

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Марко М. Миловић

**КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ДЕЦЕ У
ОБЛАСТИ СЕКСУАЛНИХ ОДНОСА**

докторска дисертација

Београд, 2014.

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Marko M. Milović

**CRIMINAL-LAW PROTECTION OF
CHILDREN IN THE FIELD OF SEXUAL
RELATIONS**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2014.

МЕНТОР:

др Зоран Стојановић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ЧЛАНОВИ КОМИСИЈЕ:

др Наташа Делић
Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Ђорђе Ђорђевић
Редовни професор Криминалистичко - полицијске академије
Универзитета у Београду

КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ДЕЦЕ У ОБЛАСТИ СЕКСУАЛНИХ ОДНОСА

РЕЗИМЕ

У докторској дисертацији је извршен приказ и анализа кривичноправне заштите деце у области сексуалних односа. Приликом обраде дате проблематике извршено је појмовно прецизирање и критичко сагледавање већине битних питања која се јављају, и том приликом су примарно коришћени историјскоправни, упоредноправни и позитивноправни, као и остали научни методи.

Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа је релативно новија тема, о којој се тек од 19. века посвећује већа пажња. До тада наилазимо само на спорадичне или посредне одредбе из којих се само може наслутити односно извући закључак да се пружа кривичноправна заштита уопште у области сексуалних односа. Махом се помињило силовање и то углавном женских пунолетних лица. Када је реч о заштити деце, тих је било још мање. Тек од 19. века, па на даље, сексуални деликти са децом су почели да добијају на значају, па је стога дат приказ КЗ Србије из 1860. године, те анализа КЗ Краљевине Југославије из 1929. Године. Осим тога дата је анализа и КЗ бивше СФРЈ, са посебним освртом на КЗ Србије из 1977. године, и на крају важећи Кривични законик Србије из 2005. године.

У данашњем времену законодавства многих земаља, укључујући и нашу, извршили су декриминализацију одређених понашања где све више преовлађује схватање да треба више различитих сексуалних понашања третирати као природне и нормалне, односно редуковати сексуална понашања која се сматрају неприродним и ненормалним, и као таква да имају кривичноправну заштиту. Оваква тенденција постоји у великом броју држава, а ни наша држава у том погледу није изузетак. Сходно томе, критеријуми за уочавање и издвајање друштвено опасних сексуалних понашања не треба тражити у нормалности или ненормалности појединих облика испољавања као таквих, већ у начину и условима под којим се неко сексуално понашање врши. Као закључак се намеће

да је потребно инкриминисати све оне радње, у области сексуалних односа, у којем нема добровољности (сагласности) другог лица. Ипак у неким случајевима кривичноправна заштита мора да постоји и то нарочито када појединци који због својих психичких и физичких особина су више подложни притиску или не могу да схвате значај вршења сексуалних радњи које неко лице према њима предузима. Ту се пре свега мисли на малолетна лица, а нарочито децу која су по природи ствари психички и физички незрела, те није им дато право да у нормалним приликама имају право на самоопредељење или се налазе у каквом односу зависности према учиниоцу.

Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа нема само упориште у важећем КЗ већ и кроз бројне међународне уговоре и конвенције, од којих је најважнији документ КОНВЕНЦИЈА О ПРАВИМА ДЕТЕТА која је донета 1989. године. Ова конвенција иначе представља главни правни основ за доношење националних закона. Поред Конвенције, најважнији међународни акт је Факултативни протокол уз конвенцију о правима детета о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији.

У раду је истакнуто да је реформа српског кривичног законодавства 2005. године, која је заокружена доношењем кривичног законика, оставила највише "трага" управо код сексуалних деликата. Готово ни један законски опис код ових кривичних дела није задржан, а промењен је и назив главе. Кроз анализу кривичних дела из главе против полне слободе анализиране су све промене које су уследиле доношењем овог КЗ, с тежиштем на заштити деце у овој области. Указано је и на измене и допуне КЗ 2009. године које представљају драстичан корак уназад у српском кривичном законодавству уопште, обухватајући и сексуалне деликте, укључујући и оне деликте над децом. Кумулацијом броја кривичних дела против полне слободе, (укупно десет) са мноштвом измена и допуна постојећих кривичних дела би се могло вратити као бумеранг у пракси.

Када је у питању компаративно право, закључено је да у свим кривичним законцима се посебан значај придаје деци у области сексуалних односа. Када су деца жртве сексуалног насиља и злоупотреба, по правилу, без изузетка, се може констатовати да су за такве ситуације предвиђени најтежи облици кривичних дела или су издвојена као посебна кривична дела која имају обележје

квалификаторности односно сматрају се најтежим облицима. Разумљиво, сви законодавци су за те ситуације предвидели веома строге затворске казне.

Значајно место у овом раду има и питање до које се године неко лице дете може сматрати дететом. Кривичним закоником из 2005. године задржана је граница од четрнаест година до које се неко лице сматра дететом. Постоје аргументи за померање границе са четрнаест година на петнаест година, како је то у већини земаља западне европе, јер су схватања традиционалног, конзервативног друштва исчезла. Ипак законодавац је с правом одредио да та граница од четрнаест година је најоптималнија јер баш у том животном добу се најчешће достиже сексуална зрелост.

У више наврата се истиче да суштина инкриминације обљубе са дететом и осталих сексуалних деликата са децом је апсолутна забрана предузимања било каквих сексуалних радњи према детету, без обзира да ли је на бази добровољности или је чак иницијатива потекла од самог детета. Доктрина и судска пракса су заузеле јединствен став да је пристанак лица испод четрнаест година, односно давање повода за сексуални однос, без значаја за постојање кривичног дела. Такође је без значаја и пристанак родитеља детета или његових старалаца за вршење обљубе или са њом изједначеног чина, док се подразумева да се врши уз "пристанак" детета као пасивног субјекта.

Код казнене политике за кривична дела у којима су сексуални објекат деца, у периоду од неких дванаест година, код кривичних дела против достојанства личности и морала (како се звало до 2005. године) и кривичних дела против полне слободе (како се зове од 2006. године) није било неких значајних одступања у погледу броја осуда за ова кривична дела. Дакле, та бројка је углавном уједначена и креће се у распону од 180 до 240 кривичних дела на годишњем нивоу. У укупној стопи криминалитета код нас, на ова кривична дела отпада неких 0,5-0,6%. Када је у питању обљуба са дететом, која је праћена од 2006. године (када је ступио на снагу нови КЗ Србије) може се такође приметити да је та бројка уједначена, креће се у просеку од око 20 осуђујућих пресуда на годишњем нивоу. У укупној маси криминалитета за обљубу са дететом, у наведеном периоду, отпада свега 0,067%, што је управо последица тзв. тамне бројке криминалитета, јер из објективних

разлога није могуће обухватити сва извршена кривична дела. Може се констатовати да судови за кривично дело обљубе са дететом генерално изричу благе казне.

На крају, општи закључак би био да сексуални деликти са децом спадају међу најтежа, најнехуманија и најнеморалнија кривична дела. У свим својим облицима у којима се појављују представљају заједничку бригу и проблем свих земаља света без обзира на њихове међусобне разлике. Иако овај феномен као такав постоји тек непуна два века, уочљив је у свим друштвима, и истовремено погубан имајући у виду његове последице. Неспорно је да су се обичаји и историјске околности временом мењале, али однос према оваквим делима од стране целог друштва (ма које да је у питању), као и самог јавног мњења је био и остао изразито негативно обојен. На жалост, не треба пренебрегнути чињеницу која егзистира од најранијих времена, а то је да не постоји начин који би успео да "помери" тзв. тамну бројку криминалитета у овој области. Та бројка учињених кривичних дела према деци којима се угрожава или повређује њихов сексуални интегритет и слобода је увек био много већи у односу на број откривених и процесуираних случајева. Тако је било у прошлости или боље рећи одувек, а тако је и данас. Не треба гајити илузије да такав негативни "тренд" неће бити присутан и у будућности. Једноставно не постоји тај механизам или начин који би помогао да та разлика између учињених и откривених и процесуираних кривичних дела из ове области буде колико толико мања. Но, то не значи да треба дићи руке од таквог настојања. Напротив, сама немоћ у том смислу која може бити објективног и субјективног карактера не даје нам за право да се с тиме помиримо или пасивизујемо, већ перманентно треба настојати свим средствима које држава има на располагању (а нарочито кривичноправним средствима као најјачим оружјем у тој борби) да та тамна бројка криминалитета буде метафорички речено бар за нијансу "светлија" него до сада.

Кључне речи: дете, обљуба, силовање, сексуални односи, порнографија,

Научна област: право

Ужа научна област: кривично право

УДК:

CRIMINAL-LAW PROTECTION OF CHILDREN IN THE FIELD OF SEXUAL RELATIONS

SUMMARY

The doctoral dissertation gives a review and analysis of criminal-law protection of children in the field of sexual relations. While elaborating the said problems, the notions were precisely defined and the majority of important problems were critically considered using primarily legal history method, comparative law and positive law methods, as well as other scientific methods.

Criminal-law protection of children in the field of sexual relations is a relatively recent topic, which is given more attention starting from the 19th century. Until then we find only sporadic or indirect provisions from which it can only be discerned or concluded that criminal-law protection in the field of sexual relations is offered at all. Usually it was rape that was mentioned and mostly of the adult females. As for the protection of children, it was mentioned even less. Only from the 19th century on, the sexual offences against children started to gain importance, therefore the review of the 1860 Criminal Code of Serbia is given, and then the analysis of the Criminal Code of the Kingdom of Yugoslavia from 1929. In addition to this, there is an analysis of the Criminal Code of the former SFRY, with special review of the 1977 Criminal Code of Serbia and finally the current 2005 Criminal Code of Serbia.

Today the legislations of many countries, including our country as well, have decriminalized certain behaviours and the increasingly prevailing view is that there are more various sexual conducts that should be treated as natural and normal, in other words it should reduce the number of sexual conducts which are considered unnatural and abnormal that as such have criminal-law protection. This tendency exists in a large number of countries, and our country is not an exception to this effect. Accordingly, the criteria to observe and earmark socially dangerous sexual conducts should not be sought in normality or abnormality of certain forms of manifestation as such, but in the manner and conditions under which some sexual conduct is performed. The conclusion imposes that it is necessary to incriminate all those acts in the field of sexual relations where

there is not willingness (or consent) of another person. However, in some cases criminal-law protection must exist, especially when individuals due to their psychological and physical characteristics are more susceptible to pressure or cannot comprehend the importance of performance of sexual acts which some other person has with them. This primarily includes the minors, particularly children who are by their nature psychologically and physically immature, and they are not given the right under normal circumstances to self-determination or are in some kind of dependent relationship with the perpetrator.

Criminal-law protection of children in the field of sexual relations does not have a stronghold only in the current Criminal Code but also in many international agreements and conventions among which the most important document is the 1989 UN Convention on the Rights of the Child. This Convention represents the main legal basis to adopt national laws. In addition to the Convention, the most important international document is the Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography.

It is pointed out in the dissertation that the 2005 reform of Serbian criminal legislation, which was completed by the adoption of the Criminal Code, left the majority of its marks on sexual offences. Almost none legal description of these crimes has not been kept and the title of the chapter has also been changed. Through the analysis of criminal offences in the chapter of offences against sexual freedom the amendments have been analysed, which followed the adoption of the Criminal Code with the emphasis on the protection of children in this field. It has been pointed to the amendments of Criminal Code of 2009, which represent a drastic step backwards in Serbian criminal legislation in general, including the sex offences, as well as the offences against children. The accumulation of the number of criminal offences against sexual freedom (ten in total) with many amendments of the existing criminal offences could boomerang in practice.

When comparative law is concerned, it has been concluded that in all criminal codes special importance is given to children in the field of sexual relations. When children are the victims of sexual violence and abuse, as a rule and without an exception, it can be stated that the most severe criminal offences are prescribed for these situations or they are singled out as special criminal offences which have features of

indictable offences, in other words they are considered the most severe forms. Understandably, all legislators have prescribed very strict prison penalties for these situations.

The important place in this dissertation is given to the question of the age limit by which a person can be considered a child. The 2005 Criminal Code keeps the limit of the age of 14 by which a person is considered a child. There are arguments that this limit should be raised to 15 years of age, as it is in the majority of the Western European countries, since the ideas of traditional conservative society have vanished. However, the legislator has determined and with good reason that the limit of 14 years of age is the most optimal one, since sexual maturity is most often reached at that age.

On several occasions it is pointed out that the essence of incrimination of the sexual intercourse with a child and other sexual offences with children is absolute prohibition to undertake any sexual act with a child, regardless of whether it was consensual or the initiative may have even come from the child itself. The doctrine and court practice have taken a uniform stand that the consent of a person below the age of 14, or giving cause for sexual relation is of no relevance for the existence of the criminal offence. It is also irrelevant whether the parents of the child or his/her guardian(s) have given consent for the intercourse or an equal act, while it is implied that it is done with the “consent” of a child as a passive subject.

As for punitive policy for criminal offences where the children were sexual objects, in the period of some twelve years there were not some considerable aberrations regarding the number of convictions for the criminal acts against personal dignity and morality (as they were called until 2005) and criminal offences against sexual freedom (as they have been called since 2006). Therefore, the numbers are mostly uniform and range from 180 to 240 criminal offences annually. In the total crime rate in our country, these criminal offences take some 0.5 to 0.6%. When considering sexual intercourse with a child, which has been monitored since 2006 (when the new Criminal Code of Serbia came into effect), it can also be noticed that the numbers are uniform, ranging on an average around 20 convictions annually. In the total rate of criminal offences, the act of intercourse with a child in the said period takes only 0.067%, which is actually the consequence of dark figure of crime, since due to objective reasons it is not possible to

include all crimes committed. It can be stated that the courts in general impose lenient punishments for the criminal acts of intercourse with a child.

Finally, the general conclusion would be that sexual offences against children belong to the category of the most severe, most inhuman and most immoral criminal offences. In all their manifesting forms, they represent common concern and problem of all countries worldwide regardless of their respective differences. Although this phenomenon has existed as such for just nearly two decades, it is observable in all societies and at the same time devastating if we consider its consequences. It is undoubted that the customs and historical circumstances have been changing over time, but the attitude to such offences of the entire society (no matter which one), as well as the public opinion was and has remained extremely negative. Unfortunately, the fact should not be avoided which has existed since the earliest times that there is no way in which the dark figure of crimes in this field could be changed. This number of crimes committed against children, whose sexual integrity and freedom have been endangered or violated has always been much bigger than the number of the cases which have been detected and processed. This was the case in the past, or better to say it has been the case ever since, and this is the case today as well. It should not have illusions that such negative trend would not be present in the future as well. There is simply no mechanism or the way which could help lower the difference between the committed and detected and processed crimes and those which were not. However, this does not mean that we should give up such a striving. On the contrary, powerlessness in this field which can be both objective and subjective in character does not give us the right to consent to it or passivize, but to permanently endeavour with all means which the state has available (particularly criminal-law means as the strongest weapon in this battle) to make the dark figure of crime at least for a shade lighter than it has been so far, to put it metaphorically.

Key words: child, intercourse, rape, sexual relations, pornography

Scientific area: Law

Specific scientific area: Criminal law

UDK:

САДРЖАЈ

САДРЖАЈ.....	IX
УВОД.....	1
<u>ПРВИ ДЕО</u>	
ОПШТА РАЗМАТРАЊА.....	7
1.1. О значају сексуалности и односа са правом.....	7
1.2. Однос сексуалности и кривичног права.....	9
1.3. Однос кривичног права према заштити деце у области сексуалних односа.....	16
<u>ДРУГИ ДЕО</u>	
ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ КРИВИЧНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ДЕЦЕ У ОБЛАСТИ СЕКСУАЛНИХ ОДНОСА.....	40
2.1. Уводне напомене.....	40
2.2. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у робовласништву и феудализму.....	41
2.3. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у српском праву и праву народа и држава бивше Југославије.....	51
2.4. Савремени развој кривичног права у Европи током 19. века са освртом на Немачки казнени законик из 1871. године.....	61
2.4.1. Опште напомене.....	61
2.4.2. Немачки казнени законик из 1871. године.....	62
2.5. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа по Криминалном (Казнителном) законуку за Књажевство Србију од 1860. године.....	64
2.6. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа по Кривичном законуку Краљевине Југославије из 1929. године.....	68
<u>ТРЕЋИ ДЕО</u>	
КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ДЕЦЕ У ОБЛАСТИ СЕКСУАЛНИХ ОДНОСА У УПОРЕДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ.....	80
3.1. Уводне напомене.....	80
3.2. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном законуку Македоније.....	82
3.3. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичним законцима Босне и Херцеговине.....	85
3.3.1. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном законуку Републике Српске.....	85
3.3.2. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном законуку Федерације Босне и Херцеговине.....	91
3.3.3. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Дистрикту Брчко.....	94

3.4. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном закону Словеније.....	95
3.5. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном закону Црне Горе.....	97
3.6. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Казненом закону Хрватске	99
3.7. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном закону Руске федерације.....	109
3.8. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном закону Немачке.....	112
3.9. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном закону Турске.....	116
3.10. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном праву Румуније.....	119
3.11. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном закону Албаније.....	122
3.12. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном закону Финске.....	124
3.13. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном закону Мађарске.....	126
3.14. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном закону Норвешке.....	128

ЧЕТВРТИ ДЕО

КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ДЕЦЕ У ОБЛАСТИ СЕКСУАЛНИХ ОДНОСА У САВРЕМЕНОМ ЈУГОСЛОВЕНСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ.....	131
4.1. Опште напомене.....	131
4.2. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном закону Југославије из 1951. године.....	133
4.3. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у републичко- покрајинском законодавству из 1977. године.....	141
4.3.1. Уводне напомене.....	141
4.3.2. Законска решења у кривичним законима социјалистичких република и социјалистичких аутономних покрајина.....	143
4.5. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном закону (Социјалистичке) Републике Србије из 1977. године.....	146
4.6. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном закону Републике Србије из 2005. године.....	154
4.7. Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима.....	167

ПЕТИ ДЕО

БИТНА ОБЕЛЕЖЈА КРИВИЧНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ДЕЦЕ У ОБЛАСТИ СЕКСУАЛНИХ ОДНОСА КРОЗ КРИВИЧНА ДЕЛА У КРИВИЧНОМ ЗАКониКУ СРБИЈЕ.....	180
5.1. Уводна разматрања.....	180
5.2. Обљуба са дететом.....	182
5.3. Силовање.....	207
5.4. Обљуба над немоћним лицем.....	217
5.5. Обљуба злоупотребом положаја.....	227
5.6. Недозвољене полне радње.....	233
5.7. Подвођење и омогућавање вршења полног односа.....	245
5.8. Посредовање у вршењу проституције.....	250
5.9. Приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију.....	257
5.10. Навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама.....	268
5.11. Искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу.....	275

ШЕСТИ ДЕО

КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТЕ ДЕЦЕ У ОБЛАСТИ СЕКСУАЛНИХ ОДНОСА И ПРИМЕНА НЕКИХ ОПШТИХ ИНСТИТУТА КРИВИЧНОГ ПРАВА.....	285
6.1. Уводне напомене.....	285
6.2. Покушај код сексуалних деликата са децом.....	286
6.2.1. Неподобан покушај код сексуалних деликата са децом.....	289
6.3. Добровољни одустанак код покушаја сексуалних деликата са децом.....	292
6.4. Место и време извршења сексуалних деликата са децом.....	298
6.5. Облици саучесништва и учешћа у извршењу сексуалних деликата са децом.....	300
6.5.1. Саизвршилаштво код сексуалних деликата са децом.....	300
6.5.2. Подстрекавање код сексуалних деликата са децом.....	304
6.5.3. Помагање код сексуалних деликата са децом.....	307
6.6. Стицај код сексуалних деликата са децом.....	312
6.6.1. Стицај сексуалних деликата са децом и лаке телесне повреде.....	312
6.6.2. Стицај сексуалних деликата са децом и нарушавање неповредивости стана.....	315
6.6.3. Стицај сексуалних деликата са децом и противправног лишења слободе.....	318
6.6.4. Остали случајеви стицаја са сексуалним деликтима са децом.....	320
6.7. Продужено кривично дело код сексуалних деликата са децом.....	327
6.8. Однос родоскрвњења и сексуалних деликата са децом.....	330

СЕДМИ ДЕО

КАЗНЕНА ПОЛИТИКА КОД КРИВИЧНИХ ДЕЛА У КОЈИМА СУ СЕКСУАЛНИ ОБЈЕКАТ ДЕЦА.....	336
7.1. Спречавање и сузбијање кривичних дела у којима су сексуални објекат – деца.....	336
7.2. Примена кривичних санкција у пракси код сексуалних деликата са децом.....	342
ЗАКЉУЧАК.....	353
ЛИТЕРАТУРА.....	372
БИОГРАФИЈА АУТОРА.....	382

Прилог 1:

- Изјава о ауторству

Прилог 2:

- Изјава о истоветности штампане и електронске верзије
докторске дисертације

Прилог 3:

- Изјава о коришћењу

У В О Д

Тема овог рада, као што се може видети из самог назива, је веома специфична и тек у релативно скорије време је постала предмет интересовања и озбиљнијег научног истраживања. При томе, та научна истраживања обухватају разне аспекте: психолошке, социолошке, историјске, правне итд. Када се говори о правним аспектима најважнији су у области кривичног права, али у извесној мери и породичног.

У Уставу Србије,¹ као и у уставима већине савремених држава постоји део који говори о људским правима и слободама. Тако, у члану 23, који носи назив Достојанство и слободан развој личности, у ставу 1, се каже да је људско достојанство неприкосновено и сви су дужни да га поштују и штите. Даље, у члану 25, који носи назив Неповредивост физичког и психичког интегритета, у ставу 1, се каже да је физички и психички интегритет неповредив. Из овог најважније наведеног правног акта, односно ових уставних одредаба се може закључити да се на овај начин штити и сексуални интегритет човека, али и његово достојанство у сексуалној сфери.

Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа је по својој природи веома комплексна и пружа се кроз више кривичних дела. Код већине тих

¹ Службени Гласник, број 98/2006

дела заштита је предвиђена као њихов квалификовани облик, те у том смислу отвара могућности за један шири и систематски приступ и анализу. Сходно томе, рад је подељен у неколико тематских целина.

У првом делу се разматра о значају сексуалности уопште кроз развој људске цивилизације, као и однос са правом. У другом одељку истог дела даје се анализа односа сексуалности и кривичног права. Нарочито се указује на тенденције у кривичном праву у области сексуалних односа, а пре свега значај и улога кривичног права у савременим схватањима сексуалности. Кривично право имајући у виду управо таква схватања сексуалности налази се на раскршћу у којем се треба одредити која понашања инкриминисати, а којима више не пружати кривичноправну заштиту. У трећем одељку се разматра однос кривичног права према заштити малолетних лица и деце у области сексуалних односа што и представља суштину целог рада. Пре свега указује се на посебан значај које кривично право иначе даје заштити малолетних лица, а нарочито деце, обухватајући под тим и њихов сексуални интегритет. С тим у вези, имају се у виду и међународни акти, пре свега Конвенција о правима детета и Факултативни протокол уз Конвенцију деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији, којима је посвећена посебна пажња.

У другом делу извршена је историјска анализа кривичноправне заштите деце у области сексуалних односа. Како се ради о релативно новијој теми, разумљиво је да нема велики број литературе нити значајнијих историјских извора.² Све до 19. века наилазимо на спорадичне или посредне одредбе из којих се само може наслутити односно извући закључак да се пружа кривичноправна заштита уопште у области сексуалних односа. Махом се помиње силовање и то углавном женских пунолетних лица. Може се основано претпоставити да су сексуални деликти били иманентни сваком друштвеном раздобљу, у мањој или већој мери, али тек савремено друштво уводи комплетније нормативне

² С тим у вези занимљиво је у литератури и следеће запажање да "Ма како то чудно звучало, сексуални криминалитет је релативно модеран феномен." – Wilson, C. – A History of Forensic Detection, USA: Warner Books – A Warner Communications Company, 1991, стр. 329.

кривичноправне механизме санкционисања таквих деликата.³ Када је реч о заштити деце, тих одредаба има још мање. У законима старог века тежиште је било на заштити породице, па тек онда морала. Под сексуалним деликтима се поред силовања сматрала и прељуба ванбрачних супружника и родоскрвњење. Период робовласничког друштва иначе је обележен неједнакошћу која се огледала у томе да је роб сматран објектом, а не људским бићем, па тиме ни субјектом права. Самим тим ни његов сексуални интегритет или његова сексуална слобода није довођена у питање или је евентуално потцењена, у односу на робовласника. У средњем веку, у периоду феудализма, такође нема много историјских извора које би били од значаја. Поред неколико страних кривичних законика тог времена у којима се успутно говори о сексуалним деликтима, и који су анализирани, посебан значај је дат нашем Душановом закону у којем се такође говори веома мало о овој проблематици. Након тога је дата анализа КЗ новог века, конкретно од 19. века, па на даље, где су сексуални деликти са децом почели да добијају на значају. У том делу дат је приказ КЗ Србије из 1860. године као и кривични законици из тог периода са простора бивше Југославије, али делом и из Европе. На крају дата је анализа КЗ Краљевине Југославије из 1929. године који је у времену у којем егзистирао био модеран законик и који је давао истакнуто место заштити деце уопште и у сексуалној области, сходно схватањима и приликама тог доба.

У трећем делу извршена је упоредноправна анализа кривичноправне заштите деце у области сексуалних односа, а предност је дата свим кривичним законима бивше заједничке државе. Свакако да сексуални деликти са децом у нашем кривичном законодавству не представља специфичност која је у апсолутном смислу везана за наш правни систем, но делимично и јесте, што је мање више својствено сваком националном праву, које их инкриминише. Из тог разлога је у овом раду било пожељно, а и потребно да се изврши упоредноправни преглед како би се бар делимично сагледала одговарајућа законска решења ових кривичноправних норми у појединим државама. Произлази да је за сагледавање

³ М. Шкулић, Деца – жртве сексуалног насиља (кривичноправни и кривичнопроцесни положај), часопис Темида, број 3. 2001. стр. 3.

успешности наших кривичноправних норми којима се регулишу сексуални деликти са децом неизоставно важно извршити упоредно (паралелно) вредновање са нормама који регулишу ове деликте у другим државама. Сходно томе, путем анализе кривичних законика других држава у овој области је могуће донети најбоље закључке да ли треба неке инкриминације укинути, увести нове или пак да ли треба сузити или проширити криминалну зону појединим инкриминацијама. При томе се мора водити рачуна, имајући у виду значај оваквих подухвата, прилагођавање домаћем правном систему, кривичноправној терминологији, као и институтима и начелима општег дела кривичног права.⁴

У четвртом делу је направљена ретроспектива развоја савременог кривичног права од завршетка Другог светског рата, а посебно од када је своје утемељење добило доношењем КЗ Југославије из 1951. године. Из овог КЗ су обрађена кривична дела против достојанства личности и морала и у оквиру њих посебно кривичноправна заштита деце, а пре свега обљуба или противприродни блуд са лицем које није навршило четрнаест година. Тај законик као што се може видети је био основа и за каснији КЗ СФРЈ и КЗ република и аутономних покрајина из 1977. године. Ова констатација се односи и на сексуалне деликте са децом где се може наћи доста сличности у законском тексту и терминологији. Кривичном закону Републике Србије из 1977. године је посвећена посебна пажња, но с обзиром на сличност са КЗ Југославије из 1951. године, и анализа је урађена на сличан начин. Осим тога, дат је и кратки осврт на законска решења република и покрајина из 1977. године. Узгред, међу тим законима и није било неких великих разлика, како у погледу самих инкриминација, тако и у погледу запрећених казни. На крају овог дела дат је општи приказ КЗ Србије из 2005. године, са изменама и допунама из 2009. године, у којима је указано на нова законска решења, нарочито код кривичних дела против полне слободе. Направљена је и компаративна анализа са КЗ РС из 1977. (са измена и допунама које су после уследиле), полазећи од тога

⁴ У том смислу и: З. Стојановић, Правно-филозофске концепције у Предлогу Кривичног законика Србије и Кривичног законика Црне Горе, Зборник радова са саветовања "Казнено законодавство – прогресивна или регресивна решења, ИКСИ, Будва, 2005, стр. 10.

која су кривична дела укинута, која су додата постојећим кривичним делима, која су нова кривична дела, али исто тако и на значајно измењену терминологију у овој области која је праћена укидањем језичких анархонизама.

У петом делу, који је и најзначајнији, дата је анализа свих кривичних дела у којима се пружа кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа из групе кривичних дела против полне слободе. Ту је пре свега детаљно анализирано кривично дело обљубе са дететом, које у неку руку и представља најзначајније дело које се тиче заштите деце у овој области. Поред њега, анализирана су и друга кривична дела где је дете односно малолетно лице пасивни субјект. Како се у тим другим кривичним делима као што је силовање, обљуба над немоћним лицем, обљуба злоупотребом положаја и недозвољеним полним радњама детету пружа кривичноправна заштита у најтежем облику, с тим да се позивају на претходне ставове конкретног кривичног дела, нужно је било да у мери која је неопходна анализирају и та кривична дела. Такође значајна пажња је посвећена и кривичним делима у којима се сексуална слобода детета напада на други начин – кроз проституцију, подвођење, сл. као и путем модерних технологија – компјутера, интернета, путем порнографије итд.

Шести део се природно надовезује кроз анализу појединих општих института кривичног права и њихове примене која се тиче кривичноправне заштите деце у области сексуалних односа. Тако је саизвршилаштво једно од спорних питања и у теорији и у судској пракси имајући у виду решење овог института у Кривичном законнику (позната схватања објективне, субјективне и објективно – субјективне теорије). Овај проблем је нарочито израженији код кривичних дела против полне слободе, него што је то случај код других група кривичних дела. С тим у вези је и питање подстрекавања, помагања, али и стицаја сексуалних деликата са децом и других кривичних дела. Поред тога анализирано је и питање добровољног одустанка, продуженог кривичног дела, покушаја кривичног дела, место и време извршења кривичног дела, као и однос кривичног дела родоскрвњења са сексуалним деликтима са децом.

У седмом делу који се односи на казнену политику код кривичноправне заштите деце у области сексуалних односа је тема која је увек била актуелна и биће и око чега ће увек бити изношења различитих мишљења. Прво, питање да ли су предвиђени распони казне затвора и то како прописани минимум, тако и прописани максимум адекватни имајући у виду да је заштитни објекат дете. Стога је дато кратко поређење и са неким страним КЗ у том погледу. Друго, у којој мери и колике казне судови одмеравају за ова кривична дела.

Неки општепознати ставови (који се често и опречни) су и у овом раду поновљени. Њих није било могуће избећи, као ни старију судску праксу пре свега тадашњег Окружног и тадашњих подручних општинских судова у Београду. Посебан проблем приликом прикупљања и обраде грађе представљао је изузетно мали број пресуда за сексуалне деликте са децом. У раду су коришћена теоријска разматрања и судска пракса из бивших република СФРЈ. Парадоксално изгледа да је та литература коришћена као домаћа, јер већ скоро две деценије нисмо иста држава, но у време када је та доктрина и судска пракса стварана били смо у једном правном систему, тако да се та грађа не може сматрати упоредним правом.

Наведеним, се не исцрпљује проблематика која постоји око кривичноправне заштите деце у области сексуалних односа. Без илузија да су у овом раду дати одговори на сва питања која су била предмет разматрања, надам се да ће бар у извесној мери допринети једном заокруженом и квалитативно новом сазнању о овој тематици.

П Р В И Д Е О

Општа разматрања

1.1. О значају сексуалности и односу са правом

У условима савременог живота човек као појединац ствара простор за многа лична задовољства. Незаобилазно је у свему томе свакако и сексуално задовољство. Како код нас, тако и у свету о питањима сексуалне слободе и уопште сексуалности се и данас расправља, и стиче се утисак да ни по чему нису изгубила на актуелности. Одувек је ова тема била интересантна људима (боље рећи интригантна), од постанка људске цивилизације до данас. Сем тога, и само друштво има одређени интерес који се тиче сексуалних односа. Тај интерес се огледа у томе да у извесној мери има одређен утицај кроз надзор и контролу. Тај надзор и контрола је веома различита, почев најпре од обичајних правила која вуку корене још из прошлих векова, (обухватајући тиме и моралне забране и табуе који су већим делом стварани под утицајем религије), али исто тако и кроз форму и институцију брака и породице. Најзад, надзор и контрола сексуалних односа се остварује и путем правних норми од којих је свакако најизраженије кривичноправно регулисање одређених облика испољавања сексуалности. Дакле, креће се од неке врсте благог прекора, више заснованог на савести и моралу појединца па до кривичноправне репресије.⁵

⁵ Маклецов истиче да држава не може да преузме на себе задатак уређења сексуалног питања у његовом целокупном облику, као што је то мислио грчки филозоф Платон у својој концепцији идеалне државе... С друге стране држава не сме све препустити слободној одлуци појединца, јер би из тога могла настати тзв. сексуална анархија. – Видети: А. Маклецов, Кривична дела против јавног морала у Кривичном законику Краљевине Југославије, Архив, бр. 1-2, Београд, 1930, стр. 3.

Сексуални односи су веома сложен биолошки, психолошки и социолошки феномен.⁶ Сексуални нагон представља један од најснажнијих човекових нагона. С једне стране тај нагон је везан за размножавање односно потреба за продужењем људског рода, а с друге стране сексуалним нагоном се настоји задовољити сексуална страст (*libido sexualis*). Управо те две стране сексуалног нагона проузрокују сукобе како међу појединцима тако и између појединаца и друштва.

За појединца и друштво значај сексуалних односа и уопште сексуалности лежи у томе што треба подвући границу између прихватљивих и неприхватљивих сексуалних понашања. Да би се дошло до тог одговора и настојања да се нађе та граница треба прво одговорити да ли су сексуална понашања и сексуални односи универзални и непроменљиви или се они разликују од друштва до друштва у одређеном времену. По једном схватању питање сексуалности и сексуалних односа је исто "од кад је света и века" и тако ће бити док траје и људска цивилизација. Сексуалне функције човека су исте као што су биле у прошлости, а самим тим и сексуални односи су се вршили на исте начине. Дакле, реч је непроменљивим и универзалним сексуалним односима. Друго схватање полази од тога да разлика постоји и да зависи од одређених друштвених односа и степена културне развијености одређене средине. Између ове две крајности најприхватљивије би било мишљење да би требало узети аргументе обе стране у обзир.⁷

Питање сексуалних односа и уопште сексуалности представља најинтимнији део човекове личности и живота. Због тога је ово питање увек осетљиво а уједно и проблематично, а нарочито уколико држава својим инструментима може и мора да интервенише. Најчешће држава настоји да се не меша у те односе или да се меша путем различитих норми које нису репресивног карактера (нпр. путем породичног права које садржи више одредаба у вези

⁶ Сексуалност је изразито сложена и свеобухватна категорија која се односи на физиолошке, социјалне и културне карактеристике човека – Cohn, S.F., Gallagher, J.E. *Crime and Creation of Criminal Law: A Partial Model*, *British Journal of Law and Society*, 1977., n.2. p.227.

⁷ Видети: З. Стојановић, *Критеријуми одређивања инкриминација, уопште и у сфери сексуалних односа*, докторска дисертација, Љубљана, 1981, стр. 143-144.

забране склапања брака и сл.).

С тим у вези, постоји општа сагласност да је ова сфера по својој природи специфична и да је веома тешко регулисати правним нормама. Када се то чини, нужно се задире у интимни живот појединца, па се настоји колико је могуће да се ти односи регулишу моралним нормама које постоје у свести људи, а које и средина у којој живи намеће.

Развој науке о човеку и друштву уопште, нарочито у двадесетом веку, пре свега биологије, медицине, социологије, психијатрије, сексологије су утицали да се схватање људи мењају када је реч о сексуалности. Томе је свакако допринела и либерализација односа међу људима, стални напредак демократизације као и подизање културног и образовног нивоа уопште код људи. Такође и технолошка достигнућа, телевизија, компјутери, интернет и сл. су утицали да се много брже упознајемо са свим достигнућима из поменутих научних дисциплина. Све ово је довело до сазнања не само код научника него и код великог броја људи да за одређене сексуалне радње не треба пружати кривичноправну заштиту. Може се рећи да "их је време прегазило" те сходно томе у законодавствима многих земаља (укључујући и наше) се постепено вршила декриминализација одређених понашања као што је прељуба, проституција, ванбрачна заједница између пунолетних лица, добровољни хомосексуални односи између пунолетних лица, јавно вршење блудних радњи, завођење итд.

1.2. Однос сексуалности и кривичног права

Досадашњи развој кривичног права у савременим друштвима показао је универзалну тенденцију сталног ширења граница кривичноправне заштите, што за последицу с једне стране има сувише широко задирање у слободу појединца док с друге стране води још неефикаснијој заштити оних добара којима је она заиста неопходна.⁸ Међутим, код сексуалних деликата та тенденција управо иде у обратном правцу, нарочито када је слобода појединца у питању. Узимајући у

⁸ З. Стојановић, Кривично право, општи део, Београд, 2000, стр. 87.

обзир све модерне тековине, које су између осталог имале за последицу и декриминализацију одређених сексуалних понашања, кривичноправне норме остају и даље неопходне, али само као крајње средство којим се утиче на сексуалне односе у друштву. При томе се не сме превидети утицај моралних норми, улога одређених друштвених чинилаца као ни утицај јавног мњења које последњих година има све већи значај и улогу.

Дакле, може се поставити питање каква је улога кривичног права у овој области? "Улога" је по могућству рестриктивна са тенденцијом да се што мање користи. Наиме, једино путем кривичноправне репресије од стране друштва се задире оштро и драстично у сексуалну сферу, а што је последица саме природе кривичноправних санкција. То се пре свега односи на ситуације када се сексуална слобода појединца угрожава или повређује сексуалном слободом другог појединца. Под сексуалном слободом подразумевају се првенствено следеће посебне могућности: 1) слободу слободног избора да ли ће имати сексуални однос, 2) слободу воље у избору личности са којом ће он остварити, те 3) могућност слободног избора конкретног начина реализације тог односа.⁹ Дакле, сексуална слобода да ступа у сексуалне односе, располаже својим телом, се подразумева и није законом прописана. Границе у којем је сексуална слобода једино омеђена – су одређене кривичним и прекршајним законодавством.

Може се рећи да сексуална слобода има свој активни и пасивни аспект. Активни аспект се састоји у праву појединца да слободно испољава или не испољава сопствене сексуалне потребе, док пасивни аспект значи да нико против воље појединца не сме да га користи као сексуални објекат. За одређивање инкриминација у сексуалној области превасходно је од значаја овај други аспект, обзиром да је непосредна кривичноправна заштита усмерена ка том другом праву. Ипак, не може се сексуална слобода посматрати искључиво са пасивног аспекта те у том смислу се кривичноправна заштита пружа и првом (активном) аспекту,

⁹ Видети: М. Шкулић, Малолетници као учиниоци и као жртве кривичних дела, Београд, 2003, стр. 535.

дакле штити се у целини.¹⁰ У страној литератури је заузет сличан став по коме сексуална слобода има своју негативну и позитивну страну.¹¹ Међутим, у којој мери ће кривично право бити коришћено зависи од више фактора – од схватања сексуалности у одређеном друштву, развијености друштва, политичких прилика, утицаја и значаја обичаја и религије итд.¹²

Историјски гледано код нас је кривично право дубоко улазило у сферу сексуалних односа. Таква ситуација је, на неки начин, била присутна све до доношења Кривичног законика Србије 2005. године. Хронолошки, уназад скоро век и по, тачније још од Кривичног законика Србије из 1860. године се осећао утицај страног законодавства и у овој области и то нарочито утицај кривичног права германских народа. Т. Живановић је приметио да наведени кривични законик има исте деликте "против моралности као у немачком покрајинском законодавству".¹³ Немачко кривично право је наставило свој утицај и даље на овим просторима у области сексуалних деликата, што се одразило и кроз Кривични законик Краљевине Југославије из 1929. године. Шта више, тај утицај је растао стварајући нова кривична дела и кроз делимично поштравање казне.¹⁴

Летимичним поређењем КЗ из 1929. године и КЗ из 1951. године лако се може уочити да између ова два кривична законика код сексуалних деликата нема разлика. Из тога произлази да нема прекида континуитета између КЗ старе Југославије и КЗ нове Југославије (а који се иначе означава као почетак савременог кривичног законодавства). Доношењем Новеле из 1959. године, а

¹⁰ О томе више: З. Стојановић, Критеријуми одређивања инкриминација, уопште и у сфери сексуалних односа, докторска дисертација, Љубљана, 1981, стр. 163.

¹¹ Видети: F. Lemme, *Delitti contro la liberta sessuale*. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, 1974, p. 555.

¹² З. Стојановић истиче да "колико кривично право треба да задире у сексуалне односе да би се постигао оптимални ефекат како за друштво тако и за појединце, зависи од реалног уочавања друштвено опасних сексуалних понашања и сексуалних друштвених односа угрожених тим понашањима који се на други начин осим кривичним правом не би могли заштити." – *op. cit.* стр. 142.

¹³ Т. Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије*, посебни део, друга књига, Београд, 1936, стр. 81.

¹⁴ *Ibid*, стр. 81.

нарочито доношењем кривичних закона република и покрајина из 1977. године прекида се та традиција и врши се укидање неких инкриминација, ублажавају се друге, али доносе се и нове инкриминације. Тиме се прави заокрет у савременом кривичном законодавству тадашње Југославије, а уједно и тадашње Србије. Међутим, тек са доношењем КЗ Србије из 2005. године у области сексуалних односа дефинитивно се прекида са ранијом традицијом, називима појединих кривичних дела и прихватају се савремена решења која су прихваћена у многим европским кривичним законодавствима, о чему ће бити у наставку више речи.

У теорији се (а што је и пракса потврдила) истиче да "ма како то чудно звучало, сексуални криминалитет је релативно модеран феномен".¹⁵ Иначе је за сексуални криминалитет карактеристично да се одликује израженом "тамном бројком".¹⁶ То значи да је број извршених кривичних дела против сексуалне слободе много већи него број пријављених кривичних дела наведених у званичним статистикама.¹⁷ Ова констатација може се слободно рећи важи за све државе света, па и за нашу. Због тога би се могло поставити питање да ли би неко наднационално кривично право или међународно кривично право које би било другачије уређено, које би било обавезујуће за одређен број држава, па и шире успело да сузбије овај поменути феномен. Другим речима, да ли би кривично право које би у међународним односима било уређено на другачији начин, шире по обиму и ефикасније у деловању могло "носити" са овом врстом криминалитета. Одговор у овом тренутку тешко се може дати. Ипак, аутор изражава сумњу да чак и када би се којим случајем створило једно светско кривично право (што је веома мало вероватно, боље рећи готово немогуће) да би се ситуација у погледу значајнијег сузбијања ове врсте криминалита побољшала.¹⁸

¹⁵ Wilson, C. C, A History of Forensic Detection, "Warner Books – A Warner Communications Company, USA, 1991, стр. 329.

¹⁶ Schwind, H. D. Ahborn, W. und Weiss, R., Dunkelfeldforschung in Bochum 1986/87, "Bundeskriminalamt", Wiesbaden, 1989, стр. 5.

¹⁷ Nettler, G., Explaining Crime, Second edition, McGraw-Hill Book Company, New York, St. Louis, San Francisco, 1978, стр. 95.

¹⁸ У вези с тим занимљиво је да у Европској унији када се расправљало о постојању кривичног права на нивоу Уније су постојала мишљења да када се говори о "криминалитету који не познаје границе" уједно се може говорити и о кривичном праву који не познаје границе, јер треба имати у

Шта би кривично право требало да штити односно чему да не пружа заштиту?

Неспорно је да природни сексуални односи уз пуну сагласност партнера, не треба негативно вредновати нити треба инкриминисати. То значи право на самоопредељење како у вези избора партнера, тако и у вези врсте сексуалне активности при чему се подразумева да се мора радити о лицима која су физички и психички зрела и одговорна. Психофизичка зрелост, која је фактичко питање, треба признати свим лицима чија развијеност омогућава нормалне сексуалне односе. У погледу сексуалне активности се подразумевају све врсте сексуалног понашања. Дакле, штити се сексуални односи зрелих и одговорних појединаца који ступају у исте свесно и добровољно. Из тога произлази да је за појединца, али и друштво у целини веома значајно да се не примењује никаква принуда (психофизичко насиље), нити било који вид сексуалне експлоатације. С тим у вези Светска Здравствена Организација дефинише сексуално насиље односно сексуални криминалитет као интерперсонално насиље до чијег извршења долази "применом физичке силе, претњом, наношења повреда или повређивањем, против друге особе или групе лица или заједнице, која лако може довести до или има велики изглед да ће довести до повређивања, смрти, психолошких последица, поремећаја развоја или депривације"¹⁹

Сходно изложеном, уобичајено је схватање да кривичноправну заштиту треба пружити првенствено "нормалним" (природним) сексуалним односима. Дакле, "другим" сексуалним односима не би требало пружати ту врсту заштите без обзира на добровољност. Међутим, логично се јавља питање који су то критеријуми који би направили границу између ове две врсте сексуалних односа и ко их одређује?

виду да се криминалитет неће зауставити на спољним границама Европске уније, па би стога требало стварати једно светско кривично право. - Weigend, Th: Mindestanforderungen an ein europaweit geltendes harmonisiertes Strafrecht, in: Strafrecht und kriminalität in Europa, Baden – Baden, 2003, стр. 65.

¹⁹ Violence: a public health priority. Geneva, World Health Organization, 1996 (document ЕНА/SPI/POA).

Шта би били "нормални" (природни), а шта "ненормални" (неприродни) сексуални односи? На то питање није могуће дати одговор из више разлога. У данашње време, када су се многа схватања у погледу сексуалности променила – либерализација мушко-женских односа, другачије гледање на моралне норме итд. имало је за последицу да многа сексуална понашања која су сматрана ненормална и неприродна више то нису. Све више преовлађује схватање да треба више различитих сексуалних понашања третирати као природне и нормалне, односно редуковати сексуална понашања која се сматрају неприродним и ненормалним, и као таква да имају кривичноправну заштиту. Оваква тенденција постоји у великом броју држава, а ни наша држава у том погледу није изузетак. Евентуално, овај став се не би односио на оне државе у којима је религија доминантна или које су по својој природи диктаторске.

Сходно томе, критеријуми за уочавање и издвајање друштвено опасних сексуалних понашања не треба тражити у нормалности или ненормалности појединих облика испољавања као таквих, већ у начину и условима под којим се неко сексуално понашање врши.²⁰ Наиме, свака сексуална девијација без обзира на своје узроке није нужно и криминална. Значајније је да се одвија уз сагласност партнера него какве сексуалне радње предузимају. Једна сексуална радња може имати различит значај и може бити позитивна и прихватљива за друштво док у другом случају та иста сексуална радња може бити негативно вреднована и имати карактер друштвено опасног понашања. Нпр. хетеросексуална обљуба се може вршити из љубави између одраслих партнера, а такође може се вршити уз употребу најгрубљег насиља.²¹

Као закључак се намеће да је потребно инкриминисати све оне радње, у области сексуалних односа, у којем нема добровољности (сагласности) другог лица. Ипак, и ту постоје две различите ситуације. У првој ситуацији нема добровољности односно сагласности лица за било коју сексуалну радњу. Лице

²⁰ З. Стојановић, *op. cit.* стр. 157.

"Ништа не треба да је кажњиво што је слободно и споразумно, а све је друштвено опасно и противправно, те кажњиво, ако се ради употребом насиља и злоупотребом" – Љ. Бавцон, Могућности нових инкриминација и декриминација у југословенском кривичном законодавству, ЈРКК, бр. 4, 1974, стр. 581.

²¹ З. Стојановић, *op. cit.* стр. 158.

које предузима такве радње користи силу или претњу тако да пристанка добровољног од стране другог лица нема или користи (злоупотребљава) одређено стање физичке немоћи и врши сексуалне радње над другим лицем, такође без добровољног пристанка. Неспорно је да је ту неопходна кривичноправна заштита.

Друга ситуација је специфичнија, јер добровољности нема, али пристанка има. Тај пристанак је проузрокован силом или претњом нижег интезитета, уценама, одређеним својствима жртве или посебног односа у којем се налази учинилац са жртвом. Код ове ситуације може се говорити о две врсте случајева. Прва, да се не треба пружати кривичноправна заштита обзиром да пристанак постоји иако је изнуђен односно дат под одређеним притиском. Разлог за то је што законодавац не може да инкриминише све ситуације и пружи заштиту од свих ризика. Сем тога, у неким ситуацијама је могуће и да се заштита сопственог телесног и сексуалног интегритета и сама обезбеди. Ипак, у неким случајевима кривичноправна заштита мора да постоји и то нарочито када појединци који због својих психичких и физичких особина су више подложни притиску или не могу да схвате значај вршења сексуалних радњи које неко лице према њима предузима. Ту се пре свега мисли на малолетна лица, а нарочито децу која су по природи ствари психички и физички незрела, те није им дато право да у нормалним приликама имају право на самоопредељење или се налазе у каквом односу зависности према учиниоцу.

Према томе, поред лица која имају право на сексуално самоопредељење, дакле лица која су достигла психофизичку зрелост, која добровољно врше сексуалне радње, кривичноправну заштиту треба пружити и лицима која не могу да врше право на сексуално самоопредељење. То се односи на лице која услед неких својих психичких сметњи или психичке неразвијености (дете, душевно болесно или заостало лице, лице које је привремено душевно поремећено) није свесно свих последица свог пристанка, или се на његову вољу, уколико она уопште постоји, може лако утицати што значи да се у тим случајевима не ради о вољном и свесном пристанку на ступање у сексуални однос.

1.3. Однос кривичног права према заштити деце у области сексуалних односа

Када је у питању сексуални интегритет малолетних лица (подразумевајући под тим појмом и дете) и од када је почело да се овој популацији даје на значају, кривичноправна заштита показује сталну тенденцију ширења. Таква криминално-политичка тенденција посебно је уочљива у савременом кривичном праву. У том смислу основни *ratio legis* посебне кривичноправне заштите деце и малолетника се темељи на друштвеној потреби ефикаснијег реаговања на повређивање или угрожавање лица најмлађих старосних категорија, што је у складу са суштинским хуманистичким тенденцијама у односу на младе нараштаје.²² Малолетници, а нарочито деца, су много више угрожени него одрасле, зреле особе, што је главни разлог да кривичноправна заштита за њих буде већа. Уосталом, нека кривична дела се могу извршити само према деци, нпр. убиство детета при порођају, обљуба са дететом итд. С правом је последњих година медијска пажња посебно усмерена на злоупотребу деце, под којим се подразумева непажња у односу на негу деце, али исто тако и физичке односно сексуалне злоупотребе, у шта свакако спада и дечја порнографија, с тим да сви облици злоупотребе деце могу да се испоље како у случају када дете својом вољом учествује у одређеним активностима (без принуде), тако и када се употребљава сила или претња.²³

Стога савремене научне концепције проширују заштиту малолетних лица и деце и кроз појмове злостављања и злоупотребе. Злостављање детета се може одредити као свако чињење или нечињење, које доводи у опасност или погоршава

²² М. Шкулић, *op. cit.* стр. 369.

И. Стевановић, с правом, истиче да у смислу свеобухватне друштвене интервенције у циљу заштите, између осталог, и сексуалног интегритета малолетних лица заштитна функција кривичног права је његова основна и најважнија функција. – И. Стевановић, *Кривичноправна заштита малолетних лица*, докторска дисертација, Београд, 2008, стр. 19.

²³ Видети: М. Шкулић, *op. cit.* стр. 369. и S.T. Reid, *Crime and Criminology*, Ninth Edition, “Mc Graw Hill”, Boston, New York etc, 2000, p. 198.

физичко или емоционално здравље детета и његовог развоја.²⁴ Према дефиницији коју је одредила Светска здравствена организација – злоупотреба или злостављање детета обухвата све облике физичког и/или емоционалног злостављања, сексуалну злоупотребу, занемаривање или немаран поступак, као и комерцијалну или другу експлоатацију, што доводи до стварног или потенцијалног нарушавања здравља детета, његовог преживљавања, развоја или достојанства у оквиру односа који укључује одговорност, поверење или моћ.²⁵ У том смислу, злостављање или злоупотреба детета може бити испољена на више начина и то физички, сексуално, емоционално, у виду занемаривања и немарног поступања и експлоатације. Прецизније речено, злостављање се може испољити у форми физичког напада, психичког напада, емоционалне депримиције, небриге о детету или сексуалне експлоатације.²⁶ Појам злоупотребе се током времена ширио и данас под овим појмом подразумевамо оне односе према малолетним лицима у којима се она користе ради неких интереса и потреба других особа у односу на потребе и интересе њих самих, тј. где долази до осујећења њиховог оптималног развоја.²⁷

Појам злостављања се користи за означавање оних догађаја, ситуација, стања или понашања којима се повређује интегритет и оштећује развој детета, а који се огледају кроз активне злоупотребе моћи којима се директно наносе телесне и душевне повреде и оштећења и пасивни однос нечињења према стању и потребама детета који осујећује задовољавање развојних потреба или доводи до пропуста у нези и осигурању безбедности који имају за последицу повреде и оштећења. Злостављање се манифестује кроз појавне облике физичког, сексуалног

²⁴ Gilbert, J.N, Criminal Investigation, “Charles E. Merrill Publishing Company A Bell & Howell Company, Columbus, 1980, p. 386.

²⁵ WHO, Report on consultation on child abuse prevention, 29-31 March 1999, Geneva, World Health Organization, 1999. (document WHO/HSC/PVI/99.1).

²⁶ Younger, E.Y, Child Abuse: The problem of The Abused and Neglected Child, California Department of Justice, Attorney General’s Criminal Law, Division and Crime Prevention Unit, Sacramento, 1976, p. 8-8.

²⁷ И. Стевановић, *op. cit.* стр. 15.

и емоционалног злостављања и занемаривања.²⁸ Имајући у виду тему овог рада нећемо улазити у све облике злостављања и злоупотребе детета, већ ћемо тежиште ставити на његов сексуални аспект.

О сексуалној злоупотреби деце доста се писало у домаћој и страниј литератури. Тако нпр. се каже да сексуална злоупотреба детета је укључивање у сексуалну активност коју оно не схвата у потпуности, и није у стању да за то пружи информисану сагласност, или за коју дете није развојно дорасло и није у стању да се са њом сагласи, или ону којом се крше закони или социјални табуи друштва.²⁹ Сексуална злоупотреба деце би се могла дефинисати и као искоришћавање детета од стране старије особе за сексуално задовољавање. По овој дефиницији свака сексуална активност са дететом, без пристанка детета, или, чак, и уз његов пристанак, ако је млађе од четрнаест година, а ради постизања сексуалног задовољства код починиоца је сексуална злоупотреба, која обухвата читав низ понашања од вербалне злоупотребе без физичке грубости, попут опцених телефонских позива, разговора и алузија на секс и сексуалност, војеризма или пак читав дијапазон понашања, као што је додиривање детета, гледање, "прегледање" тела детета, са или без физичког контакта, показивање детету гениталија и слично.³⁰ Такође би се овај појам могао одредити и као

²⁸ Више о томе: Н. Жегарац, *Операционалне дефиниције злостављања - приручник за центре за социјални рад и друге службе у локалној заједници*, (уредили: М. Обретковић и Љ. Пејаковић), Југословенски центар за права детета, Београд, 2001, стр. 33. У том смислу и Н. Тањевић истиче да последица насиља над децом могу оставити како трајна телесна оштећења, тако и психичке последице које неретко доводе до ширења насиља и у следеће генерације, јер је познато да злостављано дете има предиспозицију да и само у будућности злоставља сопствену децу. – Више о томе: Н. Тањевић, *Кривичноправна заштита деце жртава сексуалног насиља у Србији*, Темида, број 12, 2010, стр. 21.

²⁹ В. Ишпановић-Радојковић – Н. Жегарац, *Дефиниције злостављања и занемаривања*, Приручник за примену општу протокола за заштиту деце од злостављања и занемаривања (уредила В. Ишпановић-Радојковић), Центар за права детета, Београд, 2006, стр. 14.

³⁰ Видети: Н. Тањевић, *op. cit.* стр. 20. Иста ауторка додаје и да се сексуална злоупотреба може да догоди само једном или пак да је реч о понављаној, хроничној злоупотреби, која траје годинама, све до силовања, са принудом на различите облике полног акта.

Разлози за такво девијантно понашање према деци су: а) рано сексуално, физичко или емоционално злостављање, б) одрастање у породици у којој су деца биле жртве сексуалног

навођење или приморавање детета или младе непунлетне особе на учешће у сексуалним активностима. То укључује вагинални, анални или орални однос и остале форме контакта са малолетником који се спроводи у сексуалне сврхе, нпр. сексуално додиривање или неконтактне сексуалне активности као излагање детета погледу, сексуалним активностима, воајеризам, приказивање порнографског материјала или навођење детета да се понаша на сексуалне, узрасно неприхватљиве начине.³¹ У страниј литератури, сексуална злоупотреба се дефинише као "забрањен сексуални контакт између одрасле особе и сексуално незрелог детета ради задовољења сексуалних потреба одраслог или ради стицања економске користи путем дечије проституције и порнографије"³² Други страни аутори означавају сексуално злостављање као сваки контакт са дететом где дете није дало пристанак или где се питање пристанка услед узраста и зрелости детета не може постављати,³³ или сваки контакт или интеракцију детета и одрасле особе

насиља, в) интерпретацију емоционалног одговора детета као израз жеље, сагласности и уживања у сексуалном чину, г) ефеката биолошких фактора, а пре свега хормоналних и хромозомских аберација које предиспонирају развој девијантне сексуалности, д) постојање ранијег искуства сексуалног узбуђења у контакту са децом које се кроз мастурбативне фантазије учвршћује као трајни образац сексуалности и најзад под њ) изложеност сексуалним садржајима који укључују децу, било кроз форму дечије порнографије или прогресивно еротизујуће културе која обухвата и дечије представе. – Видети: O' Reilly G, Handbook of clinical intervention with young people who sexually abuse, Psychology Press, New York, 2004.

³¹ Н. Жегарац, Деца која чекају, Изазови и трендови праксе и заштите деце од злостављања, Центар за права детета, Београд, 2004, стр. 32.

³² Conte, J. R, Child sexual abuse: awareness and backlash, The Future of Children, Sexual Abuse of children, Volume 4 – Number 2 – summer/fall 1994, стр. 225.

³³ Finkelhor, D, The international epidemiology of child sexual abuse. Child Abuse and Neglect 18: 1994, стр. 409-17,

Сексуално се злостављају деца оба пола и свих узраста, од беба старих неколико месеци до пунолетства, најчешће на узрасту између седам и тринаест година. Неки аутори наглашавају да је број деце млађе од шест година потцењен јер деца до тог узраста ретко откривају злоупотребу... – Више о томе: Н. Жегарац, *op. cit.* стр. 31. У другом правном извору, наилазимо на исти податак да се сексуална злоупотреба деце дешава у свим узрастима, али се овде истиче да је најчешћи почетак између четврте и осме године живота или у адолесценцији. – В. Ишпановић-Радојковић и Т. Игњатовић, Препознавање злостављања и занемаривања – Приручник

у којем долази до вагиналног, аналног или оралног односа, као и све друге облике контакта са дететом које су спроводе у сексуалне сврхе. Сексуални контакт детета са другом особом која је старија и која има моћ и контролу над њим, представља такође сексуално злостављање.³⁴

Из оваквог поимања сексуалне злоупотребе и злостављања детета се може закључити да је њихов садржај или суштина фактички "преточена" у КЗ Србије, али и у друге стране КЗ уз извесне разлике и специфичности, имајући при томе у виду својства и околности која се односе како на дете, тако и на самог учиниоца, а које су нашли примену кроз више кривичних дела против полне слободе.³⁵ Наизглед, кривична дела против полне слободе "вуку корен" из појмова сексуалног злостављања и злоупотребе детета. Но, гледано из историјског угла "старија" су кривична дела против полне слободе јер су (додуше у измењеном облику) постојала још почетком 19. века, а чију основу имамо данас. Код нас су ова дела "започела своје постојање" са Криминалним (Казнителним) закоником за Кнежевину Србију из 1860. године, за разлику од појмова сексуалне злоупотребе и злостављања детета који се појављују тек у 20. веку. Може се рећи да се овим појмовима у ствари настојало да обухвати (синтетизује) сви облици кривичних дела сексуалног карактера према деци који постоје.

Амерички теоретичар Хентиг³⁶ је средином прошлог века направио поделу жртава одређеног кривичног дела, према којем би жртва у смислу овог рада могле

за примену општег протокола за заштиту деце од злостављања и занемаривања (уредила В. Ишпановић-Радојковић), Центар за права детета, Београд, 2006, стр. 26.

³⁴ Child sexual abuse: Incest, assault and exploitation, Special report, National Center on Child Abuse and Neglect (NCCAN), Washington DC; HEW, Children's Bureau, august, 1978.

³⁵ И. Марковић истиче да "сексуално злостављање и искориштавање дјече представља такав облик криминалитета којег у савременом друштву карактерише изузетна експанзија, динамика, организованост и транснационална повезаност, а посебно старосна доб и узраст жртава које су њиме погођене. У том погледу, овај вид избија у сам врх најопаснијег криминалитета, јер је усмјерен према дјечи, посебно женског пола, што може имати веома негативне импликације на психички и физички развој њихове личности" – И. Марковић, Међународни оквири и стандарди кривичноправне заштите полног интегритета дјече и малољетника, Годишњака Правног факултета у Бања Луци, број 33, 2011, стр. 160.

³⁶ Hentig, Criminal and his Victime, Cansas City Archon Books, 1967.

бити подељене у две групе: потпуно невина и незнатно крива жртва. Потпуно невина жртва би била она која својим понашањем ни у једном случају не може бити повод нити узрок напада на своје тело. При томе се мисли на новорођенче, одојче и сасвим мало дете. Старија деца, нарочито она изнад дванаест година могу својим понашањем, облачењем, речима изазвати учиниоца. Потпуна несразмера између учиниоца и жртве (физичка снага, психичка неразвијеност, способност за одбрану итд.) изражено је толико да се и те жртве, а нарочито мања деца никако не би могле уврстити у трећу Хентигову категорију "подељено кривих жртава".³⁷

Ноторна чињеница је да је дете увек недужна жртва. Његов узраст, те већ поменута неспособност за одбрану, као и страх да се кривично дело које је учињено према њему пријави, чине децу нарочито погодне за жртве сексуалног карактера. Та деца, жртве сексуалног злостављања и злоупотребе, су и мушког и женског пола у узрасту фактички од самог рођења па до пубертета. Међутим, сматра се да одређени чиниоци као што су степен наивности, незрелости и поверења која деца имају у одрасле особе утичу да су у највећем ризику деца између четврте и девете године живота.³⁸ Управо ови фактори (који нису и једини) доводе до тога да се као учиниоци најчешће јављају особе које су у сталном и блиском контакту са децом, пре свега родитељи, родбина, пријатељи, учитељи, наставници, познаници, комшије и сл.³⁹ Другим речима, сва она лица која проводе извесно време са децом и према којима деца имају емоционални однос, а пре свега лица у која деца имају поверење. Следствено томе, то нужно има за последицу да када су у питању мала деца, учиниоци су сигурни, обезбеђени јер због свог узраста нису у стању да кажу шта им се дешава, нити

³⁷ Видети: О. Јелачић, М. Ловретић, Ж. Марушић, М. Мрасс, Е. Барић, М. Делфини-Гојанић – Дијете и малољетник као жртва насиља, часопис Наша законитост, број 2, 1986, стр. 166.

³⁸ Тако мисли: Н. Тањевић, *op. cit.* стр. 20.

³⁹ И. Стевановић у том смислу и истиче да су злостављачи детету најчешће познате и блиске особе које су им запретиле да "њихову малу тајну" не смеју никоме открити, јер ће нпр. "тата завршити у затвору и никада се више неће видети", односно "мама их више неће волети", а нису ретки ни случајеви да се деца жртве сексуалног злостављања плаше да ће их злостављач, уколико се неке повере, истући или убити. – И. Стевановић, Осврт на нека питања сексуалног насиља према деци, Часопис Темида, број 3, 2002, стр. 42.

имају свест о томе, а камоли да тако нешто пријаве. Када су у питању деца старијег узраста, јавља се проблем друге врсте, а то је страх, осећај кривице али и изражени осећај срамоте који опет има за последицу сигурност и "лагодан осећај" учиниоца да неће бити пријављен или откривен.

У данашње време готово да нема кривичноматеријалног права које не даје посебан значај када се ради о кривичним делима где је дете пасивни субјект, а нарочито код "сексуалних" кривичних дела. Савремени кривичноправни (кривичнопроцесни) системи нарочиту пажњу указују ситуацијама у којима се дете или малолетник појављују у улози оштећеног односно сведока у кривичном поступку.⁴⁰ Ово је нарочито изражено када се дете појављује као жртва одређених кривичних дела, пре свега сексуалних, и пре свега у ситуацијама када се као учинилац појављује лице које је блиско жртви која је дете.⁴¹

Долазимо и до тога каква је улога кривичног права у међународним оквирима у заштити деце у области сексуалних односа. На ово комплексно питање није једноставно одговорити, али због бољег сагледавања овог проблема треба направити један кратак историјски осврт. Наиме, деца су у међународном праву, тек у скорије време призната као посебно осетљива и специфична категорија за чију заштиту нису довољни уобичајени механизми заштите предвиђени људским правима. У Европи је тек негде у 17. веку дете почело да се сматра као посебно осетљиво биће, а до тада су људи услед велике смртности деце, веровања да је њихов живот у рукама виших сила, непостојања институционализованих форми образовања, нису посматрали децу као особе са посебним одликом или природом.⁴²

Савремена слика о детету у европској цивилизацији је продукт новог доба и може се пратити тек од 17. века. Све до тада немамо података који поткрепљују чињеницу да је детињство постојало као концепт само по себи. Током 16. и 17.

⁴⁰ Више о томе: М. Шкулић, *op. cit.* стр. 368.

⁴¹ D. Dolling und V. Erb (Hrsg), *Festschrift für Karl Heinz Gossel zum 70. Geburtstag*, am 16. Oktober 2002.

⁴² С. Воркапић, *Заштита деце жртава трговине и одабрани међународни документи – Трговина децом у Србији, претња или реалност*, Центар за права детета, Београд, 2006, стр. 30.

века, с појавом образовања, долази до препознавања детињства као посебног социјалног конструкта. Од детета, особе која је била у власништву родитеља практично све до 19. века, и где није било никаквих друштвених механизма за контролу и санкционисање понашања који се могу одредити као злоупотреба, злостављање и занемаривање, са индустријализацијом долазимо до првих законских решења.⁴³ Још је осамдесетих година 19. века, француски лекар Амброаз Тардије указивао стручној и широј јавности на патње хиљада деце жртава сексуалне злоупотребе. Годинама после његове смрти, бројни скептици критиковали су његове налазе и гледишта тврдећи да су деца износила своје сексуалне фантазије.⁴⁴ У то време се појавио и израз "педофилија" који у свом изворном значењу представља љубав било које врсте према деци.⁴⁵ Тај израз "pedophilia erotica" први пут налазимо у књизи *Psychopathia sexualis* аустријског психијатра Ричарда фон Крафт-Ебинга из 1886. године у којој говори о више аспеката сексуалне злоупотребе деце.⁴⁶ Швајцарски сексолог Огист Форел је 1906. године предложио термин "еротска педофилија" за перверзну сексуалну наклоност према деци. Ипак касније је придев "еротски" изостављен, те је педофилија остала термин за сексуалну наклоност према деци без обзира на пол.⁴⁷ Педофилија, према дефиницији DSM-IV-TR (APA, 1994), подразумева постојање интензивних сексуалних фантазија, као и сексуалних активности, особе која је стара најмање шеснаест година, а чије су фантазије и активности усмерене на

⁴³ М. Обретковић, Детињство и права детета – еволуција концепта, у књизи М. Јањић-Комар и М. Обретковић, *Права детета – права човека*, Београд, 1996, стр. 17-34.

⁴⁴ Conte, J. R, *Child sexual abuse: awareness and backlash, The Future of Children, Sexual Abuse of children, Volume 4 – Number 2 – summer/fall 1994*, стр. 224-232. – цитирано према Н. Жегарац, *op. cit.* стр. 28.

⁴⁵ Израз педофилија потиче из грчког језика – паис, паиос што значи дете и пхилеин што означава пријатеља или лице које воли, те би у буквалном преводу значило пријатељ деце или љубитељ деце. У медицинском смислу значило би постојање сексуалног нагона према деци супротног пола. – видети: М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 1954. стр. 699.

⁴⁶ Krafft – Ebing R. *Psychopathia sexualis* (1886), Reprinted by Arcade Publishing, (1998), New York

⁴⁷ Н. Алексић, Коментар члана 180. Кривичног законика Републике Србије (са освртом на упоредно право), *Часопис Страни правни живот, Институт за упоредно право број 2/10*, Београд, стр. 351.

препубесцентну децу (узраста тринаест година или млађе) током периода од најмање шест месеци. Додатно, да би се поставила дијагноза педофилије особа мора бити бар пет година старија од детета.⁴⁸ Поједини теоретичари сматрају да педофили кроз сексуални однос са дететом компезују ниско самопоштовање, развијајући осећање моћи, омнипотенције (свемогућности) и контроле,⁴⁹ односно да педофили кроз своје поступке поново реодигравају трауматизујућа искуства из детињства, у којем сада кроз измењену констелацију снага, педофил као напасник пролази и превазилази раније доживљена осећања срамоте и немоћи.⁵⁰

Након Другог светског рата нарочито долази до изражаја промена става о дечијим правима, тако да данас имамо "каталог права детета". Садржај тих права одражава управо оно схватање по којима је дете носилац права, а самим тим и носилац захтева.⁵¹ Под појмом права детета мислимо на права која су по својој природи људска и која свако дете има без обзира у којој држави живи, политичком, културном, економском окружењу, у складу са каквим традицијама, обичајима и веровањима се развија.⁵² У данашње време издвојила се посебна целина – права детета која су призната међународним правом кроз бројне међународне уговоре и конвенције.

Конвенција Међународне организације рада број 5. о минималном узрасту за запошљавање у индустрији из 1919. године и Конвенција Лиге народа о сузбијању промета жена и деце из 1921. године су први документи међународног карактера којима се деци (у делимичној мери) пружа заштита од сексуалне експлоатације. Ове две конвенције представљају пионирски подухват који је отворио врата значајнијој заштити деце уопште, али и у области сексуалних односа. У вези Конвенција Међународне организације рада, треба истаћи и

⁴⁸ American Psychiatric Association, Diagnostic and statistical manual of mental disorders (4th ed.), Washington, DC: American Psychiatric Association (1994.)

⁴⁹ Finkelhor D, Child sexual abuse: New theory and research, New York: The Free Press (1984)

⁵⁰ Morrison T, Erooga M, Becket R.C, Sexual offending against children-assessment and treatment of male abusers, New York: Routledge (1994)

⁵¹ Више о томе: Н. Вуковић-Шаховић, Експлоатација деце с посебним освртом на Факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији, Центар за права детета, Београд, 2006, стр. 13.

⁵² С. Воркапић, *op. cit.* стр. 30.

Конвенцију МОР бр. 182. о најтежим облицима људског рада усвојену 1999. године у Женеви, заједно са препоруком 190, која се односи на забрану и директно деловање ради укидања најтежих облика дечијег рада.⁵³ Под дететом се, у поменутој Конвенцији, сматрају сва лица млађа од осамнаест година (члан 2.), а под изразом најгори облици дечијег рада (члан 3.) се сматра, између осталог и коришћење, набављање или нуђење детета ради проституције, производње порнографије или за порнографске представе (члан 3. б.), те рад који је, по својој природи или околностима у којима се обавља, вероватно штетан по здравље, безбедност или морал деце (члан 3. д.). У поменутој Препоруци (којом се допуњују одредбе ове Конвенције) се код одређивања врста опасног рада, наводи да треба узети у обзир рад који излаже децу физичком, психолошком или сексуалном злостављању (поглавље II, члан 3. а.). У поглављу који се односи на спровођење ових одредби, у члану 12. се каже да чланице треба да утврде да најгори облици дечијег рада сматрају се кривичним делима, међу којима је и коришћење, налажење или понуда неког детета за проституцију, производњу порнографије или за порнографске сеансе.

Ипак, најважнији документ у области права детета на међународном плану је КОНВЕНЦИЈА О ПРАВИМА ДЕТЕТА која је донета 1989. године. Ова конвенција иначе представља главни правни основ за доношење националних закона.⁵⁴ Тиме се показало да је целокупно човечанство сазрело када су у питању

⁵³ Закон о потврђивању Конвенције МОР број 182 о најгорим облицима дечијег рада и Препорука МОР број 190 о забрани и хитној акцији за укидање најгорих облика дечијег рада, усвојила је Савезна скупштина на седници Већа грађана од 30. 01.2003. године и на седници Већа република од 17.12.2002. године тадашње Савезне Републике Југославије, а објављен је у "Службеном листу СРЈ – Међународни уговори", бр. 2/2003 од 31.01.2003. године

⁵⁴ Конвенција о правима детета је усвојена на Генералној скупштини Уједињених нација 20. новембра 1989. године. Претходиле су јој две декларације о правима детета из 1924. и 1959. године. Ова конвенција је општеприхваћена јер је до 2005. године ратификована од стране 192 државе света, укључујући и нашу (под тадашњим називом СФРЈ) још 1990. године. Занимљиво је да Сједињене америчке државе то нису учиниле, односно само су потписале а не и ратификовале, док Сомалија није потписала, па самими тим ни ратификовала. Поред ове конвенције, наша земља је ратификовала и више међународних уговора који се тичу права детета, а међу њима су: Конвенција о пристанку на брак, о минималној старости за склапање брака и регистрању

права детета и која се манифестују перманентом заштитом и промоцијом заштите тих права. Предвиђено је да је породица примарни амбијент где ће се дете подизати и развијати. Међутим ништа мања није ни одговорност државе у погледу остваривања права детета. Уосталом, у члану 18. став 2. Конвенције је и предвиђено да "стране уговорнице ће пружити одговарајућу помоћ родитељима или законским старатељима у остваривању одговорности за подизање детета и обезбеђивати развој установа, капацитета и служби за заштиту деце." Такође се налаже странама уговорницама да предузимају "одговарајуће законске, административне, социјалне и образовне мере за заштиту детета од свих облика физичког или менталног насиља, повређивања или злостављања, запостављања или немарног поступања, малтретирања или експлоатације, укључујући сексуално злостављање" (члан 19. став 1. Конвенције). Осим што државе имају обавезу да штите децу од свих облика сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања што се наводи и у члану 34. Конвенције, у истом члану се наводи да имају и обавезу да предузимају све одговарајуће националне, билатералне и мултилатералне мере за спречавање навођења или присиљавања детета на учешће у било којој незаконитој сексуалној активности, искоришћавању деце за проституцију или друге незаконите сексуалне радње и искоришћавање деце у порнографским представама и материјалима.

Конвенцијом су гарантована следећа права детета: право на родитељско старање, право на здравствену и социјалну заштиту, право на образовање, право на име и држављанство итд. Ипак, четири права представљају основне принципе и то: 1. право на живот, опстанак и развој; 2. најбољи интерес детета; 3. право на партиципацију и 4. право на недискриминацију. Под дететом се у смислу ове Конвенције подразумева свако људско биће које није навршило осамнаест година живота, уколико се по закону који се примењује на дете, пунолетство не стиче

бракова (1964), Конвенција о заштити материнства (1955), Европска конвенција о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања (2001) итд.

раније (члан 1).⁵⁵

Поред ових права, постоје и друга права која су више заштитног карактера и која су значајна за тему овог рада. Комитет за права детета (састављен од осамнаест независних експерата ради праћења процеса имплементације наведене конвенције у државама уговорницама) та права назива правима детета у посебним ситуацијама и која се, између осталог, односе на заштиту деце од сексуалног искоришћавања.

Конвенција, као најважнији међународни уговор о правима детета, заједно са националним законодавствима је кључна за остваривање права детета у свим државама уговорницама.

Поред Конвенције, најважнији међународни акт је Факултативни протокол уз конвенцију о правима детета о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији. Због дубоке забринутости због облика и карактера експлоатације деце, а нарочито дечије проституције и дечије порнографије, као и ради бољег постизања циљева Конвенције о правима детета и спровођења њених одредаба потребно је било да државе уговорнице прошире мере како би се заштитила деца од тих проблема као најчешћих. Због тога су државе усагласиле да треба да постоји Факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији који је и донесен и усвојен 25. маја 2000. године, а ступио на снагу 18. јануара 2002. године, а који је такође и наша држава ратификовала.⁵⁶

У члану 1. државе уговорнице су сагласне да ће забранити продају деце, дечију проституцију и дечију порнографију, као што је и предвиђено овим Протоколом. У члану 2. је дефинисано шта се подразумева под дечијом

⁵⁵ За разлику од нашег Кривичног законика где је граница четрнаест година за дете, а иста или слична је граница и у другим страним КЗ, овде се дететом подразумевају сва лица која нису пунолетна. – напомена М.М.

⁵⁶ Више о томе: Н. Вучковић-Шаховић, Кратак водич Експлоатације деце с посебним освртом на Факултативни Протокол уз Конвенцију о правима детета о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији, Центар за права детета, Београд, 2006, стр. 32.

проституцијом и дечијом порнографијом⁵⁷, док је у члану 3. одређено да свака држава уговорница ће обезбедити да као минимум у пуној мери буду обухваћене њеним кривичним делима или казним законом, без обзира да ли су таква дела извршена у земљи, трансационално, односно на индивидуалној или организованој основи између осталог и нуђење, испорука или прихватање, било којим средствима неког детета у сврху сексуалне експлоатације детета (члан 3. став 1. тачка 1.).

Значајне одредбе овог Протокола се односе на заштиту права и интереса деце жртава радњи забрањених управо овим Протоколом у свим фазама кривичног правосудног процеса (члан 8.), а нарочито:

- признавањем угрожености деце жртава и прилагођавањем поступака да би се признале њихове посебне потребе, укључујући њихове посебне потребе за сведока;
- обавештавањем деце жртава о њиховим правима, њиховој улози и обиму, временском распореду и напредовању поступка, и о разматрању њихових случајева;
- допуштањем да се у поступку у ком су угрожени њихови лични интереси представе и размотре гледишта, потребе и преокупације деце жртава, на начин који је у складу са правилима националног процесног права;
- обезбеђивањем одговарајућих служби подршке деци жртвама током читавог правног процеса;
- заштитом, на одговарајући начин, приватности и идентитета деце жртава и предузимањем мера у складу са националним правом, како би се избегло непожељно ширење информација које би могле довести до идентификовања деце жртава;
- осигурањем, у одговарајућим случајевима, безбедности деце жртава, као и безбедности њихових породица и сведока који сведоче у њихово име, од застрашивања и одмазде;

⁵⁷ О овоме ће бити више речи у глави V, код анализе кривичног дела Приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (члан 185.) – напомена М.М.

- избегавањем непотребном одлагања разматрања случајева и извршавања налога или уредби о давању обештећења деци жртвама;⁵⁸

Поред ова два, несумњиво најзначајнија међународна акта, треба напоменути и још неке конвенције које су од значаја за тему овог рада, као и неке наше домаће акте из ове области. Тако на пример, истичемо Конвенцију Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања (усвојене од стране Комитета министара Савета Европе, 25. октобра 2007. године на 1002. заседању заменика министара).⁵⁹ У преамбули ове Конвенције се констатује да су сексуално искоришћавање деце, посебно дечија порнографија и проституција, као и сви облици сексуалног злостављања деце, укључујући ту и она дела која се почине у иностранству, деструктивни по дечије здравље и психосоцијални развој. Примећујући да су сексуално искоришћавање и сексуално злостављање деце до те мере учестали, да су досегли забрињавајуће размере како на националном, тако и на међународном нивоу, посебно када је реч о томе да и деца и починиоци све чешће користе информационе и комуникационе технологије (ИКТ), као и да је за спречавање таквог сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања деце и борбу против њих неопходна међународна сарадња. Сматрајући да су благостање и најбољи интереси деце основне вредности које деле све државе – чланице и да оне морају бити промовисане без икакве дискриминације. У овој Конвенцији се као дете означава свако лице млађе од осамнаест година (члан 3. а.), а "жртва" означава свако дете које је подвргнуто сексуалном искоришћавању или сексуалном злостављању (члан 3. в.). У глави VI ове Конвенције која носи назив Суштинско кривично право у члану 18. је предвиђено кривично дело Сексуално злостављање. У члану 1. се каже да свака страна предузете неопходне законодавне или друге мере како би обезбедила да следећи видови намерног понашања буду криминализовани:

⁵⁸ Опциони протоколи уз Конвенцију о правима детета, Свеска 2 – Права детета и малолетничко правосуђе, одабрани међународни документи, Центар за права детета, издање УНИЦЕФ-а, стр. 18-19.

⁵⁹ Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања објављен је у "Службеном Гласнику РС – Међународни уговори", број 1/2010 од 21.05.2010. године

а) бављење сексуалним активностима са дететом које, сходно одговарајућим одредбама унутрашњег права, није навршило правни узраст у коме су сексуалне активности допуштене

б) ступање у сексуалне активности са дететом када је притом:

- примењена принуда, сила или претња; или

- злоупотребљен признати положај поверења, ауторитета или утицаја над дететом, укључујући ту и положају у породици; или

- злоупотребљена посебно осетљива ситуација у којој се дете налази, његов рањиви положај, првенствено због менталног или физичког хендикеп или зависности.

У члану 2. се каже да у смислу става 1. овог члана, свака страна одредиће старосни узраст испод кога је забрањено бављење сексуалним активностима са дететом, а у члану 3. се каже да одредбе члана 18. став 1.а) немају за циљ уређивање сексуалних активности међу малолетницима које се одвијају уз обострани пристанак.

За ову Конвенцију је карактеристично да је у члану 27. посебно предвиђено о санкцијама и мерама. Санкције обухватају казне које подразумевају лишење слободе и може послужити као основ за изручење. Поред тога, обухватиће и новчане кривичне и некривичне казне (став 2.) које могу обухватити и друге мере, а између осталог, омогућавање заплене и конфискације робе, докумената и других средстава коришћених за извршење кривичних дела или за омогућавање извршења кривичних дела која су установљена у складу а овом конвенцијом, као и зараде остварене извршењем тих кривичних дела или њихову материјалну вредност (став 3. а.).

Указаћемо и на значај Конвенције Савета Европе о високотехнолошком криминалу.⁶⁰ У преамбули се, између осталог, каже да су државе чланице Савета Европе свесне дубоких промена које је донела дигитализација, конвергенција и стална глобализација рачунарских мрежа, те да су забринуте због ризика да се

⁶⁰ Закон о потврђивању Конвенције о високотехнолошком криминалу Скупштина Србије усвојила 18. марта 2009. године, а објављен је у "Службеном Гласнику РС – Међународни уговори", број 19/2009 од 19.03.2009. године

рачунарске мреже и електронске информације могу користити и за извршење кривичних дела и да докази који се односе на таква дела могу бити сачувани и пренесени преко тих мрежа. У другом поглављу, који носи назив – мере које треба да се предузму на националном нивоу, у првом делу, у члану 9. су предвиђена "Дела у вези са дечијом порнографијом". У том члану се наводи да свака Страна уговорница треба да усвоји законодавне и друге мере,⁶¹ неопходне да би се као кривично дело у домаћем праву прописале следеће радње, када су учињене са намером и противправно:

а) производња дечије порнографије, у сврху њене дистрибуције преко рачунарског система;

б) нуђење или чињење доступним дечије порнографије преко рачунарског система;

в) дистрибуција или преношење дечије порнографије преко рачунарског система;

г) набављање дечије порнографије преко рачунарског система, за себе или за друго лице;

д) поседовање дечије порнографије у рачунарском систему или на медијумима за чување рачунарских података.

У ставу 2. се наводи да у смислу става 1. овог члана израз "дечија порнографија" обухвата порнографски материјал који визуелно приказује:

а) малолетника који учествује у експлицитно сексуалној радњи;

б) лице које изгледа као малолетник, које учествује у експлицитно сексуалној радњи;

в) реалистичне слике, које представљају малолетника који учествује у експлицитно сексуалних радњи;⁶²

⁶¹ Црна Гора је својим Законом о о потврђивању Конвенције о рачунарском криминалу који је донела 2009. године ставила више резерви на ову Конвенцију, између осталог и на ово кривично дело. Но, резерве у погледу предвиђања кривичног дела који се односе на дечију порнографију ставиле су и друге земље. – напомена М.М.

⁶² Полазећи од обавеза које је преузела усвајањем ове Конвенције – да се као кривично дело пропишу радње наведене у цитираном члану 9. Конвенције, Република Србија је као Страна уговорница доношењем Кривичног законика 2005. године, ту обавезу испунила у члану 185. -

У вези теме овог рада, свакако је корисно поменути Оквирну одлуку о борби против сексуалног искоришћавања деце и дечије порнографије из 2003. године.⁶³ Иако је она од значаја пре свега за Европску унију, јер се на њих односи, уколико би наша земља наставила прикључење према Унији, значајно би било и за нас.

У Оквирној одлуци се као и у претходно наведеним конвенцијама, као "дете" означава свако лице млађе од осамнаест година, а под појмом "дечија порнографија" се сматра порнографски материјал са сликовитим приказима:

- стварне деце која активно или пасивно учествују у једној очигледној сексуалној радњи, укључујући изазовно приказивање гениталија или интимног дела тела

- стварних људи са дечијим изгледом који активно или пасивно учествују у поменутој радњи

- реалистично приказивање нестварне деце која активно или пасивно учествују у поменутој радњи.

Може се лако уочити да је под знаком питања постојање легитимног заштитног објекта под другом и трећом тачком јер није јасно на који су начин угрожена деца, односно малолетници ако се ради о одраслим лицима са дечијим изгледом, или ако се ради о нестварним особама попут компјутерских анимација.⁶⁴ Одредба је проблематична и са аспекта начела законитости, тачније начела одређености (*lex certa*) као његовог саставног дела у погледу одраслог лица са дечијим изгледом, с обзиром на то да то не представља правну категорију, односно не можемо правно да обухватимо када неко изгледа као да има осамнаест година, а када изгледа као да има седамнаест година.⁶⁵

У члану 2. је предвиђено кривично дело сексуално искоришћавања деце које обухвата:

Приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију – напомена М.М.

⁶³ 2004/68/JXA

⁶⁴ Више о томе: И. Марковић, Материјално кривично право Европске уније, мастер рад, Београд, 2011, стр. 66-67.

⁶⁵ European Criminal Policy Initiative, Manifest der Europäischen kriminalpolitik, Zis, 12/2009, цитирано према И. Марковић, *op. cit.* стр. 67.

а) принуду деце на проституцију или на учествовање у порнографским представама или остваривање добити уз помоћ деце или какво друго искоришћавање деце у ове сврхе;

б) врбовање деце за проституцију или за учешће у порнографским представама;

ц) предузимање сексуалних радњи са дететом:

- уколико се употребљава принуда, насиље или претње,

- уколико се нуди новац или какве друге користи или противуслуге да би дете учествовало у сексуалним радњама, или

- уколико је један признати однос поверења, моћи или утицаја на дете злоупотребљен.

За овај (основни) облик кривичног дела предвиђена је казна од најмање једне до три године затвора.

Тежи облици овог кривичног дела представљају:

- принуда деце на проституцију или учешће у порнографској представи и сва наведена дела предузимања сексуалних радњи са децом;
- остваривање добити или какво друго искоришћавање деце и врбовање деце за проституцију или за учешће у порнографској представи, уколико се односе на проституцију и уколико постоји најмање једна од следећих околности: жртва је дете које према националном праву није навршило године полне зрелости; учинилац је умишљајно или нехатно ("безобзирно") угрозио живот детета; кривично дело је извршено употребом тешког насиља или детету причињена тешка штета; кривично дело је извршено у оквиру криминалне организације.

За ове квалификаторне облике запређена казна је од најмање пет до десет година затвора.

У члану 3. је предвиђено кривично дело дечије порнографије у којем је инкриминисано, независно од тога да ли је коришћен систем електронске обраде података, предузимање, без одговарајућег овлашћења, неке од следећих алтернативно постављених радњи: производња дечије порнографије, дистрибуција, ширење и прослеђивање дечије порнографије, нуђење или какво друго чињење доступним дечије порнографије и стицање или поседовање дечије

порнографије. У овом члану предвиђене су и констелације у вези са дечијом порнографијом које државе чланице не морају да предвиде као кажњива понашања, и то:

а) када се ради о порнографском материјалу са сликовитим приказима стварних лица са дечијим изгледом, која активно или пасивно учествују у поменутих радњама, у случају да је стварно лице са дечијим изгледом у тренутку приказивања у стварности имало осамнаест година или више;

б) када се ради о порнографском материјалу са сликовитим приказима стварне деце која активно или пасивно учествују у једној очигледно сексуалној радњи и када се ради стварним лицима са дечијим изгледом, у случају производње и поседовања материјала када су приказана деца (која су) достигла полну зрелост, дала свој пристанак за производњу и поседовање слика, као и када су те слике намењене искључиво њиховој личној употреби, при чему се важећим пристанком неће сматрати онај који је дат због злоупотребе, на пример више година старости, зрелости, позиције, статуса, искуства или зависности жртве од учиниоца;

ц) када се ради о порнографском материјалу са сликовитим приказима реалистички приказане нестварне (виртуелне) деце, у случају када је порнографски материјал произведен искључиво за сопствену употребу и када се искључиво из тог разлога налази у поседу произвођача уколико за његову производњу није коришћен порнографски материјал са стварном децом или са стварним особама са дечијим изгледом и уколико не постоји опасност од ширења материјала.

Предвиђена је одговорност правног лица, а кажњиво је подстрекавање, помагање и покушај кривичног дела, с тим што криминалном зоном није обухваћен покушај нуђења, каквог другог чињења доступним, стицање или поседовање дечије порнографије.⁶⁶

Замерка која се може упутити, а није једина, се односи на законодавну технику где се казне не предвиђају у истом члану у ком се одређују елементи бића кривичног дела, што би олакшало примену ових аката. Тако се у члану 5. став 2. тачка ц) прети казном затвора од најмање пет до десет година за следећа дела:

⁶⁶ Наведено према И. Марковић, *op. cit.* стр. 67-68.

- остваривање добити кроз децу или какво друго искоришћавање деце и врбовање деце за проституцију или за учешће у порнографској представи, у оба случаја уколико се односе на порнографске представе;
- предузимање сексуалних радњи са децом за које су нуђени новац или какве друге користи или противуслуге или које су остварене злоупотребом поверења, моћи или утицаја на дете;
- производња дечије порнографије
- дистрибуција, ширење и прослеђивање дечије порнографије
- нуђење или какво друго чињење доступним дечије порнографије, уколико се ради о детету које према националном праву није навршило године полне зрелости и уколико постоји најмање једна од следећих околности: учинилац је умишљајно или нехатно угрозио живот детета; кривично дело је извршено употребом тешког насиља или је детету причињена тешка штета; кривично дело је извршено у оквиру криминалне организације.⁶⁷

Као што се може приметити ова одредба се састоји од упућивања, а њена непрегледност се огледа и у непотребним понављањима, а такође примедба се може односити и на исту прописану казну затвора када се ради о умишљајно довођењу у опасност детета, тако и када је у питању нехат.

Без намере да се на овом месту врши пуко набрајање свих међународних аката из ове области, (а које заиста има доста!), ипак ћемо истаћи, по мишљењу аутора овог рада још неке резолуције и препоруке. Тако нпр. треба истаћи Резолуцију Европског парламента о мерама за заштиту малолетника у Европској унији из 1996. године. Овом резолуцијом се ставља у први план борба против дечијег сексуалног туризма, дечије порнографије, те употребе исте од стране педофилске мреже. Као и у сличним резолуцијама, државама чланицама је наложено да инкриминишу производњу и поседовање дечије порнографије и да предузму мере за спречавање ширења педофилског материјала путем интернета, а нарочито да се обрати да се посвети пажња информисању деце о опасностима које крију употреба нових технологија. У том смислу Комисија у Комуникацији

⁶⁷ И. Марковић, *op. cit.*, стр. 69.

Комисије против сексуалног туризма из 1996. године дефинише дечији сексуални туризам као облик сексуалног искоришћавања деце у сврху зараде, који је повезан са организованим криминалом. У тој борби против овог облика криминалитета, због неуједначених инкриминација, различито одређене добне границе детета до које оно не може дати ваљан пристанак на сексуални чин, те због других разлика у регулативи између држава, неопходно је јачати међународну сарадњу.⁶⁸

Значајна је и Препорука Одбора министара Савета Европе о сексуалном искоришћавању, порнографији, проституцији и сексуалној трговини са децом и омладином. Чланицама Савета Европе се предлаже да, суочене са застрашујућим порастом комерцијалног искоришћавања деце и омладине у порнографији, проституцији и трговини људима пробуде свест најшире јавности о опасности сексуалне злоупотребе деце и омладине, а посебно употребе деце за производњу аудиовизуелних записа са еротичним и сексуалним садржајима. Због тога се у Препоруци, између осталог, истиче а ради остварења тог циља важност организованог и редовног обавештавања родитеља и осталих који воде бригу о малолетницима о опасностима сексуалног искоришћавања деце и омладине, као и важност укључивања информација о опасности сексуалног искоришћавања и злоупотребе деце и могућности њихове одбране од таквих поступака у наставне планове основних и средњих школа. У завршном делу ове препоруке се наводи и позив за вршење научних истраживања различитих облика сексуалног искоришћавања деце, посебно на раскршћу различитих култура (што је карактеристично за наше поднебље –напомена М.М.), педофилије, везе између усвајања и сексуалног злостављања, структуре клијентеле дечије проституције, различитих облика сексуалне индустрије и њене везе са организованим криминалом и полно преносивим болестима и слично.

Даље, од значаја је и Резолуција 1099 Парламентарне Скупштине Савета о Европе о сексуалном искоришћавању деце из 1996. године. У овој Резолуцији се позива међународна заједница да новелира релевантне међународне конвенције и споразуме, посебно Конвенцију Уједињених нација о дечијим правима из 1990.

⁶⁸ COM (96) 547 on smobating child seks tourism, наведено према И. Марковић, *op. cit.*, стр. 166.

године, а све у циљу њиховог усаглашавања са новонасталом ситуацијом у области сексуалног искоришћавања деце које карактерише висок степен организованости и транснационалности. Резолуција позива на инкриминисање намерног поседовања дечије порнографије, њене производње и дистрибуирања, као и њеног снимања и емитовања. Сва кривична дела у вези са сексуалним интегритетом деце морају се сматрати озбиљним злочином за који је предвиђена висока казна и дуги рокови застаревања (члан 12/IV Резолуције). Посебно је интересантна одредба према којој чланице међународне заједнице, посебно чланице Савета Европе, требају у своје кривично правно укључити начело да малолетник испод петнаест година биолошке старости не може дати правно ваљан пристанак на сексуалне контакте са одраслима. Такође, Резолуција предлаже и низ превентивних мера којима би се требало утицати на смањење сексуалног искоришћавања деце.⁶⁹

Треба истаћи и Заједничку акцију Европске уније и Савета Европе у вези са борбом против трговине људима и сексуалног искоришћавања деце из 1997. године. Овом акцијом се упозорава на повезаност ових негативних појава са организованим криминалом и уједно дефинишу појам сексуалног искоришћавања деце и одраслих. Тако између осталог, сексуално искоришћавање деце обухвата подстрекавање или присиљавање деце на учешће у незаконитим сексуалним активностима, искоришћавање дечије проституције или других незаконитих сексуалних активности деце и искоришћавање деце за дечију порнографију, укључујући производњу или друге облике промета таквог материјала, као и поседовање дечије проституције.⁷⁰

Најзад, наводимо и Резолуцију Савета о учествовању цивилног друштва у проналажењу нестале или сексуално експлоатисане деце из 2001. године. Ова Резолуција обухвата следеће ситуације: нестанак, отмице, одбеглу децу, отмицу од стране трећег лица, несталу децу, сексуално искоришћену децу, трговину

⁶⁹ Видети: И. Марковић, *op. cit.*, стр. 167-168.

⁷⁰ Наведено према: Eu Joint Action of 24 february 1997 concerning action to combat trafficking in human beings and exploitation of children, OJ L 063, 4.3.1997.

децом, проституцију и порнографију, педофилске мреже на интернету и неорганизовано сексуално злостављање деце изван породице.⁷¹

На крају овог излагања осврнућемо се и на наше, домаће акте, те у том смислу издвајамо Општи протокол о заштити деце од злостављања и занемаривања, које је Влада Републике Србије усвојила 2005. године.⁷² Један од основних циљева овог протокола је унапређење добробити деце кроз спречавање злостављања и занемаривања. У трећем поглављу, у члану 1. који гласи Општа дефиниција злоупотребе детета се каже да злоупотреба или злостављање детета обухвата све облике физичког или емоционалног злостављања, сексуалну злоупотребу, занемаривање или немаран поступак, као и комерцијалну или другу експлоатацију, што доводи до стварног или потенцијалног нарушавања дететовог здравља, угрожавања дететовог развоја или достојанства у оквиру односа који укључује одговорност, поверење или моћ. У члану 3. овог Протокола, сексуална злоупотреба детета подразумева укључивање детета у сексуалну активност коју оно не схвата у потпуности, са којом није сагласно или за коју није развојно дорасло и није у стању да се са њом сагласи, или ону којом се крше закони или социјални табуи друштва. Сексуална злоупотреба детета испољава се као активност између детета и одрасле особе или другог детета које се, због свог узраста или развоја, налази у положају који му даје одговорност, поверење или моћ, где активност има за циљ да пружи уживање или задовољни потребе друге особе. Сексуалном злоупотребом детета сматра се и:

- навођење или приморавање детета на учешће у сексуалним активностима, било да се ради о контактним (нпр. сексуални однос, сексуално додиривање и сл.) или неконтактним (нпр. излагање погледу, егзибиционизам и сл.)

⁷¹ Наведеном према: Council Resolution on the contribution of civil society in finding missing or sexually exploited children, OJ C 283, 9.10.2001.

⁷² Овај Општи протокол Влада Србије је донела ради реализације националног плана акције за децу, као стратешким документом којим је дефинисана општа политика земље према деци за период до 2015. године. Овим планом, утврђен је као један од специфичним циљева, успостављање ефикасне, оперативне мултисекторске мреже за заштиту деце од злостављања, занемаривања, искоришћавања и насиља.

- експлоататорско коришћење детета за проституцију или друге незаконите сексуалне радње.

Не сматра се понашањем које представа сексуалну злоупотребу истраживање сопственог тела које одговара узрасту детета када се, посебно код адолесцената, истражује сопствено тело и сексуалност, које не подразумева активност између детета и одрасле особе.

Наведеним Конвенцијама и другим наведеним актима се свакако не исцрљује заштита деце у области сексуалних односа. Њихова заштита је свакако предвиђена и у другим конвенцијама, али и осталим домаћим и међународним актима, но по мишљењу аутора, издвојене су оне за које су најзначајније за овај рад.

ДРУГИ ДЕО

ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ КРИВИЧНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ДЕЦЕ У ОБЛАСТИ СЕКСУАЛНИХ ОДНОСА

2.1. Уводне напомене

Људско друштво је, као што је познато, пролазило кроз различите фазе развоја, што је значило да је и заштита интегритета личности имала различит третман укључујући и полне слободе. Ова констатација вреди како за робовласнички, тако и за феудални систем. Тек са развојем модерног друштва (у време настанка буржоаских револуција), стварају се услови за заштиту човека и његове полне слободе. За разлику од кривичних дела као што су нпр. убиства, силовање, крађе и сл. за које је пружана кривичноправна заштита у скоро свим друштвено-правним системима и то од најранијих фаза развоја људске цивилизације, дотле кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа није ни постојала или је постојала у назнакама. Из тих разлога у овом раду неће моћи бити посвећена већа пажња раном историјском развоју из разлога што их је било веома мало. Шта више, озбиљнији прилаз овој проблематици налазимо тек у другој половини деветнаестог века и почетком двадесетог века. У том периоду већина земаља у своје кривичне законике стављају и кривична са циљем ефикасније заштите малолетних лица од таквих понашања одраслих којима се угрожава поред других вредности и сексуална сфера и васпитање малолетника. Тек у 20. веку модерна кривична законодавства проширују криминалну зону у сврху заштите деце и малолетника, уводе нова бића кривичних дела, док се у кривичноправној теорији све чешће јавља појам кривичноправне заштите

малолетника.⁷³ Пратећи историју кривичног права, на несумњив начин се може уочити да о деци као жртвама кривичних дела се мање водило рачуна, а више о њима као учиниоцима кривичних дела. С тим у вези, као главни проблем јављао се питање њихове урачунљивости, могућности кажњавања, установа у којима би се према њима могле примењивати кривичне санкције, одређивање тзв. најбољег интереса детета⁷⁴ и сл.

2.2. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у робовласништву и феудализму

Први писани материјали у којима се говори о деци као жртвама сексуалне злоупотребе, потичу још из 400. година пре нове ере. У тим материјалима се цар Тиберије, који је означен био као развратник и садиста, сексуално узбуђивао са малим дечама. Те дечаке, које је називао својим момцима, терао је да га дирају за гениталије (што би се данас сматрало недозвољеним полним радњама – напомена М.М.) док он плива у базену. Овај начин сексуалног иживљавања је био присутан и популаран и код припадника више класе тог времена, све док цар Доминтијан није службено забранио да се таква деца не смеју сексуално злоупотребљавати чак до "своје седме године".⁷⁵

У раном римском праву први пут наилазимо да се кажњавало за прекршаје моралности и то је било препуштено родитељима на оцену. Тек је Lex Julia de adulteriis coercendis од 17. године пре Христа, изазван великим развратом, који је угрожавао брак и породицу, установио низ деликата против сексуалне моралности

⁷³ Више о томе: Ф. Хирјан – М. Сингер, Малољетници у кривичном праву, Загреб, 1987, стр. 227.

⁷⁴ Видети: М.А.Масон, From Father's property to Children's Rights – The History of Child Custody in the United States, "Columbia University Press", New York, 1994, p. 123-124.

⁷⁵ Више о томе: Suetonius, Caius Tranguillus, Дванаест римских царева (у преводу Стјепана Хосуа), Загреб, 1978, стр. 78-79.

(stuprum-силовање, incestus-родоскрвњење, adulterium-прељуба).⁷⁶ Ови деликти су у ствари били преступи против морала и слободе личности. Кажњавање за силовање и друге развратне радње које је спадало под "crimes vis" са осталим кривичним делима против слободе и морала није било самостално, и зависило је од сталешке припадности учиниоца.⁷⁷ Полазећи од наведених деликата, полна заштита деце је евентуално могла бити пружана код родоскрвњења. Но, како се не може поуздано утврдити да ли су као заштитни објекат били обухваћена и деца, није неопходна даља анализа.

У старом француском и немачком праву постојали су исти деликти као и у римском праву, с тим да је силовање било самостално кривично дело. Проституција није била инкриминисана као ни у римском праву али је била кажњива у канонском праву.⁷⁸

Кривично право у државама старог Истока је сматрано примитивно и неразвијено, а то се може закључити и по томе што кривична дела нису јасно диференцирана, није се водило рачуна о кривици, да ли су учињена са умишљајем или из нехата, да ли је учинилац урачунљив, пунолетан и сл. Ипак у прописима и пракси држава старог Истока сусрећу се и кривична дела која се могу квалификовати као група кривичних дела против против породице и полног морала.⁷⁹

⁷⁶ Више о томе: Т. Живановић, Основи кривичног права Краљевине Југославије, посебни део, II књига, Београд, 1936, стр. 81.

Занимљива је легенда о највећем сексуалном скандалу о којем говоре анали Рима. За владавине краља Ромула, Римљани су позвали своју суседе Сабињане на свечаност у славу бога Конуса на који су ови дошли са женама и децом. На Ромулов знак, Римљани су у сред свечаности насрнули на Сабињанке и избацили своје мушке госте. Рат који је због тога избио вероватно би се завршио кобно за Рим да се нису умешале Сабињанске госпође: оне су натерале своје мужеве да се помире са насилницима и две земље спојиле су се у једну. – Л. Крон, "Сексуално насиље" – психолошка студија, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1992, стр. 12-13.

⁷⁷ Ако је био роб, гладијатор или слободњак (libertinus) могао је бити убијен, а ако се радило о учиниоцу из вишег сталежа, протериван је, док је учинилац из нижих упућиван на рад у руднике – више о томе: Б. Благојевић, Грађански поступак у римском праву, додатак, Римско кривично право, Београд, 1955, стр. 71.

⁷⁸ Т. Живановић, *op. cit.* стр. 81.

⁷⁹ Више о томе: А. Вајс – Љ. Кандић, Општа историја државе и права, Београд, 1989, стр. 41-43.

У деликте против породице и морала спадали су силовање, супружничка неверност (нарочито неверност жене), полне везе са блиским сродницима и неки деликти родитеља према деци и деце према родитељима. У скоро свим оријенталним деспотијама се за ова кривична дела, нарочито силовање, кажњавало тешким телесним казнама па и смрћу.⁸⁰ За деликте родитеља према деци и деце према родитељима не може са сигурношћу говорити да ли се радило, посматрано са аспекта савременог кривичног права, о родоскрвњењу или о недозвољеним полним радњама. Но како се радило делимично и о сексуалним деликтима, сасвим је извесно да је пружана и кривичноправна заштита деци од сексуалне злоупотребе својих родитеља. На жалост, прецизнијих података из тог времена нема, тако да се о овој проблематици може говорити више на основу претпоставки него на основу реалних историјских извора.

У Хамурабијевом закону,⁸¹ најстаријем закону на свету, у параграфу 130, наилазимо на индиректан начин на прописе који се односе на заштиту деце у области сексуалних односа. Тај параграф гласи: "Ако неки човек над туђом женом, која још није познала човека и још живи у очевој кући, изврши насиље и код ње спава и при том буде ухваћен тај човек да се убије, жена је слободна."⁸² Анализом одређених израза овог параграфа и то да се ради о жени која још "није познала човека", можемо закључити да се ради о веома младом женском лицу односно да је у питању женско дете. Из тога произлази да се кривичноправна заштита ограничавала на млада женска лица која нису ступила у брак, а иначе није било ретко да се бракови закључују са децом и међу децом.⁸³ Иначе за овај параграф се сматра да је реч о кривичном делу против слободе човека.

⁸⁰ Смртна казна се извршавала спаљивањем кривца, бацањем у воду, набијањем на колац, вешањем итд, док су се телесне казне извршавале батињањем и сакаћењем појединих делова тела, најчешће оних делова којим је извршен деликт. – Ibid, стр. 43.

⁸¹ Хамурабијев законик је стари вавилонски законик који потиче још из времена око 2000. година п.н.е. и имао је 282 члана. Пронађен је (откривен) у Сузи (Иран) 1903-1905 године – Видети: С. Јасић, Закони старог и средњег вијека, Београд, 1968. стр. 71.

⁸² Љ. Кандић, Одабрани извори из опште историје државе и права, Београд, стр. 45.

⁸³ У објашњењу које је дато уз овај параграф према Х. Винклеру, наводи се: " Бивало је да се бракови закључују са и међу децом. (Кад је Мухамед заручио Ајшу, што је битно за брак, било јој

У Хетитском законнику⁸⁴, у члановима 187-200 су била предвиђена кривична дела против полног морала. Иако се у овим члановима изричито не указује на полну заштиту деце, већ се више говори о родоскрвњењу унутар породице, ипак треба се осврнути на члан 189. који гласи: *"Ако неко обешчисти своју мајку кажњава се. Ако обешчисти кћер кажњава се. Ако обешчисти сина кажњава се."* Пошто прецизнијих података нема, употребљени изрази "ако обешчисти кћер" и "ако обешчисти сина" могу се односити и на узраст до четрнаест година. Такође у члану 195 Б који гласи: *"Ако се човек ожени слободном женом, па онда обљуби њену ћерку, кажњава се"*, за израз "па онда обљуби њену кћерку" могла би да важи иста констатација.

У Библији⁸⁵ не налазимо много о теми овог рада. У низу морално правних норми, заповеди, упутстава, укључујући и Мојсијеве законе, у Библији је исказана једна општа тенденција да се "одрази чврстина друштвене заједнице у којој сви чланови имају иста права и у којој појединац на основу тих права мора бити обезбеђен... појединац мора да обуздава своје жеље и нагоне".⁸⁶ У Старом завету, у првој књизи Мојсијевој, говори се о искушењима човека, његовом првом греху који доводи и до разних сексуалних преступа - "И Господ видећи да је неваљалство људско велико на земљи, и да су се све мисли срца њихова свагда само зле, покаја се Господ што је створио човека на земљи и би му жао у срцу" (књ. I, 6-2-5,6). Даље се каже "И погледа Бог на земљу, а она беше покварена, јер свако тело поквари пут свој на земљи" (књ. I, 6-2-11). У трећој књизи Мојсијевој која говори о свештенству и приношењу жртава, у делу који се односи на светост брачних односа се каже: "Голотиње кћери сина свога или кћери кћери своје не

је шест или седам година, а када ју је одвео у своју кућу десет или једанаест година)" – Више о томе: Ч. Марковић, Законик Хамурабија вавилонског краља, Београд, 1925, стр. 44.

⁸⁴ Настао је у хетитској држави између XV-XIV века п.н.е. и има око 200 сачуваних чланова. Пронађен је почетком XX века у близини Анкаре. Написан је на два плочама. Половина одредаба је регулисала материјално кривично право. Систем кажњавања је био знатно блажи, и за већи број деликата се кажњавало имовинским казнама, док се смртна казна ретко изрицала. – Више о томе: Љ. Кандић, *op. cit.* стр. 63.

⁸⁵ Библија (у преводу са грчког – књиге) или Свето Писмо чине књиге Старог и Новог Завета.

⁸⁶ А. Гамс, Библија и друштво, Нови Сад, Матица српска, 1979, стр. 44.

откриј, јер је твоја голотиња." (књ. III, 18-10). Под изразом голотиња да се "не открије" би се могла подразумевати обљуба и то смислу полне злоупотребе женске унучади (...кћери сина свога или кћери кћери своје...). Основано се може претпоставити да се радило о женској деци испод четрнаест година, јер у то време (пре више од 2000. година – напомена М.М.) се рано ступало у брак и одлазило у други дом. Иначе ова наредба се односи на мушкарца, обзиром да овај део Мојсијеве књиге почиње – "Још рече Господ Мојсију: Кажи синовима Израилевим..." (књ. III, 18-1, 18-2). Слична наредба, у истом делу каже: *"Голотиње жене и кћери њене не откриј, кћери сина њена ни кћери кћери њене немој узети да откријеш голотињу њихову, једна су крв, зло је"* (књ. III, 18-17). У погледу узраста "кћери сина њена" и "кћери кћери њене" би могле да важе напред поменуте констатације.

У Новом завету наилазимо такође само на овакве и сличне текстове.

У Корану⁸⁷, основном и најстаријем извору шеријатског права, поред бројних одредби верског карактера, постоји одредбе и правног карактера. Неке од њих се односе и на кривично право, али њима нису обухваћени сексуални деликти, укључујући и силовање, осим што се на више места помиње прељуба.

Правећи осврт на историју кривичног права у средњем веку уочљиво је да је оно знатно задирало у сферу сексуалног понашања људи. Основни разлог треба тражити у негативном ставу католичке цркве и њеном теолошком учењу према сексуалном нагону као и у њеном аскетском моралу. За оснивача поменутог сексуалног аскетизма се сматра апостол Павле који је сматрао грешним сваки сексуални однос без разлике.⁸⁸ Сексуални нагон је иначе у целој хришћанској теологији сматран телесним злом који се могао толерисати само под строгим условима и у врло уским границама. Иначе, хришћанство, али и неке друге религије су полазиле од тога да су сва сексуална понашања грешна, те да су друштва у којем су таква понашања присутна осуђена на пропаст, као резултат

⁸⁷ Света књига Мухамедова, садржи божанске прописе, које је он оставио народу – видети: С. Јасић, *op. cit.* стр. 89-90.

⁸⁸ По апостолу Павла најбоље је решење целибат, а како је веровао у скори крај света настављање људске врсте није му правило бриге – видети: В. Russell, *Marriage and Morals*, London, 1929, стр. 44-47.

божије казне. Овакво схватање има упориште у хришћанској религији, која се темељи на миту из Библије о Содоми и Гомори, када је Господ одлучио да уништи Содому и Гомору због блуда, јер су Содомљани хтели да силују Божије анђеле који су били у кући праведног Лота, а чија ће породица једина преживети.⁸⁹

С временом се искристализовало гледиште да је сексуална активност дозвољена само под два услова: 1. да је у браку и 2. да је у сврху рађања потомства. Свака друга сексуална активност изван тога је сматрана смртним грехом који се често поистовећивао са злочином, а самим тим и кривичним делом за које се кажњавало тешким казнама. Под утицајем Томе Аквинског настављање врсте се сматрало природном сврхом сексуалног нагона док је свака друга сексуална активност само у сврху уживања била не само попуштање захтевима тела него и кршење природног поретка.⁹⁰

Кад је овако био ригидан став у погледу нормалних сексуалних односа међу половима, не може се ни наслутити какав би био став ондашње католичке цркве, али и других верских и државних институција у европским државама тог времена када би сексуални објекат (жртва) било дете. Када је свака сексуална активност која је изван брака и која није у сврху рађања деце сматрана злочином и кажњавала се најтежим казнама како би се тек третирали сексуални односи са

⁸⁹ Видети: Библија, Стари Завет, Прва књига Мојсијева, 19, 4-14. Управо у овом делу Библије наилазимо на прво забележено родоскрвнуће, након уништења Содоме и Гоморе и спасења Лота и његове две кћери. "А Лот оде из Сигора, и настани се на ономе брду с две кћери своје, јер се бојаше остати у Сигору. И живљаше у пећини с две кћери своје. А старија рече млађој: "Наш отац је стар, а нема никога на земљи да дође нама као што је обичај по свој земљи. Хајде да дамо оцу вина нека се опије, па да легнемо с њим, еда бисмо сачувале пород оцу свом." И дадоше оцу вина ону ноћ. И дошавши старија леже с оцем својим, и он не осети ни кад леже ни кад устаде. А сутрадан рече старија млађој: "Гле, ноћас спавах с оцем својим. Да му дамо вина и довече, па иди ти и лези с њим, еда бисмо сачувале пород оцу свом". Па и то вече дадоше оцу вина и уставши млађа леже с њим, и он не осети ни кад она леже ни кад устаде. И обе кћери Лотове затруднише од оца свога". – Прва књига Мојсијева, 19, 30-36. О животном добу Лотових кћери, нарочито млађе, нема никаквих података, тако да се може само наслућивати колико су тада имале година, али сасвим је извесно да су биле јако младе јер су тада жене рађале врло младе – напомена М.М.

⁹⁰ Више о томе: М. Дамашка, Разматрања о неким кажњивим сполним понашањима, Наша законитост, бр. 9-10, Загреб, 1963, стр. 396. и 398.

децом. Може се поставити питање које би то биле теже казне од оних које су до тада постојале (и које су заиста биле сурове) за ова дела? Одговор се не би могао ни наслутити. Ипак, како је време одмицало тако су и законске одредбе постајале "еластичније" и мање ригидне за оваква дела.

У прописима из средњег века уочљиво је врло мало кривичноправних одредби који се односе на тему овог рада. Ти прописи негде директније, а негде посредније говоре о кривичноправној заштити деце уопште па и у области сексуалних односа. Такође, у неким прописима тог времена такве одредбе и не постоје или се могу само претпоставити обзиром на текстуалне непрецизности и недоречености.

У англосаксонском праву,⁹¹ које се састојало од низа законика, наилазимо и на кривична дела против морала. У та кривична дела убрајају се повреде брачне верности, родоскрвњење и сл. Жена која повреди брачну верност кажњавана је одсецањем носа или ушију. Међутим, није познато да ли су овакве (драстичне) казне примењиване и код родоскрвњења (нарочито ако су се односиле на децу). Никакви поуздани подаци не говоре о томе да се родоскрвњење односило нпр. само између брата и сестре па се може основано претпоставити да је кривичноправна заштита деце кроз кривично дело родоскрвњења била обухваћена.

У византијском праву је, после Јустинијанове кодификације, као главног извора овог права, у области кривичног права нарочито значајан Прохирон.⁹² Кривично право у Византији је имало отворено класни карактер и то се изражавало по томе што су за исто кривично дело предвиђане различите казне и то према имовном стању и сталежу кривца. Као врста деликата била су предвиђена кривична дела против морала и породице – у коју спадају насилни брак, бигамија, прељуба, родоскрвњење, силовање, дефлорација малолетних,

⁹¹ Англосаксонско право се почело развијати крајем VI века на подручју Велике Британије када се почињу јављати законодавни споменици – "законици" слични варварским, од којих је најпознатији законик краља Алфреда (IX век). – више о томе: И.Д. Мартисевич – С.В. Јушков – Н.П. Дмитриевскиј, Општа историја државе и права, II део, феудализам, Београд, 1950, стр. 50-57.

⁹² Прохирон је донет 870. године за време владавине Василија I (867-886) као "приручник", Ради се о византијском законском зборнику, замишљеном као уводни део једне обимне законодавне збирке. – Мала енциклопедија, Просвета, књига III, Београд, 1986, стр. 110.

завођење, хомосексуалштво и скотолоштво (полно општење са животињама).⁹³ За нека од ових кривичних дела (мада се не наводе која – напомена М.М.) се кажњавало смртном казном, а за друга прогонством, сакаћењем удова и др. Сечење носа је примењивано углавном за полна кривична дела, мада су и новчане глобе примењиване и то код дефлорације силовањем.⁹⁴ У погледу кривичног дела родоскрвњења напомене дате код англосаксонског права важе и у овом случају. Но, као што се може приметити византијско право познаје и кривично дело дефлорације малолетних лица што указује да су и деца у сексуалном погледу била заштићена. Наиме, у Прохирону (као и пре њега у Еклоги и после њега у Епаноноги и Василики) не наилазимо на одредбе које би указивале на било какву разлику између малолетника и деце.

Такође, у византијском праву постојао је и пропис о силовању женског лица до тринаест година (према Еклоги и Прохирону). Одатле је пропис о силовању дошао у Синтагму⁹⁵, пуну и скраћену, а казна је била одсецање носа и губитак једне трећине имовине.⁹⁶

Одређеније прописе у којима се деци пружа заштита у области сексуалних односа налазимо у Општем праву Немачке које је настало у 13 веку.⁹⁷ Наиме, Опште право, поред силовања, истиче нарочито обљубу извршено према умоболном лицу или према девојци испод дванаест година као обечашћење (*stuprum nec voluntarium nec violentum*).⁹⁸

⁹³ И.Д. Мартисевич – С.В. Јушков – Н.П. Дмитриевскиј, *op. cit.* стр. 98-99.

⁹⁴ И.Д. Мартисевич - С.В. Јушков – Н.П. Дмитриевскиј, *op. cit.* стр. 100.

⁹⁵ Синтагма је азбучни зборник византијских црквених и световних закона и правила који је саставио солунски правник, Јеромонах Јатија Властар

⁹⁶ Видети: Н. Мемедовић, *Кривично дело силовања у југословенском праву*, (докторска теза), Београд, 1988, стр. 44.

⁹⁷ Стварање општег права почело је у 13. веку рецепцијом италијанског кривичног права које је дело глосатора и постглосатора и појављују се популарне правне књиге које се одликују својом унутрашњом вредношћу. Тиме писано право у Немачкој почиње замењивати обичајно а период од 13. до 16. века у којем се Опште право примењивало представљало је "припрему" за Каролину. – Видети: Т. Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије*, општи део, I књига, Београд, 1935, стр. 62.

⁹⁸ Ф. Фон Лист, *Немачко кривично право*, уџбеник, (у преводу М. Веснића), Београд, 1902, стр. 434.

У раном енглеском праву, силовање није постојало ако је неко лице имало сексуални однос са женским дететом уз њен пристанак. Тек касније у Енглеској је предвиђено да женско лице које има мање од дванаест година није способно да изрази свој пристанак, па се такав сексуални однос сматрао силовањем.⁹⁹

О кривичноправној заштити деце у сексуалној сфери наилазимо и у *Constitutio criminalis Carolina*¹⁰⁰ – најпознатијем законском акту средњовековне феудалне Немачке. У законнику је предвиђен велики број кривичних дела против државе, религије, личности, својине, као и против морала (у шта се подразумевало родоскрвњење, силовање, двобрачност, повреда брачне верности, подвођење и сл.).

У члану 122. је садржан пропис о кажњавању "оних који своје жене или децу ради злехуде користи својевољно продају за блудне радње" и који гласи: *"Ако неко својевољно дозвољава да се његова жена или деца ради било какве користи упусте у нечасне, блудне и срамне радње, тај ће се лишити части и има се подвргнути казни по сили општег права"*. Под блудним радњама се не сматрају блудне радње односно недозвољене полне радње какве имамо данас нити имају неке сличности с њима. Овим радњама извршилац овог дела не врши обљубу нити било коју другу радњу ради побуђивања или задовољења сексуалног нагона већ подводи своју породицу ради добијања било какве користи.¹⁰¹ Дакле, не ради се о директном извршиоцу који врши сексуалне деликте над децом него о оцу који ради зараде, у било ком виду, омогућава и подводи да се над њима врше "нечасне, блудне и срамне радње". Интересантно је да они који су сексуално злоупотребили нечију децу и супругу не носе никакву санкцију нити је за њих предвиђена било каква казна.

У пруском општенемачком законнику из 1794. године који је донесен за време владе Фридриха II велики број чланова (укупно 1577) се односи на

⁹⁹ J.C. Klotter, *Criminal Law, Sixth Edition*, "Anderson Publishing Co.", Cincinnati, 2001, стр. 131.

¹⁰⁰ Назван је по цару Карлу V, објављен 1532. године и важио је три века. Имао је 219 чланова, а главни садржај чине правила кривичног судског поступка, док је кривично право у другом плану, иако је њему посвећено нешто више од сто чланова. Представља најзначајнији кривичноправни споменик касног феудализма.

¹⁰¹ М. Миловић, *Кривично дело недозвољене полне радње*, Београд, 2006, стр. 24-25.

кривично право. За овај законик је карактеристично, уосталом као и за друге законике из средњег века, да су прописи који регулишу сексуалне деликте врло уопштени и неодређени. Основни разлог за то је нелагодност да се отворено расправља о сексуалним питањима услед традиционалног гледања да је конкретан језик неспојив са достојанством закона.¹⁰² Тако је овај законик у параграфу 1069 инкриминисао содомију и "друге њој сличне грехове који се услед њихове гнусности уопште не могу именовати"¹⁰³ Ти грехови који се услед њихове гнусности уопште не могу именовати су извесно и сексуални деликти према деци, имајући у виду како су инкриминисана слична и друга понашања, као и драконске казне које су примењиване за исте.

У француском кривичном законнику од 1791. године заштита полног морала је имала истакнуто место, па је тако нпр. силовање постојало као посебно кривично дело и за њега је била предвиђена казна затвора са оковима шест година.¹⁰⁴ Деца су у том смислу такође имала посебну заштиту (нарочито женска) јер су казне биле знатно строже, па тако уколико је објекат силовања било млађе женско лице до четрнаест година, казна је била удвостручена. Иначе, силовање је спадало у тежа кривична дела (crimes тј. злочинства), нарочито у каснијем периоду и било је у групи "против приватних добара (crimes contre les particuliers)" где су спадала најтежа кривична дела против имовине и личности.¹⁰⁵

¹⁰² М. Дамашка, *op. cit.* стр. 397.

¹⁰³ Wolfgang, Savite, Johnston, *Sociology of Crime and Delinquency*, New York, London, 1962, стр. 400.

¹⁰⁴ Казне су у овом кривичном законнику биле апсолутно одређене.

Такође, у овом законнику први пут су се појавили одвојено општи и посебни део. У општем делу разрађени су принципи и институције кривичног права, а у посебном делу поједина кривична дела. Поред овога, први пут је укинута и доживотно лишење слободе, све телесне казне и разне врсте мучења. – А. Вајс – Љ. Кандић, *Општа историја државе и права*, Београд, 1989, стр. 247.

¹⁰⁵ Т. Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије, посебни део*, II књига, Београд, 1936, стр. 86 и 58.

2.3. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у српском праву и праву народа и држава бивше Југославије

Крајем 12. века феудална Србија је извојевала независност од Византије, али и тада и касније, у доба Немањића, остаје у сфери византијске цркве, са израженим присуством византијске културе. Може се у ствари рећи да је феудална Србија била “под утицајем верског Истока и налазила се у црквено-правној зависности од Цариграда, те је византијско право путем превода и прераде византијских законских зборника све више продирало у земљу”.¹⁰⁶

Први правни прописи који су регулисали кривична дела против сексуалног морала садржана су у Законоправилу Светога Саве. Ради се о обимној компилацији и преради многобројних црквених, али и световних византијских прописа, које је Сава донео у Србију, враћајући се 1219. године из Никеје, где је српска црква добила црквену самосталност. Кривична дела против сексуалног морала су садржана (у највећем броју) у зборнику под називом *Избор из закона Богом датог Мојсију*, који у Номоканону чини 48. главу. У педесет чланова ове главе налазе се прописи различитог карактера, међу којима су и прописи облигационог права, о наслеђивању, о крађи, али и низ одредаба којима се штити сексуални морал – о обешчашћењу девице, родоскрвњењу, содомији.¹⁰⁷

Ово преплитање црквеног и световног права јавља се рано у историји хришћанске цркве и хришћанских држава, а многе црквене преступе државна власт је сматрала световним преступима, па их је тако и кажњавала. Црквене казне су састојале од различитих врста тајног и јавног покајања, епитимија у облику побожних подвига, лишења причешћа за време од неколико година и најзад одлучивања од цркве. Те су се црквене казне одређивале за убиство, насиље, разбојништво, грабеж, крађу, блуд, издајство и нека друга кривична дела,

¹⁰⁶ С. Јантолек, Историја државе и права народа ФНРЈ, II део, Београд, 1951, стр. 43.

¹⁰⁷ Љ. Кркљуш, Кривична дела против полног морала у српским правним изворима, Зборник радова са симпозијума – Сексуална агресија, Матица српска, Нови Сад, 1995, стр. 77-78

која су била за осуду нарочито у моралном погледу.¹⁰⁸ Иако се помињу казне за блуд и слична кривична дела, поузданих историјских извора нема који би указивали да су те казне биле предвиђене и евентуално за блуд са децом.

О примени тих кривичних прописа против сексуалног морала које је садржавало Законоправило Светог Саве, такође нема никаквих историјских података.¹⁰⁹

Нешто касније, тачније 1349. и 1354. године донесен је Душанов законик, који представља најзначајније правно дело српске државе у средњем веку.¹¹⁰ У њему има врло мало одредаба о кривичним делима против морала (само два члана – 53 и 54).¹¹¹ Различита мишљења постоје о томе да ли је у члану 53. овог законика реч о силовању или отмици: *“Ако који властелин узме властелинку силом, да му се обе руке отсеку и нос сареже; ако ли себар узме силом властелинку, да се обеси аколи своју другу узме силом, да му се обе руке отсеку и нос сареже”*.¹¹² Но, како силовање и отмица нису предмет овог рада неће бити посебно анализиран овај члан.

¹⁰⁸ Т. Тарановски, Историја српског права у немањичкој држави, Београд, 1996, стр. 429.

¹⁰⁹ У повељи краља Милутина манастиру Св. Георгија на Серави близу Скопља 1300. године, Стефана Дечанског манастиру Св. Николе Мрачког у Орехову 1330. године, Душановим повељама манастиру Хтетово 1337-1346 и манастиру Трескавац после 1337. године, силовање се помиње под називом "разбој" и "разбој девички". – А. Соловјев, Одабрани споменици српског права, Београд, 1926, стр. 78. и 111. Иначе у наведеним повељама силовање се помиње одмах након убиства (вражде) и кажњавало се глобом за коју је истакнуто да припада цркви. Из оваквог редоследа произлази да се силовањем није угрожавао само сексуални морал, већ да је то и напад на личност – напомена М.М.

¹¹⁰ Законик цара Стефана Душана (у преводу др Н. Радојчића), Београд, 1993.

¹¹¹ оригинални текст Душановог законика није сачуван, него постоји у бројнијим верзијама рукописа – о томе више: А. Соловјев, Законик цара Стефана Душана, 1349. и 1354. Београд, 1980. стр. 38.

¹¹² Законик цара Стефана Душана, *op. cit.* 17.

Интересантно је да се силовање себарке од стране властелина није помињало што указује на сталешке разлике, односно да се учиниоци кривичних дела нису једнако кажњавали (у зависности од сталешке припадности). С тим у вези може се објаснити да је постојала нека врста дифузне санкције себарског становништва на властелинству, у виду економске реторзије, односно права

Члан 54.¹¹³ истог законика садржи одредбу о блуду - “Ако властелинка учини блуд са својим човеком, да им се обома руке отсеку и нос сареже.” односно блуду владике (жене или ћерке властелина) са “својим човеком”. Византијско право, из којег је иначе извирало српско право, строго је кажњавало различите случајеве блуда, и третирало је блуд као полни сношај између мушкарца и неудате жене (или удовице).

Из досадашњих проучавања Душановог законика, тешко је тврдити да ли се одредба у члану 54. односи на силовање, или се пак ради о некој другој врсти блуда. Но сасвим је извесно да и уколико се пође од тога да се ради о силовању, деца у том смислу нису била обухваћена.

Након вишековне владавине Турака, Србија је кренула у национално ослобођење крајем XIX века. Већ на почетку првог српског устанка донет је *Законик протe Матеје Ненадовића из 1804. године*,¹¹⁴ а три године касније *Карађорђево криминално законик*.¹¹⁵

За први законик није сигурно, имајући у виду прилике, да ли је примењиван на делу или на целој ослобођеној територији, док за други законик се не зна, да ли се и у којој мери и до када примењивао. Оба законика су углавном предвиђала

сељака да у таквом случају напусте имање и на тај начин се одупру господаревој самовољи, а с друге стране се може објаснити и другачије и то да је посреди “једна мрачна страна ондашњег живота, а никако не техничка празнина у законодавству” – видети: Т. Тарановски, *op. cit.* 447-448 и 507.

¹¹³ А. Соловјев, *Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*, књига друга, Скопље, 1928. стр. 183.

¹¹⁴ Протине “пунктације”, како их је сам прота Матеја Ненадовић назвао, настале су на почетку устанка и важиле вероватно само за Ваљевску нахију. Од протиних “пунктова” двадесетак на броју, познато је само седам, колико је прота цитирао у својим Мемоарима, па тако између осталог, у тачки 2. стоји: “Ко отме девојку силом (као што је бивало, а особито у каквим бунама кад се судови побркају), тај женик, кум, и стари сват шибу да трче, а други штаповима да се каштигују” – Мемоари Матеја Ненадовића, “Народна просвета”, Београд, стр. 110.

¹¹⁵ Законик је врло вероватно био збирка прописа, у којима је у основи добила своје уобличење дотадашња судска пракса, која се углавном базирала на правним обичајима и свести судија. Али, не може се оспорити и претпоставка да је регулисање појединих прописа у Законику било под утицајем аустријских закона – Д. Папазоглу, *Кривично право и правосуђе у Србији (1804-1813)*, Београд, 1954. стр. 12.

кривична дела војне природе и прописивала сурове телесне казне.¹¹⁶ Карађорђеви законик од 1807. је по својој садржини значајнији, јер је одражавао актуелност друштвених односа Србије, односно времена у коме је настао.¹¹⁷ Од кривичних дела против морала, нарочито је било инкриминисано силовање и отмица девојке где је предвиђено да момак који би отео девојку буде кажњаван тешком шибом (три пута кроз 300 момака), а сви учесници у свадби осим девојке батинањем (30-50 батина).

У пресудама тог времена, помињу се и нека друга дела. Тако, у једној пресуди помиње се “непочинство”, што је изгледа представљало изједначени чин са обљубом, а у другој пресуди помиње се “прељубодјејство са дјевоицом”, тј. завођење због чега је она родила дете, што се изгледа такође кажњавало.¹¹⁸ Иначе, ова дела су била ретка појава, јер се однос према моралу и части у широким народним масама заснивао на патријархалним схватањима.

Из тога периода, од дела против морала, у Карађорђевином протоколу су заведене две одлуке које се односе на тежи облик силовања малолетних девојака. Граница у законском смислу између деце и малолетних лица у то време није било, а како нема других историјских извора, могуће је да су у конкретном случају и девојке биле испод четрнаест година старости. Казне за таква дела су биле затвор и шиба или мртва шиба на јавном месту. Обзиром да се поступак водио по приватној тужби, у току поступка било је могуће помирење оптуженога и тужиоца, у ком случају је суд према своме нахођењу ублажавао казну. Тако је Карађорђе поводом једног случаја силовања малолетне девојке писао 8. јуна 1812. године Крагујевачком магистрату: *"Мени су јавили, да су се они помирили, исти момак окумио детињега оца. (под тим се вероватно подразумевао отац од малолетне девојке која је силована – примедба М.М.) Зато одсуђено му-е, да му ударе 100 батина врући, да му се каже да-е заслужио живот изгубити, али кад су се окумили, зато му се опрашћа живот."* Поред тога, забележен је покушај силовања, при коме је извршена само блудна радња, а то се такође кажњавало, само нешто блаже. Такав је случај забележен у одлуци Протокола шабачког

¹¹⁶ З. Стојановић, Кривично право, општи део, Београд, 2000. стр. 49.

¹¹⁷ Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 61.

¹¹⁸ Д. Папазоглу, *op. cit.*, стр.146-147

магистрата бр.135.¹¹⁹ Не прецизирајући у чему се састојала блудна радња, осим да је извршилац “хотео срамоту”, могло би се закључити да је то могла бити свака сексуална радња која искључује обљубу.

У Србији до 1860. године није постојао кривични законик и кривичноправни прописи донети до те године, налазе се у различитој историјској грађи и несистематизовани су. Тридесетих година XIX века донет је већи број наредби, уредби, решења и закона из кривичног, материјалног и процесног права, но и даље је материјално кривично право било обичајно. "Извод или боље рећи сокровиште тих народних појмова и обичаја у суђењима је магистарским, јер се зна, да на та суђења у то доба није допро никакав утицај страног законодавства"¹²⁰

Са добијањем статуса вазалне кнежевине, са самосталном унутрашњом управом, у Србији након 1830. године започиње живља законодавна делатност. Та делатност се огледала у доношењу и неколико закона кривичноправне садржине, међу којима су се налазила и кривична дела против сексуалног морала. Први од њих је *Војени закон*, донет 31. октобра 1839. године, где се у глави XII, у параграфима 102-106, говори о блуду ("блудочинству"), силовању, скотолоштву, педерастичности и отмици. За ова кривична дела предвиђена казна је "најстрожија казна", што је могла бити (по члану 116) телесна казна од 50 до 100 удараца шибом, тешка тамница или робија са гвожђем од једне до пет година или велика (мртва) шибана.¹²¹

У време Кнеза Милоша, а и за време уставобранитеља су донете мере против блуда, сексуалних перверзија, детеубиства и кршења брачних обавеза тј. углавном комплекс кривичних дела против достојанства личности, морала и породице. Карактеристично је да су у то време ова врста кривичних дела релативно благо кажњавана (осим "блудодејствија" Српкиња са Турцима и

¹¹⁹ "Протокол шабачког магистрата, од 1808 до 1812 године", Гласник Српског ученог друштва, 1868, ибид. стр. 20. У одлуци овог Протокола извесни Јован Сремчевић је "за дјело што је насилствовао на Петра Јолпаза жену Милицу и хотео срамоту да учини у време ноћи" примио јавно 50 батина у чаршији", *ibid.* стр. 148.

¹²⁰ С. Максимовић, Суђење у Кнежевини Србији, Пожаревац, 1898, стр. 32.

¹²¹ Т. Живановић, Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804. до 1865, Београд, 1967, стр. 134-135, 139.

противприродног блуда), а често су остајала и без кривичне санкције.¹²² До кажњавања кривичних дела против морала долазило би увек ако је у стицају са другим, тежим кривичним делом, нпр. чедоморством, убиством, телесном повредом и сл. Стога је Књаз Милош у време своје деспотске владавине, а која је значајна за разумевање кривичног права оног времена, донео 8.VI.1827. године “Облавленије полицијским властима против блуда, убиства деце и против самовласног развода брака”.¹²³ Т. Живановић сматра да је Књаз Милош овом наредбом налагао родитељима да своју децу чувају од "блудодјејанија", мада није била предвиђена казна за непоштовање те наредбе, већ само црквена клетва.¹²⁴ Тиме је желео да сузбија блуд, ради заштите брака и породице, коју је сматрао важним чиниоцем у спровођењу своје популационе политике.¹²⁵ Постојале су одређене недоумице како судити у неким случајевима, а тумачења су често давана доношењем одлука или посебних "закона". У том смислу је и донет закон од 4. фебруара 1856. године који то потврђује. У овом закону се каже "којим се обешчашћење женске под обећањем ступања у брак разликује код девојке која нема за удају прописане године; и девојке за удају сазреле, или удовице, па се прво казни као силовање, а друго као полицијски преступ, кад онај који обећа не испуни своје обећање".¹²⁶

Но занимљиво је да кривично дело силовања пунолетних лица женског пола представљало праву реткост у судским архивама тог времена. Силовање се није гонило "по званичној дужности", а уколико је суд решавао по приватној тужби настојао је да се странке помире не досуђујући никакву казну, изузев (и то ретко) мање новчане накнаде за нанету увреду особи која је силована односно њеној породици. Ипак, ма колико судови били незаинтересовани за гоњење силовања

¹²² Више о томе: В. Петрић, Кривична дела против породице, брака и полног морала у Србији за време Кнеза Милоша, Анали ПФ, број 3-4, 1959, стр. 317.

¹²³ О томе више: С. Пихлер – Основне црте у развоју кривичног права Србије од 1815. до кодификације из 1860. године., Анали Правног факултета, бр. 1-2, 1974. стр. 147-168.

¹²⁴ Т. Живановић, Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804. до 1865, Београд, 1967, стр. 65.

¹²⁵ Истовремено је у приватном животу дозвољавао себи све што је другима забрањивао (прељубу, бигамију, изругивање са женама које дођу на суд итд.) – Више о томе: В. Петрић, *op. cit.* стр. 318.

¹²⁶ С. Марковић, *op. cit.* стр. XXIX.

када су у питању одрасла лица, толико су били строги и немилосрдни у гоњењу и кажњавању силовања малолетника, нарочито деце до десет година. Сматрало се да је смртна казна једина праведна одмазда за такав тежак грех и кривицу, а у прилог томе је да је Књаз Милош (приликом обиласка нахија) таквим кривцима судио на лицу места.¹²⁷

Поводом једног таквог случаја у Чачку, Књаз Милош "јавља у Крагујевац" 23. јануара 1820: "...ми смо овде једнога злочинца к смрти предали кад чујете нека знадете зашто је, учинио је насиље једној девојчици од седам до осам година возраста њенога, а овај је жењен и двоје имао је..." По изршеној смртној казни, "злочинце" би остављали на углед, презир и опомену народу, као и остале "злочинце" осуђене за најтежа кривична дела, док не иструну.¹²⁸ Или "Јоца Јовановић, из Прибића Рашанског представивши овде к суду са својом 12-то летном кћерком Пауном, оптуживши Анту Костиног из истог села момка, да му је исту кћер на силу у градини притискивао и љубодејствовати хтео, но на викање њезино мати јој истрчала и у том намјеренија Антино прекинула за које по извјесном доказателству и по признанију Антину пресуђено му је по 7 дневном апсу примити тјелесну казну 30 штапова такође и његовим сведоцима Станимиру Илићу и Марији Новаковој ћерки, који су га у том оправдали ударено им каждом по 25 штапова потом сви помирени и отпуштени к домом својим".¹²⁹

Иначе, због унутрашњих политичких немира и спољашних прилика "ни близу све недозвољене блудне радње нису долазиле на суд, услед немогућности малобројног полицијског и судског апарата да их обухвати..."¹³⁰ Због тога су у циљу спречавања разних облика блуда (у широком значењу овог термина), ангажовани чак и црквени органи власти "да не би соблазнително тим примером преднаведени лица остали благочестиви народ овдашњи у благонравију посрнуо и од чесног свог живота одступио".¹³¹ Извесно је да је у време Првог српског

¹²⁷ В. Петрић, оп. cit. стр.332.

¹²⁸ В. Петрић, оп. cit. стр. 332.

¹²⁹ С. Марковић, оп. cit. стр. 114.

¹³⁰ В. Петрић, оп. cit. стр. 333.

Под наведеним блудним радњама очигледно су се подразумевале све недозвољене радње против сексуалног морала и породице – примедба М.М.

¹³¹ С. Пихлер, оп. cit. стр. 165.

устанка и у време владавине Милоша Обреновића најчешће кривично дело против полног морала и достојанства личности било отмица девојке, а као главни разлог би могао бити узбуркане прилике устаничког времена. Међутим, било би логично да је у тим временима, како их је прота Матеја назвао "побрканих судова" било више и осталих дела против полног морала, али извори то не потврђују.¹³²

У неким нашим суседним крајевима и државама овакве појаве нису биле уопште законски нити на неки други начин предвиђене, па самим тим ни регулисане. Основни разлог је тај што се полазило од тога да такве ствари због своје "одвратности, безумности" нису могуће и да се не дешавају. Оваквом схватању су сигурно допринели и веома строга морално-верска схватања тог времена и у тим крајевима. Полазећи од таквих изразито традиционално-конзервативних схватања није ни било места да се ове појаве законски регулишу, мада је сасвим извесно да би казне за таква понашања биле најстроже. Истражујући, између осталог, и овакве појаве Валтазар Богишић на питање "бива ли кадгод да ко женско или мушко дијете путено злоупотреби?" даје одговор – да се у Црној Гори то није догађало, у Херцеговини да није познат случај, а у Албанији да тога нема.¹³³

У *Казненом закону за Хрватску и Славонију од 1852. године*¹³⁴, у глави XIV која има назив "О силовању, оскврнућу и осталих тежких врстах блудности", у параграфу 125. је било предвиђено кривично дело силовања, које је имало неколико квалификаторних облика од који се један односио и на децу (у параграфу 127). У поменутом параграфу инкриминисан је добровољни сексуални однос са лицем женског пола које није старије од четрнаест година ("*Прилег изван женитбе, подузет са женском главом... која још није навршила четрнаесте године живота, има се такођер сматрати као силовање и казнити по пар. 126*"). Казна по параграфу 126 за ово дело је била иста као и за силовање (од једне до десет година тешке тамнице), а у случају да су нанете тешке телесне повреде или

¹³² Љ. Кркљуш, *op. cit.* стр. 83.

¹³³ В. Богишић, *Изабрана дјела*, том III, *Правни обичаји у Црној Гори, Херцеговини и Албанији*, Подгорица-Београд, 2004, стр. 374.

¹³⁴ Видети: *Казнени закон од 27. свибња 1852.* (уредио др Хинковић), Загреб, 1884, стр. 88.

тешко нарушено здравље ("Ако пак сила повуче за собом важну штету увријеђене у здравју њезину, или што више у животу...") од десет до двадесет година. У случају смрти тог женског лица ("Ако злочинство проузрочи смрт увређене...") предвиђена је доживотна тешка тамница.

Поред тога, у овом закону постојало је и кривично дело *оскврнућа* (параграф 128) које одговара данашњој инкриминацији недозвољених полних радњи. Овим параграфом је предвиђено да ко дечака или девојчицу млађу од 14 година, или особу у стању несвести, односно у сличном стању у којем она није у могућности да се брани, у пожудној намери сексуално употреби ("за угодити пожудама својим") другим начином него што је "прилег" (тј. обљуба) односно "блудност супрот нарави" (тј. изједначени чин с обљубом с особом истог пола) казниће се од једне до пет година тешке тамнице, а при особито отежавајућим околностима до десет година, а за случај тешког нарушења здравља или животне опасности, односно смрти до двадесет година.¹³⁵ Под изразом "за угодити пожудама својим" не подразумева се само задовољење сексуалних нагона, него уопште задовољење сексуалне пожуде.¹³⁶ Дакле, ради се о сексуалном задовољењу, које искључује дело слично обљуби, али с друге стране обухвата друга "блудна дела" па и она почињена на туђем телу или с туђим телом.¹³⁷

Идентична инкриминација за силовање женског лица испод четрнаест година је била предвиђена и у параграфима 201. и 202. *Казненог закона о злочинствима и преступцима за Босну и Херцеговину*.¹³⁸ Иста констатација важи и за оскврнуће које је било предвиђено у параграфу 203.

У Кривичном закону о злочинима и преступима који је важио у Војводини (на подручју Баната и Бачке), Барање и Међумурја, у глави XIV, која носи назив "Злочини и преступи против стида" у параграфу 236. инкриминисана је обљуба

¹³⁵ Ф. Хирјан – М. Сингер, *Малолетници у кривичном праву*, Загреб, 1987. стр. 319.

¹³⁶ Сексуална пожуда се дефинише као јака жеља за сполним задовољењем, *Енциклопедијски лексикон – Наука о сполности* (редактор Кошичек М) Београд, 1971, стр. 469.

¹³⁷ Тако мисли: Ј. Шиловић, *Казнено право*, Загреб, 1920, стр. 309.

¹³⁸ Силовање и оскврнуће је било предвиђено у глави IX овог закона, која има назив "О силовању, оскврнућу и другим тешким случајевима блудности" – *Казнени закон о злочинствима и преступима за Босну и Херцеговину*, Сарајево, 1904. стр. 91.

женског лица млађег од четрнаест година.¹³⁹ Тај параграф гласи: *"Онај мушкарац, који са невином девојком, која није навршила четрнаесту годину свога живота полно опити, чини злочин осквернућа, те се казни са тамницом до пет година."* У параграфу 237. је предвиђен квалификаторни облик, ако *"...оруђе или средства, којим се злочин изврши, проузрокују смрт онога, ко је повређен: да се казни доживотном тамницом"*. Интересатно је да се кривични поступак за ово кривично дело (као и за силовање) може покренути само на "предлог увређене странке" и тај се предлог не може опозвати (пар. 238).

У пројекту *Казненог законика за Хрватску и Славонију од 1879. године*¹⁴⁰ који није постао закон, у параграфима 209 и 210 инкриминисана је обљуба над немоћном особом односно особом које није навршила четрнаест година ("непорочном девојком"). У параграфу 209, казна за оба дела била је од шест месеци до пет година за основни облик, а за квалификовани облик "робија до двадесет годинах" (ако је у питању смртна последица) и "робија до петнајест годинах" (ако је проузрокована тешка или знатна телесна повреда). Као што се може приметити у овом Пројекту (Деренчиновој основи), обљуба над немоћним лицем и обљуба над лицем које није навршило четрнаест година су посебно инкриминисани, за разлику од Кривичног закона из 1852. године, где су инкриминисани у оквиру параграфа који говори о силовању.

У параграфу 211, наведеног Пројекта, кажњиво је било и "блудно дјело" учињено силом, над немоћном особом, с особом млађом од 14 година, "заведењем такве особе да почини или трпи блудно дјело", као и злоупотребом положаја према повереним особама. Под блудним дјелом се сматра *"свако дјело изван случајева spolнога опћења које у spolном обзиру крупно вријеђа чувство стидљивости или ћудоредности"*. При томе не мора се радити о

¹³⁹ Видети: Мала збирка кривичних закона за Војводину (приредио Јован Ј. Лемајић), Нови Сад, 1924, стр. 100.

¹⁴⁰ Пун назив пројекта је "Основа новог казненог закона о злочинствима и преступцима за Краљевину Хрватску и Славонију уз образложење" (а израдио га је Маријан Деренчин, због чега је познатији као Деренчинова основа), Загреб, 1879.

хетеросексуалном односу.¹⁴¹ Предвиђене казне су нешто блаже него за дела обљубе, а такође су били предвиђени и квалификовани случајеви тешке телесне повреде или смрти од насилне блудне радње.

2.4. Савремени развој кривичног права у Европи током 19. века са освртом на Немачки казнени законик из 1871. године

2.4.1. Опште напомене

Значајне реформе кривичног права се почињу остваривати са нестанком феудалног периода, у доба "просвећеног апсолутизма" и под утицајем напредних мислилаца из школе природног права (француски просветитељи 18. века Волтер, Русо, Дидроа и др, те енглески филозофи Бекон, Хобе, Лок). У првим деценијама XIX века, у Европи је настало низ нових кривичних законика од којих је најпознатији Наполеонов Кривични законик (Code Penal) из 1810. године (ступио на снагу годину дана касније). Од значајнијих кривичних законика из периода буржоаског либерализма треба истаћи баварски Казнени законик из 1813. године, пруски Казнени законик, аустријски из 1852. године и немачки из 1871. године. Под јаким утицајем пруског Казненог законика рађен је и српски Казнени законик из 1860. године.¹⁴²

Та нова кривична законодавства нису више у толикој мери задрала у сексуални живот људи, па се тако ни сваки ванбрачни сексуални однос није кажњавао као "fornicatio" или "stuprum" (у преводу – блудничење односно блуд, силовање – напомена М.М.). Буржоаске (грађанске) револуције су, између осталог, прокламовале слободу вероисповести, чиме су слабиле теолошке

¹⁴¹ М. Деренчин, *op. cit.* стр. 284. Из оваквог образложења произлази да је блудно дјело могло да обухвата и сексуалне радње између лица мушког пола, под условом да су ван "случајева сполнога опћења". (примедба М.М.)

¹⁴² А. Вајс – Љ. Кандић, *op. cit.* стр. 246-248.

инспирисане сексуалне цензуре ранијих времена.¹⁴³ Но, основни разлог цензуре у погледу сексуалности није толико лежао у измењеном сексуалном моралу, него у схватању да није потребно и нужно санкционисати кривичноправним прописима.¹⁴⁴

2.4.2. Немачки казнени законик из 1871. године¹⁴⁵

У Немачком Казненом законнику, у XIII глави која носи назив "Злочини и преступи противу нравствености" инкриминисане су блудне радње са децом испод четрнаест година. У параграфу 176. тачка 3. је предвиђено да *"Ко с особама испод четрнаест година предузме блудне радње или исте особе наведе на вршење или трљење блудних радњи"* да ће се казнити робијом до десет година. Ако има олакшавајућих ("ублажавних") околности онда ће се применити казна тешког затвора, али не испод једне године. С друге стране, у параграфу 178, је предвиђено да ако је "којом од радњи означених у пар. 176 (мисли се на блудне радње – напомена М.М.) и пар. 177" (реч је силовању – напомена М.М.) проузрокована смрт повређене особе онда се има применити робија не испод десет година или доживотна робија.

Под блудним радњама се у смислу овог законика подразумева "свака она радња која је управљена на изазивање или задовољавање полнога нагона, или која бар служећи као израз изазваном, у исто време сурово вређа нравствену

¹⁴³ М. Дамашка, *op. cit.* стр. 396.

¹⁴⁴ У том смислу се почело доводити у сумњу и широко схватање противприродног блуда. Постојала је сагласност да су "противно природи" они сексуални односи код којих објекат задовољења није људско биће (бестијалитет, некрофилија итд.) те су се та понашања најчешће издвајала из појма противприродног блуда у специјалне деликте. – М. Дамашка, *op. cit.* стр. 399-400.

¹⁴⁵ У овом раду од страних законика тог времена обрађен је овај законик као илустрација какви су били кривични законици тог времена (19 века). Сувишно и непотребно би било на овом месту анализирати и друге КЗ (баварски, пруски, аустријски...). Сем тога и наша кривичноправна доктрина је управо добрим делом ослоњена на немачку кривичноправну доктрину.

(природну) пристојност у полном односу, дакле ону границу, која је вајкадашња нравственост одредила полноме животу. Али које су то границе, које је нравственост одредила полноме животу, не може се никад ценити према (можда особито строгим или особито благим) гледиштима појединих редова у народу, него шта више увек само по мерилу целокупног народа".¹⁴⁶

Учиниоцу морају бити познате године злоупотребљеног лица, а за умишљај је довољна "неодређена намера". Пол злоупотребљеног детета није од значаја, као ни пол учиниоца, при чему то могу бити и родитељи.

Законик је ово дело изједначио са силовањем зато што је заузео становиште да тим лицима недостаје "подобности за располагање" (способности за расуђивање – напомена М.М.), па због тога деца испод четрнаест година не могу бити сама осуђена као учиниоци или учесници.¹⁴⁷

Сличне одредбе налазимо и у параграфу 174. који инкриминише блуд злоупотребом односа зависности. У тачки 1. овог параграфа се инкриминишу блудне радње старалаца са својим пупилама, лицима која су поверена њиховоме старању, усвојоци (пародитељи) и храниоци са њиховом децом (усвојеницима и храњеницима), те свештена лица, учитељи и васпитачи са својим малолетним ученицима и васпитаницима. Блудне радње морају бити предузете са именованим лицима, на њиховом телу при чему није нужно да буду предузете по њиховим полним органима.¹⁴⁸

Казна за ово дело је робија до пет година, а ако има олакшавајућих околности казна је тешки затвор до шест месеци.

У параграфу 181. тачка 2. инкриминисано је подвођење и то када родитељи своју децу, стараоци своје старанике, свештеници, учитељи, васпитачи, подводе лица која имају да обучавају или васпитавају. Под подвођењем се у смислу овог законика подразумева потпомагање блуда посредовањем или допуштањем или

¹⁴⁶ Ф. Фон Лист, *op. cit.* стр. 425-426.

¹⁴⁷ Ф. Фон Лист, *op. cit.* стр. 436-437. Супротно становиште у одлуци Царског суда од (23. јануара 90 20 181) по којем би узајамна онанија између тринаестогодишњих дечака могла бити кажњива, а између петнаестогодишњих некажњива. У другој одлуци царског суда (од 21. октобра 1889 20 30) заузет је став да навођење од стране виновника постоји и онда, када би блудну радњу предузео неко трећи. – *Ibid*, стр. 437.

¹⁴⁸ Више о томе: *Ibid* стр. 438.

стварањем прилике. При томе се под блудом подразумева не само ванбрачна обљуба већ и противприродни блуд између људи.¹⁴⁹

Ирелевантно је да ли "су деца или стараници били у радном или трпном стању (активни или пасивни), да ли су она "са другима" или други "са њима" проводили блуд". Свршеност код овог кривичног дела наступа ("лица са којима је блуд извршен") тек предузимањем блудног чина, док намера учиниоца мора да обухвати и његов однос према подведеном лицу.¹⁵⁰

Казна за ово дело је пет година робије, "шта више и онда, када се оно не врши ни по навици нити из користољубља" (пар. 181. став 1). Поред ове казне предвиђен је и губитак грађанске части, а може се изрећи и допуштеност полицијског надзора. (став 2.)

2.5. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа по Криминалном (Казнителном) закону за Књажевство Србију од 1860. године

До 1860. године у Србији није постојао кривични законик, иако је имала значајну самосталност у погледу уређења важних унутрашњих односа, па и доношење закона.

За разумевање овог законика потребно је познавање историјских прилика тог времена у Србији. Са Наполеоновим поразом, Турска у односу на Србију постаје попустљивија, па је вештим политичким маневрисањем Кнеза Милоша Обреновића, добијала све више на аутономности. Но истовремено се Кнез Милош дуго и оштро противио неком озбиљнијем законодавном раду, прибојавајући се да ће закони ограничавати његову власт. Услед притисака из земље, али и утицајима са стране, нарочито Русије и Аустрије, тридесетих година XIX века, он ће иницирати рад на кодификацији кривичног законодавства и материјалног и

¹⁴⁹ Ibid, стр. 441.

¹⁵⁰ Ibid, стр. 444-445.

процесног,¹⁵¹ па је коначно 1860. године извршена кодификација материјалног кривичног права, чиме је окончано прилично хаотично стање у овој правној грани.¹⁵² Законик је заснован већим делом на основу пруског кривичног закона из 1851. године, као и на основу закона немачких државица тог времена.

У наведеном закону, у глави XX, која носи назив " О злочинствима и преступлењима противу личне слободе", у параграфу 191. предвиђена су три основна и један квалификовани облик силовања. У тачки 3. овог параграфа (који спада у основни облик) инкриминисано је силовање лица мушког или женског пола која нису навршила тринаест година живота – *" ко с лицима која нису тринаесту годину навршила, блуд учини, ма да би се то и са њиховим саизволењем догодило."* Овде се у ствари ради о силовању малолетника, при чему је законодавац под изразом "лицима" треба разумевати једно лице, а не да би учинитељ могао и са више лица блуд да учини, па за једно да се по овој тачки казни.¹⁵³

Под блудом се сматра природна обљуба, и оно постоји спајањем полних удова односно отпочетим продирањем уда у усмину (*immissio penis* као ни *emmissio seminis* нису дакле потребни).¹⁵⁴ Пристанак на блуд, по мишљењу

¹⁵¹ О томе више: С. Пихлер, *op. cit.* стр. 147. и 151.

¹⁵² Кривични законик Србије из 1860. године је спадао у један од најважнијих правних докумената бивше кнежевине и доцније Краљевине Србије. Са низом каснијих измена важио је све до 1918. г. а до I.I.1930. на подручју и Србије и њених припојених територија. – *ibid.* стр. 147-148.

¹⁵³ Ђ. Ценић, *Објаснение казнителног законика за Књажевство Србију*, Београд, 1866, стр. 590.

¹⁵⁴ У том смислу су и одлуке опште седнице Касационог суда 1905, бр. 2583., опште седнице 1905. бр. 2368, док се у одлуци истог суда опште седнице. 1921. бр. 10097 се узима да је довољан и сам додир полних органа. – Т. Живановић, *Кривични (казнени) законик и Законик о поступку судском у кривичним делима Краљевине Србије*, Београд, 1925, стр. 117.

Супротно, под блудом се подразумева и противприродни блуд. Наиме, Касациони суд у примедбама бр. 10386. од 18. децембра 1898. године је поништио пресуду Апелационог суда бр. 4276 од 30. новембра 1898. године, наставши да је Апелациони суд погрешно, што је дело противприродног блуда, по коме су Милован и Милија осуђени на робију, подвео под одредбу пар. 191. Казненог законика, јер се тим законским прописом казни блуд, извршен силом или претњом, било лице мушког или женског пола, али у сваком случају на начин природом одређен; а за противприродни блуд стоји нарочити пропис и казна у пар. 206. Казненог законика по коме су оптужени и имали бити осуђени. Апелациони Суд не усвоји ове примедбе, већ под бр. 4992. од 30. децембра 1898. године да следеће противразлоге: Кад се из крштеница силованих Обрена и

законодавца, од стране ових лица није слободан, тако да се блуд с њима појављује као блуд без пристанка. Дакле, да би постојала ова врста силовања (из тачке 3.), а не из тачке 1, потребно је да је малолетник на блуд пристао.¹⁵⁵

Предвиђена казна за ову врсту силовања је петнаест година робије. Интересантно је да је иста казна предвиђена и за силовање мушког или женског лица употребом силе или претње (тачка 1. пар. 191.), као и за силовање лица " слободне воље и свести лишено, било да је од кривца намерно у то стање постављено, или да се иначе у том стању налазило" (тачка 2. пар. 191.). Као што се може приметити, не прави се разлика у погледу запређене казне без обзира на својства објекта (да ли је пунолетно, немоћно или малолетно).

Умишљај учиниоца мора да обухвата свест да се врши обљуба с лицем које није навршило тринаест година односно свест " о годинама објекта".¹⁵⁶

У ставу 2. истог параграфа предвиђен је квалификовани облик силовања – *" Ако је једном од ова три случаја злоупотребљено лице умрло, кривац да се казни смрћу, ако је он то следство као вероватно предвидети могао, иначе робијом до двадесет година"*. Из наведене одредбе произлази да ако је наступела смртна последица која се не може приписати нехату учиниоца ("ако је он то следство као вероватно предвидети могао") примењује се смртна казна, а блажа казна, робија до двадесет година, ако је реч о нехату. "Уколико је више какво трпеће лице од починитеља злостављано... телесно повређено или здрављу његовом штета нанесена, утолико се и тежа казна одређује, а на случај ако је кривац и сам увидео да из његовог поступка смрт проишаћи може, па се не оканио, и смрт проишађе, изриче се над њим смртна казна, као да је и са предумишљајем дело учинио, а двадесетогодишњом робијом казниће се ако је нехатну смрт починио".¹⁵⁷

Мелентија види, да они у време, када су оптужени над њима блуд извршили, нису имали пуних 13 година, - онда овде може стајати само дело из пар. 191. Казненог законика, без обзира на то, да ли су оптужени овај блуд извршили са саизволењем силованих или без овога. И општа седница Касационог Суда од 8. јануара 1899. године, под бр. 136. нашла је, да су противразлози Апелационог Суда бр. 4992. на закону основани, а да примедбе Касационог Суда бр. 10386. не стоје. – Часопис Правни информатор, бр. 9/2006, стр. 9.

¹⁵⁵ Т. Живановић, Основи кривичног права, посебни део, I књига, Београд, 1923, стр. 104.

¹⁵⁶ Б. Милојковић, Коментари општег казненог законика, Београд, 1919, стр. 133.

¹⁵⁷ Ђ. Ценић, *op. cit.* стр. 591.

Поред ове изричите одредбе предвиђене у глави XX, (у параграфу 191.) и у глави XXI која носи назив "О злочинствима и преступлењима против благонаравија" (кривична дела против морала) наилазимо на одредбе које посредније указују на кривичноправну заштиту деце. Тако у параграфу 201. у тачки 1. се каже: *"Ко с лицем које још није петнаесту годину навршило, блуд учини, или га преваром и разним обећањима наведе, да то с другим учини, у колико не би то у друго веће казним делом прелазило (пар. 191. под 2, и 3, и пар. 205. под 1.), да се казни затвором од три месеца до четири године"*. Као што се види, да би ово кривично дело постојало пасивни субјект мора бити старији од тринаест година. "Ако би заведеном лицу било мање од тринаест година, постојао би идеалан стицај између силовања (пар. 191 т. 3. к.з.) и овог кривичног дела."¹⁵⁸ Обзиром на законску формулацију "Ко с лицем..." није од значаја да ли је у питању мушко или женско лице.

У погледу радње која је алтернативно предвиђена "...или га преваром и разним обећањима наведе, да то с другим учини..." (мисли се на блуд – напомена М.М.) није нужно да је то лице свесно значаја своје радње. Ово кривично дело је свршено тек када је треће лице имало сексуални однос са пасивним субјектом.

Такође и у параграфу 205. тачка 1, исте главе, наилазимо на сличне одредбе – *"Робијом до пет година да се казне: 1. тутори, управитељи, свештена и духовна лица и васпитатељи, који са својим непунолетним пупилама и ученицама блуд учине."* Овде се ради о блуду (обљуби) злоупотребом односа зависности. Из наведеног законског текста изричито произлази да се кривичноправна заштита пружа непунолетним пупилама¹⁵⁹ и ученицама односно лицима која нису навршила тринаест година живота.

Под тутором се подразумева старалац, старатељ,¹⁶⁰ а под "управитељима" у смислу овог параграфа подразумевају учитељи, као и мајстори и принципали (према својим шегртима), док се под "васпитатељима" подразумевају лица којима

¹⁵⁸ Т. Живановић, Основи кривичног права, посебни део, II књига, Београд, 1923, стр. 141.

¹⁵⁹ Пупила (лат. Pupilla) – сироче, потсвојче, непунолетно дете (без оца) које је под старатељством – М. Вујаклија, Лексикон страних речи и израза, Београд, 1961, стр. 795.

¹⁶⁰ М. Вујаклија, ор. cit. стр. 979., док Т. Живановић додаје да се ту подразумева и помоћни старалац, али не и хранитељ, - Т. Живановић, ор. cit. стр. 145.

је поверено целокупно васпитање (вођење живота) малолетника, а не само настава.¹⁶¹

Идентичне одредбе предвиђене су и у Кривичном законнику за Књажевину Црну Гору из 1906. године и то у истим параграфима (191. тачка 3, 201. тачка 1. и 205 тачка 1).¹⁶² Једина разлика је у параграфу 205. тачка 1 где је била предвиђена робија до осам година. Имајући у виду да је овај законик скоро истоветна копија српског КЗ из 1860. године, вреде у свему напред наведена излагања.¹⁶³

2.6. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа по Кривичном законнику Краљевине Југославије од 1929. године

Кривични законик Краљевине Југославије је спадао је у ред тадашњих модерних кривичних законика. Ступио на снагу 1. јануара 1930. године.¹⁶⁴ Основу овог законика представљао је Пројекат казненог законика са мотивима из

¹⁶¹ Ibid, стр. 146.

¹⁶² Овај параграф се налази у глави XX, чији је наслов “О злочинима и преступима противу личне слободе”, Кривични законик за Књажевину Црну Гору, Цетиње, 1906, стр. 76.

¹⁶³ Претходни законик је био Законик књаза Данила од 1855. године. Иако у њему нема прописа о делима против полног морала, карактеристична је пресуда Сената из 1870. године изречена једном сенатору. Против сенатора је поднета тужба од стране 150 Бјелопавлића, због тога што је нападао “на њихове жене, сестре и кћери (нема поузданих историјских извора да ли се то односило и на кћери испод четрнаест година, мада се не искључује – примедба М.М.), како је многе изазивао на блуд, како је у овом многе породице посејао раздор и раскинуо свезу вјерности између мужава и њихових жена, а тиме дирнуо у образ и част цијелог племена”. Сенат је донео пресуду: 1. Да В.М. због блудног насиља и нарушења части народне и достојанства сенаторског губи не само чин сенаторски него да не може бити више никад државни црногорски чиновник, 2. Да плати путнину перјаницима и проти попу Ђ.Б. – Ј. Бојовић, Законик књаза Данила, Титоград, 1982, стр. 73-74.

¹⁶⁴ Законик је рађен под утицајем немачког пројекта из 1925. и 1927. године и ставова неокласичне школе. Многа решења из овог законика постоје у основи и данас у нашем кривичном праву. – 3. Стојановић, *op. cit.* стр. 51.

1910. године.¹⁶⁵ Тиме је унифицирано материјално кривично право, чиме су престали да важе партикуларни законици на разним подручјима Југославије. Овај законик је предвиђао дуалитет кривичних дела: *злочине и преступе*. Као критеријум за разликовање представљала је врста казне прописана за дело. За *злочине* је као казна била предвиђена смртна казна, робија или заточење, а за *преступе* је, као казна била предвиђен строги затвор, затвор или новчана казна.¹⁶⁶ У односу на претходни кривични законик (СКЗ из 1860.) осавремењене су неке опште инкриминације уз побољшана правнодогматска решења.

За разлику од ранијих законика, у овом Законику су прецизније предвиђене одредбе о кривичноправној заштити деце у области сексуалних односа. Пре свега, овим Законом се први пут дефинише шта се подразумева под појмом "деца", а шта под појмом "малолетници". "Деца" су лица која нису навршила четрнаест година, а "млађи малолетници" су лица која имају четрнаест година, али нису навршила седамнаест година, док су "старији малолетници" лица која имају седамнаест година, а нису навршила двадесетједну годину (параграф 14). Осим тога, први пут се за сексуалну радњу употребљава израз обљуба, а који је и данас у употреби.¹⁶⁷

У сексуалној сфери, став законодавца је да се полна зрелост стиче са навршених четрнаест година¹⁶⁸ Истраживања од стране психијатара тог времена су још тада констатовала да сексуални деликти против малолетних, а нарочито против деце у најмлађем добу, могу имати судбоносне последице за сав њихов

¹⁶⁵ Стални Законодавни Савет, установљен при Министарству правде 1919. године, састављен од најистакнутијих правника (професора и судија) је предложио, ради брже унификације казненог законодавства у Краљевини, да се за основу не узме Пројекат из 1910. године већ српски Казнени Законик, који би се прерадио према тадашњим потребама, али је тадашњи Министар Правде имао другачије мишљење, те је у том смислу и донео решење да се Пројекат узме за основу. – о томе више: Л. Урошевић, Судски требник II део, Београд, 1929. предговор XXIII-XXIV.

¹⁶⁶ О томе више: Љ. Лазаревић, Кривично право Југославије, општи део, Београд, 2000, стр. 53.

¹⁶⁷ До тада су били коришћени нпр. у Српском кривичном закону из 1860. израз "блуд", у КЗ Хрватске и Славоније из 1852. израз "прилег", у КЗ Босне и Херцеговине из 1879. израз "сполно употреби"...

¹⁶⁸ "Очевидно се ради о ratio legis, да се остави жени која још није сполно зрела, да се развија природним путем без пријевременог дражења сполног нагона на физички или психички нагон" – М. Доленц, Тумач Кривичног законика Краљевине Југославије, Загреб, 1930, стр. 350.

даљи живот, јер исти проузрокују осим других штетних последица и тзв. психичке трауме, које понекад остају неизлечиве.¹⁶⁹ Још у Пројекту казненог законика са мотивима из 1910. године је наглашено да *"Деци, како мушког тако и женског пола дужан је законодавац да обрати нарочиту пажњу и да их заштити озбиљном казном."* (стр. 567).

Сексуални деликти су предвиђени у глави XXIV Законика која носи назив "Кривична дела против полног морала". Законодавац је сматрао "с једне стране да треба до дође до тога да се извршује полни нагон (*libido sexualis*), као основ за расплод људског рода у том правцу, да подмладак постане здрав духом и телом (момент популације, еугенетички), а да се затре сексуална анархија. С друге стране, да се заштите деца и малолетници у погледу опасности која им прети, јер прерано утицање на њихов полни живот може постати по развој њихове личности, било психичке, било физичке, врло штетно а каткад и погубно."¹⁷⁰

Кривичноправна заштита деце у сексуалној сфери предвиђена је у параграфима 273, 274, 278. и 279. те ће они бити посебно анализирани.

Параграф 273. гласи:

"Ко над женским лицем које није навршило четрнаесту годину изврши обљубу, казниће се робијом до десет година.

Ко над таквим лицем изврши какву блудну радњу, казниће се, строгим затвором.

Гоњење за кривично дело из другог одељка, ако није јавно учињено, предузима се само по предлогу."

Како параграфи нису имали своје називе, поједини теоретичари тог времена овај параграф су означавали као "завођење женског детета", "силовање сполно незреле жене" или "обљуба одн. блудна радња над женским лицем, које није навршило 14. годину".

¹⁶⁹ Више о томе: А. Маклецов, Кривична дела против јавног морала у Кривичноме законнику Краљевине Југославије, Архив, бр. 1-2, Београд, 1930, стр. 12.

¹⁷⁰ М. Доленц – А. Маклецов, Систем целокупног кривичног права Краљевине Југославије, Београд, 1935, стр. 256.

Дело из овог параграфа, као што се види, обухвата две полне радње: обљубу и блудне радње, с тим да се обљуба сматра злочинством и кажњава се истом казном као и силовање (инкриминисано у пар. 269), док се блудне радње сматрају преступима, као лакше кривично дело.

У првом ставу радња извршења је обљуба која подразумева природни сексуални однос. У кривичноправном смислу обљуба је прибављање сексуалног задовољства сједињавањем полних органа мушког и женског лица, и она постоји и када мушкарац не успе да над женским лицем, које би било *virgo intacta*, изврши дефлорацију, али је саставом полних органа постигао сексуално задовољење.¹⁷¹ Дело је свршено када је постигнуто спајање полних органа учиниоца и женског лица испод четрнаест година.

Учиниоца мора знати, да то женско лице није навршило четрнаест година, и мора хтети, "да баш над таким лицем изврши обљубу".¹⁷² За постојање дела није од значаја да ли је извршено са пристанком или без њега дотичног женског лица млађег од четрнаест година, чак и у ситуацији када је то женско лице дало иницијативу.¹⁷³ Полази се од тога да женско лице испод четрнаест година није полно зрело и да треба заштитити њен будући нормалан сексуални живот.¹⁷⁴ Не

¹⁷¹ Л. Урошевић, Судски Трешник, II део, Београд, 1929, стр. 394.

¹⁷² М. Доленц – А. Маклецов, ор. cit. стр. 161.

¹⁷³ "Пропис пар. 269 т. I. крив. зак. (ради се о силовању – примедба М.М.) предвиђа дело насилне обљубе: од I пар. 273 кр. зак. предвиђа пак обљубу над женским лицем испод 14 година, без обзира да ли је обљуба насилно извршена или не. Кад је међутим обљуба насилно извршена над лицем испод 14 година, онда у таквом случају стоји дело из т. I пар. 269 кр. зак., пошто стоје сви елементи тога дела, а факт да је повређено лице испод 14 година чини једну отежицу самога дела, и повишава степен кривичне одговорности учиниоца у смислу пар. 70 кр. зак." (пресуда Касационог суда у Београду од 5 VI 1932 г. Кре 306/32) – Кривични законик Краљевине Југославије и 343 решења свих апелационих судова и свих одељења касационог суда године 1930-1935 (уредили Ј. Весел и В. Тимошкин), Сарајево, 1935, стр.184.

¹⁷⁴ У том смислу: Д. Лазић, Кривични законик, II књига, посебни део, Београд, 1934, стр. 237. Поводом жалбе државног тужиоца на пресуду окружног суда због благо одмерене казне, Касациони суд је нашао: "да је Окружни суд пропустио да установи као отежицу то да је оптужени оштећену дефлорисао, што овај суд сматра за нарочито отежавајућу околност, да је према томе по Окружном суду одмерена казна и сувише блага, па је на основу пар. 334 од. 2 и 353 с. кр. пост. позив државног тужиоца уважио и казну повисио на 5 (пет) година робије, сматрајући да тако одмерена казна одговара тежини извршеног дела као и степену кривичне

тражи се да је жртва била дефлорисана, јер дело постоји и када је химен раније био повређен. Обљуба са женским лицем од четрнаест година и старијим од четрнаест година уз њен пристанак није кажњива као дело против јавног морала (осим у случајевима из пар. 274 ст. 2, 275, 276 и 277).

У погледу кривице тражи се умишљај учиниоца који се састоји у свести да женско лице нема четрнаест година, као и намера задовољења сексуалног нагона.

У ставу другом, радња извршења је блудна радња. “Под блудном радњом у смислу прописа ове главе разуме се свака таква радња којом учинилац иде на задовољење своје телесне похоте.” (пар. 289) Или другим речима:” Блудна радња је на задовољење извршиоачеве телесне похоте управљена радња.”¹⁷⁵

Оваква дефиниција је потпуно неодређена и неправилна, и поништава разлику између обљубе и блудних радњи спроведену у глави XXIV Законика. Наиме, и обљубом извршилац иде на задовољење своје телесне похоте.¹⁷⁶ Из оваквог непрецизног појма блудних радњи, произлази да је поред кривице потребна и намера задовољења своје телесне похоте. Телесна похота треба да је управљена на задовољење своје, а не туђе телесне похоте (дотичног женског или трећег лица).¹⁷⁷ Према томе, радња извршења да би била “блудна” мора да је

одговорности оптуженога.” (пресуда Касационог суда у Новом Саду од 24 I 1934 г. Кре 343/1933). – Кривични законик Краљевине Југославије и 343 решења свих апелационих судова и свих одељења касационог суда године 1930-1935, *op. cit.* стр. 184-185.

¹⁷⁵ Т. Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије, посебни део, II књига*, Београд, 1936, стр. 79.

¹⁷⁶ Тако мисли и: М. Чубински, *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије, посебни део*, Београд, 1930, стр. 212.

“Тај законски појам био је преширок, јер има тјелесних похлепа које с блудом немају никаква посла (алкохол, морфиј), а преузак је јер и она радња може бити блудна која не иде за задовољењем, него за подражавањем похоте”. – Ф. Бачић - З. Шепаровић, *Кривично право, посебни дио*, Загреб, 1982, стр. 151.

¹⁷⁷ У тадашњем немачком кривичном законнику за блудне радње се захтевало постојање похотљиве намере тј. намере задовољења или дражења полног нагона. Ни овај законик не дефинише блудне радње, али се узима да оне постоје и када је радња управљена на задовољење или надражење свог или туђег полног нагона – Т. Живановић, *op. cit.* стр. 79-80.

управљена на задовољење телесне похоте.¹⁷⁸

Спорно питање је шта се сматра под задовољењем телесне похоте? Мишљења су подељена. По једном мишљењу дело је довршено “*постанком успјеха, то јест задовољењем похоте у намјераваном облику*”¹⁷⁹ Друго мишљење је, да је дело довршено радњом којом се хтела задовољити или је задовољена телесна похота¹⁸⁰ односно “и ако учинилац није постигао дотични резултат”¹⁸¹ При томе се тражи, да је таква радња подобна да повреди “јавни морал” у сексуалном погледу.

Сходно томе, произлази да обухвата све начине задовољења сексуалне похоте, осим обљубе, тј. да доприноси сексуалном уживању без сједињавања полних органа лица различитог пола.¹⁸²

Умишљај код овог кривичног дела (став 2) је у свести учиниоца да женско лице нема пуних четрнаест година и намера да задовољи свој полни нагон миловањем или пољупцем женског полног органа, додиром свог полног органа са којим другим делом тела женског лица и сл.¹⁸³

Учиниоца може бити и женско лице, а могу бити и родитељи.¹⁸⁴

Гоњење се, ако није на јавном месту учињено, предузима по предлогу.¹⁸⁵ Покушај није кажњив.

¹⁷⁸ Из тог периода бележимо и став из једне пресуде Апелационог суда у Загребу Крр 490/33 од 13.9.1933. године у којој се каже да “За блудну радњу из пар. 289 к.з. потребно је неко становито трајање радње, услед које би почело задовољење похоте” – Кривични законик Краљевине Југославије и 343 решења свих апелационих судова и свих одељења касационог суда године 1930-1935, ор. cit. стр. 192.

¹⁷⁹ М. Доленц, ор. cit. стр. 350.

¹⁸⁰ Д. Лазић, Кривични законик, II књига, посебни део, Београд, 1934, стр. 236.

¹⁸¹ А. Маклецов, ор. cit., стр. 9. Тако мисли и Т. Живановић – “Телесна похота не мора дакле да је заиста задовољена”. ор. cit. стр. 80.

¹⁸² М. Миловић, ор. cit. стр. 37.

¹⁸³ Д. Лазић, ор. cit. стр. 237.

¹⁸⁴ Тако мисли: Т. Живановић, ор. cit. стр. 101, а и Д. Лазић, мисли исто, само мало уопштеније – “... може бити свако лице преко 14. година.”, ор. cit. стр. 237.

¹⁸⁵ М. Доленц, сматра да предлог за овај преступ “може ставити само законити заступник недозреле дјевојке”, ор. cit. 351.

Постојала су мишљења да није искључена могућност примене прописа о стварној заблуди (пар. 20) ако је учинилац због тога што је жртва била физички развијена сматрао (веровао) да има више од четрнаест година или нпр. ако се иста бави професионалном проституцијом.¹⁸⁶ Међутим, уколико учинилац није сигуран (не зна) колико година има такво женско лице над којим је извршио обљубу или блудну радњу, онда се не може говорити о стварној заблуди већ о евентуалном умишљају (*dolus eventualis*). Како за *dolus eventualis* важи правило, да се одговара "за оно и у онолико, што се и у колико се учини, то ће и виновник, ма да није знао године женског лица, одговарати за дело из овог прописа само ако истрага утврди да је исто лице имало испод 14. година старости".¹⁸⁷

Предвиђена казна за обљубу (из става 1) је робија од једне до десет година, те како се ради о злочинству гони се по службеној дужности. С друге стране, за блудне радње (из става 2), предвиђена казна је строги затвор од седам дана до пет година, и као преступ се гони само на предлог законског заступника.

У параграфу 274. који се у теорији означавао као "завођење мушког детета", "сполна злоупотреба малољетних", "обљуба или блудна радња над мушком децом у опште..." и сл. наилазимо на сличне одредбе.

Параграф 274 гласи:

“Казниће се робијом до пет година:

1. ко мушко лице испод четрнаест година злоупотреби за обљубу;

2. ко изврши обљубу над својим малолетним пасторчетом, усвојеним дететом, храњеником, или храњеницом или над својом иштићеницом,

Ко изврши блудну радњу према овим лицима казниће се строгим затвором.

Полазећи од тога шта се подразумева под обљубом, за тачку 1. овог параграфа може се закључити да би обљубу над мушким лицем испод четрнаест година могло да изврши само женско лице које је старије од четрнаест година.

¹⁸⁶ Тако мисли: М. Чубински, *op.cit.* стр. 213.

¹⁸⁷ Л. Урошевић, *op. cit.* стр. 399.

Дакле, није могућа обљуба мушког лица над мушким лицем.¹⁸⁸ Према томе дело ће постојати у случају да је женско лице (злоупотребило) на било који начин, укључујући употребу силе, претње или преваром, и извршило обљубу над мушкарцем млађим од четрнаест година.¹⁸⁹

Као и у претходном параграфу, без значаја је да ли је до обљубе дошло уз пристанак самог мушког лица, или је од њега потекла чак и иницијатива. Злоупотреба се односи само на објективну страну бића тог кривичног дела, "јер и драговољни одустанак или чак и побуда, која дође од таког младића у сврху обљубе, не ослобађава учинитељицу од кривице."¹⁹⁰ Учиниоца мора знати да то мушко лице још није навршило четрнаест година и мора хтети, да баш са тим лицем изврши дело. Умишљај учиниоца, такође, треба да обухвати свест да мушко лице нема четрнаест година.

¹⁸⁸ *"Оптужени је извршио противприродни блуд над мушким дететом. Суд га је огласио кривим дела из пар. 274 т. 1. к. з. која гласи: "ко мушко лице испод 14. година злоупотреби за обљубу". Према томе је овом квалификацијом суд погрешно двојако. У погледу и извршиоца и радње. Јер, обљуба је нормални сексуални сношај, т. ј. спајање полних органа двају разнополних лица у циљу полног задовољења. Стога извршилац тога деликта над мушким може бити само лице женско. А ако је овде извршилац мушко, закон је већ из тога разлога криво примењен. Сем тога противприродни блуд није истоветан деликт с обљубом. Јер овај је, према изложеном, акт, којим се врши и природно оплођење. Противприродни блуд пак, како му и назив каже, је спајање неприродно и само слично обљуби. У осталом ти су појмови и разлике сваком толико јасни, да је законодавац описивање њихових поближих ознака у закону сматрао излишним. Нема дакле сумње, да је овде применом пар. 274 т. 1 к. з. повређен закон. Ствар се стога има, без обзира на оштећеникову добу и на околност је ли блуд извршен насилно или није пресудити по пропису пар. 285 к. з., којим је деликт противродног блуда у закону и нормиран, па је оптуженик тога кривим и оглашен."* (пресуда Врховног суда у Сарајеву од 28. XI. 1933. г. Кре 253/33.) - Кривични законик Краљевине Југославије и 343 решења свих апелационих судова и свих оделења касационог суда године 1930-1935, ор. cit. стр. 185-186.

¹⁸⁹ Овакво мишљење је било преовлађујуће у доктрини. Видети: Т. Живановић, ор. cit. стр. 102, А. Маклецов, ор. cit. стр. 13, Л. Урошевић, ор. cit. стр. 400-401, Д. Лазић, ор. cit. стр. 238. Супротно, М. Чубински истиче да "субјекат дела из параграфа 274 може бити како мушко, тако и женско лице. Код дела из тачке 1. и тачке 2. субјекат је мушко лице, ако је обљуба извршена противприродним полним актом, и женско, ако је обљуба извршена на природан начин.." – ор. cit. стр. 214.

¹⁹⁰ М. Доленц – А. Маклецов, ор. cit. стр. 161.

За разлику од обљубе, блудна радња према мушком лицу испод четрнаест година може да се изврши и од стране мушког и женског лица.

У погледу умишљаја и начина извршења (сила, претња, превара) важе исте констатације као и код обљубе.

Предвиђена казна за ово кривично дело (из става 1) је до пет година робије, односно дупло мања је запређена казна него за исто дело из пар. 273. (када је женско лице као објект у питању). Једини закључак који би се у том погледу могао извући је да је овим Закоником већа кривичноправна заштита, у сексуалној сфери, пружена женској деци. Међутим, код блудних радњи ситуација је обратна. Наиме, за блудне радње се гони по службеној дужности и предвиђена је казна строгог затвора. За разлику од претходног параграфа, где се за блудне радње гони по предлогу, у овом параграфу то није случај, без обзира да ли су те радње учињене на јавном месту или не.¹⁹¹ Ratio legis, са вишег гледишта јавног морала је, да се природан развој личности младићеве не сме сметати услед прераног вршења полног нагона.¹⁹²

У параграфу 278. је такође пружена кривичноправна заштита лицима испод четрнаест година у сексуалној сфери. Овај параграф се иначе назива "блудна отмица", "одведење ради блуда", "одвођење полно непорочног женског лица", "одвођење ради блуда женског лица испод 14 година".

Параграф 278. гласи:

"Ко силом, претњом или преваром одведе полно непорочно женско лице у намери да с њим оно или ко други у блуду живи, казниће се робијом до пет година.

Ако одведено лице није навршило четрнаест година, учинилац ће се казнити робијом до десет година.

Учиницац се неће казнити ако са овако одведеном женском ступи у брак."

¹⁹¹ У тачки 2. овог параграфа кривичноправна заштита се пружа малолетницима (изнад четрнаест година), тако да ова тачка није посебно анализирана, јер није предмет овог рада. Иако се у законском тексту помиње, приликом набрајања, и усвојено дете, под тим се не подразумева дете у смислу његових година (до четрнаест година) него његово својство. – напомена М.М.

¹⁹² М. Доленц – А. Маклецов, ор. cit. стр. 161.

Као што се види из законског текста овог параграфа, у ставу 2. је инкриминисана ситуација која се односи на лице које "није навршило четрнаест година". Но, како овај став упућује на став 1, неопходно је анализирати цео параграф.

За постојање овог кривичног дела потребно је испуњење два услова: 1. одвођење силом, претњом или преваром и 2. намера да су "у блуду живи". Средства одвођења су дакле сила, претња и превара. Под силом се подразумева телесна сила али "и примена хипнозе као и омамљујућих средстава у циљу да се неко против своје воље обесвести или да се онеспособи за отпор" (пар. 14). Претња у овом случају није ограничена само на претњу злочинством или преступом, него та претња мора бити таква да може утицати на одлуку жртве. Најзад, превара се састоји у томе да се женско лице заведе у заблуду у погледу мотива и циљева, које има учинилац.¹⁹³

Полно непорочно женско лице није само оно које је недефлорисано, већ је могуће да је таква девојка ваљана и часна, али да је од некога силована или да је због болести, операције и каквог случајног догађаја уништен знак девојаштва. Дакле није неопходно да је очувала девичанство, мада с друге стране могуће је да извесна девојка се сматра полно порочном због свог непристојног понашања (нпр. због вршења противприродног блуда) иако је очувала девичанство.¹⁹⁴

У најширем смислу се под блудом подразумева свако задовољење сексуалног нагона са лицем супротног или истог пола или са животињом осим сексуалног задовољења између лица у браку. Под блудом се, у смислу овог прописа, подразумева свако ванбрачно сексуално општење односно ванбрачна обљуба и блудна радња између лица супротних полова.

Дело је довршено када је промењено место становања женског лица (извршено одвођење) и када је том лицу, у погледу њеног сексуалног живота, одузета слобода одлучивања, а све са намером да учинилац или неко други живи с њом у блуду. Није од значаја да ли је над тим женским лицем извршена обљуба

¹⁹³ А. Маклецов, *op. cit.* стр. 15-16.

¹⁹⁴ Више о томе: Т. Живановић, *op. cit.* стр. 97-98, и Л. Урошевић, *op. cit.* стр. 404.

или блудна радња, већ је довољна и сама намера да се то учини (када је већ извршено одвођење).

Учинилац је најчешће мушко лице, но може да буде и женско пошто и женско лице може да изврши инкриминисане радње и то тако да полно непорочно женско лице преда неком мушкарцу да живи у блуду са њим. Овакав став је у теорији и пракси био преовлађујући,¹⁹⁵ мада је било и другачијих мишљења.¹⁹⁶

Запрећена казна за одвођење женског лица изнад четрнаест година је до пет година робије, док је за одвођење таквог лица млађег од четрнаест година (тежи облик) казна затвора до десет година.

Коначно, и у параграфу 279. имамо одредбе које се на посредан начин односе на тему овог рада.

Параграф 279. гласи:

“Ако лице, над којим је извршена обљуба или каква блудна радња у смислу пар. 269-278, од тога умре, учинилац ће се казнити робијом најмање пет година.

Ако је услед ове обљубе или блудне радње лице претрпело тешку телесну повреду из пар. 178 или пар. 179, учинилац ће се казнити робијом до дванаест година.”

Овај параграф се односи на сва кривична дела, која произилазе из аката обљуба или блудне радње без обзира да ли су у питању злочини или преступи, под условом да из њих настану теже последице. Квалификација је везана последицом која мора бити смрт жртве или тешка телесна повреда из пар. 178-179.

Најтежа последица је смрт лица над којим је извршена обљуба или блудна радња. С објективне стране смрт жртве мора бити у узрочној вези са извршеном

¹⁹⁵ Видети: Т. Живановић, *op. cit.* стр. 95. и Д. Лазић, *op. cit.* стр. 404.

¹⁹⁶ Тако нпр. Л. Урошевић је сматрао да "учинилац овог дела, не може бити и женско лице, пошто законодавац за улогу учиниоца захтева намеру да лице одводи ради блуда за свој рачун или за рачун другог лица а ту улогу може вршити само мушко лице. Женско лице за дело из овог прописа може одговарати само као саучесник." – *op. cit.* стр. 406 Овакав став се ипак не би могао бранити, а на такав закључак упућује и законски текст.

обљубом или блудним радњама ("Ако лице...од тог умре..."). Са субјективне стране, извршилац, у односу на тежу последицу (смрт) одговора за нехат, свесни или несвесни, пошто његов умишљај није био управљен на тежу последицу, већ само на обљубу односно блудне радње. Као што се види, закон не прави разлику да ли је смрт наступила услед обљубе или блудне радње.

Код проузроковане смрти под наведеним условима, казна је најмање пет година, а највише двадесет година (законски максимум). Када су у питању деца као жртве, на шта упућују пар. 273, 274 и 278, запрећена казна може бити од значаја приликом одмеравања, а што би значило да се у том случају изричу веће затворске казне.

Лакши квалификовани случај је предвиђен је у ставу 2, где је за извршиоца дела предвиђена казна робије до дванаест година ако је жртви при вршењу обљубе или блудних радњи, нанео тешку телесну повреду.

ТРЕЋИ ДЕО

КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ДЕЦЕ У ОБЛАСТИ СЕКСУАЛНИХ ОДНОСА У УПОРЕДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

3.1. Уводне напомене

Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа, није била заступљена у ранијем периоду организованог друштвеног живота. То се могло уочити и освртом на историјски део. Међутим, савремено кривично законодавство многих земаља обавезно предвиђа кривичноправну заштиту деце у области сексуалних односа, те с тим у вези потребно је извршити компаративни увид у законодавства тих земаља односно видети и њихове приступе и решења.

Савремено кривично право без инкриминација обљубе, са обљубом изједначеног чина и недозвољених полних радњи над децом није могуће замислити. Велики број криминалних понашања који је сексуалног карактера се појављује у истим или сличним облицима у свим државама без обзира на друштвено уређење, националне, верске, географске и друге особености одређене друштвене заједнице.

Како је вршење сексуалних радњи над децом, као асоцијалном појавом, најтешње повезано са сексуалним животом човека, очекивано је и разумљиво реаговање државе. У том смислу је неопходно да свако организовано друштво односно држава спречи овакве појаве као начин који води задовољењу једног од најјачих људских нагона. Основна претпоставка за то је да се вршење сексуалних

радњи над децом, а ради задовољења сексуалног нагона, предвиди као кривично дело, а што уосталом предвиђају сва кривична законодавства.

Савремена кривична законодавства у погледу прописивања кривичноправне заштите деце у области сексуалних односа имају различита законска решења. Те разлике могу бити садржинске, правно догматске или као правно технички модел. Такође те разлике се јављају и код прописивања основног, али и квалификованог облика.

Из разлога што постоје различити приступи и решења код прописивања кривичноправне заштите деце у области сексуалних односа, то представља мотив да у овом делу упоредноправним прегледом та решења и поближе размотримо. Због тога приликом разматрања овог веома сложеног проблема неопходно је извршити компаративни увид у савремена кривична законодавства.

Познато је да наша правна и стручна јавност располаже са веома ограниченим бројем преведених страних кривичних законика (немачки и руски). Но, ови наведени законици ће свакако бити корисни приликом овог прегледа, додајући наравно и кривичне законике још неких значајних земаља, односно оних земаља са дугом правном традицијом.¹⁹⁷

Сагледавање упоредно-правних решења, је важно због тога што нам указује како су друге државе регулисале питање кривичноправне заштите деце у области сексуалних односа и истовремено нам омогућава свестранији осврт на српско право. Објективно посматрано, треба поћи од чињенице да ни једно решење није у тој мери успешно да се не би могло тражити боље, што јесте смисао сваког научног истраживања.

При овом упоредном прегледу предност је дата кривичном законодавству бивших југословенских република, а разлог је добро познат – припадали смо истом правном систему једне државе.

Парадокс је да Косово, као аутономна покрајина у оквиру Србије, има посебан Кривични закон. Но иако се овај закон већ неколико година примењује, као једино важећи (на територији Косова), ипак неће биће обухваћен овим радом,

¹⁹⁷ "Коначно, кроз поједина решења у страном праву, моћи ћемо да остваримо увид, колико је дато простора правно догматској креацији, колико теорији да тумачи и објашњава одређене проблеме, а колико судској пракси." – Н. Мемедовић, *op. cit.*, стр. 77.

пре свега зато што нема правног основа за његово постојање. На жалост то је већ питање из домена политике, у коју нећемо улазити.

3.2. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном законнику Македоније

Овај законик је донесен 1996. године¹⁹⁸ и у глави XIX која носи назив "Кривична дела против половата слобода и половиот морал" ("Кривична дела против полне слободе и полног морала"), су инкриминисани сексуални деликти. У члану 188. ове главе је предвиђено кривично дело "полов напад врз дете" ("сексуални напад на дете" – примедба М.М.) и овај члан (у преводу са македонског језика) гласи:

(1) "Ко изврши обљубу или другу полну радњу према детету, казниће се затвором од шест месеци до пет година."

(2) "За силовање детета или другу полну радњу према детету злоупотребом његове душевне болести, душевног растројства, немоћи, заосталог душевног развоја или другог стања услед чега је дете неспособно за отпор, учинилац ће се казнити затвором најмање три године."

(3) "Ако дело из става 1. и 2. овог члана изврши наставник, васпитач, усвојилац, старатељ, очух, лекар или друго лице злоупотребом свог положаја, казниће се затвором најмање пет година."

(4) "Ако услед дела из става 1. и 2. наступила тешка телесна повреда, смрт или друге тешке последице или је дело учињено од стране више лица или на нарочито суров или понижавајући начин, учинилац ће се казнити затвором најмање пет година."

¹⁹⁸ "Службени весник" на Република Македонија, број 37. Скопље, 1996.

Оно што је одмах уочљиво је да се не опредељује учинилац дела нити пасивни субјект у погледу пола. Такође, ни "полна радња", као радња извршења, није прецизно одређена, а једино је извесно да искључује обљубу, обзиром да је она изричито наведена. Произлази, да би "друга полна радња" значила исто што и са обљубом изједначен чин, или недозвољена полна радња (у КЗ Србије).

Став 1. је готово истоветан са КЗ Србије, (у истом делу и истом ставу), а једина разлика, али значајнија, је у погледу запређене казне – од шест месеци до пет година, док је у КЗ Србије од једне године до десет година.

У ставу 2, као тежем облику, обухваћена су два кривична дела – силовање детета и злоупотреба душевне болести детета, његовог душевног растројства, немоћи, заосталог душевног развоја или каквог другог стања услед чега је дете неспособно за отпор. Дакле, силовање детета и обљуба над дететом као немоћним лицем нису предвиђени као квалификовани облици истоимених кривичних дела (као што је то код нас случај) већ су обухваћени тежим обликом овог кривичног дела.

Став 3. представља квалификовани облик где је предвиђено да ако је дело из става 1. и 2. извршено злоупотребом положаја од стране наставника, васпитача, усвојиоца, старатеља, очуха, лекара или другог лица да ће се казнити затвором најмање пет година. Овакво решење је специфично обзиром да представља "комбинацију" кривичног дела силовања детета и кривичног дела обљубе злоупотребе положаја као и кривичног дела обљубе над немоћним лицем (дететом).

На крају, у ставу 4, који представља најтежи облик, предвиђено је да ако услед дела из става 1. и 2. овог члана наступи тешка телесна повреда, смрт или друга тешка последица или је дело учињено од стране више лица или на нарочито суров или понижавајући начин да ће се учинилац казнити најмање пет година затвора. Постоји недоумица шта би представљало другу тешку последицу имајући у виду да је наведено " смрт или друга тешка последица", па произлази да је то алтернатива смртној последици (што је бесмислено).

Кривичноправна заштита деце у овој глави је пружена и у кривичном делу "Задовољавање на полови страсти пред друг" ("задовољење полне страсти пред другим" – примедба М.М.) – члан 190, што се делимично подудару са

недозвољеним полним радњама код нас. У ставу 2. се каже "Ко пред дететом врши полну радњу или ко наведе дете да пред њим или другим лицем врши такву радњу, казниће се новчаном казном или затвором до три године". Из законског текста се не види да ли се ово кривично дело остварује принудом или неким другим начином. Оваква законска формулација је доста широко постављена, па судској пракси и теорији остављају довољно простора за различита тумачења. Како је изричито предвиђено да је пасивни субјект дете, већа је и запрећена казна (до три године затвора, док у је у ставу 1. новчана казна или затвор до једне године).

Сличне одредбе налазимо и код кривичног дела посредовање у вршењу проституције (члан 191). У овом члану је као квалификовани облик (став 5) предвиђено да ће се учинилац казнити затвором од једне до пет година, ако је врбовао, наводио, подстицао или намамљивао дете на проституцију или ако је на било који други начин учествовао у предаји детета другом ради вршења проституције (у вези члана 1.). Истом казном ће се казнити учинилац који ради зараде омогућава другом коришћење сексуалних услуга (у вези става 2.) или који ради зараде, силом или озбиљном претњом да ће употребити силу принуди дете на пружање сексуалних услуга (у вези става 3.).

Код кривичног дела приказивање порнографског материјала детету у (члан 193.) наилазимо на сличне одредбе и где је предвиђено да ко детету прода, прикаже или јавно изложи или на други начин учини доступним слике, аудиовизуелне и друге предмете порнографске садржине или му прикаже порнографску представу да ће се казнити новчаном казном или затвором до једне године. У ставу 2. је предвиђено да ако је дело учињено путем средстава јавног информисања да ће се учинилац казнити новчаном или затвором до три године.

На крају и код кривичног дела родоскрвњења, у ставу 2, наилазимо на одредбе у којима се кривичноправна заштита пружа деци и то од стране сродника. Ради се о тежем облику, према којем крвни сродник у правој линији или брат, односно сестра који изврши обљубу или другу полну радњу са дететом да ће се казнити затвором најмање три године.

3.3. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у кривичним законима Босне и Херцеговине

У Босни и Херцеговини је током 2000. године извршена реформа кривичног законодавства, а потом и 2003. године и те реформе су имале за резултат доношење четири кривична закона (КЗ БиХ, КЗ ФБиХ, КЗ Републике Српске и КЗ Дистрикта Брчко БиХ). Сва четири кривична закона донета су под снажним утицајем, боље рећи притиском међународне заједнице, у чијој су изради поред домаћих стручњака (подразумевајући тиме и експерте из Србије и Хрватске) учествовали и страни експерти кривичног права. Стога, наилазимо и на законска решења која одступају од ранијих законских решења, а која су била веома слична нашем кривичном законодавству. Ова чињеница се односи и на кривична дела против полне слободе која су предвиђена искључиво у ентитетским кривичним законима.

3.3.1. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у кривичном закону Републике Српске

Овај кривични закон је донет 2003. године,¹⁹⁹ и суштински представља један модеран закон са низом савремених законских решења. Та савремена законска решења обухватају, између осталог, и сексуалне деликте. Кривична дела у којима су инкриминисани сексуални деликти налазе се у глави XIX овог закона која носи назив “кривична дјела против полног интегритета”. У погледу назива законодавац је сматрао да “примарни објекат заштите ове групе кривичних дјела је човјеково право да потпуно слободно и самостално одлучује о свом полном животу,

¹⁹⁹ Кривични закон Републике Српске, “Службени гласник Републике Српске”, број 49, Бања Лука, 2003.

односно његов полни интегритет", те самим тим такав назив је много адекватнији.²⁰⁰

У овој глави кривичноправна заштита деци се пружа кроз више прописаних кривичних дела. Ипак главна инкриминација је предвиђена у члану 195. – "полно насиље над дјететом".

Овај члан гласи:

"(1) Ко изврши обљубу или другу полну радњу са дјететом, казниће ће затвором од једне до осам година.

(2) Ко изврши насилну обљубу или другу полну радњу са дјететом (члан 193.) или са немоћним лицем (члан 194.), казниће се затвором од три до петнаест година.

(3) Ако дјело из ст. 1. и 2. овог члана изврши наставник, васпитач, старалац, усвојилац, љекар, вјерски службеник или друго лице злоупотребом свог положаја према дјетету које му је повјерено на учење, васпитање, чување или старање, учинилац ће се казнити затвором од пет до петнаест година.

(4) Ако је дјело из ст. 1, 2. и 3. овог члана извршено на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин, или је истом приликом извршено више дјела од стране више лица, или постоји велика несразмјера у зрелости и узрасту између учиниоца и жртве, или је усљед дјела наступила тешка тјелесна повреда, тешко нарушење здравља или трудноћа силованог женско лица, учинилац ће се казнити затвором најмање пет година.

(5) Ако је усљед дјела из ст. 1. до 4. овог члана наступила смрт дјетета, учинилац ће се казнити затвором најмање десет година или казном дуготрајног затвора."²⁰¹

У ставу 1. (основни облик), радња извршења је одређена алтернативно –

²⁰⁰ Више о томе: Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, књига II, Сарајево, 2005, стр. 1558.

²⁰¹ У питању је нова инкриминација која је у кривично законодавство Републике Српске уведена реформом из 2000. године. – примедба М.М.

вршење обљубе или друге полне радње. Обљуба је одређена на исти начин као и у нашем КЗ, тако да неће бити посебно разматрана, док "друге полне радње" представљају извесну специфичност код КЗ Републике Српске. Појму друге полне радње, који законом иначе није одређен, би се могле упутити одређене примедбе због такве формулације. Наиме, због своје неодређености је у супротности са принципом *lex certa*, те доводи до одређене правне несигурности грађана. Сем тога, искључиво од схватања суда зависи примена овог појма што би у пракси могло да се деси да се у истим или сличним ситуацијама различито поступи. Преовлађује схватање (у новијој теорији кривичног права) да се под овим радњама подразумева свака пенетрација полног органа која је усмерена на задовољење сексуалног нагона (*immissio in anus, immissio in os, fellacio*) као и пенетрације другим деловима тела у полне органе лица истог или различитог пола, уколико су предузете у намери задовољења сексуалног нагона (нпр. имисија језика ин вагинам или пер анум).²⁰² Ове радње се могу одредити и тако да се под њима подразумевају све оне радње које су се називале противприродним блудом и блудним радњама у претходном кривичном законодавству и судској пракси. Дакле, ради се о свим радњама сексуалног карактера, осим обљубе.²⁰³

У другом ставу, као тежем облику, произлази да се ради у ствари о два кривична дела – силовање односно насилна обљуба или друга полна радња са дететом (члан 193.) и обљуба са немоћним лицем (члан 194.) Из правнотехничких разлога су одређени као посебан тежи облик овог кривичног дела обзиром да је пасивни субјект дете.

У трећем ставу, ради се о посебном облику кривичног дела злоупотребе службеног положаја, који је законодавац предвидео као тежи облик кривичног дела полног насиља над дететом управо из разлога што се ради о детету као пасивном субјекту. Овај облик дела ће постојати ако је дело из става 1. и 2. овог члана извршио наставник, васпитач, старалац, усвојилац, лекар, верски службеник или неко друго лице злоупотребом свог положаја.

²⁰² Видети: Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, *op. cit.* стр. 1564-1565.

²⁰³ З. Стојановић, Кривично право, посебни дио, Српско Сарајево, Република Српска, 2001, стр. 57-58.

У ставу 4. је предвиђено да ће овај квалификовани облик дела постојати ако је дело из става 1, 2. и 3. овог члана извршено уз постојање следећих квалификаторних околности: нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин, ако је том приликом извршено више дела од стране више лица, ако постоји велика несразмера у зрелости и узрасту између учиниоца и жртве, ако је услед дела наступила тешка телесна повреда, тешко нарушење здравља и трудноћа силованог женског лица. Ове квалификаторне околности су предвиђене и код обљубе над дететом у КЗ Србије, те неће бити посебно разматране.

Изузетак представља једино околност када постоји велика несразмера између учиниоца и жртве. Законодавац није објаснио шта подразумева под термином "велика несразмера" односно да ли се може одредити једна одређена разлика у годинама између учиниоца и пасивног субјекта као критеријум за утврђивање ове квалификаторне околности (нпр. разлика у годинама која прелази десет, петнаест, двадесет или више година). Но иако законодавац кумулативно предвиђа (за постојање ове квалификаторне околности) велику несразмеру и у погледу зрелости између учиниоца и пасивног субјекта, везивање само за разлику у годинама би било погрешно. Постоје ситуације где велике разлика у годинама не подразумева обавезно и велику несразмеру у зрелости између учиниоца и пасивног субјекта. Но, то је околност коју суд мора да утврђује у сваком конкретном случају.²⁰⁴

На крају, најтежи облик је предвиђен у ставу 5. који постоји ако је услед дела из става 1. до 4. овог члана наступила смрт детета. Како се ради о кривичном делу квалификованом тежом последицом, овај облик дела постоји ако је тежа последица била обухваћена нехатом учиниоца. За овај најтежи облик предвиђена је и најтежа казна – најмање десет година затвора или казна дуготрајног затвора.²⁰⁵

Кривично дело задовољење полне страсти пред другим (члан 197.), је такође уведено реформом кривичног законодавства Републике Српске из 2000. године као ново кривично дело. У ставу 2. овог дела се пружа кривичноправна заштита

²⁰⁴ Више о томе: Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, *op. cit.* стр. 1580.

²⁰⁵ Казна дуготрајног затвора се прописује за најтеже облике тешких кривичних дела извршених с умишљајем у трајању од двадесет и пет до четрдесет година – члан 32. КЗ Републике Српске

деци и малолетним лицима уопште у области њихове сексуалности. Овај став гласи:

(2) "Ко пред дјететом или малолетним лицем врши радње намењене задовољавању властите или туђе полне страсти, или ко наведе дијете да пред њим или другим лицем врши такве радње, казниће се новчаном казном или затвором до три године."

Овај став може се рећи има два облика. Први облик ће постојати када се пред дететом или малолетним лицем врше радње намењене задовољењу властите или туђе сексуалне страсти. Дете или малолетно лице се не појављује као учесник у вршењу сексуалних радњи већ се јавља као пасивни посматрач вршења сексуалних радњи предузетих од стране извршиоца. За постојање овог облика дела нужно је да учинилац има свест о томе да дете или малолетно лице гледа вршење сексуалних радњи (без обзира о којој сексуалној радњи је реч) Други облик постоји када се дете наведе да пред извршиоцем или другим лицем врши радње намењене задовољењу властите или туђе сексуалне страсти. Радњу извршења из овог става, представља свака она радња којом се објективно може постићи сексуално задовољење, односно интензивирати или продужити сексуално узбуђење. Нпр. онанисање пред дететом или малолетником, наговарање детета или малолетника да онанира, наговарање детета или малолетника да се скине, навођење детета на содомију и друге блудне радње на себи или другоме, под околностима које не чине неко друго кривично дело.²⁰⁶ Дакле, овим кривичним делом настоји се заштитити њихов сексуални интегритет и несметани сексуални развој од таквих сексуалних радњи и понашања које могу довести до сексуално девијантних понашања у каснијем периоду. Иначе у овом члану наилазимо и на елементе ексхибиционизма који је у овом члану на неки начин инкриминисан, што раније није био случај.

Деци и малолетним лицима кривичноправна заштита се пружа и код кривичног дела трговине људима ради вршења проституције (члан 198.). Наиме,

²⁰⁶ Видети: И. Марковић, Кривична дјела против полног интегритета у кривичном законодавству Републике Српске, часопис Наука, безбедност, полиција, број 1, Београд, 2006, стр. 91.

учинилац ће се казнити затвором од једне до дванаест година (став 5. у вези става 1.) ако се дете или малолетник ради зараде наводи, подстиче или намамљује на пружање сексуалних услуга или на други начин се омогућава његова предаја другоме ради пружања сексуалних услуга, или ако на било који начин учествује у организовању или вођењу пружања сексуалних услуга детета или малолетног лица. Истом казном ће се казнити учинилац који ради зараде силом или претњом употребе силе или наношења значајне штете принуди дете или малолетника или их преваром наведе на пружање сексуалних услуга (став 5. у вези става 2.). Такође и учинилац који и ради зараде, на претходно наведени начин користећи тешку ситуацију проистеклу из боравка детета или малолетника у иностраној земљи, принуди или га наведе на пружање сексуалних услуга, или ради њиховог навођења на то професионално ангажује друго лице (став 5. у вези става 3.).

У члану 199. који носи назив "искоришћавање дјецe и малолетних лица за порнографију", у ставу 1. се каже да *"ко злоупотреби дијете или малолетно лице за израду слика, аудио-визуелног материјала или других предмета порнографске садржине, или дијете и малолетно лице злоупотреби за порнографску представу, казниће се казном затвора од шест мјесеци до пет година."*²⁰⁷ Циљ ове инкриминације је да се пружи заштита деце и малолетника од искоришћавања за порнографију (у свим облицима). Иначе, у садашњој доктрини и пракси преовлађује мишљења да пристанак детета или малолетног лица за учествовање у изради порнографског материјала или у порнографској представи не искључују постојање дела.

Најзад, у овој глави је предвиђено и кривично дело родоскрвњење, које такође пружа заштиту деци, а и малолетним лицима у области сексуалних односа (члан 201. став 2.). Ово дело је већ поменутом реформом КЗ Републике Српске из 2000. године пребачено из групе кривичних дела против брака и породице у ову групу кривичних дела.²⁰⁸ Овом инкриминацијом је предвиђено да ће се учинилац

²⁰⁷ У ставу 2, члана 199. је предвиђено да ће се предмети и средства из става 1. одузети – примедба М.М.

²⁰⁸ Законодавац се руководио ставом да се овим кривичним делом првенствено повређује сексуални интегритет, схваћен у једном ширем смислу као укупност слободе сексуалног одлучивања и сексуалног морала, а не брака и породице. – Више о томе: Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, *op. cit.* стр. 1595.

који изврши обљубу са сродником по крви у правој линији или са братом односно сестром, а ради се о детету или малолетном лицу казнити затвором од једне до осам година. Реч је добровољној обљуби која је извршена са дететом или малолетним лицем у одређеном крвном сродству са учиниоцем.

3.3.2. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у кривичном закону Федерације Босне и Херцеговине

Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине²⁰⁹ је донет у исто време када и Кривични закон Републике Српске. У овом КЗ, у глави XIX у групи “кривичних дјела против сполне слободе и морала” (ћудоређа) је на сличан начин предвиђена кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа.

"Главна" инкриминација је предвиђена у члану 207. – "сполни одношај с дјететом". Тај члан гласи:

"(1) Тко изврши сполни одношај или с њим изједначену сполну радњу с дјететом,

казнит ће се казном затвора од једне до осам година.

(2) Тко изврши насилни сполни одношај или с њим изједначену сполну радњу с дјететом (чл. 203. ставак 1.) или с немоћним дјететом (чланак 204. Сполни одношај с немоћном особом, ставак 1.),

казнит ће се казном затвора најмање три године.

(3) Тко изврши сполни одношај или с њим изједначену сполну радњу с дјететом злоупорабом положаја (чланак 205. Сполни одношај злоупорабом положаја, ставак 2.),

казнит ће се казном затвора од једне до десет година.

(4) Тко казнено дјело из ст. 1. до 3. овог чланка почини на особито окрутан или особито понижавајући начин, или ако је истом пригодом према истој жртви

²⁰⁹ Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине, “Службене новине Федерације Босне и Херцеговине” бр. 36/03, Сарајево, 2003

почињено више сполних одношаја или с њим изједначених сполних радњи од више починитеља,

казнит ће се казном затвора најмање пет година.

(5) Ако је казним дјелом из ст. 1. до 3. овога чланка проузрочена смрт дјетета, или је дијете тешко тјелесно озлијеђено, или му је здравље тешко нарушено, или је женско дијете остало трудно, починитељ ће се казнити казном затвора најмање пет година или казном дуготрајног затвора."

Суштинских разлика, изузимајући терминологију, у односу на исто дело из члана 195. КЗ Републике Српске готово да нема тако да сва претходна дата објашњења вреде и у овом случају. Разлика постоји у погледу запређене казне код квалификованих облика, с тим да у ставу 4. не постоји квалификаторна околност – велика несразмера у зрелости и узрасту између учиниоца и жртве.²¹⁰

У члану 208, инкриминисане су блудне радње које имају сличности са кривичним делом недозвољене полне радње, у нашем КЗ, а из разлога што се блудне радње доводе у везу са истим кривичним делима. У једном делу имају и сличну законску формулацију "...учини само блудну радњу казнит ће се...", а код нас "...изврши неку другу полну радњу, казниће се...". Овај КЗ не дефинише шта се подразумева под блудним радњама, него је то препустио судској пракси и теорији.

Кривичноправна заштита деце у овом кривичном делу предвиђена је у ставу 2, као тежем облику.

Тај став гласи:

(2) Ко у случају из члана 207. (Сполни одношај с дјететом) овог Закона, када није почињен ни покушај тог казног дјела, почини само блудну радњу, или тко казнено дјело из ставка 1. овог члана почини према дјетету или малољетнику, казнит ће се казном затвора од шест мјесеци до пет година."

²¹⁰ У ставу 5, као најтежем облику, такође је предвиђена казна дуготрајног затвора с тим да таква казна може трајати од двадесет до четрдесет и пет година – члан 43. КЗ ФБиХ (У КЗ Републике Српске је од двадесет и пет до четрдесет година – напомена М.М.)

У односу на став 1. где је запређена казна затвора од три месеца до три године, и то за блудне радње када се доводе у везу кривичним делима силовања, "сполног одношаја с немоћним лицем", "сполног одношаја злоупотребом положаја" и "присиле на сполни одношај", у ставу 2. је као што се види предвиђена већа кривичноправна заштита, а која се огледа у већој запређеној казни у погледу минимума и максимума.

Оно што је карактеристично да ће блудне радње постојати само онда, ако није "почињен ни покушај тог кривичног дјела" (ради се о кривичним делима од чл. 203-207 КЗ ФБиХ – примедба М.М). Није јасно зашто се законодавац изричито определио за овакву формулацију кад је општеприхваћено да је за разграничење између овог кривичног дела, као и кривичних дела силовања, "сполног одношаја с немоћним лицем", "сполног одношаја злоупотребом положаја" и "присиле на сполни одношај" и блудних радњи пресудан умишљај учиниоца. Може се констатовати да је ово сувишно у законском тексту, јер се подразумева и да није изричито наведено.

У члану 209. је предвиђено кривично дело задовољење похоте пред дететом или малолетником и ово дело има истоветан законски текст као и у члану 197. став 2. КЗ Републике Српске (уз одређене језичке разлике) те важе исте напомене. Једина разлика је у томе што је за ово дело предвиђена казна затвора од три месеца до три године.

Иста констатација важи и за кривично дело навођење на проституцију (члан 210.) које је истоветно са кривичним делом трговина људима ради вршења проституције из члана 198. КЗ Републике Српске. Разлика је једино (поред језичке терминологије) у запређеној казни. У ставу 4. овог члана, као најтежем облику, казна затвора је од три до петнаест година док је у члану 198. став 4. КЗ Републике Српске казна затвора је од једне до дванаест година.

У члану 211. – "искориштавање дјетета или малолетника ради порнографије" је на сличан начин инкриминисано као и код истоименог кривичног дела из члана 199. КЗ Републике Српске. Ипак, у овом члану кривичноправна заштита деце и малолетних лица постављена је шире јер обухвата и поседовање, увожјење, продавање, распарчавање или приказивање материјала порнографског садржаја и предвиђена казна је од једне до пет година затвора.

Оваквом инкриминацијом је уједно обухваћено и понашање које је инкриминисано у члану 200. КЗ Републике Српске под називом "производња и приказивање дјечије порнографије" (о чему је већ било речи).

У члану 212. је предвиђено кривично дело "уознавање дјетета с порнографијом" и ово дело представља одређену специфичност јер га "не познаје" КЗ Републике Српске. Радњу извршења представља продаја, приказивање или јавно излагање или на други начин чињење приступачним списа, слика, аудио-визуелних и других предмета порнографског садржаја или приказивање порнографске представе детету. Као "лакше" кривично дело предвиђена је новчана казна или казна затвора до једне године. Иначе ово кривично дело је истоветно са кривичним делом приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију у члану 185. КЗ Србије, у основном облику, с тим да је предвиђена блажа казна, и то новчана казна или затвор до шест месеци.

На крају, и у овом кривичном закону, као и у КЗ Републике Српске је кривично дело родоскрвњење предвиђено као сексуални деликт. Законски текст, у основном облику, је истоветан, па претходно дата објашњења важе и у овом случају. Разлика је једино код тежих облика јер је у овом КЗ посебно инкриминисано родоскрвњење са малолетником (у ставу 2.), а посебно са дететом (као најтежем облику, у ставу 3.). У ставу 3. је предвиђена и већа казна затвора, и то од две до десет година.

3.3.3. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у кривичном закону Брчко Дистрикта Б и Х

Овај кривични закон представља трећи кривични закон²¹¹ исте државе Босне и Херцеговине који регулише, између осталог и ову материју. Необично је то што овај кривични закон важи само на територији једног (мањег) града –Брчког. До

²¹¹ Кривични закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, "Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине" број 10/03 и 45/04

пре неколико година овај град је припадао Републици Српској, па је самим тим важио њихов закон, али је арбитражом (предвиђеном у Дејтону 1995. године) добио статус посебног града - дистрикта. Такође, и овај закон је донесен у лето 2003. године, када и друга два ентитетска закона. Не улазећи у политичке оцене и коментаре, али упоређивањем КЗ ФБиХ и овог кривичног закона, уочљиво је да постоји велика подударност, па чак и истоветност законских решења.

Такав је случај и у глави XIX, која носи назив "Кривична дјела против сполне слободе и ћудоређа". У овој глави су на исти начин инкриминисана сва дела којима се пружа кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа, као и у КЗ Федерације БиХ, те стога сва објашњења претходно наведена важе и за овај КЗ. Једина разлика, додуше мање битна, је код кривичног дела родоскрвњења с дететом (став 3.) где је предвиђена казна затвора од једне до осам година.

3.4. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у кривичном законнику Републике Словеније

Словенија као прва држава која је постала самостална са простора бивше Југославије била је и прва која је донела свој кривични законик и то још 1994. године. Садашњи Кривични (Казенски) законик Словеније је донесен 2008. године.²¹²

У глави XIX овог законика који носи назив "Казнива дејања зопер сполно недотакљивост", кривичноправна заштита деце је предвиђена у члану 173. – полни напад на лице млађе од петнаест година ("Spolni napad na osebo, mlajšo od petnajst let").

Овај члан (у преводу са словеначког језика) гласи:

²¹² Казенски законик Републике Словеније, "Урадни лист Републике Словеније" број 55/08 од 01.11. 2008. године

"(1) Ко изврши обљубу или какво другу полну радњу с лицем другог или истог пола, које је млађе од петнаест година, казниће се затвором од три до осам година.

(2) Ко изврши дело из претходног става с немоћним лицем, које није старије од десет година, или употребом силе или претњом непосредним нападом на живот или тело, казниће се затвором од три године до петнаест година.

(3) Учитељ, васпитач, старалац, усвојилац, родитељ, свештеник, лекар или друго лице које злоупотребом свог положаја изврши обљубу или какву другу полну радњу с лицем које није старије од петнаест година, а које му је поверено на учење, васпитавање, старање и негу, казниће се затвором од три до десет година.

(4) Ко под околностима из првог, другог и трећег става овог члана на другачији начин нападне на полну непорочност лица које није старије од петнаест година, казниће се затвором до пет година."

У основном облику радња извршења је обљуба или каква друга полна радња ("kakšno drugo spolno dejanje") што би подразумевало, у нашем КЗ, са обљубом изједначен чин или недозвољене полне радње. Законодавац је прецизирао да је пасивни субјект лице другога или истог пола млађег од петнаест година, што је у неку руку и непотребно, јер је та старосна граница већ наведена у општем делу овог КЗ. Међутим, суштинских разлика између српског и словеначког КЗ код овог члана нема.

У другом ставу, квалификовани облици овог кривичног дела постоје ако је дело из претходног става извршено над немоћним лицем млађим од петнаест година употребом силе или претње непосредним нападом на живот или тело. Произлази да је реч о извршењу два посебна кривична дела и то обљубе над немоћним лицем ("spolna zloraba slabotne osebe" – члан 172.) и силовање ("posilstvo" – члан 170.) који су из правнотехничких разлога одређени да буду квалификовани облик овог кривичног дела обзиром да је пасивни субјект дете.

У ставу 3. реч је посебном облику кривичног дела обљубе злоупотребом положаја ("kršitev spolne nedotakljivost z zlorabo položaja" – члан 174.) које је

такође из правнотехничких разлога инкриминисано као тежи облик овог кривичног дела, јер је извршено према детету. Због тога је и забрањена казна већа – од три до десет година, док је код кривичног дела обљубе злоупотребом положаја из члана 174. казна затвора до пет година (основни облик) односно од једне до осам година затвора ако је учињено према лицу старијем од петнаест година (став 2.).

У ставу 4. је предвиђено да ако се под околностима из претходна три става на други начин нападне полна непорочност лица млађег од петнаест година да ће се учинилац казнити затвором до пет година. Законодавац није прецизирао који је то другачији начин, него је то препустио судској пракси да то учини.

Осим у овом члану, деци се кривичноправна заштита пружа и код кривичног дела приказивање, израда, поседовање порнографског материјала ("prikazovanje, izdelava, posest in posredovanje pornografskega materijala" – члан 176.) у ставу 1. Законски текст овог дела је истоветан као и код кривичног дела приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију у члану 185. КЗ Србије, због чега неће бити посебно анализиран. Једина разлика, између ова два дела, је у забрањеној казни, јер је у словеначком КЗ предвиђена новчана казна или затвор до две године, док је у српском КЗ предвиђена новчана казна или затвор до шест месеци.

3.5. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у кривичном законнику Републике Црне Горе

Кривични законик Црне Горе је такође у скорије време ступио на снагу и спада у модерније законике.²¹³ Савремена тенденција овог законика се огледа и код сексуалних деликата у глави осамнаестој која носи исти назив као и у КЗ

²¹³ Кривични законик Црне Горе, је донет 17. децембра 2003 године а ступио је на снагу осмог дана од дана објављивања у Службеном листу Црне Горе бр. 70. од 25. децембра 2003. године с тим да се почео примењивати након три месеца од дана ступања на снагу.

Србије “Кривична дела против полне слободе”. Не треба да чуди велика сличност, па чак и истоветност ова два кривична законика и то не само у поменутој глави него уопште. У време када је црногорски КЗ настајао и ступио на снагу Црна Гора је била чланица заједничке државе Србије и Црне Горе, а у то време се стварао и садашњи КЗ Србије.

Дакле, у глави XVIII су инкриминисани сексуални деликти који готово да се не разликују од истих у КЗ Србије. Ипак постоје три незнатне разлике на које треба указати. Прва разлика је код кривичног дела силовања (члан 204.), у ставу 1, где се каже "...употребом силе или претњом да ће непосредно напасти на живот или тијело тог или другог лица...", док је у КЗ Србије "...напасти на живот или тело тог или њему блиског лица...". "Друго лице" би могло подразумевати да се ради о било ком мушком или женском лицу, међутим сама природа дела упућује да та лица морају бити у блиском односу са силованим лицем. То значи да су у питању сродници – деца, родитељи, супружник, ванбрачни партнер, браћа, сестре, бабе, деде... Реч је дакле о блиским лицима. Могуће је да та лица могу бити и вереник, пријатељ итд. Но, у сваком конкретном случају мора се проценити да ли између лица које се принуђава на обљубу и са њом изједначен чин и лица коме се прети нападом на живот или тело постоји таква блискост, емоционална веза због које пасивни субјект под утицајем претње пристаје на обљубу или са њом изједначен чин.²¹⁴

Као што се може приметити, у питању је више терминолошка разлика (њему блиско лице – друго лице) него суштинска, јер у пракси фактички та разлика и не постоји.²¹⁵

У ставу 2. истог кривичног дела, такође постоји иста разлика, па и у овом случају вреде иста објашњења.

Друга, значајнија разлика је код кривичног дела недозвољене полне радње (члан 208.). Наиме, у ставу 2. као тежем облику је предвиђено, поред других

²¹⁴ Више о томе: Љ. Лазаревић – Б. Вучковић – В. Вучковић, Коментар Кривичног законика Црне Горе, Цетиње, 2004. стр. 513.

²¹⁵ Ова разлика је истакнута из разлога што се у последњем ставу (ст. 4.) овог кривичног дела кривичноправна заштита, између осталог, пружа и детету позивањем на став 1. ("Ако је усљед дјела иза ст. 1...").

квалификаторних околности (наступање тешке телесне повреде итд.), да су недозвољене полне радње извршене и према детету. Навођење ове околности је непотребно, јер је већ у ставу 1, између осталог, инкриминисане недозвољене полне радње према детету (довођењем у везу са чланом 206. став 1. који инкриминише обљубу са дететом). Тако произлази да су недозвољене полне радње према детету инкриминисане и у ставу 1. (запрећена новчана казна или затвор до две године) и у ставу 2. (предвиђена казна затвора од две до десет година).

На крају, трећа разлика је само у погледу назива једног кривичног дела из ове главе. Приказивање порнографског материјала (члан 211. КЗ ЦГ) је у потпуности истоветан са кривичним делом приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (члан 185. КЗ Србије).

Све остало, што се односи на кривичноправну заштиту деце у области сексуалних односа у КЗ Србије, вреди и у овом кривичном законнику.

3.6. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у кривичном законнику Републике Хрватске

Хрватска, од отцепљења од бивше Југославије, већ трећи пут мења свој кривични закон. Овај, најновији Казнени закон је ступио на снагу недавно - 1. јануара 2013. године, иако је донесен још у октобру 2011. године.²¹⁶ У погледу сексуалних деликата наилазимо на многобројне и крупне промене у односу на њихов претходни КЗ, које су и суштинске, и формалне природе. Куриозитет је, пре свега, то што су две посебне главе предвиђене за сексуалне деликте. Па тако у глави шеснаестој, која носи назив “казнена дјела против сполне слободе”, су предвиђена кривична дела која су слична као и у другим КЗ (па и нашем), с том

²¹⁶ Казнени законик Републике Хрватске – “Народне новине Републике Хрватске”, број 71. Загреб, 2011. године

разликом да не предвиђа у њима ситуације када су пасивни субјект деца и уопште малолетна лица. Друга глава се искључиво односи на кривичноправну заштиту деце у области сексуалних односа, и то у глави седамнаестој, која носи назив "казнена дјела злостављања и искориштавања дјетета". Под дететом се у смислу члана 87. КЗ Хрватске (у глави осам која се односи на значења израза у овом закону) подразумева лице које није навршило осамнаест година, с тим што овај Закон прави разлику када је у питању дете до петнаест година и дете од петнаест до осамнаест година.

Може се рећи да хрватски КЗ, у односу на остале кривичне законе (законике) са простора бивше Југославије, има највише инкриминација. Пуким сабирањем долазимо до чак петнаест кривичних дела који се односе на сексуалне деликте, а од тога девет кривичних дела којима се деци и малолетним лицима пружа кривичноправна заштита. Из законског текста, који ћемо цитирати, се може приметити да је граница до које се неко лице сматра за дете (у ужем смислу!) померена на петнаест година, као што су већ неке друге европске државе увеле у своје кривичне законике.

"Главном" кривично дело из главе које је посвећено кривичноправној заштити деце у области сексуалних односа је предвиђено у члану 158. које носи назив "сполна злоупотреба дјетета млађег од петнаест година" и гласи:

"(1) Тко изврши сполни одношај или с њим изједначену сполну радњу с дјететом млађим од петнаест година, или га наведе да изврши сполни одношај или с њиме изједначену сполну радњу с трећом особом или да над самим собом изврши са сполним одношајем изједначену сполну радњу,

казнит ће се казном затвора од једне до десет година.

(2) Тко над дјететом млађим од петнаест година изврши блудну радњу, или га наведе да изврши блудну радњу с другом особом или да над самим собом изврши блудну радњу,

казнит ће се казном затвора од шест мјесеци до пет година.

(3) Нема казненог дјела из ставка 1. и 2. овог чланка ако разлика у доби између особа које врше сполни одношај или с њиме изједначену сполну радњу или блудну радњу није већа од три године.

(4) Починитељ који је био у отклоњивој заблуди да дијете из ставка 1. овог чланка има најмање петнаест година казнит ће се казном затвора од шест мјесеци до пет година, а ако је био у отклоњивој заблуди да дијете из ставка 2. овога чланка има најмање петнаест година казнит ће се казном затвором до три године.

(5) Тко изврши сполни одношај или с њим изједначену сполну радњу, с дјететом млађим од петнаест година уз примјену силе или пријетње, обмане, пријеваре или злоупорабом власти или тешког положаја или односа зависности дјетета о њему,

казнит ће се казном затвора од три до петнаест година

(6) Тко под увјетима из ставка 5. овог чланка над дјететом млађим од петнаест година изврши блудну радњу,

казнит ће се казном затвора од једне до осам година.

Основни облик, као што се да приметити, има извесне сличности са нашим кривичним делом из члана 180. став 1. КЗ.²¹⁷ Ипак постоје и одређене разлике. Тако нпр. навођење на вршење обљубе или са њом изједначеног чина са трећим лицем би евентуално могло да има сличности са нашим кривичним делом подвођење и омогућавање вршења полног односа из члана 183. КЗ, иако је реч о сличности у погледу омогућавања, а не и подвођења.²¹⁸

Навођење на вршење обљубе или са њом изједначеног чина детета над самим собом је специфичност овог КЗ, али хрватски законодавац му даје свакако велики значај (и кроз запрећену казну!). О таквом понашању би могло да се говори као о некој врсти ексибиционизма. Ипак, намеће се питање колико су ови случајеви чести у пракси (ако уопште и постоје) да би им се на тај начин пружала кривичноправна заштита.

²¹⁷ Изједначена сполна радња одговара нашем термину – са обљубом изједначен чин - напомена М.М.

²¹⁸ О навођењу малолетног лица на присуствовање полним радњама из члана 185.а нашег КЗ не би се могло говорити јер се навођење код нас односи само на присуствовање обљуби или са њом изједначеним чином, док је у хрватском КЗ навођење на учествовање у тим сексуалним радњама. – напомена М.М.

У ставу 2. је предвиђен лакши облик који се односи "само" на недозвољене полне радње (блудне радње како и даље користи термин хрватски законодавац!), па је и запређена казна мања.

Став 3. је готово истоветан са чланом 180. став 4. нашег КЗ, с тим да се не прецизира да се ради о значајнијој разлици у њиховој душевној и телесној зрелости (као код нас), већ се само спомиње разлика у доби. Та разлика у доби је у овом члану прецизирана, односно одређена је та старосна граница између учиниоца и пасивног субјекта – да није већа од три године, за разлику од нашег КЗ где та граница није изричито наведена.

У вези с тим је и став 4. – који се односи на питање стварне заблуде учиниоца у односу на старосну доб пасивног субјекта, правећи при том градацију да ли је био у отклоњивој заблуди када је сматрао да пасивни субјект има најмање петнаест година, па изврши обљубу или са њом изједначен чин, или је извршио у таквој отклоњивој заблуди само блудне радње. Предвиђене запређене казне затвора су наравно мање него да није постојала отклоњива заблуда код учиниоца.

У ставу 5. се кроз законски текст може закључити да је реч о силовању детета ("примјена силе или пријетње"), или обљубе злоупотребом положаја ("злоупорабом овласти или тешког положаја или односа зависности дјетета о њему"), а имајући у виду начин како се долази до вршења обљубе или са њом изједначеног чина са дететом. Произилази да су најмање два кривична дела (из нашег КЗ) садржана у овом ставу.

Даље, у вези овог става је и став 6. који се односи "само" на вршење блудних радњи на начин како је то наведено у ставу 5. уз очекивано мању запређену казну.

У члану 160. је предвиђено "задовољење похоте пред дјететом млађим од петнаест година". Овај члан гласи:

(1) "Тко пред дјететом млађим од петнаест година чини сполне радње намијењене задовољавању властите или туђе похоте,

казнит ће се казном затвора до једне године."

(2) Тко пред дјететом млађим од петнаест година почини казнено дјело из чланка 152. до чланка 155. чланка 158. или чланка 159. овог Закона,

казнит ће се казном затвора до три године.

(3) За покушај казног дјела из ставка 1. и 2. овога чланка починитељ ће се казнити.

Законодавац не прецизира шта се подразумева под сполним радњама које су “намијењене задовољавању властите или туђе похоте”. Гумачењем се долази до тога да се под сполним радњама у смислу овог члана подразумевају све врсте сексуалних радњи – обљуба, са њом изједначен чин и недозвољене полне радње.

У овом делу тежиште није на радњама које предузима учинилац, већ ситуација у којима се те радње врше. Дете се појављује као пасивни субјект – “гледалац” сексуалних радњи од стране учиниоца. Дакле, не учествује у њима, али је за постојање овог облика важно да учинилац умишљајно врши сексуалне радње пред дететом млађим од петнаест година. Овај облик неће постојати ако је у питању дете које због свог узраста не може да схвати значај таквих радњи као и кад дете млађе од петнаест година посматра те радње без знања тог лица које их врши.

Став 2. представља квалификовани облик, који се позива на кривична дела из претходне главе, у којем се предвиђа да ако се пред дететом врши обљуба или са њом изједначен чин, силовање, неко тешко кривично дело против полне слободе, блудне радње, али и ако се пред дететом врши обљуба или са њом изједначен чин или блудне радње са дететом до петнаест година, и дететом узраста преко петнаест година.

Субјект дела није одређен, а то значи да може да буде и мушко и женско лице. Уколико је у питању мушко лице, као субјект дела, остаје нејасно да ли треба властита похота да буде задовољена у смислу *emissio seminis*.

Члан 161. који носи назив “мамљење дјете за задовољење сполних потреба” гласи:

(1) Пунољетна особа која особи млађој од петнаест година, у намјери да она или друга особа над њом почини казно дјело из чланка 158. овог Закона, путем информацијско комуникацијских технологија или на други начин предложи сусрет с њом или другом особом и која подузме мјере да до тог сусрета дође, казнит ће се казном затвора до три године.

(2) Тко прикупља, даје или преноси податке о особи млађој од петнаест година ради почињења казног дјела из ставка 1. овог чланка,

казнит ће се казном затвора до једне године.

(3) За покушај казног дјела из ставка 1. овог чланка починитељ ће се казнити.

Као што се може приметити овај члан (у ставу 1.) готово је истоветан у суштинском смислу, са нашим чланом 185.б – искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу, с тим да је инкриминација у вези детета у овом КЗ предвиђена у ставу 2. који се позива на претходни став. У хрватском КЗ се, код овог кривичног дела, само позива на члан 158. који по садржају одговара члановима из српског КЗ, на који се позива и наводи у поменутом члану 185б. Стога сва дата опажања уз члан 185.б нашег КЗ се односе и на овај члан.

Значајнија разлика постоји у погледу запрећене казне, јер је код нас запрећена казна затвора од једне до осам година, а у хрватском КЗ је "свега" три године.

У ставу 2. хрватског КЗ се помиње и прикупљање, давање или преношење података детету..., па учинилац овог дела, из овог става, је у ствари "помоћно" лице", али које је исто тако кривично одговорно јер својим радњама – прикупљањем, давањем или преношењем података – "припрема терен" и омогућује учиниоцу из става 1. овог члана да лакше оствари биће овог кривичног дела. Могло би се рећи да се ради о учиниоцу као помагачу који посебно одговара за своје предузете радње.

У члану 162. је инкриминисао "подвођење дјетета", и овај члан гласи:

(1) Тко ради зараде или друге користи дијете намамљује, врбује или потиче на пружање сполних услуга, или организира или омогући пружање сполних услуга с дјететом, а знао је или је морао и могао знати да се ради о дјетету,

казнит ће се казном затвора од једне до десет година.

(2) Тко користи сполне услуге дјетета које је навршило петнаест година уз давање било какве накнаде или протучинидбе, а знао је или је морао и могао знати да се ради о дјетету,

казнит ће се казном затвора од шест мјесеци до пет година.

(3) Тко особу за коју је знао или је морао и могао знати да је дијете ради зараде силом или пријетњом, обманом, пријеваром, злоупорабом овласти или тешког положаја или односа зависности, присили или наведе на пружање сполних услуга, или тко користи сполне услуге тог дјетета уз наплату, а знао је или морао и могао знати за наведене околности,

казнит ће се казном затвора од три до петнаест година.

(4) Тко оглашава искориштавање сполних услуга дјетета,

казнит ће се казном затвора од шест мјесеци до пет година.

Као што се може видети, овај члан (у ставу 1. и 2.) већим делом одговара нашем члану 183. – подвођење и омогућавање вршења полног односа, уз извесне разлике које не мењају суштинску сличност ова два кривична дела. Осим терминологије, разлика коју треба истаћи је та да се у хрватском КЗ код подвођења детета прецизира да се то чини због зараде или какве друге користи.

Значајнија разлика је у ставу 3. којег нема у нашем КЗ, а који представља квалификовани облик, а то је да се врши подвођење уз употребу силе, претње, преваре, обмане, злоупотребе положаја и односа зависности... уз постојање свести о томе да се ради о детету и да се то чини због зараде.

У ставу 4. говори се о оглашавању сексуалних услуга дјетета који може бити на различите начине – путем штампаних и електронских медија, интернета, тзв. флајера итд. Ова инкриминација не постоји у српском КЗ, али извесне сличности налазимо у члану 184. КЗ – посредовање у вршењу проституције (у ставу 1. и 2.) где је једна алтернативних радњи рекламирање и пропагирање проституције путем средстава јавног информисања. Оглашавање и у једном и у другом случају је мотивисано зарадом користећи дете за сексуалне услуге.

Навешћемо и следећа три кривична дела, а која се односе на порнографију са децом. У члану 163. се налази кривично дело "искориштавање дјете за порнографију" које гласи:

(1) Тко дијете намамљује, врбује или потиче на судјеловање у снимању дјечије порнографије или тко организира или омогући њезино снимање, казнит ће се казном затвора од једне до осам година.

(2) Казном из ставка 1. овога чланка казнит ће се тко неовлашћено снима, производи, нуди, чини доступним, дистрибуира, шири, увози, извози, прибавља за себе или другога, продаје, даје, приказује или посједује дјечју порнографију или јој свјесно приступа путем информацијско комуникацијских технологија,

(3) Тко дијете силом или пријетњом, обманом, пријеваром, злоупорабом власти или тешког положаја или односа овисности, присили или наведе на снимање дјечје порнографије, казнит ће се казном затвора од три до дванаест година.

(4) Посебне направе, средства, рачунални програми или подаци намијењени, прилагођени или упорабљени за почињење или олакшавање почињења казненог дјела из ставка 1., 2. и 3. овог чланка ће се одузети, а порнографски материјал који је настао почињењем казненог дјела из ставка 1., 2. и 3. овог чланка ће се и уништити.

(5) Дијете се неће казнити за производњу и посједовање порнографског материјала који приказује њега самог или њега и друго дијете ако су они сами тај материјал произвели и посједују га уз пристанак сваког од њих и искључиво за њихову особну употребу.

(6) Дјечја порнографија је материјал који визуелно или на други начин приказује право дијете или реално приказано непостојеће дијете или особу која изгледа као дијете, у правом или симулираном сполно експлицитном понашању или који приказује сполне органе дјеце у сполне сврхе. Материјали који имају умјетнички, медицински, знанствени, информативни или сличан значај не сматрају се порнографијом у смислу овог чланка.

Следећи члан који се односи на порнографију са децом је предвиђен у члану 164. који носи назив "искориштавање дјеце за порнографске представе" и гласи:

(1) Тко дијете намамљује, врбује или потиче на судјеловање у порнографским представама,

казнит ће се казном затвора од једне до осам година.

(2) Тко зарађује од порнографских представа у којима судјелује дијете или на други начин искориштава дијете за порнографске представе,

казнит ће се казном затвора од једне до десет година.

(3) Тко силом или пријетњом, обманом, пријеваром, злоупорабом власти или тешког положаја или односа зависности, присили или наведе дијете на судјеловање у порнографској представи,

казнит ће се казном затвора од три до дванаест година.

(4) Казном затвора из ставка 1. овога чланка казнит ће се тко гледа порнографску представу уживо или путем комуникацијских средстава ако је знао или је морао и могао знати да у њој судјелује дијете.

(5) Посебне направе, средства, рачунални програми или подаци намијењени, прилагођени или употребљени за почињење или олакшавање почињења казненог дјела из ставка 1., 2. и 3. овога чланка ће се одузети, а порнографски материјал који је настао почињењем казненог дјела из ставка 1. и 2. овога чланка ће се и уништити.

Најзад, и трећи члан који се односи на порнографију са децом је предвиђен у члану 165, који носи назив "упознавање дјецe с порнографијом" и гласи:

(1) Тко дијету млађем од петнаест година прода, поклони, прикаже или јавним излагањем, посредством рачуналног система, мреже или медија за похрану рачуналних података или на други начин учини приступачним списе, слике, аудиовизуелне садржаје или друге предмете порнографског садржаја или му прикаже порнографску представу,

казнит ће се казном затвора до три године.

(2) Предмети, посебне направе, средства, рачунални програми или подаци намијењени, прилагођени или употребљени за почињење или олакшавање почињења казненог дјела из ставка 1. овога чланка ће се одузети, а порнографски материјал ће се и уништити.

(3) Порнографијом се у смислу овог чланка сматра материјал који визуелно или на други начин приказује особу у правом или симулираном сполно

експлицитном понашању или који приказује сполне органе људи у сполне сврхе. Материјали који имају умјетнички, медицински или знанствени значај не сматрају се порнографијом у смислу овог чланка

Ова три наведена кривична дела од члана 163. до 165. КЗ Хрватске су садржана у сажетој законској форми у нашем члану 185. – приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију. Хрватски законодавац је заштиту деце од порнографије рашчланио и на неки начин проширио тако што је инкриминисао на детаљнији начин – посебно за снимање и дистрибуцију дечије порнографије, посебно за ситуације где су у питању дечије порнографске представе и на крају, "само" упознавање са порнографијом кроз разне начине. Намеће се питање да ли је морало да се ова заштита протеже кроз три кривична дела? Без намере да у том смислу доносимо неке посебне закључке, нити да сада хвалимо наше законско решење, ипак мора се истаћи да је та заштита деце од порнографије могла бити инкриминисана у једном члану. Поређењем са нашим чланом 185. може се ипак констатовати да је углавном све обухваћено кроз тај један члан.

Значајнија разлика постоји једино у томе што хрватски КЗ предвиђа и тежи облик ако се дете присили и наводи на снимање дечије порнографије – члан 163. односно присили или наводи на учествовање у порнографској представи – члан 164. (силом, претњом или обманом, преваром, злоупотребом власти, тешког положаја или односа зависности).

На крају ове главе, у члану 166. је предвиђено кривично дело које носи назив: "Тешка казнена дјела сполног злостављања и искориштавања дјетета. Овај члан гласи:

(1) Ако је казним дјелом из чланка 158. ставак 1., чланка 162. ставка 1. и 2., чланка 163. ставка 1. и 2. те чланка 164. ставка 1. овога Закона дјетету нанесена тешка тјелесна озљеда или је нарушен његов тјелесни или емоционални развој или је дијете остало трудно, ако је у дјелу судјеловало више починитеља, или је дјело почињено над посебно рањивим дјететом или је почињено од члана

обитељи или особе с којом дијете живи у заједничком кућанству, или је почињено на особито окрутан или особито понижавајући начин,

казнит ће се казном затвора од три до петнаест година.

(2) Ако је казним дјелом из чланка 158. ставка 5., чланка 162. ставка 3., чланка 163. ставка 3. и чланка 164. ставка 2. овога Закона дјетету нанесена тешка тјелесна озљеда или је нарушен његов тјелесни или емоционални развој или је дијете остало тешко, ако је у дјелу судјеловало више починитеља, или је дјело почињено над посебно рањивим дјететом или је почињено од члана обитељи или особе с којом дијете живи у заједничком кућанству, или је почињено на особито окрутан или особито понижавајући начин,

починитељ ће се казнити казном затвора најмање пет година.

(3) Ако је казним дјелом из чланка 158., чланка 162., чланка 163. или чланка 164. овога Закона проузрочена смрт дјетета,

починитељ ће се казнити казном затвора најмање десет година или дуготрајним затвором.

За ово кривично дело није потребан неки посебан коментар јер је прилично јасан. Можемо истаћи само констатацију да су скоро сви квалификовани облици кривичних дела против полне слободе са дететом "смештени" у ово кривично дело.

3.7. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у кривичном законнику Руске федерације

Руски кривични законик је донет 24. маја 1996. године, а ступио је на снагу 1. јануара 1997. године.²¹⁹

Специфично за руски законик, је што су кривично одговорна само она физичка лица која су у време извршења кривичног дела навршила шеснаест

²¹⁹ Кривични законик Руске Федерације, од 1. јануара 1997. године, званични текст (у преводу проф. Предрага Стаменковића), Београд, 1998.

година. Од овог начелног опредељења постоје и одређена одступања, тако да за одређена кривична дела која су изричито наведена кривично одговарају и они извршиоци који су у време извршења кривичног дела навршили четрнаест година живота. Ради се о тешким кривичним делима, међу којима су, између осталих, и силовање и присилне радње сексуалне природе.²²⁰ Спуштањем старосне границе код извршиоца на четрнаест година за тешка кривична дела од којих нека обухватају и сексуалне деликте се настојало пружити већа кривичноправна заштита. Међутим, малолетно лице се неће сматрати кривично одговорним ако услед кашњења у психичком развоју које није повезано с психичким поремећајем, у време извршења друштвено опасног дела није могло у потпуности да буде свесно околности свога дела и друштвене опасности својих чињења (нечињења), или није могло њима да управља.²²¹

У глави 18, која носи назив “Кривична дела против полне неприкосновености и полне слободе личности” садржано је свега пет кривичних дела којима се регулише ова област. Од тога се код три кривична дела пружа кривичноправна заштита деци, с тим да (што је куриозитет) код кривичног дела блудне радње ова заштита се пружа искључиво деци.

У члану 131. је придвиђено кривично дело силовања, у којем је у ставу 3, као најтежем облику, у тачки 3. инкриминисано силовање оштећене за коју је учинилац знао да није навршила четрнаест година. Дакле, ради се о женском детету (употребљена је у законском тексту реч "оштећена" – примедба М.М.) за коју је учинилац, у време извршења дела, морао знати за њену животну доб. Интересантно је да је руски КЗ задржао у законском тексту традиционални начин извршења овог кривичног дела према којем извршилац може бити само мушко лице, а пасивни субјект само женско. Радња извршења је обљуба односно полни сношај, како стоји у законском тексту. За овај облик кривичног дела силовања је предвиђена казна лишења слободе од осам до петнаест година затвора.²²² С

²²⁰ Више о томе: Љ. Лазаревић, Кривични законик Руске Федерације, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр. 1/98, стр. 49-50.

²²¹ Видети: Глава 4. – поглавље о лицима које подлежу кривичној одговорности, члан 20. КЗ Руске федерације.

²²² У руском КЗ сва кривична дела се могу сврстати у четири категорије, зависно од степена друштвене опасности. У прву категорију спадају дела мале тежине, која се могу извршити

обзиром на овако запрећену казну, овај облик кривичног дела силовања се сврстава у ред најтежих кривичних дела.

У члану 132. су инкриминисане "насилне радње сексуалног карактера", под којима се подразумева хомосексуализам, лезбејство или друге радње сексуалног карактера насиљем или претњом његове примене у односу на оштећену (оштећеног) или у односу на друга лица или искоришћавањем беспомоћног стања оштећене (оштећеног), а за које је окривљени знао да та лица нису навршила четрнаест година живота (став 3. тачка В. у вези става 1.).

Такође, ако су ове радње извршене вишеструко или од стране лица које је раније вршило силовање, ако су извршене од стране групе лица, групе лица уз претходни договор или организоване групе, ако су извршена с претњом убиством или проузроковањем тешке штете по здравље, као и ако су извршена са нарочитом свирепашћу у односу на оштећену (оштећеног) или према другим лицима и ако су те радње имале за последицу заражавање оштећене (оштећеног) венеричном болешћу и то према лицу за које је окривљени (или више њих) знао или знали да лице које је пасивни субјект није навршило четрнаест година живота (став 3. тачка В. у вези става 2.).

У оба случаја казна је лишење слободе од осам до петнаест година.

Занимљиво је да се у овом КЗ не дефинише шта би значео термин "друге радње сексуалног карактера". Законодавац је очигледно то препустио судској пракси да сама одреди које би све радње могле бити обухваћене овим термином.

Као што је већ напоменуто, у члану 135. су инкриминисане блудне радње, које искључиво пружају кривичноправну заштиту деци. Овај члан гласи:

умишљајно или нехатно и за које је прописана максимална казна затвора која не прелази две године лишења слободе. У другу категорију спадају дела средње тежине која се такође могу извршити умишљајно или нехатно и за које прописана максимална казна затвора која не прелази пет година лишења слободе. Трећу категорију чине тешка кривична дела која обухватају преступе за које је прописана казна затвора највише до десет година лишења слободе и која су извршена са умишљајем или из нехата. На крају, у категорију особито тешких спадају умишљајно извршена кривична дела за која је прописана казна лишења слободе преко десет година или строжија казна. – Видети: Љ. Лазаревић, *op. cit.* стр. 48.

“Вршење блудних радњи без примене насиља у односу на лице, за које је окривљени знао да није навршило четрнаест година живота, казниће се новчаном казном од три стотине до пет стотина минималне цене рада, или личног дохотка или другог дохотка осуђеног од три до пет месеци, или ограничењем слободе до две године, или лишењем слободе до три године.”

Радња извршења није прецизирана, али искључује принуду. За разлику од кривичног дела силовања, субјект дела није одређен, што значи да може да буде и мушко и женско лице, али мора да постоји сазнање код извршиоца да пасивни субјект није навршио четрнаест година.

У погледу запређене казне код овог дела има извесних специфичности. Наиме, под минималном ценом рада се подразумева минимална примања за рад, која се иначе изричу у распону од 25 до 1000 примања за рад, односно у размери зарађене плате или другог примања осуђеног за време од две недеље до једне године.

Ограничење слободе обухвата смештај извршиоца дела (осуђеног), који је у време изрицања ове кривичне санкције навршио осамнаест година, у специјалну установу без изолације из друштва, али у условима одговарајућег надзора над њим. Код лишења слободе, санкција се састоји у изолацији осуђеног из друштва путем упућивања у посебну колонију или смештај у поправну колонију општег, строгог или посебног режима, или пак у затвор.²²³

3.8. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у кривичном законнику Немачке

Немачки кривични законик²²⁴ спада у ред модерних законика, који се

²²³ Више о казнама у руском КЗ – Ј. Лазаревић, *op. cit.* стр. 53.

²²⁴ Кривични Законик Савезне Републике Немачке са уводним законом за кривични законик и војно кривичним законом, из 1987. године, у преводу Димитрија Павловића, издање “Центар-маркетинг”, Београд, 1998.

одликује дуготрајношћу и стабилношћу. Посебно је значајан за нас, јер се српско право, а нарочито кривично право развијало под утицајем немачког права, што се види кроз одређене сличности у правно-техничким решењима.

У тринаестом поглављу су предвиђена “кривична дела против сексуалног самоопредељења”. У немачком кривичном закону се раније користио термин блудне радње (Unzuchtige Handlungen), али је касније замењен појмом сексуалне радње – Sexuelle Handlungen.²²⁵

Кривичноправној заштити деце у овој глави је "посвећено само" једно кривично дело. То дело под називом "сексуална злоупотреба деце" је предвиђено у параграфу 176. и гласи:

"(1) Ко врши сексуалне радње са лицем млађим од четрнаест година (дете) или дозвољава да такве радње то лице врши према њему, казниће се лишењем слободе од шест месеци од десет година, а у лакшем случају лишењем слободе до пет година или новчаном казном.

(2) На исти начин казниће се ко дете наводи да сексуалне радње врши над трећи лицем или да дозволи да треће лице такве радње врши према њему,

(3) У посебно тешком случају учинилац ће се казнити лишењем слободе од једне до десет година.

Посебан тежак случај по правилу постоји:

1. када је учинилац извршио обљубу са дететом, или

2. када је дете при извршењу дела тешко телесно злостављано,

(4) Ако је учинилац извршењем дела због лакомислености проузроковао смрт детета,

казниће се лишењем слободе најмање пет година.

(5) Казном лишења слободе до три године или новчаном казном казниће се ко:

1. сексуалне радње врши пред дететом,

2. наводи дете да сексуалне радње врши пред њим или пред трећим лицем, или

²²⁵ Та замена је извршена IV Реформом (Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts) од 25.11.1973, (BGBl I 1725) Ibid. стр. 92.

3. утиче на дете показивањем или приказивањем порнографских снимака, пуштањем магнетофонских трака порнографског садржаја или речима.

(6) Покушај је кажњив, осим код учинилаца из става 5. тачка 3."

Пре анализе самог дела треба указати на неколико ствари.

Најпре, под сексуалним радњама, које су експлицитно одређене у параграфу 184ц. тачка 1. под називом "значење појмова" се подразумевају само оне радње које имају неки значај с обзиром на правно добро које се штити у одређеном времену.²²⁶ У истом параграфу, у тачки 2. се каже да у смислу овог закона сексуалне радње извршене пред другим су само оне радње које се предузимају пред другим лицем које то види.

Даље, казна лишења слободе, у смислу параграфа 38. је временска ако законом није прописано доживотно лишење слободе, а горња граница временске казне износи петнаест година, а доња граница један месец лишења слободе.²²⁷

У погледу новчане казне, у немачком КЗ се, у смислу параграфа 40. досуђују дневне глобе, при чему најмања новчана казна је пет и ако законом није нешто друго прописано, највише тристотинешесет пуних дневних глоба.²²⁸

У основном облику (у ставу 1.) радња извршења је алтернативно одређена - "ко врши сексуалне радње са лицем млађим од 14 година (дете) или дозвољава да такве радње то лице врши према њему." За лакше случајеве из овог става је предвиђена мања казна – лишење слободе до пет година или новчана казна, док је за теже случајеве предвиђена казна лишења слободе од шест месеци до десет

²²⁶ Преводаилац овог законика сматра да се "овом одредбом даје могућност да се појам сексуалних радњи (заправо блудних радњи) тумачи у складу са тренутним или евентуалним промењеним моралним схватањима друштва". - Кривични Законик Савезне Републике Немачке са уводним законом за кривични законик и војно кривичним законом, из 1987. године, *op. cit.* стр. 100.

²²⁷ У Немачкој су након прве реформе кривичног законодавства из 1969. године укинута ранији називи и врсте ове казне (Zuchthaus, Gefangnis, Halt, Einschliessung) – примедба преводиоца, *Ibid*, стр. 23.

²²⁸ Висину дневне глобе утврђује суд, с обзиром на личне и материјалне прилике учиниоца. При томе се по правилу полази од нето примања која учинилац просечно има или може да оствари у току једног дана. Једна дневна глоба утврђује се на најмање две хиљаде и највише десет хиљада марака – видети параграф 40. став 2. Наведени износи у маркама су сада претворени у евро, сразмерно утврђеној вредности (напомена М.М.).

година. Међутим, законодавац није ближе одредио шта се подразумева под лакшим случајевима односно који су то лакши случајеви сексуалних радњи (блудних радњи) над децом. То је остављено судској пракси да сама одреди, имајући у виду значај обзиром на правно добро које се штити у одређеном времену односно у складу са тренутним или евентуално промењеним моралним схватањима друштва (о чему је већ било речи).

У ставу 2. је инкриминисано навођење детета да сексуалне радње врши над трећим лицем или да дозволи да треће лице такве радње врши према њему. Овакву инкриминацију не познаје ни КЗ Србије нити КЗ држава бивше Југославије, а иначе се односи на оне радње извршења где се не остварује телесни контакт између учиниоца и жртве. Може се рећи да се ради о проширеној криминалној зони, где за постојање кривичног дела није нужно задовољење сексуалног нагона од стране учиниоца. За ово дело је предвиђена иста казна као у претходном ставу.

У ставу 3. је предвиђен тежи облик који обухвата два облика извршења. За разлику од става 1. и 2. где су инкриминисане само сексуалне радње (што би добрим делом представљале недозвољене полне радње код нас), У трећем ставу, у тачки 1. је као квалификаторни облик предвиђена обљуба над дететом. Немачки законодавац је очигледно сматрао да обљуба над дететом треба да има већу кривичноправну заштиту, па је стога предвидео и већу запрећену казну. Из законског текста произлази да се ради о добровољној обљуби са лицем млађим од четрнаест година, дакле принуда на обљубу са истим није инкриминацијом обухваћена.

У истом ставу, у тачки 2. инкриминисано је такође као посебно тежак случај и када је дете при извршењу дела тешко телесно злостављано. Тешко телесно злостављање би подразумевало наношење тешке телесне повреде, као и друге физичке патње теже природе коју учинилац проузрокује при вршењу овог дела. Може се рећи да се тиме обухвата свако наношење патње и бола, а које превазилази уобичајене патње и болове при вршењу обљубе над таквим лицем.

Најтежи облик је предвиђен у ставу 4. где је предвиђена казна лишење слободе од најмање пет година, ако је учинилац извршењем дела због лакомислености проузроковао смрт детета. Сам израз "лакомисленост" би у овој

ситуацији представљао нехат. То значи да је учинилац у односу на сексуални чин (обљубу) поступао са умишљајем, а да теже последица (смрт детета) није била обухваћена његовим умишљајем, већ се може приписати његовом нехату односно лакомислености.

На крају, у ставу 5. предвиђени су лакши облици извршења овог кривичног дела, таксативно наведених у три тачке. Ово произлази како из самог законског описа, тако и по запрећеној казни (лишење слободе до три године или новчана казна). За прве две тачке овог става се такође може рећи да се ради о проширеној криминалној зони. Када учинилац врши сексуалне радње пред дететом (тачка 1.) односно наводи дете да сексуалне радње врши пред њим или пред трећим лицем, (у тачки 2.). То значи да су у зону кажњивости обухваћене и ситуације када нема додиривања тела жртве (детета), као и када не долази до побуђивања или задовољења сексуалног нагона учиниоца. У тачки 3. овог става у којем се учинилац кажњава утицајем на дете због показивања или приказивања порнографских снимака, пуштањем магнетофонских трака порнографског садржаја или речима, се заокружује кривичноправна заштита деце у овој области. Сврха ове инкриминације је заштита правилног развоја и васпитања детета од разних облика порнографског садржаја.

3.9. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у кривичном закону Турске

Турски КЗ је донет 2006. године и представља релативно модеран кривични законик.²²⁹ У прилог томе, да овај КЗ прати савремене европске тенденције је и чињеница да код сексуалних деликата се не прави разлика између мушкарца и жене када је у питању учинилац или жртва. У терминолошком смислу исто тако, јер нема архаичних израза који су некада постојали, па тако нпр. појмови обљуба и са њом изједначен чин су обухваћени појмом сексуалних радњи.

²²⁹ Преузето са сајта "legislationline" у енглеској верзији – напомена М.М.

У глави шестој, која носи назив кривична дела против достојанства личности и морала (као што је то био случај и у некадашњем КЗ РС из 1977. године) заштита деце у сексуалној области је предвиђена у члану 103. – "сексуално злостављање детета". Тај члан гласи:

(1) Ко сексуално злоставља дете казниће се затвором од три до осам година.

Сексуално злостављање подразумева следећа кривична дела:

а) сваку сексуалну радњу извршену над малолетним лицима узраста испод петнаест година или која су напунила петнаест година, али која немају способност да разумеју правне последице таквог дела.

б) сексуално злостављање употребом силе, претње или преваре

(2) У случају вршења сексуалног злостављања продирањем полног органа или неког предмета у тело, учинилац ће се казнити затвором од осам до петнаест година.

(3) У случају вршења сексуалног злостављања од стране сродника другог или трећег степена крвног сродства, очуха, стараоца, васпитача, инструктора, болничара, болничарке или од стране других лица која пружају здравствене услуге и која су одговорна за заштиту и надзор детета, или противзаконитим утицајем злоупотребом положаја, казна која се примењује у горњим члановима се у пола увећава.

(4) У случају извршења сексуалног злостављања деце наведеног у ставу (а) првог члана, коришћењем силе или претње, казна која се примењује у горњим ставовима се у пола увећава.

(5) У случају погоршања телесног и душевног здравља жртве услед овог кривичног дела, учинилац ће се казнити затвором најмање петнаест година.

(6) У случају када кривично дело има за последицу смрт или стање вегеталне егзистенције жртве, учинилац ће се казнити казном строгог затвора.

Као што се види из цитираног члана, сексуално злостављање обухвата све врсте сексуалних радњи. Дакле, под овим појмом се подразумева обљуба, са њом

изједначен чин, недозвољене полне радње и сл. Под дететом се у смислу овог законика подразумева лице до петнаест година старости.

У ставу 2, као тежем облику, продирање полног органа у тело жртве, би подразумевало да је учинилац мушко лице по природи ствари. Поред тога, инкриминисано је и убацивање предмета у тело, што би представљало једну врсту сексуалне изопачености. Не прецизирајући о каквом се предмету ради, претпоставка је да је реч о сваком предмету који је подобан да се увуче у неку телесну шупљину жртве – детета. Због тога је и казна већа за половину у односу на основни облик, што математички посматрано значи да је од шест до шеснаест година затвора.

Иначе у турском кривичном законодавству изузетан значај се придаје свакој злоупотреби положаја и санкционише се високо запрећеним казнама и то кроз све групе кривичних дела. У том смислу и злоупотреба положаја код сексуалних деликата није изузетак, те је и затворска казна у ставу 3, као и у претходном ставу, већа за половину у односу на основни облик. Упоредјујући са нашим КЗ, овај став се подудара са кривичним делом обљубе злоупотребом положаја из члана 181. став 3, а једина разлика је у томе што у турском КЗ није обухваћен и родитељ.

Став 4. који се позива на основни облик (под а) садржи у себи биће кривичног дела силовања детета (иако није тако насловљено) јер се ради о употреби принуде ради вршења сексуалних радњи. Такође је запрећена казна за половину већа него што је у основном облику.

У предзадњем ставу је инкриминисано погоршање телесног и душевног здравља детета које је настало услед извршења неке сексуалне радње са њим. То погоршање је фактички последица која је проузрокована сексуалним чином, мада се не прецизира да ли је то телесно и душевно погоршање привременог или трајног карактера. Иако то није одређено, полази се од тога да се подразумева једно и друго. Спрам тежине таквог кривичног дела, законодавац је предвидео високу казну затвора – најмање петнаест година.

На крају, најтежи облик је смрт детета која је проузрокована сексуалним чином са њим. Занимљиво је да је као најтежи облик предвиђено и стање "вегеталне егзистенције жртве". То би језичко логичким тумачењем могло да значи евентуално "мождана смрт" детета проузрокована сексуалним чином, али и

неко друго стање нпр. тежак инвалидитет детета или потпуно одсуство свести или комуникације детета са спољним светом. Казна је строги затвор.

3.10. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у кривичном законнику Румуније

Овај КЗ је усвојен 2004. године и ступио на снагу 2005. године.²³⁰ У глави седмој предвиђена су сексуална кривична дела под називом – кривична дела против полне слободе. За разлику од претходног наведеног КЗ, заштита деци се пружа готово кроз више кривичних дела. Граница у румунском КЗ до које се неко лице сматра дете је петнаест година.

У члану 217. у којем је инкриминисано силовање, слично као и у нашем КЗ, сматра се тежи облик када је детета жртва. У основном облику радња силовања гласи:

(1) За полну радњу било које врсте са лицем супротног или истог пола принудом тог лица или искоришћавањем немоћи лица да се брани или изрази своју вољу, учинилац ће се казнити затвором од три до десет година.

Сексуална радња обухвата све врсте сексуалних аката – обљубу, са њом изједначен чин, недозвољене полне радње итд. Као што се да приметити, поред принуде, као обавезног елемента силовања, овим делом је алтернативно обухваћено и немоћно лице које у себи подразумева како физичку компоненту (немогућност да се брани) тако и психичку (неспособност да "изрази своју вољу").

У ставу 2. је предвиђено да ће се учинилац казнити затворском казном од петнаест до двадесет година затвора, ако је жртва малолетно лице узраста испод петнаест година.

²³⁰ Преузето са сајта "legislationline" у енглеској верзији – напомена М.М.

У члану 218. који носи назив полна радња са малолетним лицем, кривичноправна заштита се пружа лицима која нису навршила петнаест година (став 1.) и лицима између петнаест и осамнаест година (став 2.). Став 1. је слично инкриминисан као и у нашем КЗ – обљуба са дететом у истом ставу. Тај основни облик гласи:

(1) За сексуалну радњу било које врсте са лицем супротног или истог пола које није навршило петнаест година, учинилац ће се казнити затвором од три до десет година.

Занимљиво је да се у ставу 3. говори о лицу као пасивном субјекту које није навршило осамнаест година, али се не помиње никаква доња граница, као у ставу 2, из чега произлази да се под пасивним субјектом подразумевају сва лица од најмлађег узраста до осамнаест година. У овом ставу кривичноправна заштита се пружа лицу које није навршило осамнаест година и то ако је изнуђена било која сексуална радња на начин што је учинилац жртви нудио или дао новац или какву другу повластицу директно или индиректно. За овај облик запрећена казна затвора је од три до дванаест година. Оваква инкриминација не постоји код нас и у суштини своди се на плаћање било у новчаном облику, било на други начин, лицима која немају осамнаест година, а у сврху пружања сексуалних услуга. Нуђење или давање "какве друге повластице" садржи у себи елементе злоупотребе положаја јер учинилац има могућности или пак има такво својство да нуди или даје одређене погодности да би за узврат добио неку сексуалну радњу од стране малолетног лица.

У ставу 4, који се позива на претходне ставове, уколико су извршени "зарад производње порнографског материјала, учинилац ће се казнити затвором од пет до петнаест година, и ако је је при остварењу ове намере коришћена принуда, учинилац ће се казнити затвором од петнаест до двадесет година." Могло би се рећи да овај став представља "комбинацију" кривичних дела обљубе са дететом, силовања и приказивања, прибављања и поседовања порнографског материјала и искоришћавања малолетног лица за порнографију и који је сходно томе и санкционисан изузетно високим казнама.

У ставу 5. је инкриминисано да ако је извршена сексуална радња било које врсте са лицем супротног или истог пола које није навршило петнаест година од стране његовог стараоца, наставника, надзорника или лица које се о њему брине, лекара, учитеља, професора, васпитача (ради се о лицама наведеним у ставу 2, а на које се позива у овом ставу – напомена М.М.) да ће се учинилац казнити затвором од петнаест до двадесет година. У овом ставу је предвиђена иста казна за учиниоца који изврши дело из претходних ставова, ако је имало за последицу да је малолетно лице претрпело озбиљне повреде телесног интегритета или здравља.

Најзад, у ставу 6, као најтежем облику, у случају наступања смрти или самоубиства жртве учинилац ће се казнити затвором од петнаест до двадесетпет година.

У члану 220. који носи назив сексуална изопаченост или перверзија, у ставу 2. је предвиђено да ако је у тим перверзијама учествовало бар једно лице млађе од петнаест година да ће се учинилац казнити од три до десет година затвора. Законодавац не дефинише шта би то могло да обухвата сексуалне перверзије односно шта се под тим подразумева. Анализирајући ову главу (групу кривичних дела против полне слободе) произлази да се то не односи на сексуалне радње које су до сада помињане, већ на неке настране радње – противприродне сексуалне радње нпр. са предметима, животињама и сл. У ставу 5, као тежем облику предвиђено је да ако је дело из става 2. извршено у циљу производње порнографских материјала да ће се учинилац казнити затвором од пет до петнаест година, а ако је за ову сврху коришћена принуда учинилац ће се казнити затвором од петнаест до двадесет година. У ставу 6, као и код претходних чланова, предвиђено је да у случају смрти или самоубиства жртве услед дела из претходних ставова да ће се учинилац казнити затвором од петнаест до двадесет година.

3.11. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у кривичном закону Албаније

Албански КЗ је донет 1995. године, али је имао више измена и допуна и то 1997, 1998. и 2001. године.²³¹ Најзначајнија измена и допуна је она из јануара 2001. године када је допуњена глава шеста у којој су инкриминисана сексуална кривична дела и то управо под таквим називом.

У члану 100. је предвиђено кривично дело под називом сексуални или хомосексуални односи са малолетницима, у којем се пружа кривичноправна заштита деци и малолетницима. Овај члан гласи:

За извршење сексуалне или хомосексуалне радње са малолетном децом која нису навршила четрнаест година или са малолетном девојчицом која није достигла сексуалну зрелост, учинилац ће се казнити затвором од седам до петнаест година.

Ако је сексуална или хомосексуална радња извршена заједнички са другим лицима или се понављала или извршена употребом силе или су услед дела наступиле озбиљне последице по здравље повређеног детета, учинилац ће се казнити затвором од петнаест до двадесетпет година.

Ако је услед дела наступила смрт или самоубиство малолетног лица према коме је дело извршено, учинилац ће се казнити затвором најмање двадесет година.

Сексуална и хомосексуална радња подразумева исто што и у нашем КЗ обљуба или са њом изједначен чин. Прецизније сексуална радња би подразумевала обљубу, а хомосексуална радња би подразумевала са обљубом изједначен чин. Специфичност у овом члану је да малолетна девојчица, која није достигла сексуалну зрелост, чак и ако је старија, има исти статус као и лице испод

²³¹ Преузето са сајта " legislatinline у енглеској верзији – напомена М.М..

четрнаест година. Питање сексуалне зрелости малолетне девојчице је фактичко и зависи од конкретне особе обзиром да је таква зрелост индивидуална.

У ставу 2. је предвиђен тежи облик, у којем слично попут нашег члана 180. став 2. КЗ, су предвиђене квалификаторне околности, с том разликом што се у албанском КЗ не наводи трудноћа и што је забрањена казна затвора знатно строжија – од петнаест до двадесетпет година.

У ставу 3. је предвиђен најтежи облик и односи се на смрт детета услед сексуалног чина са њим. Овде се, за разлику од нашег КЗ, проширује криминална зона, јер је обухваћено и самоубиство детета услед сексуалног чина. Претпоставка је да се ради о детету старијег узраста јер није животно да дете испод нпр. седам или осам година, па чак и нешто старије тако нешто у стању да учини.

У члану 106. који носи назив сексуални или хомосексуални односи са члановима шире породице или лицима под старатељством је инкриминисан инцест. За разлику од нашег КЗ доста широко је постављен јер обухвата већи број сродника, и то ако су сексуални или хомосексуални односи извршени између родитеља и детета, брата и сестре, између браће, осталих чланова шире породице или са лицима под старатељством или са усвојеним лицима. Деци се у овом члану експлицитно пружа кривичноправна заштита од родитеља, али се то може односити и на старатеља или усвојоца. Предвиђена казна за ово кривично дело је до седам година.

У члану 108. су инкриминисане блудне радње. Овај члан гласи:

За блудне радње извршене са малолетним лицима испод четрнаест година старости, учинилац ће се казнити затвором до пет година.

Као што се може констатовати, ове радње одговарају нашим недозвољеним полним радњама из члана 182. КЗ, јер у сексуалним и хомосексуалним радњама (обљубом и са њом изједначеним чином) у претходним члановима нису обухваћене, а то се може закључити и по забрањеној казни.

3.12. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у кривичном законнику Финске

Овај КЗ је донет још 1889. године, али је у међувремену претрпео бројне измене и допуне. Једна од тих измена и допуна овог законика је била и 1998. године, и односила се и на главу двадесету у којој су предвиђена кривична дела против достојанства личности и морала како и носи назив ова глава. У овом законнику кривичноправна заштита деци се пружа кроз два кривична дела и то: сексуално злостављање детета (члан 6.) и тежи облик злостављања детета (члан 7).²³²

Пре него што анализирамо ова два члана цитираћемо члан 10. који носи назив дефиниције и који објашњава (дефинише) појмове из ове главе. Овај члан гласи:

(1) За потребе овог одељка, сексуални однос значи сексуална пенетрација полным органом или ка полном органу другог лица.

(2) За потребе овог одељка сексуална радња значи дело чија је сврха задовољење или побуђивање сексуалног нагона и која има сексуални значај у погледу околности и учиниоца и жртве.

У члану 6. – "сексуално злостављање детета", у основном облику је инкриминисан сексуални однос са дететом млађим од шеснаест година, као и додиривање или на други начин вршење сексуалне радње са дететом узраста до шеснаест година те када та сексуална радња има за последицу оштећење његовог/њеног развоја, као и када се натера дете да изврши неку такву радњу. Предвиђена казна је до четири године затвора. Као што се може приметити сексуални однос, додиривање или вршење сексуалне радње на други начин је изједначено у смислу запрећене казне. У исти "ранг" је стављена и ситуација када

²³² Нумерација чланова кривичних дела је извршена тако да код сваке главе кривичних дела бројеви иду из почетка – напомена М.М.

се тражи од детета да преузме активну улогу за вршење сексуалне радње, а која се обично остварује силом или претњом.

У ставу 2. овог члана, је наведено да се неће за дела из претходног става сматрати сексуалним злостављањем детета, ако не постоји велика разлика у годинама или менталној и физичкој зрелости учиниоца и жртве. Пошто је овај став скоро идентичан као у нашем КЗ у члану 180. став 4. неће се посебно разматрати.

Члан 7. – "Тежи облик сексуалног злостављања детета" гласи:

(1) Ако је у делу сексуалног злостављања детета:

- 1) 1) Жртва дете чије су године узраста такве да дело има за последицу наношење посебних повреда њему/њој*
- 2) Дело извршено на посебно понижавајући начин, или*
- 3) Дело има за последицу наношење посебне повреде детету услед посебног поверења које дете има према учиниоцу или услед посебне зависности детета према учиниоцу дела, и када кривично дело се процењује у целини као тежи облик,*
учинилац ће се казнити затвором од најмање једне до највише десет година.

(2) Покушај се кажњава.

У тачки 1. обзиром на формулацију, године детета су мање од старосне границе која по закону лице третира као дете односно до шеснаест година, али је фактичко питање колико "мало" година дете као жртва мора да има.

У тачки 2. да је дело извршено на понижавајући начин, може се узети у обзир оно што је речено у нашем КЗ, те га нећемо понављати.

У тачки 3. имајући у виду формулацију може се говорити о сексуалном злостављању детета злоупотребом положаја ("услед посебног поверења" или "услед посебне зависности" детета према учиниоцу) уз наношење посебне повреде. Мада се не говори каквог карактера је та повреда, да ли је физичка или психичка – настала као резултат сексуалне радње или повреда употребом силе,

ипак је најприхватљивије констатовати да је то она повреда настала искључиво услед сексуалног чина са дететом. Даље, процењивање да ли кривично дело у целини има тежи облик се врши од стране суда у зависности од околности случаја, мада се може поставити питање сврсисходности такве формулације.

3.13. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у кривичном законнику Мађарске

Овај КЗ је донесен 1978. године, али је као и претходно наведени КЗ претрпео више измена и допуна.²³³ У глави која носи назив кривична дела против сексуалног морала, кривичноправна заштита деци се пружа кроз више кривичних дела.

У члану 197. инкриминише се силовање и то на начин који је другачији у односу на наш КЗ, и у основном облику гласи:

(1) Ко насилном радњом или директном претњом по живот или тело примора жену на сексуални однос или користи неспособности те жене да се брани или да изрази своју неспремност да има сексуални однос, крив је за тешко кривично дело и казниће се затвором од две до осам година.

Може се приметити да поред принуде, криминална зона код силовања обухвата и немоћ жртве (неспособност да се брани). Жртва силовања је искључиво жена и то само кроз сексуални однос, а не и неком другом сексуалном радњом.

У ставу 2. је инкриминисано да уколико је жртва узраста испод дванаест година да ће се учинилац казнити од пет до десет година затвора.

У ставу 3. је предвиђен најтежи облик за које је прописана казна затвора од пет до петнаест година, ако је жртва испод дванаест година силована од стране

²³³ Преузето са сајта "legislationline" у енглеској верзији – напомена М.М.

учиниоца под чијим је старатељством, заштитом, образовањем или негом, или ако је више лица истом приликом имало сексуални однос са жртвом знајући за дела једни других.

У члану 198. инкриминисан је сексуални напад против пристојности који је умногоме сличан кривичном делу силовања. Кривичноправна заштита деци се пружа у ставу 2. и 3, али се позива на став 1. те је нужно цитирати га.

Став 1. гласи: *"ко насиљем или директном претњом по живот или тело принуди неко лице да се бави или подвргне содомији или користи неспособност неког лица да се брани или изрази вољу, чини тешко кривично дело и казниће се затвором од две до осам година."*

Ако је то дело извршено према жртви узраста до дванаест година (став 2.) учинилац ће се казнити затвором од пет до десет година. У ставу 3 је предвиђено да уколико се према жртви испод дванаест година изврши сексуални напад од стране учиниоца под чијом је жртва старатељством, заштитом, образовањем или негом или ако је више лица истом приликом вршило содомију знајући за дела једни других, учинилац ће се казнити од пет до петнаест година затвора.

У члану 202. је инкриминисано навођење детета на сексуалне односе. У основном облику ради се о навођењу на сексуални однос или блуд лице које није навршило четрнаест година са неким другим лицем за шта је забрањена казна затвора од једне до пет година. Навођење је у основи исто као и у нашем КЗ, па га није потребно посебно разматрати. Под сексуалним односом се подразумева обљуба док би блуд обухватао са обљубом изједначен чин и остале сексуалне радње које се не могу сматрати обљубом.

У ставу 2. је инкриминисано наговарање од стране лица које је навршило осамнаест година лице које није навршило четрнаест година на сексуални однос или блуд са другим лицем. Предвиђена казна затвора за овај облик је до три године. Из законског текста се може закључити да је у питању блажи облик, на шта указује и забрањена казна, него у ставу 1. јер се овде ради о наговарању, а у ставу 1. о навођењу. Иако је разлика више терминолошке природе, навођење представља озбиљнији начин да се лице испод четрнаест година приволи на неки сексуални чин.

У ставу 3. је предвиђена казна затвора од једне до пет година, ако је оштећени из става 1. рођак учиниоца кривичног дела или је лице под старатељством, заштитом, образовањем, или медицинском негом учиниоца кривичног дела. Ако се ради о оштећеном из става 2. казна затвора је од две до осам година. У овом ставу, који је у суштини квалификовани облик овог кривичног дела, својство оштећеног (да је рођак учиниоца) или да је оштећени под старатељством, заштитом, образовањем, или медицинском негом учиниоца кривичног дела (што би представљало злоупотребу положаја) су по налажењу законодавца квалификаторне околности због чега је и запређена казна већа.

3.14. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у кривичном законнику Норвешке

КЗ Норвешке је донет још 1902. године, али је имао више измена и допуна, од којих је последња била 1994. године.²³⁴ У глави дванаестој која носи назив тешка кривична дела против достојанства личности и морала, кривичноправна заштита деци се пружа кроз два кривична дела. Слично попут КЗ Финске, и у овом поглављу се на крају, у члану 213. дају објашњења шта се подразумева под одређеним терминима.

У овом члану се каже да *"када одредбе овог поглавља користе термин сексуални однос, мисли се на оба и вагинални и орални. Уметање пениса у уста и уметање неког предмета у вагину или ректум биће сматрано сексуалним односом."*

У члану 195. (чланови немају своје називе – напомена М.М.) у ставу 1. инкриминисано је вршење сексуалне радње од стране учиниоца или саучесника у делу са дететом које није навршило четрнаест година и запређена казна је до десет година затвора.

²³⁴ Преузето са сајта "legislationline" у енглеској верзији – напомена М.М.

У ставу 2. је предвиђен тежи облик и обухвата све квалификаторне околности. Пре свега, ако је услед дела наступила смрт детета, ако је дете претрпело озбиљне здравствене повреде, ако је учинилац претходно био осуђиван због овог кривичног дела или због кривичног дела силовања из члана 192, ако је дело извршено на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин, ако је дело извршено над дететом испод десет година старости и то континуирано у дужем временском периоду. Предвиђена казна за ове наведене околности је до двадесетједне године затвора. У истом ставу је предвиђено да се полна болест увек има сматрати озбиљном повредом тела и здравља. Специфичност у овом члану, а и КЗ, је да се ранији живот односно осуђиваност учиниоца за истоврсно или истородно кривично дело третира као квалификаторна околност, као и узраст детета испод десет година. Исто тако смртна последица детета да буде изједначена са осталим квалификаторним околностима.

У ставу 3. је наведено да "грешке у погледу узраста детета неће искључити кривичну одговорност". Грешка би се односила на погрешну представу учиниоца да је жртва старија него што заиста јесте, полазећи од тога да се не ради о детету, па сходно таквом уверењу изврши неку сексуалну радњу са њим.

За разлику од става 3. у ставу 4. се лице може ослободити од казне или се *"може применити казна испод минимума прописаног у првом ставу овог закона ако су лица која су извршила сексуалну радњу приближно истог узраста и развоја"*. Овај члан је по свом смислу скоро идентичан са чланом 180. став 4. нашег КЗ, те се неће посебно анализирати јер напомене које су за њега дате вреде и у овом случају. Као што се може приметити једина разлика је у томе што норвешки КЗ предвиђа и казну за такву ситуацију, али која је додуше испод законског минимума (из става 1.).

Члан 209. представља на неки начин злоупотребу положаја (у сексуалном погледу) од стране учиниоца. Овај члан гласи:

"Ко изврши или је саучесник у извршењу сексуалне радње са усвојеним дететом, дететом које му је поверено ради чувања, пасторком, или лицем испод осамнаест година старости о коме се он стара или које је под његовим надзором, казниће се затвором до пет година. Ко помаже или подстиче другог да

изврши сексуалну радњу са лицем са којим је у таквом односу као што је горе назначено, казниће се истом казном."

Овај члан је добрим делом сличан са чланом 181. нашег КЗ, једино што се у овом КЗ не набраја таксативно која све лица могу злоупотребити положај, већ се само наводи које својство (статус) дете као жртва мора да има да би му се кроз ово кривично дело пружила заштита.

ЧЕТВРТИ ДЕО

КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ДЕЦЕ У ОБЛАСТИ СЕКСУАЛНИХ ОДНОСА У САВРЕМЕНОМ ЈУГОСЛОВЕНСКОМ И СРПСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

4.1. Опште напомене

Савремено југословенско кривично законодавство је започело да се изграђује за време другог светског рата. Са формирањем покрета отпора (НОБ) у лето 1941, између осталог, долази и до стварања новог друштвеног и правног поретка. То је имало за последицу да је на ослобођеним подручјима престао рад дотадашњих органа власти и престала примена дотадашњих прописа, па и примена одредаба Кривичног законика и Законика о судском поступку, и почело стварање новог права.²³⁵ Кривично право које се стварало било је претежно неписано односно обичајно право. Најважнији писани извор кривичног права тог времена била је *Уредба о војним судовима* од 24. маја 1944. године. Ова уредба је поред прописа о организацији и надлежности војних судова садржавала прописе о кривичним делима, казнама, и заштитним мерама, а временом надлежност војних судова је проширена на цивилна кривична дела.

Одмах након завршетка рата, југословенско законодавство се развијало са

²³⁵ З. Стојановић, Кривично право, општи део, Београд, 2000, стр. 52.

доношењем већег број закона²³⁶ међу којима се издваја *Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације* од 23. октобра 1946. године. Овим законом омогућена је примена правних прописа из периода Краљевине Југославије које нису били у супротности са тековинама НОР-а и прописа нових органа власти. Устав ФНРЈ, донесен 31. јануара 1946. године, укинуо је све законе и друге правне прописе који су били у супротности са уставом.

Кривично законодавство након другог светског рата, није одбацило тековине науке кривичног права из времена старе државе, него је прихватило елементе “капиталистичко – буржоаског кривичног права”, које је било сагласно принципима марксизма и лењинизма, али и са економским преображајем који је извршен. За низ кривичних дела примењивале су се норме југословенског кривичног законика из 1929. године, све до доношења новог кривичног законика из 1951. године.

Већ 1947. године донет је Кривични законик – Општи део (ОКЗ)²³⁷ који је представљао прву систематску целину општег дела кривичног права и рађен је под утицајем совјетског кривичног законодавства (Кривични законик РСФСР из 1926. године) и тадашње совјетске доктрине. Тако се развијала и судска пракса, која је постојала и за она кривична дела која нису садржана у овом закону и законима донетим након 1941. године. То се односи и на сексуалне деликте, где је пракса користила правна правила Кривичног законика Краљевине Југославије из 1929. године за остварење заштите оних добара и интереса која се са аспекта кривичног права у новонасталим условима нису мењала. Но, као што је речено та правна правила су примењивана на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, коју је

²³⁶ Тако су донети: *Закон о сузбијању недопуштене шпекулације и привредне саботаже* од 23. априла 1945. године; *Закон о забрани изазивања националне, расне и верске мржње и раздора* из маја 1945. године; *Закон о заштити народних добара и њиховом управљању* од 27. маја 1945. године; *Закон о врстама казни* од 5. јула 1945. године; *Закон о кривичним делима против народа и државе* од 25. августа 1945. године (инкриминисао је политичка кривична дела и ратне злочине);

²³⁷ Овај Законик је донет 4. децембра 1947. године и објављен у “Службеном листу ФНРЈ” бр. 106/1947. Ступио је на снагу 22. фебруара 1948. године и трајао до 1. јула 1951. године.

такву могућност предвиђао.²³⁸ Но, ова кривична дела нису свакако нова, па "оригиналност по сваку цену није дакле карактеристика нашег кривичног права... Овакав став резултат је схватања да је социјалистичко друштво (па према томе, и право) произишло из буржоаског друштвеног уређења с једне стране, а с друге стране да буржоаско друштво не представља једну целину са становишта идеологије и да се неки елементи социјалистичког друштвеног уређења (па, према томе, и социјалистичког права) налазе и у буржоаском друштву".²³⁹

Међутим, због политичке ситуације и сукоба са Совјетским Савезом приступило се изградњи новог кривичног законика, што је имало за последицу стварање једног новог правног система. Тако је донет Кривични законик ФНРЈ 1951. године²⁴⁰ у којем је кодификован систем општег и посебног кривичног права.

4.2. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа према Кривичном законнику Југославије из 1951. године

Овај Кривични законик је представљао тековину ондашњег социјалистичког друштва, али истовремено заснивао се и на резултатима савремене правне науке, као и на прогресивним достигнућима буржоаске кривичноправне науке и кривичног законодавства. Следствено томе, многа начела, институти као и поједине одредбе имају сличност, па и истоветност са кривичним законцима буржоаских земаља. Дакле, представљао је савремен, легислативно-технички добро урађен законик, рађен под утицајем страних кривичних законика, нарочито швајцарског, у која су унесена позитивна достигнућа буржоаске кривичноправне науке. Но, добрим делом представљао је оригиналну кодификацију материјалног

²³⁸ Више о томе: Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 73.

²³⁹ Н. Срзентић – А. Стајић, *Кривично право ФНРЈ, општи део*, Београд, 1953, стр. 78.

²⁴⁰ Донет је 2. марта 1951. године и објављен у "Службеном листу ФНРЈ" бр. 13/1951. Ступио је на снагу 1. јула. 1951. године.

кривичног права, због чега је и у иностранству имао веома високе оцене.²⁴¹

Са доношењем овог законика одређеним вредностима, добрима и интересима пружена је кривичноправна заштита, као што је то био случај са правним правилима претходног права. То се односи и на групу кривичних дела у посебном делу Законика, у глави XVI која је носила назив “Кривична дела против достојанства личности и морала”.²⁴²

Кривична дела из ове главе могу се поделити у две групе: 1. Кривична дела против сексуалне слободе; и 2. Кривична дела против сексуалног морала.²⁴³ Кривичним делима против сексуалне слободе наноси се и повреда сексуалног морала, јер су ова добра међусобно повезана.²⁴⁴

У погледу одредби који се односе на кривичноправну заштиту деце у области сексуалних односа, овај Кривични законик их је предвидео у члану 181.

²⁴¹ Више о томе: З. Стојановић, *op. cit.* стр. 53.

²⁴² Д. Атанацковић, сматра да достојанство личности представља саставни део части и угледа, па би ова кривична дела требало систематизовати у групу кривичних дела против части и угледа. – Д. Атанацковић, *Кривично право, посебни део*, Београд, 1981, стр. 259. Љ. Јовановић и Д. Јовашевић сматрају да то што ова дела нису сврстана у групу кривичних дела против слобода и права грађана или у групу кривичних дела против части и угледа одговор се налази у чињеници што се њима не напада свака слобода одлучивања и поступања већ само она у сфери полних односа, што значи да се њима повређује само полна, а не и нека друга врста части. – Љ. Јовановић-Д. Јовашевић, *Кривично право, посебни део 2*, Полицијска академија, Београд, 2002, стр. 151.

²⁴³ Овакву поделу заступао је део правне доктрине. Сходно овој подели, у групу кривичних дела против сексуалне слободе спадају: Силовање – чл. 179; Обљуба над немоћним лицем – чл.180; Обљуба и противприродни блуд са малолетним лицем – чл. 181; Обљуба или противприродни блуд злоупотребом положаја – чл. 182; Блудне радње – чл. 183; Завођење – чл. 185; Подвођење – чл. 187; и Трговина белим робљем – чл. 188. У групу кривичних дела против сексуалног морала улазе: Јавно вршење блудне радње – чл. 184; Противприродни блуд – чл. 186; и Производња и растурање порнографских списа – чл. 189. Видети: Д. Атанацковић, *op. cit.* стр. 262-263. и Ј. Таховић, *Кривично право, посебни део*, Београд, 1953, стр.166.

²⁴⁴ “Кад кажемо кривична дела против полне слободе то не значи да се њиховим извршењем не напада полни морал, већ се само жели подвући да у основи пре свега то су кривична дела против слободе одлучивања у полном погледу. Исто тако кад кажемо кривична дела против полног морала то не значи да се њима искључиво напада полни морал. Напротив и код ових кривичних дела могу се уочити извесни други објекти који се желе заштити инкриминацијом ових дела.” – Ј. Таховић, *op. cit.* стр. 166.

Тај члан гласи:

(1) Ко изврши обљубу или противприродни блуд са малолетним лицем које није навршило четрнаест година,

казниће се затвором најмање шест месеци или строгим затвором до пет година.

(2) Ко дело из става 1. овог члана изврши над немоћним малолетним лицем које није навршило четрнаест година или употребом силе или претњом да ће непосредно напасти на живот или тело,

казниће се строгим затвором најмање три године.²⁴⁵

(3) Ако је услед дела из става 1. и 2. овог члана наступила тешка телесна повреда или смрт малолетног лица,

учинилац ће се казнити строгим затвором најмање пет година.

У основном облику кривично дело се састоји у вршењу обљубе или противприродног блуда са малолетним лицем које није навршило четрнаест година, и уз његов пристанак. Обљуба или противприродни блуд са лицем које је навршило четрнаест година, уз његов пристанак није кривично дело (осим у случајевима кривичног дела обљубе или противприродног блуда злоупотребом положаја из члана 182. ст. 2 и кривичног дела завођења из члана 185.) Као и у Кривичном законнику Краљевине Југославије из 1929. године, евентуално дат пристанак није од значаја за постојање дела, те се узима као да не постоји. У ситуацији да је чак и иницијатива потекла од стране малолетног лица (детета), такође се сматра да постоји ово кривично дело.

Обљуба се такође дефинише на истоветан начин, као и у претходном законнику, што значи да подразумева природни полни сношај, односно увлачење мушког полног органа у женски.

Међутим, код противприродног блуда постојале су извесне дилеме. Тако, уколико се ради о пристанку или иницијативи малолетног мушког лица млађег од четрнаест година на вршење противприродног блуда са старијим мушким лицем

²⁴⁵ До доношења Закона о изменама и допунама КЗ из 1959. године за овај став је била предвиђена казна строгог затвора до петнаест година. – Службени лист ФНРЈ, број 30/59 чл. 109. ЗИД

радило би се о овом кривичном делу (из става 1. овог члана), а не о кривичном делу противприродног блуда из члана 186, као посебног кривичног дела. Спорно је шта се подразумевало под противприродним блудом, а тешкоће и недоумице су биле и у судској пракси. Преовлађивала су два схватања. Прво, екстензивно схватање, по којем је противприродни блуд свако задовољење сексуалног нагона на противприродан начин, односно свако увлачење уда у тело (*immissio membri in os*). Друго, рестриктивно схватање је да се под појмом противприродног блуда подразумева педерастичка, тј. увлачење уда у чмар (*coitus per anum*).

С временом, судска пракса је све више прихватала друго, рестриктивно схватање.²⁴⁶ Но, обзиром како је прописано и како се тумачи радња извршења овог кривичног дела, произлази да није инкриминисано вршење противприродног блуда, односно хомосексуалних радњи од стране женског лица према малолетном женском лицу млађем од четрнаест година. Такве би се радње према преовлађујућем схватању судске праксе и доктрине могле подвести под инкриминацију блудних радњи, из члана 183. КЗ.²⁴⁷

У ставу 2. предвиђен је тежи облик, који обухвата две инкриминације: обљуба или противприродни блуд над немоћним лицем и обљубу или противприродни блуд употребом принуде.

Прва инкриминација се састоји дакле у вршењу обљубе или противприродног блуда са малолетним лицем које није навршило четрнаест година, искоришћавањем његове немоћи. Појам немоћи, у смислу овог члана, обухвата поред оних стања предвиђених инкриминацијом из члана 180. (кривично дело обљуба над немоћним лицем) и ситуације када дете због свог ниског животног доба није способно да физички и психички пружа отпор. Додуше, судска пракса у том погледу није била уједначена, па тако у једној пресуди је

²⁴⁶ Тако нпр. у једној пресуди Врховног суда Хрватске Кж. 1055/73 се каже: "Стављање пениса оштећеној малолетници у уста ради сексуалног задовољења, не представља кривично дјело обљубе или противприродног блуда с малолетном особом (члан 181. став 1. КЗ, односно став 2. истог члана), већ само кривично дјело блудних радњи (члан 183. КЗ) Наиме, према владајућем схватању, под противприродним блудом разумије се само "*inimissio penis in anum*", а не и "*inimissio in os*". ... – Б. Чејовић, Кривично право у судској пракси, друга књига, посебни део, Београд, 1986, стр. 540.

²⁴⁷ Ј. Таховић, Коментар Кривичног законика, Београд, 1956, стр. 401.

заузет став да "када се ради о покушају сношаја са девојчицом од свега шест година, у радњама оптуженог стичу се сва законска обележја кривичног дела обљубе са малолетним лицем из члана 181. став 2. Кривичног законика, јер се ту очигледно ради о немоћном малолетном лицу, а не кривичног дела обљубе са малолетним лицем из члана 181. став 1. Кривичног законика, како је то нашао Окружни суд" (Врховни суд Србије, Одељење у Новом Саду, Кж.1598/64, од 22. јануара 1965. године).²⁴⁸ Врховни суд Хрватске је у својој одлуци (Кж. 1670/54 од 17.9.1954. године) ишао још даље па је узео да под "немоћном малолетном особом, која није навршила четрнаест година у смислу члана 181. ст. 2. КЗ ваља сматрати слабашну девојчицу од тринаест година живота, која је била неспособна за озбиљнији отпор према здравом, јаком и одраслом мушкарцу". Овакав став суда оправдано је критикован, јер је сматрано да је отишао предалеко обзиром да је потребно да је малолетна особа толико немоћна, да је неспособна или за сваки отпор или да уопште не схвата о чему се ради.²⁴⁹

С друге стране, у пресуди Врховног суда Македоније (Кж. 775/73 од 28.2.1974. године) заузет је став да "деветогодишње дете које у психичком и физичком развоју нема видних недостатака, не сматра се за немоћно малолетно лице, па перверзни акт који је над њим извршио оптужени не представља кривично дело из члана 181. став 2. Кривичног законика, већ кривично дело из става 1. истог члана."²⁵⁰

Настојања неких судова, тог времена, да појам немоћног лица у овом смислу вежу за одређену фиксну старосну границу је у судској пракси оправдано одбацивано заузимањем става да старост детета сама по себи не значи да је оно било неспособно за пружање отпора већ да је то фактичко питање које треба утврђивати у сваком појединачном случају.²⁵¹

²⁴⁸ Б. Чејовић, *op. cit.* стр. 538-539.

²⁴⁹ Тако мисли Б. Златарић, који додаје да "Код тринаестогодишње девојчице, ма и слабашне, уколико није у неком погледу дефектна, не може се узети још постојање таквог немоћног стања" – Кривични законик у практичној примјени, II свезак, посебни дио, Загреб, 1958, стр. 227.

²⁵⁰ Билтен Врховног суда Македоније, број 40, 1974, стр. 4-5.

²⁵¹ З. Стојановић, Критеријуми одређивања инкриминација, уопште и у сфери сексуалних односа, докторска дисертација, Љубљана, 1981, стр. 311. " Да ли је малолетна особа, која још није навршила четрнаест година, немоћна особа по чл. 181/2 КЗ јест фактичко питање, које треба

Друга инкриминација из става 2. обухвата вршење обљубе или противприродног блуда употребом силе или претње над малолетним лицем млађим од четрнаест година. Од употребљене принуде не зависи да ли ће постојати кривично дело, него да ли ће се радити о основном или тежем облику. Стога се приликом утврђивања чињенице, да ли је примењена принуда користио искључиво објективни критеријум и то да предузета радња или радње представљају силу, да малолетно лице млађе од четрнаест година (пасивни субјект) је пружало отпор итд.

Поједини теоретичари, су сматрали да се став 1. и 2. могу појавити у два облика, у зависности од тога да ли је пасивни субјект мушко или женско малолетно лице. С тим у вези, у ставу 1. би била обљуба или противприродни блуд над женским малолетним лицем и обљуба или противприродни блуд над мушким малолетним лицем. У ставу 2. би постојала насилна обљуба или противприродни блуд над женским малолетним лицем односно насилна обљуба или противприродни блуд над мушким малолетним лицем, као и обљуба или противприродни блуд над немоћним женским малолетним лицем и обљуба или противприродни блуд над немоћним мушким малолетним лицем. Ова подела је од значаја пре свега због извршиоца. Уколико се ради о женском малолетном лицу, извршилац обљубе може бити само мушко лице, а женско лице саизвршилац (у ситуацији када се ради о принуђавању на обљубу, па једно лице – женско врши принуду, а друго лице – мушко врши обљубу) или саучесник (подстрекач или помагач). Код противприродног блуда, извршилац над женским малолетним лицем може бити такође само мушко лице, док се женско лице може појавити као саизвршилац (на исти начин као код обљубе) односно саучесник. Ако је пак, пасивни субјект мушко малолетно лице, онда извршилац обљубе може бити само женско лице, док мушко лице може бити саизвршилац односно саучесник (слично као што женско лице може бити саизвршилац односно саучесник код обљубе женског малолетног лица). На крају, код противприродног блуда над мушким

посебно утврђивати у сваком конкретном случају; та се околност, дакле, не може утврдити само на основу година старости, Преглед, II, стр. 158. – Кривични законик, с објашњењима, Љубљана, 1961, стр. 292.

малолетним лицем, извршилац може бити само мушко лице, док женско лице може бити само саизвршилац односно саучесник.²⁵²

Ипак, преовладао је став да извршилац код овог кривичног дела може бити и мушко и женско лице, а исто важи и када је пасивни субјект у питању.²⁵³

Најзад, квалификовани облик у ставу 3. постоји ако је услед извршења кривичног дела из претходна два става наступила тешка телесна повреда или смрт малолетног лица. У пракси је до ових последица најчешће долазило услед употребе силе при вршењу обљубе или противприродног блуда.

У погледу кривице, у ставу 1. довољна је свест учиниоца да се врши обљуба или противприродни блуд са малолетним лицем испод четрнаест година (са његовим пристанком).

У ставу 2. тражи се умишљај који се састоји у знању и хтењу да се врши обљуба или противприродни блуд искоришћавањем немоћи малолетног лица односно употребом силе или претње.

У ставу 3. поред умишљаја, као што је већ наведено, неопходан је и нехат у погледу наступања тешке последице.

Интересантно је да се у пракси за ово кривично дело гонило и у ситуацији када је учинилац био и малолетно лице. С тим у вези постојала је дилема да ли треба кривично гонити малолетног учиниоца који није употребљавао силу или претњу, а између тог лица и пасивног субјекта разлика у годинама је минимална. Практика у судовима тог времена показује да се кривично гоњење предузимало и према таквим учиниоцима.²⁵⁴ Но, у оваквим ситуацијама, судови су примењивали и начело опортунитета.

²⁵² Више о томе: Ј. Таховић, Кривично право, посебни део, Београд, 1953, стр. 172-174. У том смислу и М. Радовановић – М. Ђорђевић, Кривично право, посебни део, Београд, 1967, стр. 157-159, са извесном разликом у смислу да учинилац противприродног блуда може бити само лице мушког пола услед природе самог дела.

²⁵³ У том смислу: З. Стојановић, *op. cit.* стр. 306.

²⁵⁴ Карактеристична је пресуда Окружног суда у Београду Км. 387/70 од 23.12.1970. где малолетни учинилац имао нешто више од петнаест година, а жртва тринаест година и шест месеци. Малолетном лицу је изречена васпитна мера упућивања у васпитну установу иако се "раније није водио на евиденцији... као васпитни проблем, а ни као деликвент", зато што му је стављен на терет квалификовани облик овог кривичног дела, јер је суд сматрао да је могао знати да се ради о

Законом о изменама и допунама КЗ из 1959. године,²⁵⁵ кривичноправна заштита деце у овој области је делимично проширена. Кривичном делу обљубе или противприродног блуда злоупотребом положаја, из члана 182. додат је и трећи став који се односи на малолетна лица испод четрнаест година. Овим ставом су инкриминисане ситуације када наставник, васпитач, старалац, усвојитељ, очух или друго лице злоупотреби свој положај и изврши обљубу или противприродни блуд са малолетним лицем млађим од четрнаест година које му је поверено ради учења, васпитања, чувања или неге. Предвиђена казна је била строги затвор до осам година.

Дакле, за постојање овог кривичног дела неопходно је да је до обљубе или противприродног блуда дошло злоупотребом положаја од стране учиниоца. С тим у вези јављала се дилема да ли постојање злоупотребе положаја треба утврђивати у сваком појединачном случају или се таква злоупотреба сама по себи претпоставља постојањем односа између учиниоца и малолетног лица млађег од четрнаест година. Преовладало је схватање да злоупотреба положаја (из става 3.) постоји у сваком случају када се ради о малолетном лицу млађем од четрнаест година које је поверено учиниоцу ради учења, васпитања, чувања или неге јер однос који треба да се између њих успостави и развија неспојив је са вршењем сексуалних радњи - обљубе или противприродног блуда. Из тог периода занимљива је и пресуда Врховног суда Хрватске (Кж. 1221/63 од 14. маја 1963. године) у којој је заузет став да "Када мајка своје малолетно женско дете, у време док још није навршило четрнаест година, и после тог узраста, поверава на чување и васпитање свом ванбрачном мужу који са њом дуже време живи у трајној ванбрачној заједници и о детету се стара и води сву бригу као да му је очух, - ванбрачни муж у таквим околностима и у таквом положају може да буде учинилац кривичног дела обљубе злоупотребом поверења предвиђеног у члану 182. став 3. Кривичног законика."²⁵⁶

душевно заосталом, тј. немоћном лицу, што се тешко може прихватити с обзиром на његов узраст и конкретне околности. – Ibid, стр. 312-313.

²⁵⁵ Закон о изменама и допунама из 1959. године Службени лист ФНРЈ 30/1959 чл 108.

²⁵⁶ Б. Чејовић, *op. cit.* стр. 544-545.

Такође, и у кривичном делу блудне радње из члана 183. КЗ, на индиректан начин је била предвиђена заштита деце у овој области. Из законског текста овог члана *"Ко у случајевима из члана 179-183 овог законика изврши само блудну радњу..."* произлази да је обухваћен и члан 181. и члан 182. ст 3. КЗ. Но, код овог кривичног дела не ради се о обљуби или противприродном блуду, него о другим сексуалним радњама. Под тим радњама се подразумевало побуђивање или задовољење сексуалног нагона слабијег интезитета, (љубљење, грљење, додиривање делова тела, а нарочито полних органа и сл). Тако нпр. у пресуди Врховног суда Југославије (Кж. 28/67 од 28.3.1967. године) се каже *"Када учитељ, у циљу задовољења свог полног нагона према својој ученици која је непунолетна, односно према ученици која нема ни пуних четрнаест година, предузима такве радње да је љуби, грли и дира по телу, његови поступци сами по себи представљају злоупотребу односа који постоји између учитеља и ученице, злоупотребу учитељског позива и положаја и садрже у себи сва обележја кривичног дела блудне радње из члана 183. Кривичног законика у вези са чланом 182. став 3. Кривичног законика."*²⁵⁷

4.3. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у републичко –покрајинском законодавству из 1977. године

4.3.1. Уводне напомене

Кривично законодавство Југославије Уставом из 1963. године је било у потпуној надлежности федерације. Сходно томе, републике чланице су имале веома мала овлашћења у регулисању кривичноправне материје. Надлежност република се сводила само на прописивању појединих, за њих специфичних кривичних дела, док аутономне покрајине нису имале ни такву законодавну надлежност у овој области.

²⁵⁷ Ibid, стр. 550-551..

Међутим, упоредо са развојем тадашње Југославије, долази и до друштвено-политичких промена током шесдесетих и седамдесетих година. Те промене су се највише огледале у тежњи партијских руководстава република чланица за већом самосталношћу, у оквиру федеративне државе. Као резултат тих промена, или још боље рећи као последица таквих промена, је доношење уставних амандмана 1971. године, а затим и Устава 1974. године. Устав из 1974. године је "дефакто и де јуре" Југославију претворио у једну врсту конфедерације, у којој су фактички постојале осам држава у саставу једне. Србија је овим уставним променама највише била погођена јер су једино на њеној територији формиране две аутономне покрајине, које су биле равноправне са свим републикама чланицама. Сходно овом Уставу, концепција јединственог кривичног законодавства се напушта и долази до поделе законодавне надлежности између федерације и федералних јединица (република и аутономних покрајина). Подела се нужно огледала и у сфери кривичног права, па је тако уместо јединственог Кривичног законика из 1951. године, који је важио до 1. јула 1977. године, ступило на снагу девет кривичних закона (савезни, шест републичких и два покрајинска).²⁵⁸

Општи део кривичног закона у новом уставу је био скоро у целини у надлежности федерације. Према члану 281. став 1. тачка 12. Устава СФРЈ, у надлежности федерације, у области кривичног права, су били: општи услови и начела за изрицање санкција за кривична дела, систем санкција, рехабилитација, општа правила о примени васпитних мера итд. Посебни део кривичног закона је мањим делом био у надлежности федерације (кривична дела против социјалистичког самоуправног уређења Југославије и безбедности земље, човечности и међународног права, оружаних снага, јединственог југословенског тржишта и др.) Остале групе кривичних дела су биле у искључивој надлежности република и покрајина.

²⁵⁸ Кривични закон СФРЈ (од 28. септембра 1976); КЗ Босне и Херцеговине (од 10. јуна 1977); КЗ Словеније (од 11. јуна 1977); КЗ Македоније (од 18. јуна 1977); КЗ Хрватске (од 20. јуна 1977); КЗ Србије (од 30. јуна 1977); КЗ Црне Горе (од 27. јула 1977); КЗ САП Косова и КЗ САП Војводине (од 29. јуна 1977).

4.3.2. Законска решења у кривичним законима социјалистичких република и социјалистичких аутономних покрајина

На основу уставне поделе надлежности у кривичном законодавству “Кривична дела против достојанства личности и морала” (из главе XVI Кривичног законика из 1951. године), прешла су у надлежност република и покрајина. У новом кривичном законодавству су углавном преузимају решења КЗ из 1951. године са извесним новинама те се не могу сматрати ни новим, ни оригиналним.²⁵⁹ Ова констатација важи и за кривична дела којима се штите деца у сексуалној сфери као и за сродна кривична дела.

Компаративним посматрањем кривичноправне заштите деце у области сексуалних односа у КЗ из 1951. године и у републичким и покрајинским КЗ из 1977. године могу се приметити готово истоветне законске формулације. То се пре свега односи на КЗ Македоније, Србије, Босне и Херцеговине, Црне Горе, Војводине и Косова.²⁶⁰ Задржане су и исте запрећене казне, с том разликом да више нема строгог затвора, већ је предвиђен само "обични" затвор. У овим кривичним законима, код кривичног дела обљубе или противприродног блуда са лицем које није навршило четрнаест година, у ставу 3. (квалификовани облик) након речи "или смрт малолетног лица" додате су речи "или је дело извршено од стране више лица или на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин или у другом особито тешком случају..." (са одређеним језичким варијацијама карактеристичним за конкретну републику и аутономну покрајину). Поред тога, код кривичног дела обљубе или противприродног блуда злоупотребом положаја, у ставу 3. (а који се односи на малолетна лица до четрнаест година) уместо казне

²⁵⁹ У кривичним законима република и покрајина, назив “Кривична дела против достојанства личности и морала” није у целости преузет из КЗ из 1951. године само у КЗ Словеније (глава XI се звала: “Кривична дела против полне неповредивости и морала”).

²⁶⁰ Терминолошки, у КЗ Македоније, Босне и Херцеговине и Црне Горе се говори о кривичном делу обљубе или противприродног блуда са малолетним лицем док се у КЗ Србије, Војводине и Косова говори о кривичном делу обљубе или противприродног блуда са лицем које није навршило четрнаест година.

строгог затвора до осам година (према КЗ из 1951. године) предвиђена је казна затвора од једне до осам година (у КЗ БиХ од једне до десет година).

КЗ Босне и Херцеговине делимично се издваја од наведених кривичних закона из разлога што се у кривичном делу силовања, у ставу 2, као тежи облик инкриминише обљуба над малолетним женским лицем млађим од четрнаест година. Ова инкриминација је била непотребна обзиром да је таква инкриминација већ била предвиђена у кривичном делу обљубе или противприродног блуда са малолетним лицем, у ставу 2, са истом запређеном казном – најмање три године затвора.

Донекле измењену законску формулацију налазимо и у КЗ Хрватске. Наиме, посебно је инкриминисана обљуба са дететом а посебно противприродни блуд са дететом. Осим тога, овај КЗ једини је предвиђао кривично дело "задовољење похоте пред дјететом".

Код кривичног дела обљубе са дететом суштински и нема неких значајних разлика у односу на КЗ из 1951. године, како у законском тексту тако и у погледу запређене казне. За разлику од других републичких и покрајинских КЗ, овај КЗ је обљубу над дететом злоупотребом положаја обухватио овим кривичним делом, а не кривичним делом обљубе злоупотребом положаја (са запређеном казном од једне до десет година). Код кривичног дела противприродног блуда, у ставу 2, инкриминисан је противприродни блуд од стране мушког лица које то изврши са мушким дететом, а запређена казна је од шест месеци до пет година затвора. У ставу 3. је предвиђен квалификовани облик, где је инкриминисан противприродни блуд са мушким дететом употребом силе или претње, искоришћавањем његове немоћи или злоупотребом положаја. Казна је била од једне до осам година затвора.

Кривичноправну заштиту детета у овом КЗ, као што је речено, налазимо и у кривичном делу "задовољење похоте пред дјететом" (члан 90.) који гласи: *"Тко врши пред дјететом радње намијењене задовољавању властите или туђе похоте, или тко наведе дијете да пред њим или другом особом врши такве радње, казнит ће се затвором до три године"*. Дакле, за разлику од других републичких и покрајинских КЗ, кривичноправна заштита је проширена и на она понашања у којима не долази до физичког контакта између учиниоца и жртве већ само до

њихове психичке везе. Таква понашања се стога не могу подвести под законски појам блудних радњи, али које "због сексуално-коруптивног утјецаја на младог човјека заслужују жиг криминалног понашања".²⁶¹ Због тога што се не ради о било којој сексуалној радњи према детету него "само" о задовољењу похоте пред њим, казна је блажа – до три године затвора.

Значајније измене у односу на КЗ из 1951. године су биле у КЗ Словеније. Кривичноправна заштита деце је била предвиђена у кривичном делу "сполни напад на осебо, млајшо од штиринајст лет" (полни напад на лице млађе од четрнаест година)²⁶² Иначе, у овом КЗ се користи термин "сполно обчује" што у преводу значи обљубу док "какшно друго сполно дејање" представља противприродни блуд и блудне радње. Као и у КЗ Хрватске, у истом члану је (у ставу 3) предвиђена полна злоупотреба положаја над дететом.

У свим републичким и покрајинским кривичним законима кривичноправна заштита деце се пружала и кроз кривично дело блудне радње. Са законском формулацијом "Ко у случајевима из члана... изврши само блудну радњу, казниће се..." обавезно је обухваћен члан који се односи на обљубу или противприродни

²⁶¹ Ф. Хирјан – М. Сингер, Малољетници у кривичном праву, Загреб, 1987, стр. 326.

²⁶² Ово кривично дело је било предвиђено у члану 103. КЗ Словеније и гласи (у преводу на српски):

"(1) Ко полно општи или врши какву другу полну радњу с лицем другог или истог пола, која није старија од четрнаест година,

казниће се затвором од шест месеци до пет година.

(2) Ко врши радњу из првог става овог члана употребом силе или претње да ће непосредно напасти на живот или тело или над немоћним лицем које није старије од четрнаест година,

казниће се затвором најмање три године.

(3) Учитељ, васпитач, старалац, усвојитељ, родитељ или друго лице које злоупотребом свог положаја полно општи или врши какву другу полну радњу с лицем које није старије од четрнаест година које му је поверено на учење, васпитање, чување или негу,

казниће се затвором од једне до осам година.

(4) Ко под условима из првог и другог става овог члана врши какву другу полну радњу лицу које није старије од четрнаест година,

казниће се затвором до три године."

блуд са лицем које није навршило четрнаест година. У свим овим кривичним законима, за ово кривично дело, је била предвиђена казна затвора до три године (осим у КЗ Хрватске где је казна затвора била од три месеца до пет година). Изузетак од овога је био КЗ Словеније, где блудне радње (недозвољене полне радње) нису биле предвиђене, него је уместо њих било инкриминисано "сексуално насиље". Ипак, понашања која би највише одговарала блудним радњама са децом су била предвиђена у кривичном делу "сполни напад на осебо, млајшо од штиринајст лет" у ставу 4.

4.4. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном закону (Социјалистичке) Републике Србије из 1977. године

Кривични закон Републике Србије²⁶³ за време свог тридесетогодишњег важења, и то од свог доношења 1977. године, па до престанка важења 2006. године је "прошао разна искушења". Тако нпр. са доношењем уставних промена СР Србије из 1989. године престали су да важе КЗ Војводине и КЗ Косова, те је Кривични закон Републике Србије почео да се примењује на територији целе републике. Даље, распадом СФРЈ и настанком Савезне Републике Југославије 1992. године, овај Кривични закон није укинут него је наставио и даље да важи, а разлог за то је што је Уставом СРЈ из 1992. године задржана подељена законодавна надлежност (иако је било покушаја да се донесе јединствени кривични законик) итд.²⁶⁴

²⁶³ Овај закон је усвојен од стране Скупштине СР Србије на седници Друштвено-политичког већа 28. јуна 1977. године, и проглашен је Указом Председника СР Србије наредног дана. Објављен је у "Службеном гласнику СРС" од 30. јуна 1977. године, а ступио на снагу следећег дана 1. јула 1977. године.

²⁶⁴ Савезна влада Савезне Републике Југославије је била образовала комисију експерата која је сачинила нацрт Кривичног законика СРЈ и 1998. године га ставила на јавну дискусију. Међутим,

За време свог важења, КЗ Србије је претрпео низ измена и допуна. Те измене и допуне су биле различитог карактера, али су се углавном односиле на кривична дела која су у себи имала новчана обележја. То је вероватно и био разлог што су кривична дела против достојанства личности и морала, (како се тада звала ова глава)²⁶⁵ била “поштеђена” честих измена и допуна.²⁶⁶

Обзиром на објект кривичноправне заштите у овом КЗ разликовала су се кривична дела којима се напада слобода опредељења личности у области сексуалног живота и кривична дела која су супротна моралним погледима друштва у тој области. У оквиру ове поделе кривична дела против достојанства личности и морала се могу сврстати у три групе. Прва, дела која се врше против воље пасивног субјекта или уз његову сагласност која је изнуђена одређеним противправним начином – кривична дела силовање, принуда на обљубу или противприродни блуд, обљуба или противприродни блуд злоупотребом положаја, као и блудне радње када се доводе у везу са овим кривичним делима, завођење и противприродни блуд (став 1. и 2.). Друго, дела која се врше према лицима која нису способна да изразе своју вољу – кривична дела обљуба или противприродни блуд над немоћним лицем, обљуба или противприродни блуд са лицем које није навршило четрнаест година, као и блудне радње када се доводе у везу са овим кривичним делима и подвођење или омогућавање вршења блуда (став 1. и 2.). Треће, дела која се врше уз сагласност пасивног субјекта, али је дело у супротности са моралним схватањима нашег друштва у области сексуалних односа – кривично дело противприродног блуда (став 3.) и подвођење или

из разлога што је Скупштина Црне Горе повукла своју сагласност, овај Законик никад није био усвојен.

²⁶⁵ У погледу назива, у доктрини наилазимо и на другачију класификацију кривичних дела из ове главе. Тако нпр. Д. Атанацковић је извршио поделу ових кривичних дела на: кривична дела против слободе одлучивања у полном животу, кривична дела против достојанства личности у полном животу и кривична дела против полног морала. – Видети: Д. Атанацковић, *op. cit.* стр. 262-263.

²⁶⁶ Измене и допуне КЗ су биле најчесталије у периоду од половине 1992. године до половине 1994. године, када су извршене чак четири измене (Службени Гласници РС бр. 49/92, 23/93, 67/93 и 47/94).

омогућавање вршења блуда (став 3.)²⁶⁷

Кривично дела посредовања у вршењу проституције и приказивање порнографског материјала су била предвиђена у Основном кривичном закону (раније КЗ СРЈ), а иначе би да није било подељене законодавне надлежности биле у групи кривичних дела против достојанства личности и морала. Због тога што ова кривична дела имају упориште у међународним конвенцијама која је тадашња Југославија прихватила због чега и произлази овлашћење федерације да их регулише својим законом то је и био једини разлог што су предвиђена у ОКЗ, а не у КЗ РС.

У КЗ Републике Србије је била обезбеђена посебна кривичноправна заштита малолетника, а нарочито оних испод четрнаест година. У том смислу пасивни субјект је лице испод четрнаест година старости и представља конститутивно обележје кривичног дела обљубе или противприродног блуда са лицем које није навршило четрнаест година (чл. 106) као и кривично дело блудне радње (чл. 108) када се доводе у везу са овим кривичним делом. Код кривичног дела обљубе или противприродног блуда злоупотребом положаја, ова околност је узимана као квалификаторна и тиме се конституисао тежи облик овог кривичног дела (чл. 107. став 3.), као и код кривичног дела блудне радње када се доводе у везу са овим кривичним делом (из овог става).

Као што се може видети "главна" инкриминација је била у члану 106. – у кривичном делу обљубе или противприродног блуда са лицем које није навршило четрнаест година, и који је гласио:

(1) Ко изврши обљубу или противприродни блуд са лицем које није навршило четрнаест година,

казниће се затвором од једне до десет година.

(2) Ко дело из става 1. овог члана изврши над немоћним лицем које није навршило четрнаест година или употребом силе или претњом да ће непосредно напасти на живот или тело тог или њему блиског лица,

²⁶⁷ Коментар Кривичног закона републике Србије (група аутора), Београд, 1995, стр. 371-372. Сличне поделе налазимо и у теорији – видети: Љ. Лазаревић, Кривично право Југославије, посебни део, Београд, 1995, стр. 446-447. и Д. Атанацковић, *op. cit.* стр. 262-263.

казниће се затвором најмање три године.

(3) Ако је извршењем дела из става 1. и 2. овог члана малолетном лицу нанета тешка телесна повреда или је дело извршено од стране више лица или на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин, или је имало за последицу трудноћу или тежу заразну болест,

учинилац ће се казнити затвором најмање пет година.

(4) Ако је услед дела из ст. 1. и 2. овог члана наступила смрт малолетног лица,

*учинилац ће се казнити затвором најмање десет година.*²⁶⁸

Ово кривично дело има један основни и три квалификована облика.

У ставу 1. инкриминисано је вршење обљубе или противприродног блуда са лицем које није навршило четрнаест година. Под обљубом се (као и у КЗ из 1951. године) подразумева продирање мушког полног органа у женски, при чему се узима да је довољно да је извршено и делимично продирање, а не да је обљуба у физиолошком смислу довршена. Под противприродним блудом се најчешће подразумева две врсте сексуалног акта – анални и орални однос. Судска пракса је углавном имала исто становиште. Без значаја је ако се обљуба или противприродни блуд врши уз "пристанак" пасивног субјекта јер њега у правом смислу и нема обзиром на његов психофизички узраст.

Извршилац основног облика може бити лице мушког и женског пола (само када се ради о противприродном блуду – напомена М.М.), а исто важи и када се ради о пасивном субјекту. Због тога су могуће све комбинације у погледу пола учиниоца и пасивног субјекта. Обзиром на начин како је прописана и како се тумачи радња извршења овог кривичног дела, изузетак представља вршење противприродног блуда односно хомосексуалних радњи женског лица над женским лицем млађим од четрнаест година. Хомосексуалне радње женске особе

²⁶⁸ До доношења Закона о изменама и допунама (Службени гласник број 10/02 од 1. марта 2002. године) запрећена казна у ставу 1. је била од шест месеци до пет година, у ставу 2. је била најмање једну годину, у ставу 3. је била најмање три године и најзад, у ставу 4. је била најмање пет година. Овим ЗИД су у ставу 3. након речи "...понижавајући начин" додате и речи "или је имало за последицу трудноћу или тежу заразну болест".

са женском особом млађом од четрнаест година (тзв. лезбејски однос) није био обухваћен појмом противприродног блуда, већ је према преовлађујућем схватању теорије се подводио под кривично дело блудне радње.²⁶⁹ Исти став је био преовлађујући и у судској пракси. Оваквом инкриминацијом у ствари је био неравноправан третман хомосексуалних радњи између мушких лица и хомосексуалних радњи између женских лица, обзиром да је инкриминисан само "добровољни" сексуални чин пунолетног мушког лица према мушком лицу млађем од четрнаест година.

У ставу 2. квалификаторна околност је стање немоћи малолетног лица. Међутим, ова квалификаторна околност која представља елемент основног облика кривичног дела обљубе или противприродног блуда над немоћним лицем (члан 105.) има одређене специфичности. У том смислу је Врховни суд Србије у једној својој одлуци заузео став да се не може само зато што је оштећена била млађа од четрнаест година аутоматски изводити закључак о томе да је она у време обљубе коју је оптужени над њом извршио била немоћно лице.²⁷⁰ Нужно је да је немоћ тог малолетног лица произашла због болести или психофизичке неразвијености. Наиме, поред стања које су обухваћене кривичним делом из чл. 105 КЗ РС, судска пракса узима да се то односи и на случајеве када је у питању и сасвим мало дете које због свог старосног доба није ни физички ни психички способно за отпор.²⁷¹ Ако се ради о веома младим малолетним лицима од нпр. шест или осам година стање немоћи произлази из самог старосног доба, јер та лица нису способна за већи физички отпор или нису уопште свесна вршења

²⁶⁹ У том смислу: З. Стојановић – О. Перић, Кривично право, посебни део, Београд, 2000, стр. 182.

²⁷⁰ У образложењу ове одлуке се каже да није уверљиво закључивање првостепеног суда да је оштећена у тој мери била неспособна да схвати поступање оптуженог све док о томе није разговарала са мајком и да је степен те неспособности чини неспособним лицем (Решење Врховног суда Србије Кж. 556/01 од 19.6.2001. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 235/00 од 21.12.2000. године) – И. Симић, Збирка судских одлука из кривичноправне материје, 500 одлука, четврта књига, Београд, 2002, стр. 123.

²⁷¹ Неки судови настојали су да се појам немоћног лица веже за неку фиксну старосну границу, што је било неприхватљиво јер је то фактичко питање које се требало решавати у сваком конкретном случају.

обљубе или противприродног блуда.²⁷²

У погледу другог облика овог става, да се обљуба или противприродни блуд врши употребом силе или претње да ће се непосредно напасти на живот или тело тог или њему блиског лица, ради се у ствари о силовању малолетног лица. Сем ове чињенице и нема разлике у односу на кривично дело силовања. За постојање овог облика кривичног дела, по правилу, потребан је мањи интензитет силе него код силовања одрасле особе.²⁷³ У погледу претње, потребно је пре свега утврдити да ли она заиста постоји и да ли је исту малолетник схватио озбиљно, имајући у виду његову психичку развијеност.

За постојање кривичног дела из овог става довољно је да је само испуњен један услов – или да је у питању немоћно лице или да је употребљена сила или претња да ће непосредно напасти на живот или тело тог или њему блиског лица. У том смислу Врховни суд Србије је у једној својој пресуди заузео став да када оптужени изврши кривично дело обљубе или противприродног блуда са лицем које је имало девет година у покушају, употребом силе, тада се не тражи

²⁷² Љ. Лазаревић, *op. cit.* стр. 460.

²⁷³ Врховни суд Србије је својој пресуди заузео став да кад оптужени употребом силе изврши насилну обљубу и противприродни блуд са лицем које није навршило четрнаест година, извршио је једно кривично дело из члана 106. став 2. КЗ РС, а не стицај кривичних дела из члана 106. став 2. КЗ РС и члана 103. став 3. КЗ РС. У образложењу се, између осталог, наводи да је првостепени суд правилно утврдио све одлучне чињенице, како оне од значаја за радњу извршења кривичног дела од стране оптуженог, тако и околности под којима је извршено, те субјективни однос оптуженог према делу. Оптужени је употребом озбиљне претње извршио анални, вагинални и орални контакт са малолетном оштећеном која је била тек напунила 10 година, значи није навршила 14 година. Међутим, правно оцењујући тако утврђено чињенично стање није прихватљив став првостепеног суда да је оптужени учинио кривично дело силовања из члана 103. став 3. у вези са ставом 1. КЗ РС у стицају са кривичним делом противприродног блуда са лицем које није навршило 14 година из члана 106. став 2. у вези са ставом 1. КЗ РС. Радња кривичног дела из члана 106. КЗ РС је обљуба или противприродни блуд са лицем које није навршило четрнаест година, па пошто је првостепени суд на несумњив начин утврдио да је оптужени дело извршио употребом силе, није могао приликом правне оцене дела да радње оптуженог квалификује по одредбама члана 103. става 3. и члана 106. става 2. КЗ РС, већ само по одредбама члана 106. КЗ РС, у конкретном случају по ставу 2. члана 106. КЗ РС. (Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1820/00 од 6.2.2001. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 390/99 од 9.3.2000. године) – И. Симић, *op. cit.* стр. 123-124.

остварење услова да је оштећена немоћно лице, а у смислу одредбе члана 106. став 2. у вези става 1. КЗ РС, у вези члана 19. ОКЗ (у покушају – напомена М.М.).²⁷⁴

У ставу 3. је био предвиђен тешки облик овог кривичног дела који постоји када је услед обљубе или противприродног блуда са малолетним лицем које није навршило четрнаест година (став 1.) као и са немоћним лицем које није навршило четрнаест година односно услед силовања таквог лица (став 2.) наступила тешка телесна повреда тог малолетног лица или је дело извршено од стране више лица или на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин или је имало за последицу трудноћу или тежу заразну болест.

Најтежи облик је био предвиђен у ставу 4. који постоји када је услед дела из става 1. и 2. наступила смрт малолетног лица.

Као што је већ речено, кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа је предвиђена и у кривичном делу обљубе или противприродног блуда злоупотребом положаја, у члану 107, у ставу 3. У овом ставу инкриминисано је када наставник, васпитач, старалац, усвојилац, очух или друго лице злоупотребом свог положаја изврши обљубу или противприродни блуд са лицем које није

²⁷⁴ У образложењу се наводи да је првостепеном пресудом оптужени оглашен кривим због извршења кривичног дела обљубе или противприродног блуда са лицем које није навршило четрнаест година у покушају из члана 106. ст. 2. у вези става 1. КЗ РС, а у вези члана 19. ОКЗ и осуђен је на казну затвора. Поводом жалбе браниоца оптуженог да је првостепени суд погрешно применио закон и да није утврђено да ли је оштећена "немоћно лице" у смислу чл. 106. став 2. КЗ РС, другостепени суд је исту одбио као неосновану и потврдио првостепену пресуду. Наиме, правилним тумачењем одредбе чл. 106. ст. 2. КЗ РС јасно произлази да је оптужени у конкретном случају употребио силу према оштећеној која има 9 година, па је остварио радњу кривичног дела обљубе или противприродног блуда са лицем које није навршило 14 година у покушају. Тада да би се радило о извршењу кривичног дела из чл. 106. ст. 2. у вези ст. 1. КЗ РС не треба да постоји остварен услов, да је оштећено лице немоћно лице. Са друге стране старост оштећене од 9 година јасно указује да се ради о немоћном лицу. (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 2246/03 од 11.02.2004. године и пресуда Округног суда у Чачку, К. 69/03 од 24.10.2003. године.) – Електронска база судске праксе "Интермекс" - Београд

навршило четрнаест година, а које му је поверено ради учења, васпитања, чувања и неге.

Ако је обљуба или противприродни блуд злоупотребом положаја извршен над лицем које се према учиниоцу налази у односу какве подређености или зависности, а није навршило четрнаест година, постојаће по основу специјалитета само кривично дело обљубе или противприродног блуда са лицем које није навршило четрнаест година из члан 106. став 1, а не кривично дело обљубе или противприродног блуда злоупотребом положаја из члана 107. став 1. Међутим, ако лице (наведено у члану 107.) злоупотребом свог положаја изврши обљубу или противприродни блуд са лицем које није навршило четрнаест година, а које му је поверено ради учења, васпитања, чувања или неге, радиће се о кривичном делу обљубе или противприродног блуда злоупотребом положаја из члана 107. став 3, које представља квалификовани облик кривичног дела обљубе или противприродног блуда са лицем које није навршило четрнаест година из члан 106. став 1. Ако је услед овог кривичног дела наступила тешка телесна повреда или смрт жртве, постојаће стицај кривичног дела обљубе или противприродног блуда злоупотребом положаја из члана 107. став 3. и кривичног дела нехатног убиства односно тешке телесне повреде.²⁷⁵

Иначе, значајније измене и допуне из групе дела против достојанства личности и морала наступиле су почетком 2002. године.²⁷⁶ Код кривичних дела силовања (чл. 103), принуде на обљубу или противприродни блуд (чл. 104) и обљубе или противприродног блуда над немоћним лицем (чл.105), у законском тексту су избрисане речи: “са којим не живи у брачној заједници”, а код кривичног дела злоупотребе службеног положаја (чл. 107) избрисана је реч: “женско”. Такође су, код ових кривична дела, као и код кривичног дела обљубе или противприродног блуда са лицем које није навршило четрнаест година (чл. 106), о чему је већ било речи, извршене измене у погледу запређене казне. Треба истаћи да је код кривичног дела злоупотребе службеног положаја у чл. 107. став 3. (обзиром да се пружа заштита деци испод четрнаест година) уместо запређене

²⁷⁵ Коментар Кривичног закона републике Србије (група аутора), *op. cit.* стр. 399.

²⁷⁶ “Службени Гласник” РС, бр. 10/2002.

казне од једне до осам година предвиђена казна била најмање три године затвора. Генерално посматрано, може се уочити да су казне биле поштрене. Ова констатација важи и за кривично дело противприродног блуда (чл. 110.) осим у ставу 4. где није било никаквих измена.

Измене и допуне Кривичног закона Републике Србије уследиле су и у пролеће 2003. године.²⁷⁷ Овим изменама и допунама предвиђена су још три кривична дела у Глави XII против достојанства личности и морала. То су “Сексуално злостављање” – чл. 102а, “Искоришћавање малолетних лица за порнографију” – чл. 111а и “Трговина људима” – чл. 111б.

4.6. Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа у Кривичном законнику Републике Србије из 2005. године

Са доношењем новог Кривичног законика, Србија је коначно уредила своју кривичноправну материју.²⁷⁸ Његовом доношењу су претходили многобројни научни симпозијуми и саветовања који су указивали на неопходност реформе кривичног законодавства, што је и резултирало једним савременим законским текстом. Посматрано у целини, у одређеној мери представља оригиналну кодификацију кривичног права у чије основе су уграђене оне правне и филозофске концепције од којих данас полази већина савремених европских кривичних законика.²⁷⁹ Већ одавно је сазрело време да Србија добије један овакав законик јер је била једина држава са простора бивше Југославије која то није

²⁷⁷ “Службени Гласник” РС, број 39, април 2003. године

²⁷⁸ Нови Кривични законик Републике Србије је донет 29. септембра 2005. године, а објављен је у Службеном Гласнику Републике Србије број 85 од 6. октобра 2005. године. Ступио је на снагу 1. јануара 2006. године.

²⁷⁹ Више о томе: З. Стојановић, Правно-филозофске концепције у Предлогу Кривичног законика Србије и Кривичног законика Црне Горе, Зборник радова са саветовања “Казнено законодавство – прогресивна или регресивна решења, ИКСИ, Будва, 2005, стр. 25.

учинила. На жалост вишегодишње ратно окружење, укључујући и бомбардовање СРЈ 1999. године, као и нестабилна политичка ситуација и опште прилике у Србији су утицали да је доношење оваквог "капиталног" законика потиснуто у други план. Но, то не може бити оправдање обзиром да су и друге републике, а сада државе, које су биле у саставу бивше Југославије, а које су биле у сличној ситуацији као и Србија, донеле своје кривичне законике пре пет и више година него што је то Србија учинила.

Реформом кривичног законодавства нужно се укидају застареле, превазиђене норме и истовремено уводе нове норме прилагођене времену у којем живимо.²⁸⁰ Ова реформа је, може се слободно рећи, оставила најдубљи траг управо код сексуалних деликата. То се најбоље види по томе што није задржан готово ни један законски опис код ових кривичних дела у односу на претходни кривични закон. У новом законнику, правећи осврт, на целу главу која инкриминише сексуалне деликте уочљиво је да постоје значајне измене, имајући у виду да нека кривична дела више не постоје, односно да се одређеним понашањима више не пружа кривичноправна заштита. Нема сумње да је ослобођење људске свести од конзервативних схватања у сексуалном животу довело до потребе да се изврши ревизија кривичних дела у области сексуалности, због чега је законодавац својим прописима и утицао на елиминисање патријархалног мишљења и окова прошлости и заосталости.²⁸¹ Иако је карактеристично за нови кривични законик да има знатно више нових инкриминација у односу на број који је укинут, овде важи обрнута ситуација. Наиме, код сексуалних деликата извршена је декриминализација завођења и противприродног блуда (као посебних кривичних дела). Даље, кривично дело искоришћавање малолетног лица за порнографију, које је било у чл. 111а

²⁸⁰ "Нови облици криминалитета захтевају адекватан одговор од стране кривичног права, као што, с друге стране, нека понашања треба да престану да буду у сфери интересовања кривичног права. Познато је да је питање криминализације и декриминализације једно од централних питања сваке реформе кривичног законодавства". – З. Стојановић, Правно-филозофске концепције у Предлогу Кривичног законика Србије и Кривичном законнику Црне Горе, Саветовање Казнено законодавство: прогресивна или регресивна решења, ИКСИ, Београд, 2005, стр. 10.

²⁸¹ Више о томе: М. Цетинић, Поглед на питање да ли је потребно преиспитивање инкриминације силовања, *Анали Правног факултета*, број 1-2, 1995, стр. 89.

досадашњег КЗ РС, и кривично дело приказивање порнографско материјала, које је било у чл. 252. досадашњег ОКЗ, инкриминисано је ("спојено") као једно кривично дело док је кривично дело трговине људима "пребачено" у групу кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом. Код овог кривичног дела, као и код кривичног дела подвођење и омогућавање полног односа својство малолетног лица, односно деце и малолетника, сходно члану 112. тачка 10. КЗ представља обележје бића кривичног дела.

Правећи компарацију између новог Кривичног законика и претходног кривичног закона наилазимо на велике разлике које су чак и правном лаику лако уочљиве. Као прво, ова глава више не носи назив "кривична дела против достојанства личности и морала" него кривична дела против полне слободе. Наравно да сам назив, по значају, није ни у ком случају на првом месту (шта више од маргиналног је значаја), али прво "упада у очи". Било је крајње време да се назив "кривична дела против достојанства личности и морала" промени јер је био неадекватан и није одражавао суштину ових кривичних дела. Наиме, код ових кривичних дела достојанство личности се не напада у свим његовим облицима већ само онај део који представља саставни део сексуалне части човека. Полазећи од тога да назив групе кривичних дела по правилу одражава њихов заштитни објекат досадашњи назив није био прихватљив јер се достојанство личности повређује и код других кривичних дела. Достојанство личности се штити и кривичним делима против части и угледа, кривичним делима против слободе човека и грађанина, а свим кривичним делима без разлике повређују се морална начела одређеног друштва.²⁸² Исто тако овим кривичним делима се не напада морал уопште, већ само сексуални морал који из начелних разлога не може бити објекат кривичноправне заштите.

Међутим, постојала су и мишљења да израз "достојанство личности" није сувишно, јер екстензивним тумачењем треба схватити да оно обухвата и права човека на слободу у сексуалним односима, односно достојанствен начин понашања у вези са сексуалношћу. То право, достојно човека у овом изразу у

²⁸² Више о томе: Љ. Лазаревић, *op. cit.* стр. 443, и Коментар Кривичног закона Републике Србије, *op. cit.* стр. 370.

називу ове групе кривичних дела, ако је повређено или уопште ако се повређују његова људска и морална осећања, управо се њиме изражава.²⁸³ Такође и у погледу морала (код назива) било је супротних схватања. Сматрајући да је назив ове главе био одговарајући као разлог се наводи да се инкриминацијама целе групе у суштини штити (у највећој мери) сексуални морал. Реч је о оном моралу који се вршењем било ког кривичног дела из ове групе, повређује у било ком погледу. Осим тога израз "морал" је био углавном прихваћен и раније у називу ове групе кривичних дела, а искључиво у Кривичном закону Краљевине Југославије из 1929. године – "кривична дела против јавног морала".²⁸⁴

Но без обзира на различита мишљења у погледу назива, нови назив (кривична дела против полне слободе) је прикладнији и одражава суштину ових кривичних дела.²⁸⁵ Заштитни објекат је дакле полна слобода.²⁸⁶ Полна слобода

²⁸³ Тако мисли Н. Мемедовић, који додаје да без обзира на специфичност заштитног објекта појединих инкриминација, назив је у великој мери одговарајући за целу групу, јер уосталом назив постоји да обележи појмове иманентне понашањима и не мора строго логички бити прихватљив. – Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 96. Пре доношења новог КЗ, радна група Виктимолошког друштва Србије је имала свој предлог назива главе и то: "Кривична дела против полних слобода и достојанства личности". Објашњење за тај назив је да је у складу са савременим тенденцијама и полази се од тога да се код ових инкриминација ради о нападу на сексуални интегритет, односно слободу сексуалног одлучивања, а на начин извршења дела најчешће истовремено угрожава и људско достојанство (насиље, коришћење стања немоћи, злоупотреба положаја и сл.). – Више о томе: И. Стевановић, Осврт на нека питања сексуалног насиља према деци, *Часопис Темида*, број 3, 2002, стр. 42.

²⁸⁴ О томе више: Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 96-97. Д. Атанацковић сматра да би сва ова кривична дела требало назвати "кривичним делима против полног морала", а из разлога што су "сексуални односи људи у великој мери регулисани моралним нормама. Ту се ради о интимној сфери људског живота, која се тешко може нормирати било којим другим нормама осим оних које су спонтано усађене у свест људи, а то су моралне норме." – Д. Атанацковић, *op. cit.* стр. 260. Занимљиво је да је у Француском кривичном закону још од своје редакције из 1810. године, ова глава носила назив "напад на морал"- Merle, R. et VITU, A, *Traite' de droit criminel – Problemes generaux de la science criminelle. Droit penal general*, Paris, 1981, стр. 26.

²⁸⁵ Полазећи од таквог става и многи модерни кривични законици у Европи су дали исте или сличне називе за ову групу кривичних дела. Тако је нпр. швајцарски КЗ изменама из 1992. године ову групу кривичних дела сврстао у кривична дела против сексуалног интегритета, руски КЗ из 1996. године ову групу кривичних дела назвао је кривична дела против полне неприкосновености

представља једно основно добро или право, а то је право на сексуално самоопредељење. С тим у вези инкриминисане су само оне сексуалне радње где не постоји свесни и вољни пристанак лица према коме се те радње предузимају. У основи то су две ситуације: или ситуација када се сексуална радња врши уз употребу принуде (односно када се користи стање немоћи), или пак ситуација када се радња врши према лицу коме се због психофизичке незрелости не може признати право на сексуално опредељење.²⁸⁷ "Треба дакле заштити свакога од било каквих радњи сексуалне природе ако су такве радње супротне вољи другог лица, а и у случају ако то лице на такве радње пристаје али због насиља, притиска, незрелости или подређеног положаја"²⁸⁸ Модерна концепција законске регулативе полази од става да је човекова сексуалност део његове интимае у коју држава не треба да задире нормама кривичног права, па чак и онда када се ради о сексуално инверзивном понашању, осим ако их не прати насиље или различити облици злоупотребе.²⁸⁹ У складу са тим кривичноправна репресија се све више ограничава само на она сексуална понашања која се предузимају против воље другог лица, односно на таква понашања која повређују сексуално достојанство човека као саставни део укупног интегритета личности и слободе човека.²⁹⁰ Дакле, полази се од тога да разни облици сексуалног иживљавања не треба да буду обухваћени кривичним правом и да на те појаве треба реаговати адекватним сексуалним васпитањем и другим едукативним мерама.

и полне слободе личности, италијански КЗ је након измена из 1996. године назвао је ову групу кривичних дела против полне слободе итд. – напомена М.М.

²⁸⁶ В. Ракочевић сматра да је објекат заштите и полни морал, јер нападом на полну слободу напада се истовремено и полни морал као и полна част која чини једну од најважнијих димензија људског достојанства. – В. Ракочевић, Кривична дјела против полне слободе, Саветовање Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство, Златибор/Београд, 2005, стр. 184.

²⁸⁷ З. Стојановић, Коментар Кривичног законика, Београд, 2006, стр. 432.

²⁸⁸ Љ. Бавцон, Могућности нових инкриминација и декриминација у југословенском кривичном законодавству – реферат са саветовања у Мостару, октобар 1974, стр. 9.

²⁸⁹ М. Бабић, Кривична дјела против достојанства личности и морала, Правна мисао, број 9-10, 1986, стр. 69-70.

²⁹⁰ Коментари кривичних/казних закона у Босни и Херцеговини, књига II, Сарајево, 2005, стр. 1557.

У том смислу и Европска конвенција о заштити људских права, у члану 8. каже да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке. Право на приватност укључује, поред осталог и право на сексуалну приватност, укључујући и хомосексуалност и абортус.²⁹¹

Поред декриминализације завођења и противприродног блуда (као самосталних кривичних дела) у новом Кривичном закону је изостављено и кривично дело сексуалног злостављања. Ово кривично дело је и иначе било дискутабилно још приликом доношења, а и оспоравано у теорији и судској пракси. Обзиром на непрецизност и неодређеност радње извршења скоро да се није ни примењивало, па је било сасвим логично што је и ово дело декриминисано. Кривично дело принуде на обљубу или противприродни блуд, није декриминисано, већ је задржано (и то само основни облик) као један од облика кривичног дела силовања (у члану 178. став 2. КЗ).

Значајне новине су и у погледу назива појединих кривичних дела, тако да су уместо анахроних и конзервативних израза "блудне радње" и "противприродни блуд" који су иначе негативно вредносно обојени уведени нови термини. Уместо термина "блудне радње" имамо "недозвољене полне радње" а уместо термина "противприродни блуд" имамо "са обљубом изједначен чин". Ови ранији изрази иначе потичу још из времена када се сматрало да прописивањем ових инкриминација треба пружати заштиту нормама сексуалног морала.²⁹² За блудне радње се поред већ наведеног може рећи да су имале и негативан призив, а свој корен су имале у религијским схватањима.

Имајући у виду већ речено за противприродни блуд, треба напоменути да у називима кривичних дела које у свом називу имају и реч обљуба не стоји више термин "или противприродног блуда" јер је постао сувишан. Радње које су обухватале овај термин и даље су задржане у одређеним кривичним делима, о чему ће у даљем тексту бити више речи.

²⁹¹ Европска конвенција о заштити људских права

²⁹² З. Стојановић, Карактеристике предлога Кривичног законика Србије, Часопис "Бранич", број 1-2, Београд, 2005, стр. 22.

Након свега четири године трајања новог КЗ, уследиле су корените измене и допуне.²⁹³ Досадашња примена овог законика није указивала на неопходност измена и допуна, а нарочито не у оволикој мери.²⁹⁴ Честе измене и допуне кривичног закона, као и сваког другог закона уосталом не доприносе правној сигурности, већој ефикасности правног система, а у крајњој линији и државу у целини чини мање озбиљном и респектабилном како код својих грађана, тако и у међународним круговима.²⁹⁵ Остаје нејасна намера законодавца шта се желело постићи са оволиким променама које у много чему суштински мењају првобитни КЗ, и то пре свега обиљем нових кривичних дела и повећаним затворским казнама постојећих кривичних дела. Није спорно да у садашњем тренутку постоји незадовољство у погледу резултата које кривично право постиже у обављању своје основне функције, те због тога долази до константног ширења и јачања кривичноправне репресије што угрожава и само кривично право. Мотив за овакво понашање законодавца би требало да буде сузбијање криминалитета, а да ли постоје још неки евентуално разлози остаје у домену претпоставки.²⁹⁶ Но, залагање за преоштру и прешироку кривичноправну репресију води озбиљним, штетним последицама за појединца и друштво, а да се при томе не само да не

²⁹³ Закон о изменама и допунама Кривичног законика објављен је у Службеном гласнику Републике Србије број 72/2009 од 03.09.2009. године, а ступио је на снагу осам дана касније – 11.09.2009. године

²⁹⁴ Новелом из 2009. године, за скоро трећину кривичних дела је прописана строжија казна. Ни пет година након доношења ових измена и допуна КЗ не може се закључити да је то позитивно утицало на стопу криминалитета, односно да је криминалитет у Србији због тога мањи (мада о томе нема никаквих озбиљних истраживања). – напомена М.М.

²⁹⁵ С правом се у теорији истиче да нам је потребна нормативна стабилизација као и да саме кривичне законе треба доносити са идејом да трају деценијама и да треба престати са праксом њиховог пречестог ("ударничког") мењања – Више о томе: Ђ. Игњатовић, Криминалитет и реаговање државе, Зборник Стратегија државног реаговања против криминала, Будва, 2003, стр. 34.

²⁹⁶ С тим у вези З. Стојановић с правом истиче да постоји сумња да се иза тога крију неки други нелегитимни циљеви јер је тешко поверовати у то да је такав захват у постојеће кривично законодавство само последица незнања и наивности оних који су о томе стварно одлучивали. – З. Стојановић, Превентивна функција кривичног права, часопис за кривичне науке, Кривен, Београд, 2011, стр. 5. и 11.

добија ништа на плану превенције, већ то води даљем слабљењу кривичноправног система.²⁹⁷

С новим инкриминацијама законодавац је ушао у својеврсну правну авантуру, која самим тим може бити више штетна него корисна. Кумулација оволиког броја кривичних дела у изузетно осетљивој групи кривичних дела – против полне слободе, и то укупно десет кривичних дела уместо досадашњих осам, са мноштвом измена и допуна постојећих кривичних дела могло би се вратити као бумеранг у пракси. Помало звучи неозбиљно да се повећаном кривичноправном репресијом и поштравањем казни могу остварити корисни циљеви за друштво. Пооштреном криминалном политиком се настоји у јавности створити утисак да је држава одлучна у борби против криминала. Настојање да се у јавности створи такав утисак је велика грешка која је добрим делом "заслуга" и средстава јавног информисања. Наиме, треба истаћи и улогу средстава јавног информисања која на свој начин, често пренаглашено, предимензионирано, а не ретко необјективно указују на опасност "растућег" криминалитета у друштву. У том смислу писани и електронски медији често и тендециозно издвајају поједине криминалне случајеве који по својој суштини често су заиста тешки и незамисливи са аспекта нормалног људског понашања. Са таквим криминалним случајевима, којима обавештавају јавност, често површно и сензационалистички занемарују не(свесно) остали криминалитет. На тај начин презентују јавности најтеже случајеве, којих је срећом најмање, на уштрб целокупног преосталог криминалитета. Стога се стиче утисак да је стање криминалитета у нашој држави веома лоше, драстично лошије него што мислимо, те да се са већом репресијом државе кроз строжије казне може стати криминалитету на пут. "На жалост, под притиском јавности расположене за кажњавање, односно пунитивне јавности како је наука зове, оно све више постаје механизам који ствара маргиналце у друштву. Из ових разлога, када је у питању кривично право, кажњавање и уопште делотворности друштвених механизма за борбу против криминалитета вокс

²⁹⁷ З. Стојановић, *op. cit.* стр. 21.

попули не би смео да буде опредељујућа смерница за законодавна решења.²⁹⁸ Наш законодавац управо сматра тако, поуздајући се у прописивање строжијих казни верујући (или бар декларативно тврдећи да верује у то) да ће се тиме ефикасније остварити превентивна функција кривичног законодавства и ефикасније сузбијати криминалитет.²⁹⁹ Уместо тога, боље би било или може се рећи неопходно би било "раскрстити са примитивном логиком по којој је грозничаво заоштравање репресије ("све што нам треба је више реда и закона") једини правац контроле криминалитета – дакле, један од, али не искључиви."³⁰⁰

Пратећи досадашња искуства како у упоредном праву, тако и код нас, може се готово једнодушно закључити да претерана кривичноправна репресија указује да се друштво суочава са извесним проблемима. Ти проблеми могу указивати да се ради о слабој и лоше организованој држави која не располаже другим облицима правне реакције и социјалне контроле (па се зато углавном и ослања на кривично право) или су друштво и држава уздрмани политичким, економским и социјалним конфликтима, односно где су размере криминалитета такве да доводе у питање нормално функционисање друштва, и најзад, може се радити о репресивној и тоталитарној држави.³⁰¹ Од раније је познато да се кривични законици са великим бројем кривичних дела нису у пракси показали као делотворни у остварењу кривичноправне заштите. Исто тако ни са високим затворским казнама се показало да се не смањује број кривичних дела односно да такве казне саме по себи нису делотворне са аспекта ни генералне ни специјалне превенције. Један од најбољих примера су САД, где је у последње време дошло до

²⁹⁸ Б. Ристивојевић, "Пунитивни популизам" српског законодавца критичка анализа тзв. Маријиног закона, Педесето редовно годишње саветовање српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013. стр. 321

²⁹⁹ Ibid, стр. 11.

³⁰⁰ Ђ. Игњатовић, *op. cit.* стр. 34.

³⁰¹ Видети: З. Стојановић, Правно – филозофске концепције у Предлогу Кривичног законика Србије и Кривичног законика Црне Горе, Зборник радова са саветовања "Казнено законодавство – прогресивна или регресивна решења, ИКСИ, Будва, 2005, стр. 11. Исти аутор даље додаје да "на први поглед делује парадоксално да претераној репресији тежи како слабо и лоше организовано друштво које се креће у правцу аномалије, тако и сувише јака тоталитарна држава.

експанзије кривичног права и то како на нормативном плану, тако и у његовој примени. Било је за очекивати, да ће се тиме озбиљније задати ударац криминалитету који је велики и свима одавно познат. Међутим, резултати су изостали, па то што није дошло до опадања стопе криминалитета и поред изразитог заостравања у погледу примене казне (број осуђених лица и висина изрицаних казни) указује на парадокс кажњавања. Треба додати и то да иако су могућа разна објашњења констатује се да то што није дошло до смањења стопе криминалитета за време док је број осуђених лица на казну лишења слободе рапидно и константно растао, указује на то да је кажњавање било неефективно, ирелевантно или чак и провокативно у односу на криминалитет.³⁰²

Остављајући по страни ове примедбе, указаћемо на новине које се односе на кривична дела против полне слободе. Најпре, законодавац је код института ублажавања казне одредио да се за одређен број кривичних дела не може ублажити казна испод законом предвиђеног минимума. У члану 57. (границе ублажавања казне) ЗИД КЗ додат је став 2. у којем се наводи, између осталог, да се не може ублажити казна за кривична дела силовања, обљубе са немоћним лицем и обљубе са дететом. Ова формулација је постављена императивно, без могућности било каквог ублажавања макар и минималног. Са аспекта криминалне политике, ово може бити похвално, али је законодавац остао недоречен јер није јасно зашто су изостављена кривична дела обљубе злоупотребом положаја и недозвољене полне радње. Остаје дилема због чега су кривична дела силовање, обљуба над немоћним лицем и обљуба са дететом не могу ублажити, а ова друга два кривична дела могу. Донекле би се могло наћи оправдање за недозвољене полне радње јер је блаже кривично дело, али за обљубу злоупотребом положаја не постоји неки рационални разлог. По томе произлази да су кривична дела обљуба злоупотребом положаја и недозвољене полне радње мање "опасна" кривична дела, па према томе не захтевају забрану ублажавања казне.

³⁰² J. Fagan, T. Meares, Punishment, Deterrence and Social Control: The Paradox of Punishment in Minority Communities, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 6, 2008, pp. 176-177. – Наведено из З. Стојановић, Превентивна функција кривичног права, часопис за кривичне науке, Кримен, Београд, 2011, стр. 14.

Глава XVIII, која говори о кривичним делима против полне слободе је претрпела, може се слободно рећи најкрупније промене.³⁰³ Пре свега, додата су два нова кривична дела и то "навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама" (члан 185 а) и "искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу" (члан 185 б). Обзиром да се и њима пружа кривичноправна заштита деци и она ће бити предмет анализе. Међутим, управо анализом ова два инкриминисана дела, може се стећи утисак да су без веће потребе унесени у КЗ, чиме се додатно "оптеретио" и законик а самим тим и ова глава.³⁰⁴ За очекивати је да неће имати велику примену (питање је колико ће је уопште имати) обзиром да су такви случајеви изузетно ретки у пракси, а нарочито "навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама". Могуће је да ће кроз извесно време доживети судбину некадашњег кривичног дела завођења или кривичног дела принуде на обљубу или противприродни блуд, тако што ће кроз неке нове измене и допуне КЗ бити декриминисани као сувишни или ће бити инкриминисани као посебан став неког од већ постојећих кривичних дела из ове главе.

Друга значајна промена овим ЗИД КЗ је повећање затворске казне код свих кривичних дела из ове главе. Код кривичног дела силовања је повећана затворска казна у свим ставовима, код обљубе над немоћним лицем такође у свим ставовима

³⁰³ За ову групу кривичних дела, али и за друге групе кривичних дела, на жалост, са последњом Новелом из 2009. године се може констатовати да се одликују некавалитетним одредбама у техничком и суштинском смислу, а честе измене и непромишљена решења (као у овом случају) иначе одликује садашњи српски кривичноправни експанзионизам. – У том смислу и: З. Стојановић, Кривичноправни експанзионизам и законодавство Србије, Едиција Кримен, IV део, Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, Правни факултет, Београд, 2010, стр. 34.

³⁰⁴ Кроз ове измене и допуне КЗ из 2009. године, као једне у низу у првој деценији двадесетог века, се може закључити да се ради о оријентацији која све више постаје заокружен криминално-политички концепт, а који се систематски остварује у савременом кривичном законодавству. Пошто му је основна карактеристика и девиза "што више кривичног права" оправдано га је назвати већ напред наведеним кривичноправним експанзионизмом. Уместо да служи стабиловању друштвених, политичких и других прилика у друштву, правни систем сам генерише нестабилност. – Више о томе: З. Стојановић, *op. cit.* стр. 34.

као и код обљубе са дететом (осим у ставу 4. где није ни предвиђена затворска казна). Код кривичног обљубе злоупотребом положаја у ставу 3. и 5. а који се управо односи на децу, је повећан законски минимум.

Кривично дело недозвољене полне радње су претрпеле значајније измене и допуне у односу на претходна кривична дела. Поред повећане казне затвора измењен је став 1. и убачен још један став (став 2.) којим се посебно инкриминишу недозвољене полне радње које су учињене према деци у смислу члана 180. став 1. КЗ. До ових измена и допуна недозвољене полне радње према деци су биле сврстане у ставу 1. заједно са недозвољеним полним радњама у вези члана 178. став 1. и 2, члана 179. став 1. и 181. став 1. до 3. КЗ.

Код кривичних дела подвођење и омогућавање вршење полног односа (члан 183.) и посредовање у вршењу проституције (члан 184.) није било измена и допуна законског текста, али су повећане затворске казне уз додавање новчане казне.

Најзад, у члану 185. извршена је и промена назива кривичног дела па тако уместо "приказивање порнографског материјала и искоришћавање деце за порнографију" сада је "приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију". Иначе, поред назива, ово кривично дело је као и недозвољене полне радње, претрпело веће измене и допуне, па тако у ставу 1. и 2. инкриминисане су радње према малолетнику, а не према детету, као је што до доношења ЗИД КЗ био случај, с тим да се прописана казна затвора није мењала. Међутим, додат је (убачен) став 3. који посебно инкриминише радње из става 1. и 2. ако су учињене према детету са већим законским минимумом и максимумом казне затвора. Став 4. (доскорашњи став 3.) је допуњен инкриминисаним радњама које се односе на прибављање за себе или другог а слика као и поседовање, аудио-визуелних или других предмета порнографске садржине настале искоришћавањем малолетног лица. Из овог као закључак следи да је ово кривично дело посебно допуњено и измењено новоинкриминисаним радњама, и да је посебно наглашена кривичноправна заштита деце уз већу запрећену казну затвора.

У међувремену су наступиле још једне измене и допуне КЗ, с том разликом што најновије измене и допуне по својој суштини и облику нису размера, као што

су биле претходне.³⁰⁵ Шта више, може се приметити да је овај пут приступ био темељнији и да законодавац није правио пропусте као што је био случај са ЗИД КЗ из 2009. године.

Код сексуалних деликата готово да није било никаквих измена и допуна. Само је кривично дело недозвољене полне радње претрпело одређене измене, док остала кривична дела против полне слободе нису "дирана". Ни поменуто кривично дело није доживело суштинске промене. Законодавац је овим ЗИД код недозвољених полних радњи у ствари извршио "корекцију" и то тако што је извршио "премештање" недозвољених полних радњи у вези обљубе злоупотребом положаја према детету из став 3. из основног облика недозвољених полних радњи у тежи облик, у ставу 2. Ова измена и допуна, може се рећи има своју криминалополитичко оправдање без обзира што се ради о мањој корекцији у погледу запређене казне (уместо новчане казне или затвора до три године, сада је прописана казна затвора од шест месеци до пет година), јер објективно посматрано досадашња предвиђена казна је била преблага. Иако смо више пута истицали већ општепознати став да се поштреним казнама не решавају проблеми у овој области, нити се на тај начин смањује криминалитет, ипак је досадашња запређена новчана казна или затвор за вршење недозвољених полних радњи од стране наставника, васпитача, усвојиоца, родитеља, очуха, маћехе или другог лица, према детету била блага и самим тим неадекватна. Стога је овај "потез" законодавца добродошао, али би требало извршити измене и допуне и код осталих сексуалних деликата, како би се исправиле претходне измене и допуне КЗ из 2009. године.

³⁰⁵ Закон и изменама и допунама Кривичног законика, Службени Гласник број, 121/12 од 24.12.2012. године

4.7. Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима

Овом поглављу свакако припада и овај Закон, имајући у виду да је уз постојећи Кривични Законик, обавезан у својој примени код кривичноправне заштите деце у области сексуалних односа. Због тога је и придодат у овом поглављу, као природни след теме овог рада.

Након дуго полемика у јавности, анализа, расправа и томе слично, "светлост дана" је угледао и овај закон, који је још познат и као "Маријин закон".³⁰⁶ Овај Закон представља на жалост очекивани наставак оштрих и дискутабилних реформи кривичног законодавства из 2009. године. У члану 1. се каже да "овим законом прописују се посебне мере које се спроводе према учиниоцима кривичних дела против полне слободе извршених према малолетним лицима одређених овим законом и уређује вођење посебне евиденције лица осуђених за та кривична дела." Овом одредбом суд је обавезан да примењује – "спроводи" посебне мере из овог Закона, и то без изузетка на сва лица. Није остављена никаква могућност да суд непосредно, у кривичном поступку се сам увери да ли су заиста неопходне ове посебне мере. Произилази да је улога суда да само спроводи мере над учиниоцима које законодавац "доживљава као неку врсту сексуалног деликвента повратника или можда педофила и аутоматски им приписује та својства."³⁰⁷ Дакле, уместо суда, законодавац је тај који је себи приграбио улогу да просуђује о стању учиниоца кривичног дела против полне слободе према малолетним лицима. Такав став законодавца је јасан – да се то односи на све учиниоце, чиме је улога суда по овом питању излишна.

У члану 2. се каже да "Сврха овог закона је да се учиниоци кривичних дела против полне слободе извршених према малолетним лицима спрече да врше ова

³⁰⁶ Овај назив носи по трагично настрадалој осмогодишњој девојчици Марији, која је у Старим Лединцима, селу на Фрушкој гори, јуна 2010. године била прво силована, а потом убијена од стране педесетдвогодишњег мештанина М.О. Овај учинилац је иначе петнаест година пре тога већ био осуђиван због силовања, због чега је одлежао затворску казну. – напомена М.М.

³⁰⁷ Видети: Б. Ристивојевић, *op. cit.* стр.326.

дела." Примењује се фактички на сва кривична дела против полне слободе у којима су малолетна лица оштећена, а који су иначе таксативно наведени у члану 3. овог Закона.³⁰⁸ У овом члану је изричито наглашено да се не примењује на малолетне учиниоце кривичних дела против полне слободе, где су малолетна лица оштећени. Сходно томе, произилази да се овај Закон односи само на пунолетне учиниоце кривичних дела.

Законодавац је ипак могао да ублажи мере овог Закона, тако што би према млађим пунолетним лицима (од осамнаест до двадесетједне године живота), предвидео као могућност и "пружио им шансу" да не буду дугогодишње "обележени" од стране друштва. Ту би се могла повући аналогија са одредбом члана 45. став 4. КЗ где се каже "затвор од тридесет до четрдесет година не може се изрећи лицу које у време извршења кривичног дела није навршило двадесетједну годину живота. У том случају би та млађа пунолетна лица ипак била привилегована, у смислу да им друштво пружи шансу за ресоцијализацију. Ово истичемо из разлога што се често дешава да имамо ситуације где су у питања лица (оштећени и учинилац) између којих је разлика веома мала – нпр. учинилац је навршио осамнаест година, дакле пунолетно лице је у питању, а оштећено лице има седамнаест година, дакле још увек је малолетно лице, а која су била у некој емотивној, љубавној вези. Ова констатација може да се односи и на лица код којих и две или три године разлика у животном добу. Ово питање нарочито долази до изражаја када се ради о кривичном делу недозвољене полне радње, као блажем делу у односу на кривична дела где је инкриминисана обљуба или са њом изједначен чин.

³⁰⁸ Јавља се недоумица зашто су код неких кривичних дела посебно навођени и ставови, а код неких то није био случај. Шта је тиме хтео законодавац да каже!? Нпр. код силовања се наводи члан 178. став 3. и 4. КЗ или код обљубе над немоћним лицем члан 179. став 2. и 3. КЗ (што се заиста и односи на малолетна лица), док је нпр. код обљубе злоупотребом положаја само наведен члан, без навођења ставова, што би значило да се цео члан односи на малолетна лица, што није тако јер се у ставу 1. тог члана не инкриминише обљуба или са њом изједначен чин са малолетним лицем. Претпоставка аутора овог рада је да се ради о пропусту законодавца која није додуше од великог значаја, али то не значи да је не треба истаћи и предложити корекцију у том смислу. – напомена М.М.

Занимљива је формулација у члану 4. која каже да "ако одредбама овог закона није другачије прописано сходно ће се примењивати одредбе Кривичног законика, Закона о извршењу кривичних санкција, Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица и Законика о кривичном поступку." Ноторна је чињеница да се овај Закон налази у споредном кривичном законодавству, и као такав треба да буде сагласан пре свега са одредбама Кривичног законика, али и са одредбама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица и Законика о кривичном поступку. Из ове одредбе произилази да је управо обратно да се споредном кривичном законодавству "прилагођава" основно кривично законодавство, односно да КЗ Србије не представља кодификацију кривичног права, него је то споредно кривично законодавство, где је за област кривичних дела против полне слободе над малолетним лицима овај закон у неку руку кодификација. Очигледно је да се ради о преседану с којим се не можемо ни у ком случају похвалити, и који би требало што пре изменити.

У члану 5. у ставу 1. се каже да се учиниоцу кривичног дела из става 3. овог закона (сва кривична дела против полне слободе где су малолетна лица оштећени) не може ублажити казна применом члана 57. став 1. Кривичног законика. Није јасан овакав став законодавца, обзиром да је то већ делимично и урађено у поменутом члану 57. КЗ, и то у ставу 2. где се између осталог наводи да се не може ублажити казна за кривична дела из члана 178, 179. и 180. КЗ. Стога је требало овај члан другачије уредити, или евентуално члан 57. став 2. КЗ допунити са осталим кривичним делима против полне слободе која нису обухваћена садашњим законским решењем. Овако, произилази да постоји страх законодавца да измењени КЗ из 2009. године (по овом питању) за суд неће бити довољна гаранција и сигурност да се неће ублажавати казне, па се на овај начин жели обезбедити за сваки случај.

Новине које овај Закон доноси су и у следећем ставу истог члана. Прва новина је да се осуђени учиниоци кривичних дела не могу условно отпустити. То има своје криминалополитичко оправдање, обзиром на природу ових кривичних дела. Практично, на овај начин се и законски формализује оно што се одавно примењивало у судској пракси. Наиме, судови су готово без изузетка одбијали

захтеве за условни отпуст лицима који су били осуђени због сексуалних деликата, а нарочито ако су то вршили над малолетним лицима. Овај Закон, у овим ситуацијама дође и као званично покриће за досадашње одлуке судова поводом питања условног отпуста.

Друга новина је да кривично гоњење и извршење казне код ових кривичних дела не застаревају. Учиницац, се дакле не може више ослонити на протек времена од извршења кривичног дела односно од правоснажне пресуде.³⁰⁹ Са доношењем овог Закона, кривична дела против полне слободе над малолетним лицима се у том погледу изједначавају са кривичним делима против човечности и других добара заштићеним међународним правом - глава 34. КЗ (кривично дело геноцида, злочин против човечности, ратни злочин против цивилног становништва...) На овај начин се изједначавају са најтежим кривичним делима, што би требало да указује и на став законодавца за овакве инкриминације.

У следећем члану (члан 6.) се говори о правним последицама осуде према којем учиниоцу престаје вршење јавне функције (тачка 1.), престаје радни однос, односно престаје вршење позива или занимања које се односи на рад са малолетним лицима (тачка 2.), забрана стицања јавних функција (тачка 3.), забрану заснивања радног односа, односно обављања позива или занимања које се односи на рад са малолетним лицима (тачка 4.) од дана правоснажности пресуде, с тим да правне последице осуде код тачке 3. и 4. овог закона трају 20 година. Поредећи са одредбама из члана 95. КЗ, (врсте правних последица осуде), може се констатовати да се наведене одредбе у овом Закону углавном понављају.³¹⁰ Међутим, намеће се питање, а шта до правоснажности пресуде? Ово питање нарочито долази код нас до изражаја будући да је опште познато да суђења у Србији трају јако дуго, често без икаквог објективног разлога за то. Но, то је само

³⁰⁹ Имајући у виду високо запрећене казне за готово сва кривична дела против полне слободе, а нарочито када су малолетна лица у питању, и без ових законских одредби, тешко је било оствариво у пракси да се учинилац могао надати застари кривичног гоњења или застари извршења правоснажне пресуде. – напомена М. М.

³¹⁰ Изузетак су губитак одређених дозвола или одобрења која се дају одлуком државног органа или органа локалне самоуправе (члан 95. став 1. тачка 3. КЗ) и забрана добијања одређених дозвола или одобрења која се дају одлуком државних органа или органа локалне самоуправе (члан 95. став 2. тачка 4. КЗ), које ионако немају додирних тачака са овом проблематиком – напомена М.М.

једна од недоумица. Имајући све ово у виду, даље се намеће питање да ли то лице може до правоснажности пресуде обављати јавне функције или бити у радном односу, обављати позив или занимање које се односи на рад са малолетним лицима? Ово питање Закон не регулише, већ је то остављено судовима да одлуче. У том смислу би једино решење било суспензија учиниоца до правоснажног окончања кривичног поступка. Но, ту се поставља једно претходно питање. Да ли се подразумевају престанак или забрана свих јавних функција? Ако тумачимо да се то односи на све јавне функције, тиме се нарушава природа правне последице осуде.³¹¹

Исто тако се може поставити питање које се односи на престанак радног односа, односно престанак вршења позива или занимања које се односи на рад са малолетним лицима. Оваква формулација је доста неспретна, неодређена и може да изазове низ недоумица, па и злоупотреба у пракси. Рад са децом односно обављање позива и занимања са децом је веома широк појам. Шта са таквим лицима која раде нпр. у самоуслугама, кафићима, спортским дворанама и сл. где се појављују малолетна лица као купци или посетиоци. Да ли у оваквим ситуацијама примењивати овај Закон и на који начин? Сматрамо да је овако нешто, како је предвиђено у Закону, једноставно не примењиво у пракси.

Проблем који треба истаћи је и код забране заснивања радног односа, односно обављања позива или занимања које се односи на рад са малолетним лицима. Овим се директно задире у уставна права грађана, конкретно – право на рад у смислу члана 60. Устава Републике Србије. Конкретно, овим Законом се кроз члан 6. управо нарушава уставно право у којем се каже да се "јемчи право на рад, у складу са законом" као и "свима су, под једнаким условима, досупна сва радна места". (члан 60. став 1. и 3. Устава РС). Овакву општу забрану запошљавања која је предвиђена у члану 6. Закона, није предвидео ни КЗ код правних последица осуде, имајући у виду правни поредак у целини, као и поменуте уставне одредбе. Ово с разлога што за обављање одређених послова,

³¹¹ "Оне треба да отклањају опасне ситуације из којих може произићи поновно вршење кривичних дела, а не да буду нека врста моралне санкције свим носиоцима јавних функција. За слање моралних порука грађанима и учиниоцима кривичних дела законодавцу служе казне." – Б. Ристивојевић, *op. cit.* стр. 331.

специфичних по свом карактеру, нарочито када је у питању рад са децом прописују се посебни (нарочити) услови за заснивање радног односа (вртићи, предшколске и школске установе, као и за спортске установе – клубове који се баве радом са децом и сл.).

Такође, да ли треба правне последице осуде код забране стицања јавних функција (тачка 3.) и забрана заснивања радног односа односно обављања позива или занимања које се односи на рад са малолетним лицима (тачка 4.) да буду двадесет година. Којим критеријумима се руководио законодавац да одреди баш период од двадесет година? Очигледно да тај рок нема упориште у мишљењима стручне јавности, већ да се више водило рачуна да се задовољи јавност расположена за кажњавање односно пунитивна јавност. У тачки 4. ова одредба може да изгледа бесмислено јер формалних препрека више нема да осуђено лице након издржане затворске казне може поново да ради са малолетним лицима. Но, ако "додамо" и ових двадесет година забране које предвиђа овај Закон животну је за очекивати да такво лице, сасвим извесно због година живота и не би било више способно за вршење радног односа односно обављање позива или занимања уопште. У том случају, простим, пуким сабирањем животног доба у време извршења кривичног дела, затим године проведене на издржавању затворске казне, а потом и ових двадесет година забране, логично доводе до закључка да се може радити искључиво о лицу које се може сматрати старим и који би и иначе већ одавно био у старосној пензији.

Специфичност овог Закона, боље рећи парадокс, огледа се и у посебним мерама које се спроводе након издржане казне затвора (члан 7.). Тим посебним мерама се спречава да осуђеник након издржане казне затвора буде апсолутно слободан и да без икаквих последица и ограничења може да живи и ради. Овим мерама се то драстично ограничава, што би по замисли законодавца требало да представља фактор одвраћања да врше иста или слична кривична дела. Исто тако намера законодавца је вероватно и то да буде и опомена или боље рећи упозорење, па и нека врста претње за друга лица, да тако нешто не учине. Те посебне мере су: обавезно јављање надлежном органу полиције и Управе за извршење кривичних санкција (тачка 1.), забрана посећивања места на којима се окупљају малолетна лица - вртићи, школе и сл. (тачка 2.), обавезно посећивање

професионалних саветовалишта и установа (тачка 3.), обавезно обавештавање о промени пребивалишта, боравишта или радног места (тачка 4.), обавезно обавештавање о путовању у иностранство (тачка 5.). Ипак, најпре да се осврнемо на уводну одредбу овог члана. Каже се да се наведене посебне мере спроводе уместо изричу. Из садржине посебних мера се може закључити да су замишљене као нека врста мера безбедности. Међутим, у конкретном случају не може се говорити о мери безбедности јер се исте изричу од стране суда у кривичном поступку, чији избор, врста и трајање се одређује на основу процене опасности учиниоца.³¹² Код посебних мера нема избора (спроводе се све таксативно наведене мере од 1. до 5.), а нема ни врсте мера које нису ни предвиђене. Једино је у погледу трајања мере је предвиђено колико могу да трају. Дакле, посебне мере се спроводе над свим учиниоцима кривичних дела против полне слободе која су извршена према малолетним лицима. Самим тим суд нема никакву улогу у погледу процене опасности учиниоца, већ је то законодавац учинио, третирајући их као што је већ истакнуто као неку врсту сексуалних деликвената, повратника или можда педофила и аутоматски им приписује та својства.³¹³

Даље, садржина посебних мера се веома подудара са садржином заштитног надзора уз условну осуду из члана 73. КЗ. Нејасно је зашто се готово истоветне одредбе понављају и у овом Закону.³¹⁴

Осим "инспирације" из одредби КЗ за садржај посебних мера, ово "копирање" нема своје упориште ни у одредбама о правима и слободама предвиђеним у Уставу Републике Србије. Наиме, у кривичном поступку да би суд изрекао условну осуду мора најпре да претходно утврди казну затвора. Потом суд може одредити сходно одредбама члана 72. КЗ да се учинилац стави под заштитни надзор, с тим да избор мера заштитног надзора који су предвиђени у члану 73. КЗ (а то су управо мере које су "прекопиране" у члану 7. овог Закона – напомена М.М.) и њихово трајање суд процењује узимајући у обзир године

³¹² Према члану 78. Кривичног Законика Србије, сврха мера безбедности се састоје у отклањању стања или услова који могу бити од утицаја да учинилац убудуће не врши кривична дела – напомена М.М.

³¹³ Б. Ристивојевић, *op. cit.* стр. 326.

³¹⁴ Слична примедба да се већ понављају одредбе из КЗ је дата и за члан 5. став. 1. овог Закона – напомена М.М.

живота учиниоца, његово здравствено стање, склоности, навике, побуде из којих је извршено кривично дело, ранији живот, личне и породичне прилике, услови за испуњење наложених обавеза... (члан 74. КЗ). Ове мере заштитног надзора уз условну осуду, представљају ограничење слободе, које се огледају у томе да се осуђени мора да придржава обавеза као што је нпр. јављање органу надлежном за извршење заштитног надзора, уздржавање од посећивања одређених места, локала или приредби ако то може бити прилика за подстицај за поновно вршење кривичних дела, лечење у одговарајућој здравственој установи или посећивање одређених професионалних и других саветовалишта или установа и поступање по њиховим упутствима итд.

Трајање ових мера заштитног надзора, сходно одредбама члана 75. КЗ се одређују у оквиру рока проверавања утврђеног у условној осуди.

Овај члан 75. КЗ намерно истичемо јер време трајања мера заштитног надзора не може бити дужи од времена проверавања утврђеног у условној осуди. Након тога се "ставља тачка" на све обавезе које је имао учинилац обзиром да је "одслужио своју кривичну санкцију". Но, код посебних мера из овог Закона то није случај. Ове мере спроводе се најдуже 20 година од извршења казне затвора, с тим да се на сваке четири године од почетка примене ових мера првостепени суд по службеној дужности одлучује о потреби њиховог даљег спровођења. (захтев суду за преиспитивање ових мера може поднети и лице на кога се ове мере односе). Ово напомињемо јер учинилац, по одредбама члана 7. овог Закона, након издржане казне затвора има ограничења у погледу личне слободе и слободе кретања, а које се огледају у одређеним обавезама и забранама. Стога се с правом може поставити питање правне природе ових мера.³¹⁵

За ове законске одредбе, морамо истаћи, с правом изражавамо бојазан и питамо се како ће се неке од њих спроводити у пракси. Тачније, како је могућа контрола неких од ових мера, уз очекиване могућности злоупотребе од стране самих учинилаца. Па тако нпр. забрана посећивања места на којима се окупљају малолетна лица (члан 9.).³¹⁶ Ко ће и како спроводити ову меру односно забрану?

³¹⁵ У том смислу и: Б. Ристивојевић, *op. cit.* стр. 326-328.

³¹⁶ Овај члан гласи: "Под мером забране посећивања места на којима се окупљају малолетна

Која је ту могућност контроле? Ова одредба иначе није у складу са уставним одредбама, конкретно са чланом 39. Устава РС који носи назив слобода кретања. У ставу 2. овог члана се јасно каже: "Слобода кретања и настањивања и право да се напусти Република Србија могу се ограничити законом, ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка, заштите јавног реда и мира, спречавања ширења заразних болести или одбране Републике Србије". Осим тога, сама формулација овог члана је помало неспретно написана. Ту мислимо пре свега на "...дужност учиниоца кривичног дела из члана 3. овог закона да се уздржава од посећивања места...". Може се рећи да је сама формулација на неки начин и противречна. С једне стране имамо израз "дужност учиниоца кривичног дела", а одмах затим да се тај исти учинилац позива да се "уздржава од посећивања места" као што су вртићи, школска игралишта итд. Дужност подразумева обавезно понашање учиниоца, (императивно понашање, наметнуто), док сам израз "уздржавање", није обавезујућег карактера, већ подразумева да учинилац настоји да нешто не уради, али више на добровољној основи .

Примедбе постоје и када је у питању обавезно посећивање професионалних саветовалишта и установа. Шта би се у тим саветовалиштима радило са лицима која су већ одслужила своју казну. Уколико би се подразумевало неки медицински третман, терапије или нешто слично тиме би се директно дирало у приватност учиниоца и његову личност. Но, и без тога, оваквим решењем се нарушава његова слобода, боље рећи ограничава, а све због, по мишљењу законодавца "необориве претпоставке" да ће и у будућности наставити са вршењем оваквих кривичних дела. Уосталом, ни у Уставу РС нема упориште одредбе из овог Закона у овом смислу јер нико не мора да се лечи ако неће. Држава има обавезу да пружи оболелом лицу лечење (сходно уставној одредби из члана 68. став 1. која носи назив право на здравствену заштиту – "свако има право на заштиту свог физичког и психичког здравља") али нема и наметање лечења од стране државе. Нема ни једног параметра који би указивао да су сексуални деликвенти над децом душевно оболела лица – "сексуални манијаци" иако само

лица подразумева се дужност учиниоца кривичног дела из члана 3. овог закона да се уздржава од посећивања места на којима се окупљају малолетна лица, као што су школске зграде, школска дворишта, вртићи, игралишта, дечије манифестације и сл."

дело, сексуални чин изазива саблажњавање и гађење од стране свих грађана. Стога је и њихово лечење, уколико није заиста, у сваком конкретном случају доказано медицинским путем у току кривичног поступка да је учинилац био болестан заиста бесмислено. Самим тим и оваква мера у том смислу је такође бесмислена.

Сличне примедбе се могу односити и за члан 12. – обавезно обавештавање о путовању у иностранство.³¹⁷ Ова мера је такође у супротности са наведеном уставном одредбом из члана 39. Устава РС. Наиме, у овом члану, у ставу 1. се каже: "свако има право да се слободно креће и настањује у Републици Србији, да је напусти и да се њу врати." Ова мера у себи носи својеврсни парадокс. Учиниоцу кривичног дела се не може забранити одлазак у иностранство, већ има само обавезу обавештавања о путу у иностранству са подацима о држави у којој путује, месту и дужини боравка. Логично следи, да боравком у иностранству ни једна мера из овог Закона према учиниоцу се не може применити. Ова примедба нарочито долази до изражаја када је учинилац на дужи временски период одсутан (месеци, године...), Тиме на неки начин учинилац одласком из земље може да избегне обавезе које су му овим Законом наметнуте. При томе, учинилац може да промени једну или више држава након што напусти нашу земљу, што може да значи "да му се губи сваки траг" (намерно да би престао да буде доступан нашој држави или из објективних разлога због посла и сл.).

О посебној евиденцији предвиђеној у члану 13. Закона би се такође могле изнети конкретне примедбе. Пре свега, чему ова посебна евиденција кад већ постоји казнена евиденција предвиђена Кривичним закоником!? Јасно је већ на први поглед да се ствара дуалитет евиденција – једна, коју води суд (казнена евиденција) и друга, посебна евиденција коју води управа за извршење кривичних санкција. У каквим ће релацијама бити ове две установе по том питању и како ће у будућности се преклапати ове две евиденције, тешко је дати у овом тренутку

³¹⁷ Овај члан гласи:

"Под мером обавезног обавештавања о путовању у иностранство подразумева се дужност учиниоца кривичног дела из члана 3. овог закона да се најкасније три дана пре путовања у иностранство лично јави надлежној организационој јединици полиције.

Лице из става 1. овог члана је дужно да надлежној организационој јединици полиције пружи податке о држави у коју путује, као и месту и дужини боравка у иностранству."

одговор. Да ли ће судови морати да препусте Управи евиденцију са подацима за учиниоца за ова кривична дела или ће паралелно да обе установе имају ову евиденцију. На ово питање законодавац до сада није дао одговор нити понудио у том смислу решење. Уз то, посебна евиденција је проширена и на ДНК профил, што није предвиђено у казненој евиденцији коју воде судови и што нема веза са осуђеним већ са вођењем поступка.³¹⁸

Најзад, треба истаћи и да због кршења правне последице осуде, наведених у члану 6. овог закона, и не придржавање мера из члана 7. став 1. овог закона коју суд изриче, повлаче за собом казну затвора од тридесет до шездесет дана – члан 16. Закона који носи назив прекршаји учиниоца кривичног дела. Свакако да без запрећене казне, за кршење правне последице или (и) неиспуњавања посебне мере из овог Закона, исти не би имао ефекат. Ипак, остаје нејасно да ли се може поново изрећи казна затвора од тридесет до шездесет дана ако се учинилац опет не придржава обавезе из овог Закона? Шта у тим ситуацијама? Да ли изрицати за редом ову казну (два или више пута) све док учинилац не почне да се придржава обавеза које му је суд одредио, или пак, наћи неко друго решење којег у овом Закону очигледно нема. О овом питању законодавац очигледно није ни обратио посебну пажњу, иако је ово питање веома важно, у смислу прецизнијих одредби, јер без јасно дефинисања казних одредби, цео закон губи смисао. Осим тога треба истаћи да се добрим делом ове прекршајне одредбе подударују са кривичним делом противзаконито омогућавање вршења одређених позива, функција, дужности, послова и делатности из члана 341. КЗ.³¹⁹

³¹⁸ "У питању је један од доказа. Нема никаквог разлога да се докази чувају у казненој евиденцији када она нема сврху да буде регистар доказа. Она је регистар података о делу, учиниоцу и санкцији, а не о доказима. – више о томе: Б. Ристивојевић, *op. cit.* стр. 336

³¹⁹ Овај члан гласи:

"Ко омогући неком лицу вршење одређених позива, функција, дужности, послова или делатности иако је знао да је вршење истих том лицу забрањено правоснажном одлуком којом му је изречена одговарајућа мера безбедности или заштитна мера или је таква забрана наступила као правна последица осуде,

казниће се новчаном казном или затвором до две године."

Сагледавајући Закон у целини и износећи његове најважније одредбе, а нарочито мане, можемо се запитати да је било потребно доносити овакав Закон, и ако јесте, да ли је баш овакав садржај закона логичан след потребе да се стане на пут сексуалним деликвентима са малолетним лицима. Одговор је у много чему негативан. Законодавац је у предлогу Закона апострофирао да се број кривичних дела против полне слободе повећао, што није тачно. Годинама је број кривичних дела против полне слободе мање-више уједначен, нема осцилација у бројкама ни код једног конкретног кривичног дела, а што се може проверити и кроз статистичке податке и табеле дате у поглављу седам овог рада. Такође нема никаквих показатеља и истраживања да сексуални деликвенти над децом су опаснији од осталих учинилаца нити да је поврат код њих већи него код других учинилаца кривичних дела.³²⁰ Мишљење аутора овог рада је да је неколико случајева који су учињени над децом, а који су заиста језиви и несхватљиви људском уму, пре свега побуде због којих је то учинио (задовољење сексуалног нагона на најнеморалнији и безобзирнији начин а то је према деци, и који су често праћени наношењем повреда), су од стране јавности код законодавца створили неподношљив притисак да нешто се предузме на том плану.

Резултат тог притиска је управо овај Закон какав је донет.

Самим тим, овакав Закон какав је донет, отвара многа питања и схватања од специјалне превенције као сврхе кажњавања, казнене евиденције, поврата и најзад рехабилитације која ће изгубити сваки смисао (због неограниченог вођења посебне евиденције). Но како ова питања нису тема овог рада нећемо их детаљније образлагати.

На крају, тешко је извући иоле позитиван закључак када је ова Закон у питању. Српски законодавац је неспорно потпао под утицај опште јавности у погледу сексуалне деликвенције над децом, те је удовољавајући и додворавајући

³²⁰ Стопа поврата код учинилаца сексуалних кривичних дела, како показују савремена истраживања, мања од опште уврежених предрасуда које постоје о овим делима. – О савременим истраживањим поврата код сексуалних деликвената видети – R. Eher, A. Gnoth, A. Birklbauer, F. Pfafflin (2007): *Antiandrogene Medikation zur Senkung der Rückfalligkeit von Sexualstraftatarn: ein kritischer Überblick*, *Recht & Psychiatrie*, Heft 3, p. 108-109. – наведено према Б. Ристивојевић, *op. cit.* стр. 333.

се истој, ушао у правни експеримент који може да произведе многе нежељене последице.³²¹ Пооштравањем кривичноправне репресије, али исто тако и репресије која није кривичноправног карактера се не може ни у ком случају говорити да се тиме појачава правна сигурност грађана нити смањење криминалитета уопште, па самим тим ни сексуалне деликвенције над децом. Одмазда је можда најадекватнија реч за смисао овог Закона, односно да је одмазда сврха овог Закона према учиниоцима кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима. У сваком случају, за очекивати је, као и за друге законе уосталом који се донесу, да ће живот, или конкретније судска пракса да покажу да ли су напред наведени наводи о "манама и врлинама" овог Закона били исправни или не. Но, имајући у виду бројне примедбе које смо изнели, уверени смо да овакав Закон неће дуго трајати.

³²¹ "Неодговарајућим нормирањем, невештом легислативном техником, понављањем и преклапањем садржаја нарушава логику и мисаону усклађеност система кривичног права. Несвестан улоге коју има споредно кривично законодавство ствара читав низ хибрида који доводе у питање одредбе неких од темељних и добро проверених института кривичног права као што су сврха кажњавања, санкција, рехабилитација, казнена евиденција и други." – Ibid, стр. 337.

П Е Т И Д Е О

БИТНА ОБЕЛЕЖЈА КРИВИЧНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ДЕЦЕ У ОБЛАСТИ СЕКСУАЛНИХ ОДНОСА КРОЗ КРИВИЧНА ДЕЛА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ СРБИЈЕ

5.1. Уводна разматрања

Јачање и продубљивање кривичноправне заштите деце у области сексуалних односа представља, као што је раније истакнуто, тенденцију у савременом кривичном праву и супротно је од осталих тенденција у овој области. Пре свега треба имати на уму да последице сексуалног опхођења према деци могу бити драстичне, чак и ако су на добровољној основи, јер трајно утичу на њихов психички, физички, али и морални развој.

Управо због тога, у нашем кривичном законодавству та заштита према деци се манифестује кроз већи број инкриминација. Колики се значај придаје њиховој заштити говори и чињеница да се поред кривичног дела обљубе са дететом (члан 180.) кривичноправна заштита деци пружа и кроз друга кривична дела из ове главе. Тиме се у ствари инкриминишу било које врсте сексуалних радњи према лицима која немају адекватну психофизичку развијеност за вршење сексуалних односа.³²² Свакако да је тиме законодавац хтео што потпунију заштиту јер за

³²² Када је у питању сексуално насиље над децом, онда се у неким случајевима злоупотреба не састоји у принуди у односу на слободну вољу жртве, већ супротно, коришћењу (злоупотреби)

развој и сазревање деце свако друштво је нарочито заинтересовано, те стога сексуалне радње које би биле безначајне са становишта кривичног права, посебно се инкриминишу када су деца у питању. Поједини теоретичари, између осталог, истичу да у правнотехничком смислу, кривичноправна заштита деце и малолетника се ефективно остварује одређивањем тежих облика одређених кривичних дела, уколико је основни облик учињен у односу на дете или малолетника.³²³ Код кривичног дела силовања, обљубе над немоћним лицем и обљубе злоупотребом положаја предвиђени су најтежи облици тих кривичних дела ако су учињени према деци. Кривично дело недозвољене полне радње, као несамостално кривично дело, такође, између осталог, инкриминише сексуалне радње ако су учињене са дететом (у законском тексту, у ставу 2. позивајући се на основни облик кривичног дела обљубе са дететом - члан 180. став 1. КЗ), али и у ставу 1. позивајући се на члан 181. став 3. КЗ односно обљубу злоупотребом положаја према детету.

Ова кривична дела извршилац може остварити искључиво сопственим (личним) деловањем. Због тога се ова кривична дела, као претежнија у групи кривичних дела против полне слободе, и називају тзв. власторучним кривичним делима. То значи да извршилац може бити само оно лице које задовољава или покушава да задовољи свој сексуални нагон на инкриминисан начин предвиђен у наведеним кривичним делима. Ради се о различитим облицима контакта полним органима, устима, језиком, прстима односно рукама са полним органима, устима или чмаром жртве у циљу задовољења сексуалног нагона извршиоца. Поред тога, у ширем контексту, могуће је, из идентичних мотива, остварити контакт са

чињенице да воља лица одређеног узраста није сама по себи довољно изграђена и чврста, нити такво лице поседује довољно снажне психолошке одбрамбене механизме. – М. Шкулић, Деца – жртве сексуалног насиља (кривичноправни и кривичнопроцесни положај), Темида, број 3, Београд, 2001, стр. 3.

³²³ Видети: М. Шкулић, Малолетници као учиниоци и као жртве кривичних дела, Београд, 2003. године стр. 370. Исти аутор даље истиче да по правилу један тежи облик постоји ако се ради о малолетнику а други тежи (најтежи) облик ако је у питању дете – у нашем кривичном праву је такав случај нпр. са кривичним делом силовања, као и већином других кривичних дела против достојанства личности и морала (узраст пасивног субјекта представља квалификаторну околност у односу на основни облик кривичног дела).

полним органима, устима или чмаром жртве и неким предметом.³²⁴

Осим код ових кривичних дела, и код кривичног дела приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (члан 185.), деци се пружа кривичноправна заштита, али од порнографије односно порнографског материјала. Законом о изменама и допунама КЗ, у члану 185 а – кривично дело "навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама" се деци такође пружа кривичноправна заштита, али од навођења на присуствовање силовању, обљуби или са њом изједначеним чином или другој полној радњи. У члану 185 б, - кривично дело "искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу" се кривичноправна заштита деци пружа због договора учиниоца и детета путем рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за састанак и појављивање на договореном месту ради састанка, а све у намери извршења квалификованих облика кривичних дела против полне слободе.

5.2 Обљуба са дететом

Ово кривично дело је може се рећи "главно кривично дело" које се односи на заштиту деце у овој области. Предвиђено је у члану 180. КЗ и гласи:

(1) Ко изврши обљубу или са њом изједначен чин са дететом, казниће се затвором од три до дванаест година.

(2) Ако је услед дела из става 1. овог члана наступила тешка телесна повреда детета према којем је дело извршено или је дело извршено од стране више лица или је имало за последицу трудноћу,

учинилац ће се казнити затвором од пет до петнаест година.

(3) Ако је услед дела из става 1. и 2. овог члана наступила смрт детета,

³²⁴ Ђ. Алемпијевић, С. Савић, С. Павлекић, Д. Јечменица – Повреде полних органа код жртви сексуалног насиља, Билтен Округног суда у Београду, број 70, Београд, 2006 године, стр. 19.

учинилац ће се казнити затвором од најмање десет година.

(4) Неће се казнити за дело из става 1. овог члана учинилац, ако између њега и детета не постоји значајнија разлика у њиховој душевној и телесној зрелости.³²⁵

Дете у смислу члана 112. става 8. Кривичног законика се сматра лице које није навршило четрнаест година. Старосна граница од четрнаест година је дуго времена била предмет полемике, од тога да ли треба да та граница буде виша или нижа, да ли треба да буде фиксно одређена итд. Та дилема постоји и данас.

Интересантно је да су се и у страним кривичним законодавствима "ломила копља" везана за границу од четрнаест година, као и за разлоге кажњавања обљубе са децом. Та полемика је и даље присутна, шта више исти судови су доносили различите ставове. Тако нпр. Савезни суд некадашње СР Немачке је заузео став да блуд и обљуба детета представљају повреду части детета. Потом је исти суд променио став наглашавајући да је мотив законодавне инкриминације заштита сексуалне слободе и сексуалног интегритета детета, а у новије време је заузео становиште да је сврха бића кривичног дела обљубе са дететом заштита моралне чистоће детета, његове фантазије, света његових представа и његових осећаја. У доктрини поменуте државе је заступљено мишљење да је на тај начин заштићено сексуално неискуство које се код детета до четрнаест година претпоставља, а да противдоказ није дозвољен.³²⁶ Нису ретка мишљења да је граница од четрнаест година превазиђена, да припада прошлим временима, односно схватањима традиционалног и конзервативног друштва које одавно не постоји. Обзиром да данашњи општи биолошки развој између једанаесте и четрнаесте година живота, висок степен сексуалног интереса у том добу, знатно шира сазнања о сексуалном животу, слободније васпитање, већи степен еманципације и "сексуализацију" медија масовних комуникација, филма и литературе, има за последицу да су знатно снижене оне ограде традиционалног малограђанског морала које су раније више кочиле непосредно изражавање

³²⁵ До доношења ЗИД КЗ из 2009. године, у ставу 1. предвиђена казна затвора је била од једне до десет година, у ставу 2. од две до дванаест година, а у ставу 3. од пет до осамнаест година.

³²⁶ Видети: Ф. Хирјан и М. Сингер, Малољетници у кривичном праву, Загреб, 1987, стр. 295.

сексуалног нагона и интереса.³²⁷

Деца данас, без обзира на пол, управо у раздобљу од једанаест до четрнаест година, па чак и мањег узраста отворено разговарају о тим темама. Табуи, у том смислу су снижени или чак не постоје. Оно што је још важније већина те деце су већ сексуално зрела, имају и нека љубавна искуства, па чак и нека сексуална искуства, почев од пољубаца, додиром и миловања до самог чина обљубе са партнером.

Наравно, питање сексуалне зрелости у одређеном добу, најчешће у пубертету, је фактичко питање и зависи од случаја до случаја. Постојало је схватање да не треба одређивати старосну границу већ да се степен физичког и психичког развоја утврђује у сваком појединачном случају. Такво схватање нпр. је било усвојено у земљама бившег Совјетског Савеза (руски, белоруски, украјински...), али мањкавост оваквог решења се огледала у томе да нису постојали критеријуми који би одређивали ту границу. Следствено томе, постојала би правна несигурност јер одређено лице које жели сексуални контакт са млађом особом не би знало да ли чини својим понашањем кривично дело или не. То би довело у питање начело законитости, јер би судска пракса била та која би била меродавна да ли има кривичног дела или га нема (а о томе би свакако и вештаци имали главну реч).

Степен физичке и психичке развијености није стриктно везан за старосно доба и постоје одређена варирања код свако појединца. Основни криминалнополитички проблем код прописивања ове инкриминације јесте како разграничити ону категорију лица са којима вршење сексуалних радњи треба да буде обухваћено криминалном зоном од оне категорије у погледу којих се кривичноправна заштита указује као сувишна, јер су та лица способна да одлучују о ступању у сексуалне односе, а и физички су довољно развијена да ти односи

³²⁷ Ф. Хирјан и М. Сингер, Судскомедицинске и правне актуалности, Зборник радова V симпозијума о судско медицинским и правним актуалностима, Загреб, 1978, стр. 71-72. Ови аутори стога постављају питање "нису ли кодификације у таквом случају биле мотивиране знанствено потпуно неодрживим, превладаним предредњама о "анђеоској чистоћи" дјетета, којему је страно све што је у вези са сполним животом и које стога, макар репресивним инструментом кривичног законика, треба чувати да прерано не дође у додир с "грешним и исквареним" подручјем сексуалног живота?"

нису за њих скопчани са посебним ризицима.³²⁸ Суштински, то је питање којим се лицима може дати право на сексуално самоопредељење, а којима због свог недовољног психофизичког развоја се не може дати.

Нужно је, ипак, да постоји једна фиксно одређена старосна граница која представља просек када већина деце односно омладине стиче сексуалну зрелост.³²⁹ Можда би се на овакво решење могле упутити примедбе, али би и на свако друго решење исто тако би могле упутити примедбе, па и веће. Решење да је та граница четрнаест година, је ипак најоптималнија, баш из разлога што се у том животном добу најчешће достиже биолошка сексуална зрелост.³³⁰ У том смислу је и за нас прихватљив став изнет у пресуди Врховног суда Хрватске којим се истиче да управо зато што деца због своје непотпуне физичке и психичке развијености не могу пружити одговарајући отпор, нити схватити значење сексуалне слободе и нежељеног сексуалног сношаја, законодавац је и пружио посебну заштиту кривичноправном репресијом тој популацији, која је често мета сексуалног насиља (пресуда Врховног суда Хрватске Кж. 662/03-3 од 30.10.2003.

³²⁸ Више о томе: З. Стојановић, Критеријуми одређивања инкриминација, уопште и у сфери сексуалних односа (докторска дисертација), Љубљана, 1981, стр. 314.

³²⁹ У литератури се помињу извесни критеријуми које би требало користити приликом одређивања за одређену старосну границу, иако се стиче утисак да су ти критеријуми односно аргументи неприхватљиви и да не могу послужити сврси. Тако неки аутори сматрају да старосна граница треба да буде идентична са оном предвиђеном за ступање у брак. Други аутори сматрају да та старосна граница треба да се поклапа са оном у којој се завршава обавезно школовање. Даље, као критеријум се истиче и то да ли је ступање у сексуалне односе лица одређеног старосног узраста често и уобичајено у неком друштву и најзад, као један од могућих критеријума могао би бити и став јавног мњења, или пак постојећа морална схватања – видети: З. Стојановић, *op. cit.* стр. 318-319.

³³⁰ Било је покушаја да се та граница помери за две године, па је тако пројекат НВО Беосуппорт "Сви против сексуалне експлоатације деце и младих" уз подршку УСАИД-а и Института за одрживе заједнице, промовисао од 2002. године идеју да се актуелна граница инкриминације од четрнаест година, подигне на шеснаест година старост. И поред тога што је дату иницијативу подржало преко 30.000 грађана, те промене у Кривичном законнику су изостале. – Видети: Н. Петковић, З. Павловић, Ј. Димитријевић, - Кривичноправна заштита деце од сексуалног насиља (предлози *de lege ferenda*), часопис "Специјална едукација и рехабилитација" бр. 2, Београд, 2012. стр. 317.

године).³³¹

Због тога се и наш законодавац определио за овакво решење.³³² Такво одређивање се заснива на бројчаном квантитавном критеријуму, који је апсолутног карактера и сам по себи, не узима у обзир стварно стање свести особе која се сматра дететом, степен његове психичке, па и физичке зрелости, већ се ограничава само на одређени број навршених година старости, као одлучујући критеријум.³³³ Свакако да за овакав став, упориште треба тражити у науци која сматра да лица, како мушка тако и женска, нису ни психички ни физички (сексуално) зрела за обљубу нити нормалан сексуални живот. Деца тог узраста немају способност да слободно и разумно расуђују и одлучују у вези своје сексуалности, а започињање ранијег сексуалног живота може да остави велике

³³¹ Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, књига II, Сарајево, 2005, стр. 1578. Иако се ради о судској пракси друге државе, имајући у виду законска решења по овом питању у Србији и Хрватској да су веома слична, овај став Врховног суда Хрватске може бити од значаја и за нас – напомена М.М. Љ. Лазаревић и О. Перић истичу да за њихов развој и сазревање друштво је посебно заинтересовано и из тих разлога извесне сексуалне радње које би биле потпуно ирелевантне са тачке гледишта кривичног права, посебно се кажњавају, а за неке, које су иначе инкриминисане, предвиђена је далеко строжа казна. – Љ. Лазаревић – О. Перић, Кривично право, посебни део, свеска 2, друго издање, Нови Сад, 1981, стр. 130.

³³² У другим кривичним законодавствима, та граница се разликује и креће се у распону од чак дванаест година (Шпанија и Португалија), па до двадесетједне године, али ипак најчешћа су решења као што је у нашем кривичном законнику или пак која су близу те старосне границе (нпр. у француском КЗ је петнаест година) – видети: З. Стојановић, Кривичноправни и криминолошки аспекти дела против достојанства личности и морала, Симпозијум, Кривична дела против достојанства личности и морала – медицински, правни, социјални и морални аспекти сексуалне деликвенције, Нови Сад, 1995, стр. 22.

³³³ М. Шкулић, Деца – жртве сексуалног насиља (кривичноправни и кривичнопроцесни положај), Темида, број 3, Београд, 2001, стр. 4. Н. Петковић, З. Павловић, Ј. Димитријевић, истичу да подизањем старосне границе на петнаест или шеснаест година, проблем психолошке зрелости малолетника за ступање у сексуалне односе тешко да ће бити решен. Чињеница да млади у Србији немају адекватно сексуално образовање последично креира истоветну слику између неупућене четрнаестогодишњакиње и (само) две године старије, једнако неинформисане девојчице. Наравно, мора се имати у виду да ова тема, пратећи наведену трајекторију аргумената, озбиљно клизи ван оквира кривичноправних расправа, задирући пре свега у питања педагогије и социјалне психологије.–Н. Петковић, З. Павловић, Ј. Димитријевић, *op. cit.* стр. 318.

психофизичке последице на њихов развој.³³⁴ Ratio legis таквог кривичноправног решења се темељи на законској концепцији о неспособности лица одређеног узраста да уопште поседује слободну вољу у погледу пристајања на сексуални однос тј. таква воља колико изражава пристанак, апсолутно није правно релевантна.³³⁵

Према томе, суштина ове инкриминације је апсолутна забрана предузимања било каквих сексуалних радњи према детету, без обзира да ли је на бази добровољности или је чак иницијатива потекла од самог детета. Доктрина и судска пракса су заузеле јединствен став да је пристанак лица испод четрнаест година, односно давање повода за сексуални однос, без значаја за постојање кривичног дела (у том смислу је и одлука Врховног суда Србије, Кж. 2614/57). Такође је без значаја и пристанак родитеља детета или његових старалаца за вршење обљубе или са њом изједначеног чина.³³⁶

За постојање основног облика овог кривичног дела подразумева се да се врши уз "пристанак" детет а као пасивног субјекта. Пристанка односно

³³⁴ М. Радовановић и М. Ђорђевић сматрају да ова лица нису довољно зрела за расуђивање о свом полном животу – М. Радовановић – М. Ђорђевић, Кривично право, посебни део, Београд, 1967, стр. 157. Такође и Ј. Таховић, у смислу Кривичног законика из 1951. године, говори о немоћи тих лица (до четрнаест година – напомена М.М.) под којима се подразумева немоћ како психичка, тако и органска. Шта више, у смислу овог кривичног дела може се узети као немоћ и немоћ малолетних лица због њихове слабе физичке развијености или због година старости. – Ј. Таховић, Кривично право, посебни део, Београд, 1953, стр. 173.

С тим у вези наводимо и став (фразу) који се често користи у пресудама Врховног суда Републике Српске где се каже да " Вршење обљубе или друге полне радње са дјететом у фази потпуног сексуалног мировања – неутралности, када је измишљање догађања са сексуалном тематиком мало вјероватно, може имати значајне негативне последице на каснији психофизички развој личности дјетета, односно његове сексуалности, па се оваквом концепцијом кривичноправне заштите дјетета жели обезбједити његов правилан развој." – видети: необјављена пресуда Врховног суда Републике Српске Кж. 08-000 066 од 29.05.2008. године, Кж. 1357/10 од 22.06.2010. године.

³³⁵ М. Шкулић, Малолетници као учиниоци и као жртве кривичних дела, Београд, 2003, стр. 436.

³³⁶ Тако мисле и: И. Симић – М. Петровић, Кривични закон Републике Србије, Практична примена, Београд, 1998, стр. 112.

сагласности у правом смислу те речи нема,³³⁷ с тим да ако би се применила сила или претња онда би се радило о кривичном делу силовања у најтежем облику (члан 178. став 4.). Исто тако ако је реч о лицу које није навршило четрнаест година, а ради се о немоћном лицу, постојаће кривично дело обљубе над немоћним лицем у најтежем облику (члан 179. став 3.).

Шта више, и сама иницијатива детета за обљубу или са њом изједначеним чином не утиче на постојање кривичног дела.³³⁸ Таква иницијатива уколико би потекла од самог детета би могла да буде од значаја за одмеравање казне.³³⁹ Овакав став би се могао критиковати јер одрасла и зрела особа ни у једној ситуацији не сме да пристане на обљубу или са њом изједначен чин са лицем млађим од четрнаест година. Иницијатива и жеља детета за сексуалним чином не може да буде било какво оправдање нити може бити аргумент за изрицање блаже казне. Чак ни у ситуацији када дете инсистира на томе – заводи, надражује или "напада" одраслу особу. У том смислу треба истаћи и одлуку Врховног суда Хрватске, а која је од значаја и за нас, према којој "...за сполни одношај са дјететом из ст. 1 чл. 192. КЗ, за које је он и проглашен кривим и које опстоји, све да је оштећеница, као особа млађа од четрнаест година, давала иницијативу или повод за почињење казног дјела, као што оптуженик приказује, приговори оптуженика гледе вјеродостојности исказа оштећенице односно, да је он на ништа

³³⁷ Израз "сагласност" може да има два значења и то као сагласност две воље и као пристанак, саглашавање, исто је и у француском правничком језику (consentement) – видети: Carbonier, J. Droit civil, tome IV. Paris, 1982, стр. 64.

³³⁸ У студији америчког Гебхарда, од пре скоро четрдесетак година, рађеној на узорку од 1356 извршиоца сексуалних деликата са децом, дошло се до података да је 86% до 95% женске деце старије од дванаест година хтело и активно учествовало у инкриминисаном понашању извршиоца који су били најмање пет година старији. Такође слични резултати су били и у Немачкој где је према истраживањима 81% деце која су биле жртве обљубе или недозвољених полних радњи пасивно или активно учествовало, 37% те деце је узело иницијативу да би остварило сексуални контакт, а активни допринос инкриминисаним сексуалним радњама нарочито је био изражен код деце у периоду од једанаест до четрнаест година. Уједно је према тим истраживањима од петстотина испитаних случајева скоро 70% деце активно допринело кажњивом сексуалном понашању. – Kerscher, Emancipatorische Sexualpädagogik und Strafrecht, Berlin, 1973, стр. 42-47 и стр. 72-81.

³³⁹ Видети: М. Чубински, *op. cit.* стр. 471.

није присиљивао, потпуно су сувишни јер се истима – према напријед изнијетом – не отклања казнена одговорност оптуженика за дјело за које је проглашен кривим." (Врховни суд Хрватске, Кж.-814/01-3, од 18.04.2002. године).³⁴⁰ Исти суд је у другој одлуци заузео став да "није спорно, да је оштећеник у вријеме почетка догађаја имао свега десет година, да је од оптуженика примао новац, па и сам, након што би се овај сексуално задовољио, исти узимао, и да је оштећеник, како би дошао до новца, тај однос који пут сам иницирао, иако је за њега био ружан, одвратан и трауматичан, будући да иницијатива или пристанак дјетета на сполни одношај нема утицаја на постојање дјела." (Врховни суд Хрватске, Кж.- 662/03-3 од 30.10.2003. године).³⁴¹ Својевремено је такав став заузело и кривично веће другостепеног суда у Берну да код блуда са дететом у ситуацији када је извршилац био испровоциран (намамљен) од стране морално исквареног детета, да се то не може узети као олакшавајућа околност.³⁴²

Дело из основног облика, као што је напоменуто, се може вршити обљубом или са обљубом изједначеним чином. Обљуба, као појам, није претрпела никакве промене у односу на претходни кривични закон (уосталом, као ни у односу на кривичне законе пре тога). Према томе, под обљубом (*coitusom, cohabitatio* или *сношајем*) се подразумева продирање мушког полног органа у женски, дакле ради се о природном сједињавању полних органа мушког и женског лица (*immissio penis in vaginam*).³⁴³ За обљубу није довољан додир ових органа, већ је потребно да је дошло до продирања мушког полног органа у женски, макар и делимично, при чему није потребно да је дошло до излучивања семена односно да је у физиолошком смислу обљуба довршена (*emmissio seminis*). Без значаја је колико

³⁴⁰ Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, књига II, Сарајево, 2005, стр. 1581. Такође уз ову одлуку вреди иста констатација која је већ дата у вези одлука Врховног суда Хрватске – напомена М.М.

³⁴¹ Ibid

³⁴² Schonke – Schroder, Komentar zum Strafgesetzbuch, Munchen, Berlin, 1961.

³⁴³ Под појмом обљубе се може говорити у ужем и ширем смислу. У ширем смислу би значило свако продирање мушког полног органа у неки телесни отвор партнера, док у уже смислу под обљубом би се подразумевало продирање мушког полног органа у женски (што се под обљубом најчешће и подразумева у кривичном праву) – о овој подели више: Н. Мемедовић, Кривично дело силовања у југословенском праву, Београд, 1988, стр. 148.

је обљуба трајала, да ли је дошло до оргазма или није, да ли је ејакулација била у женском полном органу или изван ње, као и у случају када дефлорација девојке није учињена код њеног виргинитета јер је ирелевантно у којој мери је дошло до продирања мушког полног органа.

Међутим, намеће се питање када је дошло до делимичног продирања мушког полног органа у женски полни орган, у случају када је реч "само" о додиру истих? С тим у вези, у којој мери (када је реч о делимичном продирању) је потребно да продре мушки полни орган у женски, који његов део и колико плиће или дубље. У вези овог питања теорија и судска пракса изричито не расправљају и немају јединствен став.³⁴⁴ Сходно томе, и судске одлуке о овом питању нису уједначене. Судска пракса је, додуше још раније, искристалисала бар неке ставове и отклонила одређене дилеме. Тако нпр. "за постојање кривичног дела из члана 181. Кривичног законика³⁴⁵ довољно је да је оптужени постигао задовољење сполног нагона спајањем сполних органа, без обзира што оштећена није била способна за обљубу."³⁴⁶ Такође, за постојање кривичног дела обљубе са лицем које није навршило четрнаест година без значаја је што оштећена није била способна за обљубу, већ је довољно да је оптужени постигао потпуно задовољење спајањем полних органа (Врховни суд Србије Кж. 3552/54).³⁴⁷ У том смислу је и Врховни суд Хрватске у својој пресуди заузео став да и када је утврђено да је девојчица испод четрнаест година живота у време извршења обљубе била *virgo intacta*, да за време обљубе није крварила и да није дошло до дефлорације, али ипак до продирања полног органа оптуженог у полни орган оштећене, ради се о

³⁴⁴ З. Стојановић истиче да је донекле спорно да ли постоји пенетрација и онда када је дошло до продирања само у спољне делове женског полног органа (тј. и код незнатног улажења уда између *labia majora*). Иако је у таквим случајевима дошло до извесног продирања, не би требало сматрати да постоји обљуба. Она постоји само онда када је дошло до продирања полног уда, макар и делимичног, у вагинални отвор жртве. – З. Стојановић, Коментар Кривичног законика, Београд, 2006, стр. 435. Ово питање је иначе од значаја нарочито због разграничења свршеног и покушаног кривичног дела – напомена М.М.

³⁴⁵ Члану 181. КЗ из 1951. године одговара члан 180. Кривичног законика Србије

³⁴⁶ Кривични законик с објашњењима, часописни завод "Урадни лист ЛРС", Љубљана, 1961, стр. 291.

³⁴⁷ И. Симић – М. Петровић, *op. cit.* стр. 112.

свршеном кривичном делу обљубе јер је за извршење дела довољно спајање полних органа, док није потребно продирање уда у вагину. (одлука Врховног суда Хрватске, Кж. 1055/73).³⁴⁸

Поред тога јавља се и проблем разграничења између покушаја кривичног дела обљубе са дететом и довршеног кривичног дела недозвољених полних радњи. Није спорно да ако је при вршењу обљубе или са њом изједначеног чина са дететом претходиле недозвољене полне радње, да неће постојати стицај ова два кривична дела, јер су недозвољене полне радње конзумиране кривичним делом обљубе са дететом. У том случају постајаће само кривично дело из члана 180. став 1. а не кривично дело недозвољене полне радње из члана 182. у вези са чланом 180. став 1.³⁴⁹ Међутим, када радње које имају обележје самосталног кривичног дела нису предузете истовремено или у циљу остваривања другог кривичног дела, које би их конзумирало да постоји истовременост радњи и јединство догађаја, тада не постоји привидни стицај кривичних дела, већ се ради о два кривична дела. Овакав став је заузео Апелациони суд у једној пресуди у којој је, између осталог, у образложењу навео да се неосновано у жалби наводи да се незаконито окривљеном стављају на терет два дела, јер да је кривично дело недозвољене полне радње из члана 182. став 1. Кривичног законика конзумирано кривичним делом обљуба са дететом из члана 180. став 1. Кривичног законика. Ово стога, што је привидни стицај по основу конзумције могућ само, ако је једно дело садржано у другом. У конкретном случају да радње из тачке 2. изреке непосредно претходе или се врше у току радње из тачке 1. изреке пресуде и да су у функцији радње под тачком 1. изреке, а то значи да радње скидања одеће, љубљења по лицу, лизања по телу и њеном полном органу и др, непосредно претходе радњи покушаја продирања својим полним органом у полни орган оштећене или у току покушаја, што у конкретном није случај, јер су радње под тачком 1. одвојене од радње под тачком 2. исте изреке... Правно квалификујући утврђено чињенично стање, правилно је првостепени суд поступио када је наша да се у радњама окривљеног стичу законска обележја кривичног дела обљубе са дететом у

³⁴⁸ Ibid.

³⁴⁹ У том смислу је и одлука Врховног суда Хрватске Кж. 1055/73 - Коментар КЗ РС, *op. cit.* стр. 394.

покушају из члана 180. став 1. у вези са чланом 30 и 61. Кривичног законика и недозвољене полне радње из члана 182. став 1. у вези члана 61. Кривичног законика (пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Кж. 1 3256/10 од 06.05.2010. године).³⁵⁰ У другом случају суд је узео да постоји реални стицај између ова два кривична дела када је учинилац претходно извршио недозвољене полне радње које нису биле праћене обљубом, а после извесног времена извршио је обљубу којој су претходиле и недозвољене полне радње.³⁵¹ Дакле, основни критеријум би требао бити умишљај учиниоца. Тако нпр. "разграничење кривичног дела покушаја обљубе с дететом употребом силе из чл. 87. став 3. КЗХ од довршеног кривичног дела блудних радњи из члана 89. став 1. КЗХ, зависи једино и искључиво о садржају умишљаја учиниоца." (Врховни суд Хрватске, Кж. 1045/84 од 16.04.1985. године).³⁵²

Поред обљубе, радња из овог кривичног дела се може вршити и са обљубом изједначеним чином. Под овим појмом се подразумева некадашњи противприродни блуд који је постојао у претходном кривичном закону. Уместо архаичног и конзервативног израза "противприродни блуд" који је иначе вредносно обојен уведен је овај термин. Сам појам противприродан блуд је противан свакој рационалној криминалној политици, што је разумљиво ако се има у виду да је овај појам творевина теолошког система и учења хришћанства.³⁵³ Овај израз потиче још из времена када се сматрало да прописивањем ове инкриминације треба пружити заштиту нормама сексуалног морала.³⁵⁴ Термин "са обљубом изједначен чин" представља израз савремених тенденција које владају у кривичним законодавствима у већини држава Европе, па је било и за очекивати да

³⁵⁰ Преузето са сајта Прописи, нет, Инг про

³⁵¹ У том смислу: Љ. Лазаревић, Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2006, стр. 518.

³⁵² Преузето са сајта Округног суда у Београду 2005. године

³⁵³ З. Стојановић, Криминолошки аспект инкриминисања хомосексуалног понашања, ЈРКК, Београд, 1974, стр. 248.

³⁵⁴ У том смислу: З. Стојановић, Карактеристике предлога Кривичног законика Србије, часопис Бранич, број 1-2, Београд, 2005, стр. 22.

буде уведено и у нашем Кривичном законнику. Но, о увођењу овог термина постоје и супротна мишљења.³⁵⁵

Дилема која је и даље присутна како у теорији, тако и у судској пракси је шта би могло да буде са обљубом изједначен чин? Прецизније, које би то радње ("чинове") обухватале да би се могле третирати попут обљубе, и да уједно не представљају сексуалне радње које би могле бити обухваћене кривичним делом недозвољене полне радње!? У најширем значењу са обљубом изједначен чин би могао да обухвата анални и орални однос, али и све друге врсте продирања у отворе тела односно пенетрацију.³⁵⁶

Такво поимање налазимо нпр. у Немачкој и Аустрији. Тако је Врховни суд Немачке заузео став да се под појмом "сличних сексуалних радњи" не инкриминише само продирање мушког полног органа, нарочито код аналне или оралне пенетрације, него и пенетрација других удова тела као и предмета у телесне отворе.³⁵⁷ У судској пракси Аустрије слично као у Немачкој заузет је став да се под сексуалним радњама које су изједначене са обљубом сматрају, поред аналног и оралног односа, сви облици вагиналне, аналне, оралне и друге пенетрације (нпр. увлачење прста или неких других предмета у вагину или анални отвор пасивног субјекта). Битно је да се те сексуалне радње могу упоредити са обљубом на основу њиховог укупног дејства и пропратних појава. Међутим, не би

³⁵⁵ Тако Љ. Лазаревић, истиче "Спорно је, међутим, шта се подразумева под "чин изједначен са обљубом". Такав израз до сада није употребљаван ни у закону ни у теоретској терминологији. Могуће је, да је законодавац мислио на противприродни блуд, али је требао и задржати тај појам који је и до сада коришћен." – Љ. Лазаревић, *op. cit.* стр. 509. Исто: Б. Чејовић, *Кривично право у судској пракси, посебни део*, Београд, 2008, стр. 317.

³⁵⁶ Интересантан је став изражен у америчкој литератури, намењеној лекарима, по коме пенетрација код сексуалног насиља (апострофирано је силовање) може бити вагинална, орална и анална, те да се може извршити пенисом, руком или другим предметом. – Ј. Миљковић – Д. Обрадовић, *Метод аналне манометрије у судско медицинском вештачењу аналне пенетрације*, Правни информатор, број 3, 2002, стр. 71.

Под термином противприродни блуд (док је постојао такав назив) – у најширем смислу се подразумевало задовољење сексуалног нагона на противприродан начин, који искључује обљубу – напомена М.М.

³⁵⁷ Н. Trondle, Т. Fischer: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Munchen, C.H. Becksche: *Verlagsbuch handlung*, 1999, стр. 986-987.

се сматрало сексуалним радњама, у овом смислу, фриксија мушког полног органа, у ерекцији, по бедрима пасивног субјекта или просипање сперме по лицу и грудима, али исто тако и делимично увлачење прста које је врло кратко трајало.³⁵⁸ Уосталом Врховни суд Аустрије је заузео став да се под сексуалним радњама које су изједначене са обљубом сматрају сваки облик оралне, вагиналне или аналне пенетрације који има за циљ задовољење сексуалног нагона. "Кривичноправним изједначавањем полног односа са полным односу сличном полным радњом, треба се водити рачуна о упоредивом интензитету полног коришћења жртве, тежини задирања у полно самоодређење као и о мјери понижавања и омаловажавања жртве, водећи рачуна о томе да оне обухватају и полно злостављање између лица истог пола. У складу са тим, таква полна радња, постоји у сваком случају већ код самог додиривања примарних полних органа жртве или извршиоца, а које има сексуално значење, ако је тиме дошло до оралне, аналне или вагиналне пенетрације или би, према намјери учиниоца, требало доћи до тога. Стога овај суд (реч је о Врховном суду Аустрије - напомена М.М.) сматра да вишеструко гурање прста у вагину жртве треба несумњиво оцијенити као вагиналну пенетрацију, односно као са полным односом изједначен облик полне активности".³⁵⁹

Генерална примедба оваквом екстензивном схватању је што не постоји разлика у односу на недозвољене полне радње, које имају карактер лакшег кривичног дела. Наравно, могуће је да нека од ових радњи, могу да тешко погађају жртву (да делују на њу као да је извршио обљубу или са њом изједначен чин), али проширивање не би било криминално политички оправдано.

Наша теорија и судска пракса углавном прихватају рестриктивно (уже) схватање које подразумева продирање мушког полног органа у анални или орални отвор пасивног субјекта – мушког или женског. Како су ове две сексуалне радње најсличније обљуби (вагиналном коитусу), логично је да буду "озваничене" – са

³⁵⁸ Видети: Е. Foregger, Е.Е. Fabrizy: Strafgesetzbuch samt ausgewählten Nebengesetze, Wien, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1999, стр. 582.

³⁵⁹ Видети: М. Шуперина – А. Гарачић, Учесталост казних дјела против сполне слободе и сполног ђудоређа у Републици Хрватској те нека питања у свези тумачења и примјене казненонправних рјешења из главе XIV. Казненог закона, Хрватски летопис за казнено право и праксу, број 2, 2000, стр. 423.

обљубом изједначен чин.³⁶⁰ Уосталом, анални и орални коитус је, према преовлађујућем схватању, био обухваћен појмом кривичног дела противприродног блуда из члана 110. ранијег Кривичног закона Републике Србије. Даље произлази, да све друге радње којима се побуђује или задовољава сексуални нагон треба сматрати радњом извршења кривичног дела недозвољених полних радњи из члана 182. КЗ.

Ово кривично дело се може извршити само са умишљајем. Међутим, у погледу узраста пасивног субјекта није нужно да учинилац зна да је млађи од четрнаест година. Довољно је да то може да претпоставља односно да је свестан да се ради о млађем лицу које може да има мање од четрнаест година. Ту се јавља проблем постојања стварне заблуде управо код узраста пасивног субјекта и то пре свега ако се ради о лицу које својим физичким изгледом одговара лицу старијем од четрнаест година. Стварне заблуде наравно нема ако је учинилац познавао пасивног субјекта или његову породицу. Тако нпр. у једној пресуди се истиче да је оптужени био свестан могућности да оштећена са којом је извршио обљубу није навршила четрнаест година јер је добро познавао оштећену и њену породицу, живео у њиховој непосредној близини и био с њима у свакодневном контакту, а уз то оптужени је личност стара педесет година, са животним искуством, отац четворо деце, те се као неосновани оцењују наводи у жалби браниоца да је оптужени био у заблуди јер му је оштећена рекла да има петнаест година и да није имао разлога да претпоставља да она нема четрнаест година (пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1207/04 од 13.09.2004. године и пресуда Окружног суда у

³⁶⁰ Б. Чејовић, с друге стране, критикујући овај став истиче да примери из других законодавстава указују да је свугде при конструкцији "радње сличне обљуби" или "радње сличне полном односу" настала тешкоћа при њиховом одређивању осим пенетрације полным органима или деловима тела у тело друге особе. Тако наводи пример из већ поменутог Кривичног законика Аустрије, где је под "обљубом и њој сличан чин" прихваћено да тај појам подразумева све облике оралне, вагиналне и друге пенетрације ради задовољења сексуалног нагона. У Кривичном законнику Немачке је постављена још шира формулација "сексуалне радње сличне полном односу" које могу бити како оне на телу жртве, тако и оне када учинилац присиљава жртву да изводи на њему радње које жртву посебно понижавају, нарочито ако су повезане с пенетрацијом у тело. – Б. Чејовић, *op. cit.* стр. 322.

Београду К. 1122/03 од 19.02.2004. године).³⁶¹

Дакле, утврђивање стварне заблуде код учиниоца кривичног дела може се вршити на основу више околности, а пре свега на основу дужине и квалитета познанства учиниоца и пасивног субјекта, начина понашања пасивног субјекта и његових других психичких и физичких карактеристика. Имајући у виду да и отклоњива стварна заблуда искључује кривицу, кривично дело неће постојати ако је учинилац имао разлога да верује да је пасивни субјекат старији од четрнаест година што је нарочито могуће ако је то лице натпросечне (зрелије) физичке конституције и менталне (интелектуалне) развијености. Суштински, могло би се поставити питање да ли је потребно да неко лице пре ступања у сексуалне односе са лицем које је очигледно млађе тражи на увид доказе о својим годинама или евентуално ризикује полазећи од тога да је старије од четрнаест година.

Тежи облик овог кривичног дела је предвиђен у ставу 2. Овај облик, који се разликује од основног облика по прописаној казни (од пет до петнаест година), има следеће квалификаторне околности и то: ако је услед вршења дела наступила тешка телесна повреда детета према коме је то дело извршено, затим ако је дело извршено од стране више лица или је дело имало за последицу трудноћу детета. За овај облик дела неопходно је да се тежа последица може приписати нехату учиниоца. Вршећи обљубу или са њом изједначен чин учинилац мора бити свестан или бити дужан и свестан могућности наступања теже последице. Објективни услов за постојање овог облика дела јесте узрочни однос између радње извршења и наступеле теже последице с једне, и тачно одређен облик кривице у односу на ову последицу, с друге стране. Учиниоца треба да је остварио овај резултат, ову последицу мимо намере, преконамерно.³⁶²

Сам појам тешких телесних повреда треба схватити у смислу одредбе члана 121. Кривичног законика и састоји се у тешком телесном повређивању или тешком нарушавању здравља (чл. 121. ст. 1), односно када је тешко телесно повређивање или нарушавање здравља тако тешко тако да је услед тога доведен у опасност живот повређеног или је уништен или трајно и у знатној мери оштећен

³⁶¹ Електронска база судске праксе "Интермекс" Београд

³⁶² Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 181.

или ослабљен неки важан део тела или важан орган или је проузрокована трајна неспособност за рад повређеног или трајно или тешко нарушење здравља или унакаженост (чл. 121. став 2.). Да би постојао овај облик дела и да би се учиниоцу могла изрећи тежа казна, дакле, неопходно је да се тежа последица припише његовом нехату. У судској пракси се примећује да се кривица учиниоца "у односу на тежу последицу оцењује по објективним околностима под којима је основно дело извршено и по субјективном стању у којем се учинилац налазио у време извршења дела".³⁶³ Међутим, ако је тежа последица била обухваћена умишљајем учиниоца, тада ће постојати стицај кривичног дела обљубе са дететом и кривичног дела тешке телесне повреде.³⁶⁴ У случају када је тежа последица проузрокована непосредним нападом на телесни интегритет, није тешко деловање учиниоца довести у каузални однос са њом и утврдити његов нехат. Ипак могуће су ситуације када тешка телесна повреда није у тако уској вези са радњом извршења обљубе са дететом. Те ситуације су карактеристичне уопште за поступање жртве (детета) у вези са њеним противљењем обљуби или са њом изједначеним чином. Зато понекад може изгледати да се понашање учиниоца кроз радњу извршења не може довести и у везу са могућношћу његове предвидивости наступања теже последице. С тим у вези је и одлука Врховног суда Србије – одељења у Новом Саду Кж. 673/68 (која се односи на силовање, али се може односити и на ово кривично дело) према којој да би оптужени код покушаја силовања могао бити одговоран за ову тежу последицу, потребно је да је био свестан да такву последицу може проузроковати, односно конкретно да жртва да би избегла полни однос са оптуженим – може скочити на улицу и претрпети тешке телесне повреде, или да је могао и био дужан бити свестан да она то може учинити; том приликом треба посебно имати у виду држање оштећене, односно да ли је оптужени такав поступак оштећене могао предвидети.³⁶⁵ Најзад, постоје такве ситуације где је заиста тешко (гранични случајеви) тежу последицу приписавати његовом нехату.

³⁶³ Пресуда ВС АПВ Кж. 621/59 (Гласник АКВ, број 1/60)

³⁶⁴ У том смислу је и одлука Врховног суда Словеније Кж. 867/78, која се односи на силовање, али се може односити и на обљубу са дететом – Више о томе, Коментар КЗ РС, оп. cit. стр. 381.

³⁶⁵ Коментар КЗ РС, оп. cit. стр. 381.

Могуће су и ситуације (додуше изузетно ретке) да дете над којим је извршена обљуба или са њом изједначен чин само проузрокује тешку телесну повреду (нпр. жртва у намери да се спасе од напада искочи из аутомобила које је у покрету, или падне под неко возило при бекству од нападача и тешко телесно се повреди). Исто тако када жртва покуша да изврши самоубиство, па нанесе себи тешке телесне повреде (нпр. услед страха од срамоте, очајања, понижења, нервне лабилности).³⁶⁶ Ове ситуације су више теоријског карактера јер у судској пракси нису до сада забележени код обљубе са дететом (шта више, и код силовања ретко наилазимо на овакве ситуације).

А ригорі, не може се поћи од става да је учинилац увек и у сваком случају био свестан или је могао бити свестан и био дужан да предвиди да ће дете реаговати тако да може да доведе до тешке телесне повреде или смрти. Ова могућност се свакако не искључује, али обзиром на специфичности које постоје то питање се може решавати једино у зависности од околности конкретног случаја.

Одређене недоумице постоје и ако приликом извршења кривичног дела обљубе са дететом дође до дефлорације женског детета, уништења химена, већег расцепа у пределу вагине што може довести до угрожавања здравља. Дефлорација, иначе, сама по себи представља један нормалан, природан физиолошки чин и не би могао имати карактер повреде. Такав став не би могао опстати ако би том приликом дошло до расцепа вагине или неких других повреда вагине. Ипак, у сваком случају, би било исправно да дефлорација женског детета приликом обљубе има карактер тешке телесне повреде, јер се ради о узрасту код којег није дошло до сазревања гениталних органа (као ни осталих органа уопште), што може довести до крварења које опет може довести у опасност и њен живот.³⁶⁷

³⁶⁶ То би могло да се односи евентуално на децу старијег узраста нпр. од дванаест до четрнаест година живота, која већ имају формиран осећај понижења, нервне лабилности и сл. – напомена М.М.

³⁶⁷ У медицини дефлорација (руптура химена) се не сматра оштећењем односно уништењем дела тела у смислу тешке телесне повреде, но ипак у праву, код кривичног дела силовања (према ставу судске праксе) представља отежавајућу околност при одмеравању казне, у зависности од природе и последица које је проузроковано силовањем.

Не треба пренебрегнути ни чињеницу да у смислу кривичног дела тешке телесне повреде, треба узети у обзир не само физичку повреду, већ сваку другу повреду која има за последицу тешко нарушавање здравља. Због тога, ако је дошло до значајних промена у сфери психичког здравља детета (жртве), а која је у узрочној вези са овим кривичним делом, с правом се може говорити о тешкој телесној повреди. У вези сексуалних деликата Врховни суд Србије је у својој одлуци (Кж. 1215/88) заузео став да тешко психичко оштећење душевног здравља је тешка телесна повреда.³⁶⁸ Ово је изражено код свих сексуалних деликата, а нарочито је изражено код деце, јер њихова психа није развијена и много је осетљивија него код одраслих, те је самим тим подложнија њеном нарушавању.

Квалификаторна околност да је обљуба или са њом изједначен чин извршен од стране више лица има своје криминалополитичко оправдање. Несумњиво да кад више лица учествује у извршењу обљубе или са њом изједначеног чина представља друштвено опасније понашање него када је у питању једно лице, а нарочито када се ради о жртви која није навршила четрнаест година живота. Под изразом "више лица" треба подразумевати најмање два лица.

Овај облик дела постојаће ако два или више лица истом приликом и под истим околностима су остварили довршено кривично дело обљубе са дететом. Дакле, ради се о заједничком деловању над истим дететом и морају бити испуњена два услова: прво, да се ради о саизвршиоцима и друго да је дело свршено (најмање два свршена кривична дела обљубе са дететом), јер у противном, неће постојати овај облик кривичног дела.³⁶⁹

И у једном делу судске праксе дошло је до изражаја став да дефлорација може имати значај само отежавајуће околности, а понекад чак ни то. – А. Нешовић, Кривично дело обљубе или противприродног блуда са лицем које није навршило четрнаест година, Билтен Окружног суда у Београду, број 66, стр. 59.

³⁶⁸ Видети: Б. Чејовић, Кривично право у судској пракси, друга књига, посебни део, Београд, 2008, стр. 325.

³⁶⁹ За овај облик кривичног дела би се могао применити став Врховног суда Србије који се односи на силовање, и према којем не постоји квалификовани облик тог кривичног дела ако је принудно обљубу изршило једно лице, а друга су учествовали као подстрекачи или помагачи. Наиме, за квалификацију дела не може се кумулирати радња извршења са радњом помагања или евентуално са радњом подстрекавања. – Врховни суд Србије, Кж. 565/80 од 18.09.1980. године – Б. Чејовић, Кривично право у судској пракси, друга књига, посебни део, Београд, 1986, стр. 523.

Умишљај учиниоца мора да обухвати свест да врши обљубу са дететом и то са још једним или више лица. Најчешће постоји претходни договор да са тим лицем или лицима врши обљубу или са њом изједначен чин, с тим да тај договор може бити постигнут и касније, непосредно пред сам сексуални чин са дететом. Не искључује се могућност да до заједничког деловања у том смислу дође и спонтано, без изричитог договора.

Најзад, у ставу 2. предвиђена је и трудноћа као квалификовани облик обљубе са дететом. Трудноћа детета до четрнаест година (женског, по природи ствари) има за последицу драстично задирање у његов сексуални, биолошки, али и психолошки интегритет. Законодавац је с правом, ову околност третирао као квалификаторну обзиром да је трудноћа у периоду до четрнаест година, свакако доживотна траума, која мора имати посебно криминалополитичко обележје. У том смислу се у једној пресуди и наводи да "...је оштећена на позив окривљеног дана 20.01.2009. године дошла код њега на славу након чега је на његово инсистирање остала да живи са њим, а исто вече имала сексуални однос којом приликом је окривљени пенетрацијом извршио дефлорацију химена детета Ј.М. да би након тога у више наврата имао са њом сексуални однос, а почетком јула месеца 2009. године, оштећена је остала у другом стању, да би дана 14.09.2009. године, урадила прекид нежељене трудноће старе девет недеља." (пресуда Вишег суда у Београду, К.4224/10 од 01.12.2011. године и пресуда Апелационог суда у Београду, Кж.1. 2516/12 од 19.06.2012. године).³⁷⁰

У досадашњој судској пракси, трудноћа је третирана као отежавајућа околност при одмеравању казне, док је као тешка телесна повреда третиран побачај женског детета. С тим у вези је и став изнет у пресуди Врховног суда Србије да прекид трудноће због гравидитета проузрокованог извршењем овог кривичног дела има карактер тешке телесне повреде. У образложењу исте се наводи да жалбом браниоца се оспорава да извршени прекид трудноће због гравидитета проузрокованог извршењем кривичног дела има карактер тешке телесне повреде, што је условило и постојање квалификованог облика кривичног дела обљубе са лицем које није навршило четрнаест година, за које је оптужени оглашен кривим. Изнети жалбени наводи оцењују се као неосновани јер у случају

³⁷⁰ Необјављена одлука Вишег суда и Апелационог суда у Београду

када оштећена приликом обљубе, а у овом случају се та ситуација уподобљује са обљубом извршеном над лицем које није навршило четрнаест година, јер ови малолетници се у односу на њихову сексуалну сферу налазе под посебном кривичноправном заштитом, остане gravidна и мора насилним путем да изврши побачај прве трудноће има карактер тешке телесне повреде, не само због отварања једног органа него и због могућности даљих последица у погледу могућности стицања потомства. – пресуда Врховног суда Србије, Кж. 659/90 од 05.10.1990. године и пресуда Окружног суда у Београду К.145/90 од 26.06.1990. године.³⁷¹

Ово питање је изгубило на значају обзиром да је наступање трудноће као квалификовани облик овог кривичног дела предвиђено изменама и допунама КЗ РС из 2002. године (у тадашњем члану 106. став 3.). Иначе, у бившој Југославији, само КЗ Хрватске је предвиђао трудноћу као квалификовани облик. Као разлог је навођено да је законодавац "оправдано креирао као квалификаторну околност наступ трудноће кад се ради о дјетету, с обзиром на то да трудноћа у тој животној доби представља такву трауму којој треба дати посебно криминално обиљежје"³⁷² Самим тим прекидање прве трудноће (абортус) се само по себи подразумевало као квалификовани облик.

Изузетно, могуће су ситуације када прва трудноћа, а потом рађање детета може бити разлог за блаже кажњавање. Пре свега, ради се о ситуацијама када је учинилац незнатно старији од жртве, а између њих постоји међусобна љубав, са изгледима, када се стекну законски услови да дође до стварања породице. С друге стране имамо, када је ситуација обратна, да то буде основ за строжије кажњавање. Тако нпр. првостепени суд је осудио учиниоца на казну затвора у трајању од осам месеци, јер је "у периоду од неутврђеног датума марта месеца 2004. године до децембра месеца 2004. године у месту Л., место Ж. Бб, у стању урачунљивости, свестан свога дела чије извршење је хтео, и његове забрањености, извршио обљубу над дететом, мал. Д.В. рођеном ... године, која је за последицу имала

³⁷¹ Б. Чејовић, Кривично право у судској пракси, друга књига, посебни део, Београд, 2008, стр. 340.

³⁷² Ф. Хирјан – М. Сингер, Кривична дјела против достојанства личности и морала те против брака, породице и омладине у КЗ СР Хрватске, Наша законитост, број 3, Загреб, 1978, стр. 507.

трудноћу детета, на тај начин што је дете Д.М. која је тада имала дванаест година, довео у своју породичну кућу и са њом засновао ванбрачну заједницу, током које је у више наврата извршио обљубу, која је за последицу имала њену трудноћу и која је ...2005. године родила дете Д.З.". Уважавајући жалбу јавног тужиоца, Апелациони суд је ову пресуду преиначио на строжију казну затвора и С.С. осудио на две године затвора. У образложењу пресуде, Апелациони суд је, између осталог, навео "...да између окривљеног и оштећене постоји знатна несразмера у годинама, да је окривљени у време инкриминисаног догађаја имао тридесетиједну годину живота, да се радило о зрелом човеку, док је оштећена у то време имала само дванаест година...", "...да је оштећена у време порођаја тек напунила четрнаест година, а дете је одмах по рођењу лишено родитељске бриге и старања и смештено у Дом за незбринуту децу, која околност, како се то у жалби Јавног тужиоца основано указује, морала бити цењена као отежавајућа околност." (пресуда Вишег суда у Београду, К.4266/10 од 23.05.2011. године и пресуда Апелационог суда у Београду, Кж.1. 104/12 од 07.03.2012. године).³⁷³

Иначе, трудноћа може бити обухваћена и умишљајем, као и нехатом учиниоца.

У ставу 3. предвиђен је најтежи облик и то ако је услед обљубе или са њом изједначеног чина наступила смрт детета, или ако је услед вршења тих сексуалних радњи наступила тешка телесна повреда, или је учињена од стране више лица или је имала за последицу трудноћу, па је као крајњи исход дошло до смрти детета. Као и у претходном ставу, ради се о делу квалификованом тежом последицом уколико је у односу на смрт детета поступао из нехата. Уколико је у односу на тежу последицу постојао умишљај (евентуални или директни) постојаће стицај кривичног дела обљубе са дететом и кривичног дела убиства. Рецимо, да ако је дете услед обљубе или са њом изједначеног чина усмрћено, да би се утврдило да ли се ради о стицају кривичног дела обљубе са дететом и кривичног дела убиства или се ради о кривичном делу обљубе са дететом квалификовано најтежом (смртном) последицом, потребно је утврдити да ли су повреде (психофизичке трауме) током обљубе или са њом изједначеног чина нанете да дете не би пружало евентуално отпор и дозивало у помоћ или је то учинилац урадио ради

³⁷³ Необјављена пресуда Вишег суда и Апелационог суда у Београду

прикривања обљубе или са њом изједначеног чина. Како није забележен такав случај, бар када је обљуба са дететом у питању, можемо навести, као аналоган пример, такву ситуацију код силовања. Па тако се у једној пресуди наводи да "Када је оштећена приликом силовања усмрћена, да би се утврдило да ли се ради о стицају кривичних дела силовања и убиства или се ради о кривичном делу силовања квалификованог смртном последицом, потребно је утврдити да ли су повреде током принудне обљубе жртви нанете ради тога да она не би пружала отпор и дозивала у помоћ или је то оптужени учинио ради прикривања силовања." (одлука Врховног суда Србије, Кж. 1513/2000).³⁷⁴

Међутим, ако дође до самоубиства детета, начин извршења обљубе или са њом изједначеног чина (код нас у судској пракси такав случај није забележен, а и код силовања је веома редак случај – напомена М.М.), преовлађује став да се таква последица не би могла приписати нехату учиниоца. Исто важи и за смртни исход код трудноће детета, ако није дошло извршењем ових сексуалних радњи.³⁷⁵ Сходно томе, требало би правити разлику да ли се ради о самоубиству детета у намери да се избегне обљуба или са њом изједначен чин или о самоубиству детета након тих сексуалних радњи где се може поставити питање да ли има уопште субјективне везе, док је објективна веза између онога што је учинилац предузео и теже последице изузетно танка.

На крају, у ставу 4, се предвиђа да се учинилац неће казнити ако је извршио обљубу или са њом изједначен чин (из става 1.) са дететом ако између њих не постоји значајнија разлика у њиховој душевној и телесној зрелости. Ово решење представља новину у српском кривичном законодавству јер до сада оваква решења нису постојала, мада су постојали предлози у теорији.³⁷⁶ Ово са разлога што већ постоји у страним кривичним законодавствима (са извесним разликама), а осим тога оправдано је и са криминалополитичког аспекта.

³⁷⁴ Д. Симоновић, Кривична дела у српској легислативи, Службени гласник, Београд, 2010, стр. 304.

³⁷⁵ Видети: З. Шепаревић, Кривично право, посебни део II, Заштита човјека и његових вриједности, Загреб, 1979, стр. 88.

³⁷⁶ Постоје и критике оваквог законског решења, у којеме су између осталог каже да су циљно и садржајне нејасне те да уводе један посебан основ искључења противправности који је појмовно нејасан – више о томе: Љ. Лазаревић, *op. cit.* стр. 517. Исто: Б. Чејовић, *op. cit.* стр. 341.

Имајући у виду да је у сваком случају искључена принуда, овакво решење има оправдање само ако се ради о добровољним односима или другим сексуалним актима између лица сличног или наизглед истог узраста. При томе законодавац приликом прописивања овог става није улазио у психолошки и социолошки аспект, већ се држао искључиво кривичноправног аспекта. У овом случају неминовно се поставља питање стварне заблуде у погледу пасивног субјекта, односно детета у овом случају. У одређеним случајевима пасивни субјект (дете) може да изгледа душевно и телесно зрелије него што то заиста и јесте, а при томе да нема још навршених четрнаест година живота, а да истовремено учинилац није навршио осамнаест година, при чему се они многопо психофизичким особинама не разликују. У већини држава овакви проблеми у пракси, према схватању неких теоретичара се решавају на тај начин што се користи теоријска динстинкција евентуалног умишљаја од свесног нехата. Тако нпр. у кривичном закону Швајцарске предвиђено је кажњавање и оног учиниоца кривичног дела обљубе са дететом који је у односу на старост те особе био у заблуди услед нехата. У том смислу предвиђа се "да уколико је учинилац из нехата био у погрешном уверењу да је особа с којом врши обљубу или блудну радњу навршила шеснаест година, може бити кажњен али блаже" (члан 191. став 3.)³⁷⁷

Како и отклоњива стварна заблуда искључује постојање кривичног дела, за постојање овог кривичног дела није довољно да је учинилац могао на одређени начин да сазна старосну доб пасивног субјекта, а поставља се и начелно питање да ли је неко пре ступања у сексуалне односе или друге сексуалне акте са другим лицем дужан да утврђује његове године старости.³⁷⁸ Такође и одлука суда у којој

³⁷⁷ Кривични законик Швајцарске (Schweizerisches Strafgesetzbuch – Das Bundesgesetz vom 21. 12. 1937, mit allen anderen und Ergänzungen bis anfang 1975, Zurich) – цитирано према: И. Стевановић, Кривичноправна заштита малолетних лица, докторска дисертација, Београд, 2008, стр. 191-192.

³⁷⁸ З. Стојановић – О. Перић, *op. cit.* стр. 176.

"Заблуда у погледу старости искључује кривичну одговорност и у пракси је ово питање доста тешко утврђивати ако је особа млађа од 14 година физички развијенија. То је фактичко питање које се мора утврђивати у сваком појединачном случају. При томе се може користити и помоћ вештака." – И. Симић-М. Петровић, Кривични закон Републике Србије, практична примена, Београд, 1998, стр. 112.

се каже "Кривично дјело не постоји ако учинилац има основног разлога да вјерује да је женско лице старије од четрнаест година, јер је имало надпросјечне физичке и интелектуалне способности, односно да је одавало утисак зрелије особе, а не дјетета. У конкретном случају утврђено чињенично стање управо говори тако да је оштећена малодобна Т. одавала личност женске особе старије од четрнаест година како по физичком изгледу, тако и по интелектуалној развијености. О томе најбоље говори чињеница да је остала у другом стању и да је родила здраво мушко дијете. То значи да је психофизички била зрела за рађање, а самим тим и одавала утисак развијене, односно зрелије женске особе. Поред тога, и оптужени у вријеме извршења дјела је имао двадесетседам година, а по његовом закључивању оштећена је одавала утисак особе која је старија, односно да има више од осамнаест година. Истина, код оштећене је постојао поремећај у емоционалном смислу који је довео до смањења интелектуалне способности због емоционалних блокада и изолације. Малољетна је расла са осјећајем фрустрираности, а због непажње родитеља према њој због специфичне животне ситуације у којој је одрастала. Због таквог њеног менталног статуса код ње није постојала способност манипулације. То значи да је и по том менталном склопу одавала утисак зрелије особе, а не дјетета." (Рјешење Вишег суда у Бијелом Пољу, Црна Гора, Кж. 218/09 од 19.11.2009. године).³⁷⁹ Таква дужност наравно не постоји, нити се она намеће као значајно питање јер се у овом случају уопште не поставља питање оправданости стварне заблуде, већ је централно питање оно које се односи на њено (не)постојање тј. проблематика констатовања да ли је потенцијални учинилац био или није био у таквој заблуди. То питање наравно представља *question facti*, које се решава зависно од свих постојећих релевантних околности.³⁸⁰

Може се поставити питање шта значи да не буде значајнија разлика у душевној и телесној зрелости учиниоца и пасивног субјекта? Ово питање је

³⁷⁹ Преузето са сајта Прописи, нет, Ингпро. Иако се ради о судској пракси друге државе, имајући у виду истоветност законских решења у Србији и Црној Гори, овај став судске праксе свакако може бити од значаја и код нас. – напомена М.М.

³⁸⁰ Више о томе: М. Шкулић, Малољетници као учиниоци и као жртве кривичних дела, Београд, 2003, стр. 442.

остављено да судска пракса "искристалише", но ипак извесне смернице би се могле дати. Овај услов да би био испуњен подразумева да је учинилац малолетно лице (иако то КЗ не помиње) јер ако би био пунолетан онда се не би могло говорити о значајнијој разлици у душевној и телесној учиниоца и детета.³⁸¹ Наиме, та разлика према ставовима изнетим у теорији, као и у решењима у страним кривичним законодавствима би се кретала између две и четири године, с тим да се обично захтева и да пасивни субјект не сме бити млађи од дванаест година.³⁸² У таквим ситуацијама би се могло говорити о неким "сексуалним играријама и експериментисањима" која су чак по неким и прихватљива, а не о искоришћавању, злоупотреби поверења, неискуства и младости пасивног субјекта од стране одраслог и зрелог учиниоца.³⁸³ Дакле, ако би разлика између учиниоца и пасивног субјекта била до две године онда би било услова за примену овог става (става 4.). Но, ако је та разлика већа, односно између две и четири године у сваком конкретном случају би требало утврђивати и упоређивати степен душевне и

³⁸¹ Љ. Лазаревић и Б. Чејовић, управо критикују овакво законско решење јер сматрају да граматичким тумачењем произлазило би да не чини основни облик овог дела пунолетно лице које врши обљубу над лицем млађим од четрнаест година, ако је његова душевна и телесна зрелост слична пасивној жртви. Могуће је да се мислило на малолетно лице, или дете, али је то могло у закону и да се изричито наведе – Љ. Лазаревић, *op. cit.* стр. 517. Исто: Б. Чејовић, *op. cit.* стр. 341.

³⁸² У енглеској теорији постоји мишљење да добна разлика између учиниоца и пасивног субјекта треба да буде највише до четири године, али да старосна граница остане и даље шеснаест година како и јесте предвиђено у енглеском праву, из чега произлази да учиниоце које имају до двадесет година не би требало обухватати криминалном зоном. – R. Card, *Sexual Relations with Minors*, *The Criminal Law Review*, July, 1975, p. 378. Занимљиво је да је у америчким државама, Флорида, Тексас, Индијана, према узору на тзв. Ромео и Јулија законе (*Romeo and Juliet laws*) и који су ступили на снагу 2007. године, да би се избегла арбитрарност процене поменутих душевних и телесних разлика, та разлика ограничена на четири односно максималних пет година (*Texas Penal Code, Section 22.011(e), 2011*). – наведено према Н. Петковић, З. Павловић, Ј. Димитријевић, *op. cit.* стр. 320.

³⁸³ У немачкој теорији наилазимо на критике у вези примене кривичних санкција према лицима која нису пунолетна због вршења сексуалних радњи са лицима која су млађа од четрнаест година, указујући и на резултате савремених социолошких истраживања да сексуалност која није подвргнута репресији може водити високој сексуалној култури – К.Н. Kerscher, *Emanzipatorische Sexualpädagogik und Strafrecht, "Unzucht mit Kindern" – ein Beispiel burgerlicher Zwangsmoral*, Н. Luchterhand Verlag, Neuwid amd Rhein, 1973. p. 245.

телесне зрелости учиниоца и пасивног субјекта, од чега би зависило постојање кривичног дела.³⁸⁴

5.3. Силовање

Опште је познато да силовање представља најстарије и најпознатије кривично дело против полне слободе. Код овог кривичног дела, кривичноправна заштита деци пружена је у став 4. члана 178. КЗ, као његовом најтежем облику. Стављено је у "ранг" са смрћу силованог пунолетног лица, где је предвиђена казна затвора најмање десет година, као највећа могућа казна из главе кривичних дела против полне слободе.

Обзиром да се поменути став 4. позива на претходне ставове, нужно је цитирати цео члан 178. КЗ.

Тај члан гласи:

(1) Ко принуди другог на обљубу или са њом изједначен чин употребом силе или претњом да ће непосредно напасти на живот или тело тог или њему блиског лица,

казниће се затвором од три до дванаест година.

(2) Ако је дело из става 1. овог члана учињено претњом да ће се за то или њему блиско лице открити нешто што би шкодило његовој части или угледу или претњом другим тешким злом,

учинилац ће се казнити затвором од две до десет година.

(3) Ако је услед дела из става 1. и 2. овог члана наступила тешка телесна повреда лица према којем је дело извршено или ако је дело извршено од стране више лица или на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин или према малолетнику или је дело имало за последицу трудноћу,

учинилац ће се казнити затвором од пет до петнаест година.

³⁸⁴ З. Стојановић, Коментар кривичног законика, Београд, 2006, стр. 447-448.

*(4) Ако је услед дела из става 1. и 2. овог члана наступила смрт лица према којем је дело извршено или је дело учињено према детету, учинилац ће се казнити затвором од најмање десет година.*³⁸⁵

"Начела једнакости и недискриминације најважнији су елементи скупа међународних норми о људским правима. Чак и ако се призна да творци Повеље Уједињених нација нису тачно знали на шта све мисле када су користили изразе "људска права" и основне слободе", јасно је да Повеља тражи од чланица УН да зајамче права и слободе без дискриминације на основу пола (Увод, ст. 2. чл. 1. ст. 3 и чл. 55.)...³⁸⁶ Полазећи од наведене Повеље, дало би се закључити да више нема дискриминације по основу пола, а што произлази и из текста овог кривичног дела. Дакле, сада су потпуно равноправни као учиниоци и као жртве силовања и мушкарац и жена, а што би своје упориште управо могло да нађе како у Повељи УН, тако и у међународним конвенцијама које су касније донешене.

Као што је већ напоменуто, новим КЗ Србије из 2005. године кривично дело силовање је претрпело значајније измене, мада је задржало и традиционалне елементе који су карактеристични за законски опис овог дела. Наиме, прекида се са вишедеценијском, па и вишевековном традицијом да извршилац кривичног дела силовања може бити само мушко лице. До сада је, према законском опису, у свим ранијим кривичним законима (законцима) који су важили код нас, мушкарац био тај који је могао силовати жену. Сада је по први пут могуће да се као извршилац појави и жена.³⁸⁷

³⁸⁵ До доношења ЗИД КЗ из 2009. године, у ставу 1. предвиђена казна затвора је била од две до десет година, у ставу 2. од једне до осам година, у ставу 3. законски минимум је био три године и у ставу 4. од пет до осамнаест година.

³⁸⁶ В. Димитријевић, Одредбе о недискриминацији у међународном пакту о грађанским и политичким правима", *Анали Правног факултета у Београду*, број 1-3, 1991, стр. 102.

³⁸⁷ М. Цетинић сматра да основу за овакво схватање једног класичног кривичног дела, је поставила међународна заједница обраћањем пажње на људска права и слободе, а долажењу до савремене концепције кривичног дела силовања у највећој мери допринеле су феминистичке правнице, како теоретичарке тако и активисткиње феминистичког покрета. – Више о томе: М. Цетинић, *Инкриминације силовања у најновијим кривичним законима неких земаља у транзицији у светлу, већ дуже очекиване, реформе југословенског кривичног законодавства*, часопис *Темида*, бр. 3, 1998, стр. 13.

Пре свега проширена је и радња извршења, тако да поред обљубе извршене силом или претњом обухвата и са обљубом изједначен чин односно оно што се некада сматрало противприродним блудом. Ово решење, које је све више присутно у савременим кривичним законствима, има за последицу да учинилац и пасивни субјект могу бити лица оба пола.³⁸⁸

У теорији, како домаћој тако и страног, су постојала разна схватања у вези појма силовања. С једне стране настојало се проширити појам силовања тако што би обухватало свако продирање страног тела у полни орган или чмар женског или мушког лица употребом силе или претње. Под тим се подразумева не само продирање мушког полног органа (што и јесте само по себи радња силовања) већ и примена других средстава као што је нпр. дршка ножева, шака, делови шаке

³⁸⁸ У француском КЗ (Code Penal) још 1980. године извршена је измена појма силовања под којим се подразумева сваки акт продирања учињен од стране једне особе другој, силом или претњом или препадом. Дефиниција кривичног дела силовања је проширена и то у односу на појам учиниоца и појам пасивног субјекта, што значи да учинилац и пасивни субјект (као што је сада у нашем КЗ) може бити мушко и женско лице, а то произлази и из става судске праксе у Француској да је то "улазак страног тела у полни орган или анус" те да то продирање може бити предузето "било од стране мушкарца, било од стране жене". – О томе више: G. Levasseur, "Chronique de jurisprudence", *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, 2, 1988, стр.302. и A. Vitu, "Chronique de jurisprudence", *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, 1, 1992, стр. 69. С друге стране, у англосаксонском праву, у САД, последњих деценија у опису кривичног дела се користи родно неутрални термин, па се тако силовање најчешће дефинише као: "остваривање сексуалног односа са другим употребом силе или претњом да ће се сила употребити или без ефективне и у смислу закона важеће сагласности, односно онда када лице нема способности давања такве сагласности." У држави Флорида, силовање се одређује као "остваривање сексуалног односа са другим употребом силе или претњом да ће се сила употребити или без ефективне и у смислу закона важеће сагласности, односно онда када лице нема способности давања такве сагласности". – Singer, R.G, Lafond, Q.J. (1997) *Criminal law – Examples and Explanations*, New York, Aspen Law & Business, p. 190.

У нашој доктрини било је мишљења (предлога) да као радња извршења могло би се предвидети сексуално општење (шири смисао од самог акта насилне обљубе) – Видети: М. Цетинић, Поглед на питање да ли је потребно преиспитивање инкриминације силовања, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1-2, 1995, стр. 89.

итд.³⁸⁹ С друге стране постоје схватања да појам силовања треба тумачити рестриктивније, односно као што је то било у претходном КЗ РС из 1977. године, са пратећим изменама и допунама. У том смислу се наглашава да ни судска пракса ни теорија кривичног права нису до сада указивали на потребу овакве инкриминације силовања, тако да учињене промене у садашњем КЗ немају своје криминално-политичко оправдање.³⁹⁰

Могло би се рећи да је садашње решење кривичног дела силовања у погледу радњи извршења оптимално јер не обухвата све врсте пенетрација у делове тела нити предметима, као што постоји у упоредном праву. Дакле, није постављено сувише широко, а то значи да је ограничено на анални и орални коитус, који се по тежини са аспекта жртве кривичног дела у потпуности могу изједначити са обљубом.³⁹¹ У појединим случајевима, посматрано са аспекта жртве (пасивног субјекта) ове радње могу бити и теже од обљубе. Наравно да није изводљиво, по природи ствари, да женско лице као извршилац принуди мушко или женско лице на анални однос, али је изводљиво да принуди мушко или женско лице на орални однос. Такву могућност законодавац не предвиђа, али је и не искључује. Судска пракса код нас до сада није забележила такав случај.³⁹²

Иначе наведено решење можда понајбоље долази до изражаја када су питању деца јер ништа мање по њих није трауматичнија обљуба употребом силе или претње од са обљубом изједначеног чина. Тако нпр. када је оптужени приметио оштећену која је стара једанаест година испред куће у којој станује, па ју је пратио до уласка у стан, затим позвонио на врата, а када је оштећена иста

³⁸⁹ М. Joe Frug, *Women and the law*, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc, 1992, стр. 747-805. Исто и: З. Мршевић, *Савремена концепција сексуалних деликата и предложена решења у КЗ Србије и инкриминисање силовања*, Саветовање у Будви, јуни 1994. г. – "Кривично законодавство и правна држава", ИКСИ, Београд, 1994, стр. 81-82.

³⁹⁰ Љ. Лазаревић, *op. cit.* стр. 509. Исто гледишта заступа и: Б. Чејовић, *op. cit.* стр. 317.

³⁹¹ О томе више: З. Стојановић, *Правно-филозофске концепције у предлогу Кривичног законика Србије и Кривичном законика Црне Горе*, саветовање – Казнено законодавство: прогресивна или регресивна решења, ИКСИ, Београд-Будва, 2005. стр. 22.

³⁹² Више о томе: М. Миловић, *Сексуални деликти са елементом насиља – противприродни блуд*, Београд, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2002, стр. 48.

отворила представио се као мајстор и замолио да телефонира што је оштећена прихватила па пошто се распитао где су јој родитељи и када се враћају кући ушао у кухињу одакле је узео нож за сечење хлеба те држећи у руци нож угурао оштећену у купатило и наредио јој да седне на каду и да рашири ноге после чега је почео да онанише, а у једном моменту јој је наредио да узме његов полни орган и стави га у уста те је након што је једно време држао свој полни орган у устима оштећене наставио да онанише³⁹³ (пресуда Врховног суда Србије Кж. 695/87 и пресуда Окружног суда у Београду К. 123/87).³⁹⁴

У погледу принуде тј. силе и претње најважније је утврђивање потребног облика и интензитета принуде. Сила код силовања, може бити апсолутна и компулзивна, а силом се сматра и примена хипнозе или омамљујућих средстава.³⁹⁵ У сваком случају потребна је она сила која је подобна да сломи отпор жртве.³⁹⁶ При процени да ли се заиста ради о сили која је погодна да сломи или паралише отпор жртве, а која је усмерена у сврху обљубе или са њом

³⁹³ Овакве радње су биле оквалификоване као кривично дело противприродног блуда са лицем које није навршило четрнаест година из члана 106. став 2. у вези става 1. КЗ РС, а по садашњем законском решењу би биле квалификоване као кривично дело силовања из члана 178. став 4. у вези става 1. КЗ

³⁹⁴ Електронска база судске праксе "Интермекс" Београд, преузето 2006. године

³⁹⁵ Пракса Савезног Врховног суда СР Немачке и део правних теоретичара заступају становиште да пристанак жртве да буде опијена или омамљена садржи макар и евентуални пристанак на обљубу у таквом стању. Ово становиште дискутабилно је и код пунолетне жртве, а сасвим сигурно не може бити примењено када се ради о детету. – Ф. Хирјан и М. Сингер, Малољетници у кривичном праву, Загреб, 1987, стр. 298.

³⁹⁶ Нека истраживања су показала да је у вишечланим породицама нека деца могу избећи ову врсту насиља, с обзиром на то да педофили траже пре свега погодне жртве које пружају мали ниво отпора. – А. Bannister, *Creative therapies with traumatized children*, London, 2003, преузето са сајта books.google.com, *finkelhor precondition model Bannister 2003 and sitesec reviews Jessica Kingsley Publishers*. У француском кривичном законодавству (*Nouveau code penal*) код кривичног дела силовања није потребно davати отпор, јер чињеница да је сила употребљена показује да слободне воље нема. Свака додатна сила може бити само квалификаторна околност, а и сама инкриминација силовања не обухвата опис радње извршења, већ је то препуштено судској пракси. - *Nouveau code penal, d'emploi, Art. 222-23 – 222-26, Section 3, Pragraphe 1, (Du viol); Art. 222-27 – 222-32, Section*

изједначеног чина, не могу да важе исти критеријуми за дете као за одраслу особу. То ће зависити од више околности, међу којима су узраст детета, однос физичке несразмере између учиниоца и детета итд. Новија судска пракса и теорија сматрају да је питање отпора пасивног субјекта *questio facti* и да га треба процењивати зависно од свих субјективних и објективних околности конкретног случаја. Под субјективним околностима се подразумевају околности везане за извршиоца и пасивног субјекта, као што су то нпр. психофизичко стање, узраст, физичка снага и сл., а под објективним околностима треба подразумевати нпр. место извршења кривичног дела (отворени или затворени простор, усамљено место, шума), начин извршења, односно коришћење неког оружја или оруђа, затим време извршења и сл.³⁹⁷ У једној пресуди заузет је став да употреба силе ради извршења насилне обљубе не мора да буде увек таква да оставља физичке трагове у облику телесне повреде на телу женског лица које је код кривичног дела силовања нападни објекат, већ је довољна сила таквог интезитета којом се и поред тога што она не оставља трагове на телу оштећене – ипак савлада њен отпор (Врховни суд Србије, Кж. 1. 1915/72).³⁹⁸ Овакав закључак суда нарочито би се могао применити када су у питању деца где је често довољна и мала, безначајна употреба силе ради вршења обљубе или са њом изједначеног чина нпр. шамар слабијег интезитета, вучење за уши, благо повлачење за косу и сл. У том смислу је и став изнет у пресуди првостепеног суда да "чињеница да код оштећене приликом прегледа нису пронађени трагови силе у виду хематома, огуљотина и сличног по оцени суда не доводе у сумњу исказ оштећене, обзиром да је на основу исказа како саме оштећене, тако и оптуженог утврђено да је исти критичном приликом није тукао, нити употребљавао већу силу која би довела до повређивања оштећене, већ да је исти својим понашањем, (након што је плачући одбила да га орално задовољи и молећи да је врати у школу покушала да изађе из возила, рукама привукао себи, ухватио је за косу и привукао њену главу у своје крило тражећи да узме његов полни орган у уста), изазвао такав страх код

3, Pragraphe 2, (Des autres agression sexuelles); Art. 222-33, Section 3, Pragraphe 3, (Du Harcelement sexuel), Paris, 1993.

³⁹⁷ Тако мисли: И. Марковић, *op. cit.* стр. 82.

³⁹⁸ Б. Чејовић, *Кривично право у судској пракси*, друга књига, посебни део, Београд, 1986, стр. 215.

оштећене да је иста, плашећи се да је не туче и не повреди, престала да пружа отпор и поступила у складу да његовим налогом."... "Оштећена је након што је у почетку пружала константан отпор оптуженом (гурајући га од себе, плачући, покушавајући да изађе из кола и молећи га да је остави на миру и врати у школу), на крају дозволила да јој стави свој полни орган у уста, а потом ејакуира, не доводи у питање постојање овог кривичног дела, обзиром да је према оцени суда, до престанка пружања отпора оптуженом дошло, не зато што је иста на крају пристала на тај чин, већ зато што се плашила да ће је оптужени у супротном тући или на други начин повредити." (пресуда Окружног суда у Пожаревцу К. 62/2009 од 29.05.2009. године и пресуда Апелационог суда у Београду Кж1. 225/10 од 14.10.2010. године).³⁹⁹ Према томе, ради се о сили која не оставља никакве трагове, а отпор детета је савладан. С друге стране, налазимо и примере где постоји употреба силе која је много мањег интезитета. Па је тако, Апелациони суд у једној пресуди (која се не односи на дете као оштећеног, али се може применити аналогија – напомена М.М.) заузео став да су неосновани жалбени наводи браниоца оптуженог да непостојање одбрамбених повреда на телу оштећене и оптуженог указује на то да је изостала како принуда на обљубу, односно квалификована претња, тако и отпор оштећене који је требао да буде стваран и трајан, а не привидан и симулован, да би се радило о кривичном делу силовања... Имајући у виду околности конкретног случаја, да се ради о оштећеној која је малолетна, ситније грађе и физички много слабија од оптуженог, да је била уплашена јер ју је оптужени, који јој је од раније био познат као проблематичан и агресиван момак, одвезао ноћу у воћњак ван пута где у близини није било кућа нити пролазника, да није могла да очекује да ће јој неко пружити помоћ, да је оптужени био под утицајем алкохола и опојних дрога, да ју је претходно ударио у тоалету кафића, чиме је манифестовао спремност да је физички повреди, правилан је закључак првостепеног суда да је оштећена то што је оптужени викао на њу када је покушала да крене према асфалтном путу у намери да оде кући и што је замахнуо ногом према њој као да намерава да је шутне схватила као озбиљну претњу, а да је употреба силе према оштећеној у виду гурања на хаубу аутомобила, затварања уста руком да не би викала и држања у пределу врата, била

³⁹⁹ Необјављена пресуда Окружног суда у Пожаревцу и Апелационог суда у Београду

довољна да сломи отпор оштећене, који се манифестовао у гурању и шутирању ногама, као и да оштећена, с обзиром на постојеће околности и стање страха и обамрлости у коме се налазила, није била способна за пружање јачег отпора. (Пресуда Апелационог суда у Нишу, Кж. 2202/10 од 30.06.2010. године).⁴⁰⁰ На жалост, има и примера где је упркос животном добу пасивног субјекта примењивана озбиљнија сила, без обзира што је у питању дете, па чак и да два лица користе силу да би извршили обљубу. Тако нпр. у једној пресуди се истиче да овај облик кривичног дела постоји јер је учинилац употребом силе принудио на обљубу оштећену, штићеницу Дома за децу лишеног родитељског старања, тако што је са још једним учиниоцем из стамбеног контејнера у ул.... на силу извели оштећену која је ту седела са једним лицем, и одвели је код једног од учинилаца у стан где је исти најпре неколико пута ошамарио и силом јој скинуо одећу – панталоне, мајицу, гаћице, а затим јој је држао ноге док је други учинилац над њом извршио обљубу, а после тога ју је упркос њеном опирању и отимању и сам обљубио, након чега је она побегла у Дом (пресуда Вишег суда у Београду К. 823/10 од 17.09.2010. године и пресуда Апелационог суда у Београду Кж1. 1086/11 од 07.04.2011. године).⁴⁰¹ У другој пресуди, Врховни суд Србије је заузео став да питање отпора женског лица над којим је извршена насилна обљуба треба третирати у контексту опште ситуације сваког конкретног случаја, а у првом реду места и времена извршења дела, узраста оштећене, психичке и физичке конституције оштећене, понашања и агресивности нападача, да ли је оштећена могла очекивати помоћ и др. При томе, треба имати у виду да је начин одбране

⁴⁰⁰ Преузето са сајта Прописи, нет, Инг Про

⁴⁰¹ У образложењу првостепене пресуде се наводи и да је суд имао у виду физичку конституцију оштећене, која је веома мршава, ниска и како то у свом исказу каже васпитач Дома у ком се оштећена налази, по свом физичком изгледу она би више одговарала детету узраста од девет година, те околност да су према њој физичку силу применили два одрасла физички веома јака и развијена мушкарца, у условима када је једна нога оштећене била у гипсу, у ноћним условима када ни њена вика ни запомагање нису могли привући пажњу некога од евентуалних пролазника да јој помогну, обзиром да иста била закључана у кући једног од учинилаца, била је сасвим довољна да савлада отпор оштећене и да је доведу у ситуацију да не може да се одбрани од оваквог физичког напада, те је као таква и била жртва силовања које је окривљени спровео над њом. - Необјављена одлука Вишег суда и Апелационог суда у Београду

оштећене индивидуалан, специфичан и завистан од физичке и психичке конституције лица које се брани. У конкретном случају ради се о девојчици од четрнаест година, која је поступцима оптуженог била изненађена, уплашена и узбуђена, али је и поред тога пружила отпор, што се види и из тога што је оптужени шамарао и вукао за косу да би савладао њен отпор. Такво њено понашање при чињеници да је оптужени физички јачи од оштећене и да су се налазили ноћу на усамљеном месту, тако да оштећена није могла да очекује помоћ са стране, били су довољни за савлађивање њеног отпора. (Врховни суд Србије, Кж. 146/99).⁴⁰²

У новије време, нарочито у задње две деценије дешавају се случајеви тзв. "date rape" силовања. Ради се о силовању које је олакшано применом лекова и других супстанци у сврху сламања отпора жртве.⁴⁰³ За децу нису ни потребна нити већа количина нити јаки лекови и друге супстанце за сламање њиховог отпора. Обзиром на њихов психички и физички развој најчешће је довољна и занемарљива количина тих медикамената за сламање отпора.

Код претње, она мора бити квалификована, а то значи да је управљена наживот или тело оштећеног лица или њему блиског лица (нпр. претња убиством или наношење тешке телесне повреде). Такође, таквом претњом треба да се ставља у изглед напад на живот или тело одмах или да такав напад непосредно предстоји. Под претњом да ће се непосредно напасти на живот оштећеног лица сматра се и свака радња која је објективно подобна да се сломи отпор код оштећеног лица. У том смислу степен озбиљности односно подобности претње да се сломи отпор за сламање отпора пасивног субјекта не може се мерити само према објективним критеријумима када је питању дете, већ је слично као и код употребе силе, неопходно имати у виду његов узраст, психичку зрелост, али и остале околности под којима је претња упућена. У једној пресуди се између осталог каже да "И психичка принуда, зависно од околности под којима се врши и

⁴⁰² Преузето са сајта Окружног суда у Београду, 2005. године

⁴⁰³ Evaluation and management of the sexually assaulted or sexually abused patient, Dallas, TX: American College of Emergency Physicians, 1999.

која у конкретном случају може да сломи отпор оштећене, мора се узети у обзир као законско обележје кривичног дела силовања." (одлука Врховног суда Србије, Кж. 123/69).⁴⁰⁴ Ради се дакле, о фактичком питању, при чему психичка принуда, када су у питању деца, може да буде и веома блага, али да сломи психички отпор детета и да буде довољна да се постигне циљ – да се изврши кривично дело силовања над дететом, у смислу законских обележја дотичног дела.

У ставу 2. кривичног дела силовања, на који се у ставу 4. такође позива, у односу на став 1. истог кривичног дела разлика је у погледу принуде. Принуда се не остварује употребом силе или претње да ће се непосредно напасти на живот или тело тог лица или њему блиског лица, већ се принуда остварује кроз претњу да ће се о том лицу или њему блиском лицу открити нешто што би шкодило његовој части, угледу или претњи другим тешком злом. Према лицу (жртви) се примењује један посебан вид претње⁴⁰⁵ која мора бити озбиљна и конкретизирана тако да то лице основано верује да ће се и реализовати ако не пристане на обљубу или са њом изједначен чин (чл. 178. ст. 2). То значи да између њих мора постојати “узрочна веза”. Претња код овог облика кривичног дела је конститутивни криминални услов, и за разлику од основног облика силовања нема употребе силе, нити постоји физички отпор жртве.

Откривање нечега што би шкодило части и угледу мора обухватити само истините чињенице и то оно што други не знају или зна врло мали број људи. Такав карактер претње не зависи од стварних намера и могућности извршиоца и сматраће се да је претња озбиљна и ако се касније утврди да извршилац није имао намеру да је реализује или да нпр. није био у објективној могућности да је реализује, под условом да је она код пасивног субјекта створила убеђење да ће зло којим се прети бити остварено. Таква претња била би да ће се открити нешто из интимног живота наведеног лица, нпр. сексуална оријентација, ванбрачна веза,

⁴⁰⁴ Д. Симоновић, Кривична дела у српској легислативи, Службени гласник, Београд, 2010, стр. 301.

⁴⁰⁵ Н. Мемедовић сматра да таква претња има “карактер типичне психичке принуде” - Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 258, или да је то “посебна врста уцене” - Коментар КЗ РС *op. cit.* стр. 386.

ванбрачно зачеће итд.⁴⁰⁶ Претња другим тешким злом мора да буде конкретизована и може да буде изношење лажних, клеветничких тврђења.

Може се поставити питање да ли је законодавац требао да се у овом члану, у ставу 4. уопште и позива на став 2. Ради се о ситуацији која је иначе и када су у питању одрасле особе као жртве у пракси веома ретке.⁴⁰⁷ Када су у питању деца, као жртве, таквих ситуација у судској пракси нису забележене. Теоријски је могуће, али обзиром да се не појављује у пракси требало би га избрисати (декриминализовати) у изменама и допунама које буду евентуално уследиле.⁴⁰⁸

5.4. Обљуба над немоћним лицем

Као и код кривичног дела силовања и код овог кривичног дела кривичноправна заштита деци пружена је у његовом најтежем (квалификованом) облику, у ставу 3, где је по последицама такође изједначена са смрћу пунолетног лица према коме је дело извршено. Овакво поистовећивање је криминалнополитички оправдано јер узраст заштићеног детета представља околност која дозвољава да се обљуба или са њом изједначен чин над немоћним

⁴⁰⁶ Више о овој врсти претње: И. Марковић, *op. cit.* 89-90. Ове врсте претње, по свом карактеру се пре могу односити на одрасле људе, као пасивне субјекте, него на децу, али може наћи своје место евентуално код деце старијег узраста. – напомена М.М.

⁴⁰⁷ Док је постојала принуда на обљубу или противприродни блуд у члану 104. КЗ РС, као посебно кривично дело, готово је било неприметна његова примена. У пракси судова како у Србији тако и целој бившој Југославији у протеклих неколико деценија забележено је свега неколико таквих случајева. С правом се може поставити питање, чему је сврха била тог кривичног дела, односно чему је сврха члану 178. став 2. садашњег Кривичног законика, када је извесно да ни сада неће имати примену или ће бити јако занемарљива? С тим у вези, требало би поћи од тога да кривични законик не треба оптерећивати оним инкриминацијама које у свакодневном животу нису присутне.

⁴⁰⁸ У кривичном законодавству Србије иначе има доста примера за то, но неприхватање инкриминације од стране судске праксе за законодавца у Србији углавном не представља сигнал да би инкриминацију требало преиспитати. – Видети: З. Стојановић, *Превентивна функција кривичног права*, часопис за кривичне науке *Кримен*, број 1. Београд, 2011, стр. 20.

дететом изједначи са силовањем детета имајући у виду степен друштвене опасности као и степен угрожавања заштићеног добра. При томе је без значаја што се у конкретном случају може радити о ситуацијама које су различите по својој суштини и интензитету инкриминисаног догађаја.

Обзиром да се квалификовани облик овог кривичног дела односи на дете, а упућује на претходне ставове, нужно је цитирати цео члан 179. КЗ. Тај члан гласи:

(1) Ко над другим изврши обљубу или са њом изједначен чин искористивши душевно обољење, заостали душевни развој, другу душевну поремећеност, немоћ или какво друго стање тог лица услед којег оно није способно за отпор,

казниће се затвором од две до десет година.

(2) Ако је услед дела из става 1. овог члана наступила тешка телесна повреда немоћног лица или ако је дело извршено од стране више лица или на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин или је учињено према малолетнику или је дело имало за последицу трудноћу,

учинилац ће се казнити затвором од пет до петнаест година.

(3) Ако је услед дела из става 1. и 2. овог члана наступила смрт лица према којем је дело извршено или ако је дело учињено према детету,

учинилац ће се казнити затвором најмање десет година.⁴⁰⁹

Основна карактеристика везана за ово кривично дело се односи на пасивни субјект.

За разлику од кривичног дела силовања, из члана 178. ст. 1. и 2, код овог дела учинилац не примењује, ни силу, ни претњу, нити озбиљну претњу, већ врши искоришћавање одређеног степена немоћи пасивног субјекта у коме се налази тј. учинилац искоришћава стање немоћи жртве које није сам проузроковао.

⁴⁰⁹ До доношења ЗИД КЗ из 2009. године за ставу 1. предвиђени минимум затворске казне је био од једне године, док је предвиђена затворска казна у ставу 2. била од две до дванаест година, а у ставу 3. од пет до осамнаест година.

Законодавац имплицитно претпоставља постојање непристајања таквог пасивног субјекта на сексуални однос. Поред тога, душевно болесна лица или привремено поремећена лица, као и лица која се налазе у посебном стању немоћи (нпр. услед тешке алкохолисаности, или утицаја психоактивних супстанци или чак обоје), своју вољу и ако изразе у форми пристајања на сексуални однос нема потребну правну релевантност, због чега се тај однос своди на посебну врсту злоупотребе. Другим речима, законодавац негира могућност изражавања слободне воље од стране таквих лица, јер она не поседују неопходан психички капацитет.⁴¹⁰ У ранијем ставу судске праксе се "под немоћним лицем, у смислу кривичног дела обљубе над немоћним лицем, уколико се ради о психичкој немоћи, односно заосталом душевном развоју, треба подразумевати лице чији је душевни развој испод душевног развоја лица испод четрнаест година. (одлука Врховног суда Македоније, Кж. 889/66)⁴¹¹

Немоћно лице, пасивни субјект, из става 3. мора бити млађе од четрнаест година, и код њега мора да постоји душевно обољење, заостали душевни развој, друга душевна поремећеност, немоћ или какво друго стање услед којег то лице није способно за отпор. Спорно може да буде који је степен душевне заосталости пасивног субјекта, подразумевајући под тим и дете, потребан да би били испуњени услови за примену овог члана. Иако преовлађује схватање да није довољна било каква душевна заосталост, судска пракса није успела да ту постави релативно прецизну границу. Узима се да постоји знатнија душевна заосталост оног лица које не може схватити значај сексуалног акта нити бити свесно његових последица, те би се само такво лице могло сматрати психички неспособним за пружање отпора, односно неспособним за давање пристанка.⁴¹² Када су деца у питању то би значило двоструку неспособност у вези значаја сексуалног акта,

⁴¹⁰ М. Шкулић, *op. cit.* стр. 433-434.

⁴¹¹ Д. Симоновић, *op. cit.* стр. 307. Овај став, у садашње време, донекле може бити дискутабилан, нарочито када се односи на душевни развој лица који су близу границе од четрнаест година. Од тог периода су се друштвене прилике измениле. Пре свега, васпитавање и односи у друштву су утицали да лица која су узраста од дванаест до четрнаест година данас брже сазревају, тако да често се за њих не може рећи да су "немоћна". Стога се не би могао узети овакав став као правило. – напомена М.М.

⁴¹² З. Стојановић, Коментар Кривичног законика, Београд, 2006, стр. 444.

његових последица, као и неспособности за давање пристанка и то како због душевне заосталости са једне стране тако и због узраста самог детета с друге стране.⁴¹³ У вези каквог другог стања, Врховни суд Србије је заузео став да дете мањег узраста, а с тим у вези и недовољна социјална зрелост може у конкретном случају бити довољна за закључак да је дете немоћно у погледу пружања отпора (ВСС, Кж. 2468/57).⁴¹⁴ С друге стране, не може се само зато што је оштећена била млађа од четрнаест година аутоматски изводити закључак о томе да је она у време обљубе коју је оптужени над њом извршио била немоћно лице (решење Врховног суда Кж. 556/01 од 19.06.2001. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 235/00 од 21.12.2000. године)⁴¹⁵ "Треба узети да је обљуба извршена над немоћним дјететом у случају кад оно, с обзиром на своју доб и ступањ социјалне зрелости, није кадро схватити значај дјела што га починилац над њим врши, јер тко нема предоцбу (или је она само веома нејасна) о томе што други с њим намјерава и какав то има значај за њега, томе недостаје разлог за пружање отпора."⁴¹⁶

Појам немоћног лица се овде, поред оних стања обухваћених основним обликом овог кривичног дела, према схватању судске праксе односи и на случај када је у питању сасвим мало дете које је услед свог старосног доба и физички и психички неспособно за отпор. Ово схватање је у начелу оправдано, али се не може прихватити настојање присутно у пракси да се појам немоћног лица у овом смислу веже за неку фиксну старосну границу, већ је то фактичко питање које треба решавати у сваком конкретном случају.⁴¹⁷ У пресуди Врховног суда

⁴¹³ Супротно мисли И. Стевановић која сматра да је непримењиво на ситуацију када као пасивни субјект имамо душевно заостало малолетно лице. – *op. cit.* стр. 197.

⁴¹⁴ Видети: Ф. Хирјан и М. Сингер, *op. cit.* 300.

⁴¹⁵ У наведеном решењу ВСС се такође напомиње да одлучујући о жалби браниоца Врховни суд налази да није уверљиво закључивање првостепеног суда да је оштећена у тој мери била неспособна да схвати поступање оптуженог све док о томе није разговарала са мајком и да је степен те неспособности чини немоћним лицем. – И. Симић, Збирка судских одлука из кривичноправне материје, 500 одлука, четврта књига, Београд, 2002, стр. 123.

⁴¹⁶ Б. Златарић, Кривични законик у практичној примјени, посебни дио, Загреб, 1958, стр. 277.

⁴¹⁷ З. Стојановић, Коментар Кривичног законика, Београд, 2006, стр. 445-446.

Хрватске (Кж. 518/92) се истиче да под појмом немоћног детета треба разумети само оно дете које је због својих физичких и психичких недостатака, какви иначе нису својствени нормалној дечијој популацији истог узраста, у потпуности онемогућено у пружању било каквог отпора.⁴¹⁸ Постоје мишљења да код детета треба ценити да ли је оно немоћно због околности које га чине беспомоћним, нпр. ако се дете налази у мрачној шуми, на непознатом месту далеко од куће, те имајући у виду и остале околности конкретног случаја и његов узраст да се може сматрати "немоћним дјететом".⁴¹⁹

Пасивни субјект није свестан сексуалног акта и није у могућности да изрази своју вољу и схвати значај у погледу сексуалног односа. Такво лице не може да схвати значај сексуалног акта услед неког душевног обољења, заосталог душевног развоја или друге душевне поремећености (психичка неспособност), па тако нпр. у једној пресуди је заузет став да је извршено кривично дело обљубе над немоћним лицем када је обљуба извршена искоришћавањем немоћи женског лица од четрнаест година, а малолетница је особа лаке менталне заосталости у развоју, што је чини пасивно зависном особом и неспособном да се адекватно одбрани и заштити свој интерес у било којој угроженој ситуацији (одлука Врховног суда Србија, Кж. 975/2000).⁴²⁰ или није у могућности да пружи активан отпор учиниоцу услед физичке немоћи због неке физичке сметње или ситуације у којој се нашло и не може да пружи отпор (физичка неспособност). Тако нпр. "чињеницу да је оштећена, у конкретном случају била немоћно лице суд је утврдио на основу

⁴¹⁸ Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, књига II, Сарајево, 2005, стр. 1579.

⁴¹⁹ Тако мисле: Ф. Хирјан и М. Сингер, *op. cit.* 300. Исти аутори истичу да за постојање обљубе немоћног детета није довољна сама чињеница да је извршена обљуба с немоћним дететом, већ је потребно да је учинилац искористио стање немоћи да изврши обљубу. Тако нпр. неће се радити о кривичном делу обљубе немоћног детета ако је тринаестогодишња девојчица, иначе физички инвалид или пре наступа неког другог стања немоћи желела обљубу или на њу недвосмислено пристала. Међутим, док се код одрасле особе понекад већ из конклюдентних радњи пре стања опијености (размена нежности, обострано узбуђивање, одлазак у стан учиниоца у ноћно доба) може закључити да је пристала на обљубу, код деце ће требати, зависно од доби и педагошког статуса, бити суздржљив и опрезан с таквим закључцима. – *Ibid.*

⁴²⁰ Д. Симоновић, *op. cit.* стр. 307.

судскопсихијатријског мишљења тима вештака Центра за судску психијатрију за оштећену који је након непосредне опсервације детета у Центру за дечију и адолесценту психијатрију, као и увида у судске списе и постојећу медицинску документацију констатовао да је оштећена ментално недовољно развијено лице, да је њено интелектуално функционисање у категорији лаке менталне ретардације, те да оштећена у самој деликтној ситуацији није могла да перципира опасност по себе због изразите несразмере у физичкој снази и страха због чега није могла да пружи активан отпор окривљеном. Имајући у виду и чињеницу да је оштећена дете старо осам година тежине око тридесет килограма суд је мишљења да је она и према свом узрасту у конкретном случају била немоћно лице у смислу члана 179. став 3. у вези са ставом 1. Кривичног законика, јер је окривљени особа стара двадесетчетири године, тежине седамдесет килограма па је постојала изразита несразмера у физичкој снази између окривљеног и оштећене која у тој ситуацији није могла пружити никакав отпор оштећеном осим плакања, што је она и навела." (пресуда Вишег суда у Новом Саду, К. 308/11 од 02.03.2012. године и пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Кж. 1. 1588/12 од 30.05.2012. године).⁴²¹ Код физичке неспособности се иначе најчешће се ради о органским обољењима и повредама, физичкој исцрпљености, инвалидности и сл.). У једној пресуди (која се може односити и на дете – напомена М.М.) је заузет став да када је учинилац знао да је оштећена као ментално ретардирана немоћно лице и када је искористио њену постојећу неспособност да би над њом извршио обљубу, њен евентуални пристанак или чак иницијатива не утичу на постојање кривичног дела. У образложењу се истиче да је учинилац искористио психичку немоћ оштећене (која је ментално ретардирана на нивоу дебилитета, инфатилна, емоционално и социјално незрела) и физичку – обољење од дечје церебралне парализе, услед чега оштећена није могла да се брани на адекватан начин, тако што је довео у своју собу, закључао врата, скинуо одећу са себе и оштећене, оборио је на кревет и извршио обљубу. На правилно и потпуно утврђено чињенично стање првостепени суд је правилно применио кривични закон када је нашао да је окривљени са умишљајем извршио кривично дело обљубе над немоћним лицем и да је за исто кривично одговоран. Окривљени је знао да је оштећена немоћно лице и

⁴²¹ Преузето са сајта Прописи нет, Инг Про

искористио је њену постојећу неспособност тако да њен евентуални пристанак или чак иницијатива нису од утицаја на постојање кривичног дела. Стога су неосновани жалбени наводи окривљеног и његовог браниоца да је оштећена пристала на сексуалне односе са окривљеним. (Пресуда Округног суда у Београду, Кж. 2247/05 од 17. октобра 2005. и пресуда Петог општинског суда у Београду, К. 346/05 од 31. маја 2005. године).⁴²²

У пракси, која је додуше веома ретка када је дете пасивни субјект, јављају се душевно заостала лица, али и привремено душевно поремећена лица услед узимања алкохола или дрога и лица над којима је извршено силовање од стране више лица која услед исцрпљености и сл. нису била у стању да пружају отпор осталим учиниоцима, тако да су они без примене принуде извршили обљубу или са њом изједначен чин. Тако нпр. суд је закључио "када учинилац искористи стање малолетне оштећене особе у коме се она нашла због силовања које је над њом извршено и услед тога није била способна да пружи отпор, па над њом изврши обљубу, чини кривично дело обљубе над немоћним лицем" (пресуда Врховног суда Србије Кж. 320/91 од 09.05.1991. године и пресуда Округног суда у Београду К. 194/90 од 21.02.1991. године). У образложењу поменуте одлуке се наводи да је првооптужени употребом силе и претњом извршио обљубу над малолетном оштећеном која није навршила четрнаест година тако што је сусрео на улици, ухватио за косу и насилно увео у кућу, говорећи јој да ако писне свашта јој се може десити и ударио јој шамар када је она одбила да се скине, након чега је она услед страха скинула одећу, па је он над њом извршио обљубу. После тога другооптужени је на позив првооптуженог ушао у собу и искористио стање оштећене код које је радњама првооптуженог био сломљен отпор и у ситауцији када она није способна за отпор, извршио над њом обљубу. Првооптужени је оглашен кривим за кривично дело обљубе са лицем које није навршило четрнаест година из члана 106. став 2. у вези става 1. КЗ РС, а другооптужени обљубе над немоћним лицем из члана 105. став 1. КЗ РС. (члану 106. став 2 одговара члан 180. став 2, а члану 105. став 1. – члан 179. став 1. Кривичног законика Србије). Суд

⁴²² Билтен, Округног суда у Београду, број 70, Београд, 2006. стр. 73.

није прихватио правну квалификацију дату у оптужници да стоји квалификација дела за оба оптужена по ставу 2. члана 106. КЗ РС, јер за ово кривично дело је потребно да постоје два или више лица за извршење кривичног дела, што у конкретном случају није утврђено. Свеукупан догађај се одвијао у две фазе, тако да радње првооптуженог и другооптуженог треба посматрати сасвим одвојено као две засебне кривичноправне радње. Првооптужени употребљава силу и претњу да изврши обљубу над оштећеном без присуства и договора са другооптуженим који се појављује тек након извршења дела од стране првооптуженог и користи ситуацију у којој се нашла оштећена⁴²³

У ставу 2. на који се такође позива у ставу 3. члана 179. су предвиђени тежи облици и то ако је немоћном детету приликом обљубе или са њом изједначеног чина нанета тешка телесна повреда, или је извршено од стране више лица, или на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин или је дело имало за последицу трудноћу.⁴²⁴ Како су све околности осим да је дело над немоћним лицем извршено на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин већ анализирани код кривичног дела обљубе са дететом, важи све што је већ тада речено.

Вршење обљубе или са њом изједначеног чина над немоћним дететом на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин може бити обухваћено само умишљајем. Сама свирепост посматрајући њену објективну компоненту се састоји се у наношењу жртви патњи, страха и мучног стања које надилази уобичајени начин извршења кривичног дела, а субјективна компонента се огледа у свести учиниоца да жртви наноси управо такве патње или свести о могућности наношења таквих патњи и хтењу, односно пристајању на њихово наношење.⁴²⁵ Нарочито свирепост постоји када је прешла границу (меру) која је својствена сваком кривичном делу, а које се огледа у психофизичком малтретирању и

⁴²³ Б. Чејовић, Кривично право у судској пракси, друга књига, посебни део, Београд, 2008. стр. 336-337.

⁴²⁴ Аутор је намерно изоставио околност – "да је дело учињено према малолетнику" јер се анализира однос према детету, те би образлагање околности везано за малолетника била непотребна – напомена М.М.

⁴²⁵ Видети: Ф. Бачић – Ш. Павловић, Казнено право, посебни дио, Загреб, 2001, стр. 153.

мучењу, где је изражен интезитет бруталности и грубости. Као најчешћи примери се наводе гашење цигарете на телу жртве, стискање осетљивих делова тела и сл. Ово нарочито долази до изражаја када постоји велика несразмера у снази или животном добу учиниоца и жртве (детета).

Извршење обљубе или са њом изједначеног чина над немоћним дететом представља свакако само за себе понижење за то дете. Нарочито понижавајући начин обухвата понижавање жртве – детета која превазилази извршење самог тог дела било кроз понашање учиниоца, било кроз неке друге околности под којима је дело извршено. То значи да нарочито понижавајући начин у објективном смислу мора произлазити из конкретних околности извршења дела, а исто тако морају бити испуњени и субјективни елементи, тј. свест и намера извршиоца да жртву понизи у већем степену од уобичајеног, дакле да према њој поступи на нарочито понижавајући начин.⁴²⁶ Тако нпр. Врховни суд Хрватске је у својој пресуди (Кж. 732/82 од 19.10.1982. године) изнео став да се ради о противприродном блуду (са обљубом изједначен чин) према мушком детету на нарочито понижавајући начин када је учинилац кривичног дела противприродног блуда ставио свој уд у уста оштећеног детета, ако је то на субјективној страни обухваћено умишљајем учиниоца, његовом свешћу и хтењем или барем пристајањем да се иживљава над дететом и да га понижава.⁴²⁷

Исти суд је у другој пресуди истакао да када је током поступка утврђено да је оптужени са оштећеном (својом кћери) обавио најмање пет обљуба кроз период од више година, оштећена је била у почетку старосне доби од свега седам година, извршио са њом анални однос, те тражио да му лиже полни орган, онда је та обљуба са дететом имала карактер учињеног дела на нарочито понижавајући начин како то јавни тужилац у својој жалби оправдано истакао. Обављањем више сексуалних радњи (стављањем полног органа у уста и анални однос) с оштећеном тако ниског животног доба, оптужени је прешао меру понижења која је иначе иманентна сваком кривичном делу обљубе детета... (Врховни суд Хрватске Кж.

⁴²⁶ Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, *op. cit.* стр. 1569.

⁴²⁷ Видети: И. Зиндовић – О. Драгутиновић, *Кривично право у судској пракси*, Чачак, 1998, стр. 244.

411/01-9 од 06.03.2002. године).⁴²⁸ Извршилац наступа безобзирно и без моралних скрупула у настојању да тело жртве (детета) стави у ситуацију да врши атак на његово достојанство. Као примери могу послужити и – уринирање жртве – детета, вршење обљубе или са њом изједначеног чина пред члановима породице, терање немоћног детета да игра, пева и сл.

Ове околности су, на срећу, ипак више теоријског карактера јер до сада код нас такви примери у судској пракси нису забележени.

У погледу кривице, потребан је умишљај учиниоца који мора да садржи у себи двоструко сазнање. Прво, у вези здравственог стања немоћног лица: његово душевно обољење, заостали душевни развој, друга душевна поремећеност, немоћ или какво друго стање тог лица услед којег оно није способно за отпор и друго – сазнање је да то немоћно лице има испод четрнаест година. Уколико је учинилац имао погрешну представу да се пасивни субјект не налази у таквом стању, то се питање решава према општим кривичноправним правилима која се односе на стварну заблуду.⁴²⁹ У немачкој кривичноправној теорији ова заблуда постоји када "неко приликом учињења кривичног дела није свестан неког законског чињеничног обележја које припада кривичном делу..." "...те да лице које тако поступа не чини дело умишљајно, тако да се таквом "грешком" искључује

⁴²⁸ Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, *op. cit.* стр. 1564.

⁴²⁹ Тако се у пресуди Врховног суда Србије који је решавао по жалби на пресуду првостепеног суда истиче да је обљуба извршена искоришћавањем немоћи женског лица када је малолетница која је навршила четрнаест година особа лаке менталне заосталости у развоју што је чини пасивно зависном особом неспособном да се адекватно одбрани и заштити свој интерес у било којој угроженој ситуацији. У образложењу ове одлуке се наводи да је у жалби браниоца истакнуто да оптужени на основу понашања оштећене и њеног психичког стања и степена зрелости није могао да закључи да ради нешто забрањено. По оцени другостепеног суда оптужени је добро знао да се малолетна оштећена разликује од остале деце, да је у заводу у коме су боравили могао јасно да схвати да она због својих карактеристика није у могућности да пружи отпор, те да у конкретној ситуацији отпор неће пружати. (Пресуда Врховног суда Србије Кж. 975/00 од 15. јуна 2001. и пресуда Окружног суда у Београду, К. 429/99 од 12. децембра 1999. године) – Интермекс, судска пракса Оваква ситауција се може односити и на лица млађа од четрнаест година. – напомена М.М.

интелектуални елемент умишљаја.⁴³⁰

5.5. Обљуба злоупотребом положаја

Ово кривично дело има извесних специфичности у односу на претходно наведена дела јер се кривичноправна заштита деце не предвиђа у основном облику, нити позивањем на њега (те неће ни бити цитиран) већ у квалификованим облицима. Обљуба злоупотребом положаја је предвиђена у члану 181. КЗ и гласи:

(2) Наставник, васпитач, старалац, усвојилац, родитељ, очух, маћеха или друго лице које злоупотребом свог положаја или овлашћења изврши обљубу или са њом изједначен чин са малолетником који му је поверен раду учења, васпитавања, старања или неге,

казниће се затвором од једне до десет година.

(3) Ако је дело из става 2. овог члана учињено према детету, учинилац ће казнити затвором од три до дванаест година.

(4) Ако је дело из става 1. до 3. овог члана имало за последицу трудноћу, учинилац ће се казнити за дело из става 1. затвором од шест месеци до пет година, за дело из става 2. затвором од две до дванаест година, а за дело из става 3. затвором од три до петнаест година.

(5) Ако је услед дела из става 3. овог члана наступила смрт детета, учинилац ће се казнити затвором најмање десет година.⁴³¹

Као што се види из цитираног члана (у ставу 3. који се односи на дете, а који се позива на став 2.) инкриминисана је обљуба или са њом изједначен чин

⁴³⁰ С. Roxin, Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, 3, Auflage, “С.Н.Бекзсче Verlagsbuchhandlung”, Munchen, 1997, s. 405. – цитирано према Шкулић, op. cit. стр. 435.

⁴³¹ До доношења ЗИД КЗ из 2009. године, у ставу 3. предвиђени законски минимум казне затвора је била од две године док је у ставу 5. предвиђени распон казне био од пет до осамнаест година.

наставника, васпитача, стараоца, усвојиоца, родитеља, очуха, маћехе и другог лица које злоупотребљавајући свој положај или овлашћење изврши обљубу или са њом изједначен чин са дететом које му је поверено ради учења, васпитавања, старања или неге. За лица која су поменута није нужно утврђивати постојање злоупотребе положаја или овлашћења у сваком конкретном случају, јер када неко од тих наведених лица изврши према детету обљубу или са њом изједначен чин које му је поверено ради учења, васпитавања, старања или неге онда она објективно постоји. Ово би се морало утврђивати ако би се радило о неком другом лицу (која нису поменута у цитираном члану).

У смислу овог члана под "другим лицем" би се требало подразумевати свако лице (поред ових који су изричито наведени као могући извршиоци овог кривичног дела) које је дете поверено ради учења, васпитавања, старања или неге. Однос између тог "другог лица" и пасивног субјекта се може заснивати на неком правном акту (закону, уговору и сл.) али може да произлази и из фактичког стања. Ако не постоји својство особе као нормативни елемент бића кривичног дела из става 2, или законом одређени однос због којег је жртва (дете) поверено учиниоцу, односно ако радња обљубе није извршена злоупотребом положаја или односа неће се радити о овом кривичном делу. Уз то, ако не постоје обележја другог кривичног дела, уопште се неће радити о кривичном делу.⁴³²

Сходно томе, не мора се радити о неком трајном односу, нпр. то могу бити лекари, медицинске сестре и друго здравствено особље у болницама и другим здравственим установама, али и наставници, професори, који дају приватне часове ученицима, спортски тренери. У круг лица која су обухваћена одредбом става 2. члана 181. КЗ спада и лекар који је злоупотребио свој положај да над малолетном оштећеном која му је дошла у ординацију као пацијент и о којој је био дужан да се стара изврши недозвољену полну радњу. (Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 108/06 од 20. фебруара 2006. и пресуда Првог општинског суда у Београду К. 1547/03 од 30. јуна 2004. године).⁴³³ У другој пресуди је заузет

⁴³² У том смислу и: Ф. Хирјан – М. Сингер, *op. cit.* стр. 290.

⁴³³ Интермекс, судска пракса, приређивач И. Симић, судија Окружног суда у Београду. Ова пресуда се пре свега односи на кривично дело обљубу злоупотребом положаја, а потом и на

став да тренер у спортском клубу може бити извршилац кривичног дела обљубе или противприродног блуда злоупотребом положаја из члана 107. КЗ РС, и поред тога што формално није био постављен за тренера, ако је фактички обављао послове тренера у клубу. У образложењу се наводи да је оптужени злоупотребом свог положаја прво навео на обљубу малолетну оштећену па је затим обљубу извршио при том користећи свој ауторитет који је имао према оштећеној. У одредби члана 107. став 2. Кривичног закона Републике Србије су само примера ради наведени најтипичнији случајеви лица (наставник, васпитач, старалац, усвојилац) која се могу појавити као извршиоци овог кривичног дела, али пошто закон употребљава израз "друго лице" под њим треба разумети свако оно лице коме је малолетник поверен на бригу и старање, па то може бити и тренер у спортском клубу, као оптужени у конкретном случају, без обзира што формално није именован за тренера, код чињенице да је у кик бокс клубу фактички обављао послове тренера. Овде је битно да је оптужени обљубу извршио према оштећеној која је, као члан спортског клуба, према њему била у положају подређености злоупотребом свог положаја тренера. (пресуда Окружног суда у Ваљеву, Кж. 222/02 од 11.06.2002. године).⁴³⁴ Исто тако, ванбрачни супруг мајке детета – пасивног субјекта, ванбрачна супруга оца детета – пасивног субјекта, фактички старалац детета и сл. па тако нпр. у једној пресуди је заузет став да "када мајка своје малолетно женско дете, у време док још није навршила четрнаест година, и после тог узраста, поверава на чување, и васпитање свом ванбрачном мужу који са њом дуже времена живи у трајној ванбрачној заједници и о детету се стара и води бригу као да му је очух, - ванбрачни муж у таквим околностима и у таквом положају може да буде учинилац кривичног дела обљубе злоупотребом." У образложењу пресуде којом је одбијена жалба и потврђена првостепена пресуда, Врховни суд је, између осталог, истакао: "У конкретном случају оптужени, додуше, није био особа која би имала својство очуха, али он је био особа којој је мајка оштећене, за време док је она била одсутна од куће и спречена службом,

поменуте недозвољене полне радње, а осим тога се може односити и на лица испод четрнаест година – напомена М.М.

⁴³⁴ Ibid. Наведено се може односити и на оштећено лице млађе од четрнаест година под истим условима наведеним у поменутој пресуди. – напомена М.М.

поверила оштећену као своју кћерку ради чувања, имајући у њега поверење кад је тако дуго с њим живела у ванбрачној заједници и кад се оптужени у очима мајке према оштећеној фактички односио као очух преузевши на тај начин према оштећеној сву бригу, па и бригу ради учења, васпитања, чувања и неге, која иначе припада мајци оштећене. То несумњиво произлази из његовог понашања које је дошло до изражаја у чињеници да је он с мајком оштећене заједнички решавао све проблеме који се појављују у таквој заједници, а посебно преузимао је на себе и свој део обавеза, па и у погледу школовања и чувања оштећене, тако да је он уписао у школу, чак под својим презименом, и да је долазио и на родитељске састанке приказујући се као њезин родитељ иако такав није био јер он није био отац оштећене. Такво понашање оптуженог створило је у очима оштећене утисак као да јој је он рођени отац. Према томе, не стоји приговор оптуженог да он према оштећеној није заузимао никакав положај који би између њега и оштећене стварао однос зависности, па да се према томе не може третирати као особа којој је оштећена била поверена ради чувања у време док је он замењивао мајку оштећене у њезиној одсутности. Будући да је оптужени, супротно наводима жалбе, злоупотребом свог положаја који је резултирао из односа зависности, како је то у овом образложењу истакнуто, извршио обљубу са оштећеном, започевши с том криминалном делатношћу у време док оштећена још није била навршила четрнаест година, па и даље с том делатношћу наставио, то је првостепени суд правилно узео да се у таквој делатности оптуженог остварују обележја овог кривичног дела." (пресуда Врховног суда Хрватске Кж. 1221/63 од 14.05.1963. године).⁴³⁵ Новији примери из судске праксе потврђују такав став раније судске праксе. Па тако нпр. Апелациони суд у једној својој пресуди наводи да је првостепени суд "правилно утврдио да је окривљени у својству очуха, јер је у то време живео у ванбрачној заједници са мајком малодобне оштећене, злоупотребом свог положаја у критичном периоду, када му је фактички била поверена на старање у одсутности мајке, предузимајући више радњи према малодобној оштећеној које имају значај са обљубом изједначеног чина, стављајући јој полни орган у уста и др. затим, покушавајући и да изврши обљубу са њом и предузимајући остале описане полне радње, био свестан свих ових

⁴³⁵ Б. Чејовић, *op. cit.* стр. 344-345.

радњи, укључујући и узраста малодобне оштећене, и хтео њихово извршење, поступајући тако са директним умишљајем и то према малодобној оштећеној, рођеној 29.10.1996. године, која је у периоду од 2006. до 28.10.2009. године, имала десет до тринаест, а окривљени је наведене инкриминисане радње према малодобној оштећеној понављао... При томе је првостепени суд правилно нашао да је окривљеном, као ванбрачном супругу мајке малодобне оштећене и у том својству очуху малодобне оштећене, она била поверена ради старања, а имајући у виду да су окривљени и законски заступник живели дуже време у ванбрачној заједници, па се примена кривичног закона у овом делу не може доводити у питање." (Пресуда Вишег суда у Новом Саду, К. 85/11 од 15.06.2011. године и пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Кж. 1. 3037/11).⁴³⁶

Спорно питање је када се као учинилац појављују родитељи, деда, баба, брат, сестра односно да ли се ради о стицају овог кривичног дела и кривичног дела родоскрвњења из разлога што се не може вршити од стране сродника по правој линији, а да неизбежно се ни изврши кривично дело родоскрвњење. У теорији и судској пракси преовлађује став да се ради о идеалном стицају ова два кривична дела по основу консумције. За овакав став има више разлога, тим пре што прописани посебни максимум (до дванаест година затвора) довољно је висок да се приликом одмеравања казне и за само ово кривично дело може одмерити адекватна казна и у случају да је истовремено остварено и биће кривичног дела родоскрвњења.⁴³⁷ Тако нпр. Врховни суд Србије је једној пресуди навео да је оптужени у породичној кући злоупотребом положаја, као отац, у више наврата извршио обљубу над својом кћерком старом тринаест година која му је фактички била поверена од стране мајке ради чувања и васпитања, јер је мајка напуштала

⁴³⁶ Преузето са сајта Прописи нет, Инг про

⁴³⁷ Видети: З. Стојановић, *op. cit.* стр. 450. Овакав став је иначе био присутан и у ранијој теорији - Ф. Хирјан – М. Сингер, *op. cit.* стр. 291. Коментар Кривичног закона Републике Србије, *op. cit.* стр. 397, али и у судској пракси, видети: Врховни суд АП Војводине Кж. 173/54, Врховни суд Словеније Кж. 780/58, Врховни суд Хрватске Кж. 173/54, Кж. 2368/62, Кж. 1631/68 и Врховни суд Србије Кж. 1817/77.

домаћинство.⁴³⁸ Постоје и другачија мишљења и то да се ради само о тежем облику кривичног дела родоскрвњења, а из разлога што када је у питању родитељ детета или малолетника по природи ствари произлази да је његова законска, а и морална дужност да се стара о васпитавању, учењу, чувању или нези тог лица, те није потребно да му оно буде "поверено" у ту сврху.⁴³⁹

Уколико се обљуба или са њом изједначен чин злоупотребом положаја изврши над дететом које се према учиниоцу налази у каквом односу подређености или зависности, постојаће само кривично дело обљубе са дететом из члана 180. став 1, по основу специјалитета.

У ставу 4, као тежем облику, се наводи да ако је услед дела из претходног става имало за последицу трудноћу детета да ће се казнити затвором од три до петнаест година. У вези последица трудноће важе напомене које су дате код кривичног дела из члана 180. КЗ.

Најтежи облик је предвиђен у ставу 5. ако је услед дела из става 3. наступила смрт детета, за шта је забрањена казна затвора од најмање десет година. У вези смрти детета такође вреде напомене које су дате уз члан 180. КЗ.

⁴³⁸ У образложењу се наводи да је оптужени у периоду од два месеца злоупотребио улогу оца, остварен ауторитет и прилике које му је таква улога пружала, да буде сам са кћерком и изврши обљубу, чиме је извршио кривично дело из члана 181. став 3. у вези става 2. КЗ. Оптужени је искоришћавао прилику да је мајка у то време у више наврата напуштала домаћинство и малолетницу поверила оцу на чување (пресуда Врховног суда Србије Кж. 1605/06 од 11.09.2006. године и пресуда Округног суда у Београду К. 2093/05 од 18.05.006. године). – И. Симић и А. Трешњев, збирка судских одлука из кривичноправне материје, 500 одлука, осма књига, Београд, 2008, стр. 111.

⁴³⁹ Овај став заступају: В. Камбоски, Казнено право, Пос. Дел, Скопје, 1997, стр. 213. и И. Марковић, Кривична дјела против полног интегритета, Коментар кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, *op. cit.* стр. 1585.

5.6. Недозвољене полне радње

Кривично дело недозвољене полне радње није класичан сексуални деликт. Нема своје “биће” него се “ослања” на кривична дела из чл. 178. ст. 1. и 2, 179. став 1, 180. став 1. и 181. став 1. до 3. Кривичног законика Републике Србије (силовање, обљуба над немоћним лицем, обљуба са дететом и обљуба злоупотребом положаја). Нема своје законско обележје, и због тога у теорији и судској пракси се јавља проблем одређивања радње извршења, јер се јавља недоумица које све радње улазе у зону коју обухвата ова инкриминација.⁴⁴⁰

Једино што није спорно, и око чега се и доктрина и судска пракса слажу, јесте да оне не улазе у појам обљубе и са њом изједначеног чина.

Ово кривично дело је предвиђено у члану 182. и гласи:

(1) Ко под условима из члана 178. ст. 1. и 2, 179. став 1. и 181. став 1. и 2. овог законика, изврши неку другу полну радњу,

казниће се новчаном казном или затвором до три године.

(2) Код под условима из члана 180. став 1. и члана 181. став 3. овог законика изврши неку другу полну радњу,

казниће се затвором од шест месеци до пет година.

(3) Ако је услед дела из става 1. и 2. овог члана наступила тешка телесна повреда лица према којем је дело извршено или ако је дело извршено од стране више лица или на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин,

учинилац ће се казнити затвором од две до десет година.

(4) Ако је услед дела из става 1. и 2. овог члана наступила смрт лица према којем је дело извршено,

учинилац ће се казнити затвором најмање пет година.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ З. Стојановић – Осврт на инкриминацију блудних радњи из чл. 183. КЗ и њену примену у судској пракси, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, број 2/1975, стр. 294.

⁴⁴¹ До доношења ЗИД КЗ из 2009. године и ЗИД КЗ из 2012. године, ово кривично дело је гласило:

Са најновијим изменама и допунама КЗ из 2012. године, у ставу 1, недозвољене полне радње више не предвиђају инкриминацију када су у питању деца. До ових измена и допуна КЗ недозвољене полне радње су у ставу 1. биле довођене и у везу са кривичним делом обљубе злоупотребом службеног положаја из члана 181. став 3. који се односи на дете, док се сада односе само на пунолетна лица.

У ставу 2, ЗИД КЗ из 2009. године и ЗИД КЗ из 2012. године законодавац је посебно и искључиво инкриминисао недозвољене полне радње према деци, доводећи их у везу са кривичним делом обљубе са дететом из члана 180. став 1. КЗ и кривичним делом обљубе злоупотребом службеног положаја из члана 181. став 3. КЗ прописујући већу казну од оне која је предвиђена за недозвољене полне радње у вези силовања, обљубе над немоћним лицем и обљубе злоупотребом положаја над пунолетним лицима, у ставу 1.⁴⁴²

Карактеристично је за недозвољене полне радње да су то све оне радње које су управљене на задовољење сексуалног нагона, али не обљубом и са њом

(1) Ко под условима из члана 178. ст. 1. и 2, 179. став 1, 180. став 1. и 181. став 1. до 3. овог законика, изврши неку другу полну радњу,

казниће се новчаном казном или затвором до три године.

(2) Ако је услед дела из става 1. овог члана наступила тешка телесна повреда лица према којем је дело извршено или ако је дело извршено од стране више лица или на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин,

учинилац ће се казнити затвором од две до десет година.

(3) Ако је услед дела из става 1. овог члана наступила смрт лица према којем је дело извршено,

учинилац ће се казнити затвором од три до петнаест година.

⁴⁴² Занимљиво је нпр. да је Енглеска још пре више од пола века учинила допуне овог кривичног дела у вези деце. На иницијативу Дивизионог суда у Енглеској су извршене одређене допуне кривичног дела блудних радњи према лицима млађим од шеснаест година. Тако у Закону о непристојном понашању према деци, из 1960. године стоји: “Свако лице које учини радњу квалификованих блудних радњи са или према детету које је млађе од четрнаест година, или које подстакне дете млађе од тих година, на такву радњу са њим или са другим, биће подобан за оптужење за затвор у времену од две године или осуду кроз сумарни поступак, на затвор у трајању који не прелази шест месеци; новчана казна није искључена (2000 фунти), а могуће је кумулативна примена обе казне.” – Више о томе: З. Мршевић, Инцест између мита и стварности, Криминолошка студија сексуалног злостављања деце, Београд, 1997, стр. 172.

изједначеним чином, када се они сматрају кривичним делима.⁴⁴³ То значи да су кажњиве само оне недозвољене полне радње које су извршене под одређеним условима и околностима, а којима се нарушава слободно опредељење другог лица у области сексуалних односа, односно повређивање сексуалне слободе личности.⁴⁴⁴ Обзиром на наведено, произлази да се радња извршења остварује кроз различите делатности, те недозвољене полне радње постоје, између осталог, и када се врше:

- према детету, које није навршило четрнаест година (не врши се обљуба или са њом изједначен чин већ само недозвољене полне радње)

- према детету које се према учиниоцу налази у односу какве подређености или зависности (злоупотребом овог односа не врши се обљуба или са њом изједначен чин, већ само недозвољена полна радња), односно према детету које је учиниоцу поверено ради учења, васпитавања, старања или неге (злоупотребом поверења не врши се обљуба или са њом изједначен чин већ само недозвољене полне радње). Нпр. када родитељи позову свога кума-окривљеног да док они тога

⁴⁴³ Поједини теоретичари појам блудних радњи односно сада недозвољених полних радњи одређују негативно и позитивно. “Тај појам (мисли се на недозвољене полне радње – напомена М.М.) пре свега може се негативно одредити. У блудну радњу у смислу ових кривичних дела не улази обљуба и противприродни блуд. Позитивно одређени појам блудних радњи означаје сваку радњу предузету у намери задовољења телесне похоте.” – Ј. Таховић, *op. cit.* стр. 178. Слично одређење налазимо и код З. Шепаровића, - “Блудне радње, као посебно кривично дјело, чине све оне радње које иду за задовољењем сполнога нагона на који други начин, а не обљубом или протуприродним блудом, у случајевима кад се обљуба или протуприродни блуд сматрају кривичним дјелом. То је негативна дефиниција. Иначе, блудна радња је свака радња која иде за узбуђењем или удовољењем сполног нагона као и она којом сполни нагон долази до изражаја. Оваква радња грубо повређује моралну пристојност у сполном погледу прелазећи преко граница које су услед обичаја повучене сполном животу.” – З. Шепаровић, *Кривично право, посебни дио*, Загреб, 1979, стр. 79.

⁴⁴⁴ С друге стране, у теорији изражавају се и мишљења да ако се полази од тога да је заштитни објекат који се повређује недозвољеном полном радњом, ако не првенствено, онда поред морала и осећаја стида - сексуални интегритет личности, тада би под појам недозвољених полних радњи требало супсумирати и такве сексуалне манипулације на телу жртве које су предузете у намери да је понизи, застраши, да се изазове згражавање или одвратност, те радње које су учињене из знатижеље или у експерименталне сврхе. – Више о томе: Ф. Хирјан - М. Сингер, “Сполне злоупотребе дјече и омладине”, *Судскомедицинске и правне актуалности*, Загреб, 1978, стр. 85.

дана буду у селу буде са њиховим кћеркама старим четрнаест и тринаест година "и да им се нађе", па он над старијом изврши блудну радњу (недозвољену полну радњу), не може се прихватити став да деца њему нису била поверена.⁴⁴⁵ Или нпр. када је окривљени као професор малолетну оштећену ученицу у свом кабинету загрлио, пољубио и тражио да и она то учини, па када га је пољубила привукао је, чврсто стегао и миловао по грудима, тиме је извршио кривично дело блудне радње.⁴⁴⁶

И судска пракса је у циљу одређивања појма недозвољених полних радњи поставила одређене критеријуме, тако да су за постојање недозвољених полних радњи потребна два елемента: 1. намера задовољења или побуђивања сексуалног нагона и 2. кршење постојећих норми сексуалног морала.⁴⁴⁷ Према томе, за

⁴⁴⁵ У образложењу Окружног суда, као другостепеног, се каже да је првостепени суд извео погрешан закључак да оштећена са својом сестром није била поверена на чување окривљеном док су јој родитељи били на селу. Исказ мајке малолетне деце да је замолила окривљеног да буде у њиховом стану и да се нађе деци, заправо представља радњу која појам чувања подразумева и обједињује. Она је управо позвала окривљеног да буде са девојчицама у стану и да им евентуално помогне ако им шта затреба, што значи да их је окривљеном поверила на чување. Чување управо и подразумева наведене радње. (решење Окружног суда у Београду Кж. 11/06 од 08.02.2006. године и пресуда Петог општинског суда у Београду К. 1175/03 од 07.11.2005. године) – Билтен Окружног суда у Београду, број 71/2006.

⁴⁴⁶ У образложењу одлуке се наводи да је окривљени оглашен кривим за извршење кривичног дела блудне радње из члана 108, у вези члана 107. став 2. КЗ РС што је у основној школи као наставник, злоупотребио свој положај ради задовољења полног нагона и своју ученицу за време часа у свом кабинету, најпре загрлио, па пољубио у чело и образ, а потом од малолетне ученице тражио да и она њега пољуби, па када га је оштећена пољубила, привукао је уз себе, чврсто стегао па је миловао по грудима. Неосновани су наводи одбране да је окривљени поступао према оштећеној у свему као професор према ученику у знак захвалности што му је донела ужину. Према важећим моралним схватањима утврђено понашање није уобичајено ни примерено у односу професор – ученик, нити се може сматрати знаком захвалности што је окривљеном оштећена донела ужину. (Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 156/03 од 14.02.2003. и пресуда Општинског суда у Обреновцу К. 315/01 од 13.03.2002. године) – Електронска база судска праксе Интермекс, Београд

⁴⁴⁷ З. Стојановић, Критеријуми одређивања инкриминација, уопште и у сфери сексуалних односа (докторска теза), Љубљана, 1981, стр. 335.

У том смислу се у једној пресуди констатује да је битан елеменат кривичног дела недозвољене полне радње из члана 182. став 1. (у овом ставу до ЗИД КЗ из 2009. била су обухваћена и деца –

постојање недозвољених полних радњи потребно је испуњење и субјективног и објективног услова. У пресуди Врховног војног суда К. 18/60 изнет је став који је и данас актуелан, а то је да су недозвољене полне радње “оне радње које нису обљуба или противприродни блуд (са обљубом изједначен чин – примедба М.М.), а које су бестидне, непристојне или перверзне и прелазе границе усвојене нормалним обзирима”. Или на пример, у пресуди Врховног суда Хрватске Кж. 1168/71 од 11. 4. 1972. године на следећи начин је одређен појам недозвољених полних радњи: “О радњи кривичног дјела из чл.183. КЗ ради се само у оним случајевима у којима учинилац грубим повређивањем морала у сполном погледу иде за задовољењем свог сполног нагона, прелазе при томе и границе које су услијед обичаја и схватања прихваћене у сполном животу људи”.⁴⁴⁸

напомена М.М.) је извршење "неке друге полне радње", што се мора утврдити и конкретизовати у изреци пресуде којом се окривљени оглашава кривим. У образложењу се наводи да је првостепеном пресудом окривљени оглашен кривим због кривичног дела недозвољене полне радње из члана 182. став 1. у вези члана 178. став 1. КЗ. Другостепеном пресудом је одбијена као неоснована жалба браниоца окривљеног, а првостепена пресуда потврђена. У жалби се, у односу на кривично дело недозвољене полне радње, бранилац позива да радње које је окривљени предузео према малолетној оштећеној не представљају полне радње. Правилан је закључак првостепеног суда у погледу постојања наведеног кривичног дела, јер је изведеним доказима утврђено да је окривљени критичном приликом употребом силе извршио недозвољене полне радње над малолетном оштећеном на начин како је то описано у изреци. Утврђује се да је стајао на аутобуском стајалишту наводећи малолетној оштећеној да врши превоз па када је иста ушла у возило и током вожње ка граду најпре ухватио малолетну оштећену за руку која му је истргла, а потом је ухватио шаком десне руке за доњи део леве бутине коју је након упозорења малолетне оштећене речима "склоните руку", исту склонио а оштећена у страху за безбедност прихватила да се накнадно сусретне са окривљеним, а исте вечери догађај пријавила полицијској управи у Ужицу. Из изведених доказа такође произлази извршење поменутог кривичног дела јер је окривљени током вожње почео да хвали изглед оштећене и питао је да ли гледа слободније филмове на телевизији, а све предузете радње су извршене ради задовољења свог полног нагона. (Пресуда Општинског суда у Ужицу К. 215/07 од 27. јуна 2007. и пресуда Округног суда у Ужицу Кж. 556/07 од 21. новембра 2007. године) – Преузето са сајта Прописи нет, Ингпро

⁴⁴⁸ Преглед судске праксе у 1972. години, број 1. прилог Наше законитости – цитирано из З. Стојановић, *op. cit.* стр. 335-336.

Под радњом извршења (а које су некада биле обухваћене појмом блудне радње) се подразумева грљење, љубљење, додиривање разних делова тела – нарочито гениталија, онанисање и сл.). Нпр. у једној пресуди је изнет став да радње грљења, љубљења и додиривања у пределу груди и задњице сматрају се недозвољеним полним радњама које представљају типично кривично дело против полне слободе, с обзиром да се њиховим вршењем повређују пре свега морална осећања људи у погледу задовољења полног нагона. С обзиром да су радње окривљеног према оштећеној предузете у циљу задовољења полног нагона, а ради се о таквом сексуалном понашању којим се грубо вређају осећања оштећене, то по налажењу овог суда првостепени суд правилно закључио да се ради о недозвољеним полним радњама, при чему није прихватио становиште одбране да се те радње квалификују као реална увреда. (Пресуда Општинског суда у Нишу К. 2137/06 и пресуда Округног суда у Нишу Кж. 701/07).⁴⁴⁹ Или нпр. када окривљени узме у наручје седмогодишњег оштећеног, па му раскопча шлиц на панталонама и лиже га по полном органу чини кривично дело блудних радњи из члана 108. у вези са чланом 106. став 1. КЗ РС односно сада из члана 182. став 2. у вези члана 180. став 1. КЗ. (пресуда Округног суд у Београду Кж. 123/96 од 19.04.1996. године и пресуда Трећег општинског суда у Београду К. 77/95 од 08.12.1995. године). Сличан пример из судске праксе је и када окривљени намами шестогодишњу девојчицу из комшилука у његову занатску радњу, коју је он закључавао, па пошто би скинула гаћице исту љубио у уста, а затим у гениталије и задњицу, а што представља недозвољену полну радњу са лицем које није навршило четрнаест година (пресуда Округног суда у Београду Кж. 2953/03 од 27.11.2003. године и пресуда Другог општинског суда у Београду К. 816/02 од

⁴⁴⁹ Билтен судске праксе Округног суда у Нишу, Интермекс, судска пракса. Исти став је изнет и у пресуди када је окривљени искористио околност, да је као домар, био запослен у основној школи "Б.Р." и ушао у свлачионицу у којој се дете - малолетна оштећена Е.Б. пресвлачила за тренинг у одбојкашком клубу "В...", па је ради задовољења свог полног нагона, пришао детету -малолетној оштећеној Е.Б. сео поред ње на клупу, са њене десне стране, питао је "шта имао ново у школи" и своју леву руку ставио на њену десну бутину, у висини њене препоне, померајући своју леву руку према унутрашњој страни њене десне бутине. – необјављена пресуда Првог основног суда у Београду, К. 9559/10 од 12.04.2012. године и пресуда Апелационог суда у Београду, Кж.1 4948/12 од 20.09.2012. године.

09.04.2003. године).⁴⁵⁰ То би значило да подразумева да има широки дијапазон понашања од тога да се тражи да дете скине одећу и разголити се, па до радњи које би се могле окарактерисати као увод у обљубу или са њом изједначен чин, али који то нису јер се ради о побуђивању или задовољењу сексуалног нагона слабијег интезитета него код ова друга два сексуална акта. У том смислу нпр. када окривљени који је имао 74 године приликом случајног сусрета на улици на преваран начин уз обећање да ће јој нешто дати одвео у свој стан оштећену стару једанаест година, па је одмах по доласку закључао улазна врата, а потом је натерао под изговором да ће уз његов надзор као некадашњег наставника физичког васпитања радити вежбе да се наслони на наслон столице након чега јој је повукао доњи део тренерке и хулахопке, додирујући је по ногама, задњици и полном органу, па пошто је скинуо са себе фармерке приљубио свој полни орган уз тело оштећене, извршио је недозвољене полне радње са лицем које није навршило четрнаест година (пресуда Окружног суда у Београду Кж. 2478/04 од 16.11.2004. године и пресуда Другог општинског суда у Београду К. 358/03 од 06.07.2004. године).⁴⁵¹ Такође, када окривљени дана ...2011. године позвао малолетну оштећену М.Н. из Л. дете рођено ...1997. године која је пролазила поред његове куће, да уђе у кућу да би наводно погледао школске фотографије које је малолетна оштећена носила, па када је малолетна Н. одбила, окривљени ју је ухватио за зглоб руке и увео у унутрашњост куће где је исту ставио у крилу и рукама је додиривао по грудима, стомаку и унутрашњој страни бутина и више пута је пољубио у врат, а потом је малолетној оштећеној ставио у руку новчаницу од 200 динара, након чега је иста истрчала из куће окривљеног и отишла својој кући... (пресуда Основног суда у Лозници, К. 774/11 од 16.05.2012. године и пресуда Апелационог суда у Београду, Кж.1 4014/12 од 02.10.2012. године).⁴⁵²

Као што је већ раније констатовано обљуба подразумева продирање мушког полног органа у женски полни орган, при чему продирање може да буде и минимално, али за постојање свршеног кривичног дела силовања, продирање

⁴⁵⁰ Електронска база судске праксе "Интермекс" Београд

⁴⁵¹ Билтен Окружног суда у Београду, број 66, стр. 76.

⁴⁵² Необјављена пресуде Основног суда у Лозници и Апелационог суда у Београду

мора да постоји. У том смислу је и пресуда Окружног суда у Ваљевоу, где се у образложењу наводи да правно квалификујући утврђено чињенично стање оцена суда је да се у радњама оптуженог Ј.М. стичу сва битна обележја кривичног дела недозвољене полне радње из члана 182. став 1. у вези члана 178. став 4. у вези става 1. Кривичног законика, уз напомену да је код правне оцене инкриминисане делатности оптуженог суд водио рачуна о примени блажег закона по оптуженог. Ово из разлога што је оптужени у циљу задовољења своје полне похоте уз употребу силе над малолетном оштећеном В.М, дететом старости девет година, својим укрупњеним полним органом додиривао њен полни орган наневши јој тиме, као и руком којом ју је држао у пределу левог слабинског дела тела, лаке телесне повреде ближе описане у изреци пресуде. Посебно треба напоменути да суд није могао прихватити правну квалификацију кривичног дела дату у јавној оптужби из простог разлога што јавна оптужба ставља на терет оптуженом извршење кривичног дела силовања уз указивање да је оптужени извршио обљубу над малолетном оштећеном. По дефиницији, обљуба представља продирање мушког полног органа у женски, при чему то продирање може да буде чак и минимално, али за постојање свршеног дела силовања, продирање мора да постоји. Како у конкретном случају јавна оптужба није доказала, нити је пак суду пружила доказе на основу којих би се могло закључити да је до продирања стварно и дошло, слободно се може констатовати да је тај и такав навод јавне оптужбе у потпуности произвољан и ниједним изведеним доказом поткрепљен. Насупрот становишту јавне оптужбе из налаза и мишљења вештака медицинске струке др. Љ.Б. закључује да критичном приликом није дошло до обљубе између оптуженог и малолетне оштећене, па самим тим ни продирања мушког полног органа у полни орган малолетне оштећене, о чему је већ било речи, уз поновни нагласак да су повреде у стидном делу код малолетне оштећене нанете вишестратним трљањем тела укрупњеног пениса, уз тај део тела малолетне оштећене, а код таквог стања ствари не може бити говора о обљуби, односно продирању. (из пресуде Окружног суда у Ваљевоу, К. бр. 101/05 од 17.03.2006. године).⁴⁵³

У судској пракси може бити спорно, обзиром на извесну недефинисаност недозвољених полних радњи, ситуација када би учинилац увлачио неки предмет у

⁴⁵³ Преузето са сајта прописи.нет, Ингпро, 2005.

вагину, што се понекад дешава као начин сексуалног задовољења (боље рећи сексуалне изопачености). Неспорно је да овде није реч о обљуби, те се ове радње могу квалификовати само као недозвољене полне радње.⁴⁵⁴

До доношења ЗИД КЗ могла се упутити примедба у погледу запрећене казне за ово кривично дело обзиром да је била предвиђена иста казна за недозвољене полне радње са дететом као и када се врше према одраслим лицима. Имајући у виду специфичност односно шири круг радњи које обухватају недозвољене полне радње, то је наравно било фактичко питање, које је могло бити евентуално од значаја приликом одмеравања казне.

Иначе све што је већ речено у анализи члана 180. став 1. КЗ, а које се односи на пристанак детета, важи и када су недозвољене полне радње у питању. Дакле, пристанак детета не искључује кривичну одговорност ни када је у питању ово кривично дело. Тако нпр. ово кривично дело постоји и када је окривљена ради задовољења својих сексуалних нагона позивала у свој стан малолетну оштећену која је тада имала тринаест година, па би се најпре обе скидале наге и у кревету је додиривала по целом телу, љубећи је у уста и при томе користила језик, а затим пенетрирала прстима једна другој у полни орган. У образложењу ове одлуке се наводи да је окривљена искористила околност да је са родитељима оштећене била у пријатељским односима и дружила се, злоупотребила поверење и емотивну незрелост оштећене која је тада имала тринаест година, а све у циљу задовољења свог сексуалног нагона због чега је оглашена кривом због извршења кривичног дела блудних радњи из члана 108. у вези члана 106. став 1. КЗ РС. (пресуда Окружног суда у Београду Кж. 454/05 од 14.03.2005. године).⁴⁵⁵ Ово важи наравно

⁴⁵⁴ Тако мисли и З. Стојановић, који сматра да све што не представља пенетрацију мушког полног органа у три телесна отвора (вагина, уста, анални отвор), а има сексуални карактер с обзиром на своју усмереност, представљало би радњу извршења кривичног дела недозвољених полних радњи. З. Стојановић, *op. cit.* стр. 453-454.

⁴⁵⁵ Избор судске праксе, број 1. Глосаријум, Београд, 2006, стр. 44.

Када се недозвољене полне радње доводе у везу са кривичним делом обљубе злоупотребом положаја занимљив је пример из наше старије судске праксе у којој се каже "Када учитељ, у циљу задовољења свог полног нагона према својој ученици која је непунолетна, односно према ученици која нема ни пуних четрнаест година, предузме такве радње да је љуби, грли, и дира по телу, његови поступци сами по себи представљају злоупотребу односа који постоји између

и када су више пасивних субјеката односно деце у питању, па тако имамо ситуацију да је нпр. "окривљени извршио два кривична дела недозвољених блудних (полних) радњи када је оштећенима од десет и једанаест година када су дошле у његов стан дао порнографски часопис да разгледају, па скинуо доњи део тренерке и са оштећенима које су се скинуле голе легао у кревет, где их је наизменично љубио, после чега му је једна од њих мастурбирала." (одлука Окружног суда у Београду, Кж. 1458/2004).⁴⁵⁶

У ставу 3, су предвиђени тежи облици и то да је наступила тешка телесна повреда лица према којем је дело извршено или ако је дело извршено од стране више лица или на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин. Овде такође важе напомене које су већ дате код тежих облика у члану 180. и 178. КЗ.

Код наступање тешке телесне повреде, треба напоменути ситуацију када приликом увлачења предмета у вагину последице по жртву (по природи ствари, у овом случају, само женско лице) могу бити веома тешке, много теже него код обљубе или са њом изједначеног чина и проузроковати тешке телесне повреде, па чак и смрт. У вези са тим, у ситуацији када је проузрокована тешка телесна повреда, може се поставити питање постојања овог облика недозвољених полних радњи. Овај облик недозвољених полних радњи (из става 3.) ће постојати ако учинилац на овај начин жели да побуди или задовољи свој сексуални нагон.⁴⁵⁷ Оваква ситуација је веома ретка, и судска пракса је узимала (док је важио КЗ РС) да постоји стицај блудних радњи и тешких телесних повреда.

Наравно, када су у питању деца, овакве ситуације имају посебну тежину и може се говорити о посебној врсти изопачености као виду сексуалног задовољења са дететом употребом неких предмета. Ова чињеница такође може бити од значаја приликом одмеравања казне обзиром на широко постављени распон (од две до десет година).

учитеља и ученице, злоупотребу учитељског позива и положаја и садржи у себи сва обележја кривичног дела блудне радње". – одлука Врховног суда Југославије Кж. 28/67 од 28.03.1967. године – Б. Чејовић, *op. cit.* стр. 550-551.

⁴⁵⁶ Д. Симоновић, *op. cit.* стр. 314.

⁴⁵⁷ Испуњен је дакле субјективни елеменат, док објективни елеменат – кршење норми сексуалног морала, у овој ситуацији се подразумева.

Најтежи облик овог кривичног дела је прописан у ставу 4, и то ако је услед вршења недозвољених полних радњи (из става 1. и 2.) наступила смрт детета (када се доводи у везу са чланом 180. став 1. и чланом 181. став 3) према којем је дело извршено. За овај облик важи оно што је речено у односу на недозвољене полне радње квалификоване тешком телесном повредом.

Имајући у виду законску формулацију инкриминације недозвољених полних радњи спорно је да ли ово кривично дело обухвата и случајеве када се жртва принуђава или наводи да она сама предузме неку радњу која служи побуђивању или задовољењу сексуалног нагона. Због тога су могуће три ситуације: да жртва врши неку радњу над самом собом, да жртва врши неку радњу на учиниоцу и да жртва врши неку радњу на неком трећем лицу.

Могло би се поставити питање да ли то дозвољава постојећа законска формулација инкриминације недозвољених полних радњи као и кривичних дела са којима се доводе у везу. Ако би се узело да вршење недозвољених полних радњи обухвата вршење радњи од стране жртве на самом себи, на учиниоцу или на неком трећем лицу, поред вршења недозвољених полних радњи од стране учиниоца онда би то било екстензивно тумачење инкриминације. Евентуално, то би “могао бити излаз из нужде и то само у неким драстичним случајевима који се јављају у пракси”⁴⁵⁸ Наизглед овакве случајеве било би оправдано обухватити криминалном зоном, под условом да се ради о ситуацијама из чл. 178. ст. 1. и 2, 179. ст. 1, 180. ст. 1. и 181. ст. 1. до 3. Кривичног законика. Међутим, у сва три случаја ради се о предузимању радњи од стране жртве, што се тешко може подвести под законски текст: “Ко под условима из члана... изврши неку другу полну радњу”. Било би то сувише екстензивно тумачење када би ту подвели и наведене спорне ситуације.⁴⁵⁹ У том смислу је и правилан став Апелационог суда

⁴⁵⁸ З. Стојановић додаје да “би и даље остао основни приговор да судска пракса проширује законске оквире инкриминације”. - З. Стојановић, Критеријуми одређивања инкриминација, уопште и у сфери сексуалних односа (докторска теза), Љубљана, 1981, стр. 338.

⁴⁵⁹ З. Стојановић, *op. cit.* стр. 339.

- нпр. у случајевима када се недозвољене радње доводе у везу са кривичним делима из члана 179. и 180. Кривичног законика могуће су ситуације да учинилац не предузима никакве радње (никакво чињење), те је дозволио немоћном лицу односно лицу млађем од четрнаест година да над њим изврши неку недозвољену полну радњу.

у Београду који је у једној пресуди ослободио оптужбе лице да је извршило кривично дело недозвољене полне радње из члана 182. став 2. КЗ у вези члана 180. став 1. КЗ, а којим му је било стављено на терет да је дана ... 2010. године селу Ј. у домаћинству Ч. С. у намери задовољења свог полног нагона, извршио полну радњу са дететом малолетном В.П. из Ј. рођеном ... 2003. године, тако што је у дворишту напред наведеног двориштва у току шишања јагњета, у тренутку када се Ч.С. удаљио око тридесетак метара од окривљеног и оштећене малолетне В.П, прво откопчао шлиц на својим панталонама и извадио полни орган и показивао оштећеној, а затим истој показивао полни орган код јагњета, а након тога је тражио од оштећене да она скине панталонице да му покаже своју "пишу", а што она није учинила... Првостепеном пресудом је окривљени је за ово кривично дело био осуђен на три месеца, а Апелациони суд је уважио жалбу браниоца окривљеног а и по службеној дужности преиначио ову пресуду и ослободио га оптужбе.⁴⁶⁰

- У новије време судска пракса је недвосмислено заузела став да у случају када је жртва принуђена или наведена да изврши недозвољену полну радњу над учиниоцем постоји кривично дело недозвољене полне радње. Тако је Окружни суд у Београду заузео став да кривично дело недозвољене полне радње чини и оптужени који присили оштећену да му онанише полни орган (Кж. 852/99 од 3.10.2000. године). Исти став је заузео и Врховни суд Србије у пресуди Кж. 852/01 од 25.7.2001. године, јер оштећена је предузела активну радњу док је оптужени био пасивни субјект. – И. Симић - М. Петровић, *op. cit.* стр. 105.

- Постоје и мишљења да овакве ситуације нису спорне, па тако Ф.Хирјан - М.Сингер (видети Судскомедицинске и правне актуалности – Сполне злоупотребе дјецe и омладине, стр. 86, и од истих аутора - Малољетници у кривичном праву, стр. 322) сматрају да кривично дело недозвољене полне радње постоје у случају када је “жртва присиљена или другим начином наведена, да врши блудну радњу над учиниоцем или трећом особом ради задовољења његовог сполног нагона”. Овакав став се не би могао прихватити јер ни многи страни кривични законици изричитом инкриминацијом не обухватају вршење ових радњи од стране жртве на учиниоцу.

⁴⁶⁰ У образложењу наведене пресуде се наводи да "одредба члана 182. КЗ изричито обухвата само активни облик полних радњи, а што подразумева да извршилац полну радњу врши на телу жртве, с тим што из самог чињеничног описа дела које је стављено на терет окривљеном произилази да у конкретном случају уопште нема физичког контакта између окривљеног М.М. и малолетне оштећене В.П. и да окривљени не врши никакву физичку радњу на телу малолетне оштећене, тако да самим тим ни не постоји ово кривично дело, а осим тога сам егзибиционистички акт окривљеног (откопчао шлиц на својим панталонама и извадио полни орган и показивао оштећеној,

5.7. Подвођење и омогућавање вршења полног односа

У односу на раније анализирана кривична дела, ово кривично дело је специфично по томе што учинилац не учествује лично у вршењу обљубе, са њом изједначеног чина или неке друге полне радње већ помаже и омогућава другима да то чине. По томе се ово кривично дело разликује од већине кривичних дела против полне слободе (као власторучних кривичних дела) јер не одговара лице које врши сексуалне радње него лице које ствара услове за вршење тих радњи. Исто тако специфичност овог кривичног дела је у томе што је мотив учиниоца за стварање услова за вршење тих радњи стицање зараде. Дакле, због новчане накнаде односно због стицања противправне имовинске користи (ако се то чини у виду заната) се и врши подвођење и омогућавање вршења сексуалних односа. Из тог разлога је ЗИД КЗ из 2009. године, повећана прописана казна затвора, и истовремено предвиђена и новчана казна, у смислу кумулације (обавезна и једна и друга казна), а што је и логично обзиром на саму природу овог кривичног дела.

Криминална зона је ограничена на заштиту малолетних лица јер друштвена опасност оваквог понашања се огледа у томе што се на обљубу, са њом изједначен чин или неку другу полну радњу подводе малолетна лица или се омогућава вршење истог са њима. Дакле, основни мотив законодавца код овог кривичног дела је спречавање вршења делатности којима се поспешује, организује или омогућује вршење обљубе, са њом изједначеног чина или неке друге полне радње, а не самог вршења тих радњи. "Овако гнусно стављање на располагање "људског меса" ради задовољења одређених физиолошких потреба другог представља дубоко вређање достојанства људског бића."⁴⁶¹ Стога у многим савременим

а затим истој показивао полни орган код јагњета, а након тога је тражио од оштећене да она скине панталонице да му покаже своју "пишу", а што она није учинила) није извршен под условима из кривичног дела из члана 180. став 1. КЗ, те би описане радње окривљеног евентуално могле представљати прекршај против јавног реда и мира, а никако кривично дело недозвољене полне радње из члана 182. став 2. КЗ." – необјављена пресуда Апелационог суда у Београду, Кж1 – 4806/2012 од 17.10.2012. године и пресуда Основног суда у Ваљеву, К. бр. 738/12. од 28.06.2012. године

⁴⁶¹ Д. Атанацковић, Кривично право, посебни део, Београд, 1981, стр. 272.

државама ово понашање представља не само озбиљне повреде морала, већ и напад на основне вредности људског друштва.

Кривично дело подвођење или омогућавање вршења полног односа је предвиђено у члану 183. Кривичног законика и гласи:

(1) Ко подведе малолетно лице ради вршења обљубе, са њом изједначеног чина или неке друге полне радње,

казниће се затвором од једне до осам година и новчаном казном.

(2) Ко омогућава вршење обљубе, са њом изједначеног чина или неке друге полне радње са малолетним лицем,

казниће се затвором од шест месеца до пет година и новчаном казном.

Заједничко за оба облика је да се ради о радњама саучесништва, односно радњама помагања које иначе према општим правилима о саучесништву не би биле кажњиве, јер радње у којим се врши помагање не представљају кривично дело.⁴⁶² Обзиром да је ово кривично дело супсидијарног карактера, ако би се подводило или омогућавало вршење неке сексуалне радње које представља кривично дело (нпр. силовање или нека друга кажњива обљуба или са њом изједначен чин), тада ће постојати саучесништво у виду помагања или евентуално подстрекавања, а не ово кривично дело.⁴⁶³

Као појам, подвођење значи потпомагање у вршењу обљубе, са њом изједначеног чина или неке друге полне радње. У најширем смислу подразумева потпомагање на било који начин у вршењу тих сексуалних радњи, од директног подвођења па све до учествовања у некој другој форми. Постоји и онда када се врши из радозналости или из настраних (перверзних) склоности. Овако најшире

⁴⁶² З. Стојановић – О. Перић, Коментар Кривичног закона Републике Србије и Кривични закон Републике Црне Горе, с објашњењима, Београд, 1996, стр. 171.

⁴⁶³ У том смислу и Кобе – Бавцон истичу да "одговорност за омогућавање вршења блуда (како се раније звало ово кривично дело – напомена М.М.) је супсидијарна, она постоји само ако се не ради о помагању у смислу чл. 24 КЗ СФРЈ у неком тежем кривичном дјелу против достојанства личности и морала" - Љ. Бавцон – П. Кобе, Казенски законик с појаснили, Љубљана, 1971, стр. 269.

узето постоји дакле без обзира из којих се мотива оно врши. Такође може се одредити и као стварање услова неком лицу да врши неку сексуалну радњу са другим лицем.⁴⁶⁴ Подвођење се још одређује и као лично (омогућавање обљубе посредовањем да се доведу у везу лица ради вршења обљубе или са њом изједначеног чина) и као месно (омогућавање обљубе или са њом изједначеног чина давањем места или прилике).⁴⁶⁵

У ставу 1. овог члана предвиђено је подвођење малолетног лица, под чим се подразумева свака делатност којом се малолетно лице доводи у везу са два или више лица ради вршења обљубе, са њом изједначеног чина или неке друге полне радње. Постоје и схватања да се подвођење врши искључиво ради обљубе.⁴⁶⁶ Подвођење, у смислу овог. става, је најчешће дефинисано као "идење на руку" малолетном лицу у вршењу блуда.⁴⁶⁷

Лице које врши подвођење (подвођач) је једна врста организатора вршења обљубе, са њом изједначеног чина или неке друге полне радње са малолетним лицем. Подвођење се назива и сводством, а његов извршилац сводник односно сводиља.⁴⁶⁸ У теорији не постоји јединствено мишљење око тога да ли код лица

⁴⁶⁴ Д. Атанацковић, *op. cit.* стр. 274.

⁴⁶⁵ Овакво схватање је заступао Т. Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије*, посебни део, II књига, Београд, 1936, стр. 109. Ово схватање после су прихватили и поједини савремени аутори нпр. Ј. Таховић, *Кривично право, посебни део*, Београд, 1953, стр. 183, М. Радовановић – М. Ђорђевић, *Кривично право, посебни део*, Београд, 1967, стр. 163-164.

⁴⁶⁶ Тако мисле и Ф. Бачић – З. Шепаровић, који подвођење малолетног лица дефинишу као посредовање између малолетника који се подводи и неког трећег лица да би се том трећем лицу омогућило остварење полног односа. – Ф. Бачић – З. Шепаровић, *Кривично право, посебни део*, Загреб, 1982, стр.165.

⁴⁶⁷ Овако поимање подвођења Т. Живановића, *op.cit.* стр. 109. су прихватили и други аутори нпр. Ј. Таховић, *op.cit.* стр. 409, М. Радовановић – М. Ђорђевић, *op.cit.* стр. 163 и Ж. Јовановић, *Кривично право, посебни део*, Београд, 1979, стр. 92.

⁴⁶⁸ Сводништвом се обично баве старије жене, бивше проститутке или пак жене и мушкарци склони материјалном искоришћавању других људи и угодном животу на туђи рачун. Сводиље и сводници редовно су људи без моралних квалитета, а с изразито асоцијалним склоностима. У личностима тих људи често се скрива много садистичких црта. – Енциклопедијски лексикон – Наука о сполности, *op. cit.* стр. 508.

између којих се успоставља контакт ради вршења неке сексуалне радње треба да постоји већ спремност или одлука. Преовлађује мишљење да је то потребно бар у односу на једно лице односно да је кажњив и једнократни чин подвођења малолетног лица.⁴⁶⁹ Додуше бављење подвођењем претпоставља спремност и намеру учиниоца да настави такву делатност (субјективни моменат).

Предузимање било које радње подвођења, па и оне када није дошло до могућности да дође до њеног остварења, представља кажњив покушај овог кривичног дела имајући у виду запрећену казну. Када је у питању дете сагласност треба схватити у најширем смислу, тј. у фактичком, а не у правном смислу, а то значи да се она може постићи и на недозвољен начин нпр. довођењем у заблуду малолетног лица.⁴⁷⁰

Подвођење малолетног лица се може вршити на различите начине успостављањем контаката између малолетног лица и трећег лица, наговарање и убеђивање малолетног лица на обљубу, са њом изједначен чин или неку другу полну радњу, преношење порука малолетном лицу итд.⁴⁷¹

Пасивни субјект је малолетно лице мушког или женског пола које није навршило осамнаест година. Имајући у виду законску одредбу члана 112. тачка 10. КЗ то подразумева да то може бити и лице млађе од четрнаест година. Но како радња подвођења подразумева помагање ономе који врши обљубу, са њом изједначен чин или неку другу полну радњу, углавном се неће радити о овом

⁴⁶⁹ Овако схватање заступају Ф. Хирјан – М. Сингер, *Малолетници у кривичном праву*, Загреб, 1987, стр. 331., Ф.Бачић – Шепаровић, *op. cit.* стр. 165, Коментар КЗ РС, *op. cit.* стр. 408. У том смислу је и пресуда у којој је мајка оглашена кривом јер је подводила своју кћерку, која је била малолетно лице, на тај начин што је понудила трећем лицу да уз новчану накнаду од хиљаду динара има сексуални однос са њеном кћерком рекавши да има деветнаест година, што је исти прихватио и са малолетницом прешао у другу просторију, а након сексуалног односа кћерки дао хиљаду динара.(пресуда Окружног суда у Београду Кж. 487/07 од 15. марта 2007. године и пресуда Општинског суда у Обреновцу К. 275/05 од 05. октобра 2006. године) – И. Симић – А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, осма књига*, Београд, 2008, стр. 113.

⁴⁷⁰ У том смислу и: З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2006, стр. 455.

⁴⁷¹ Поједини аутори додају и лично посредовање, али не прецизирају у чему би се то посредовање састојало, осим ових већ наведених начина. Тако нпр. С. Вуковић, *Коментар Основног кривичног закон и Кривичног закона Републике Србије*, Београд, 2003, стр. 181.

кривичном делу када је пасивни субјект дете, већ ће постојати помагање у кривичном делу обљубе са дететом или кривично дело недозвољене полне радње.

Извршилац дела може бити свако лице.⁴⁷² У погледу кривице потребан је умишљај који треба да обухвати свест о томе да се на сексуалне радње подводи малолетно лице. Извршилац мора бити свестан радње подвођења, иако за постојање дела није потребно да он наговара жртву на обљубу, са њом изједначен чин или неку другу полну радњу.⁴⁷³

За довршено кривично дело није потребно да је дошло до обљубе, са њом изједначеног чина или неке друге полне радње, нити да је покушано, али је неопходно успостављање везе, контакта између малолетног лица и других лица ради вршења ових сексуалних радњи. Дело је довршено када је довршено посредовање и када је малолетно лице придобијено за вршење тих сексуалних радњи, када је створена могућност или услови за вршење сексуалних радњи довођењем у везу мушког или женског лица ради вршења сексуалних радњи.⁴⁷⁴

У ставу 2. радњу извршења представља омогућавање вршења обљубе, са њом изједначеног чина или неке друге полне радње. Код овог облика дела, ако би пасивни субјект био дете, у сваком случају би се радило о помагању у кривичном делу обљубе са дететом или кривичном делу недозвољене полне радње, за разлику од подвођења из става 1, па из тог разлога овај став неће бити посебно анализиран.

⁴⁷² Ј. Таховић, *op. cit.* стр. 409. сматра да извршиоци дела могу бити и родитељи малолетног лица. Ово истицање је сувишно јер под изразом "свако лице" се подразумевају и родитељи малолетног лица.

⁴⁷³ У том смислу и пресуда Врховног суда Хрватске, Кж. бр. 2329/55.

⁴⁷⁴ Ф. Бачић – З. Шепаровић, *op. cit.* стр. 165.

5.8. Посредовање у вршењу проституције

Бављење проституцијом поодавно код нас не представља кривично дело.⁴⁷⁵ Не улазећи у проблематику овог феномена који постоји од најранијих времена људске цивилизације, са свим својим негативним аспектима које са собом носи, осврнућемо се на посредовање у вршењу исте.

У Конвенцији о правима детета, у члану 34. државе уговорнице се обавезују да штите децу од свих облика сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања, подразумевајући под тим и искоришћавање деце за проституцију или друге незаконите сексуалне радње, те да у том смислу предузимају све одговарајуће националне, билатералне и мултилатералне мере за њихово спречавање. Када је проституција малолетних лица у питању, нарочито је од значаја Факултативни протокол о продаји деце, дечјој проституцији и дечијој порнографији уз Конвенцију о правима детета. У овом протоколу, у члану 2 (б) се појам дечије проституције одређује као "коришћење детета у сексуалне активности за новчану или било какву другу накнаду".⁴⁷⁶ У том смислу државе уговорнице се обавезују да ће ове радње у пуној мери бити обухваћене кривичним законом без обзира да ли је реч о делу које је извршено у земљи или је интернационалног карактера, као да ли се ради о појединачном или организованом основу па тако и нуђење, добијање, набављање или обезбеђивање неког детета за потребе дечије проституције, као што је дефинисано у члану 2. (члан 3. став 1.в Протокола).

⁴⁷⁵ Проституција представља прекршај из области јавног реда и мира и предвиђен је у члану 14. Закона о јавном реду и миру и гласи:

Ко се одаје проституцији или ко уступа просторије ради проституције - казниће се казном затвора до 30 дана.

Ко малолетном лицу уступа просторије ради проституције - казниће се затвором до 60 дана.

⁴⁷⁶ Треба напоменути и Конвенцију за спречавање трговине људским бићима и експлоатације туђе проституције из 1949. године која је уствари била претеча Конвенције о правима детета. У истом контексту спомињемо и Хашку министарску конвенцију о европским смерницама за ефективне мере превенције и борбе против трговине женама у циљу њихове сексуалне експлоатације, а која је донета на Министарској конференцији Европске уније у Хагу 1997. године

Такође и у Конвенцији Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања из 2007. године, државе потписнице, међу којима и Србија, су се обавезале да пруже заштиту деци од дечије проституције.⁴⁷⁷ У том смислу је у глави VI, у члану 19. као кривично дело предвиђена дечија проституција. Овај члан гласи:

1. Свака страна предузеће неопходне законодавне и друге мере како би обезбедила да следећи видови намерног понашања буду криминализовани (сврстани у кривична дела):

а) ангажовање детета за бављење проституцијом или навођење детета да учествује у проституцији;

б) приморавање детета на проституцију или остваривање зараде од неког другог вида искоришћавања детета у такве сврхе;

в) коришћење услуга дечије проституције.

2. У смислу овог члана, појам "дечија проституција" означава чињеницу да се дете користи за сексуалне активности за које се као накнада даје или се обећава да ће се дати новац или неки други вид надокнаде или узвраћања, без обзира на то да ли је та исплата, обећање или узвраћање дато, односно учињено детету или трећем лицу.

Иако проституција није инкриминисана у српском КЗ, јесте њено посредовање, а у случају да се врши према малолетном лицу (односно и према детету) онда то представља тежи облик.

Ово кривично дело је предвиђено у члану 184. КЗ. и гласи:

(1) Ко наводи или подстиче другог на проституцију или учествује у предаји неког лица другоме ради вршења проституције или ко путем средстава јавног информисања и других сличних средстава пропагира или рекламира проституцију,

казниће се затвором од шест месеци до пет година и новчаном казном.

⁴⁷⁷ О овој Конвенцији више у првом делу рада – напомена М.М.

(2) Ако је дело из става 1. овог члана извршено према малолетном лицу, учинилац ће се казнити затвором од једне до десет година и новчаном казном.

Под проституцијом се подразумева дакле сваки сексуални однос који се пружа уз новчану накнаду или неку другу.⁴⁷⁸ Код основног облика, проституција би подразумевала сексуални однос искључиво уз новчану накнаду, са намером да се такве делатности понављају уз остварење прихода. Радња извршења је одређена алтернативно, мада би по својој садржини могла да се сведе на две инкриминације чије су радње прописане алтернативно. Навођење или подстицање представљају радње подстрекавања које према општим одредбама о саучесништву не би биле кажњиве. Међутим, навођење или подстицање којим се ствара или учвршћује одлука да се неко лице бави проституцијом јесте кажњиво. Даље, учествовање у предаји неког лица другоме представља радњу помагања која такође сама по себи не би била кажњива, али су кажњиве ако се чини ради вршења проституције. У том смислу је и одлука Врховног суда Србије (Кж. бр. 608/52 од 25. априла 1952. године) према којем садржај ове инкриминације је одвођење женског лица или детета из њиховог места боравишта у друго место у земљи или иностранству ради вршења блуда с другом особом, тј. ради проституције, укључујући ту и отпремање тих лица, њихову предају другоме ради одвођења, као и сваку другу делатност којом се омогућава ово одвођење, а које је управљено на то да се одведена особа употреби за вршење блуда с другом особом.⁴⁷⁹

При томе мора да постоји и пристанак лица које се предаје ради вршења проституције, јер у супротном би могло да се говори о помагању у неком другом кривичном делу.⁴⁸⁰ Но када је реч о малолетном лицу које се предаје ради вршења проституције, а пре свега детету, онда је проблематично питање самог пристанка.

⁴⁷⁸ Проституција се може дефинисати и као изнајмљивање свог тела другим лицима да на њему задовољавају свој сексуални нагон за новац или неку другу корист (погодност), а може се односити на лица и мушког и женског пола.

⁴⁷⁹ Цитирано према: Ф. Хирјан – М. Сингер, *Малолетници у кривичном праву*, Загреб, 1987. стр. 334.

⁴⁸⁰ То би се углавном односило на кривично дело трговине људима из члана 388. КЗ – напомена М.М.

Као што је већ истакнуто, пристанак детета у сексуалним деликтима, укључујући и овај деликт је без значаја за постојање кривичног дела, тако да се не може узети у обзир, а и иначе законодавац није предвидео инкриминацију у ситуацијама које се односе на постојање или непостојање пристанка детета за вршење проституције.

Навођење и подстицање, као радња извршења, може да буде у различитим формама и начинима и то почев од наговарања, обећавања користи од проституције, уговарање вршења проституције, довођење лица женског (а и мушког пола, мада ређе) у такве животне ситуације да једини излаз из њих виде у бављењу проституцијом итд. У новије време сусрећемо се са примерима из живота где се такве радње извршења проституције манифестују у ноћним клубовима, агенцијама које се баве пружањем сексуалних услуга (под плаштом пружања масаже а понекад и отвореније – еротске масаже), агенцијама за изнајмљивање пратиоца или пратиље на службена путовања и сл.). Као што се може приметити, а у складу са савременим тендецијама у кривичном законодавству код нас (а што је случај и у другим државама), након више деценија, законодавац је изоставио да се посредовање у вршењу проституције односи искључиво на женско лице. Уместо тога, као и код силовања, употребљена је безлична формулација – "ко наводи или подстиче другог на проституцију..."⁴⁸¹

Други садржински облик радње извршења инкриминише пропагирање или рекламирање проституције путем средстава информисања или других сличних средстава. Овај облик је сасвим јасан тако да му не треба посебна анализа. У пракси наилазимо на претходно поменуте агенције да се рекламирају управо путем средстава јавног информисања и то најчешће путем штампаних медија. У рубрикама огласа управо се рекламирају разне врсте сексуалних услуга, а пре свега лица која пружају те услуге, и који се представљају на начин како би што

⁴⁸¹ Све до доношења новог Кривичног законика, ово кривично дело (које се иначе налазило у тадашњем савезном кривичном законодавству) се у погледу пасивног субјекта односило само на женско лице – "ко врбује, наводи, подстиче или намамљује женско лице на проституцију..." – напомена М.М.

више привукли заинтересованих лица.⁴⁸²

Шире схватање проституције своје оправдање налази у ставу 2, као тежем облику, где се малолетним лицима пружа заштита, а које своје утемељење налази у цитираном члану 2 (б) Факултативног протокола где се указује да није неопходна само новчана накнада. Обзиром да се у ставу 2. ради о лицима која још немају осамнаест година оправдано је инкриминисати било какву сексуалну експлоатацију малолетних лица.⁴⁸³

У вези става 2. треба имати у виду код нас и погоршану друштвено-економску ситуацију последњих година, па и деценија, у којем велико сиромаштво погодује ширењу проституције које не искључује ни младе односно ни малолетна лица. Због тога навођење или подстицање некада и не представља проблем да би се неко (малолетно) лице приволело на проституцију. Шта више, довољно је само да се неком младом, незрелом лицу тако нешто понуди уз адекватну новчану накнаду (која је често и смешно мала у односу колико узимају у његово име они који у томе посредују) и без много проблема пристанак је добијен. Мотив за лаком зарадом од стране малолетних лица која је праћена непромишљеношћу о последицама таквог понашања с једне стране, и с друге стране, вештина наговорања и подстицања (боље рећи лукавост и подмуклост) посредника доводе до ширења проституције међу малолетним лицима. Управо тај новчани износ који се понуди буде пресудан за такав корак код тих лица, јер у нормалном, уобичајеном животу тешко га могу зарадити, чак и да су у питању и зрела и одрасла лица. Тако на пример, у једној пресуди се наводи да су учиниоци неспорно утицали на малолетне оштећене да се баве проституцијом, тако што су их наводили и подстицали на то, односно наговарали и предочавали им да тако најлакше могу да зараде новац, те су им неспорно и уговарали вршење проституције тако што су проналазили заинтересоване мушкарце и уговарали сексуалне односе те би их онда доводили у везу с њима. Тиме су по налажењу суда неспорно и учествовали у предаји малолетних лица другим лицима ради

⁴⁸² Из разлога опреза, а и страха од репресије државних органа често се не помињу узраст девојака, а понекад и младића, који пружају сексуалне услуге за новац, мада нису ретки случајеви да буду међу њима буду и малолетна лица, па чак и она млађа од четрнаест година. – напомена М.М.

⁴⁸³ У том смислу: З. Стојановић, *op. cit.* стр. 458.

вршења проституције и то тако што је првоокривљени својим путничким возилом превозио их или до куће другоокривљеног или до уговореног места где би оне прешле у возило муштерије те би онда сачекао и по пруженој услузи поново преузео у своје возило при чему им је давао и одређене новчане износе које би узимао од муштерија, док је другоокривљени по уговарању сексуалних односа са муштеријама малолетне оштећене предавао истима у просторијама своје куће у селу К... где су исти долазили, и омогућавао им да до сексуалних односа дође у једној од просторија његове куће, обезбедивши им на тај начин просторне услове за вршење проституције. Осим тога обојица окривљених су у потпуности били свесни колико година имају оштећене, односно да се ради о малолетним лицима, односно да кривично дело врше према малолетним лицима те су то и хтели... (пресуда Окружног суда у Неготину К. 16/09 од 15.10.2009. године и пресуда Апелационог суда у Београду Кж1. 3764/10 од 05.10.2010. године).⁴⁸⁴ Или нпр. Апелациони суд је у својој одлуци нашао да је правилно првостепени суд закључио да се у радњама окривљених стичу обележја кривичног дела посредовање у вршењу проституције из члана 184. став 2. у вези става 1. КЗ, јер су окривљене наводиле малолетну оштећену на проституцију на тај начин што су искористили тешке породичне прилике малолетне оштећене и то да јој је дечко погинуо, да се она преселила да живи код једне од окривљених, као и чињеницу да јој је било познато да је оштећена претходно била зависна од дроге. Окривљене су наводиле оштећену на проституцију тако што су у стану у ул. Ј. Г, а потом и у стану у ул. Г... који су изнајмиле окривљене, исту предавале клијентима, док је првоокривљена преко новина "Хало огласи" остављала контакт телефоне у рубрици "услуге" и тако рекламирала услуге проституције у тексту "услуге масаже", а другоокривљена уговарала клијенте за малолетну оштећену, проверавала њихове адресе путем службе 988, позивала клијенте и саопштавала време када ће другоокривљена довести оштећену, договарала цену и врсту услуге, а након пружене услуге од стране оштећене, првоокривљена је истој давала проценат у износу од 30% од укупне зараде, а остало задржавала за себе... (пресуда Првог основног суда у Београду, К.11081/10 од 17.02.2010. године и

⁴⁸⁴ Необјављене пресуде Окружног суда у Неготину и Апелационог суда у Београду

пресуда Апелационог суда у Београду, Кж1. 3358/10 од 26.05.2010. године).⁴⁸⁵

Овај тежи облик, дакле подразумева свако лице које није навршило осамнаест година, мада има мишљења да под појмом малолетног лица у смислу овог кривичног дела треба разумети само лице које је навршило четрнаест година.⁴⁸⁶ Полазећи од важећих одредаба КЗ не постоји разлог због чега не би обухватили и случајеве посредовања у вршењу проституције према малолетним лицима испод четрнаест година. Сходно томе, посредовање у вршењу проституције се врши без воље тог лица, полазећи од тога да воља код малолетних лица испод четрнаест година није правно релевантна. У осталим ситуацијама, где се ради о малолетном лицу старијем од четрнаест година ипак није сасвим искључена воља већ се може говорити о коришћењу њихове душевне незрелости односно злоупотреби душевног стања лица која су у пубертетском узрасту – адолесценти).

Ово кривично дело може да се односи на већи број лица (неодређен), но посредовање у вршењу проституције ће постојати и када се врши према једном лицу – ако се ради о навођењу, подстицању или учествовању у предаји тог лица ради вршења проституције. У том смислу је Врховни касациони суд заузео став да када окривљени посредује у вршењу проституције два лица, у истом временском периоду, на исти начин и користећи исте прилике, тада чини једно

⁴⁸⁵ Необјављене пресуде Првог основног суда у Београду и Апелационог суда у Београду

О томе да је новац главни покретач за вршење проституције малолетних лица потврђује и пресуда у којој се наводи да је учинилац у периоду од... до... наводио малолетну Ј.Ј. и С.Ђ. на проституцију, предложивши им да у његовој кући пружају сексуалне услуге за новац, рекавши им да ће моћи да зараде од 1500. до 2500. динара по клијенту, на шта су оне пристале, после чега је позивао клијенте путем мобилног телефона и са њима договарао да дођу код њега, где је претходно обезбеђивао присуство малолетних Ј.Ј. и С.Ђ. да би по доласку клијента од истог унапред узимао новац у износу од 3000. до 5000. динара на име уговорених сексуалних услуга, након чега је излази из куће омогућавајући им да несметано пружају сексуалне услуге, чиме је извршио кривично дело посредовање у вршењу проституције из члана 184. став 2. у вези става 1. КЗ. – Необјављена пресуда Првог основног суда у Београду, К. 20428/10 од 26.10.2010. године и пресуда Апелационог суда у Београду, Кж1. 7367/10 од 24.02.2011. године.

⁴⁸⁶ Видети: Д. Атанацковић, Кривично право, посебни део, Београд, 1981, стр. 275.

кривично дело из члана 184. КЗ-а. У образложењу пресуде се, између осталог, каже: "тачно је да је генерално заштитни објекат код кривичног дела посредовања у вршењу проституције из члана 184. КЗ-а, полна слобода, пошто се ово кривично дело налази у групи кривичних дела против полне слободе. Међутим, ово кривично дело је специфично у односу на остала кривична дела из те групе. Наиме, друштвена опасност која се штити овим кривичним делом је јавни морал и осуда проституције као неприхватљиве друштвене појаве, па је у том смислу правно ирелевантно за квалификацију дела за колико лица је посредовано у вршењу проституције, тако да су окривљени, посредовањем у вршењу проституције два лица, у истом временском периоду, на исти начин и користећи исте прилике, извршили по једно кривично дело из члана 184. КЗ-а, како су то правилно оценили првостепени и другостепени суд." (пресуда Врховног касационог суда, Кзз 22/11 од 13.04.2011. године).⁴⁸⁷ С тим у вези дело се може сматрати свршеним предузимањем сваке делатности наведене у ставу 1. овог члана – навођење, подстицање, учествовање у предаји другог лица, пропагирање и рекламирање проституције, при чему није неопходно да се то лице заиста и бавило проституцијом.

У погледу кривице потребан је директан умишљај који обухвата и свест да се поменуте радње из става 1. управо чине ради вршења проституције, а у ставу 2. још мора да обухвата и свест да се то чини према малолетном лицу.

5.9. Приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију

Приказивање порнографског материјала (како се раније звало ово кривично дело) инкриминисано је тек почетком двадесетог века. Своје међународно утемељење је добило у Споразуму о сузбијању промета неморалних публикација закљученог 1910. године, док је 1923. године у Женеви усвојена Међународна

⁴⁸⁷ Преузето са сајта Прописи нет, Инг про

конвенција о сузбијању промета и трговине неморалним публикацијама, а оба ова међународна уговора (која су допуњена и измењена протоколима из 1947. и 1949. године) је тадашња Југославија прихватила. Ипак, последњих неколико деценија је у области "сексуалног морала" дошло до великих промена, па се почело сматрати приватном ствари, па и правом појединца, да му буду приступачни порнографски материјали, тако да је постао скоро општеприхваћен став да кривичном правом не треба штитити схватања сексуалног морала.⁴⁸⁸

То и није спорно када су у питању одрасле особе, па чак и лица која су малолетна у узрасту од четрнаест до осамнаест година. С друге стране, опште прихваћено је да кривичноправну заштиту када је порнографија у питању, треба пружати искључиво деци.⁴⁸⁹ С тим у вези највећи проблем представља тзв. дечија порнографија односно искоришћавање деце за производњу порнографије.

Србија је, иначе, потписница Конвенције о најгорим формама дечијег рада (ILO, 1999, Worst Forms of Child Labour Convention No. 182 и Recommendation No. 190) која има за циљ забрану и елиминацију облика дечијег рада који су најштетнији, најопаснији и омогућавају највећи степен искоришћавања. Под термином "најтежи облици дечијег рада" се између осталог подразумева и "искоришћавање, набављање или нуђење детета за проституцију, производњу порнографије или порнографске представе". У члану 34.б Конвенције о правима детета државе уговорнице су се обавезале да спрече искоришћавање деце у порнографским представама и материјалима као једног од облика сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања деце, те да предузимају све

⁴⁸⁸ Више о томе: М. Шкулић, *op. cit.* стр. 479. и З. Стојановић, Коментар Кривичног закона Савезне Републике Југославије, пето издање, Београд, 2002, стр. 300.

⁴⁸⁹ Наилазимо, што је фрапантно, на честе коментаре педофила да дечја порнографија није злочин јер су то "само слике", као и то да је овакво понашање ипак друштвено прихватљиво с обзиром на велики број људи који учествују у педофилској мрежи... Тако порнографски материјали уобичајено приказују децу са осмехом или фацијалним експресијом која се може тумачити као уживање у сексуалном чину, а чиме се имплицитно и оправдава гледање, односно поседовање оваквих материјала од стране оних које сврставао у категорију педофила. – Видети: Н. Петковић, Ј. Димитријевић, М. Ђорђевић, Сексуална злоупотреба деце – теоријски модели експланације, часопис Социјална мисао, број 3, Београд, 2011, стр. 23-24.

одговарајуће мере за њихово спречавање. Из тог разлога, али и због успешнијег остваривања сврхе Конвенције о правима детета је било нужно донети и Факултативни протокол уз конвенцију о правима детета о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији. Са његовим доношењем, државе уговорнице су прошириле мере у циљу заштите деце од ових проблема који су се показали као најчешћи.

У преамбули овог Протокола се, између осталог, наводи да су државе уговорнице забринуте због све веће доступности дечије порнографије на Интернету и у другим технологијама у развоју, и позивајући се на Конференцију о борби против дечије порнографије на Интернету, одржаној у Бечу 1999. године, а посебно на њен закључак којим позива на универзалну инкриминацију производње, дистрибуције, извоза, преноса, увоза, намерног поседовања и рекламирања дечије порнографије, наглашавајући значај тешње сарадње и партнерства између влада и Интернет индустрије, сагласиле се о садржају донесеног Протокола. У поменутој преамбули су се о садржају донесеног Протокола државе уговорнице сагласиле прихватајући значај спровођења одредаба Програма акције за спречавање продаје деце, дечије проституције и дечије порнографије, Декларације и Агенде за акцију, усвојених на Светском конгресу против комерцијалне сексуалне експлоатације деце, одржаном у Стокхолму од 27. до 31. августа 1996. године, и других релевантних одлука и препорука одговарајућих међународних тела.

У наведеном Факултативном протоколу у члану 2в се под дечјом порнографијом подразумева било какво представљање, било којим средством, неког детета укљученог у стварне или симулиране експлицитне сексуалне активности или било какав приказ делова тела неког детета који могу да изазову сексуално узбуђење.⁴⁹⁰ У следећем члану у тачки 1в. је наглашено да свака држава уговорница ће, између осталог, обезбедити да као минимум у пуној мери буду

⁴⁹⁰ Дечија порнографија и дечија проституција представљају две категорије сексуалне експлоатације. За разлику од сексуалног злостављања, сексуална експлоатација има своју економску компоненту. Профит који се остварује у овој врсти злоупотребе детета само делимично или никако иде у руке деце, а остало убирају разни учесници у процесу почев од блиских чланова породице преко посредника до посебно организованих индустрија. – Н. Вучковић-Шаховић, *op. cit.* стр. 18.

обухваћене њеним кривичним делима или казним законом, без обзира да ли су таква дела извршена у земљи, трансационално, односно на индивидуалној или организованој основи - производњу, дистрибуцију, ширење, увоз, извоз, нуђење, продаја или поседовање, у горње сврхе, дечије порнографије.

За ову проблематику је од значаја и већ поменута Конвенција Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања из 2007. године, у којој су поред кривичног дела сексуалног злостављања (члан 18) и кривичног дела у вези са дечијом проституцијом (члан 19) предвиђена и два кривична дела која имају везе са овим кривичним делом. Тако у члану 20. који носи назив кривична дела у вези са дечијом порнографијом, у ставу 1. се наводи да државе чланице се обавезују да предузму све неопходне законодавне или друге мере како би се обезбедили да следећи видови намерног понашања, када су бесправно почињени буду криминализовани:

- а) производња дечије порнографије;
- б) нуђење или стављање на располагање дечије порнографије;
- в) дистрибуирање или пренос дечије порнографије;
- г) прибављање дечије порнографије за себе или за неку другу особу;
- д) поседовање дечије порнографије
- г) свесно прибављање могућности приступа помоћу информационе или комуникационе технологије, дечијој порнографији.

У ставу 2. се наводи да је у смислу овог члана појам "дечија порнографија" означава сваки материјал који визуелно приказује дете које се бави стварним или симулираним сексуалним експлицитним понашањем, и свако приказивање полних органа у првенствено сексуалне сврхе. У ставу 3. се наводи да свака страна може задржати право да не примењује, у целини или делимично, став 1.а) и д) када је реч о производњи и поседовању порнографског материјала који: се састоји искључиво од симулираних представа или реалистичних слика непостојећег детета, и који обухвата децу која су навршила узраст одређен сагласно примени члана 18. став 2. када су те слике произведене уз њихов пристанак и предмет су

поседовања искључиво за сопствену приватну употребу.⁴⁹¹ Најзад, у ставу 4. се истиче да свака страна може резервисати право да не примењује, у целини или делимично, став 1.б).

У члану 21. исте Конвенције, који носи назив кривична дела у вези са учешћем детета у порнографским представама, у став 1. се каже да ће свака страна предузети све неопходне законодавне или друге мере да би обезбедила да следећи видови намерног понашања буду криминализовани:

а) ангажовање детета да учествује у порнографским представама или навођење детета да учествује у таквим представама;

б) приморавање детета да учествује у порнографским представама или остваривање зараде или неки други вид искоришћавања детета у такве сврхе;

в) свесно присуствовање порнографским представама у којима учествују деца.

У ставу 2. се наводи да свака страна може резервисати право да ограничи примену става 1.в) на оне случајеве у којима су деца ангажована или приморана у складу са ставом 1.а) или б).⁴⁹²

У публикацијама ЕСРАТ-а (непрофитна организација "Зауставити дечију проституцију, дечију порнографију и трговину децом за сексуалну експлоатацију") наводи се како дечија порнографија може бити дефинисана као сексуално експлицитна репродукција дететовог имица, укључујући изразито сексуалне фотографије, негативе, слајдове, магazine, филмове, видео врпце и компјутерске дискове. Уопштено говорећи, дечја порнографија може се поделити у две главне категорије – "мека" и "тврда" порнографија. Мека порнографија подразумева материјале који нису сексуално експлицитни, но укључују обнажене и заводничке приказе деце, а тврда порнографија се односи на приказе укључене у сексуалне активности.⁴⁹³

⁴⁹¹ У члану 18. у ставу 2. Конвенције се каже да свака страна одредиће старосни узраст испод кога је забрањено бављење сексуалним активностима са дететом. - напомена М.М.

⁴⁹² Ова конвенција предвиђа и санкције и мере у члану 27. о чему је било већ речи у првом делу рада, на страни 21. – напомена М.М.

⁴⁹³ И. Ковчо, Заштита сексуалног интегритета дјете и малољетника, Дијете и друштво, година 2. број 1. 2000, Загреб, стр. 14.

Како је ово постао међународни проблем, нимало безазлен, државе су биле принуђене на овакве споразуме и протоколе. Дакле, ово је последица све веће распрострањености која достиже, на жалост, и светске размере захваљујући пре свега коришћењу савремених технологија, нарочито интернета којим се чини доступна свуда и свакоме дечија порнографија.⁴⁹⁴

Сходно изнетом, ради заштите малолетних лица од разних видова сексуалне експлоатације која у себи садрже пословни (комерцијални) моменат односно стицање профита, а имајући у виду међународне обавезе преузете потписивањем и ратификацијом наведених међународних конвенција и протокола, у нашем КЗ, ово кривично дело је предвиђено у члану 185. и гласи:

(1) Ко малолетнику прода, прикаже или јавним излагањем или на други начин учини доступним текстове, слике, аудио-визуелне или друге предмете порнографске садржине или му прикаже порнографску представу,

казниће се новчаном казном или затвором до шест месеци.

(2) Ко искористи малолетника за производњу слика, аудио-визуелних или других предмета порнографске садржине или за порнографску представу,

казниће се затвором од шест месеци до пет година.

(3) Ако је дело из става 1. и 2. овог члана извршено према детету,

учинилац ће се казнити за дело из става 1. затвором од шест месеци до три године, а за дело из става 2. затвором од једне до осам година

⁴⁹⁴ Значајан међународни скуп под називом: Сексуално злостављање деце, дечија порнографија и педофилија на Интернету: Међународни изазов, одржан је у Паризу 18. и 19. јануара 1999. године, у организацији Унеска. Циљ овог скупа је био да се размотре могућности борбе против педофилије и дечије порнографије на Интернету. На крају састанка донети су Декларација и План деловања, који представљају први корак у кидању окова ћутања која окружује проблем сексуалног злостављања деце: ћутања саме деце, ћутања извршилаца, ћутања судова и правде, ћутања психолога и психијатара. – Више о томе: И. Марковић, Међународни оквири и стандарди кривичноправне заштите полног интегритета дјече и малолетника, Годишњак Правног факултета у Бања Луци, број 33, 2011, стр. 163.

(4) Ко прибавља за себе или другог, поседује, продаје, приказује, јавно излаже или електронски или на други начин чини доступним слике, аудио-визуелне или друге предмете порнографске садржине настале искоришћавањем малолетног лица,

казниће се затвором од три месеца до три године.

(5) Предмети из става 1. до 4. овог члана одузеће се.⁴⁹⁵

Имајући у виду да се кривичноправна заштита деци пружа у ставу 3. а који се претходно позива на став 1. и 2. овог члана неопходно је управо анализирати те ставове.

У ставу 1. се инкриминише чињење доступним малолетнику односно (у ставу 3.) детету порнографије кроз продају, приказивање, јавно излагање или на други начин чињење доступним текстова, слика, аудио-визуелних и других предмета порнографске садржине или приказивање порнографске представе. Под порнографијом у смислу овог кривичног дела треба схватити приказивање сексуалног акта на експлицитан начин, приказивање сексуалних органа у сврху побуђивања и стимулисања сексуалног нагона. Дакле, приказивање сексуалних аката или сексуалних органа нема научне, уметничке или неке друге сличне циљеве. Критеријуми за одређивање шта би спадало у порнографију као и шта би

⁴⁹⁵ Ово кривично дело је до ЗИД КЗ из 2009. године било под називом "приказивање порнографског материјала и искоришћавање деце за порнографију и гласило је:

"(1) Ко детету прода, прикаже или јавним излагањем или на други начин учини доступним текстове, слике, аудио-визуелне или друге предмете порнографске садржине или му прикаже порнографску представу,

казниће се новчаном казном или затвором до шест месеци.

(2) Ко искористи дете за производњу слика, аудио-визуелних или других предмета порнографске садржине или за порнографску представу,

казниће се затвором од шест месеци до пет година.

(3) Ко продаје, приказује, јавно излаже или електронски или на други начин чини доступним слике, аудио-визуелне или друге предмете порнографске садржине настале извршењем дела из става 2. овог члана,

казниће се затвором до две године.

(4) Предмети из става 1. до 3. овог члана одузеће се."

обухватало порнографске материјале и предмете није одређено законом нити било којим прописом. Произлази из тога да је то препуштено судској пракси у сваком конкретном случају. У делу теорије постоји мишљење да су порнографски предмети начелно они предмети у којима се сексуални односи приказују или обрађују превасходно у циљу изазивања и потенцирања сексуалних нагона код других лица, што се нарочито изражава у начину приказивања, потенцирању неких детаља, задирања у најинтимније сфере сексуалног живота и сл.⁴⁹⁶ Такође се могу дефинисати и као сви они материјали који немају одређене научне, едукативне и друге сличне циљеве, већ се сексуални акт или друге сексуалне радње (са обљубом изједначен чин итд.) приказују једино или претежно ради подстицања сексуалног нагона у његовом најсуровијем смислу.⁴⁹⁷

У погледу порнографске садржине то могу да буду текстови, слике, аудио – визуелни предмети под којима се подразумевају компакт дискови и то у виду ЦД, Диви икс, Двд, Мп-3, Мп-4 итд, као и УСБ флешови, док су видео и аудио касете углавном превазиђене. Дешава се да је тешко раздвојити садржаје уметничког карактера којима се сексуални чин, али и остале сексуалне радње приказују у уметничком или научном смислу од порнографије.

Радња овог кривичног дела, у ставу 1, је одређена алтернативно и може се вршити кроз продају, приказивање, јавно излагање и сл. Продаја подразумева да се ови предмети дају уз новчану (најчешће) или неку другу накнаду, док приказивање ових материјала подразумева гледање једног или више лица у већ припремљеној (организованој) форми. Јавно излагање представља чињење доступним неодређеном броју лица – деце на одређеном месту или местима. Најзад, приказивање порнографске представе је такође облик извршења који може бити нпр. приказивање у биоскопу, у кафићу, односно тзв. "peer show" и "live show".

Код става 3. овог члана, све делатности (из става 1.) морају се вршити према лицу млађем од четрнаест година, при чему се мора радити о директном

⁴⁹⁶ Љ. Лазаревић, *op. cit.* стр. 529.

⁴⁹⁷ М. Шкулић, *op. cit.* стр. 480.

умишљају (што је правило када су сексуални деликти у питању), али може и са евентуалним умишљајем, јер ће дело постојати и ако је дете пристало да се упозна са садржином порнографских материјала, а ради се о приказивању пунолетним лицима. Нужно је дакле да постоји свест како о садржини порнографских материјала, тако и о томе да је реч о веома младим лицима. Тако нпр. када је окривљени у свој стан доводио сестре које су старе дванаест и осам година и приказивао им порнографске видео касете уз гласно коментарисање еротских сцена, учинио је кривично дело приказивања порнографских материјала (пресуда Врховног суда Србије Кж. 592/05 од 16.6.2005. године и пресуда Окружног суда у Београду К.1241/03 од 04.11.2004. године).⁴⁹⁸

У ставу 2, је предвиђен тежи облик који се састоји у искоришћавању малолетника за производњу порнографског материјала или за порнографску представу.

У ставу 3. који се позива на став 2. дакле све што се односи за малолетника односи се и на дете. Из тога следи да се дете искоришћава ради позирања, екхибиционизма, вршења неких недозвољених полних радњи, па све до радњи које могу да имају карактер тежег кривичног дела попут силовања детета или обљубе са дететом.

У овом ставу постоје алтернативно два облика начина извршења, и то тако да се једном радњом – коришћењем детета стварају порнографске слике, аудио-визуелни и други предмети порнографске садржине, док се другом радњом дете користи за порнографску представу. Слике дечије порнографије данас се веома

⁴⁹⁸ Слично је и Врховни суд Хрватске по том питању у једној пресуди заузео став да су без оправдања приговори оптуженог у погледу постојања кривичног дела упознавања деце са порнографијом. Оптужени истиче да нема доказа за то дело и да ни малолетни оштећени није говорио вештацима да би му он показивао слике или часописе голих жена или мушкараца. Супротно жалби оптуженог, малолетни оштећени је приликом разговора са вештацима изричито навео "да му је оптуженик показивао на компјутер голе особе, да је то пуно пута показивао и то прије него што је дирао његову пишу" и да му је при том говорио што те особе раде, а да је "гледао и новине с голим женскама и мушким особама, које су се сексале". Врховни суд Хрватске, Кж. 1000/03-5 од 19.02.2004. године - Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, књига II, Сарајево, 2005, стр. 1594.

лако конвертују у компјутерски читљиву форму, било скенирањем било дигитализацијом, те се у таквој форми лако преносе кроз рачунарске мреже и дистрибуирају на различите локације широм света. Рецимо, порнографер може да оде на пример на Тајван, тамо сними порно филм, укључи на Интернет и слике пошаље на своју приватну имејл адресу и када при повратку дође на царину своје земље, он при себи нема никаквог порнографског материјала због којег би кривично одговарао.⁴⁹⁹ У вези овог става, у једној пресуди се нпр. наводи да тиме што је малолетни учинилац наговорио двојицу дечака узраста од шест година да скину одећу од појаса до колена и да се међусобно љубе и додирују, опонашајући полни акт, и те њихове радње снимао мобилним телефоном – остварена су обележја тежег облика кривичног дела приказивања порнографског материјала и искоришћавање деце за порнографију.⁵⁰⁰

У оба случаја, ако се извршилац овог кривичног дела јавља и као извршилац кривичног дела силовања или обљубе са дететом, постојаће стицај ових кривичних дела. Тако нпр. суд је заузео став да "дете је искоришћено за производњу слика порнографске садржине када је оптужени сачинио стошеседесет

⁴⁹⁹ Видети: Н. Тањевић, *op. cit.* стр. 28.

⁵⁰⁰ У образложењу пресуде се наводи да је првостепени суд, након саслушања малолетника, те извођења свих потребних доказа, чињенично стање у свему правилно утврдио. Ни сам малолетник у својој одбрани не негира да је мобилним телефоном снимао ученике првог разреда основне школе у Б. малолетне Б.Н. и М.Т, у школском дворишту, те да је овај снимак приказивао својим другарима и сведоку М.С. Имајући у виду овакву одбрану малолетника, те чињеницу да је малолетник претходно наговорио Б.Н. и М.Т. да скину одећу од појаса до колена и да се међусобно љубе и додирују, опонашајући полни акт, то је у потпуности правилан закључак првостепеног суда да у његовим радњама стоје сви елементи кривичног дела приказивања порнографског материјала и искоришћавање деце за порнографију из члана 185.став 2. у вези става 1. Кривичног законика. Жалбом браниоца се истиче да код малолетника критичном приликом није постојала намера за бављење порнографијом, већ да је малолетник само желео да демонстрира могућности свог мобилног телефона. Међутим, овакви жалбени наводи не могу се прихватити као основни, јер је малолетник могућности свог мобилног телефона могао демонстрирати и на други начин, а не снимањем деце узраста од шест година, коју децу је претходно наговорио да скину одећу, те приказивао тако начињене снимке овог садржаја својим другарима – ученицима осмог разреда основне школе и сведоку М.С. (Решење Врховног суда Србије, Кжм. 31/07 од 26.04.2007. године) – преузето са propisi.net, Ингпро, 2011. године

фотографија порнографске садржине тако што је додиривао четрнаестогодишњу кћерку свога пријатеља, завлачењем руке испод гардеробе, додиривањем по интимним деловима тела уз истовремену мастурбацију и размазивањем ејакулата по њеном телу, ширењем ануса оштећене прстима и чином обљубе. Овакве радње су квалификоване као кривично дело искоришћавање деце за порнографију из члана 185. став 2. и 3. КЗ." (пресуда Врховног суда Србије Кж. 453/06 од 01.06.2006. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 1930/05 од 22.11.2005. године).⁵⁰¹

Најзад, у ставу 4. предвиђен је облик који обухвата прибављање за себе или другог, поседовање, продају, приказивање, јавно излагање или електронски или на други начин чињење доступним слика, аудио-визуелних или других предмета порнографске садржине настале искоришћавањем малолетног лица извршењем дела из става 2. овог члана. У том смислу је и једна одлука Вишег суда у Београду у којој је малолетном С.М. решењем изречена васпитна мера судски укор (због овог кривичног дела из става 4.) јер је "фебруара месеца 2014. године у Београду, учинио доступним видео снимак порнографске садржине малолетном Г.А... на тај начин што је од детета Ш.О. са којом је био у интернет комуникацији преко свог интернет налога "М...С..." на друштвеним мрежама "Фејсбук" и "Скајп" затражио да му пошаље видео снимак на коме се она самозадовољава, те је видео снимак малолетна Ш.О. проследила мал. С.М., а он је посредством друштвене мреже "Скајп" проследио даље малолетном Г.А. на "Скајп" налог" (Решење Вишег суда у Београду, одељење малолетнике Км. 202/14 од 22. јула 2014. године)⁵⁰² Педофили и дечији порнографи не користе електронску пошту само за смештање и транспорт слика већ и за комуницирање, договарање и међусобно организовање, али и за налажење жртава међу малолетницима.⁵⁰³ Овај облик кривичног дела не

⁵⁰¹ Преузето са сајта прописи, нет, Ингпро

⁵⁰² Необјављена одлука Вишег суда Београду

⁵⁰³ Видети: Н. Тањевић, ор. cit. стр. 28. Исти аутор додаје да у вези са рапидним ширењем сексуалног угрожавања деце на Интернету, чланица специјалне групе Интерпола за борбу против криминала на Интернету изјавила је: "Интернет веома брзо постаје значајан за сексуално узнемиравање деце, што само помера границе ужаса који нам припремају криминалци, сада боље опремљени и образованији од већине појединачних полицајаца на свету."

може извршити лице које је претходно извршило дело из став 2. (или из става 3. када се позива на став 2.) јер се ради о накнадном некажњивом делу као облику привидног реалног стицаја (то се може узети у обзир приликом одмеравања казне за кривично дело из става 2.).⁵⁰⁴

На крају, у ставу 5. је предвиђено да се одузму ствари које су настале извршењем сва четири наведена облика овог кривичног дела. То се остварује кроз обавезно изрицање мере безбедности из члана 87. КЗ и то како они предмети који су продати, приказани или јавно изложени или на други начин доступни детету (став 3. у вези става 1.), тако и предмети за производњу слика, аудио-визуелних или других предмета порнографске садржине који су настали искоришћавањем детета у ту сврху (став 3. у вези става 2.).

5.10. Навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама

Новоинкриминисано дело је ЗИД КЗ⁵⁰⁵ предвиђено у члану 185а и гласи:

(1) Ко наведе малолетника да присуствује силовању, обљуби, или са њом изједначеним чином или другој полној радњи,

казниће се затвором од шест месеци до пет година или новчаном казном.

(2) Ако је дело из става 1. овог члана учињено употребом силе или претње, или према детету,

Учинилац ће се казнити затвором од једне до осам година.

Наведено кривично дело једним делом има своје утемељење у Конвенцији о правима детета. У члану 34.а државе уговорнице се обавезују да штитећи децу од свих облика сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања, на свим

⁵⁰⁴ З. Стојановић, *op. cit.* стр. 459.

⁵⁰⁵ ЗИД КЗ, Службени гласник Републике Србије, број 72/2009 од 03.09.2009. године

нивоима предузму све мере за спречавање навођења или присиљавања детета на учешће у било којој незаконитој сексуалној активности. Управо ово навођење... детета на учешће у било којој незаконитој сексуалној активности делимично се подудара са навођењем малолетника на присуствовање некој од сексуалних радњи описаној у ставу 1. члана 185.а КЗ. Друга конвенција, која је у ствари и била повод за доношење овог кривичног дела је Конвенција Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања ("Службени гласник РС – Међународни уговори", број 1/10), и то конкретно чланом 22. који носи назив "корумпирање деце". Овим чланом се налаже државама потписницама да предузму све неопходне законодавне или друге мере да би криминализовали намерно навођење, у сексуалне сврхе, детета које још није у узрасту наведеном у смислу члана 18. став 2, Конвенције, да буде сведок сексуалног злостављања или сексуалних активности, чак и уколико оно само не мора да учествује у томе. Поменути члан 18. став 2. говори о томе да ће свака страна, потписница Конвенције одредити старосни узраст испод кога је забрањено бављење сексуалним активностима са дететом.

Овим кривичним делом може се рећи првенствено се штити нормални развој малолетника и деце у области њихове сексуалности. Као што се види не остварује се никакав физички контакт или додир са пасивним субјектом (малолетником или дететом) већ превасходно психички контакт између учиниоца који наводи на присуствовање полним радњама и пасивног субјекта који тим радњама присуствује. Пасивни субјект у ствари има улогу посматрача. Познато је да се задовољење сексуалног нагона може остварити и без додиривања тела другог лица (жртве), и да се тиме повређује сексуални морал. До уношења овог кривичног дела у садашњи КЗ била је спорна ситуација када се жртва наводи на посматрање сексуалних радњи, било које врсте, коју извршилац врши на себи или телу трећег лица. Ранија судска пракса и теорија су углавном заузимали став да када учинилац не врши физичку радњу на телу жртве не постоји кривично дело из ове главе КЗ. Додуше постојала су и схватања да таква понашања представљају кривично дело недозвољене полне радње односно некадашње блудне радње, где и

није неопходан телесни додир са жртвом.⁵⁰⁶ Намера законодавца је очигледно била да радње које се не могу подвести ни под једно постојеће кривично дело, па чак ни под недозвољене полне радње, треба инкриминисати јер штетно утичу на сексуални развој деце и омладине.⁵⁰⁷ Због тога је овим изменама и допунама КЗ из 2009. године и начињен корак у том правцу.

Навођење на присуствовање некој од наведених сексуалних радњи из става 1. овог члана би могла да подразумева наговарање, убеђивање па и наређивање пасивном субјекту. Под навођењем се не би могло сматрати претња или уцена. Ипак, с тим у вези јављају се неке недоумице. Да ли је нужно да малолетник (став 1.) или дете (став 2.) заиста присуствује тим полним радњама или је довољно да је навођење у том правцу извршено (успело)? У ситуацији да није присуствовало, него је само наведено то учини да ли ће се радити о свршеном кривичном делу или о покушају истог? Претпоставка је да је намера законодавца била да је потребно да малолетник или дете и присуствује тим полним радњама. Није спорно да ако је поред навођења пасивни субјект и присуствовао тим полним радњама да кривично дело постоји. Под новоинкриминисаним кривичним делом би се могао подвести и пример из раније судске праксе (обзиром да примера из новије судске праксе за ово кривично дело нема – напомена М.М.) - *“Ако, на примјер, наставник са малољетним мушким лицем заједнички (не и узајамно) мастурбира и развија тако у њему хомосексуалну диспозицију у тој сполно амбивалентној доби, или ако одгојитељ пред повјереним малољетником онанира, све те и низ других радњи не би се могле сврстати под појам блудних радњи и казнити. Код њих, наиме, не долази до физичког контакта, већ само до психичке везе. Блуд се врши “на самоме себи” у буквалном смислу, иако је читава ситуација социосексуална.”*⁵⁰⁸ Из овог примера се види да није спорно да ове

⁵⁰⁶ “Изузетно блудна радња може се учинити и без додира тела другог лица (на пример, принуђавање неког лица да се разголити).” – Ј. Таховић, Коментар кривичног законика, Београд, 1956, стр. 404.

⁵⁰⁷ “Сексуалне радње пред дјететом могу за његов сексуални развој бити много погубније од оних које се врше на њему” – Schroeder, Das neue Sexualstrafrecht, Karlsruhe 1975. стр. 28. у преводу Ф. Хирјан-М.Сингер, *op. cit.* стр. 85.

⁵⁰⁸ М. Дамашка, *op. cit.* стр. 409.

радње не могу бити недозвољене полне радње из члана 182. КЗ, јер се то малолетно лице наводи да присуствује онанисању наставника у једном случају и "одгојитеља" (васпитача) у другом случају пред њим. Но, пошто је реч о онанисању пред другим лицем, дакле без физичког контакта, а имајући у виду законски текст овог кривичног дела (у ставу 1.) – "или друга полна радња" онда би овакве радње могле једино да се подведу под кривично дело навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама. Под тим би се могла подразумевати и свака друга радња која би могла имати сексуални карактер, а да при томе се не остварује физички контакт са дететом, нпр. када се дете наводи да присуствује радњама миловања неког лица над самим собом (нарочито ако је реч о миловању интимних делова тела).

Недоумица постоји и у погледу самих сексуалних радњи. Наиме, радња извршења је навођење малолетника на присуствовање силовању, обљуби или са њом изједначеним чином или другој полној радњи. Није спорно присуствовање силовању, шта више то је са криминално политичког аспекта и за очекивати, али шта је са присуствовањем осталим сексуалним радњама које су наведене у ставу 1. овог члана. Долазимо до две могуће ситуације. Прва, да је присуствовање обљуби, са њом изједначеним чином или другој полној радњи се односи на радње које су предвиђене кривичним делом из ове главе (изузев силовања које је наведено) или пак, друга ситуација, када се малолетник наводи да присуствује тим сексуалним радњама које нису кажњиве. Језичко тумачење упућује више на ову другу ситуацију, па се тако долази до апсурдне ситуације: навођење на присуствовање дозвољеним сексуалним активностима представљало би кривично дело, док би навођење малолетника на учествовање у истим тим активностима (са тим или другим лицем) било дозвољено (осим, ако не би били испуњени елементи кривичног дела подвођења из члана 183).⁵⁰⁹

⁵⁰⁹ З. Стојановић, Коментар Кривичног законика, Београд, 2012, стр. 555. Исти аутор додаје да чак и само учествовање у добровољним сексуалним активностима малолетника, на одређени начин подразумева и његово присуствовање, па би то онда значило да се посредно проглашава кривичним делом навођење на сексуалне радње које је законодавац свесно оставио ван кривичне зоне (постављајући старосну границу од четрнаест година као границу за ступање у сексуалне односе).

Да би ова инкриминација имала свој смисао потребно би било да малолетник (став 1.) односно дете (став 2.) поред силовања (које је увек кривично дело) наводи да присуствује и код других сексуалних радњи – обљубе, са њом изједначеном чина или друге полне радње ако се јавља се у виду неког кривичног дела. Дакле, навођење на присуствовање и остале сексуалним радњама морају да имају карактер недозвољености и кажњивости (то би се односило на обљубу са дететом, обљубу над немоћним лицем, обљубу злоупотребом положаја и недозвољеним полним радњама -), као што је случај и код силовања.⁵¹⁰

Поред силовања, обљубе или са њом изједначеног чина управо се помињу и друге полне радње. Нејасно је шта би могло под тим другим полним радњама да се подразумева. Да ли су у питању недозвољене полне радње из члана 182. КЗ или и свака друга радња која има сексуални карактер? Ако се ради о недозвољеним полним радњама онда је то требало експлицитно и навести у законском тексту, а ако пак није, онда би могле доћи у обзир и неке ситуације (полне радње) као што су нпр. онанисање пред дететом, узајамно мастурбирање пред дететом и сл. (као што је наведено у малопређашњем примеру). Могло би се поставити питање да ли и под којим условима неки облици ексхибиционизма могу бити обухваћени овом инкриминацијом. Ексхибиционизам⁵¹¹ као облик сексуалног понашања, уколико нису остварени услови из чл. 178. ст. 1. и 2, 179. став 1, 180. став 1. и 181. ст. 1. до 3. Кривичног законика не представља кривично дело и то није спорно, али спорно је шта ако је ексхибиционистички акт учињен под условима из неког од ових кривичних дела. Постоје два опречна схватања. По једном схватању то

⁵¹⁰ У том смислу З. Стојановић, истиче да у прилог томе би ишло систематско тумачење у оквиру норме, као и тумачење *eiusdem generis* где би се из навођења на присуствовање првог наведеног чина (силовања) узело да се код навођења на присуствовање осталих сексуалних активности мора радити о активностима које су исте врсте макар у погледу њихове недозвољености. - Ibid

⁵¹¹ Ексхибиционизам (*exhibitionismus, exhibismus, adamismus*) означава полну изопаченост у којој се полно задовољство јавља при разголићавању гениталија пред сексуално жељеном особом односно на јавним местима, што ствара ерекцију а каткад и ејакулацију спонтану или уз помоћ мастурбације. – Д. Јевтић, Судска психопатологија, Београд, 1960, стр. 241. Ч. Хајдуковић дефинише ексхибиционизам као “облик сексуалног понашања у коме, код мушкараца, долази до сексуалног задовољења показивањем полних органа. Код жена се исти ефекти постижу показивањем других делова тела, што је обично мање упадљиво него код мушкараца”. – Ч. Хајдуковић, Судска психијатрија, Београд, 1981, стр. 189.

представља кривично дело недозвољене полне радње које могу постојати без обзира што је радња извршења само у облику екхибиционизма, под условом да се ради о некој од ситуација из чл. 178. ст. 1. и 2, 179. став 1, 180. став 1. и 181. ст. 1. до 3. Кривичног законика у којима су недозвољене полне радње инкриминисане.⁵¹² Друго схватање, које иначе преовлађује, је да екхибиционизам ни под каквим условима не представља радњу извршења недозвољених полних радњи или било којег другог кривичног дела из разлога што је неопходно да је та радња извршена на телу или додиром тела другог лица.⁵¹³

О томе ће судска пракса у наредном периоду морати искристалисати свој став шта би то могло све да обухвата ово кривично дело и да ли ту има "простора"

⁵¹² Врховни суд Хрватске је у једној пресуди заузео став да појам недозвољених полних радњи обухвата под одређеним условима и екхибиционизам. У образложењу овог суда се каже: "Екхибиционизам се има подвести под појам блудне радње, под којим се, у смислу члана 183. КЗ, разумије свака радња физичке принуде (осим обљубе и противприродног блуда), којом се иде за задовољење сполне похоте, а којом се вријеђа сполна слобода, достојанство личности и сполни морал, па је према томе противна постојећим моралним схваћањима. Такав случај представља и понашање оптуженог који је повалио девојчицу на клупу, држао јој руком уста да је спријечи да би викала, па је пред њом скидао гаће и хлаче и показивао своје споловило. Оптужени је тако задовољавао своју сполну похоту, уз физичко присиљавање дјевојчице да то трпи, што у наведеном смислу представља блудну радњу, без обзира што тиме није дирао непосредно њено тијело". – Кривични закон СР Црне Горе са коментаром, К. Перовић, Б. Томковић, М. Анђелић, Титоград, 1982, стр. 177-178. Од ставова који су изнели заговорници овог схватања, овај став је најприхватљивији јер има оправдање, пре свега у томе што је оптужени употребио силу према оштећеној. Ово би значило да се обично показивање полног органа не би могло сматрати недозвољеном полном радњом. У теорији кривичног права постоји мишљење да се у наведеном случају може радити о принуди (видети Коментар КЗ РС, *op. cit.* стр. 401-402). Међутим, пошто до екхибиционизма долази првенствено због изопаченог задовољења сексуалног нагона, овај став Врховног суда Хрватске има више оправдања, без обзира на чињеницу што у конкретном случају у радњама оптуженог има и елемената кривичног дела принуде (навођење употребом силе на неко трпељење). – Тако мисле и Б. Чејовић, Кривично дело у судској пракси, друга књига, посебни део, Београд, 1986, стр. 548-549. и Б. Вучковић, "Обележја кривичног дела блудне радње и пракса судова" – часопис за примену прописа ПРО-ИНФО бр.2/2002 стр. 22.

⁵¹³ У одлуци Врховног суда Војводине Кж. 719/60 је заузет став да "Блудна радња не може бити извршена на сопственом телу, већ само на телу другог лица". – Б. Чејовић, *op. cit.* стр. 547.

и за ексхибиционизам.⁵¹⁴

Даље, шта ако је силовање, обљуба или са њом изједначен чин или нека друга полна радња остала "само" на покушају? Логично питање које иза тога следи је да ли ово кривично дело постоји? При томе треба имати у виду већ стару проблематику која се тиче самог покушаја (о чему ће касније бити више речи). Пре свега се овде мисли на недозвољене полне радње и њима сличне радње, јер је ту тешко направити границу између свршеног чина и покушаја, за разлику од силовања, обљубе или са њом изједначеног чина (иако код ових радњи некада често постоји дилема у вези разграничења). Ово питање и дилема има значаја ако би се прихватило становиште да навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама као кривично дело постоји ако дете заиста присуствује тим полним радњама.

Осим тога, може се поставити питање да ли се ради о присуствовању полним радњама (без обзира о којима је реч) два лица различитог или истог пола, да ли се може радити и о више лица (нпр. групно силовање) или с друге стране само о једном лицу – нпр. онанисање пред дететом о чему је већ било речи. Претпоставка је да би требало да обухвата све ове наведене ситуације, но иако ово питање није од велике важности, не би га требало губити из вида.

У ставу 2. је, као што се види из законског текста, предвиђен тежи облик и то ако је учињено према детету, што је криминалнополитички оправдано, као и ако је учињено путем принуде. Међутим, код кривичне санкције се јавља изван парадокс. Предвиђена казна затвора је од једне до осам година, док је у ставу 1. првом поред затворске казне предвиђена и новчана казна и то кумулативно. Не постоји ни један рационалан разлог, нити објективан да је у ставу 1. заступљена и једна и друга врста кривичне санкције, а у ставу 2. само једна. По томе, би се могао стећи утисак да је онда тежи облик је у ставу 1. без обзира што је запређена казна затвора мања него у односу на став 2. – од шест месеци до пет година. Сходно томе, у наредним ЗИД КЗ ова "аномалија" би се морала кориговати, у

⁵¹⁴ Проблем је што ће таквих случајева бити веома мало (полазећи од досадашње праксе), а што ће отежати заузимање одређеног става по том питању. До сада нису били забележени овакви случајеви. – примедба М.М.

којем би се предвидело у оба става да буду заступљене обе врсте кривичних санкција, или само једна кривична санкција (са различитом запрећеном казном, као и до сада).

Ово кривично дело у ставу 2. неће постојати ако се ради о детету које обзиром на животну доб не може да схвати значај тих полних радњи. Ипак и ту се могу јавити неке дилеме. Није спорно да дете које је малог узраста (беба) или пак нешто већег узраста не може да схвати и разуме сексуални чин који се одиграва у његовом присуству, или ако оно није будно и у свесном стању. Тога може бити свесно и лице које врши неки од сексуалних чинова, али да ли га то ослобађа од кривичне одговорности у ситуацији када је то дете будно и то гледа, без обзира што не разуме и не схвата значај истих. Исто тако да ли се то лице може ослободити од кривичне одговорности ако се те радње врше у присуству детета старијег узраста које због сопствене немоћи (нарочите психичке) не може да схвати значај сексуалних радњи. У оваквим ситуацијама би имало места говорити о кривици таквог лица имајући у виду све специфичности које постоје, мада је то ипак фактичко питање. Стога је ово питање можда чак више моралног него кривичноправног карактера.

Учиниоца дела може бити особа мушког и женског пола. Уколико се ради о учиниоцу коме је дете поверено на чување, негу, васпитавање и старање или се ради о родитељу или блиском сроднику, ова околност може бити од утицаја приликом одмеравања казне.

Дело се може извршити само са директним умишљајем.

5.11. Искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу

Као и код претходног кривичног дела, повод за инкриминацију, који је учињен ЗИД из 2009. године, у нашем Кривичном закону, је била Конвенција

Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања ("Службени гласник РС – Међународни уговори", број 1/10). Од значаја је, пре свега, одредба члана 23. који носи назив (у преводу) "Наговарање деце у сексуалне сврхе". Треба имати у виду да енглеска реч "solicitation", нарочито када се користи у контексту сексуалне сфере, значи намамљивање, па и салетање, а не обично наговарање.⁵¹⁵ У том члану се каже: "Свака страна предузеће све неопходне законодавне или друге мере да би криминализовала предлог који одрасло лице с намером упути користећи информациону и комуникациону технологију детету које још није досегло узраст наведен у примени члана 18. став 2, ради извршења било ког кривичног дела одређеног у складу са чланом 18. став 1.а) или члана 20. став 1.а) против њега или ње, ако је тај предлог пропраћен и материјалним радњама које воде ка одржавању таквог састанка." Члан 18. став 2. који се наводи у овом члану, говори да ће свака страна одредити старосни узраст испод кога је забрањено бављење сексуалним активностима са дететом. Ова одредба указује да је свакој држави остављено да својим кривичним правом утврђује до које године, односно узраста су сексуалне активности дозвољене и некажњиве.

Са развојем технике и технологије, а првенствено интернета, злоупотреба малолетних лица и деце у разне сврхе, а нарочито у области сексуалних права и интегритета тих лица су све више израженија. Но, да ли је ово дело требало инкриминисати на овакав начин као кривично дело и ако јесте да ли га је требало сврстати у групу кривичних дела против полне слободе је питање које ће време које је пред нама дати одговор. Ово кривично дело је предвиђено у члану 185б и гласи:

(1) Ко у намери извршења кривичног дела из члана 178. став 4, 179. став 3, 180. став 1. и 2, 181. став 2. и 3, 182. став 1, 183. став 2, 184. став 3, 185. став 2. и 185а овог законика, користећи рачунарску мрежу или комуникацију другим техничким средствима договори са малолетником састанак и појави се на договореном месту ради састанка,

казниће се затвором од шест месеци до пет година и новчаном казном.

⁵¹⁵ Видети: З. Стојановић, *op. cit.* стр. 556.

(2) Ко дело из става 1. овог члана изврши према детету, казниће се затвором од једне до осам година.

Пре него што дамо осврт на ово кривично дело морамо указати на погрешке у законском тексту које су формалне природе, али и оне које су суштинске. Наизглед, анализирајући овај члан не уочавају се те грешке, које на жалост нису ни мало безазлене. Ако кренемо од материјалних (суштинских) грешака (мада им можда неко неће придавати такав значај – напомена М.М.), видећемо да у члановима на које се позива у ставу 1. овог члана има нејасноћа. Но кренимо редом, у члану 178. став. 4. КЗ је као што је познато предвиђен најтежи облик кривичног дела силовања и то ако је услед силовања наступила смрт лица према којем је дело извршено или ако је учињено према детету. Произлази да би у овом случају валидна била само смрт лица које је силовано јер је у ставу другом члана 185. б. КЗ већ предвиђен тежи облик ако је учињен према детету. Дакле, остаје дилема на шта је законодавац мислио када се позивао на члан 178. став 4. КЗ – да ли на смрт лица које силовано или ако је учињено према детету или можда чак обоје!!! У члану 179. став 3, слично претходном члану је предвиђен најтежи облик кривичног дела обљубе са немоћним лицем и то ако је услед обљубе немоћног лица из претходних ставова тог члана наступила смрт лица према коме је дело извршено или је дело учињено према детету. Код овог члана, а у вези члана 185. б. КЗ такође произлази да може бити валидна само смрт лица, јер ако је то учињено према детету, то је већ предвиђен је у ставу другог поменутог члана. Свакако да овако предвиђене инкриминације (које се тичу члана 178. став 4. и 179. став 3. КЗ) могу довести до недоумица у пракси, јер суд ставља у "процеп" који би став када је реч о деци применио – први или други, обзиром да оба предвиђају (посредно у ставу 1. и експлицитно у ставу 2.). Тим пре што су забрањене казне у ставу 1. и 2. различите.⁵¹⁶

⁵¹⁶ По мишљењу аутора, логичким тумачењем би можда имало више места за примену става 2. обзиром да је изричито наведено ако је то дело учињено према детету, но имало би места и за примену става 1. на већ претходно описани начин, а полазећи од максиме примене повољнијег закона (члана и става) по окривљеног.

Парадокс још већи представља позивање на члан 180. став 1. и 2. КЗ. Овај члан (обљуба са дететом) је у потпуности "посвећен" деци у вези сексуалних деликата, било да је реч о врсти сексуалних радњи, било да је реч о околностима и начину вршења тих сексуалних радњи према деци. Логично питање које следи је зашто је овај члан уопште и стављен у став 1. члана 185. б КЗ када је већ посебно у ставу 2. наведено за дете. Можемо констатовати да се ради о непотребном дуплирању, што свакако указује на мањкавости (недопустиве за један системски закон какав је КЗ) у формулисању законског текста овог члана од стране законодавца. Свакако да навођење кривичног дело обљубе са дететом у члан 1. није требао ни стављати. Ако се законодавац пак већ одлучио да то учини, онда једноставно није требало да предвиђа, у законском тексту, став 2. у члану 185. б. КЗ. Тиме би у многоме отклонио дилеме код овог кривичног дела које је и иначе већ дискутабилно.

Даље, у ставу 1. се наводи и члан 181. став 2. и 3. КЗ (обљуба злоупотребом положаја). Осврнућемо се укратко на став 3. јер се злоупотреба положаја обљубом или са њом изједначеним чином врши према детету. Критички осврт који је дат за претходно наведене чланове вреди и у овом случају, а то значи да је било непотребно наводити став 3. члана 181. КЗ обзиром да је већ садржан у ставу 2. овог кривичног дела.

Занимљиво је да у ставу 1. члана 185. б наведен "само" став 1. члан 182. КЗ (недозвољене полне радње). Дакле, код овог кривичног дела није наведен и став 2. који се односи на недозвољене полне радње према детету. У овом случају став који се односи на дете (код члана 182. КЗ) је изостављен што је и разумљиво, мада је, као што је већ истакнуто за претходне чланове ставови који се односе на дете су без разлога изричито наведени. За овакве правне акробације објашњење вероватно има само законодавац. Пажљивом анализом, овако као што је поступљено за кривично дело недозвољене полне радње, требало је законодавац да учини и код кривичног дела силовања, обљубе са немоћним лицем, обљубе злоупотребом положаја где не би наводио ставове који се тичу сексуалних радњи према деци, обзиром да су у ставу 2. члана 185. б већ посебно предвиђени.

Формалну грешку (ни мало безначајну!) законодавац је направио када је у ставу 1. навео и члан 184. став 3. КЗ (посредовање у вршењу проституције). Пре свега овај став не постоји, па остаје дилема какву намеру може да има лице које користи рачунарску мрежу или комуникацију позивајући се на непостојећи став 3. члана 184. КЗ. Могли би да претпоставимо да је то пропуст у законском тексту приликом доношења Закона о измена и допунама из 2009. године, али то је ипак све у домену претпоставки. По мишљењу аутора овог рада, законодавац је вероватно мислио на члан 184. став 2. КЗ који се односи на посредовање у вршењу проституције према малолетном лицу. Но како је то, као што је већ истакнуто у домену претпоставки, анализу нећемо правити, са уверењем да ће ова недопустива грешка бити у најкраћем року исправљена.

Даље, наводи се и члан 185. став 2. КЗ (приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију), а који се доводи у везу са овим чланом и где је предвиђено искоришћавање малолетника за производњу слика, аудио-визуелних или других предмета порнографске садржине или порнографску представу. За разлику од претходно наведених кривичних дела, законодавац код овог кривичног дела није правио грешке јер је у овом ставу (у ставу 2. члана 185) као што се види жртва малолетник, а не и дете.⁵¹⁷ Но могли би се запитати колико је то животно у пракси, односно колико ће уопште бити таквих случајева. Да буде јасније, то би значило да ко искористи малолетника (став 1. члана 185. б) или дете (став 2. члана 185. б) за производњу слика, аудио-визуелних или других предмета порнографске садржине или порнографску представу користећи рачунарску мрежу или комуникацију другим техничким средствима те договори са малолетником или дететом састанак и појави се на договореном месту ради састанка, ће се казнити... За овакве или сличне примере, аутор овог рада није чуо, нити верују да ће га бити. Ово истичемо из разлога што се оваквим инкриминацијама непотребно оптерећује кривични законик.

⁵¹⁷ У члану 185. став 3. је предвиђено ако су те радње извршене према детету – напомена М.М.

Најзад, куриозитет је и да ново кривично дело – навођење малолетних лица на присуствовање полним радњама је предвиђено у такође новом кривичном делу које анализирамо. Кривично дело навођење малолетних лица на присуствовање полним радњама је у целини предвиђено у ставу 1. за разлику од претходно набројаних кривичних дела која су предвиђена у одређеним ставовима. Овде би се могла дати иста примедба као и код кривичног дела приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију. То се односи на апстрактност ситуације, до које теоретски може доћи, али која је тешко замислива у пракси или боље представљаће екстремну реткост.⁵¹⁸ Наиме, то би значило да је инкриминисано понашање према којем лице у намери навођења малолетника или детета на присуствовање силовању, обљуби или са њом изједначеним чином или другом полном радњом искористи рачунарску мрежу или комуникацију другим техничким средствима и договори са њим састанак и појави се на договореном месту ради састанка. Могло би се пре рећи да овакве ситуације више личе на филмске сценарије него што могу да имају праксу у стварном животу.

Остављајући по страни ове примедбе, даћемо анализу овог кривичног дела, онако како га је представио законодавац, а који је пре свега од значаја за тему овог рада.

Као што се види ово кривично дело, као и претходно, има свој тежи облик ако је учињен према детету и сходно томе запрећена је и већа затворска казна. Уз анализу овог дела, указаћемо на одређене дилеме и нејасноће које могу стварати проблеме у његовој примени. Једна од дилема је како ће се сазнати у којој мери је озбиљна намера да се изврши неко од наведених кривичних дела против полне слободе да би се захтевала кривичноправна заштита? Да ли сами писани трагови или усмена комуникација путем рачунарске мреже који остају забележени то може указивати. Поред тога, остаје нејасно, пре свега, код кривичних дела из

⁵¹⁸ Такав случај је био у прошлости са кривичним делом принуде на обљубу или противприродни блуд и кривичним делом завођења у ранијем КЗ РС, који дуги низ година, па и деценија, готово да нису имали никакву примену у пракси, и непотребно су оптерећивали тадашњи КЗ, због чега су и престали да егзистирају у новом КЗ – напомена М.М.

члана 178. став 4. и 179. став 3. да ли је законодавац "мислио" на намеру учиниоца да се изврши "само" силовање детета или обљубу или са њом изједначен чин над немоћним дететом или то обухвата поред извршења тих дела и наступање смрти тих лица као последице дела (како је у законском тексту предвиђено). У овим члановима, управо у наведеним ставовима, алтернативно су инкриминисане обе радње извршења.

Дакле, могло би се доћи до закључка да се кривичноправна заштита у овом кривичном делу пружа у смислу да се рачунарска мрежа или друге техничке комуникације користе ради договора и појављивања ради силовања или обљубе над немоћним лицем са смртним исходом. Ипак мање је вероватно да ће се у судској пракси тумачити ове одредбе баш на овакав начин, а и циљним тумачењем ове законске одредбе не би се могло доћи до тог смисла, али ову могућност свакако не би требало унапред одбацивати. Рачунарска мрежа, у смислу члана 112. став 18. КЗ се сматра скуп међусобно повезаних рачунара, односно рачунарских система који комуницирају размењујући податке. Недоумицу може да ствара шта би представљало комуникацију другим техничким средствима. На садашњем нивоу технике, то би могло да буду, пре свега, мобилни телефони (нарочито СМС и ММС поруке) и радио уређаји – радио станице (што је много ређи случај).

Радња извршења, уз постојање наведене намере, је одређена кумулативно, што значи да морају бити испуњена оба услова и то: први услов, да је путем рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима договорен састанак са малолетником (став 1.) или дететом (став 2.), и други услов је да се учинилац појавио на договореном месту ради састанка. С тим у вези, потребно је неизоставно истаћи и већ поменути Конвенцију о високотехнолошком криминалу из 2001. године. Према овој Конвенцији, у поглављу I, дате су дефиниције одређених појмова, па тако у члану 1. који носи назив дефиниције под а), "рачунарски систем" означава сваки уређај или групу међусобно повезаних или зависних уређаја, од којих један или више њих, на основу програма, врши аутоматску обраду података, док у истом члану под в) "давалац услуге" означава, између осталог, приватни субјект који корисницима своје услуге пружа могућност комуницирања преко рачунарског система. Такође је значајно напоменути и

дефиницију "податак о саобраћају" који означава сваки рачунарски податак који се односи на комуникацију преко рачунарског система, произведену од рачунарског система који је део ланца комуникације, а у којој су садржани подаци о пореклу, одредишту, путањи, времену, датуму, величини, трајању или врсти предметне услуге (члан 1. г.).⁵¹⁹

Ако не би било остварена оба услова, онда би се могло говорити о покушају, нпр. учинилац је на већ описан начин договорио састанак, али се није појавио на договореном месту, без обзира на разлоге који могу бити објективне и субјективне природе. У том смислу јавља се дилема када је учинилац остварио покушај (који је кажњив), а када је дело довршено. Како се ради о двоактном кривичном делу (према општим правилима), у ситуацији када је остварена једна радња извршена са умишљајем да се оствари и друга радња извршења, онда покушај постоји. У конкретном случају, покушај овог кривичног дела постоји ако је састанак уговорен, али се није појавио на договореном месту. Такође покушај постоји, ако би учинилац дошао на договорено место, али због неког другог повода (разлога), а не ради састанка, као и у ситуацији када би учинилац дошао близу уговореног места, из разлога да види да ли ће пасивни субјект доћи сам или са неким, да неће доћи са полицијом или родитељима, да види да ли ће пасивни субјект уопште доћи или из било којег разлога предострожности. Евентуално, ако је учинилац добровољно одустао од појављивања на договореном састанку, онда би се могао ослободити од казне применом института добровољног одустајања, у зависности од околности конкретног случаја.

Као и код кривичног дела навођење на присуствовање полним радњама и код овог кривичног дела наилазимо на исти парадокс. Наиме, у ставу 2. је предвиђена само затворска казна, док је у ставу 1. иако се ради о лакшем облику предвиђена затворска казна и новчана казна кумулативно. Напред наведене примедбе би се односиле и у овом случају.

Учинилац може бити свако лице, и не тражи се никакво посебно својство (осим што се очекује да је добар познавалац рачунара и комуникационих

⁵¹⁹ Ове дефиниције из Конвенције наводимо из разлога да би се лакше разумела рачунарска "терминологија" која је у директној вези са овим кривичним делом. – напомена М.М.

технологија – примедба М.М.). Имајући у виду природу дела, извесно је да се учинилац и пасивни субјект не знају, осим евентуалног претходног упознавања путем рачунарске мреже или комуникације другим технолошким средствима која може бити писмена, усмена кроз разговор или путем видео преноса.

За ово кривично дело је потребан директан умишљај. То значи да учинилац иако свестан забрањености коришћења рачунарске мреже или комуникације другим средствима са малолетником, а посебно са дететом у сврху заказивања састанака са њима жели то, а ради вршења сексуалних радњи које су инкриминисане. Ипак, сама намера да се има добровољни сексуални акт било које врсте са малолетником односно лицем изнад четрнаест година није довољна за постојање овог кривичног дела, што може представљати посебан проблем код утврђивања постојања ове намере јер се из објективних елемената овог кривичног дела то не може закључити. Договорање, само по себи, по правилу неће указивати на намеру чак и онда када она постоји, јер учинилац да би наговорио малолетника да дође на састанак сигурно му неће открити праве разлоге тог састанка, док појављивање на договореном месту, исто тако тешко може да говори о стварним намерама учиниоца.⁵²⁰ Ова констатација вреди и када је дете, као пасивни субјект у питању.

На крају, узимајући у обзир све речено можемо ипак поставити питање сврсисходности овог кривичног дела. Сматрамо да овако како је формулисан овај члан треба га што пре изменити због свих мањкавости које има и које су речене уз обавезну измену непостојећег става 3. члана 184. КЗ. С тим у вези, а полазећи од наведене Конвенције и њеног правога смисла, ово кривично дело би требало прописати једино у ситуацији када се као пасивни субјект појављује лице које према домаћем праву није достигло старосни узраст који се тражи за ступање у сексуалне односе, односно ако је то учињено према детету (у смислу члана 18. став 2. ове Конвенције). Чак и да се те све примедбе уваже, опет би се могло поставити питање требали ово кривично дело уопште у КЗ. Мишљења смо да када би се и направила значајнија побољшања у неким новим изменама и допунама КЗ не би

⁵²⁰ З. Стојановић, *op. cit.* стр. 558.

требало да егзистира као посебно кривично дело. Евентуално би могао да буде посебан став у члану 185. КЗ, обзиром да тај члан у себи садржи сексуалну злоупотребу и искоришћавање деце путем аудио визуелних предмета и сл. Такође могло би да такво понашање не буде уопште инкриминисано већ да уколико неко кривично дело из члана 178. до 185. КЗ

буде учињено уз помоћ рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима буде од значаја приликом одмеравања казне.

Ш Е С Т И Д Е О

КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ДЕЦЕ У ОБЛАСТИ СЕКСУАЛНИХ ОДНОСА И ПРИМЕНА НЕКИХ ОПШТИХ ИНСТИТУТА КРИВИЧНОГ ПРАВА

6.1. Уводне напомене

Опште познато је да у кривичном законодавству и уопште кривичном праву, постоје институти који на одређен начин пружају одговоре на одређена питања и дилеме у вези кривичних дела. Ти институти као појмови и категорије требају на апстрактан начин да дају јединствен одговор на поједина питања у вези са извршењем кривичног дела, јер је у њима садржано оно што је заједничко, иманентно сваком кривичном делу.⁵²¹ Овим правним институтима се уједно остварује принцип законитости и правне сигурности. Правилно тумачење ових општих института кривичног права је нужно за свеобухватно разматрање и изналагање смисла одређених кривичних дела.

Није редак случај на пример, да при извршењу кривичног дела силовања према детету, учинилац оствари и елементе неког другог кривичног дела, те се може говорити о таквом делу које се врши под истим криминалним условима као и силовање или делу које омогућава да се лакше изврши такво силовање итд. Исто тако када је реч о стицају сходно члану 61. КЗ постоје случајеви када је једном радњом учинилац извршио више кривичних дела што правна теорија и судска пракса јединствено означавају као идеални стицај или када учинилац са више

⁵²¹ Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 197.

радњи учини више кривичних дела што правна теорија и судска пракса третирају као реални стицај. Како је на пример, могуће остварење и бића других кривичних дела код извршења обљубе са дететом, може се поставити питање да ли постоји више кривичних дела ако је само једном радњом проузроковано више последица које у кривичном законику обележавају кривична дела односно да ли постоји више кривичних дела или само обљуба са дететом. Одговори на ова питања нису једноставна и о томе постоје различита гледишта како у теорији, тако и у судској пракси.

Но, у самој примени истих наилазимо на различита решења по појединим питањима односно код сваког кривичног дела (као специфичног самог по себи) што може да има за последицу извесне проблеме и недоумице,⁵²² о чему ће у наставку бити више речи.

6.2. Покушај код сексуалних деликата са децом

У кривичном законику се подразумева да када је у питању кривично дело да се има у виду довршено кривично дело односно да учинилац је предузео комплетну радњу извршења и да је последица наступила. То значи да је довршено кривично дело правило и на њему се темељи кривично право. Ипак, од тог правила постоје изузеци и то да је кривично дело "мањкаво" или "некомплетно" из разлога што је од стране учиниоца предузет један део радње извршења или су предузете само извесне радње које су усмерене ка остварењу кривичног дела. Стога је централно питање где повући границу која представља улазак учиниоца у забрањену - криминалну зону. Ово питање би се могло посматрати са аспекта појма кривичног дела (члан 14. став 1. КЗ), а то значи да нема кривичног дела ако

⁵²² Ма колико овим поступком био искључен прагматизам, код сваког кривичног дела јављају се и одређени проблем, а један од разлога томе јесте и сама природа појединих кривичних дела. – Више о томе: Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 197.

нису остварена четири његова елемента и то: радња, предвиђеност у закону, противправност и кривица.

На субјективном плану – умишљај увек мора да постоји (нпр. намера да се изврши сексуални чин са дететом) док у погледу објективних околности се тражи да је кривично дело започето (нпр. да је обљуба започета). Опште прихваћено је становиште да код покушаја кривичног дела последица изостаје. С тим у вези је и подела на несвршени и свршени покушај. У првом случају ради се о томе да да је предузета само део радње извршења од стране учиниоца, али проузроковања последице нема јер ни радња извршења није предузета у целини. У другом случају радња извршења је предузета у целини, али последице нема из различитих разлога.

У вези теме овог рада, када је овај институт у питању, постоје извесне специфичности, и то пре свега да ли је реч о силовању (као двоактном кривичном делу) и недозвољеним полним радњама када се доводе у везу са силовањем или о кривичним делима обљубе са дететом, обљубе над немоћним лицем, обљубе злоупотребом положаја, те недозвољеним полним радњама када се доводе у везу са овим кривичним делима која нису двоактна. Ово с разлога што код сваког кривичног дела (укључујући и ова дела против полне слободе) нужно треба имати у виду у чему се састоји радња извршења, јер је покушају право везан за ту радњу.

Када се ради о силовању, као сложенем кривичном делу, прва радња је употреба силе и претње. Ова радња може да буде самостална (као кривично дело принуде – члан 135. КЗ), али за постојање силовања је потребно да је умишљај учиниоца при употреби силе или претње усмерен на вршење обљубе или са њом изједначеног чина. Но у пракси је тешко некада утврдити да ли је свака сила предузета у намери вршења обљубе или са њом изједначеног чина. Да би субјективни став учиниоца који детерминише принуду био сазнат, неопходно је испољавање и таквих манифестација (при употреби принуде) које несумњиво указују да хоће обљубу. Оне као логичан и рационалан пут треба да су смисаоно усмерене на извршење обљубе.⁵²³ Често се може и из самог понашања учиниоца видети намера за вршење обљубе или са њом изједначеног чина и то кроз употребу силе. Те манифестације учиниоца управо указују да његова сила је

⁵²³ Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 201.

употребљена ради тих сексуалних чинова (нпр. скидање и цепање одеће, обарање жртве, размицање ногу, приближавање свог полног органа полном органу жртве, устима или аналном отвору жртве и сл.). Тако нпр. Врховни суд Босне и Херцеговине у својој одлуци Кж. 351/90 истиче да када се квалификаторно обележје кривичног дела обљубе или противприродног блуда са малолетним лицем из члана 91. став 2. КЗ СР БиХ састоји у употреби силе, за покушај тог кривичног дела довољно је да је учинилац отпочео са употребом силе у намери обљубе, а није потребно да се још започне и сам акт обљубе.⁵²⁴ Напред наведено се односи уопште на покушај силовања, па и према деци. У вези овог института статус жртве, да ли је реч о мушком или женском лицу, малолетнику или о детету је ирелевантно. Такође ове напомене вреде и за кривично дело недозвољене полне радње када се доводе у везу са силовањем, с тим да је једина разлика у сексуалном чину (уместо покушаја обљубе или са њом изједначеног чина, ради се о покушају недозвољених полних радњи).

Када су у питању кривична дела обљуба са дететом, обљуба над малолетним лицем и обљуба злоупотребом положаја, која нису двоактна кривична дела, може се констатовати да има мање дилема у вези покушаја. Полазећи од тога да је код ових кривичних дела радња извршења искључиво обљуба или са њом изједначен чин (са разликом у погледу својства жртве) релативно се лакше може одредити када је у питању покушај, а када се ради о довршеном кривичном делу. Ако је у питању обљуба, није нужно да дође од спајања мушког и женског полног органа, нити делимичног продирања. Шта више није неопходно да дође чак ни "само" до додира. Довољно је да постоји умишљај учиниоца усмерен у правцу извршења радње, а који је конкретним радњама поткрепљен (нпр. откопчавање шлица на својим панталонама или од жртве, подизање сукње или хаљине, скидање гаћица и сл.). Ово би важило и код изједначеног чина са обљубом, с тим да би се тада радило о покушају аналног односа. Међутим, када је други сексуални чин у питању, а који је обухваћен појмом са обљубом изједначен чин – орални однос онда може да буде дилема. Ово са разлога што за разлику од мушких и женских полних органа који су, по правилу, увек прекривени одећом, уста то свакако нису. Дакле, да ли ће се покушајем сматрати додир полног органа (мушког или

⁵²⁴ Преузето са сајта Окружног суда у Београду, судска пракса, 2005.

женског) и уста жртве или је потребно да је полни орган (у овом случају мушки, по природи ствари) делимично продро у уста жртве. У погледу додира истих преовлађује став судске праксе да ће дело остати у покушају, док у другом случају судска пракса нема јединствен став односно у зависности од фактичког случаја.

Напред наведено се односи на сексуалне деликте учињене како према одраслима, тако и према деци.

Са изложеног, произлази да је за покушај кривичног дела из члана 179. до 181. КЗ потребно да се испуне два услова и то да је то учињено у намери вршења обљубе или са њом изједначеног чина и да до једног од та два сексуална чина није дошло, те самим тим није ни дошло до забрањене последице. Код кривичног дела силовања потребан је услов више и то да је радња извршења отпочела употребом силе или претње.

6.2.1. Неподобан покушај код сексуалних деликата са децом

О неподобном покушају се говори у члану 31. КЗ према којем "учинилац који покуша да изврши кривично дело неподобним средством или према неподобном предмету може се ослободити од казне". Неподобни покушај "обухваћа оне ситуације када учинилац хоће остварити кривично дјело али је његова реализација објективно немогућа" те при покушају полази од "чињенично стања које не постоји, па је зато остварење кривичног дјела немогуће."⁵²⁵ Учинилац је због неподобности средства или због неподобности објекта радње у заблуди да може да изврши кривично дело. Но, и поред тога он настоји (покушава) да оствари биће кривичног дела што указује на постојање како објективних тако и субјективних момената, који су и код покушаја присутни. Из тог разлога је неподобан покушај предвиђен у Кривичног законика, као што је уосталом било и у ранијем КЗ РС, и кажњив сходно томе.

⁵²⁵ Ф. Бачић, Кривично право, опћи дио, Загреб, 1978, стр. 309. и 310.

Код кривичних дела против полне слободе (укључујући и она према деци) неподобан покушај је могућ. Нпр. давање алкохола, омамљујућих средстава, наркотика или таблета са намером да се то лице онеспособи, а ради се о немоћном лицу – детету или се пак дају детету средства за надраживање или стимулисање за сексуални чин (тзв. шпанска мушица и сличне врсте афродизијака), а реч је о обичним капима за нос, којима ни у ком случају учинилац на тај начин не може остварити циљ. Такође код кривичног дела силовања према детету (као и према другим лицима) те недозвољеним полним радњама када се доводе у везу са силовањем, може доћи приликом употребе принуде од стране учиниоца да намеравана обљуба или са њом изједначен чин не буду остварени услед неподобности средства или објекта радње. Тако нпр. неподобно средство којим се напада на живот или тело детета са намером обљубе или са њом изједначеног чина може да буде пиштољ за који учинилац сматра да је прави, а дете (жртва) види или зна да се ради о играчки пиштољу или тзв. пиштољу плашљивцу.⁵²⁶

Вршење обљубе или са њом изједначеног чина може бити онемогућено из разлога медицинске природе односно из анатомских и физиолошких разлога. Као најчешћи разлози код мушкараца се наводе енормно мали уд који отежава или онемогућава сексуално општење или енормно велики, али и потпуни недостатак полног уда због повреда, аномалија у развоју, обољења (рак и сл.) што искључује сексуалну моћ мушкарца.⁵²⁷ У свим овим ситуацијама ради се о

⁵²⁶ Свакако је теже замислити замислити ситуацију а и као реалност да би одређено средство које се користи као непосредна физичка или механичка сила, могла имати атрибут неподобности. Међутим, не би се могла искључити таква могућност, при чему треба имати у виду намену тог средства, начин и могућности његове употребе у конкретним околностима. – У том смислу је и пресуда Врховног суда Војводине Кж. 130/83 од 20. маја. 1983. године (Правни живот број 1/1984 – прилог правна пракса, страна 4.) – Видети: Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 209.

⁵²⁷ Поред тога, постоје и обољења која привремено или трајно, делимично или потпуно онемогућавају ерекцију и то: прогресивна парализа, тумори, хронично тровање алкохолом, никотином, морфијумом, шећерна болест, хронични нефритис, јака кахексија итд... Код жена анатомске сметње за сношај могу бити јако смањена усмина, хирушко одстрањење усмине због обољења или повреде, разне киле, тумори, урођене аномалије... Од функционалних препрека треба напоменути вагинализам. То је стезање и грчење мишића усмине а понекад и свих мишића карличног дна. До вагинализма долази услед велике преосетљивости стиднице која на најмањи додир реагује грчењем. Међутим, он може да буде последица страха од полно општења,

функционалним сметњама где није могућа укрућеност мушког полног органа нити довођења до ејакулације што доводи до немогућности спајања са женским полным органом детета или спајања са анусом или устима детета оба пола. Такође могуће је да укрућеност и ејакулација изостане и због утицаја јаког узбуђења, страха, нерасположења, одвратности према партнеру, душевна и телесна премореност итд. Ове појаве су привременог карактера и углавном се везују се за одређене ситуације, и ради се о "релативној или транзиторној сношајној немоћи (*impotentio coeundi psychica*).⁵²⁸ С друге стране, постоје ситуације и када је сексуални нагон снажно изражен, али је потенција у већој или мањој мери ослабљена или пак недостаје. То се најчешће сусреће код старијих особа, прогресивне парализе, алкохоличара, наркомана и др. и у овој групи су, између осталог, најчешће случајеви сексуалних преступа напаствовања девојчица.⁵²⁹

За тему овог рада значајно је и разликовање неподобног покушаја од путативног деликта који није кажњив. Под путативним деликтом се подразумева да он постоји онда када неко погрешно држи да оно што чини представља кривично дело. У пракси нема потешкоћа код разликовања неподобног покушаја од путативног деликта осим у неким случајевима када зависи од субјективног односа учиниоца према делу које врши, односно предмета заблуде. Код неподобног покушаја то је заблуда у погледу чињеничног стања, а код путативног деликта ради се о заблуди у погледу кривичноправне норме. Тако нпр. ако је учинилац у заблуди да је обљубом над женским лицем које има петнаест година извршио кривично дело, реч је о некажњивом путативном деликту. Ако међутим, то исто уради сматрајући да дотично женско лице има само тринаест година, при томе имајући у виду и знајући да је обљуба са лицем које није навршило четрнаест година кривично дело, постојаће кажњив неподобан покушај с обзиром на неподобност објекта.⁵³⁰

одвратности према партнеру и сл. Без обзира на порекло, вагинализам може отежати па чак и потпуно онемогућити полно општење. – Више о томе: М. Лукић, С. Пејаковић, Ј. Марић – Правна медицина, Београд, 1986, стр. 218-220.

⁵²⁸ М. Лукић, С. Пејаковић, Ј. Марић, *op. cit.* стр. 219. и М. Миловановић, Судска медицина, Београд, 1926, стр. 171.

⁵²⁹ Више о томе: М. Лукић, С. Пејаковић, Ј. Марић, *op. cit.* стр. 219.

⁵³⁰ У том смислу: З. Стојановић, Коментар Кривичног законика, Београд, 2006, стр. 139-140.

6.3. Добровољни одустанак код покушаја извршења сексуалних деликата са децом

Један од основних елемената института добровољног одустанка од извршења кривичног дела је појам добровољности,⁵³¹ а питање утврђивања тог појма је централно питање које се јавља приликом примене тог института. Да ли је учинилац добровољно одустао од извршења кривичног дела или то кривично дело није довршено из неких других разлога који су били ван његове воље и моћи, за ту дилему не постоји никакав универзални критеријум на основу којег би се могло одговорити у сваком конкретном случају.⁵³² Опште је прихваћено да постоји добровољни одустанак ако је до њега дошло због неких потпуно унутрашњих разлога, мотива. Мора да се ради о сазрелој одлуци, која је резултат сопственог мишљења и става.

Циљ добровољног одустанка је да извршилац не изврши кривично дело, које иначе може да изврши и где му нема препрека, јер му закон даје могућност (шансу) да се ослободи од казне. Могуће је да такву "законску шансу" извршилац и не познаје, али да је добровољно одустао од извршења кривичног дела, што такође пружа могућност ослобођења од казне. С тим у вези, овај институт има своју објективну и субјективну страну. Објективна страна подразумева да је извршилац престао са даљом радњом извршења (ради се о несвршеном покушају) или да је спречио наступање последице (реч је свршеном покушају). Субјективни моменат подразумева да је извршиочева одлука искључиво његова, а која не представља резултат околности које долазе споља.

Спољне околности се често преносе у унутрашње мотивисање којим се руководи учинилац када доноси одлуку да одустане од дела. Но код кривичних дела против полне слободе може да буде изузетно важно колико извесни фактори

⁵³¹ Н. Мемедовић добровољност дефинише као "слободно деловање када постоји алтернатива у могућем понашању". – Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 216.

⁵³² Више о томе: З. Стојановић – Одустанак од извршења кривичног дела и питање добровољности, *Правни живот*, бр.1/1978, стр. 23-24.

могу утицати да извршилац одустане од сексуалног чина знајући да може да га заврши. У судској пракси не постоје истоветни критеријуми, јер у неким ситуацијама се узима да одређени спољни фактори представљају основ за примену института добровољног одустанка од покушаја кривичних дела из члана 178. до 182. КЗ, а у неким то није случај. Ово с разлога јер је фактичко питање да ли је воља извршиоца била пресудна да не доврши неко од поменутих кривичних дела или је ипак морало бити утицаја спољних чинилаца. Управо ти спољни чиниоци се преносе на унутрашњи план који могу да одлучују код извршиоца да ли да одустане од извршења кривичних дела. Због тога је некада тешко утврдити да ли се ради о добровољном одустанку или не. С тога, ни строга подела на спољне и унутрашње утицаје (факторе) код утврђивања постојања добровољног одустанка није могуће извести. Добровољност се не може схватити у апсолутном смислу, како је у ствари углавном схвата наша судска пракса и претежни део доктрине, јер је свака људска делатност релативно детерминисана. Стога ниједан акт није потпуно добровољан, независан од утицаја спољних околности, нити се ту може поставити нека јасна граница. Ни потпуно унутрашњи подстицаји и разлози за одустанак нису основ који би увек обезбеђивао да се ради о добровољности.⁵³³

Сходно томе, добровољни одустанак од извршења кривичног дела обљубе са дететом, као и других кривичних дела сексуалног карактера са децом постојаће када је нпр. према пасивном субјекту започета примена силе односно претње, или искоришћавање стања психофизичке неспособности за отпор или злоупотребом положаја према детету, али је учинилац на основу властитог опредељења, свестан да може довршити ово кривично дело, одустао. Разлози одустанка су веома различити и могу да буду сажаљење према детету жртви, молба или наговор детета (жртве) да га поштеди, страх од казне и сл. Према томе, није спорно да добровољни одустанак постоји ако је учинилац на молбу или наговор жртве одустао од извршења обљубе, са њом изједначеног чина или недозвољених

⁵³³ З. Стојановић – Одустанак од извршења кривичног дела и питање добровољности, Правни живот, бр.1/1978, стр. 34.

полних радњи,⁵³⁴ но може да буде спорно да ли добровољни одустанак постоји у ситуацији када је молба или наговор дошао од стране трећег лица. Могло би се прихватити да постоји добровољни одустанак, ако присуство треће особе није било сметња да се радња извршења неког сексуалног деликта доврши, а њена сугестија или наговор мотивисала учиниоца да напусти довршење дела.⁵³⁵ У овом случају појам добровољности треба екстензивније тумачити јер ако се у теорији сматра да добровољни одустанак постоји ако је извршилац подстакнут од стране жртве да напусти радњу извршења, онда не би било оправдано сматрати да не постоји добровољност одустанка само зато што је дошло од стране трећег лица.

Ако је извршилац одустао јер је био у заблуди да постоји нека спољна околност која га спречава да доврши дело (а такве околности нема) или због искључивог или претежног утицаја спољних околности, услед које је извршилац био приморан да одустане од довршења дела чије је извршење већ започео (долазак трећег лица или више лица, звук сирене полицијског аута, временска непогода – олуја, пљусак и сл.) добровољни одустанак неће постојати. Тако нпр. у једној одлуци се каже да нагли одустанак у тренутку најозбиљнијег напада у циљу обљубе у тренутку када је наишло треће лице од кога је оптужени побегао, није добровољни одустанак.⁵³⁶ Такође нема добровољног одустанка ако одустанак од извршења обљубе, са њом изједначеног чина или недозвољених полних радњи

⁵³⁴ У том смислу и Ф. Бачић, “Одустанак је добровољан и онда ако учинилац одустане на молбу или наговор жртве”. – Ф. Бачић, Кривично право, опћи дио, Загреб, 1978, стр. 317.

⁵³⁵ Тако и у вези силовања мисли: Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 218.

⁵³⁶ У образложењу одлуке се наводи да "имајући у виду интезитет и трајање напада, као и речи које је том приликом оптужени упућивао оштећеној, док је она све време пружала континуиран отпор одгурујући га рукама и ногама, вичући и дозивајући у помоћ, су све околности које указују на одлучност оптуженог у намери да изврши кривично дело силовање, па његов нагли одустанак, у тренутку најозбиљнијег напада ни по чему не указује на добровољност одустанка. Напротив, начин одустајања у таквом тренутку, и бежање оптуженог са лица места са откопчаним панталонама придржавајући их, како га је видела и сведок, указују управо да је оптужени наиласком сведока прекинут у довршењу предметног кривичног дела. (пресуда Врховног суда Србије, Кж. I. 1550/95). Такође значајна је и једна пресуда Врховног суда Македоније у којој се каже да "Када оптужени употребом физичке силе или озбиљном претњом савлада отпор оштећене, па у тренутку кад је хтео да над њом изврши обљубу, тврдњом оштећене и личним проверавањем, утврди да има менструацију и због тога одустане од обљубе, у таквом његовом понашању нема

није дефинитиван, јер привремено прекидање радње извршења у случају намере да се касније доврши започето дело не искључују континуитет радње. Исти закључак би се могао извести и у ситуацији када би довршење започетог кривичног дела било скопчано са ризиком да ће бити откривен (нпр. да дете као немоћно лице иако је заостало у душевном развоју може открити извршиоца које је започео над њим радњу извршења обљубе или са њом изједначеног чина,) или постоје такве околности које извршење кривичног дела чине изузетно отежавајућим, па извршилац схвати да то "није паметно". Ради се о фактичком питању, где је пресудан субјективни критеријум, за оцену добровољности и то сагледавање могућности за довршење кривичног дела са аспекта извршиоца.

У члану 32. става 4. је предвиђено да ако је учинилац довршио неко друго самостално кривично дело⁵³⁷ које није било обухваћено кривичним делом од чијег извршења је одустао, учинилац се може ослободити од казне за то друго дело по истом основу. Из овакве законске формулације произлази нпр. да уколико се учинилац ослободи од казне за покушај силовања детета (из члана 178. став 4), неће се казнити ни за кривично дело недозвољене полне радње са дететом (када се доводе у везу са силовањем), обзиром да је конзумирано кривичним делом силовања. Но, наилазимо у судској пракси, по овом питању, на два опречна схватања. Према једном схватању, код добровољног одустанка од покушаја силовања, постоји кривично дело недозвољених полних радњи. Овакав став је изнет у пресуди Врховног суда Србије (Кж. 1032/67 од 12.09.1967. године) према којем ће учинилац одговарати за недозвољене полне радње (односно блудне радње како су се тада звале) као самостално кривично дело.⁵³⁸ Према другом

добровољног одустанка, већ постоји покушај силовања (пресуда Врховног суда Македоније, Кж. 760/73 од 05.марта 1974. године) - Б. Чејовић, *op. cit.* стр. 323.

⁵³⁷ Под изразом "друго самостално кривично дело", према ставу изнетом у пресуди Савезног врховног суда Кж. 107/60 од 12.10.1960. године подразумева се само такво кривично дело које није конзумирано покушајем, односно које не би било конзумирано учињеним кривичним делом ни да га је учинилац довршио – Збирка судских одлука, књига пета, свеска трећа, Београд, 1960, стр. 27.

⁵³⁸ Исти суд је и у другој одлуци, укидајући првостепену пресуду, заузео исти став из разлога јер је првостепени суд огласио кривим оптуженог за покушај кривичног дела обљубе или противприродног блуда са лицем које није навршило четрнаест година (члан 106. став 2. КЗ Србије у вези члана 19. КЗЈ) зато што је ухватио за руку малолетну оштећену (која је тада имала

схватању, у оваквом случају постоји само добровољни одустанак од покушаја силовања (без недозвољених полних радњи – напомена М.М.). У том смислу је и Врховни суд Босне и Херцеговине заузео став у једној пресуди где се каже да "када је утврђено да је током започетог кривичног дела силовања оптужени прихватио тврдњу оштећене да је она невина девојка и да своју невиност жели да сачува за брак, због чега је одустао од извршења намераване обљубе, те се са њеним пристанком задовољио само блудним радњама, у радњама таквог извршиоца стоји добровољни одустанак од извршења кривичног дела силовања" (Врховни суд Босне и Херцеговине, Кж. 1307/72 од 16.11.1972. године).⁵³⁹

За ово друго схватање се може рећи да је прихватљивије из разлога што кривично дело силовања консумира недозвољене полне радње. У конкретном случају то се односи и када је реч о покушају силовања, јер недозвољене полне радње нису самостално кривично дело, нити класичан сексуални деликт – нема своје "биће него се "ослања" на кривична дела из члана 178. до 181. КЗ.⁵⁴⁰

Интересантна може бити и ситуација у вези постојања добровољног одустанка када се дете – жртва послужи обманом, лукавством, "преваром" обећававши обљубу, са њом изједначен чин или неку радњу која представља недозвољену полну радњу извршиоцу неки други пут, па он из тог разлога

мање од десет година – напомена М.М.), одукао је поред напуштеног корита реке, почео је да је удара по рукама, глави и телу, затим је са ње скинуо панталоне, хула-хоп чарапе и гаћице, оборио је на земљу и легао преко ње, али обљубу није извршио. У образложењу првостепене пресуде се наводи да је оптужени сам одустао од извршења кривичног дела и приликом одмеравања казне цењено му је као олакшавајућу околност да је добровољно одустао од извршења кривичног дела. Укидајући пресуду, Врховни суд Србије је у образложењу између осталог навео да је првостепени суд био дужан да у смислу члана 21. став. 2. КЗЈ (то би одговарало садашњем члану 32. став 4. КЗ – напомена М.М.) цени да ли у радњи оптуженог стоје елементи ког другог самосталног кривичног дела, односно у конкретном случају, кривичног дела блудне радње – ВСС, Кж. 296/79 од 27.04.1979. године. – Видети: Б. Чејовић, Кривично право у судској пракси, прва књига, општи део, Београд, 1986, стр.188-189.

⁵³⁹ У том смислу: Б. Чејовић, Кривично право у судској пракси, друга књига, посебни део, Београд, 2008, стр. 323

⁵⁴⁰ Више о томе: М. Миловић, Кривично дело недозвољене полне радње, Београд, 2006, стр. 6. и 163-164.

одустане од намераваног сексуалног чина. Претпоставка је да се ради о детету старијег узраста (између дванаест и четрнаест година), којима лукавство и није непознато.

У вези ове ситуације, постоје такође два схватања. Према првом схватању, ова ситуација је слична оној када се одустало од извршења на молбу детета, што значи да добровољни одустанак постоји. Полази се од тога да је извршилац одустао од извршења дела, а није било објективних сметњи да га доврши, без обзира на мотиве.⁵⁴¹ Друго схватање је да одустанак од обљубе, са њом изједначеног чина или недозвољених полних радњи мора бити коначан, што значи да привремено прекидање радњи извршења не може да има карактер добровољног одустанка.⁵⁴² С тим у вези је потребно утврдити да ли се ради о привременом прекиду радње извршења да би се после када то буде било могуће та радња наставила и довршила, или се заиста ради о дефинитивном одустанку од извршења неког сексуалног чина према детету.

Имајући у виду законске одредбе, прихватљивији је став да само трајни одустанак од извршења кривичног дела може имати карактер добровољног одустанка.

Међутим, примена овог института је специфична код недозвољених полних радњи уопште, па и према деци, из разлога што не може да се примени на све ситуације. Ово с разлога што су неке радње извршења тренутног карактера нпр. хватање за полни орган, штипање за груди или за стражњицу, подизање сукње и сл. Код оваквих радњи које су тренутног карактера веома је тешко или готово немогуће доказати намеру извршења као и моменат започињања овог дела. Но, с друге стране постоје и неке радње извршења где је добровољни одустанак могућ нпр. код онанисања мушког полног органа.

Као закључак у вези добровољног одустанка код сексуалних деликата са децом је да ће се ове одредбе применити када је учинилац ушао у покушајну фазу

⁵⁴¹ Н. Мемедовић сматра да се не ради о прекиду радње извршења (да би се касније наставила) јер "разумљиво, учинилац не може "држати у власти" жртву до неке "друге прилике" да би обећање испунила". – Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 220.

⁵⁴² Н. Срзентић – А. Стајић, *Кривично право, општи и посебни део*, Београд, 1968, стр. 31.

кривичног дела обљубе са дететом, силовања, обљубе над немоћним лицем, обљубе злоупотребом службеног положаја и недозвољених полних радњи, али свестан да управља ситуацијом и руковођен сопственим (унутрашњим) мотивима прекида радње коју су усмерене ка обљуби, са њом изједначеним чином и недозвољеним полним радњама, иако му је познато да тај сексуални чин може обавити (без спољашних утицаја). Дакле, дилема да ли ће надвладати разум и одустати се од сексуалног чина према детету или ће надвладати нагон за сексуалним задовољењем је суштинска. Ако надвлада разум и "здрава памет", без утицаја споља, да се не сме наставити са вршењем било којег сексуалног акта према детету (које је у покушајној фази), услед чега се и престане са свим активностима, у том случају свакако има места примени овог института.

6.4. Место и време извршења сексуалних деликата према деци

Наизглед не толико значајно питање је место и време извршења сексуалних деликата према деци. Може се констатовати да је то ирелевантно код кривичних дела обљубе са дететом, обљубе над немоћним лицем, обљубе злоупотребом положаја, као и недозвољених полних радњи када се доводе у везу с њима. Ово с разлога што су ова кривична дела једноактна, а то значи да се радња извршења врши на једном месту и у одређеном времену, односно не постоји могућност одвојеног временског и просторног вршења (у супротном онда би било нешто друго).

Међутим, код кривичног дела силовања уопштено посматрано, а сходно томе и према деци, ситуација је другачија. Као двоактно кривично дело могуће је предузети радње на више различитих места или у различито време. Употреба силе или претње у циљу вршења обљубе или са њом изједначеног чина, као и сама обљуба и са њом изједначен чин чине једну целину – комплетну радњу извршења кривичног дела силовања, иако обе те радње су на извешан начин самосталне.

Место извршења кривичног дела, према теорији делатности⁵⁴³ је место предузете радње извршења. С тим у вези може се поставити питање како одредити место извршења ако је сила или претња предузета у једном месту, а обљуба или са њом изједначен чин на другом месту. Ово питање је значајно и због месне надлежности једног суда. Мишљења нису јединствена, али преовлађује мишљење да ако су у питању дела са више радњи, меродавно је место сваке радње извршења. Може се закључити да је код кривичног дела силовања примењиве две теорије и то теорија делатности и теорија убиквитета. Према теорији делатности обзиром на вишеактност радње извршења прихватљиво је решење да је место силовања тамо где је предузета последња радња – обљуба или са њом изједначен чин. Према решењу које је прихваћено у нашем кривичном законодавству, такође се долази до истог резултата имајући у виду да се обљуба или са њом изједначен чин има узети као последња радња.⁵⁴⁴

Из напред наведеног произлази да ако је кривично дело силовања према детету извршено "комплетно", као место извршења се обично узима место где је извршена обљуба или са њом изједначен чин са њим. Но ако је дело остало у покушају, тада ће релевантно бити место где је извршена сила или претња, а у циљу вршења обљубе или са њом изједначеног чина са дететом.

Наведене напомене, које се односе на силовање, односе се и на недозвољене полне радње када се доводе у везу са силовањем.

Време извршења кривичног дела је сходно одредби чл. 16. КЗ је оно време када је учинилац радио без обзира када је последица дела наступила.

⁵⁴³ Теорија делатности је једна од три теорије које се користе у решавању приступа овом проблему. Поред ове теорије постоји и теорија последице (по којој је место извршења место где је последица наступила) и теорија убиквитета, коју је прихватио наш Кривични законик, и према којој је релевантно како место извршења кривичног дела, тако и место где је последица наступила.

⁵⁴⁴ У том смислу и: Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 223.

6.5. Облици саучесништва и учешћа у извршењу сексуалних деликата са децом

6.5.1. Саизвршилаштво код сексуалних деликата са децом

За сексуалне деликте према деци је карактеристично, као и за друге деликте против полне слободе, да су усмерени на задовољење или побуђивање сексуалног нагона учиниоца, иако има дела из ове главе која то и нису.⁵⁴⁵ У доктрини и судској пракси, како ранијој, тако и данашњој нема јединственог мишљења о томе да ли је код ових кривичних дела могуће саизвршилаштво. С тим у вези томе постоје два различита мишљења.

Према једном мишљењу, које је раније преовлађивало, за ова кривична дела важе опште одредбе о саизвршилаштву. То значи да и када неко лице међу учесницима предузме и делимичну радњу извршења, сматраће се за саизвршиоца, нпр. ако један од учесника искључиво примени силу или претњу, а други изврши обљубу или са њом изједначен чин (обојица ће се сматрати саизвршиоцима).⁵⁴⁶ Тако нпр. пресуда у вези силовања, али где се може применити аналогија, је када оптужени, тиме што је држао оштећену у циљу савладавања њеног отпора, док је други вршио обљубу, није учествовао као помагач тог оптуженог, који је вршио акт обљубе, него је као саизвршилац њиховог заједничког умишљајног дела силовања остварио чин кривичног дела силовања, тиме што је у објективном правцу деловао заједнички с другим у време извршења кривичног дела силовања

⁵⁴⁵ Изузетак су следећа кривична дела - Подвођење или омогућавање вршења блуда – чл. 183, Посредовање у вршењу проституције – чл. 184, Приказивање порнографског материјала и искоришћавање деце за порнографију – чл. 185, Навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама – чл. 185а и Искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу – чл. 185б.

⁵⁴⁶ Ј. Таховић је заступао овакво мишљење сматрајући да је “за постојање саизвршилаштва битан услов свест о заједничкој сарадњи у извршењу једне делатности”. – Ј. Таховић, *op. cit.* стр. 106.

по начелу деобе рада, а у субјективном правцу, што је тако поступао према вољи и споразуму за заједничко деловање (Врховни суд Хрватске, Кж. 353/53 од 10.03.1953. године).⁵⁴⁷ Исто тако, када је утврђено да су више извршилаца учествовали у извршењу насилне обљубе над истим женским лицем, није нужно да је сваки од извршилаца посебно према оштећеној употребио силу, већ је довољно да је она од читаве групе доведена у положај да мора и против своје воље да трпи обљубу која се над њом врши.⁵⁴⁸

Оваква схватања налазимо и у савременом упоредном кривичном законодавству, па тако нпр. у Босни и Херцеговини постоји становиште да код силовања које је састављено од принуде и обљубе или неке друге полне радње и у његовом извршењу се може учествовати било предузимањем једне, било предузимање друге делатности. Дакле, уколико више лица предузима радњу извршења на основу свести о заједничком деловању могуће је постојање саизвршилаштва и код овог кривичног дела.⁵⁴⁹ Слична схватања се могу наћи и у судској пракси у Аустрији, где је изражен став да је могуће саизвршилаштво код кривичног дела силовања према коме није непосредни извршилац кривичног дела силовања само онај ко намерава предузети сексуални однос или с њим изједначену сексуалну радњу, већ и онај ко другим саизвршиоцима применом силе омогући предузимање таквих радњи дела, што се у конкретном случају манифестовало као чврсто држање руку пасивног субјекта.⁵⁵⁰ Из ових схватања (који долазе из различитих држава) произлази закључак да се ове ситуације могу односити и на друга кривична дела против полне слободе укључујући и она дела са децом.

Друго мишљење полази од тога да код свих сексуалних деликата, саизвршилаштво због своје природе није могуће. Концепција овог схватања је да сви сексуални деликти чији је мотив задовољење или побуђивање сексуалног нагона су по својој природи такви, да то задовољење може остварити искључиво свака особа за себе, а не преко друге и не заједнички тј. да се ради о специфичним

⁵⁴⁷ Б. Чејовић, Кривично право у судској пракси, друга књига, посебни део, Београд, 1986, стр. 518.

⁵⁴⁸ Д. Симоновић, *op. cit.* стр. 299.

⁵⁴⁹ Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, *op. cit.* стр. 1567.

⁵⁵⁰ М. Шуперина – А. Гарачић, *op. cit.* стр. 414.

тзв. власторучним деликтима (*delicta propria manu*).⁵⁵¹

У Кривичном законнику Југославије из 1951. године није постојала одредба о саизвршилаштву, што је имало за последицу спорност проблема саизвршилаштва код ових дела. У нашој предратној и послератној судској пракси, под утицајем доктрине тог времена,⁵⁵² било је прихваћено схватање да је саизвршилаштво код сексуалних деликата могуће. Ипак, седамдесетих година прошлог века постепено је почело да преовлађује схватање да саизвршилаштво код сексуалних кривичних дела није могуће.

Према одредби члана 33. Кривичног законика, саизвршилаштво постоји када више лица учествовањем у радњи извршења са умишљајем или из нехата заједнички изврше кривично дело или остварујући заједничку одлуку другом радњом са умишљајем битно допринесу извршењу кривичног дела.⁵⁵³ За саизвршилаштво је неопходан споразум међу учесницима у погледу заједничког деловања на остваривању кривичног дела и подразумева свесни и вољни елемент код учесника у остварењу тог споразума који може бити изричит и пре извршења или прећутан у време извршења дела (тзв. ситуационо или случајно саизвршилаштво). Нпр. ако је према споразуму више учесника учешће једног или више њих било усмерено на умишљајно изазивање или учвршћивање одлуке да

⁵⁵¹ Н. Мемедовић, Проблем саизвршилаштва код кривичног дела силовања, ЈРКК, бр.3/1987, стр. 79-80.

⁵⁵² И кроз став у вези силовања може се увидети тадашњи став и теорије и судске праксе: “Кад више особа нападну једну жену у циљу принуде на обљубу и према њој примјене силу или пријетњу непосредним нападом на живот или тијело, а само један или неколико њих изврше обљубу, сва ова лица одговарат ће као саизвршиоци кривичних дјела силовања, дакле и они који саму обљубу нису извршили” – Б. Краус, Кривична дјела против достојанства личности и морала и кривична дјела против брака и породице, Приручник бр. 5/1958, Загреб, стр. 534.

⁵⁵³ У нашој судској пракси преовлађује објективно-субјективна теорија одређивања појма саизвршилаштва. Тако, када неки од учесника не предузимају радњу извршења већ неке друге радње које омогућују и доприносе извршењу дела, сматраће се саизвршиоцима ако код њих постоји воља да кривично дело изврше заједнички, тј. да “хоће дело као заједничко, па према томе и као своје, тако да предузете радње таквих саизвршилаца чине природну и логичну целину са радњама осталих саизвршилаца, који предузимају законом одређену радњу извршења кривичног дела” (Врховни суд Југославије, Кж. 32/65). – З. Стојановић, Кривично право, општи део, Београд, 2005, стр. 240.

други учесник изврши неку недозвољену сексуалну радњу или да му се омогући вршење те недозвољене сексуалне радње, онда ће се радити о подстрекавању односно помагању.

Пошто се одредбама о саизвршилаштву, као саизвршиоци подразумевају и оне особе које су своје учешће у извршењу кривичног дела оствариле не само учествовањем у радњи извршења, већ и на други начин (остварењем заједничке одлуке другом радњом којим више лица са умишљајем битно доприносе извршењу кривичног дела), јасно произлази да овај “други начин” подразумева деловање учесника који су ван извршилачке радње бића кривичног дела. Таква партиципација учесника може представљати саизвршилачку радњу само код неких, а никако код власторучних деликата.⁵⁵⁴

Имајући у виду да је задовољење сексуалног нагона (што је главни мотив код обљубе, са њом изједначеног чина и недозвољених полних радњи) неодвојиво везано за личност извршиоца и његову сексуалну сферу, а извршење дела је по својој природи искључиво индивидуални акт, то ове специфичности оправдано сврставају сексуалне деликте, укључујући и оне са децом (без обзира које кривично дело из ове групе кривичних дела је у питању) у ред тзв. власторучних кривичних дела тј. кривичних дела која може остварити само један учинилац лично и самостално. Тако је и судска пракса постепено мењала став, налазећи да се по природи ствари обљуба коју врши друго лице не може хтети као власторучно дело (у том смислу одлуке Врховног суда Македоније Кж. 453/77 и Врховног суда Србије Кж. 565/80).⁵⁵⁵ Преовлађујуће схватање данас је да извршилац може бити само лице које изврши неку сексуалну радњу, а остала лица могу бити само подстрекачи или помагачи.⁵⁵⁶

Сходно томе није могуће заједничко остварење сексуалних кривичних дела према деци од стране више лица, јер више лица не могу ова кривична дела

⁵⁵⁴ Тако мисли: Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 81.

⁵⁵⁵ Коментар Кривичног закона Републике Србије, (редактор Љ. Лазаревић) Београд, 1995, стр. 379.

⁵⁵⁶ У том смислу Ф. Хирјан и М. Сингер истичу да "ако више судионика заједнички је употребљавало силу или пријетњу, а само неки извршили обљубу, онда су они који су извршили обљубу самостални извршиоци кривичног дела силовања, а не суизвршиоци, што значи да је извршено толико силовања колико је извршено обљуба. - *op. cit.* стр. 301.

учинити заједнички, што је услов постојања саизвршилаштва у смислу члана 33. Кривичног Законика. У супротном саизвршилац нпр. код кривичног дела силовања, у најтежем облику (који се односи на дете), а и иначе, могло би бити и женско лице које са мушкарцем употребљава силу или претњу ради обљубе, а саму обљубу врши мушко лице. Ово свакако се односи и за остале сексуалне деликте, код којих је мотив задовољење сексуалног нагона. Уосталом и Врховни суд Србије је заузео став да саизвршилаштво није могуће код кривичног дела обљубе или противприродног блуда са лицем које није навршило четрнаест година из члана 106. став 2. у вези са ставом 1. КЗ РС.⁵⁵⁷

Према томе, свако лице које изврши или покуша да изврши, обљубу, са њом изједначени чин или недозвољене полне радње је самостални извршилац дотичног кривичног дела.

Наша судска пракса углавном стоји на овом становишту које је животно логичније и прихватљивије.

6.5.2. Подстрекавање код сексуалних деликата са децом

Као што је познато подстрекавање представља облик саучесништва у остварењу (реализацији) кривичног дела. Заједно са помагањем, у нашој теорији, се сматра саучесништвом у ужем смислу, односно ради се о деловањима која су ван извршилаштва или саизвршилаштва. Саучесништво (у ужем смислу) ће постојати ако је извршилац или саизвршилац извршио кривично дело или је дело остало у покушају. Наш Кривични законик је прихватио лимитирану (ограничену) акцесорност према којој се не тражи да је извршилац поступао са кривицом

⁵⁵⁷ У образложењу се наводи да је извршење кривичног дела из члана 106. КЗ РС по својој природи искључиво индивидуални акт па такво задовољење полног нагона најуже је везано за личност учиниоца и његову сексуалну сферу те се ово кривично дело може извршити само сопственим деловањем тако да по налажењу Врховног суда ово кривично дело више лица не могу учинити заједнички као саизвршиоци у смислу члана 22. КЗЈ. (пресуда Врховног суда Србије Кжм. 90/93 од 22.02.1994. године). – Електронска база судске праксе "Интермекс" Београд, преузето 2006. године

односно не тражи се да су остварени сви елементи кривичног дела већ да је извршилац остварио све објективне елементе кривичног дела. Дакле, одговорност саучесника не зависи од одговорности извршиоца већ од тога да ли је дело извршено или је остало у покушају.

Подстрекавање није регулисано законском одредбом, већ је остављено теорији и судској пракси. У члану 34. КЗ се каже да "ко другог са умишљајем подстрекне да изврши кривично дело, казниће се казном прописаном за то кривично дело." Уобичајено се подстрекавање одређује као умишљајно изазивање или учвршћивање одлуке код подстрекнутог да предузме противправну радњу којом ће се остварити обележја неког бића кривичног дела.⁵⁵⁸ То значи да код лица које се подстрекава одлука о извршењу кривичног дела не постоји, па се у том правцу наводи да то учини.

Код сексуалних деликата са децом подстрекавање нема неке посебности у односу на већину других кривичних дела. Код ових дела подстрекнути може бити како мушко тако и женско лице.⁵⁵⁹ У погледу подстрекача, исти мора да има свест о обележјима кривичног дела, као и код оних који се траже од извршиоца. Из тога произлази да за кривична дела силовања, обљубе са дететом, обљубе над немоћним лицем, обљубе злоупотребом положаја и недозвољеним полним радњама мора да постоји свест за свако обележје наведених кривичних дела и наравно да се подстрекавање врши према детету. Умишљај код подстрекача мора дакле постојати, што је изричито предвиђено у КЗ, као и умишљај да се подстрекава на вршење неких од наведених кривичних дела (из чл. 178. до 182. КЗ) према деци.⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ З. Стојановић, Кривично право, општи део, Београд, 2000, стр. 235. и Н. Срзентић – А. Стајић, Кривично право, општи део, Београд, 1953, стр. 369.

⁵⁵⁹ Раније то није био случај нпр. код кривичног дела силовања, подстрекнути је могао бити само лице мушког пола, јер је силовање било тако инкриминисано да је извршилац само мушкарац могао бити. – напомена М.М.

⁵⁶⁰ У том правцу је и став изнет у једној пресуди да када је оптужени свестан да својим радњама може изазвати одлуку код другог лица да оно изврши кривично дело силовања и пристаје на такву последицу своје радње, а то друго лице није ни покушало да изврши радњу силовања, оптужени је извршио кривично дело силовања у подстрекавању са евентуалним умишљајем. (одлука Окружног

С друге стране, искристалисао се став да подстрекач не мора нужно да зна и о појединостима конкретног кривичног дела. Следи, да не мора да зна о начину употребе принуде код силовања, да не мора да зна о степену немоћи детета при подстрекавању на обљубу код обљубе над немоћним лицем или нпр. који је детете разред или које школе ако се на сексуални чин подстрекава тренер или наставник – код кривичног дела обљубе злоупотребом положаја. Подстрекач мора знати лице које подстрекава на извршење неких од ових кривичних дела, али није неопходно да подстрекавање на вршење кривичног дела обљубе са дететом и других кривичних дела из члана 178. до 182. која се тичу деце буде уперено ка тачно одређеном мушком или женском детету. Уосталом, као што се види, овде вреде нека од општих правила за подстрекавање.

Постоји могућност (која је више теоријског карактера обзиром да није било таквих случајева у пракси) да подстрекач истом радњом подстрекавања изазове или учврсти одлуку код више лица да се изврши неки од сексуалних деликата са децом. У том случају постојаће онолико подстрекавања колико и извршених сексуалних деликата са децом, без обзира да ли се ради о истом детету или различитој деци (ради се о идеалном стицају подстрекавања). Ако би се радило о више радњи подстрекавања којима се подстрекују различита лица на вршење неких од сексуалних кривичних дела према истом детету или другој деци онда би се радило о реалном стицају подстрекавања.

Код сексуалних деликата уопште па и према деци могуће је и неуспело подстрекавање. То може да буде из разлога што подстрекавани не жели да изврши кривично дело на које се подстрекава из једног или више разлога или зато што је онемогућен у извршењу кривичног дела, или зато што је одлука да изврши кривично дело донета код њега још раније тако да је подстрекавање беспотребно. Но, у сваком случају кривично дело није извршено (наравно када је реч о подстрекавању – напомена М.М.).

Може се говорити и о заблуди у погледу личности детета (*error in persona*) од стране подстрекнутог за вршење неке сексуалне радње, под условом да је од

суда у Ваљеву, Кж. 49/98) – Д. Симоновић, *op. cit.* стр. 304. Овај став се може односити и на кривично дело обљубе са дететом – напомена М.М.

стране подстрекача била већ раније одређена. Како је и ово питање више теоријско (код нас у пракси га није било до сада) преовлађује став да пошто је таква заблуда ирелевантна у односу на учиниоца сексуалних деликата према деци, она је то и у односу на подстрекача.⁵⁶¹

Најзад, треба напоменути и у вези граница одговорности за подстрекача. Као што је познато подстрекач је одговоран у границама свог умишљаја, те све што није обухваћено његовим умишљајем представља тзв. екцес извршиоца за који он не одговара. У том смислу нпр. ако је подстрекнути на недозвољене полне радње са дететом извршио и обљубу или са њом изједначен чин, за кривично дело обљубе са дететом подстрекач неће одговарати. Ово с разлога што обљуба или са њом изједначен чин у конкретном случају представља прекорачење у односу на шта је подстрекаван. Дакле, подстрекач одговара искључиво за оно на шта је подстрекавао – у конкретном случају, само за недозвољене полне радње, док ће подстрекнути одговарати и за обљубу или са њом изједначеним чином и за недозвољене полне радње (под претпоставком да недозвољене полне радње нису конзумиране обљубом, него да се јављају као самостално кривично дело).

6.5.3. Помагање код сексуалних деликата са децом

Помагање као облик саучесништва у ужем смислу није ни у новом КЗ одређен, с тим да се у ставу 2. члана 35. наводе начини којима се предузима помагање односно карактеристичне радње помагања.⁵⁶² За помагање је нужно да се умишљајно доприноси извршењу кривичног дела које неко други врши. Помагање, према томе, није дело само по себи већ представља дело којим се

⁵⁶¹ У том смислу и: Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 235.

⁵⁶² Према наведеној законској одредби (члана 35. става 2. КЗ) то би било: "...давање савета или упутстава како да се изврши кривично дело, стављање учиниоцу на располагање средства за извршење кривичног дела, стварање услова или отклањање препрека за извршење кривичног дела, као и унапред обећано прикривање кривичног дела учиниоца, средства којима је кривично дело извршено, трагова кривичног дела или предмета прибављених кривичним делом."

стварају услови за извршење кривичног дела. Стога мора бити у узрочној вези (у извесној мери!) са извршењем кривичног дела. За постојање узрочности код помагања довољно је да је допринос утицао на остварење кривичног дела у свом конкретном облику, односно помагање постоји и онда када би остварење кривичног дела без радње помагања било могуће, али на другачији начин и у другом облику.⁵⁶³

Код сексуалних деликата са децом помагач, поред тога што мора да буде свестан да пружа помоћ, мора да има свест и о свим значајним карактеристикама кривичног дела обљубе са дететом, као и других кривичних дела сексуалног карактера која се доводе у везу са децом. При томе, не мора да се то помагање односи и на појединости које се тичу времена, места, начина и сл.

Обзиром на радњу, помагање може бити психичко или физичко, а понекад и комбиновано. Психичко помагање је, може се рећи, вербално помагање које се може састојати у давању савета или упутстава како да се изврши неки сексуални чин са дететом, давање подршке, одобравање за тако нешто, али може имати и вид претње у смислу да дете – жртва се не противи обљуби или са њом изједначеном чину, или да одустане од даљег противљења. Могуће је да се помагање врши и ставовима и држањем помагача, нарочито ако је он од ауторитета за дете, да пристане на обљубу или на ванбрачни или брачни статус, из којег по логици ствари произлази обљуба и друге сексуалне радње. Тако нпр. тиме што је по договору са првооптуженим наговорила своју малолетну кћерку стару тринаест година, која јој је поверена на чување, бригу и васпитање да ступи у ванбрачну заједницу са првооптуженим, оптужена је учинила кривично дело обљубе са лицем које није навршило четрнаест година у помагању из члана 106. ст. 1. КЗ РС у вези члана 24. КЗ СРЈ (према садашњем КЗ то би било члан 180. став 1. у вези става 35. КЗ.).⁵⁶⁴ Код психичког помагања може да се јави проблем

⁵⁶³ З. Стојановић, Коментар Кривичног законика, Београд, 2006, стр. 160.

⁵⁶⁴ У образложењу другостепеног суда се наводи да је првостепени суд на поуздан начин утврдио да је оптужена као мајка малолетне оштећене постигла договор са оптуженим и наговорила малолетну оштећену да се "уда". Не само да није извршила своју родитељску дужност у погледу чувања, бриге и васпитавања малолетне оштећене него је остала упорна у таквом ставу и поред свих упозорења и противљења њеног оца и брата да оптуженом помогне у извршењу дела. Дакле, не ради се само о помагању пропуштањем обављања дужности родитеља већ о активном

разграничења са подстрекавањем. Као критеријум разграничења подстрекавања од помагања узима се да је учинилац имао већ створену (чврсту) одлуку да изврши кривично дело.

Такође треба напоменути да код ова два облика саучесништва не може постојати стицај, јер када једно лице са једном или више радњи изврши подстрекавање и помагање у односу на исто кривично дело и према истом лицу, постоји само подстрекавање, јер помагање је лакши облик саучесништва у односу на подстрекавање и конзумирано је подстрекавањем.⁵⁶⁵ Ово је опште правило, за сва кривична дела, укључујући и она против полне слободе.

Као код радње саизвршилаштва и подстрекавања, тако и код помагања, радња може бити остварена пре или у току извршења кривичног дела. Ако се ради помагању пре извршења кривичног дела, то може бити нпр. давање упутстава или обавештења извршиоцу нпр. којим путем се дете креће када се враћа увече из школе, у колико се сати завршава тренинг или када је дете код куће само и сл. да би се могла извршити обљуба или са њом изједначен чин, или стварањем услова да се изврше наведене сексуалне радње према детету нпр. давањем стана извршиоцу и сл.

Ако је помоћ пружена након извршења кривичног дела, онда би то било посебно кривично дело – помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела (члан 333. КЗ). Од овог правила, могло би се рећи, постоје изузеци и то ако је извршилац имао претходни договор са помагачем или му је помагач раније обећао помоћ – да ће прикрити средства којим је вршена принуда ако је кривично дело силовања у питању или прикрити трагове и предмете које могу имати везе са извршеним кривичним делом (нпр. уклањање постељине, ћебади и сл. да би се прикрили трагови сексуалног односа са дететом).⁵⁶⁶

предузимању радњи помагања у извршењу дела. Није спорно да су оптужени знали да малолетна оштећена нема четрнаест година, а упозорени су више пута на последице таквих својих понашања па не може бити сумње да су дела чинили са умишљајем. (пресуда Окружног суда у Ужицу, Кж. 436/81 од 15.07.1981. године). – Б. Чејовић, *op. cit.* стр. 537-538.

⁵⁶⁵ У том смислу је Врховни суд Србије заузео став у одлуци Кж. 469/79

⁵⁶⁶ Н. Мемедовић истиче да се ради о тзв. каснијем помагању (*concursum subsequens*), било да је реч о личном или стварном погодовању- Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 236.

Као што се може приметити, помагање код кривичних дела из члана 178. до 182. КЗ није могуће нечињењем, него то мора бити активна радња, којом се помаже, доприноси да се над дететом изврши обљуба, са њом изједначен чин или недозвољена полна радња. При томе, није неопходно да помагач мора познавати извршиоца, али ипак мора знати за његово постојање односно да му мора бити познат круг лица из кога ће проizaћи извршилац. Такав став је заузет у теорији и у судској пракси. Као и кад је подстрекавање у питању, за постојање помагања није нужно да постоји кривица извршиоца. Полазећи од лимитиране акцесорности (о чему је било речи код подстрекавања) потребно је да је су остварени објективни елементи кривичног дела. Такође помагач не одговара за екцес извршиоца, већ само за оно што је урадио да помогне и што је допринело радњи извршења кривичних дела из члана 178. до 182. КЗ.

Могућа је ситуација да помагање нпр. давање аута извршиоцу да би дете после школе одвезао негде на скровито место ради обљубе или са њом изједначеног чина, а које је обећано ради извршења неких од наведених кривичних дела, није извршено. Без обзира на разлоге, да ли је у питању одустанак извршиоца или до извршења кривичног дела није дошло из неких објективних разлога, нема кривице помагача јер извршилац није ушао у кажњиву зону – покушај кривичног дела обљубе са дететом, или покушај неких од осталих кривичних дела сексуалног карактера према деци.

Код силовања, радња помагања има извесне специфичности јер у одређеним случајевима она представља извршилачку радњу при употреби силе, а при томе није нити извршилачка нити саизвршилачка. Помагач које делује уз употребу силе или претње да би други извршио обљубу или са њом изједначен чин не креира последицу, већ то чини извршилац радње извршења који управо чини обљубу или са њом изједначен чин. Према томе, за помагача је главно да ли има свест да другом помаже у извршењу овог кривичног дела па било то и путем акта принуде која има извршилачки карактер.⁵⁶⁷ Може се извући закључак да помагач код извршења овог кривичног дела не жели нити обљубу нити са њом изједначен чин, већ употребом силе или претње настоји (доприноси) да тај сексуални чин извршилац оствари. У том смислу се у једној пресуди каже да када се радње

⁵⁶⁷ О томе више: Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 237.

другооптуженог своде само на покушај да се умишљајно помогне првооптуженом у извршењу кривичног дела силовања, ради се о помагању у извршењу силовања. У образложењу те пресуде се наводи да је првооптужени покушао да принуди на обљубу оштећену употребом силе и претње да ће непосредно напасти на њен живот и тело. Другооптужени му је умишљајно помогао на тај начин што је по уласку оштећене у стан, пошто је првооптужени закључао врата спречавајући невенчаног супруга оштећене да уђе, па су заједно прво и другооптужени почели да ударају оштећену песницама по глави и телу, након чега је првооптужени почео да цепа и кида јој одећу, па када је скинуо нагу наишли су радници МУП-а и спречили га у извршењу кривичног дела. Код другооптуженог све предузете радње се своде на покушај да се умишљајно помогне првооптуженом у извршењу кривичног дела силовања. Својим радњама другооптужени није ишао за тим да изврши насилну обљубу над оштећеном што није исказано ни у исказу оштећене, он се није свлачио, а оштећену је ударао и помагао у њеном свлачењу, чиме је помогао првооптуженом у намери да изврши насилну обљубу над оштећеном. Код другооптуженог је постојао умишљај који је остао у покушају да својим радњама којих је био свестан и хтео његово извршење само помогне првооптуженом да користећи силу изврши обљубу над оштећеном. Обојица оптужених деловали су заједно и синхронизовано и другооптужени може одговарати само у границама умишљаја на помагање у покушају силовања првооптуженог над оштећеном. (пресуда Врховног суда Србије, Кж. 882/96 од 09. јула 1996. године и пресуда Окружног суда у Београду, К. 89/95 од 07. фебруара 1996. године).⁵⁶⁸ Наведени пример пресуде вреди и када су у питању деца као жртве силовања, с тим да помагање у таквим ситуацијама је је углавном слабијег интезитета, јер код деце се не очекује већи отпор због слабије психофизичке конституције.

⁵⁶⁸ И. Симић, Збирка судских одлука из кривичноправне материје, 500 одлука, друга књига, Београд, 1998, стр. 96. У том смислу је и пресуда у којој се каже да када је више лица применило претњу и силу, а обљубу је извршио само један од њих, он је извршилац кривичног дела силовања, а остали су помагачи. По природи ствари, обљуба коју врши друго лице не може се хтети као сопствено дело. (одлука Врховног суда Србије, Кж. 565/80). – Д. Симоновић, *op. cit.* стр. 302.

6.6. Стицај код сексуалних деликата са децом

У вези стицаја намећу се иста спорна питања која су и раније била предмет расправа. Када су у питању сексуални деликти, по природи ствари, најчешће се мисли на стицај силовања са лаком телесном повредом, нарушавањем неповредивости стана и противправног лишавања слободе. Поред тога, може се говорити и о стицају кривичних дела у оквиру исте главе, односно о стицају кривичних дела против полне слободе и то кроз различите сексуалне радње у зависности од околности, укључујући вршење принуде или својство пасивног субјекта.

6.6.1 Стицај сексуалних деликата са децом и лаке телесне повреде

Код стицаја лаке телесне повреде и неког кривичног дела из главе против полне слободе превасходно се мисли на силовање и недозвољене полне радње када се доводе у везу са њим. Сила код кривичног дела силовања је чест начин којим учинилац остварује обљубу или са њом изједначен чин, док је код кривичног дела лаке телесне повреде искључива радња. Из тога произлази да се оба кривична дела врше под сличним криминалним условима. При вршењу силовања, ако се то ради употребом силе, могуће је да не постоје никакве телесне повреде, али исто тако могуће је да дође и до наношења лаких или тешких телесних повреда.⁵⁶⁹ Наношење лаких телесних повреда, шта више, некако је најчешће при вршењу обљубе или са њом изједначеног чина. Међутим, споран је однос између лаке телесне повреде и силовања, и не постоји уједначен став у погледу стицаја ова два кривична дела. Ово питање је донекле и фактичког карактера и треба заузимати став у зависности од тога да ли је лака телесна

⁵⁶⁹ Имајући у виду тежину последица код кривичног дела силовања, законодавац је тешке телесне повреде учињене из нехата при вршењу обљубе или са њом изједначеног чина инкриминисао као квалификовани облик кривичног дела силовања (члан 178. став 3. КЗ).

повреда нанета нехатно или умишљајно, као и да ли се ради о обичној лакој телесној повреди која често прати кривично дело силовања или се ради о опасној лакој телесној повреди.

Преовлађује став, како у теорији тако и у пракси, да ако приликом вршења силовања, при употреби силе, буде из нехата нанета лака телесна повреда, да се ради само о силовању јер је реч о привидном идеалном стицају којом је лака телесна повреда конзумирана.⁵⁷⁰ Шта више, наилазимо на мишљења која полазе од тога да је лака телесна повреда конзумирана кривичним делом силовања и када је нанета са умишљајем.⁵⁷¹ Овакви ставови се не би могли прихватити када су у питању деца, као жртве силовања, будући да често нема већег отпора или чак никаквог. Уколико умишљај учиниоца постоји за вршење оба кривична дела, тако би их требало и третирати, без обзира да ли је конкретном приликом нанета детету огреботина или су у питању подливи по телу, контузије и сл. Уз то треба имати у виду и начин на који је нанета таква повреда, средство којим је нанесена, као и места по телу где су нанете повреде.⁵⁷² Ове околности могу да буду од значаја приликом одмеравања казне, али као стицај ова два кривична дела.

Дакле, за постојање стицаја кривичних дела силовања и лаке телесне повреде треба да буде опредељујући облик кривице. Ако се ради о лакој телесној

⁵⁷⁰ Б. Златарић истиче да "нема потребе ни смисла лаку телесну повреду истицати као самосталну криминалну количину и да је можемо сматрати инклудираном у главном дјелу и ликвидираним у казни за то дјело" – Видети: Б. Златарић, стр. 192.

⁵⁷¹ Исти аутор сматра да ће лака телесна повреда при постојању евентуалног умишљаја учиниоца, такође бити инклудирана силовањем, ако се ради о доиста незнатним лаким повредама у виду контузија или се ради о обичним огреботинама. Исто важи и када се ради о директном умишљају. – Ibid

⁵⁷² У том смислу и Н. Мемедовић истиче да "намерно задана лака телесна повреда није обухваћена нити исцрпљена појмом употребе силе код силовања". – *op. cit.* стр. 243. И Ђ. Лазин искључује могућност конзумције односно инклузије, лаке телесне повреде кривичним делом силовања, па и начело специјалитета иако је силовање специјални вид принуде која нужно не садржи у себи и лаку телесну повреду. Ту се не може радити ни о супсидијаритету, јер лака телесна повреда није природно средство за извршење силовања, пошто се не може извршити после силовања. Шта више, нема ни алтернативности, обзиром да лака телесна повреда није извршена на алтернативно одређеним обележјима бића кривичног дела. – Више о томе: Ђ. Лазин, Привидни идеални стицај кривичних дела, Београд, 1982, стр. 146.

повреди учињеној из нехата, не би било криминалополитички оправдано правити конструкцију стицаја. Ово са разлога што је сила често неодвојиви пратилац при извршењу кривичног дела силовања и која у многим ситуацијама резултира и наношењем лаке телесне повреде. Но, како намера учиниоца није наношење лаке телесне повреде већ обљуба или са њом изједначен чин уз употребу силе, није целисходно да одговара за оба кривична дела.

С друге стране, свака лака телесна повреда нанета са умишљајем при вршењу силовања не може бити конзумирана тим кривичним делом. При томе није од значаја да ли се ради о евентуалном или директном умишљају. Ако је реч о евентуалном умишљају, без обзира на слабији степен свести и воље, учинилац при вршењу силовања пристаје на наношење лаких телесних повреда, иако је свестан забрањености овог дела (поред силовања). Отпор, који евентуално постоји, када је дете у питању, често је симболичног, безначајног карактера, што је учиниоцу познато, па опет пристаје на наношење таквих повреда. Самим тим, из ових разлога оправдана је конструкција стицаја силовања и лаке телесне повреде.

Код директног умишљаја, апсолутно нема никакве дилеме да се ради о стицају силовања и лаке телесне повреде, чак и у ситуацијама када се ради о незнатним лаким повредама (без обзира на средство наношења и њихов начин). У таквим случајевима, може се констатовати да није од значаја сама врста и тежина лаке телесне повреде при силовању, већ намера, хтење учиниоца, да се нанесе таква повреда, иако је свестан његове забрањености. Из криминалополитичких разлога такве телесне повреде (које су по природи ствари углавном бенигне) при вршењу силовања не би се смеле подвести под ово кривично дело односно третирати као идеални стицај. Ово из разлога што учинилац и пре него што отпочне са инкриминисаним радњама има намеру и жели да изврши два кривична дела – силовање и лаку телесну повреду. Исто би требало да важи и у ситуацији када је у току силовања учинилац намерно кренуо са наношењем лаких телесних

повреда.⁵⁷³

Ове ситуације се односе и на децу, као пасивне субјекте, код кривичног дела силовања, с тим да ти критеријуми у вези стицаја морају бити још строжији. Ради се о томе да учинилац зна, свестан је да врши силовање према детету, па му још уз то наноси лаке телесне повреде, а такође зна и свестан је да те повреде у већини случајева нису неопходне за извршење силовања јер као што је већ речено отпор деце је симболичан или не постоји.

Наведене констатације се односе и на недозвољене полне радње када се доводе у везу са силовањем. Код других кривичних дела из главе против полне слободе хипотетично је могућ стицај са лаком телесном повредом, али такви случајеви су више теоријског карактера и није их било у пракси (нпр. када неко врши обљубу са дететом и том приликом нанесе лаку телесну повреду, иако је обљуба била добровољна односно доношење тих повреда није било у узрочној вези са обљубом).

6.6.2. Стицај сексуалних деликата са децом и нарушавање неповредивости стана

Као ни у претходној ситуацији, тако ни у овој не постоји јединствен став у погледу стицаја кривичног дела силовања и кривичног дела нарушавања неповредивости стана.⁵⁷⁴ За стицај других сексуалних деликата и нарушавање неповредивости стана примера у пракси није ни било. Иначе, овакве ситуације су у пракси ретке и када је реч о силовању, а када су у питању деца као жртве, таквих примера у пракси такође није било. Тиме у ствари питање стицаја које се тиче

⁵⁷³ Из тог разлога се не би могли сложити са констатацијом Б. Златарића да ће лака телесна повреда (под условом да се ради о контузијама или обичним огреботинама) бити инклудирана силовањем чак и ако је реч о директном умишљају. – Видети: Б. Златарић, *op. cit.* стр. 192.

⁵⁷⁴ Кривично дело нарушавање неповредивости стана је предвиђено у члану 139. и у став 1. гласи: "Ко неовлашћено продре у туђ стан или туђе затворене просторе или се на захтев овлашћеног лица из тог стана или простора не удаљи, казниће се новчаном казном или затвором до једне године."

теме овог рада је више теоретског карактера што свакако не умањује значај.

У досадашњој теорији и пракси више преовлађује став да постоји реални стицај ова два кривична дела. Према једном схватању када се једном радњом, макар делатности којом се у оквиру ње врше, нарушавање неповредивости стана и силовања, биле предузете у континуитету и непосредно једна за другом, природно и правно остварују последице два различита кривична дела па чак и онда када је силовање остало у покушају.⁵⁷⁵ Постоје и другачија схватања, па тако нпр. "када једно лице у циљу извршења кривичног дела силовања продре у туђ стан, у делатности таквог извршиоца нема стицаја кривичног дела нарушавања неповредивости стана и кривичног дела силовања, већ постоји само кривично дело силовања, пошто нарушавање неповредивости стана представља ону силу која је управљена на савладавање отпора оштећене"⁵⁷⁶

Овде су у ствари могуће три ситуације. Прва, да је учинилац већ у просторијама, у којима је овлашћено ушао, али на захтев лица (које га је пустило унутра и према којем је после извршио силовање) не жели да изађе, из стана или неке друге затворене просторије. Иако су остварена обележја кривичног дела нарушавања неповредивости стана, ипак ће се радити само о кривичном делу силовања јер се вршење обљубе или са њом изједначеног чина употребом силе или претње обавља у просторијама где се учинилац већ налази. Реч је о привидном стицају, применом инклузије. Није спорно да не удаљавање из туђег стана представља законско обележје кривичног дела нарушавања неповредивости стана, али се може рећи да представља блажи облик овог кривичног дела, те под тим околностима се не може говорити о засебном кривичном делу односно стицају са кривичним делом силовања.

Друга ситуација је када учинилац уђе неовлашћено у стан ради извршења силовања. Продирање у таквој ситуацији, има карактер припремне радње у односу на силовање, па се ни и овој ситуацији не може говорити о стицају.⁵⁷⁷ Но могуће

⁵⁷⁵ Схватање које је изражено ставом проширене седнице Кривичног одељења Врховног суда Војводине од 06.04.1976. године (Билтен Врховног суда Војводине бр. 1/1977, стр. 7-9.)

⁵⁷⁶ Закључак Кривичног одељења Врховног суда Србије од 12. децембра 1966. године

⁵⁷⁷ У том смислу и Ј. Лазаревић сматра да "Ако се у циљу силовања врши неовлашћено продирање у туђи стан и тада, по правилу, не постоји стицај између ових дела, јер продирање има

је да је учинилац неовлашћено ушао у стан (продро) да би потом донео одлуку да изврши силовање и исто извршио. У овом случају кривично дело силовања не стоји у узрочној вези са неовлашћеним продирањем у стан оштећеног лица.⁵⁷⁸

Коначно, трећа ситуација, можда и најмање спорна, је када учинилац користи силу или боље рећи насиље јачег интезитета да би продро у туђи стан и изврши силовање. За овакву околност не може бити примене инклузије јер само понашање учиниоца (нпр. обијање врата, разбијање браве, лупање прозора и сл.) указује на већу криминалну опасност и потпуно остварење законског обележја кривичног дела нарушавања неповредивости стана. Самим тим, као логичан закључак се намеће да је у питању реални стицај ова два кривична дела.

Генерално посматрано, за питање има ли или нема стицаја значајна је субјективна страна учиниоца. Дакле, на плану умишљаја, да ли је његова намера само извршење силовања или је намера и нарушавање неповредивости стана. Сходно томе, требало би процењивати да ли је реч о привидном или реалном стицају. Но, то је питање које у сваком конкретном случају треба процењивати.

Код овог стицаја, као и код претходног, без значаја је да ли је жртва силовања одрасла особа, малолетно лице или дете јер наведена запажања важе за све категорије лица.

Све што је речено за кривично дело силовања, може се применити и на недозвољене полне радње када се доводе у везу са силовањем.

Није нужно само постојање стицаја силовања и недозвољених полних радњи када се доводе у везу са њима) и нарушавање неповредивости стана. Теоретски је могуће и стицај кривичног дела обљубе са дететом, обљубе над немоћним лицем и обљуба злоупотребом положаја са нарушавањем неповредивости стана. Тако нпр. учинилац може да изврши обијање стана и потом изврши обљубу са дететом, без употребе силе или претње. Такође могуће је да учинилац неовлашћено продре у туђ стан знајући да је у стану немоћно лице (може бити и дете) те да изврши обљубу или са њом изједначен чин, знајући да је неспособно за отпор или

тада карактер припремне радње у односу на силовање." – Љ. Лазаревић, Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2006, стр. 513.

⁵⁷⁸ У том смислу и одлука Врховног суда Србије Кж. 755/55 и закључак Кривичног одељења ВСС од 06. априла 1966. године – Коментар Кривичног закона Републике Србије, *op. cit.* стр. 385.

неспособно да схвати значај сексуалног односа. Најзад, могуће је да учинилац (у својству наставника) не жели да напусти стан иако се то од њега захтева, него користећи (злоупотребљавајући) својство наставника или васпитача изврши обљубу или са њом изједначен чин са малолетним лицем или дететом.

Као што се види из наведених примера могућ је стицај и других кривичних дела против полне слободе и нарушавање неповредивости стана. Ипак, теорија и судска пракса оваквим ситуацијама није придавала никакав значај, што је и разумљиво, из разлога што их није ни било у пракси. Но, тиме се неће умањити значај да се истакне као могућност наступања таквог стицаја.

6.6.3. Стицај сексуалних деликата са децом и противправног лишења слободе

Из законског описа кривичног дела противправног лишења слободе (члан 132. КЗ) нигде се експлицитно не помиње употреба силе или претње, али ширем тумачењем и досадашњом судском праксом везаном за ово кривично дело произлази да је то главно средство за њено остварење.⁵⁷⁹ Наиме, како би се на други начин могло неко лице противправно затворити или одузети му или ограничити слобода кретања, ако не принудом. Шта више, у ставу 3, као квалификованом облику, инкриминисано је противправно лишење слободе на свиреп начин или ако дође до нарушавања здравља или наступања друге тешке последице, што очигледно указује да није могуће без употребе силе или претње.

⁵⁷⁹ Члан 132, став 1, 2 и 3. гласи:

(1) Ко другог противправно затвори, држи затвореног или му на други начин противправно одузме или ограничи слободу кретања, казниће се затвором до три године.

(2) Ако дело из става 1. овог члана учини службено лице злоупотребом свог положаја или овлашћења, казниће се затвором од шест месеци до пет година.

(3) Ако је противправно лишење слободе трајало дуже од тридесет дана или је вршено на свиреп начин или је лицу које је противправно лишено слободе услед тога тешко нарушено здравље или су наступиле друге тешке последице, учинилац ће се казнити затвором од једне до осам година.

Као што се може закључити и код кривичног дела силовања (на директан начин) и код кривичног дела противправног лишења слободе (на индиректан начин) присутна је сила и претња. То може да створи дилему како је онда могућ стицај ова два кривична дела. Извесне околности могу да имају елементе принуде који су својствени код извршења силовања, али исто тако да имају и обележја кривичног дела противправног лишења слободе. Тако нпр. пасивном субјекту, а нарочито детету, се лако може забранити излазак из просторије у коју је на лаковеран или добровољан начин ушао, или је пак на силу доведен, па пошто је закључана просторија над њим изврши обљубу или са њом изједначен чин. С тим у вези могуће је да се жртви – детету скине одећа и сакрије, а све у намери спречавања одласка или бекства из просторије.

У неким случајевима је могуће да учинилац претходно одузме или ограничи слободу кретања да би потом извршио силовање. Ради се о томе да је ограничавање или одузимање слободе кретања жртве (под којом се подразумева и дете) од стране учиниоца обухваћено умишљајем ради остварења силовања, али полази од тога да противправним лишењем слободе лакше долази до тог циља. У конкретном случају ради се о привидном стицају по основу консумције.⁵⁸⁰

⁵⁸⁰ У том смислу и Љ. Лазаревић истиче да противправно лишење слободе које се врши у циљу силовања (затварање жене у просторији, онемогућавање да напусти неку просторију и сл.) конзумирано је овим делом и не може се налазити са њим у идеалном стицају. – Љ. Лазаревић, *op. cit.* стр. 513. У ранијој судској пракси, у једној пресуди, наилазимо на став да "Кривично дјело противправног лишења слободе... конзумирано је кривичним дјелом силовања... у случају кад је оптужени оштећену довео у стан у циљу обљубе, па као прву мјеру осигурања за случај да се оштећена одупре његовом захтјеву за сполни сношај закључао стан, а када се она одупирала његовом захтјеву за опћење, онда је употребио силу за извршење обљубе, док оштећена није могла из стана побјећи јер је био закључан. Због тога се не може говорити о засебном кривичном дјелу (мисли се на противправно лишење слободе – напомена М.М.) јер је и ово протуправно задржавање оштећене у затвореном стану, саставни дио силе коју је оптужени употребио ради извршења кривичног дјела (мисли се на силовање – напомена М.М.) – пресуда Окружног суда у Карловцу, К. 62/68 од 20.09.1968. године - Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 248. Исто тако "ако је оштећена безуспешно покушала да побегне од нападача који је покушао да је силује, јер је овај закључао стан, па је после тога употребом силе извршио обљубу, онда је кривично дело противправног лишења слободе конзумирано кривичним делом силовања, јер је онемогућавање слободе кретања оштећеној у таквом случају представља саставни део силе коју је учинилац

За постојање стицаја кривичног дела силовања и противправног лишења слободе нужно је постојање субјективног става учиниоца. У том смислу ако је уследило дуже задржавање жртве на одређеном месту, односно уз употребу принуде и ограничење простора за кретање, ма и у циљу обљубе, које је трајало више часова, не би се могло говорити о привидном стицају по основу конзумције.⁵⁸¹

Напред наведено важи и за случајеве силовања када је у питању дете.

Као и у претходним случајевима стицаја, ово се односи и на недозвољене полне радње када се доводе у везу са силовањем. Код других кривичних дела против полне слободе тешко да је могућ стицај са кривичним делом противправног лишења слободе јер та кривична дела не садрже у себи принуду. Тако нпр. тешко је могуће да након противправног лишења слободе на већ поменут начин дође до добровољне обљубе или са њом изједначеног чина без употребе силе или претње, без обзира на својство пасивног субјекта.

6.6.4. Остали случајеви стицаја са сексуалним деликтима са децом

Код кривичних дела против полне слободе, од значаја је питање стицаја са недозвољеним полним радњама. Код осталих кривичних дела из ове главе међусобни стицај је тешко могућ из разлога што кривична дела силовање, обљуба над немоћним лицем, обљуба са дететом и обљуба злоупотребом положаја имају инкриминисану обљубу и са њом изједначен чин са дететом, само под различитим криминалним условима.⁵⁸²

употребио ради извршења силовања". (одлука Окружног суда у Крагујевцу, К. 155/68) - Д. Симоновић, *op. cit.* стр. 299.

⁵⁸¹ Више о томе: *Ibid.* стр. 249.

⁵⁸² Ово је нарочито дошло до изражаја од како је противприродни блуд престао да буде посебно кривично дело, већ је инкорпорисан као са обљубом изједначен чин у постојећа кривична дела – напомена М.М.

Дакле, оно што није спорно да ако при вршењу обљубе или са њом изједначеног чина са дететом су претходиле недозвољене полне радње, да неће постојати стицај кривичних дела обљубе са дететом и недозвољених полних радњи, јер су недозвољене полне радње конзумиране кривичним делом обљубе са дететом. У том случају постајаће само кривично дело из члана 180. став 1. КЗ а не кривично дело недозвољене полне радње из члана 182. КЗ у вези са чланом 180. став 1 КЗ.⁵⁸³ Међутим, у једном случају суд је узео да постоји реални стицај између ова два кривична дела када је учинилац претходно извршио недозвољене полне радње које нису праћене обљубом или са њом изједначеним чином, а после извесног времена извршио је обљубу или са њом изједначен чин којој су претходиле и недозвољене полне радње.⁵⁸⁴ Ове констатације се односе и на кривична дела силовања, обљубе над немоћним лицем и обљубе злоупотребом положаја, када се доводе у везу са недозвољеним полним радњама, само је разлика у криминалним условима под којима се врши конкретно кривично дело.

Може се поставити питање стицаја кривичног дела обљубе са дететом и кривичног дела ванбрачне заједнице са малолетником. Нпр. у ситуацији када учинилац изврши обљубу или са њом изједначен чин са лицем које није навршило четрнаест година, а након навршења четрнаест година заснује ванбрачну заједницу са малолетним лицем. Стицај ова два кривична дела постоји јер се њима повређују различита правно заштићена добра (једним делом се повређује полна слобода, а другим брак и породица – напомена М.М.), а у питању су дела различите садржине која нису обухваћена међусобно, без обзира што се ради о континуираној делатности. У том смислу је у једној пресуди заузет став да у случају да родитељи допринесу и омогуће извршењу обљубе са својом

⁵⁸³ У том смислу је и одлука Врховног суда Хрватске Кж. 1055/73 - Коментар КЗ РС, ор. cit. стр. 394.

⁵⁸⁴ У том смислу: Љ. Лазаревић, ор. cit. стр. 461. Такође и И. Симић – М. Петровић, истичу да када су раније извршене блудне радње које нису пропраћене обљубом, а након извесног времена поново су извршене блудне радње праћене обљубом, пошто су првим радњама остварена обележја кривичног дела блудне радње, а између првих блудних радњи и каснијих не постоји континуирана веза у другом случају радиће се о кривичном делу обљубе са лицем које није навршило четрнаест година, јер ово кривично дело конзумира блудне радње које га прате. – И. Симић – М. Петровић, Кривични закон Републике Србије, практична примена, Београд, 1998, стр. 113.

малолетном кћерком која није навршила четрнаест година, а по навршеној четрнаестој години да заснује ванбрачну заједницу са лицем које је над њом извршило обљубу постојаће стицај помагања у извршењу кривичног дела обљубе са малолетним лицем које није навршило четрнаест година и заснивања ванбрачне заједнице (пресуда Врховног суда Србије, Кж. 2129/74).⁵⁸⁵

Најзад, занимљиво може да буде и питање стицаја сексуалних деликата са децом и кривичног дела насиља у породици. Као што је познато, сексуални деликти према деци се не врше само према оној деци која су "туђа" и према којој не постоје никакве родбинске везе. Напротив, управо се дешава да се такве ствари одвијају у оквиру породице, често и међу најближим сродницима. С друге стране, насиље у породици (у најширем облику) може да буде праћено и сексуалним злостављањем. Насиље у породици које је учињено према малолетном лицу, а самим тим и према детету је предвиђено као квалификаторна околност, јер је то резултат намере законодавца да обезбеди њихову појачану заштиту.⁵⁸⁶ Сходно одредби члана 112. став 28. КЗ чланом породице се сматрају, између осталог, деца супружника, ванбрачна деца, као и деца од браће и сестра који живе у заједничком домаћинству, те лица која имају заједничко дете иако никада нису живела у истом породичном домаћинству. С тим у вези, као и код стицаја неког од сексуалних деликата са децом и кривичног дела ванбрачне заједнице са малолетником, тако и код стицаја неког од сексуалних деликата са децом и кривичног дела насиља у породици се повређују различита правно заштићена добра и то једним делом се повређује полна слобода, а другим делом брак и породица. Реч је кривичним делима која су (као и у претходном случају) различите садржине и која нису обухваћена међусобно, без обзира што се ради о континуираној делатности.

Како не постоје судске одлуке које говоре о стицају са овим кривичним делом (бар аутор их није нашао – напомена М.М.) издвојићемо две одлуке из судске праксе које говоре о кривичном делу насиља у породици у којем су

⁵⁸⁵ И. Симић – М. Петровић, *op. cit.* стр. 113.

⁵⁸⁶ Више о томе: Н. Делић, *Кривично дело насиље у породици, Насилнички криминал: етиологија, феноменологија, превенција*, Београд, 2010, стр. 101

пасивни субјект деца (члана 194. став 3. КЗ). Тако нпр. "... када је окривљени своје дете од десет година истукао наневши му лаке телесне повреде у виду нагњечења обостране натколенице и седалних предела са вишеструким крвним подливима истих предела и нагњечењем поглавине (пресуда Врховног суда Србије Кзз-46/06 од 15. јуна 2006. године).⁵⁸⁷ или пресуда када "окривљени приморава своје малолетне сестриће, са којима живи у породичном домаћинству, да пију пиво" (Врховни суд Србије, Кж. 2204/06 од 29. августа 2006. године).⁵⁸⁸ Уколико би ове животне ситауције биле праћене и сексуалним злостављањем онда би могло да се говори о стицају неког сексуалног деликта (из члана 178-182 КЗ) и насиља у породици. Другим речима, ако би постојао било какав сексуални контакт са дететом инкриминисан у групи кривичних дела против полне слободе с једне стране и примену насиља, употребе квалификоване претње и дрско или безобзирно понашање према детету с друге стране (као радња извршења насиља у породици).⁵⁸⁹

6.7. Продужено кривично дело код сексуалних деликата са децом

У нашем кривичном законодавству дуго времена није било регулисано питање продуженог кривичног дела. Гледано хронолошки, КЗЈ из 1951. године није познавао овај институт, као ни републичко-покрајински КЗ из 1977. године укључујући и КЗ СФРЈ. То је имало за последицу да су се јављали велики проблеми у пракси јер овај облик привидног стицаја који представља творевину судске праксе, а после и доктрине је наилазио на различита мишљења и тумачења

⁵⁸⁷ И. Симић – А. Трешњев, Збирка судских одлука из кривичноправне материје, седма књига Београд, 2006, стр. 101.

⁵⁸⁸ И. Симић – А. Трешњев, Збирка судских одлука из кривичноправне материје, осма књига Београд, 2008, стр. 123.

⁵⁸⁹ Треба имати у виду да је за постојање кривичног дела насиље у породици "потребно да је предузета таква радња извршења која је објективно подобна да доведе до угрожавања спокојства, телесног интегритета или душевног стања." – Видети: Н. Делић, *op. cit.* стр. 96.

везана за његово постојање.⁵⁹⁰ Таква ситуација није специфична само за наше кривично законодавство већ је и у другим страним законодавствима присутна.⁵⁹¹

Тек са доношењем Кривичног законика, напоскон је решено питање продуженог кривичног дела. Тиме су отклоњене неке дилеме у вези овог института, а уједно је и заузело своје место у новом кривичном законодавству Србије (што објективно и заслужује), чиме се елиминише становиште да овај институт не постоји у закону. Не улазећи дубински у правну проблематику која прати овај институт осврнућемо се у оној мери која је превасходно од значаја за тему овог рада.

У члану 61. КЗ, у ставу 1. је изричито наведено да продужено кривично дело чини више истих или истоврсних кривичних дела учињених у временској повезаности од стране истог учиниоца која представљају целину због постојања најмање две од следећих околности: истоветности оштећеног, истоврсности предмета дела, коришћења исте ситуације или истог трајног односа, јединства места или простора извршења дела или јединственог умишљаја учиниоца. Пажљивом анализом овог става може се увидети да постоје два обавезна услова и пет варијабилних услова. У ствари ради се о три обавезна (кумулятивна) услова, с тим да трећи услов треба да садржи најмање две од пет наведених околности. Дакле, поред истоветности или истоврсности кривичног дела (први услов) и временске повезаности (други услов) нужно је да предузета кривична дела чине целину због постојања још једног од наведених алтернативних услова.

⁵⁹⁰ С једне стране постојала су мишљења да овај институт иде у прилог учиниоцу, без икаквог оправданог разлога, јер уместо више кривичних дела сматрало се да постоји једно кривично дело, те као такав не треба га примењивати, а осим тога сама конструкција продуженог кривичног дела је проблематична. С друге стране, постојала су и мишљења да је овај институт неопходан, али под одређеним условима и рестриктивно и као такав је углавном прихваћен у судској пракси.

⁵⁹¹ З. Стојановић наводи пример Италије где се и даље јављају слични проблеми у вези са продуженим кривичним делом иако су његов појам и услови регулисани законом. "Ти проблеми су углавном последица настојања да се природном плуралитету кривичних дела да правно јединство"... "Ради се о правном јединству које полази од природне повезаности појединих кривичних дела." – З. Стојановић, Кривично право, општи део, Београд, 2005, стр. 227.

Но имајући у виду да се сексуални деликти са децом третирају као кривична дела против личности, у том смислу се тај трећи (варијабилни услов) сужава јер је у ставу 2. истог члана изричито наведено да "кривична дела против личности могу чинити продужено кривично дело само ако су учињена према истом лицу". То значи да код кривичних дела против личних добара односно дела која су чисто личне природе (нарочито сексуална кривична дела) није могућа конструкција продуженог кривичног дела против различитих оштећених.⁵⁹² Може се констатовати да овакво законско решење је имало упориште и у досадашњој судској пракси. Око тога да конструкција продуженог кривичног дела против личности мора се односити на једно лице није било ни раније размимоилажења. С тим у вези и Врховни суд Србије, у једној пресуди је заузео став да код кривичних дела против достојанства личности и морала (сада против полне слободе – напомена М.М.) постоји онолико кривичних дела колико постоји оштећених лица. У тој пресуди, у образложењу се наводи, да се основано жалбом јавног тужиоца указује да је погрешио првостепени суд када је нашао да у радњама оба малолетника стоји по једно кривично дело обљубе или противприродног блуда са лицем које није навршило четрнаест година из члана 106. став 3. у вези са ставом 2. и 1. КЗ РС извршено према двома малолетним оштећеним јер, по налажењу Врховног суда, код кривичних дела против достојанства личности и морала, што је овде случај, постоји онолико кривичних дела колико постоји оштећених лица. Стога је овај суд уважио наводе жалбе јавног тужиоца и правилном правном оценом утврђеног чињеничног стања нашао да су оба малолетника учинили по два кривична дела из члана 106. став 3. у вези става 2. и 1. КЗ РС извршена у стицају а на штету малолетних (Врховни суд

⁵⁹² Својевремено је у том смислу и Врховни суд Босне и Херцеговине у једној пресуди заузео став да ако је једно лице, макар и истом приликом извршило силовање више жена, радиће се увек о реалном стицају кривичних дела, јер код напада на неко чисто лично добро човека продужено кривично дело се не може конструисати без истоветности оштећеног (пресуда Врховног суда Босне и Херцеговине Кж. 1334/75). Такође касније, исти суд у пресуди Кж. 566/99 истиче да истоветност оштећеног је захтевана као обавезан услов код кривичних дела којима се нападају нека строго лична добра човека као што су живот и тело, част и углед, слобода и др.

До доношења новог КЗ била је спорна конструкција продуженог кривичног дела из главе против полне слободе којом се врши обљуба, са њом изједначен чин или недозвољене полне радње, ако иста особа врши неку од ових сексуалних радњи над више лица коришћењем истог односа у одређеној временској повезаности. У пресудама Врховних судова бивше Југославије преовлађивао је став да конструкција продуженог кривичног дела силовања (што би се односило и на остала кривична дела из ове главе – напомена М.М.) није могућа када је иста особа извршила силовање више лица, макар и уз испуњење осталих услова који се захтевају за постојање овог кривичног дела.⁵⁹⁴ И код кривичног дела недозвољене полне радње, којима се такође штити личност, односно лично добро, није могућа конструкција продуженог кривичног дела, ако пасивни субјект није иста особа односно ако су недозвољене полне радње извршене над више различитих особа.⁵⁹⁵

⁵⁹³ Преузето са сајта пропис, нет, Ингпро 2005. Овакав став налазимо и у ранијој литератури, па тако Б. Златарић истиче да је за конструкцију продуженог кривичног дела нужен идентитет оштећеног када се ради о кривичним делима у функцији заштите личних вредности, те да у том смислу "сексуална кривична дјела против различитих оштећених не могу се конструисати као продужено кривично дјело." – Б. Златарић, *op. cit.* стр. 209.

⁵⁹⁴ У том смислу видети: Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 253-254.

⁵⁹⁵ "Када учинилац изврши три одвојене блудне радње над три оштећене, не може се радити о једном продуженом кривичном делу, већ о три кривична дела блудне радње". (пресуда Округног суда у Београду Кж. 991/98 од 18. јуна 1998. године) – И. Симић-М. Петровић, *Кривични закон Републике Србије, практична примена*, Београд, 2002, стр. 105. У другој одлуци се каже да је окривљени извршио два, а не једно кривично дело блудне радње када је оштећенима које су старе десет и једанаест година када су дошле у његов стан дао порнографски часопис да га разгледају, па скинуо доњи део тренерке и са оштећенима које су се скинуле голе легао на кревет где их је наизменично љубио, након чега му је једна од њих мастурбирала. У образложењу те одлуке се наводи да је првостепеном пресудом повређен кривични закон у корист окривљеног који је извршио два кривична дела блудне радње из члана 108. у вези члана 106. став 1. КЗ РС, пошто су у питању две оштећене, а ради се о кривичном делу које спада у групу кривичних дела против достојанства личности и морала, па према томе, колико има оштећених толико и кривичних дела. Пошто је жалба јавног тужиоца изјављена само због одлуке о кривичног санкцији, то је Округни суд наведену повреду само констатовао. (Пресуда Округног суда у Београду Кж. 1458/04 од 16.

С друге стране, више недозвољених полних радњи извршених у кратком временском размаку и према истом пасивном субјекту, без обзира што се врше под различитим околностима, представљају једно, продужено кривично дело.⁵⁹⁶

Својевремено због непостојања изричитих законских одредби, Кривично одељење Врховног суда Србије од 30. јула 1974. године заузело је став да у случају понављања обљубе истог учиниоца над савладаном жртвом и истом приликом, постоји само једно кривично дело силовања, а не стицај. Даље се истиче да о продуженом кривичном делу силовања се може радити само уколико се код постојања истог учиниоца и исте жртве појединачне обљубе врше као посебни временски одвојени догађаји. Ово становиште се односило и на ситуације и кривична дела када су жртве млађе од четрнаест година. Са доношењем новог КЗ ова дилема је отклоњена, обзиром на наведени став 2. члана 61.

Требало би се осврнути на услов који се тиче временске повезаности (континуитета). Овај услов је логичан и без њега не би била могућа конструкција продуженог кривичног дела. Недоумице се могу јавити у вези временских разлика између кривичних дела који се остварују. Природно, што је дужи временски период између извршења кривичних дела, мања је могућност за примену овог института и обратно. У једној пресуди апелациони суд је у том смислу заузео став да продужено кривично дело силовања из члана 178. КЗ постоји ако исти учинилац према истој оштећеној, уз испуњење и осталих услова из члана 61. КЗ, изврши најмање две радње силовања (на било који од наведених начина описаних у ставу 1. из члана 178. КЗ) у посебном временски одвојеним ситуацијама од стране истог учиниоца према истој оштећеној. У конкретном случају вршење обљуба од стране извршиоца у два наврата у истом временском и кривичноправном догађају наизменично, не представља посебне временске ситуације, па се стога ради једном кривичном делу, а не о продуженом кривичном делу како се то неосновано указује жалбом јавног тужиоца. (пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Кж. 1. 273/10 од 20. октобра 2010. године).⁵⁹⁷ Међутим, када

јуна 2004. и пресуда Четвртог општинског суда у Београду К. 829/03 од 13. октобра 2003. године) – Билтен Округног суда у Београду, број 65, стр. 77-78.

⁵⁹⁶ Љ. Лазаревић, Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2006. стр. 524.

⁵⁹⁷ Преузето са сајта Прописи нет, Инг про

нпр.оптужени над истом оштећеном изврши у четири наврата обљубу у периоду од четири дана, чини кривично дело силовања у продуженом трајању.⁵⁹⁸ Као што се да приметити када су кривична дела сексуалног карактера у питању релевантни су сати и дани, као оријентир за примену услова временске повезаности, а самим тим и примену овог института. У том смислу је неприхватљив став изражен у једној првостепеној пресуди по којем је суд нашао да се ради о продуженом кривичном делу блудне радње са лицем које није навршило четрнаест година, иако је једна радња извршена у септембру месецу 2000. године, а друга радња тек у децембру месецу 2002. године, без обзира што је у питању иста оштећена.⁵⁹⁹

Дужи временски период од сати или дана, осим ако није могуће тачно

⁵⁹⁸ У образложењу пресуде се наводи да је јавни тужилац оптужио окривљеног да је учинио четири кривична дела силовања, али да је суд нашао да се у конкретном случају ради о једном продуженом кривичном делу силовања, јер је окривљени све четири обљубе извршио над једном истом особом у периоду од четири дана. (пресуда Врховног суда Србије Кж. 1401/98 од 03. новембра 1999. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 41/98 од 21. априла 1998. године) – И. Симић, Збирка судских одлука из кривичноправне материје, 500 одлука, трећа књига, Београд, 2000, стр. 101. Исто тако "кад особа назначена у члану 182. став 2. Кривичног законика над истом малолетном особом старијом од четрнаест година која му је поверена ради учења, одгоја, чувања или неге, злоупотребом свог положаја изврши обљубу под потпуно истим околностима, на исти начин и у року од неколико дана, а што упућује на очигледну намеру понављања тих радњи, онда се та деловања по свом временском и чињеничном идентитету указују као једно продужено кривично дело из члана 182. став 2. Кривичног законика, а не као два или више кривичних дела" (Врховни суд Хрватске, Кж. 2131/64) – Б. Чејовић, *op. cit.* стр. 545. Цитирани члан одговара садашњем члану 181. став 2. КЗ, а иначе ова ситуација се може применити и на лица млађа од четрнаест година – напомена М.М.

⁵⁹⁹ Првостепени суд је нашао да се ради о продуженом кривичном делу из члана 108. у вези члана 106. ранијег КЗ РС, иако је између те две радње протекло више од две године. У образложењу пресуде је наведено да "у погледу конструкције продуженог кривичног дела суд је нашао да је и поред не тако малог временског протекла између обе радње, да иста конструкција стоји с обзиром на то да је окривљени извршио истоврсно кривично дело, да је поступао са јединственим умишљајем, те према истој оштећеној, па с тога налази да је у питању једно јединствено кривично дело." – Необјављена пресуда Окружног суда у Београду Кж. 885/05 од 19.04.2005. године и пресуда Четвртог општинског суда у Београду К. 793/04 од 05.11.2004. године. Свакако да овакав став првостепеног и другостепеног суда "поткопава" оправданост примене овог института погодујући учиниоцу, те услов који се тиче временске повезаности губи смисао – примедба М.М.

утврдити, би се тешко могло подвести под конструкцију продуженог кривичног дела чак и да су сви други услови испуњени. Ово с разлога што би се радило о временском дисконтинуитету.

Но, у вези теме овог рада, могло би се јавити још неке дилеме. Прва дилема је ситуација када се врши обљуба или са њом изједначен чин више пута, у континуитету са лицем које није навршило четрнаест година да би се наставило и након навршене четрнаесте године живота уз употребу силе или претње. Најприхватљивији став би био да се ради о реалном стицају кривичног дела обљубе са дететом и кривичног дела силовања.⁶⁰⁰ Наиме, због тога што је дошло до промене у околностима (навршених четрнаест година и употреба принуде) не може се говорити о постојању консумције. Промена правне ситуације, из наведена два разлога, у конкретном случају не може значити да се ради о једном продуженом кривичном делу обљубе са дететом већ искључиво о реалном стицају ова два кривична дела. Такође била је дилема код продуженог кривичног дела силовања (у најтежем облику - са дететом) и то у случају када је принудна обљуба са лицем млађим од четрнаест година настављена и након навршене четрнаесте године живота. Имајући у виду тадашња законска решења КЗ РС из 1977. године, углавном је преовлађивало мишљење да се ради реалном стицају продуженог кривичног дела обљубе или противприродног блуда са лицем које није навршило четрнаест година и продуженог кривичног дела силовања. Новим Кривичним закоником, имајући у виду члан 178, иако би се радило о реалном стицају продуженог кривичног дела силовања из члан 178. став 4. КЗ (ако је према детету учињено) и продуженог кривичног дела из члана 178. став 3. КЗ (ако је учињено према малолетном лицу) сходно члану 61. став 4. КЗ ради се само о продуженом кривичном делу силовања у најтежем облику односно из члана 178. став 4. КЗ.⁶⁰¹

⁶⁰⁰ Такав став је заузет и у ранијој судској пракси "...када је очух вршио обљубу над пасторком у времену прије њене навршене четрнаесте године живота и после тога одржавајући полне односе, први пут уз употребу силе, а касније понекад" ради се о стицају два продужена кривична дела већ поменута. (пресуда Врховног суда Хрватске Кж. 45/67 од 16.03.1967. године) – Збирка судских одлука, Београд, 1974, књига XII, свеска 2.

⁶⁰¹ Члан 61. став 4. гласи: "Ако продужено кривично дело обухвата лакше и теже облике истог дела, сматраће се да је продуженим кривичним делом учињен најтежи облик од учињених дела."

На крају, али не и по важности, "провејава" још једна дилема. Није спорно да када је извршено више обљуба или са њом изједначених чинова са дететом, у краћем временском интервалу, да се ради о продуженом кривичном делу обљубе са дететом из члана 180. КЗ.⁶⁰² Око овога иначе није било спора ни у теорији ни у судској пракси. Ипак може се поставити питање да ли је оправдано применити конструкцију продуженог кривичног дела. Примена ове конструкције има свој смисао за друга кривична дела против полне слободе, али да ли је, посматрано са криминално политичког аспекта, сврсисходно и када је пасивни субјект дете односно и код кривичног дела обљубе са дететом. Полазећи од тога да деца уживају посебну кривичноправну заштиту, у оваквим ситуацијама, не би требало правити конструкцију продуженог кривичног дела, већ да се ради о онолико кривичних дела колико је извршено обљуба и других сексуалних радњи према детету.

6.8. Однос родоскрвњења и сексуалних деликата са децом

*"Из породице треба да изађе духом и телом крепак млађи нараштај. Породица не би могла извршивати тај задатак који држава од ње очекује, ако она није уточиште морала у погледу полног живота."*⁶⁰³

Родоскрвњење, као кривично дело иако формално посматрано нема заједничког са сексуалним деликтима са децом, ипак има одређених додирних тачака. У законском тексту (члан 197.) се каже "Пунолетно лице које изврши

⁶⁰² Тако мисле и : И. Симић – М. Петровић, *op. cit.* стр. 113.

⁶⁰³ М. Доленц – А. Маклецов, Систем целокупног кривичног права Краљевине Југославије, Београд, 1935, стр. 256.

"Како се сматра, дом треба да буде сигурна лука, место где се људи враћају да би били заштићена од страха, насиља и експлоатације. Сексуална злоупотреба детета разара тај суштински осећај сигурности и због чега су последице дуготрајне, и у виду пост-трауматског синдрома се огледају током скоро читавог живота лица, које је као дете преживело тај вид сексуалне злоупотребе." – З. Мршевић, Инцест између мита и стварности, Београд, 1997, стр. 168.

обљубу или са њом изједначен полни чин са малолетним сродником по крви у правој линији или са малолетним братом, односно сестром, казниће се затвором од шест месеци до пет година" из чега се види да се не говори о кривичноправној заштити деце. Сматра се да је у пракси ова врста криминалитета има највећу "тамну бројку", а да је посебно код кривичног дела родоскрвњење однос између пријављених и извршених кривичних дела застрашујућих 1: 1000.⁶⁰⁴

Код овог кривичног дела пасивни субјект је малолетно лице, односно лице (сходно члану 112. тачка 9. и 10. КЗ) које је навршило четрнаест година, а није навршило осамнаест година живота. Постоји тенденција да се код родоскрвњења сузи криминална зона, што је и урађено у садашњем КЗ где се дакле инкриминише само обљуба или са њом изједначен полни чин са малолетним члановима породице.⁶⁰⁵

Ипак, супротно овим тендецијама, постоје мишљења која криминалну зону проширују и на децу, те полазећи од тог става оваквом законском решењу могли би упутити примедбе. У делу теорије како стране, тако и домаће, присутан је став

⁶⁰⁴ Наведени ситуација је последица више разлога, али издвојићемо два. Први, да се велики број случајева сексуалне злоупотребе деце дешава у оквиру саме породице, тако да пријављивање кривичног дела и вођење кривичног поступка оставља "стигму" на све њене чланове. Отуда се у великом броју случајева интерес очувања части породице претпоставља интересима детета, под (погрешном) претпоставком да ће дете током свог одрастања ово непријатно искуство потиснути из сећања и на тај начин превазићи настале негативне последице. Други разлог, родитељи, у великом броју случајева када им се деца повере да одређено лице са/над њима предузима радње за које је, према наводима детета, очигледно да су у питању сексуалне активности, наведену причу сматрају за плод маште свог детета и неретко прелазе преко тога, а да уопште нису отишли у вртић или школу коју похађа њихово дете и са васпитачем, наставником и педагогом разговарали о томе да ли су у понашању детета уочене одређене промене које би непосредно или посредно могле потврдити његове наводе. – Више о томе: Н. Делић, Кривичноправна заштита полног интегритета и сексуалног развоја деце, Зборник са саветовања Реформа породичног законодавства, Београд, 1996. стр. 244.

⁶⁰⁵ "Шта инцест стварно представља, није у довољној мери одређено, уколико се тај појам користи на традиционалан начин. Традиционална дефиниција га одређује као "сексуални однос између две особе, које су у превише блиском сродству да би могле да склопе законити брак."... .. "у очима закона, правника и психолога, инцест још увек значи сексуалну активност између детета и родитеља, браће и сестара, блиских рођака, ујака, тетке или деде и баке.." – З. Мршевић, *op. cit.* стр. 17.

да када год инцестне радње обухватају одрасла пунолетна лица у најближем сродству јасно је да у првом плану није заштита детета од сексуалног насиља и експлоатације, већ еугенични разлози, који су упоредно правно гледајући, већ помало застарели. Ако их не треба у потпуној мери елиминисати, у сваком случају је неопходно допунити их савременијим схватањима, по којима је много примарнија заштита детета од домаћег насиља, типа сексуалних деликата извршених од стране најближих одраслих особа.⁶⁰⁶

Страна литература иначе овом кривичном делу даје шире значење, нарочито када су у питању деца, па под тим подразумева "сексуално злостављање од стране одрасле особе од поверења, која је у позицији моћи и представља ауторитет за дете".⁶⁰⁷ Такође и у домаћој литератури налазимо да се инцест може схватити као сексуално насиље на основу односа зависности, излагање сексуално неодговарајућим радњама или сексуално пренаглашеним радњама кроз употребу детета ради задовољења сексуалних или сексуално – емотивних потреба једног или више лица који оснивају свој ауторитет кроз постојећу емотивну повезаност са тим дететом.⁶⁰⁸ Међутим, ово се би могло односити на сродство са дететом које

⁶⁰⁶ Тако мисле: P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1990, стр. 17; L. Gordon, *Heroes of their own lives – The politics and history of family violence*, London, Virago, 1988, стр. 204-230 и З. Мршевић, *Инцист и пратећа дела у енглеском кривичном законодавству*, ЈРКК, број 3/1994, стр. 48.

⁶⁰⁷ Овакво поимање инцеста, према подацима Инцест Траума Центра, долази од особа која су преживела сам инцест: *Child Sexual Abuse Accomodation Syndrome – Roland Summit, Survivor Alert List – Incest, Survivors Campaign, Keeping Safe – Michelle Elliot*. Отприлике истоветну дефиницију сексуалног злостављања детета, подразумевајући при томе инцест дао је и – S. Blume, *Secret Survivors, uncovering incest and its aftereffect in women*, Random House, New York, 1990, стр. 27-40.

⁶⁰⁸ З. Мршевић, *Савремена концепција сексуалних деликата и предложена решења у КЗ Србије и инкриминисање силовања, Кривично законодавство и правна држава (саветовање у Будви, јуни 1994. године)*, ИКСИ, Београд, 1994, стр. 88-89. Исти аутор сматра да "инцест, као сексуална злоупотреба и злоупотреба моћи је насиље коме не треба употреба силе. Жртва се користи и третира на начин на који она то не жели или који није одговарајући од стране особе од које се захтева и очекује некакав другачији однос. То је злоупотреба јер се врши с необзирањем на потребе и жеље детета већ представља задовољење потреба старатеља на рачун детета. Ако то искуство има сексуално значење за учиниоца, то је онда злоупотреба."

има карактер тазбинског, грађанског и сл. јер ове врсте сродства нису обухваћене овим кривичним делом.⁶⁰⁹

Тако нпр. у Енглеској је инкриминисан сексуални однос од стране мушкарца са женским лицем млађим од четрнаест година, који зна да је отац, деда, брат том женском детету и за које је чак предвиђена затворска казна у доживотном трајању, док се за покушај кажњава казном од седам година затвора.⁶¹⁰ Слично решење постоји и у Ирској где мушко лице које има сексуалне односе са женом млађом од петнаест година, а која му је кћерка или сестра може се такође казнити доживотним затвором.⁶¹¹

У Републици Српској је основни облик готово истоветан са инкриминацијом родоскрвњења код нас. Међутим, у њиховом КЗ је предвиђен и став 2. који је тежи облик дела и за које предвиђена казна затвора од једне до осам година, а који се управо односи на заштиту деце и малолетних лица од стране

⁶⁰⁹ Видети: Н. Делић, Кривичноправна заштита непунлетних лица у области породичних односа, Правни живот, број 10, Београд, 2013, стр. 136.

⁶¹⁰ Видети: М. Ј. Allen, Criminal Law, London, Blackstone, 1993, стр. 286.

Занимљиво је да је у Енглеској радња (actus reus) код инцеста "увек вагинални сексуални однос, што у потпуности произлази из његовог ratio legis-а који је еугеничке природе. Међутим, како поред еугеничког постоји и разлози заштите детета од насиља и сексуалне експлоатације, данас се сматра да је сигурно да кривично дело инцеста мора покрити све врсте не само вагиналних, већ и других, нпр. аналних и оралних пенетрација, или просто речено, свих пенетрација учињених пенисом." – Видети: З. Мршевић, *op. cit.* стр. 167.

⁶¹¹ Видети: М. Faulkner, G. Kelly and P. Turley, Your Guide to Irish Law, "Gill & MacMillan", Dublin, 1993, стр. 149.

Ово кривично дело у савременим законодавствима, углавном, прописује се на два начина. Један начин је да се инкриминише обљуба између одређених сродника (примера ради Аустрија, Грчка и Данска). Други, мање заступљен, начин је да се родоскрвњење кажњава само у тзв. квалификованим случајевима. Односно, родоскрвњење се кажњава само ако је до обљубе између одређених крвних сродника дошло нпр. уз примену силе, злоупотребом положаја, искоришћавањем немоћи и слично (примера ради Француска, Турска, Аргентина и Бразил). – Н. Делић, Кривичноправна заштита полног интегритета и сексуалног развоја деце, *op. cit.* стр. 242.

најближих сродника.⁶¹² Овакав став законодавца у Републици Српској је оправдан јер малолетна лица, а нарочито деца су често у према најближим пунолетним сродницима у односу подређености и зависности, потчињени ауторитету који имају у породици. Из тог разлога се не може говорити о постојању добровољног сексуалног односа између њих, уз већ познате аргументе везане за опасности које носи родоскрвњење. Код овог кривичног дела предвиђен је и став 3. у којем се наводи, да према жртви дела из става 2. која је у време извршења била малолетна неће примењивати кривичне санкције, па ни у ситуацији када је родоскрвњење настављено и након што је жртва постала пунолетна. Овим ставом је законодавац је мотивисао, подстрекао жртву родоскрвњења да открије такво понашање без страха од могућег кажњавања од стране државе. Као што се види, овде је реч о нужном саизвршилаштву, али само се један извршилац кажњава, и то по природи ствари пунолетни сродник који је вршио обљубу са дететом или малолетним лицем.

Полазећи од оваквих схватања родоскрвњења, може се поставити питање зашто није у овом кривичном делу инкриминисан и однос према деци.⁶¹³ Ако је намера законодавца била да сузи криминалну зону (а очигледно да јесте), тако што неће више инкриминисати добровољну обљубу и са њом изједначен чин између пунолетних сродника, већ само између пунолетних лица и малолетних сродника, онда долазимо до својеврсног парадокса. Наиме, произлази да овим кривичним делом треба пружати заштиту малолетним сродницима, а не и деци иако су деца подложнија и рањивија категорија од малолетних лица.⁶¹⁴

⁶¹² Основни криминалополитички разлог оваквог решења јесте потреба појачане заштите деце и малолетника од све масовнијег породичног насиља, које се све чешће манифестује у сексуалном насиљу. – И. Марковић, Кривична дјела против полног интегритета у кривичном законодавству Републике Српске, часопис Наука, безбедност, полиција, број 1, Београд, 2006, стр. 94.

⁶¹³ Инцест је вероватно најтрауматичније искуство које дете може да преживи. Он представља насиље над телом и поверењем које прелази све границе издржљивости које се могу замислити. – З. Мршевић, *op. cit.* стр. 15.

⁶¹⁴ Виктимолошко друштво Србије је својевремено предложило да се у ово кривично дело посебно инкриминише инцест према малолетним лицима, која су навршила четрнаест година и за које би запређена затворска казна била од шест месеци до пет година, а посебно инкриминисати инцест са малолетним лицем које није напунило четрнаест година, за које би предвиђена казна затвора била од једне до осам година. Овај предлог је садржавао, као и у садашњем КЗ Републике Српске, став,

Општепознато је да деца уживају већу кривичноправну заштиту него малолетна лица, што се огледа и кроз велики број кривичноправних одредаба. Код родоскрвњења то испада обратно. Даље, то значи да ако би се руководили логиком да је заштита деце од стране сродника предвиђена у кривичном делу обљубе злоупотребом положаја из члана 181. став 3. у вези став 2. КЗ, онда би исти аршин требао да важи и за малолетна лица.

Но остављајући по страни ова запажања, у садашњем законском решењу треба видети однос овог кривичног дела са кривичним делима против полне слободе у којима је пасивни субјект дете. Јавља се дилема да ли се ради о стицају кривичног дела обљубе злоупотребом положаја из члана 181. став 3. у вези става 2. КЗ и кривичног дела родоскрвњења, или пак ово кривично дело консумира родоскрвњење, јер по природи ствари, родитељ не може извршити кривично дело обљубе злоупотребом положаја, а да уједно не изврши и кривично дело родоскрвњење. Преовлађује мишљење, а уједно то представља и излаз из дате ситуације, да се ради о привидном идеалном стицају, по основу консумције, а из разлога што се код кривичних дела родоскрвњења и обљубе злоупотребом положаја ради о различитом заштитном објекту.⁶¹⁵ У прилог томе да се ради о идеалном стицају указује и прописани максимум (до дванаест година за члан 181. став 3. у вези став 2. КЗ) што је довољно висок максимум да омогућава одмеравање казне која би била адекватна и у случају да је истовремено остварено и биће кривичног дела родоскрвњења.⁶¹⁶

по којем према малолетним лицима која су навршила четрнаест година и која нису навршила четрнаест година, да се не примењују кривичне санкције. – Видети: И. Стевановић, *op. cit.* стр. 48. Овакав предлог је по мишљењу аутора овог рада био добар, а и даље је актуелан тако да би се могао "ставити" у наш Кривични законик, кроз неке нове измене и допуне. – напомена М.М.

⁶¹⁵ У ранијој судској пракси постојало је другачије мишљење, по којем учинилац одговара за оба кривична дела, па је тако Врховни суд Србије у својој одлуци (Кж. 1817/77) заузео став да "отац који изврши обљубу над малолетном кћерком одговара за кривично дело обљубе злоупотребом положаја и за кривично дело родоскрвњења." Д. Симоновић, *op. cit.* стр. 312.

⁶¹⁶ У том смислу: З. Стојановић, Коментар Кривичног законика, Београд, 2006, стр. 450. и 482. Исто и Љ. Лазаревић, *op. cit.* стр. 518.

СЕДМИ ДЕО

КАЗНЕНА ПОЛИТИКА КОД КРИВИЧНИХ ДЕЛА У КОЈИМА СУ СЕКСУАЛНИ ОБЈЕКАТ ДЕЦА

7.1 Спречавање и сузбијање кривичних дела у којима су сексуални објекат – деца

Заштита друштва од криминалног понашања појединаца и њихова ресоцијализација су циљеви криминалне политике и у зависности од њиховог остваривања може се говорити о правилној примени кривичних санкција, али и о оправданости постојања одређених кривичноправних института. У најширем смислу појам криминалне политике можемо поистоветити са појмом политике сузбијања криминалитета.

Циљ политике сузбијања криминалитета је што ефикаснија заштита одређених вредности и добара у једном друштву од друштвено опасних понашања.⁶¹⁷ Као што се види она представља практичну делатност, но уједно је и научна дисциплина која се бави усавршавањем средстава (укључујући и кривично право) за борбу против криминалитета. Та средства могу бити репресивна и превентивна.

У ранијем периоду примена репресивних мера (средстава) према учиниоцу кривичног дела је била претежна политика сузбијања криминалитета и с тим у вези казна као главна (доминантна) санкција којом је држава реаговала на криминалитет. Треба истаћи да репресија, како у прошлости тако и данас, представља најважније оруђе у спречавању криминалног понашања. Без обзира на

⁶¹⁷ Више о томе: З. Стојановић, Политика сузбијања криминалитета, Нови Сад, 1991, стр. 14.

напредак људске цивилизације и целокупни прогрес човечанства, репресија и даље остаје крајње средство за сузбијање криминалитета.

Ипак, поделу на репресивна и превентивна средства треба схватити у релативном смислу. Ово с разлога што кривично право, као основно "оруђе" у борби за сузбијање криминалитета поред репресивног карактера има превенцију као крајњи циљ. Наиме, ако би се улога кривичног права у борби против криминалитета свела само на репресију, онда би она изгубила свој смисао и имала карактер одмазде. Стога и јесте превенција оно чему се тежи, а репресија је један од начина да се што боље оствари превенција.⁶¹⁸

Репресивне мере обично се примењују пошто је кривично дело извршено, а након спроведеног законског поступка којом је од стране суда изречена адекватна кривична санкција. С друге стране превенција свој смисао и сврху остварује и пре и после извршеног кривичног дела, деловањем како на самог учиниоца тако и на све остале. Преовлађује став да се криминалитет, без обзира на облик, може сузбити заједничким "снагама" односно "комбинацијом" превентивних и репресивних мера. Усредсредити се само на "лечење" последица криминалног понашања не би имало никаквог смисла ни користи без претходног сагледавања фактора који су их узроковали. То значи да треба утврдити најпре шта доводи до вршења кривичних дела (узроци), а потом на који начин и у ком погледу предузимати кораке да би се отклонили ти узроци. Као што се види тешко се може раздвојити репресија и превенција.

Иначе, у кривичном праву, репресија је омеђена разним факторима, мада су и данас, као и некада и даље најважнији: друштвено – економски развој, степен демократичности друштва, традиција, степен културног развоја и најзад, циљеви криминалне политике у одређеном друштву, односно политика сузбијања криминалитета.

Међутим ни кривично право, по схватању савремене политике сузбијања криминалитета, није једино средство у спречавању и сузбијању криминалитета.

⁶¹⁸ Д. Коларић истиче да " Однос између репресије и превенције заправо је однос који постоји између кривичног права као нужног облика реаговања на криминалитет и социјалне контроле као алтернативног начина реаговања." – више о томе: Д. Коларић, Кривичног дело убиства, Београд, 2008, стр. 356.

Шире схватање криминалне политике јесте схватање политике превенције не само као превентивно деловање на учиниоца кривичног дела кривичноправним мерама, које су мере *post delictum*, већ и као систем укупних мера које друштво предузима у различитим областима, а које су управљене на спречавање да до криминалног понашања дође, мере *ante delictum*.⁶¹⁹

"У склопу свих мера које се предузимају у оквиру политике сузбијања криминалитета значајна улога припада политици која се води приликом кривичног поступања и примене кривичних санкција, а која се назива казнена политика".⁶²⁰ Циљ казнене политике јесте да се применом принудних мера, предвиђених у кривичном законодавству, делује у правцу успешног сузбијања криминалитета.⁶²¹ Казнену политику која представља саставни део политике сузбијање криминалитета треба схватити као укупности изречених кривичних санкција од стране судова у одређеном временском периоду и на одређеној територији. О вођењу казнене политике од стране судова може се говорити пре свега зато што судови имају широк простор за слободно одлучивање, како у погледу избора врсте кривичне санкције, тако и у погледу одмеравање казне.⁶²² Основа за то су пре свега институти у општем делу Кривичног законика, али исто тако законодавац је одредио која су понашања инкриминисана као кривична дела, које су кривичне санкције за то предвиђене односно врсте казни (које се крећу у широко прописаном казненом распону). На тај начин долази до изражаја казнена политика кривичног законодавства која се у ужем смислу огледа у следећем: 1) у одређивању система кривичних санкција, 2) у одређивању максималне и минималне мере за поједине кривичне санкције, 3) у одређивању услова за примену појединих врста кривичних санкција, 4) у одређивању правила за одмеравање санкција, 5) у одређивању правила за замену или престанак примене санкција, 6) у одређивању услова за ослобођење од санкције, 7) у регулисању

⁶¹⁹ Љ. Радуловић, Криминална политика, Београд, 1999, стр. 18.

⁶²⁰ М. Милутиновић, Криминологија са основима криминалне политике и пенологије, Београд, 1973, стр. 431.

⁶²¹ Б. Краус, Развој, карактеристике и основни проблеми казнене политике у Југославији – из Проблеми казнене политике судова, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1973, стр. 19.

⁶²² Видети: З. Стојановић, *op. cit.* стр. 74.

застарелости кривичног гоњења, 8) у регулисању давања помиловања и 9) у регулисању и давању амнестије.⁶²³

Политика изрицања кривичних санкција када су сексуални деликти са децом у питању се најбоље огледа кроз статистичке податке који постоје. Наравно, јавља се увек добро познат проблем који нужно прати статистику и који се тиче односа откривених сексуалних кривичних дела са децом према стварно извршеним кривичним делима. Долазимо до већ поменуте тзв. тамне бројке која је изразито карактеристична за сексуални криминалитет. Управо код сексуалних деликата се знатно теже, из већ познатих разлога који су специфични по својој природи, откривају учиниоци него што је то случај код других група кривичних дела.

Кривична дела којима се пружа заштита деци у области сексуалних односа, у погледу репресије, с правом имају високо изражен негативан третман у друштву. Углавном се за та кривична дела прописује казна затвора у дужем временском трајању.⁶²⁴ Но, још увек провејава дилема коју казну предвидети за кривична дела против полне слободе у којима жртва дете, имајући у виду при томе и природу и тежину конкретног кривичног дела из члана 178 – 182 КЗ. Иако преовлађује став да за сексуалне деликте против деце не треба прописивати најстроже казне, намеће се питање колики би требао бити максимум казне затвора за те сексуалне деликте. Није занемарљив број ни оних присталица који сматрају да таква дела заслужују најстрожију казну. Међутим, поред питања максимума казне јавља се и питање који би био минимум запрећене казне затвора за та кривична дела.

Обзиром на значај заштитног добра о коме се ради, а реч је о лицима млађим од четрнаест година, оправдано би било прописати шири распон казне затвора. С тим у вези и код кривичног дела обљубе над дететом (члан 180.), а који се искључиво односи на дете, би могло да важи исти закључак и то онај који се тиче распона како код основног, тако и код квалификованих облика. Уосталом,

⁶²³ М. Ђорђевић, Кривично законодавство и казнена политика, Југословенска ревија за кривично право и криминологију, бр. 1-2, 1986, стр. 135.

⁶²⁴ У прошлости су често за теже сексуалне деликте против деце предвиђали смртну казну или казну доживотног затвора или сакаћење тела и сл. Овакве казне су још задржане у неким државама (нпр. Иран, Саудијска Арабија итд.) – напомена М.М.

као што је и Тома Живановић истакао значајна је сразмерност јер је "сразмерност особеност саме казне. Својство сразмерности означава се као правичност".⁶²⁵

У страном кривичном законодавству у погледу прописивања казне за сексуалне деликте над децом такође преовлађује став да казна треба да буде у дужем временском трајању. Разлози су несумњиво исти. Нпр. у руском кривичном кривичном законнику⁶²⁶ је за најтежи облик силовања (члан 131. став 3. тачка 3.), где је пасивни субјект женско дете које није навршило четрнаест година, распон казне од осам до петнаест година. Исти распон казне је предвиђен и за кривично дело "насилне радње сексуалног карактера" (члан 132. став 3. тачка В. у вези става 1.) где је пасиви субјект дете до четрнаест година, без обзира на пол. У немачком кривичном законнику⁶²⁷ се за кривично дело "сексуална злоупотреба деце" (параграф 176.), за основни облик предвиђа казна лишења слободe од шест месеци до десет година, а у лакшим случајевима до пет година. За квалификовани облик казна лишења слободe је од једне до десет година, а за најтежи облик (када је наступила смрт детета) казна лишења слободe од најмање пет година. У кривичним законодавствима држава бивше Југославије, када су сексуални деликти са децом у питању, у погледу распона казне слично је регулисано као и у нашем кривичном законнику. Одступања у погледу минималне односно максималне казне затвора за поједина кривична дела из ове главе су занемарљива, док су у КЗ Црне Горе као и у КЗ Србије, за кривична дела против полне слободe била предвиђена на истоветан начин а самим тим и у погледу распона запређених казни за кривична дела (до измена и допуна до 2009. године – напомена М.М.).

Општепознато је да су друштва током историје имала различите погледе на одређена криминална понашања. Шта више ти ставови су знали изузетно да се разликују. То се односи и на сексуалне деликте. Међутим, када су деца били жртве тих сексуалних деликата, разлика у тим ставовима готово да нема. Иако је тенденција у савременом кривичном праву да треба што мање примењивати

⁶²⁵ Т. Живановић, Дуалитет кривичних санкција казне и мере безбедности, Глас српске академије, СХVIII, Београд, 1926.

⁶²⁶ Видети: Кривични законик Руске Федерације, од 1. јануара 1997. године, *op. cit.*

⁶²⁷ Кривични Законик Савезне Републике Немачке са уводним законом за кривични законик и војно кривичним законом, из 1987. године, *op. cit.*

строже казне, у овим ситуацијама, та тенденција не долази до изражаја.⁶²⁸ Наиме, тиме се жели истаћи да људске вредности, нарочито оне које су везане за личност човека односно детета и кривичним правом нарочито треба дођу до изражаја. Такође и са криминалополитичке позиције, због тога што је жртва дете, оправдано је да се предвиди строжија казна. За кривична дела (силовање, обљуба над немоћним лицем, обљуба са дететом, обљуба злоупотребом положаја и недозвољене полне радње) је карактеристично да су везане за психичке и физичке патње и трауме деце, те да по правилу остављају трајне и неотклоњиве последице, укључујући и интегритет и достојанство детета.

Најзад, и те како значајан фактор, а који утиче на законско, а потом и на судско одмеравање казне за сексуалне деликте са децом, јесте и реаговање јавности односно јавно мњење. Када год је нека сексуална радња усмерена на детету, код јавности се изазива згражавање, револт и неподељена осуда. Све ове чињенице, без обзира о ком сексуалном деликту је реч, када је дете у питању, иде у прилог строжијем кажњавању.

Сходно изнетом, јасно је због чега су у нашем кривичном законнику, код кривичних дела силовања, обљубе над немоћним лицем и обљубе злоупотребом положаја када су учињена према детету, према апстрактно запрећеним казнама сврстана у најтеже облике ових дела, а тиме и међу најтежа кривична дела (запрећена казна најмање десет година). Исто важи и за кривично дело обљубе са дететом, с тим да ове претходне напомене вреде и за основни облик и за теже облике овог кривичног дела.

Као што је познато одмеравање казне може бити законско и судско. Законско одмеравање казне је у извесном смислу и апстрактно обзиром да се за одређено кривично дело прописује казна у великом распону. Зато је законодавац одређујући посебно и апстрактно за свако кривично дело и кроз многе друге прописе општег значаја, предвидео (низ) могућности да се одмеравањем казне

⁶²⁸ У Кривичном законнику Србије се такође осетила та тенденција па су зато предвиђене казне блаже, или су предвиђене алтернативно са новчаним казнама, док код сексуалних деликата са децом те тенденције нема – напомена М.М.

учиниоцу постигну што потпуније њени криминално-политички циљеви.⁶²⁹

Но, преовлађује став да је само судско одмеравање казне, право (аутентично) одмеравање казне. С тим у вези, јавља се проблем примене казне у судској пракси, односно проблем њене индивидуализације.⁶³⁰ Индивидуализација казне је изузетно значајна јер од њеног правилног избора зависи како ће се остварити сврха кривичних санкција, али и криминална политика у односу на одређена кривична дела.

Као што је напоменуто у нашем кривичном законодавству, сексуални деликти над децом, изузимајући кривично дело обљубе са дететом, су предвиђени као најтежи облици тих кривичних дела са казном затвора од најмање десет година. Предвиђени распон запређене казне се уклапа у савремене тенденције кривичног законодавства у Европи. Но пракса код нас је показала да се казне претежно изричу ближе минимуму, а изузетно ретко ближе максимуму. Овакав "тренд" да се изричу блаже казне, постоји већ деценијама, и то је и раније постојало као проблем.⁶³¹

7.2 Примена кривичних санкција у пракси код сексуалних деликата са децом

Обзиром да су се прописане казне за кривично дело обљубе са дететом у

⁶²⁹ Н. Мемедовић, *op. cit.* стр. 273.

⁶³⁰ У ширем смислу индивидуализација казне представља укупан процес који се одвија почев од избора казне па до њеног изрицања (па чак и у току њеног извршења), што значи да она обухвата и одмеравање казне. У ужем смислу, индивидуализација је један од принципа на основу којег се врши одмеравање казне, а који, пре свега, подразумева упознавање личности учиниоца. – Видети: З. Стојановић, Коментар кривичног законика, Београд, 2006, стр. 200.

⁶³¹ Тако је својевремено и Б. Краус констатовао да су максимуми прописани код многих кривичних дела превисоко постављени, па се максимална казна никад не изриче. То доводи често до примене одредаба о ублажавању казне када је нарочито постављена њена доња граница – Б. Краус, Кривичне санкције у предстојећој ревизији кривичног законодавства, ЈРКК, бр. 2/1972, стр. 260-261.

Републици Србији, у више наврата мењале (а исти случај је и са осталим сексуалним деликтима), у табели 1. која следи биће изложене измене и допуне овог кривичног дела, како у старом, тако и у новом КЗ у протеклих неколико година. Оно што на жалост, одмах "упада у очи", летимичним погледом на табелу, су честе измене и допуне КЗ у погледу прописаних казни. Као што се види у периоду од свега десетак година, у три наврата су мењане прописане казне, тако да имамо четири временска важења истих и то – до 2002. године, од 2002. до 2005. године, од 2006. до 2009. године, и од 2009. године, па на даље. За иоле озбиљну земљу, то је недопустиво. Очигледно је да су политички односи, промене власти, највећим делом утицали на "поигравање" са Кривичним закоником Србије, али и са претходним КЗ РС, а при томе је струка често јако мало питана. Самим тим, јавља се проблем и правне сигурности, и проблеми у њиховој примени. Мењање прописаних казни, на сваке три-четири године, представља удар на ауторитет државе пред очима њених грађана. Свакако да је ово све непримерено и за државу са дугом законодавном традицијом, каква је Србија. Ово истичемо из разлога што са оволико измена и допуна КЗ у тако кратком периоду (а десет година јесте објективно кратак период), заиста није било потребе.

Нека кривична дела из ове главе неће бити обухваћена овом табелом јер углавном нису инкриминисала сексуалне деликте са децом, а поготово у ранијем КЗ РС, те се не би могао имати прави увид како је законодавац мењао минимум и максимум запрећене казне.⁶³² Уз то у табели ће називи кривичних дела, осим силовања, бити приказани и на начин како су се ранији звали и наравно какав имају садашњи назив.

⁶³² Ово се свакако односи и на новоинкриминисана дела (ЗИД из 2009. године) из истих разлога. – напомена М.М.

Табела 1. – прописане казне за сексуалне деликте са децом

КРИВИЧНО ДЕЛО	КЗ РС до 2002. године	КЗ РС од 2002. до 2005. године	Кривични законик (до 2009. године)	Кривични законик (од 2009. године)
Обљуба са дететом (основни облик)	од 6 месеци до 5 година	од 1 до 10 година	од 1 до 10 година	од 3 до 12 година
став 2. став 3. став 4.	најмање 1 год. најмање 3 год. најмање 5 год.	најмање 3 год. најмање 5 год. најмање 10 год.	од 2 до 12 година (ст. 2) од 5 до 18 година (ст. 3)	од 5 до 15 година (ст. 2) најмање 10 година (ст. 3)
Силовање (према детету)	/	/	од 5 до 18 година	најмање 10 година
Обљуба над немоћним лицем (према детету)	/	/	од 5 до 18 година	најмање 10 година
Обљуба злоупотребом положаја (према детету)	од 1 до 8 година	најмање 3 године	од 2 до 12 година	од 3 до 12 година
Недозвољене полне радње (блудне радње)	до 3 године	до 3 године	до 3 године	од 6 месеци до 5 год.(ст.2) од 2 год. до 10 год. (став 3.) најмање 5 год. (став 4.)

Као што се може приметити, при изменама и допунама кривичног законика, неких великих разлика у погледу прописаних казни није било. Изузетак су једино прописане казне које су важиле до 2002. године и које су биле блаже од оних који су после следиле. После 2002. године, при изменама и допунама КЗ су пооштроване прописане казне, често и у погледу минимума и погледу максимума.

За период од 2001. године до 2012. године се може констатовати да је број осуда за кривична дела против полне слободе (кривична дела против достојанства личности и морала до 2006. године) углавном уједначен, односно није било неких значајних одступања.

То се може видети и из следећег приказа⁶³³:

- **2001.** године било је 224 осуде за кривична дела против достојанства личности и морала;
- **2002.** године било је 231 осуде за кривична дела против достојанства личности и морала;
- **2003.** године било је 183 осуде за кривична дела против достојанства личности и морала;
- **2004.** године било је 178 осуде за кривична дела против достојанства личности и морала;
- **2005.** године било је 194 осуде за кривична дела против достојанства личности и морала;
- **2006.** године било је 236 осуде за кривична дела против полне слободе;
- **2007.** године било је 214 осуде за кривична дела против полне слободе;
- **2008.** године било је 256 осуде за кривична дела против полне слободе;
- **2009.** године било је 238 осуде за кривична дела против полне слободе;
- **2010.** године било је 164 осуде за кривична дела против полне слободе;
- **2011.** године било је 190 осуде за кривична дела против полне слободе;
- **2012.** године било је 244 осуде за кривична дела против полне слободе;

⁶³³ Подаци су узети из Републичког завода за статистику Србије

Мања одступања уочавамо 2003, 2004, 2005. године, те у 2010. и 2011. године. Но, то је опет све испод једног процента у односу на укупан број осуда у току једне године, тачније та бројка се креће у минималном распону од 0,5-0,6% у односу на остала кривична дела. Може се констатовати одређена уједначеност и константност на годишњем нивоу.

У вези казнене политике судова у Србији прикупљени подаци се односе углавном на кривично дело обљубе са дететом, а не и на остала кривична дела против полне слободе. Разлог за то је што у статистичким подацима постоји евиденција о кривичним делима против полне слободе (силовање, обљуба над немоћним лицем, обљуба злоупотребом положаја, недозвољене полне радње), али углавном нема података када су та кривична дела извршена према деци. Због тога што нема поузданих података када су та кривична дела извршена према деци, осим код обљубе са дететом, неће ни бити посебно обухваћени.

Иначе, обухваћен је релативно кратак период од седам година и то од 2006. до 2012. године. Ово с разлога што је до 2006. године (до ступања на снагу новог КЗ – напомена М.М.) из групе кривичних дела против полне слободе односно кривичних дела против достојанства личности и морала, како се раније звало, статистички обрађивано и евидентирано једино кривично дело силовања, док су остала кривична дела из ове групе обрађивана заједнички.

Табела 2. – ОСУДЕ

2006.	
Укупно	41.422
Кривична дела против полне слободе	236
Обљуба са дететом	26
% кривична дела против полне слободе – укупно	0,57%
% обљуба са дететом – укупно	0,06%
2007.	
Укупно	38.694
Кривична дела против полне слободе	214
Обљуба са дететом	28
% кривична дела против полне слободе – укупно	0,55%
% обљуба са дететом – укупно	0,07%
2008.	
Укупно	42.138
Кривична дела против полне слободе	256
Обљуба са дететом	26
% кривична дела против полне слободе – укупно	0,61%
% обљуба са дететом – укупно	0,06%
2009.	
Укупно	40880
Кривична дела против полне слободе	238
Обљуба са дететом	30
% кривична дела против полне слободе – укупно	0,58%
% обљуба са дететом – укупно	0,07%
2010.	
Укупно	21.681
Кривична дела против полне слободе	164
Обљуба са дететом	10
% кривична дела против полне слободе – укупно	0,75 %
% обљуба са дететом – укупно	0,046 %

2011.	
Укупно	30807
Кривична дела против полне слободе	190
Обљуба са дететом	21
% кривична дела против полне слободе – укупно	0,61 %
% обљуба са дететом – укупно	0,068 %
2012.	
Укупно	31322
Кривична дела против полне слободе	244
Обљуба са дететом	25
% кривична дела против полне слободе – укупно	0,77 %
% обљуба са дететом – укупно	0,079 %

У претходној табели је приказан укупан број кривичних дела у периоду од 2006. до 2012. године, а потом укупан број кривичних дела против полне слободе, и најзад укупан број извршених кривичних дела обљубе са дететом.

Из наведене табеле произизали да је у Републици Србији у периоду од 2006. до 2012. године било је осуђено укупно 246.944 лица.⁶³⁴ Од ове бројке за кривична дела против полне слободе је осуђено 1542 лица, док је за кривично дело обљубе са дететом осуђено 166 лица. Летимичним погледом на табелу 2. може се констатовати да за кривично дело обљубе са дететом у периоду који је посматран нису уочене велике осцилације. Шта више, ради се махом о врло уједначеном броју, па тако имамо у 2006. години 26 осуђених лица, у 2007. години 28, у 2008. години 26, у 2009. години 30, у 2010. години 10, (што је једино одступање) у 2011. години 21. и у 2012. години 25 осуђених лица. Ни једна година се посебно не издваја у том смислу (осим 2010. године где је забележен пад), мада се додуше ради о малим бројкама, па тим пре та чињеница још више долази до изражаја. Баш зато што се ради о малим бројевима није могуће уочавати извесне тенденције ни карактеристике.

⁶³⁴ Подаци су узети из Републичког завода за статистику Србије

зато што се ради о малим бројевима није могуће уочавати извесне тенденције ни карактеристике.

У укупној маси криминалитета за обљубу са дететом у наведеном периоду отпада свега 0,067 %, а за кривична дела против полне слободе. 0,62 %. То је управо последица те тзв. тамне бројке криминалитета, јер из објективних разлога није могуће обухватити сва извршена кривична дела.

Табела 3. ОСУЂЕНА ПУНОЛЕТНА ЛИЦА у Србији за обљубу са дететом према изреченим кривичним санкцијама у периоду од 2006. до 2012. године ⁶³⁵

Обљуба са дететом		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Укупно
Свега (затвор)		18	12	26	20	4	19	20	119
З А Т В О Р	до 6 месеци	6	4	16	10	1	4	8	49
	од 6 месеци до 1 године	5	3	3	4	1	2	3	21
	од 1 до 3 године	3	3	4	6	/	5	4	25
	од 3 до 5 године	1	1	3	/	1	5	4	15
	од 5 до 10 године	2	1	/	/	1	3	1	8
	преко 10 година	1	/	/	/	/	/	/	1
Условна осуда		8	15	/	10	6	2	4	45
Остало (проглашен кривим, а ослобођено од казне, рад у јавном интересу)		/	1	/	/	/	/	1	1

⁶³⁵ До предаје овог рада статистички подаци из Статистичког завода Србије за 2013. годину нису били урађени – напомена М.М.

Без обзира на чињеницу да је посматрани временски период кратак, ипак увидом у табелу 3. могло би се закључити да се за ово кривично дело изричу благе казне. То је иначе генерална карактеристика за казнену политику Србије, јер у дужем временском периоду (може се слободно рећи вишедеценијском) се за готово сва кривична дела изричу благе казне. Стога су у том смислу и оправдане примедбе јавног мњења. Овакав закључак, на овом узору, још више долази до изражаја ако је у питању дете млађег узраста или сам начин извршења обљубе или са њом изједначеног чина.

У периоду од 2006. до 2012. године изречено је укупно 119 казни затвора за кривично дело обљубе са дететом или 71,68 %. Од тога, највише је казни затвора у трајању до шест месеци или 41,17 %. Затим следе казне затвора у трајању од шест месеци до једне године или 17,64 %. Потом имамо казне затвора од једне до три године или 21 %, па од три до пет година или 12,6 % и од пет до десет година или 6,72 %. Најстроже казне затвора у трајању од преко десет година је изречена само једном што представља 0,84 %.

Може се приметити да највише има изречених казни затвора које су у најмањем временском трајању односно до шест месеци. Такорећи сразмерно се смањује број изречених казни затвора како се приказују бројке са већим бројем година затвора. У прилог томе је да имамо само једну осуђујућу казну затвора преко десет година за посматрани период.

Привлачи пажњу код казнене политике релативно висока стопа примене условне осуде, нарочито 2006, 2007. и 2010 године. Тако у 2006. години скоро трећина кривичних санкција су биле условне осуде – од 26 укупних осуда 8 су условне осуде или 30,77%. У 2007. години тај тренд је био драстично већи, чак више од половине изречених кривичних санкција су биле условне осуде – од 28 изречених кривичних санкција 15 су биле условне осуде што је 53,57 %. Међутим, у 2008. години казнена политика судова се мења или прецизније поштрава, јер није изречена ни једна условна осуда, него искључиво затворске казне. У 2009. години имамо релативно избалансирану казнену политику у којој две трећине осуда чине затворске казне, док једна трећина отпада на условне осуде. У 2010. години бележимо својеврсни парадокс, и то да је више од половине изречених осуда биле условне осуде – тачније од десет изречених кривичних

санкција, шест су биле условне осуде, што је 60 %. У 2011. години се казнена политика драстично променила, те је од 21 изречене кривичне санкције свега две биле условне осуде, што је 9,52 %. Најзад, у 2012. години казнена политика је "благо попустила" па је од 25 изречених кривичних санкција, 5 су биле условне осуде, односно укупно 20%.

Са изменама и допунама кривичног законика из 2009. године којима су генерално пооштрене казне у глави против полне слободе, а самим тим и код кривичног дела обљубе са дететом, могли би констатовати да су те запрећене казне затвора сразмерне тежини и опасности. Пооштровање казни, а на тај начин и репресије, омогућава суду одмеравање казне у распону и до максималне односно до двадесет година затвора. То се нарочито односи на квалификоване облике силовања, обљубе над немоћним лицем, обљуба злоупотребом положаја, као и недозвољеним полним радњама у којима је пасивни субјект дете. Ипак, овим изменама и допунама је пропуштено да се за најтежи облик обљубе са дететом предвиди и најтежа казна – у распону од тридесет до четрдесет година, о чему ће бити више речи у закључку који следи.

Правећи осврт на казнену политику једног од најгнусних и најнеморалних деликата (који нема карактер и најтежих – неоправдано! – примедба М.М.) настојали смо да укажемо колико је законодавац био успешан постављајући оквире казнене политике судовима. Јасно је да би казнена политика имала ефекат потребно је или боље рећи нужно је синхронизовано деловање законодавне и судске власти.

Из досадашње казнене политике судова у посматраном периоду, али и у ранијем, који није обухваћен овим радом, произлази да та политика није усклађена са намером законодавца која је изражена кроз прописана кривична дела. Шта више, није пратила намеру законодавца ни кроз прописана казне за кривична дела која су важила до доношења измена и допуна КЗ из 2009. године, када су биле предвиђене блаже казне. Ово с разлога што је у структури казни, на посматраном узору, убедљиво највише изречених казни затвора до шест месеци односно највећим делом до три године затвора. Као закључак намеће се, када је у питању кажњавање учиниоца за кривично дело обљубе са дететом, из досадашње

статистике, да судови казнену политику нису водили у складу са стварним намерама законодавца која је преточена кроз прописани распон казне за ово кривично дело.

ЗАКЉУЧАК

Сексуални деликти са децом спадају међу најтежа, најнехуманија и најнеморалнија кривична дела. У свим својим облицима у којима се појављују представљају заједничку бригу и проблем свих земаља света без обзира на њихове међусобне разлике. Иако овај феномен као такав постоји тек непуна два века, уочљив је у свим друштвима, и истовремено погубан имајући у виду његове последице. Неспорно је да су се обичаји и историјске околности временом мењале, али однос према оваквим делима од стране целог друштва (ма које да је у питању), као и самог јавног мњења је био и остао изразито негативно обојен. То је имало за последицу да се инкриминисање сексуалних деликата са децом није суштински мењало у смислу ублажавања или релативизовања на било који начин.

С тим у вези намеће се питање колико је заиста велика моћ кривичног права у спречавању и сузбијању сексуалног криминалитета са децом? Репресија, као најјаче и најубојитије "оружје" кривичног права и у данашње време је неопходна и представља саставни део политике сузбијања криминалитета уопште па и у области сексуалних односа са децом. Треба поћи од основног циља и сврхе кривичног права, а то је обављање заштитне функције. Та заштита се, као што је познато, остварује прописивањем одређених понашања као кривичних дела односно када се одређена људска понашања могу сматрати кажњивим и под којим условима, те прописивањем кривичних санкција за та дела и услове за њихову примену. У том смислу је неопходно да наше кривично законодавство прати савремене тенденције како код нас у друштву, тако и у свету, па сходно томе да и систем кривичних дела прилагоди тим тенденцијама у мери која је потребна. Значајне промене нашег кривичног законодавства које су уследиле доношењем Кривичног законика Србије 2005. године са изменама и допунама из 2009. године, а које су довеле и до значајнијих промена код кривичних дела против полне слободе, покушали смо целовито да обухватимо у овом раду. Настојање да се на један заокружен начин прикаже кривичноправна заштита деце у области

сексуалних односа повлачило је за собом неколико постављених циљева који су управо дати у седам претходних целина.

Кроз ова поглавља смо покушали указати на изузетно значајно место кривичноправне заштите уопште, а нарочито лица до четрнаест година и то у области сексуалних односа, у правном систему једне државе. На тај начин се малолетна лица, а нарочито деца, стављају на посебно место и кривичноправна заштита се показује као незаобилазни део правне заштите ових лица од поступака који најтеже угрожавају темељне друштвене вредности и који најдубље повређују њихова добра. Основни *ratio legis* оваквог схватања темељи се на друштвеној потреби појачане и ефикасне реакције када су повређена или угрожена лица најмлађих старосних категорија.⁶³⁶ Пракса је показала да у многим животним ситуацијама деца су више угрожена него одрасла (пунолетна) лица, па је очекивано и логично да кривичноправна заштита према њима буде већа. Уосталом, обавеза појачане кривичноправне заштите деце уопште и у области сексуалних односа произлази и из међународних конвенција и протокола које је наша држава потписала и ратификовала.

Раније је већ констатовано да је тенденција у савременом кривичном законодавству да се сужава зона инкриминација код већине кривичних дела. Када су деца у питању, та тенденција иде у супротном правцу. Проширује се зона инкриминација и повећава се број кривичних дела на штету деце. У прилог томе је и чињеница да је и донети Закон о изменама и допунама КЗ из 2009. године, управо у глави против полне слободе, инкриминисао два нова кривична дела: навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама (члан 185.а) и искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу (члан 185.б).⁶³⁷

⁶³⁶ И. Стевановић, *op. cit.* стр. 349.

⁶³⁷ Н. Тањевић, с правом указује да предвиђање нових инкриминација и процесних правила у овој области није довољна да овај проблем буде адекватно решен. Важно је питање и како ће се закони примењивати у пракси. Још важније је да постоји како политичка воља тако и спремност целокупног друштва да се проблем јасно сагледа, те да се предузму све мере како би се што успешније водила борба против њега. Ова област свакако мора бити приоритет за законодавца, али и за ресорна министарства, службе и све професионалце, који су овлашћени да поступају у

Узимајући у обзир претходно изнето у овом раду, не значи да су тиме окончане све дилеме нити да су постојећа решења најбоља. Из тог разлога, уз предлоге, сугестије и примедбе које ћемо укратко изнети, а уједно не понављајући садржину претходних излагања, ипак треба изнети и неколико најважнијих досадашњих ставова.

Најпре, да ли су са реформом кривичног законодавства код нас учињене одговарајуће промене? Одговор је углавном позитиван. Тај огроман позитиван помак је учињен доношењем КЗ 2005. године, и ма како звучало парадоксално, Србија која је имала прва своја законик на овим просторима, донела га је последња. Нема сумње да је овај законик морао бити донет и много раније, без обзира на околности у којима се Србија налазила протеклих година, јер тек са овим КЗ смо ушли у савремене токове европског кривичног законодавства. Са поменутих закоником смо успели да направимо спој модерних схватања кривичног права какав је данас у Европи и свету с једне стране и одређених домаћих правних специфичности који иначе одликују сваку земљу с друге стране. Дакле, доношењем овог капиталног системског закона смо се приближили породици савремених кривичних законодавстава, а уједно расчистили са превазиђеним Кривичним законом Републике Србије из 1977. године којег је одавно "прегазило време". Без намере да овим путем идеализујемо КЗ из 2005. године (који се показао као солидан законик у периоду док је важио пре измена и допуна), указаћемо укратко на мањкавости и последице Закона о изменама и допунама КЗ из 2009. године јер управо са тим законом добрим делом је нарушена општа позитивна слика српског кривичног законодавства која је настала са доношењем Кривичног законика 2005. године.⁶³⁸ Због тога и кажемо да

случајевима сексуалног насиља над децом, јер упркос томе што законска регулатива постоји, не постоји систем ефикасних институција које би је адекватно спровеле у пракси. – Н. Тањевић, Кривичноправна заштита деце жртава сексуалног насиља у Србији, часопис Темида, број 4, Београд, 2010, стр. 33-34.

⁶³⁸ Незаслужено, али неопходно, се даје више простора у овом завршном поглављу изменама и допунама КЗ из 2009. године него самом КЗ из 2005. године. То је пре свега резултат лоших решења поменутих измена и допуна КЗ који су у многоме анулирали добра и квалитетна решења самог Кривичног законика – напомена М.М.

је одговор "углавном" позитиван на питање о успешности реформи кривичног законодавства код нас. Ово истичемо иако смо о томе већ говорили, обзиром на испољене тенденције и жеље законодавца за новим кривичним делима да је очекивана и даља "акумулација" и прогресија кривичног законодавства.⁶³⁹ Кривично право се шири и на нова подручја, а да ни на онима у којима већ дуже време делује није остварило задовољавајуће резултате. Уместо кривичноправног минимализма који би се усредредио само на озбиљна кривична дела и сузбијање оних понашања којима се нападају најважнија добра појединаца и друштва и који би рационално користио ресурсе кривичног правосуђа, на делу је кривичноправни експанзионизам.⁶⁴⁰ Честе измене и допуне кривичног законодавства имају за последицу да те кривичноправне норме буду неквалитетне, како у легислативно-техничком смислу, тако и у суштинском смислу. То је управо резултат површног приступа озбиљном задатку какав је измена и допуна КЗ, а који је тенденција (већ поменутог) свеprisутног кривичноправног експанзионизма. Може бити спорно да ли експанзију кривичног права уопште назвати стратегијом (јер она даље слаби кривичноправни систем), или до ње долази због немоћи друштва да озбиљније решава неке друштвене, економске и политичке проблеме. Тим факторима треба додати и низ други слабости за стање у Србији.⁶⁴¹

Дакле, шта смо добили овом Новелом из 2009. године? Може се рећи јако мало или ништа на плану превенције.⁶⁴² Напротив, залагањем са новим

⁶³⁹ С правом се истиче да све то има своје границе, јер је и раније и без онога што је дошло у савременом кривичном законодавству, кривично право прешло границе својих могућности. Оно данас, међутим, скоро да више није у стању да функционише са таквом хипертрофијом инкриминација. – Више о томе: З. Стојановић, Кривичноправни експанзионизам и законодавство Србије, Зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, четврти део, едиција Кримен, Београд, 2010, стр. 39.

⁶⁴⁰ З. Стојановић, Превентивна функција кривичног права, часопис за кривичне науке Кримен, број 1. Београд, 2011, стр. 15.

⁶⁴¹ З. Стојановић, Кривичноправни експанзионизам и законодавство Србије, Зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, четврти део, едиција Кримен, Београд, 2010, стр. 36.

⁶⁴² "Објашњење би могло бити у томе што је та Новела схваћена као нешто што је уперено против непријатеља друштва против којих је само важно да се репресија што више заоштри, а како ће се

проширењем и поштравањем кривичноправне репресије нужно се слаби кривичноправни систем државе. Већ је више пута истакнуто и "изгледа да је потребно стално понављати да заштравање прописаних казни, само по себи, нема превентивно дејство. Уместо тога, треба постићи то да довољан број учинилаца кривичних дела буде кажњен сразмерном казном."⁶⁴³

Видели смо шта не ваља радити на изменама и допунама КЗ, а шта би требало учинити уместо тога? Морало би да се иде у обратном правцу, те да уместо да ширимо границе кривичног права, исте сужавамо. На тај начин генерална превенција ће бити ефикаснија, а уједно ће се постизати извесност у примени казне. Јасно се намеће као решење да треба одбацити екстензивно и хипертрофично кривично право и одредити се за кривично право суженог деловања, али свакако ефикасног. Мада то на први поглед изгледа парадоксално, лоше и хипертрофирано кривично право може да буде штетније од никаквог кривичног права.⁶⁴⁴ То би значило мањи број добара којима би се пружала кривичноправна заштита односно смањење инкриминација. Ово с разлога јер што мање има инкриминација кривично право једне земље, оно би требало да буде ефикасније у сузбијању стварно штетних понашања која заслужују да остану у области криминалног понашања и на која се мора реаговати кривичним правом.⁶⁴⁵

Овом Новелом из 2009. године, код општих одредаба о ублажавању казне унета је апсолутна забрана ублажавања казне за осам кривичних дела (члан 57. став 2. КЗ), од којих су чак три кривична дела из главе против полне слободе. Остаје нејасно зашто је законодавац изабрао баш та кривична дела и одређене њихове облике, те да у односу на њих дерогира опште одредбе о ублажавању

то учинити било је од сасвим споредног значаја." – З. Стојановић, Кривично право у доба кризе, Бранич, број 1-2, Београд, 2011, стр. 43.

⁶⁴³ З. Стојановић, Превентивна функција кривичног права, часопис за кривичне науке Кримен, број 1. Београд, 2011, стр. 3.

⁶⁴⁴ Више о томе: З. Стојановић, Кривично право у доба кризе, Бранич, број 1-2, Београд, 2011, стр. 43.

⁶⁴⁵ Више о томе: З. Стојановић, Превентивна функција кривичног права, часопис за кривичне науке Кримен, број 1. Београд, 2011, стр. 20.

казне⁶⁴⁶ Није спорно да се ради о тешким кривичним делима, али не и најтежим (што се види и по запрећеној казни), па произлази да тежина кривичног дела није био критеријум. Шта онда јесте критеријум? Изгледа да само законодавац на то питање зна одговор (ако га зна!). Уколико би се усредсредили на кривична дела против полне слободе код којих (по овој Новели) нема ублажавања казне (силовање, обљуба над немоћним лицем и обљуба са дететом), намеће се само по себи питање зашто она јесу обухваћена, а друга кривична дела из ове главе нису обухваћена!? Зашто није обухваћена обљуба злоупотребом положаја, недозвољене полне радње, посредовање у вршењу проституције итд. По чему се у том погледу разликују? Као што смо већ констатовали, критеријум вероватно зна само законодавац.

Враћајући се "на терен" теме овог рада, можемо поставити исто питање, да ли су са реформом кривичног законодавства код нас учињене одговарајуће промене када је у питању кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа? Одговор је као и у претходном случају углавном позитиван. Прво, мада не и најважније је некажњавање учиниоца због обљубе или са њом изједначеног чина, ако између њега и детета не постоји значајнија разлика у њиховој душевној и телесној зрелости. Реч је о добровољним сексуалним односима или другим сексуалним актима између лица сличног или приближно сличног узраста, где је могуће да дете односно лице са ненавршених четрнаест година живота изгледа како душевно тако и телесно зрелије него што то "године говоре". Тиме је отклоњена правна празнина која је постојала деценијама уназад. Друго, обљуба више није једини сексуални чин (акт) којим се може извршити кривично дело силовања. Појам силовања се проширује тако да поред обљубе као радњу извршења обухвата и оне радње које се могу са њом изједначити, а то је као што је више пута истакнуто анални и оралном коитус. Треће, терминологија код сексуалних деликата је значајно измењена. Анахрони изрази попут противприродног блуда и блудних радњи више не постоје, већ су уведени изрази какви већ постоје у модерним страним законодавствима као што су са обљубом

⁶⁴⁶ Више о томе: З. Стојановић, Кривично право у доба кризе, Бранич, број 1-2, Београд, 2011, стр. 42-43.

изједначен чин (или израз друга полна радња), те недозвољене полне радње итд. Четврто, напосокон је укинута завођење као кривично дело, које је одавно представљало реликт прошлости. Реч је о делу које годинама није имало примену у пракси и кога је време одавно превазишло имајући у виду савремена схватања о сексуалности. Променама које су уследиле овом реформом овде није крај, али није их нужно поново наводити јер је њима у раду већ дато простора.

Поред ових позитивних запажања, може се упутити и примедба због чега није декриминисано (и то у потпуности) дело које је предвиђено у члану 178. став 2. КЗ. У питању је некадашње кривично дело принуде на обљубу или противприродни блуд како је постојало у некадашњем КЗ РС, а које сада представља "само" један облик силовања. Како се законодавац у став 4. кривичног дела силовања позива и на став 2. онда је то питање од значаја и када су деца у питању. Ово дело није имало скоро никакву примену у пракси претходних деценија, а нарочито не када су деца пасивни субјекти па је оправдано да "доживи исту судбину као и кривично дело завођења".⁶⁴⁷

Следећа примедба је код кривичног дела подвођења и омогућавања вршења полног односа из члана 183. КЗ. У ставу 2. се говори о малолетном лицу, али у одређеним ситуацијама је пасивни субјект млађи од четрнаест година, те је у том смислу потребно пружити посебну кривичноправну заштиту овим категоријама. То би могло да буде урађено на начин да се допуни и са овом категоријом лица у истом ставу (ставу 2.) или евентуално инкриминише у посебном ставу, али свакако са већом запрећеном казном затвора.

Истоветне примедби и сугестије би се односиле и на кривично дело посредовање у вршењу проституције (члан 184. КЗ).

Такође истоветне сугестије и примедбе би се могле упутити и када је кривично дело родоскрвњење у питању (члан 197. КЗ). Ради се о пасивним субјектима који имају својство малолетних сродника по крви у правој линији или

⁶⁴⁷ "Уколико постоје оправдани разлози зашто судска пракса не примењује неку инкриминацију, онда би то требало да за резултат има декриминализацију *de jure*, односно декриминализацију у правом смислу. Између осталог, и због тога што непримењивање инкриминација доводи до непоштовања и дискредитовања кривичног права у целини и слаби његову превентивну функцију." – З. Стојановић, *op. cit.* стр. 20.

се ради о малолетном брату или сестри. Из криминалнополитичких разлога било би потребно посебно издвојити најмлађе старосне категорије и пружити им посебну кривичноправну заштиту која би се огледала такође у већој запрећеној казни затвора. У погледу висине запрећене казне затвора, на жалост, стиче се утисак да законодавац није схватио сву тежину и значај овог дела, без обзира што је Законом о изменама и допуна КЗ из 2009. године повећана казна затвора са три на пет година.⁶⁴⁸

У ери савремених технологија, намеће се као неопходна и нова инкриминација и то поседовање и складиштење порнографских садржаја у рачунарским системима односно у медијима за складиштење рачунарских података, када се ради о дечијој порнографији. Радња овог кривичног дела би се састојала у производњи, нуђењу, дистрибуирању, прибављању за себе или другог порнографских садржаја који приказују децу у сексуално експлицитном понашању или који је фокусиран на њихове полне органе, односно поседовање и складиштење наведених порнографских садржаја у рачунарским системима, односно у медијима за складиштење рачунарских података (ЦД, УСБ меморије, дискете...). Лакши облик кривичног дела односио би се на ситуације у којима би се детету, посредством рачунарских система, мреже или медија за складиштење електронских података учиниле приступачне: слике, аудиовизуелни садржаји и други предмети порнографског садржаја.⁶⁴⁹ На овај начин би се спровеле преузете међународне обавезе и ускладило наше кривично законодавство са међународним конвенцијама које смо потписали и ратификовали – у конкретном случају

⁶⁴⁸ У том смислу и: Н. Тањевић, *op. cit.* стр. 29-30, која уједно истиче да би требало размислити о томе да и кривично дело родоскрвњења нађе своје место у групи кривичних дела против полне слободе, обзиром да испољава карактеристике сексуалног насиља, јер оставља најтуматичније искуство по дете и трајне последице.

⁶⁴⁹ И. Стевановић, *op. cit.* стр. 212. и 214-215.

Остало је нејасно због чега Законом о изменама и допунама КЗ из 2009. године није обухваћена и ова инкриминација јер је законодавац о овоме био већ упознат, а као што се види и у теорији је изнет такав став – напомена М.М.

Факултативни протокол ⁶⁵⁰ уз Конвенцију о правима детета о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији (члан 3, тачка 1в.).

Треба истаћи да иако се сексуални деликти са децом јављају у више видова, може се сигурношћу рећи да је најопаснији онај вид са елементом насиља. Последице насиља над децом су веома значајне, јер могу оставити како трајна телесна оштећења, тако и психичке последице које неретко доводе до ширења насиља и у следеће генерације, јер је познато да злостављано дете има предиспозиције да и само у будућности злоставља сопствену децу, а у најекстремнијим случајевима последице могу бити и у виду смртног исхода.⁶⁵¹ Исто тако, често се последице код деце које су жртве сексуалног злостављања да одрастају у депресивне, незадовољне адолесценте који врше кривична дела или друге социјално неприхваћене активности које на крају доводе и до самоповређивања, па чак и вршењем самоубиства.⁶⁵² Из тог разлога је неопходно сачинити Националну стратегију за превенцију и заштиту деце од насиља (које обухвата и сексуално) како би се насиље спречило у било ком облику. У том смислу већ су предузете неке мере, а један од главних циљева Националне стратегије је заштита од свих облика сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања.⁶⁵³ Да би се то постигло потребно је створити свеобухватни

⁶⁵⁰ О овом члану Факултативног протокола је већ било речи у петом делу код анализе кривичног дела приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (члан 185. КЗ). - напомена М.М.

⁶⁵¹ Највећа смртност је на узрасту до друге године, из простог разлога што та деца немају развијену моћ говора са једне стране, а са друге, реч је о деци која су физички недовољно развијена и због тога веома осетљива. – Н. Тањевић, *op. cit.*, стр. 21.

⁶⁵² Видети: J. Moran-Elis, "Close to home: the experience of researching child sexual abuse" u: Hester, M., Kelly, L., Radford, J. (ed.), *Women, Violence and Male Power*, Buckingham-Philadelphia: Open University Press, (1996), стр. 185.

⁶⁵³ На иницијативу Савета за права детета, саветодавног тела Владе Републике Србије, посебно формирана радна група у 2006. години приступила је изради ситуационе анализе о стању појаве насиља над децом, односно тренутно важећем законодавном оквиру, за потребе почетка рада на Националној стратегији за превенцију и заштиту деце од насиља у Републици Србији, а потом и изради Нацрта Националне стратегије за превенцију и заштиту деце од насиља. – цитирано према И. Стевановић, *op. cit.* стр. 346.

законодавни оквир за заштиту малолетних лица, а деце нарочито, од злостављања, занемаривања и искоришћавања, те је за реализацију овако постављеног циља неопходно ратификовати све релевантне међународне документе у области заштите малолетних лица од злостављања, занемаривања и експлоатације, ускладити релевантно национално законодавство са преузетим међународним обавезама доношењем нових закона, односно изменама и допунама важећих итд.⁶⁵⁴ Уз то, мора се вршити стална едукација целокупног друштва, али и саме деце, јер резултати истраживања показују да деца немају довољно информација о насиљу над њима и појавним облицима у којем се јавља. Шта више, немају поверење да држава може да им пружи заштиту, нити су упознати са механизмима заштите, а ни држава није учинила са своје стране довољно да неопходне информације учине доступним деци на адекватан начин, па би превентивне програме требало организовати и путем вршњачке едукације, јер се деца осећају слободнијом да о наведеним појавама и проблемима разговарају са својим вршњацима него са одраслим особама.⁶⁵⁵

Поред тога, могло би се размислити и о увођењу неких алтернативних мера, које већ постоје у неким државама Европе и света. Неке од тих мера Србија је у међувремену и увела. Пре свега мислимо на Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, познат још и као "Маријин закон". Применом овог закона се кроз правне последице осуде, а нарочито кроз посебне мере након издржане казне затвора "прати и контролише" даљи живот учиниоца. Поред тога, о њима се води и посебна евиденција, тако да су и на тај начин обележени у смислу да ће се на њих и даље мотрити од стране државе. Обзиром да да је овај закон тек недавно ступио на снагу, не може се говорити о његовим ефектима, али имајући у виду изнете примедбе нема великог разлога за оптимизам у погледу његове примене. Ипак, навешћемо примере неколико држава, ради бољег упоредног прегледа. Случајеви сексуалног насиља над децом, током деведесетих година прошлог века, су утицали да амерички конгрес донесе 1994. године одлуку да се у САД, у свим федералним државама формира регистар сексуалних деликвената који обухвата

⁶⁵⁴ И. Стевановић, *op. cit.*, стр. 347-348.

⁶⁵⁵ Више о томе: Н. Тађевић, *op. cit.*, стр. 34.

особе које су то учиниле и према одраслима и према деци. Због тога је донет тзв. Ватерлинг акт (Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act).⁶⁵⁶ Не дуго затим, извршене су измене и допуне тог Акта, на тај начин што је постало обавезно да се локална заједница информише о томе да лице које је осуђивано за сексуалне деликте живи у њиховом окружењу. Тако је створен тзв. Megan's Law – Меганин закон, који је, иако створен на федералном нивоу, имао различиту примену јер је федералним државама остављена могућност доношења конкретних законских решења (од објављивања информација у новинама, обавештавања од врата до врата, па до објављивања путем интернета), а који је током свих ових година предмет бројних расправа.⁶⁵⁷ Последњих година, су присутни додатни захтеви за ажурирање регистра сексуалних деликвената, а који су дефинисани самом природом учињеног кривичног дела, односно последичном класификацијом насилника у три пратеће категорије. Тако лица која су починила кривична дела првог нивоа (просто поседовање дечије порнографије, кривична дела која се односе на војеризам и егзибиционизам, итд.) имају обавезу да се пријављују надлежним службама једном годишње уз трајање регистрације од минимум петнаест година. Лица која су починила дела другог нивоа (производња и дистрибуција дечије порнографије, сексуални контакт са малолетником узраста дванаест до петнаест година, принуда малолетника на проституцију, итд.) регистрована су на период од двадесетпет година уз обавезу шестомесечног јављања, док лица која су извршила дела најтежег, трећег степена (сексуални контакт са дететом млађим од дванаест година, киднаповање или затварање малолетника од стране лица које није родитељ, итд.) бивају доживотно регистрована уз обавезу тромесечног пријављивања надлежним службама (U.S. Department of Justice, 2011).⁶⁵⁸

⁶⁵⁶ Овим актом је локалној полицији остављена могућност да уколико процени да је то у циљу заштите локалне заједнице (друштва) оправдано да обавесте јавност да је у њиховој близини сексуални деликвент – J. S. Levenson, & L.P. Cotter, *The Effect of Megan's Law on Sex Offender Reintegration*, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 21(1), (2005), стр. 149.

⁶⁵⁷ Видети: Y.N. Brannon, J.S. Levenson, T. Fortney & J.N. Baker – *Attitudes About Community Notification: A Comparison of Sexual Offenders and the Non-Offending Public*, *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 19 (4), (2007), стр. 370.

⁶⁵⁸ Наведено према: Н. Петковић, З. Павловић, Ј. Димитријевић, *op. cit.* стр. 314.

У Великој Британији постоје посебне евиденције о педофилима које се држе у полицији и које су доступне свим заинтересованим грађанима. У тим евиденцијама се може проверити да ли у комшилуку или околини живи регистровани педофил. У Норвешкој постоји могућност уграђивања микрочипова под кожу педофила, како би полиција пратила њихово кретање.

У досадашњем раду неке друге алтернативне мере нису анализирани нити поменуте јер нису део позитивног кривичног законодавства Србије. Шта више, те мере код нас нису ни помињане као могућност или боље рећи као врста кривичне санкције. О каквим се то другим алтернативним мерама заправо ради!?

Дакле, поред ових такорећи блажих алтернативних мера предвиђене су и неке медицинске мере које нису ни мало пријатне, од којих је свакако најзначајнија кастрација. Кастрација, мање више је познато, може бити хируршка и хемијска.⁶⁵⁹ У прилог хемијској кастрацији, као посебној (новој) мери или санкцији говори и податак да је према најновијим истраживањима после такве терапије понављање сексуалних деликата спало са 40% на свега 5%. Иначе, ова мера (кастрација) се већ годинама спроводи у неким скандинавским државама попут Шведске, Норвешке, Данске, али присутна је и у Немачкој, Канади и неким државама САД⁶⁶⁰, с тим што се поред кастрације може применити и

⁶⁵⁹ У Чешкој је на пример, у протеклој деценији извршено 94 хируршке кастрације над осуђеницима и то искључиво по њиховом пристанку. Хемијска кастрација, као новија метода, је давање хормонских инекција коју добијају осуђеници након изласка из затвора. Њени ефекти се огледају у смањеној потенцији и сексуалној жељи педофила која и јесте главни покретач и извршењу ових кривичних дела. – више о томе: Н. Алексић, *op. cit.* стр. 354.

⁶⁶⁰ Држава Калифорнија, је прва држава још од 1996. године која је предвидела могућност суда да услови примену Medroxy progesteron acetata, тзв. МПА или његовог хемијског еквивалента лицу које је први пут учинило сексуални злочин са дететом од тринаест година, а чија ће апликација започети седмицу дана пре отпуштања из казнене установе у којој издржава казну. Но, док је код лица која су починила први пут злочин потреба за применом хемијске кастрације остављена суду на процену, закон Калифорније с друге стране предвиђа обавезну примену хемијске кастрације сексуалним повратницима, наравно уз одговарајућу затворску казну (California Penal Code, Section 645). – Више о томе: Н. Петковић, З. Павловић, Ј. Димитријевић, *op. cit.* стр. 314.

стерилизација, а која ће од ових мера бити примењена је фактичко питање.⁶⁶¹ Но, у сваком случају кастрација и стерилизација је могућа само уз писмени пристанак сексуалног деликвента односно осуђеног педофила. С друге пак стране, ствара се проблем јер постоји велики број таквих лица који не желе да дају свој пристанак и добровољно се подвргну кастрацији. Ипак, и у том погледу постоје изузеци.⁶⁶²

О овој проблематици ће се, сасвим извесно, водити још дуго дебата. Као и увек, има присталица и за и против ових мера.⁶⁶³ Не улазећи дубље у ову полемику треба истаћи најбитније. Противници ових мера сматрају да се ради о драстичном нарушавању и повреди телесног интегритета учиниоца – педофила (без обзира што је учинио сексуални деликт са дететом), а такође ради се о флангратном кршењу основних људских права и слобода. Супротно од овога става, присталице ових мера сматрају да другог решења једноставно нема. Полазе од тога да ни једна казна затвора не може бити адекватна за педофиле, па чак ни најдужа. Једноставно сматрају да казна затвора не може бити једина санкција, него да сексуални деликвенти (са децом) морају сносити и друге последице јер су и они нанели тој деци (па и њиховим родитељима и најближима) доживотне трауме као и психофизичке патње и болове. Према том мишљењу, кастрација је једини начин да се стане на пут сексуалној деликвенцији са децом која је иначе у све већем броју присутна и коју прати велики проценат рецидивизма, уз често одсуство кајања, савести, осећаја кривице итд.

⁶⁶¹ Да поменуте државе нису усамљени случајеви говори и податак да је и у Јужној Кореји 2010. године донет закон којим се легализује хемијска кастрација окривљених за сексуално злостављање деце. Тиме је Јужна Кореја постала прва азијска држава која је изгласала овакав закон, а сасвим извесно је да неће остати и једина. – напомена М.М.

⁶⁶² Изузетак је учињен у Пољској у којој је 2009. године донет Закон о обавезној хемијској кастрацији педофила, према којем сви педофили осуђени за силовање деце млађе од петнаест година или блиских рођака ће бити обавезно подвргнути хемијској кастрацији у затворским болницама где служе казну или у медицинским центрима. Дакле, не тражи се никаква сагласност педофила – са сајта Радио телевизије Србије ("Хемијска кастрација за силоватеље у Пољској").

⁶⁶³ Ова проблематика "неодољиво" подсећа на полемику о укидању или опстајању смртне казне где се непрекидно укрштају аргументи присталица и противника смртне казне у многим земљама. – напомена М.М.

Имајући у виду све ове аргументе, многе државе Европе озбиљно размишљају да уведу ове мере у своја кривична законодавства – Француска, Италија..., али исто тако и земље настале из некадашње Југославије (Хрватска, Словенија).⁶⁶⁴ Код нас ова проблематика још увек није актуелна, нити се у назнакама размишља о увођењу ових мера у наш кривичноправни систем. Имајући у виду напред изречено, као и тенденције у поменутиим државама, за очекивати је да ако и када буду уведене ове мере у друге државе Европе, а и шире, да ће се и код нас повести озбиљна расправа да ли хемијска или хируршка кастрација треба да буде инкорпирана у Кривични законик Србије и под којим условима. У овом моменту извесно је, као што се може приметити уопште, а и у стручној јавности, да је још рано говорити о томе. С тим у вези, појавиће се и дилема, под претпоставком да уколико би и преовладао такав став код нас да је потребно увести ове медицинске мере - под којим условима се могу примењивати. Вероватно је да ће и ту бити разних предлога, али то ће, из садашње перспективе, чекати неко друго време.

У погледу кривичних санкција износимо такође сугестије. Није спорно да кривично право кроз систем кривичних санкција представља главно оруђе у борби против криминалитета, али истовремено има и превентивну функцију. То се односи наравно и на казну, као главну кривичну санкцију којом се по природи ствари највише задире у права и добра учиниоца кривичног дела. Из тог разлога би требало размислити о повећању минимума и максимума казне затвора за одређене облике сексуалног деловања према деци. То се пре свега односи на обљубу са дететом из члана 180. став 3. КЗ када је услед обљубе или са њом изједначеног чина наступила смрт детета, или када је услед ових сексуалних радњи дошло до наступања тешке телесне повреде односно извршено од стране више лица или имало за последицу трудноћу, па је опет дошло до смртог исхода детета. Мишљења смо да би адекватна казна за оваква дела била од тридесет до четрдесет година затвора јер се по својој суштини и последицама може сматрати за најтежа кривична дела и најтеже облике кривичних дела (у смислу члана 45. став 3. КЗ). При томе се не би могло узети као оправдање да је учинилац у односу

⁶⁶⁴ Видети: Н. Алексић, *op. cit.* стр. 355.

на смртни исход детета, као тежу последицу, поступао из нехата. У таквим ситуацијама увек треба поћи од тога да ако се врши било каква сексуална радња, а нарочито обљуба или са њом изједначен чин са дететом (поготово млађег узраста) да постоји могућност наступања смрти детета, те да учинилац то не може пренебрегнути.

Исти став у погледу запређене казне, а у вези сличних околности, би се могао применити и код кривичног дела обљубе злоупотребом положаја (члан 181. став 5. КЗ). У овом члану се такође говори о смрти детета, али која је наступила обљубом или са њом изједначеним чином од стране учиниоца који је злоупотребом положај подређености или зависности у којем се дете налазило односно ако је то учињено од стране наставника, васпитача, стараоца, усвојиоца, родитеља, очуха, маћехе или другог лица које му је поверено ради учења, васпитавања, старања или неге. Дакле, аргументи који су изнети за члан 180. став 3. КЗ вреде и у овом случају обзиром да су последице најгоре – смрт детета услед вршења истих сексуалних радњи.

Можда би се чак у том смислу могло размислити *de lege ferenda* и о увођењу доживотног затвора. Оваква казна не би била наш ексклузивитет јер већ постоји у многим савременим кривичним законодавствима Европе, као што су Швајцарска, Немачка, Шведска...⁶⁶⁵ Додуше, доживотни затвор се не односи на сексуалне деликте са децом који су праћени смртном последицом, али тиме се не умањује значај датог предлога. Шта више, у том правцу би наше законодавство могло да буде прво у увођењу ове казне за наведене облике сексуалних деликата.

У прилог томе је и неподељен став јавности, али и компетентних стручњака разних профила (правника, лекара, социолога итд.) да треба за овакве ситуације предвидети и максималне казне затвора. То се нарочито односи на случајеве када учинилац изврши неки сексуални чин са дететом мањег узраста (до неких десетак година), а који се заврши са смртним исходом. Уосталом, и сам Криминални (Казнителни) законик за Књажевство Србију из 1860. године, иако одавно превазиђен, је имао одредбе које су у таквим ситуацијама предвиђали најтеже

⁶⁶⁵ Приликом доношења КЗ Србије од идеје увођења доживотног затвора се одустало такорећи у последњем моменту. – напомена М.М.

казне. Тако нпр. у параграфу 191. у ставу 2. је речено да *"...кривац да се казни смрћу, ако је он то следство као вероватно предвидети могао, иначе робијом до двадесет година"*. Истакнути правник тог времена Ђорђе Ценић је у коментару овог законика истакао да ако је кривац и сам увидео да из његовог поступка (мисли се на обљубу – напомена М.М.) смрт проишаћи може, па се не оканио, и смрт проишаће, изриче се над њим смртна казна, као да је и са предумишљајем дело учинио, а двадесетогодишњом робијом казниће се ако је нехатну смрт починио".⁶⁶⁶

Дакле, не би то био никакав новитет или ексклузивитет у Србији, нити на просторима које је у 19. и 20. веку обухватала.

На жалост, последњих година било је неколико таквих случајева у Србији, због чега је управо добар део јавног мњења, али и стручне јавности тражио и тражи опет увођење смртне казне. Полази се од става да је за сексуални чин са дететом који је праћен смртном последицом, смртна казна једино адекватна кривична санкција.⁶⁶⁷ Све друго би представљало "награду" за таквог учиниоца. Но, тиме би се вратили и отворили вечиту дебату за и против поновног увођења смртне казне, што свакако није тема овог рада, па нећемо се упуштати у ову неисцрпну тему и полемику.

Заиста, у оваквим случајевима често је максимална казна која постоји у неком кривичном законикау (без обзира о којем КЗ је реч) једино адекватна санкција која се може прописати за квалификаторне облике појединих кривичних дела, а пре свега код обљубе са дететом.

⁶⁶⁶ Ђ. Ценић, *op. cit.* стр. 591.

⁶⁶⁷ Таквих примера срећом нема много ни код нас ни у свету, али и то што има су заиста монструозни и језиви сваки са себе. Навешћемо два случаја код нас који су запањили јавност, не оставивши никога равнодушним. Први случај је из 2005. године, када је трогодишња К.Ј. силована, а и ударана од стране мајчиног љубавника у Звездарској шуми услед чега је наступила смрт те девојчице, док је њена мајка за то време чувала стражу. Други случај је из 2010. године (о чему је већ било речи), када је осмогодишњу М.Ј. док су јој родитељи били на послу, комшија у Старим Лединцима намамио у своју кућу наводно да се играју, па ју је силовао, а потом и убио. Овакви потресни примери, где је често сувишан сваки коментар, отварају дилему шта је права казна за такве учиниоце, што свакако продубљује расправу о не(увођењу) смртне казне. – напомена М.М.

Но и без тога, КЗ Србије у значајној мери обезбеђује основну заштиту деце од понашања и поступака којим се угрожава и повређује њихов сексуални интегритет. Могућности и простора за побољшање кроз измене и допуне увек има, јер и само кривично право прати развој друштва уопште и у области сексуалности. У том смислу су у овом делу и дате сугестије, предлози и примедбе.

На овом месту долазимо и до питања да ли су бројне конвенције и остали међународни споразуми, као и домаће кривично право довољни да би се спречило сексуално злостављање и злоупотреба деце? Да ли су тиме исцпрлене законодавне могућности за деловање или боље рећи спречавање ових криминалних појава? Несумњиво да ова врста сексуалног криминалитета често има и међународни карактер, да се на пример, дечија проституција или дечија порнографија, у разним видовима одвија у више држава, организовано и синхронизовано. Логично је питање да ли би у том смислу неко међународно кривично право, које би било обавезујуће за више држава, а по карактеру имало снагу као домаће, национално кривично право, могло нешто више да уради у сузбијању сексуалног злостављања и злоупотребавања деце, у домаћим, а нарочито у међународним оквирима!? У том смислу постоје мишљења да би криминалитету без граница требало супротставити једно кривично право без граница.⁶⁶⁸ Исто тако постоји мишљење да због техничких, економских и политичких последица глобализације, а посебно европеизације, прекогранични криминалитет у једном заједничком европском економском и правном простору не може више у довољној мери сузбити само путем класичног, територијалног ограниченог кривичног права.⁶⁶⁹ Стога, одговор на ова питања тешко је дати у овом тренутку из два разлога. Прво, мале су могућности да више држава постигну споразум о таквој врсти међународног кривичног права које ће бити исте "снаге" као и домаће кривично право. Ово с разлога што за тако нешто не постоји политичка воља да се одређени део домаћег кривичног права државе одрекну у корист неког међународног кривичног права. Познато је да кривично право своје

⁶⁶⁸ B. Th. Weigend, Mindestanforderungen an ein europaweit geltendes harmonisiertes Strafrecht, in: Strafrecht und Kriminalität in Europa, Baden-Baden, 2003. стр. 64.

⁶⁶⁹ U. Sieber, Die Zukunft des Europäischen Strafrechts, Sonderdruck aus Band 121 der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2009. стр. 3. – цитирано према И. Марковић, *op. cit.*, стр. 4.

корене вуче из националних оквира, као симбола суверености државе путем којег остварују државну принуду. Из тих разлога досадашња пракса је показала да су државе, управо најосетљивије када треба да се одрекну кривичног права (у мањој или већој мери) у било чије име и за било кога.⁶⁷⁰ Друго, чак и да се тако нешто деси и да заживи такво међународно кривично право требало би много времена да покаже ефекте на пољу сузбијања сексуалног криминалитета са децом, што све заједно представља један неизванпут.

У вези међународних конвенција требало би изнети и једно запажање, а то је олако предвиђање обавеза прописивања бројних кривичних дела од стране држава, који их прихвате. Све су чешће конвенције које предвиђају обавезу држава да инкриминишу одређена понашања, а при томе осим ширења кривичног права, не може се уочити ништа заједничко и конзистентно у разним конвенцијама у том погледу, тј. не полази се од одређене криминално-политичке концепције.⁶⁷¹ Није спорно да је велики значај конвенција, па и одређених међународних уговора кривичног права, али би приступ морао бити опрезан и са резервом приступати ратификацији конвенција које садрже обавезу предвиђања кривичних дела. Може се приметити да нарочито последњих година, у међународним конвенцијама се настоји, условно речено, наметнути државама да унесу у свој кривичноправно законодавство кривичноправне одредбе када су у питању дечија проституција и дечија порнографија. По принципу "здрово за готово" Србија је све ове конвенције без икаквих резерви прихватила приликом њихових ратификација. На жалост, то се често покаже као не баш мудар потез, нарочито ако се пође од искуства и примера других држава, које су баш у вези ових кривичних дела стављали резерве приликом ратификација (нпр. Црна Гора и и још неке земље су ставиле резерве у погледу предвиђања кривичних дела везаних за дечију проституцију код Конвенције о високотехнолошком криминалу при ратификацији).

⁶⁷⁰ Имајући у виду толики значај кривичног права, у свим државама, није претерано када се каже да је кривично право "свети грал модерне државности" – J. Vogel, *Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der Europäischen Union*, in: *Strafrecht und Kriminalität in Europa*, Baden-Baden, 2003. стр. 39.

⁶⁷¹ Више о томе: З. Стојановић, *Кривично право у доба кризе*, Бранич, број 1-2, Београд, 2011, стр. 34.

На крају, не треба пренебрегнути чињеницу која егзистира од најранијих времена, а то је да не постоји начин који би успео да "помери" већ поменуто тзв. тамну бројку криминалитета у овој области. Та бројка учињених кривичних дела према деци којима се угрожава или повређује њихов сексуални интегритет и слобода је увек био много већи у односу на број откривених и процесуираних случајева.⁶⁷² Тако је било у прошлости или боље рећи одувек, а тако је и данас. Не треба гајити илузије да такав негативни "тренд" неће бити присутан и у будућности. Једноставно не постоји тај механизам или начин који би помогао да та разлика између учињених и откривених и процесуираних кривичних дела из ове области буде колико толико мања. Но, то не значи да треба дићи руке од таквог настојања. Напротив, сама немоћ у том смислу која може бити објективног и субјективног карактера не даје нам за право да се с тиме помиримо или пасивизујемо, већ перманентно треба настојати свим средствима које држава има на располагању (а нарочито кривичноправним средствима као најјачим оружјем у тој борби) да та тамна бројка криминалитета буде метафорички речено бар за нијансу "светлија" него до сада.

Са изнетог произлази да кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа захтева целовити модел дефинисања, имајући у виду да се ефикасност кривичноправне заштите најбоље може остварити ако се поставе реални оквири и могућности и у садејству са осталим институционалим системима заштите, а пре свега деловима правног система.

⁶⁷² Тајност је за дете извор страха, а за учиниоца гаранција безбедности. – З. Мршевић, Савремена концепција сексуалних деликата и предложена решења у КЗ Србије и инкриминација силовања ИКСИ, Београд, 1994, стр. 90.

ЛИТЕРАТУРА

- Алексић Н., Коментар члана 180. Кривичног законика Републике Србије (са освртом на упоредно право), Часопис Страни правни живот, Институт за упоредно право број 2/10, Београд,
- Алемпијевић Ђ, Савић С, Павлекић С, Јечменица Д. – Повреде полних органа код жртви сексуалног насиља, Билтен Окружног суда у Београду, број 70, Београд, 2006.
- Allen M. J, Criminal Law, London, Blackstone, 1993.
- American Psychiatric Association, Diagnostic and statistical manual of mental disorders (4th ed.), Washington, DC: American Psychiatric Association (1994.)
- Атанацковић Д., Кривично право – посебни део, Београд, 1981.
- Бабић М., Кривична дјела против достојанства личности и морала, Правна мисао, број 9-10, 1986.
- Бавцон Љ., Могућности нових инкриминација и декриминација у југословенском кривичном законодавству, ЈРКК, бр. 4, 1974.
- Бавцон Љ. – Кобе П, Казенски законик с појаснили, Љубљана, 1971.
- Bannister A, Creative therapies with traumatized children, London, 2003, преузето са сајта books.google.com, finkelhor precondition model Bannister 2003 and sitiesec reviews Jessica Kingsley Publishers
- Бачић Ф. – Павловић Ш, Казнено право, посебни дио, Загреб, 2001.
- Бачић Ф. – Шепаровић З, Кривично право – посебни дио, Загреб, 1982.
- Бачић Ф., Кривично право, опћи дио, Загреб, 1978.
- Благојевић Б., Грађански поступак у римском праву, додатак, Римско кривично право, Београд, 1955.
- Богишић В., Изабрана дјела, том III, Правни обичаји у Црној Гори, Херцеговини и Албанији, Подгорица-Београд, 2004.
- Бојовић Ј., Законик књаза Данила, Титоград, 1982.
- Brannon Y.N, Levenson J.S, Fortney T.& Baker J.N. – Attitudes About Community Notification: A Comparison of Sexual Offenders and the Non - Offending Public, Sexual Abuse: A Journal of Reaserch and Treatment, 19 (4), (2007).
- Вајс А. – Кандић Љ., Општа историја државе и права, Београд, 1989.
- Vitu A, “Chronique de jurisprudence”, Revue de science criminelle et de droit penal compare, 1, 1992.
- Vogel J, Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der Europäischen Union, in: Strafrecht und Kriminalität in Europa, Baden-Baden, 2003.
- Воркапић С., Заштита деце жртава трговине и одабрани међународни документи – Трговина децом у Србији, претња или реалност, Центар за права детета, Београд, 2006.
- Вујаклија М., Лексикон страних речи и израза, Београд, 1954.
- Вуковић С., Основни кривични закон и Кривични закон Републике Србије, са судском праксом, обрасцима и регистром појмова, Београд, 2003.
- Вучковић - Шаховић Н., Експлоатација деце с посебним освртом на Факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији, Центар за права детета, Београд, 2006.

- Вучковић - Шаховић Н., Кратак водич Експлоатације деце с посебним освртом на Факултативни Протокол уз Конвенцију о правима детета о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији, Центар за права детета, Београд, 2006.
- Гамс А., Библија и друштво, Нови Сад, Матица српска, 1979.
- Gilbert, J.N, Criminal Investigation, "Charles E. Merrill Publishing Company A Bell & Howell Company, Columbus, 1980.
- Gordon L, Heroes of their own lives – The politics and history of family violence, London, Virago, 1988.
- Дамашка М., "Разматрања о неким кажњивим сполним понашањима", Наша Законитост бр. 9-10, 1963.
- Делић Н., Кривично дело насиље у породици, Насилнички криминал: етиологија, феноменологија, превенција, Београд, 2010.
- Делић Н, Кривичноправна заштита полног интегритета и сексуалног развоја деце, Зборник са саветовања Реформа породичног законодавства, Београд, 1996.
- Делић Н, Кривичноправна заштита непунолетних лица у области породичних односа, Правни живот, број 10, Београд, 2013.
- Devlin P, The Enforcment of Morals, Oxford, New York, Oxford University Press, 1990.
- Деренчин М., "Основа новог казненог закона о злочинствима и преступцима за Краљевину Хрватску и Славонију уз образложење", Загреб, 1879.
- Димитријевић В., Одредбе о недискриминацији у међународном пакту о Грађанским и политичким правима", Анали Правног факултета у Београду, 1991, број 1-3,
- Доленц М, Тумач Кривичног законика Краљевине Југославије, Загреб, 1930.
- Доленц М. – Маклецов А, Систем целокупног кривичног права Краљевине Југославије, Београд, 1935.
- Dolling D. und Erb V. (Hrsg), Festschrift fur Karl Heinz Gossel zum 70. Geburtstag, am 16. Oktober 2002.
- Ђорђевић М., Кривично законодавство и казнена политика, Југословенска ревија за кривично право и криминологију, бр. 1-2, 1986.
- Енциклопедијски лексикон – Наука о сполности (редактор др. Кошичек М.), Београд, 1971.
- Жегарац Н., Операционалне дефиниције злостављања – приручник за центре за социјални рад и друге службе у локалној заједници, (уредили: М. Обретковић и Љ. Пејаковић), Југословенски центар за права детета, Београд, 2001.
- Жегарац Н., Деца која чекају, Изазови и трендови праксе и заштите деце од злостављања, Центар за права детета, Београд, 2004.
- Живановић Т., Основи кривичног права – посебни део, I књига, Београд, 1923.
- Живановић Т., Кривични (казнени) Законик и Законик о поступку судском у кривичним делима Краљевине Србије, Београд, 1925.
- Живановић Т., Основи кривичног права Краљевине Југославије, посебни део, књига друга, Београд, 1936.

- Живановић Т., Основи кривичног права Краљевине Југославије, општи део, II књига, Београд, 1935.
- Живановић Т., Дуалитет кривичних санкција казне и мере безбедности, Глас српске академије, СХVIII, Београд, 1926.
- Живановић Т., Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804. до 1865, Београд, 1967.
- Зиндовић И. – Драгутиновић О., Кривично право у судској пракси, Чачак, 1995.
- Златарић Б., Кривични Законик у практичној примјени, II свезак, Загреб, 1958.
- Игњатовић Ђ., Криминалитет и реаговање државе, Зборник Стратегија државног реаговања против криминала, Будва, 2003.
- Ишпановић – Радојковић В. – Жегарац Н, Дефиниције злостављања и занемаривања, Приручник за примену општу протокола за заштиту деце од злостављања и занемаривања (уредила В. Ишпановић-Радојковић), Центар за права детета, Београд, 2006.
- Ишпановић – Радојковић В. и Игњатовић Т, Препознавање злостављања и занемаривања – Приручник за примену општу протокола за заштиту деце од злостављања и занемаривања (уредила В. Ишпановић - Радојковић), Центар за права детета, Београд, 2006.
- Јантолек С., Историја државе и права народа ФНРЈ, Београд, 1951.
- Јасић С., Закони старог и средњег вијека, Београд, 1968.
- Јелачић О, Ловретић М, Марушић Ж, Мрасс М, Барић Е, Делфини - Гојанић М. – Дијете и малољетник као жртва насиља, часопис Наша законитост, број 2, 1986.
- Јовановић Ж., Кривично право, посебни део, Београд, 1979.
- Јовановић Љ. – Јовашевић Д., Кривично право 2, Београд, 2002.
- Johnston, Wolfgang, Savite, Sociology of Crime and Delinquency, New York, London, 1962.
- Камбоски В., Казнено право, Пос. Дел, Скопје, 1997.
- Кандић Љ., Одабрани извори из опште историје државе и права, Београд, 1983.
- Kerscher K. H, Emanzipatorische Sexualpädagogik und Strafrecht, "Unzucht mit Kindern" – ein Beispiel burgerlicher Zwangsmoral, H. Luchterhand Verlag, Neuwid amd Rhein, 1973.
- Kerscher, Emanzipatorische Sexualpädagogik und Strafrecht, Berlin, 1973.
- Klotter J. C, Criminal Law, Sixth Edition, "Anderson Publishing Co.", Cincinnati, 2001.
- Ковчо И, Заштита сексуалног интегритета дјете и малољетника, Дијете и друштво, година 2. број 1, Загреб, 2000.
- Коларић Д., Кривично дело убиства, Београд, 2008.
- Краус Б., Кривична дјела против достојанства личности и морала и кривична дјела против брака и породице, Приручник за стручно образовање службеника унутрашњих послова, Загреб, бр. 5/1978.
- Краус Б., Кривичне санкције у предстојећој ревизији кривичног законодавства, ЈРКК, бр. 2/1972
- Краус Б., Развој, карактеристике и основни проблеми казнене политике у Југославији – из Проблеми казнене политике судова, Институт

- за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1973.
- Krafft – Ebing R. *Psychopathia sexualis* (1886), Reprinted by Arcade Publishing, (1998), New York
 - Кркљуш Љ., Кривична дела против полног морала у српским правним изворима, Зборник радова са симпозијума – Сексуална агресија, Матица српска, Нови Сад, 1995.
 - Крон Л., "Сексуално насиље" – психолошка студија, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1992.
 - Лазаревић Љ, Кривично право Југославије, посебни део, Београд, 1995.
 - Лазаревић Љ., Кривично право Југославије, општи део, Београд, 2000.
 - Лазаревић Љ. – Перић О, Кривично право, посебни део, свеска 2, друго издање, Нови Сад, 1981.
 - Лазаревић Љ., Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2006.
 - Лазаревић Љ., Кривични законик Руске Федерације, ЈРКК, бр. 1/1998.
 - Лазаревић Љ. – Вучковић Б. – Вучковић В, Коментар Кривичног законика Црне Горе, Цетиње, 2004.
 - Лазин Ђ., Привидни идеални стицај кривичних дела, Београд, 1982.
 - Лазин М. Драгослав, Кривични законик, II књига, посебни део, Београд, 1934.
 - Levasseur G, "Chronique de jurisprudence", *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, 2, 1988.
 - Levenson J. S. & Cotter L.P, The Effect of Megan's Law on Sex Offender Reintegration, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 21(1), (2005),
 - Lemme F, *Delitti contro la liberta sessuale*. In: *Enciclopedia del diritto*, vol, XXIV, 1974.
 - Лукић М, Пејаковић С, Марић Ј. – Правна медицина, Београд, 1986.
 - Маклецов А., Кривична дела против јавног морала у Кривичном законнику Краљевине Југославије, Београд, Архив 1- 2, 1930.
 - Максимовић С., Суђење у Кнежевини Србији, Пожаревац, 1898.
 - Марковић И., Материјално кривично право Европске уније, мастер рад, Београд, 2011.
 - Марковић И., Међународни оквири и стандарди кривичноправне заштите полног интегритета дјете и малолетника, Годишњак Правног факултета у Бања Луци, број 33, 2011,
 - Марковић И., Кривична дјела против полног интегритета у кривичном законодавству Републике Српске, часопис Наука, безбедност, полиција, број 1, Београд, 2006,
 - Марковић Ч., Законик Хамурабија вавилонског краља, Београд, 1925.
 - Мартисевич И. Д. – Јушков С. В.– Дмитриевскиј Н. П, Општа историја државе и права, II део, феуализам, Београд, 1950.
 - Mason M. A, *From Father's property to Children's Rights – The History of Child Custody in the United States*, "Columbia University Press", New York, 1994.
 - Мемедовић Н., Кривично дело силовања у југословенском праву, Београд, 1988.
 - Мемедовић Н., "Проблем саизвршилаштва код кривичног дела силовања", ЈРКК, бр. 3, 1987.
 - Мемоари Матеје Ненадовића, Нолит, Београд, 1966.

- Merle, R. et VITU, A, Traite' de droit criminel – Problemes generaux de la science criminelle. Droit penal general, Paris, 1981.
- Миловић М., Кривично дело недозвољене полне радње, Београд, 2006.
- Миловић М., Сексуални деликти са елементом насиља – противприродни блуд, ИКСИ, Београд, 2002.
- Миловановић М., Судска медицина, Београд, 1926.
- Милојковић Б., Коментари општег казненог законика, Београд, 1919.
- Милутиновић М., Криминологија са основима криминалне политике и пенологије, Београд, 1973.
- Миљковић Ј.–Обрадовић Д, Метод аналне манометрије у судско медицинском вештачењу аналне пенетрације, Правни информатор, број 3, 2002.
- Moran-Elis, J. “Close to home: the experience of researching child sexual abuse” u: Hester, M., Kelly, L., Radford, J. (ed.), Women, Violence and Male Power, Buckingham-Philadelphia: Open University Press, (1996)
- Morrison T, Erooga M, Becket R.C, Sexual offending against children-assessment and treatment of male abusers, New York: Routledge (1994)
- Мршевић З., “Инцест и пратећа кривична дела”, ЈРКК, број 3, 1994.
- Мршевић З., Савремена концепција сексуалних деликата и предложена решења у КЗ Србије и инкриминисање силовања, Саветовање у Будви, јуни 1994. г.–"Кривично законодавство и правна држава", ИКСИ, Београд, 1994.
- Мршевић З., Инцест између мита и стварности, Београд, 1997.
- Nettler G, Explaining Crime, Second edition, McGraw - Hill Book Companu, New York, St. Louis, San Francisco, 1978.
- Нешовић А., Кривично дело обљубе или противприродног блуда са лицем које није навршило четрнаест година, Билтен Окружног суда у Београду, број 66, 2005.
- Обретковић М., Детињство и права детета – еволуција концепта, у књизи М. Јањић - Комар и М. Обретковић, Права детета – права човека, Београд, 1996.
- O' Reilly G, Handbook of clinical intervention with young people who sexually abuse, Psychology Press, New York, 2004.
- Папазоглу Д., Кривично право и правосуђе у Србији (1804-1813), Београд, 1954.
- Петковић Н, Димитријевић Ј, Ђорђевић М, Сексуална злоупотреба деце – теоријски модели експланације, часопис Социјална мисао, број 3, Београд, 2011.
- Петковић Н, Павловић З, Димитријевић Ј, - Кривичноправна заштите деце од сексуалног насиља (предлози de lege ferenda), часопис "Специјална едукација и рехабилитација" бр. 2, Београд, 2012.
- Петрић В., Кривична дела против породице, брака и полног морала у Србији за време Кнеза Милоша, Анали ПФ, бр. 3-4, 1959.
- Пихлер С., “Основне црте у развоју Кривичног права Србије од 1815. до кодификације из 1860. г.“, Анали Правног факултета бр.1-2, 1974.
- Радовановић М. – Ђорђевић М, Кривично право, посебни део, Београд, 1967.
- Радуловић Љ, Криминална политика, Београд, 1999.
- Ракочевећ В, Кривична дјела против полне слободе, Саветовање Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство, Златибор/Београд, 2005.

- Reid S. T, Crime and Criminology, Ninth Edition, "Mc Graw Hill", Boston, New York etc, 2000.
- Ристивојевић Б., "Пунитивни популизам" српског законодавца критичка анализа тзв. Маријиног закона, Педесето редовно годишње саветовање српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013.
- Russell B., Marriage and Morals, London, 1929.
- Симић И, Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Београд, друга књига 1998; трећа књига 2000; четврта књига 2002.
- Симић И. – Петровић М., Кривични закон Републике Србије, практична примена, Београд, 1998.
- Симић И. – Трешњев А., збирка судских одлука из кривичноправне материје, 500 одлука, седма књига, Београд, 2006.
- Симић И. – Трешњев А., збирка судских одлука из кривичноправне материје, 500 одлука, осма књига, Београд, 2008.
- Симоновић Д., Кривична дела у српској легислативи, Београд, 2010.
- Singer, R.G, Lafond, Q.J. Criminal law – Examples and Explanations, New York, Aspen Law & Business, 1997.
- Соловјев В. А., Одабрани споменици српског права, Београд, 1926.
- Соловјев В. А., Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка, књига друга, Скопље, 1928.
- Соловјев В. А., Законик цара Стефана Душана, 1349. и 1354. Београд, 1980.
- Срзентић Н. – Стајић А, Кривично право ФНРЈ, општи део, Београд, 1953.
- Срзентић Н. – Стајић А, Кривично право, општи и посебни део, Београд, 1968.
- Стевановић И., Кривичноправна заштита малолетних лица, (докторска теза), Београд, 2008.
- Стевановић И., Осврт на нека питања сексуалног насиља према деци, Часопис Темида, број 3, 2002,
- Стојановић З., "Осврт на инкриминацију блудних радњи из чл. 183. КЗ и њену примену у судској пракси", ЈРКК, број 2.1975.
- Стојановић З., Кривично право, општи део, Београд, 2000.
- Стојановић З., Кривично право, општи део, Београд, 2005.
- Стојановић З., Правно – филозофске концепције у Предлогу Кривичног законика Србије и Кривичног законика Црне Горе, Зборник радова са саветовања "Казнено законодавство – прогресивна или регресивна решења, ИКСИ, Будва, 2005.
- Стојановић З., Карактеристике предлога Кривичног законика Србије, Часопис "Бранич", број 1-2, Београд, 2005.
- Стојановић З., Криминолошки аспект инкриминисања хомосексуалног понашања, ЈРКК, Београд, 1974.
- Стојановић З. – Перић О., Кривично право, посебни део, Београд, 2000.
- Стојановић З., Коментар Кривичног законика, Београд, 2006.
- Стојановић З., Кривичноправни и криминолошки аспекти дела против достојанства личности и морала, Симпозијум, Кривична дела против достојанства личности и морала – медицински, правни, социјални и морални аспекти сексуалне деликвенције, Нови Сад, 1995.
- Стојановић З., Одустанак од извршења кривичног дела и питање добровољности, Правни живот, бр. 1, 1978.

- Стојановић З., Политика сузбијања криминалитета, Нови Сад, 1991.
- Стојановић З., Критеријуми одређивања инкриминација, уопште и у сфери сексуалних односа (докторска теза), Љубљана, 1981.
- Стојановић З., Кривично право, посебни дио, Српско Сарајево, 2001.
- Стојановић З., Карактеристике предлога Кривичног законика Србије, Часопис Бранич, број 1-2, Београд, 2005.
- Стојановић З, Коментар Кривичног закона Савезне Републике Југославије, пето издање, Београд, 2002.
- Стојановић З, Кривичноправни експанзионизам и законодавство Србије, Зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, четврти део, едиција Кримен, Београд, 2010.
- Стојановић З., Превентивна функција кривичног права, часопис за кривичне науке Кримен, број 1. Београд, 2011.
- Sue B., Secret Survivors, uncovering incest and its aftereffect in women, Random House, New York, 1990.
- Suetonius, Caius Tranguillus, Дванаест римских царева (у преводу Стјепана Хосуа), Загреб, 1978.
- Schwind, H. D. Ahorn, W. und Weiss, R, Dunkelfeldforschung in Bochum 1986/87, "Bundeskriminalamt", Wiesbaden, 1989.
- Schonke – Schroder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Munchen, Berlin, 1961.
- Тађевић Н., Кривичноправна заштита деце жртава сексуалног насиља у Србији, часопис Темида, број 4, Београд, 2010.
- Тарановски Т, Историја српског права у немањичкој држави, Београд, 1996.
- Таховић Ј., Кривично право, посебни део, Београд, 1953.
- Таховић Ј., Коментар кривичног законика, Београд, 1956.
- Trondle H, Fischer T. : Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Munchen, C. H. Becksche: Verlagsbuch handlung, 1999.
- Урошевић Ј., Судски требник II, Кривични законик са коментаром, Београд, 1929.
- Faulkner M, G. Kelly and P. Turley, Your Guide to Irish Law, "Gill & MacMillan", Dublin, 1993.
- Finkelhor D, The international epidemiology of child sexual abuse Child Abuse and Neglect 18: 1994.
- Finkelhor D, Child sexual abuse: New theory and research, New York: The Free Press (1984)
- Фон Лист Ф, Немачко кривично право, уџбеник, (у преводу М. Веснића), Београд, 1902.
- Foregger E, Fabrizy E.E.: Strafgesetzbuch samt ausgewählten Nebengesetze, Wien, Manzsche Verlags und Universitatsbuchhandlung, 1999.
- Frug M. J., Women and the law, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc, 1992.
- Hentig, Criminal and his Victime, Cansas City Archon Books, 1967.
- Хирјан Ф. – Сингер М., Малољетници у кривичном праву, Загреб, 1987.
- Хирјан Ф. – Сингер М., Сполне злоупотребе дјече и омладине, Судско медицинске и правне актуалности, Загреб, 1978.
- Хирјан Ф. – Сингер М, Кривична дјела против достојанства личности и морала те против брака, породице и омладине у КЗ СР Хрватске, Наша законитост, број 3, Загреб, 1978.

- Carbonier, J. Droit civil, tome IV. Paris, 1982.
- Card R, Sexual Relations with Minors, The Criminal Law Review, July, 1975.
- Ценић Ђ., Објаснение казнителног законика за Књажевство Србију, Београд, 1866.
- Цетинић М., Инкриминације силовања у најновијим кривичним законима неких земаља у транзицији у светлу, већ дуже очекиване, реформе југословенског кривичног законодавства, часопис Темида, бр. 3, 1998.
- Цетинић М., Поглед на питање да ли је потребно преиспитивање инкриминације силовања, Анали Правног факултета, број 1-2, 1995.
- Child sexual abuse: Incest, assault and exploitation, Special report, National Center on Child Abuse and Neglect (NCCAN), Washington DC; HEW, Children's Bureau, august, 1978.
- Cohn, S.F, Gallagher, J.E. Crime and Creation of Criminal Law: A Partial Model, British Journal of Law and Society, n.2. 1977.
- Conte, J. R, Child sexual abuse: awareness and backlash, The Future of Children, Sexual Abuse of children, Volume 4 – Number 2 – summer/fall 1994.
- Чејовић Б., Кривично право у судској пракси, прва књига, општи део, Београд, 1986.
- Чејовић Б., Кривично право у судској пракси, друга књига, посебни део, Београд, 1986.
- Чејовић Б., Кривично право у судској пракси, друга књига, посебни део, Београд, 2008.
- Чубински М., Научни и практички коментар Кривичног Законика Краљевине Југославије, посебни део, Београд, 1930.
- Weigend, Th: Mindestanforderungen an ein europaweit geltendes harmonisiertes Strafrecht, in: Strafrecht und kriminalität in Europa, Baden – Baden, 2003.
- Wilson, C. – A History of Forensic Detection, USA: Warner Books – A Warner Communications Company, 1991.
- Younger, E. Y, Child Abuse: The problem of The Abused and Neglected Child, California Department of Justice, Attorney General's Criminal Law, Division and Crime Prevention Unit, Sacramento, 1976.
- Шепаровић З., Кривично право, посебни дио, Загреб, 1979.
- Шиловић Ј., Казнено право, Загреб, 1920.
- Шкулић М., Малолетници као учиниоци и као жртве кривичних дела, Београд, 2003.
- Шкулић М., Деца – жртве сексуалног насиља (кривичноправни и кривичнопроцесни положај), часопис Темида, број 3. 2001.
- Шуперина М. – Гарачић А, Учесталост казних дјела против сполне слободе и сполног ђудоређа у Републици Хрватској те нека питања у свези тумачења и примјене казноправних рјешења из главе XIV. Казненог закона, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, број 2, 2000.

ЗАКОНИ И ЗАКониЦИ

- Законик Цара Душана
- Казнени закон о злочинствима и преступцима за Босну и Херцеговину,

- Сарајево, 1904.
- Казнени закон Хрватске од 27. свибња 1852. (уредио др. Хинковић) Загреб, 1884.
 - Кривични закон Дистрикта Брчко БиХ
 - Кривични закон Републике Српске
 - Кривични законик Македоније
 - Кривични законик Црне Горе
 - Кривични законик Словеније
 - Кривични законик Немачке из 1987.
 - Кривични закон Федерације БиХ
 - Кривични законик Руске федерације из 1997.
 - Кривични законик Хрватске
 - Кривични законик Краљевине Србије из 1860.
 - Кривични законик за Књажевину Црну Гору, Цетиње, 1906.
 - Кривични законик Краљевине Југославије из 1929.
 - Кривични законик Краљевине Југославије и 343 решења свих апелационих судова, Сарајево, 1935.
 - Кривични законик, с објашњењима, Љубљана, 1961.
 - Мала збирка кривичних закона за Војводину (приредио Јован Ј. Лемајић), Нови Сад, 1924.
 - Коментар Кривичног закона Републике Србије, група аутора, Београд, 1995.
 - Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, Сарајево, 2005.

ДРУГИ ИЗВОРИ

- Библија
- Билтени Окружног суда у Београду
- Збирка судских одлука, књига V, свеска 3, Београд 1960.
- Збирка судских одлука, Београд, књига XII, свеска 2, 1974.
- Билтен Врховног суда Македоније, број 40, 1974
- Правни информатор, бр. 9/2006
- Violence: a public health priority. Geneva, World Health Organization, 1996 (document EHA/SPI/POA)
- WHO, Report on consultation on child abuse prevention, 29-31 March 1999, Geneva, World Health Organization, 1999. (document WHO/HSC/PVI/99.1).
- Evaluation and management of the sexually assaulted or sexually abused patient, Dallas, TX: American College of Emergency Physicians, 1999.
- Eu Joint Action of 24 february 1997 concerning action to combat trafficking in human beings and exploitation of children, OJ L 063, 4.3.1997.
- Nouveau code penal, d'emploi, Art. 222-23 – 222-26, Section 3, Pragraphe 1, (Du viol); Art. 222-27 – 222-32, Section 3, Pragraphe 2, (Des autres agression sexuelles); Art. 222-33, Section 3, Pragraphe 3, (Du Harcelement sexuel), Paris, 1993.
- Избор судске праксе, Глосаријум, број 1. Београд, 2006.
- Конвенција о правима детета, свеска 1 – Права детета и малолетничко правосуђе, одабрани међународни документи, Центар за права детета,

издање УНИЦЕФ-а,

- Опциони протоколи уз Конвенцију о правима детета, свеска 2 – Права детета и малолетничко правосуђе, одабрани међународни документи, Центар за права детета, издање УНИЦЕФ-а,
- Мала енциклопедија, Просвета, књига III, Београд, 1986.
- Европска конвенција о заштити људских права
- Интермекс, електронска база података
- Инг про, електронска база података
- Електронска база Окружног суда у Београду
- Council Resolution on the contribution of civil society in finding missing or sexually exploited children, OJ C 283, 9.10.2001.

БИОГРАФИЈА

Марко Миловић је рођен 07. јануара 1972. године у Тузли, Босна и Херцеговина где је завршио основну школу и гимназију. Дипломирао је 1997. године на Правном факултету у Београду са просечном оценом 7,03. Правосудни испит је положио 2000. године. Академски степен магистра кривичноправних наука стекао је 2004. године одбранивши магистарску тезу под називом „Кривично дело блудне радње“ на Правном факултету у Београду. У својој професионалној каријери радио је као приправник и стручни сарадник у некадашњем Трећем основном суду у Београду, а од 2001. године у Окружном суду у Београду као виши стручни сарадник у другостепеном кривичном одељењу. Године 2006. године одлази у адвокатуру. Аутор је већег броја научних радова из области кривичног права који су објављени у тематским зборницима и домаћим часописима. Учествовао је на више семинара. Служи се енглеским језиком.

Прилог 1.

Изјава о ауторству

Потписани-а Марко М. Миловић

број уписа _____ / _____

Изјављујем

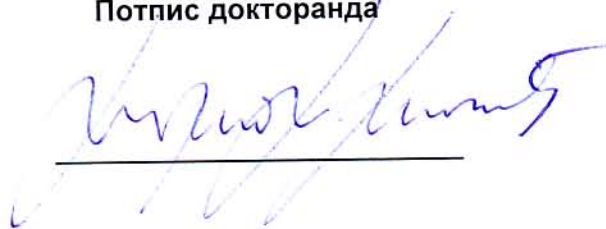
да је докторска дисертација под насловом

Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, 27.10.2014. године



Прилог 2.

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора Марко М. Миловић

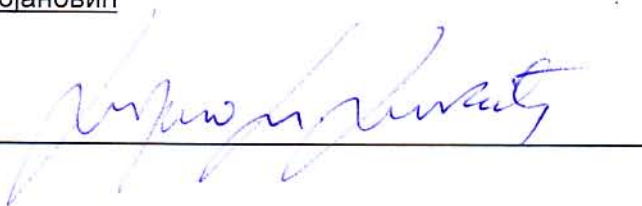
Број уписа _____ / _____

Студијски програм Докторске студије на Правном факултету Универзитета у Београду

Наслов рада Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа

Ментор проф. др Зоран Стојановић

Потписани _____



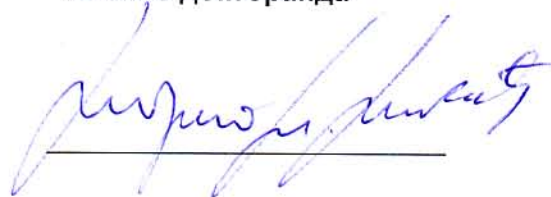
изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис докторанда

У Београду, 27.10.2014. године



Прилог 3.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

Кривичноправна заштита деце у области сексуалних односа

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство
2. Ауторство - некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

Потпис докторанда

У Београду, 27.10.2014. године

