Higher Provincial Court in Hamm.