

## МАТЕРИЈАЛНО КРИВИЧНО ПРАВО

<https://doi.org/10.7251/CEST1524060K>

UDK 343.85:343.91–053.6(497.11)

REFERAT

ПОЛОЖАЈ МАЛОЛЕТНИХ ЛИЦА У КРИВИЧНОМ  
МАТЕРИЈАЛНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

проф. др Драгана Коларић

судија Уставног суда Србије, Криминалистичко-полицијски универзитет,  
редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета и судија Уставног суда  
Републике Србије; dragana.kolaric@ustavni.sud.rs; dragana.kolaric@kpu.edu.rs

**Апстракт:** Аутор, анализирајући положај малолетних лица у кривичном материјалном праву Србије, даје конкретне предлоге за унапређење положаја малолетних лица као оштећених и окривљених у Кривичном законик у и Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. Интензивни реформски напори изражени у последњем периоду требали би да, по мишљењу аутора, превазиђу партикуларне измене и доведу до доношења новог ЗМУКД. Такође, потребно је побољшати и неке одредбе КЗ-а и уредити институте који постоје у пракси, доктрина о њима пуно говори али немају своје место у позитивном кривичном материјалном праву. Аутор је расправу поделио у две проблемске секције. Једну чини анализа положаја малолетних лица као окривљених (старосна граница за одговорност малолетних лица за кривична дела, одговорност других лица за кривична дела која учине деца, као и аспекти који се односе на сврху и систем санкција за малолетнике) и другу чини појачана заштита малолетних лица као оштећених у општем и посебном делу КЗ-а. Саставни део рада чини и анализа одредби најзначајнијих међународних и регионалних правних инструмената у овој области и праксе Уставног суда Србије када су у питању оштећена малолетна лица као подносиоци уставних жалби.

**Кључне речи:** Кривични законик, малолетна лица, дете, кривично дело, посредно извршилаштво, нечиђење, подстрекавање, васпитне мере, оштећени

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Кривично право за малолетнике обухвата правне норме материјалног, процесног и извршног карактера. Ми ћемо овом приликом разматрати норме кривичног материјалног права.

Кривично материјално право за малолетнике обухвата неколико значајних питања која се односе на: границе одговорности малолетних лица за кривична дела, систем кривичних санкција и других мера за малолетна лица, појачану заштиту малолетних лица у општем и посебном делу кривичног права. Заправо бисмо расправу која следи могли да поделимо на две целине и то: малолетна лица као учиниоци кривичног дела и малолетна

лица као оштећени/жртве/пасивни субјекти (Коларић, 2020, 50)<sup>1</sup> кривичног дела.

Доношењем Кривичног законика Србије (у даљем тексту: КЗ, Кривични законик, *Сл. Гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр. 107/2005 – испр. 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016. и 35/2019) и Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (у даљем тексту: ЗМУКД, Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *Сл. Гласник РС*, бр. бр. 85/2005.) одредбе о малолетницима до тада расуте као посебне целине у кривичном законодавству у односу на пунолетне учиниоце бивају обједињене у посебном законском тексту који није апсолутно

<sup>1</sup> У позитивном праву Републике Србије користи се паралелно више појмова, чије се значење у потпуности не подудара, за означавање лица чије је лично, имовинско или основно људско право или слобода повређено или угрожено кривичним делом. Диференцирамо појам пасивног субјекта, оштећеног кривичним делом и у новије време, под утицајем међународних докумената, упоредног права и иностране литературе појам жртве кривичног дела. Од системских закона, Кривични законик Србије<sup>1</sup> не пружа дефиницију „жртве“ кривичног дела иако у извесном, малом броју одредаба помиње термин жртва. Кривично материјално законодавство традиционално користи појам „пасивни субјект“ кривичног дела и не помиње „оштећеног“ који појам има своје место у кривичном процесном законодавству. Законик о кривичном поступку<sup>1</sup> (у даљем тексту: ЗКП) употребљава термин „оштећени“. Према општеприхваћеном становишту, оштећени је физичко или правно лице чије је неко лично или имовинско право кривичним делом повређено или угрожено. Оштећени има бројна права и процесне улоге. Појам жртве се не дефинише у одредбама кривичног материјалног и процесног права првенствено због тога што се ради о криминолошком тј. виктимолошком појму. Да је то тако, потврђују и многобројни убденици и монографске публикације из области криминологије и виктимологије. Жртва кривичног дела (лат. – *victima*) у ужем смислу подразумева физичко лице чије је добро или право непосредно повређено или угрожено кривичним делом, односно кршењем међународно признатих норми о људским правима. У ширем смислу, овај појам обухвата физичка лица и друге субјекте (организације, социјалне групе, колективе, заједнице) чија су добра или права повређена или угрожена кривичним делом или другом кажњивом радњом, односно кршењем међународно признатих норми о људским правима. Традиционално у кривичном праву се користи термин пасивни субјект кривичног дела. Пасивни субјект је лице које је носилац добра које је заштићено кривичним делом, чије је добро повређено или угрожено. То може бити и правно лице, а у погледу физичког лица као пасивног субјекта не постављају се никакви услови, тј. то може бити и дете, душевно болесно лице и др.<sup>1</sup> Дакле, пасивни субјект се не своди само на лице на коме је предузета радња (у смислу објекта радње). Међутим, и тако схваћен појам пасивног субјекта је ужи од појма оштећеног у кривичном процесном праву и појма жртве у криминологији, односно виктимологији. *Више о овим питањима*: Коларић, Д. 2020. Жртва кривичног дела и материјално кривично право. У: Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите, Златибор, стр. 50-75.

самостални правни акт већ, напротив, зависан од кривичног законодавства за пунолетна лица. Тако је дошло до оживотворења давно пре тога зачете идеје, подржаване од представника доктрине и стручњака из судске праксе, која је заговарала аутономно малолетничко кривично законодавство (Милошевић, 2006, 282). Дакле, до доношења ЗМУКД, кривичноправни статус малолетника био је регулисан посебним целинама у оквиру општих одредаба материјалног, процесног и извршног законодавства, што је у супротности са релевантним међународним стандардима (Милошевић, 2006, 282).

ЗМУКД који је ступио на снагу 1. јануара 2006. године, представља примарни извор права којим се регулише кривичноправни статус малолетника, док се на сва питања која нису експлицитно уређена овим законом, примењују одредбе Кривичног законика, Законика о кривичном поступку, Закона о извршењу кривичних санкција, Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, Закона о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, као и Закона о полицији, при чему је неопходно да нису у супротности са одредбама Закона о малолетницима.

Интересантно је да од ступања на снагу није мењан и допуњаван, иако се у више наврата радило на његовим новелама. Уколико би оне захватиле више од 30% одредаба има оправдања за усвајање потпуно новог ЗМУКД.

Према члану 112. КЗ-а дететом се сматра лице које није навршило четрнаест година, малолетником се сматра лице које је навршило четрнаест година, а није навршило осамнаест година, док се малолетним лицем сматра лице које није навршило осамнаест година.

Када је у питању узраст учиниоца ЗМУКД у члану 3. истиче да је малолетник лице које је у време извршења кривичног дела навршило четрнаест, а није навршило осамнаест година, да је млађи малолетник лице које је у време извршења кривичног дела навршило четрнаест, а није навршило шеснаест година, старији малолетник је лице које је у време извршења кривичног дела навршило шеснаест, а није навршило осамнаест година, док је млађе пунолетно лице које је у време извршења кривичног дела навршило осамнаест, а у време суђења није навршило двадесет једну годину и испуњава остале услове из члана 41. ЗМУКД.

Устав Републике Србије (Устав Републике Србије, *Сл. Гласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021), као највиши правни акт, пружа заштиту и гарантује низ људских права значајних за кривичноправни положај малолетних лица као учинилаца и оштећених кривичним делом.

Одредбама члана 64. Устава је установљено да деца уживају људска права примерено свом узрасту и душевној зрелости (став 1.), да свако дете има право на лично име, упис у матичну књигу рођених, право да сазна своје порекло и право да очува свој идентитет (став 2.), да су деца заштићена од психичког, физичког, економског и сваког другог искоришћавања или злоупотребавања (став 3.), да деца рођена изван брака имају једнака права као деца рођена у браку (став 4.) и да се права детета и њихова заштита

уређују законом (став 5). Устав гарантује посебну заштиту породице, мајке, самохраног родитеља и детета (члан 66) и могућност одступања од начела јавности поступка ради заштите интереса малолетника (члан 32.).

Постоји читав низ међународних докумената општег карактера, као и оних везаних за права детета на које можемо бити усмерени бавећи се овом тематиком. Поменућемо само неке најзначајније.

Одредбама **Конвенције Уједињених нација о правима детета** (Закон о ратификацији Конвенције УН о правима детета, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/90 и „Сл. лист СРЈ – међународни уговори“, бр. 4/96 и 2/97) прописано је: да је за сврхе ове конвенције дете људско биће које није навршило 18 година живота, ако се на основу закона који се односи на дете, пунолетство не стиче раније (члан 1.); да у свим активностима које се тичу деце од примарног значаја су интерес детета без обзира на то да ли их спроводе јавне или приватне институције за социјалну заштиту, судови, административни органи или законодавна тела (члан 3. став 1.); да државе чланице обезбеђују детету које је способно да формира своје сопствено мишљење право слободног изражавања тог мишљења о свим питањима која се тичу детета, а тим што се мишљењу детета посвећује дужна пажња у складу са годинама живота и зрелошћу детета (члан 12. став 1.); да се у ту сврху детету посебно даје прилика да буде саслушано у свим судским и административним поступцима који се односе на њега, било непосредно или преко заступника или одговарајућег органа, на начин који је у складу са процедуралним правилима националног закона (члан 12. став 2.); да државе чланице предузимају све одговарајуће законодавне, административне, социјалне и образовне мере ради заштите детета од свих облика физичког или менталног насиља, повреда или злоупотребе, занемаривања или немарног односа, малтретирања или експлоатације, укључујући и сексуалну злоупотребу, док је на бризи код родитеља, законитих старатеља или неког другог лица коме је поверена брига о детету (члан 19. став 1.); да такве заштитне мере треба да обухвате, по потреби, ефикасне поступке за установљавање социјалних програма за обезбеђење подршке неопходне детету и онима којима је поверена брига о детету, као и остале облике спречавања, утврђивања, пријављивања, прослеђивања, истраге, поступања и праћења случајева овде наведеног злостављања детета и, по потреби, обраћање суду (члан 19. став 2.); да државе чланице обезбеђују да ни једно дете не буде изложено мучењу или другим окрутним, нељудским или понижавајућим поступцима или казни, да се смртна казна и казна доживотног затвора, без могућности пуштања на слободу, не може се изрећи за кривична дела која су учинила лица млађа од 18 година (члан 37. став 1. тачка а).

Одредбама **Факултативног протокола о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији** (Закон о потврђивању факултативног протокола о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији, уз конвенцију о правима детета, *Сл. Лист СРЈ - међународни уговори*, бр. 7/2002), уз Конвенцију о правима детета прописано је: да ће државе

уговорнице забранити продају деце, дечју проституцију и дечју порнографију, као што је предвиђено овим Протоколом (члан 1.); да у смислу овог Протокола дечја проституција подразумева коришћење деце у сексуалним активностима за новчану или било коју другу накнаду (члан 2. став 1. тачка б)); да ће свака држава уговорница обезбедити, као минимум, да следеће радње и делатности буду у пуној мери обухваћени њеним кривичним или казним законом, без обзира да ли су таква дела извршена у земљи или транснационално, односно на индивидуалној или организованој основи, и то нуђење, добијање, набављање или обезбеђивање детета за потребе дечје проституције, као што је дефинисано у члану 2 (члан 3. став 1. тачка б)); да ће зависно од одредаба националног закона државе уговорнице, исто важити и за покушај да се изврши било које од наведених дела, као и за саучествовање или учешће у било ком од наведених дела (члан 3. став 2.); да ће државе уговорнице усвојити одговарајуће мере за заштиту права и интереса деце жртава поступака забрањених овим Протоколом у свим фазама кривичног поступка, нарочито – а) признавањем рањивости деце жртава и прилагођавањем поступака како би се признале њихове посебне потребе кад се појављују у својству сведока, б) обавештавањем деце жртава о њиховим правима, њиховој улози и обиму, временском распореду и напредовању поступка и исходу њихових случајева, ц) допуштањем да се представе и размотре гледишта, потребе и преокупације деце жртава, у поступку у ком су погођени њихови лични интереси, на начин који је у складу са правилима националног процесног права, д) обезбеђивањем одговарајућих услуга подршке деци жртвама током читавог правног поступка, г) избегавањем непотребног одлагања разматрања случајева и извршавања налога или одлука о давању обештећења деци жртвама (члан 8. став 1.); да ће државе уговорнице обезбедити да се у поступању система кривичног правосуђа са децом жртвама дела описаних у овом Протоколу, првенствено руководи најбољим интересом детета (члан 8. став 3.).

Одредбама **Конвенције Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања** (Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, број 1/10) прописано је: да у смислу ове конвенције: да „Дете“ означава свако лице млађе од 18 година (члан 3. тачка а)); да „Сексуално искоришћавање“ и „сексуално злостављање деце“ обухватају понашање о коме се говори у члановима 18. до 23. ове конвенције; (члан 3. тачка б)); да „Жртва“ означава свако дете које је подвргнуто сексуалном искоришћавању или сексуалном злостављању (члан 3. тачка в)); да ће свака страна предузети неопходне законодавне или друге мере како би обезбедила да следећи видови намерног понашања буду криминализовани: 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 положај у породици; или злоупотребљена посебно осетљива ситуација у којој се дете налази, његов рањиви положај, првенствено због менталног или физичког хендикепа или зависности (члан 18. став 1. тачка а) и тачка б) алинеје од прве до треће); да ће у смислу става 1. овог члана, свака страна одредити старосни узраст испод кога је забрањено бављење сексуалним активностима са дететом (члан 18. став 2.); да одредбе члана 18. став 1.а) немају за циљ уређивање сексуалних активности међу малолетницима које се одвијају уз обострани пристанак (члан 18. став 3.); да ће свака страна предузети све неопходне законодавне или друге мере како би обезбедила да следеће околности, у мери у којој већ не чине саставне елементе бића кривичног дела могу, у складу са релевантним одредбама унутрашњег права, бити узете у обзир као отежавајуће околности приликом одређивања санкција за кривична дела установљена у складу са овом конвенцијом: а) Кривично дело је нанело озбиљну штету физичком или менталном здрављу жртве; б) Кривичном делу су претходили акти мучења или тешког насиља или је кривично дело било пропраћено таквим актима; в) Кривично дело је почињено над посебно рањивом жртвом; г) Кривично дело је починио члан породице, лице које живи у заједници са дететом или лице које је злоупотребило свој ауторитет; д) Кривично дело је починило неколико људи који су деловали заједнички; њ) Кривично дело је почињено у оквиру криминалне организације; е) Починилац је већ раније био осуђиван за кривична дела истоветне природе (члан 28. тач. а) до е)); да ће свака страна предузети све неопходне законодавне или друге мере да би обезбедила да истрага и кривични поступак буду спроведени у најбољем интересу детета и уз поштовање његових права, као и да ће свака страна усвојити заштитнички приступ жртвама, обезбеђујући да истраге и кривични поступак не отежају трауму коју је дете већ претрпело, као и да кривичноправном одговору следи помоћ, тамо где је то потребно (члан 30. ст. 1. и 2.); да ће свака страна предузети све неопходне законодавне или друге мере како би заштитила права и интересе жртава, укључујући ту њихове посебне потребе у својству сведока, у свим фазама истражног и кривичног поступка, а посебно тако што ће: ... г) пружити жртвама одговарајуће службе подршке како би њихова права и интереси били на одговарајући начин предочени и узети у обзир; ... њ) обезбедити сигурност жртава, као и сигурност њихових породица и сведока који сведоче у њихову корист, како би били заштићени од застрашивања, одмазде и поновне виктимизације; е) обезбедити да се избегне контакт између жртава и починилаца на суду или у просторијама полиције, сем уколико надлежни органи не утврде да је то у најбољем интересу детета или када је такав контакт неопходан ради истраге или кривичног поступка (члан 31. став 1. тач. г), њ) и е)).

**Смерницама Комитета министара Савета Европе о правосуђу по мери детета** (Смернице Комитета министара Савета Европе о правосуђу по

мери детета: документ који је усвојио Комитет министара 17. новембра 2010. на 1.098. заседању заменика министара : редигована верзија од 31. маја 2011) прописано је: да је у смислу ових смерница о правосуђу по мери детета, дете – свако лице млађе од 18 година (II Дефиниције став 1. тачка а); да „правосуђе по мери детета означава правосудне системе који јемче поштовање и делотворно спровођење свих права детета на највишем могућем нивоу, водећи рачуна о начелима и посвећујући дужну пажњу нивоу зрелости и разумевања детета и околностима самог предмета. То је пре свега правосуђе које је доступно, примерено узрасту, брзо, марљиво, прилагођено потребама и правима детета и усредсређено на те потребе и права, уз поштовање права детета, укључујући право на исправан поступак, право да учествује у поступку и да разуме поступак, на поштовање приватног и породичног живота и на интегритет и достојанство“ (II Дефиниције став 1. тачка б); да „судије треба да поштују право деце да се њихова мишљења чују у свим питањима која се тичу њих самих или барем да се чују онда када се сматра да имају довољан ниво разумевања питања о којима је реч. Средства која се у те сврхе корист треба прилагодити нивоу разумевања детета и његовој способности комуникације и притом треба узети у обзир све околности предмета. Децу треба консултовати на начин на који она желе да се њихово мишљење чује“ (члан 3. став 1.); да „треба придати одговарајућу тежину ставовима и мишљењима детета у складу са његовим узрастом и зрелошћу“ (члан 3. став 2.); да је право да се чује глас детета право, а не дужност детета (члан 3. став 3.); да „дете не може бити спречено да се његов глас чује искључиво на основу његовог узраста. Кад год дете покрене иницијативу да се његов глас чује у предмету који га се непосредно тиче, судија не би требало, сем уколико је то у најбољем интересу детета, да добије да саслуша дете, већ треба да чује његове ставове у мишљењима о питањима која га се у датом предмету тичу“ (члан 3. став 4.).

Историјски посматрано у нашем кривичном праву Кривични законик ФНРЈ из 1951. године издваја одредбе о кажњавању малолетних учинилаца кривичних дела у посебну главу (Таховић, 1957, 229). Овај закон проглашен је Указом Президијума Народне скупштине ФНРЈ бр. 332 од 2. марта 1951. године. Глава шеста носи назив „Примена казни, васпитно-поправних мера и мера безбедности према малолетницима“. До тада је само посебним чланом/параграфом било уређено питање одговорности малолетника тј. узраста везано за одговорност за кривична дела (Милошевић, 2005, 285). Тако се лагано, после постреволуционарног периода, почев од шездесетих година прошлог века успоставља посебан кривичноправни положај малолетника како кроз различито регулисање питања одговорности тако и кроз широк спектар кривичних санкција, кроз посебне органе и поступке.

У нас су дуго година посебне одредбе о малолетницима биле садржане у два законска текста, у Кривичном закону СРЈ, тј. касније у Основном кривичном закону и Кривичном закону Републике Србије. Глава четврта Кривичног закона Србије је носила назив „Одредбе о васпитним мерама и

кажњавању малолетника“. У члану 11. ове главе је било истакнуто да се према малолетним учиниоцима кривичних дела примењују одредбе главе VI Кривичног закона СРЈ (општа правила о васпитним мерама и кажњавању малолетника) и одредбе ове главе, а остале кривичноправне одредбе само ако нису у супротности са овим посебним одредбама. Тиме су била изражена два значајна правила о поступању са малолетним учиниоцима кривичних дела: да се на њих примењују посебне одредбе намењене овој старосној категорији; и да се опште кривичноправне одредбе могу примењивати само ако нису у супротности са посебним одредбама (Лазаревић, 1997, 10).

У Србији се у последњем периоду посебно актуелизује питање спуштања границе одговорности малолетника за кривична дела док се нпр. потпуно занемарује немогућност примене заводске васпитне мере упућивања у посебну установу за лечење и оспособљавање јер такве установе нису формиране. Такође, тежи се поштравању законодавне казнене политике па чак и потпуно супротно основним принципима кривичног права, пре свега принципу легалитета али и легитимитета, као и стандардима постављеним у модерном кривичном праву, уместо да циљ буде усклађена законодавна и судска казнене политике, стварање услова за примењивање у пракси свих прописаних кривичних санкција и извесна кривичноправна реакција.

## 2. МАЛОЛЕТНА ЛИЦА КАО УЧИНИОЦИ КРИВИЧНИХ ДЕЛА

Као што смо поменули положај малолетних лица као учинилаца кривичних дела, посматран из перспективе кривичног материјалног права, је значајан са становишта два аспекта. То су: проблем старосне границе за одговорност малолетних лица за кривична дела, одговорност других лица за кривична дела која учине деца, као и аспекти који се односе на сврху и систем санкција за малолетнике.

### 2.1. Границе одговорности малолетних лица за кривична дела

Кривично право за малолетнике садржи низ специфичности које оправдавају регулисање те материје посебним законом. У Србији се према малолетним учиниоцима кривичних дела примењује као *lex specialis* ЗМУКД, кодификација која има низ изузетака у односу на одредбе о пунолетним учиниоцима. Специјалним одредбама о малолетницима се даје предност јер се криминалополитички циљеви у сузбијању малолетничког криминалитета постижу пре свега мерама помоћи, бриге, надзора и отклањања сметњи у нормалном развоју малолетника. Апострофира се васпитање и правилан развој малолетних учинилаца. Наглашена је специјална превенција, деловање на малолетника у смислу његове социјализације. Принуда и ограничавање слободе су у другом плану, те се тако само старијем малолетнику тј. лицу које је у време извршења кривичног дела навршило шеснаест, а није навршило осамнаест година, изузетно, може изрећи казна малолетничког затвора.



Млађим малолетницима, тј. лицима која су у време извршења кривичног дела навршила четрнаест, а нису навршила шеснаест година могу се изрећи само васпитне мере.

Доња старосна граница испод које се не може применити ниједна кривична санкција, што значи искључење примене кривичног законодавства, је одређена чланом 4. став 3. КЗ-а: „Кривичне санкције се не могу изрећи лицу које у време када је дело учињено није навршило четрнаест година. Васпитне мере и друге кривичне санкције могу се изрећи малолетнику под условима прописаним посебним законом“ и чланом 2. ЗМУКД који гласи: „Према лицу које, у време извршења противправног дела предвиђеног у закону као кривичног дела, није навршило четрнаест година не могу се применити кривичне санкције.“ Тада на сцену ступа систем здравствене и социјалне заштите. Таква лица се у кривичном праву називају децом. Слично решење постоји у највећем броју европских кривичних законодавастава (Немачка, Аустрија, Италија, Шпанија, државе са простора бивше СФРЈ, Словачка, Румунија, Бугарска и др.). Овакво решење је у складу са Општим коментаром бр. 24(2019) о правима детета у систему правосуђа за децу који је донео Комитет за права детета УН. Највишу доњу старосну границу прихватиле су неке скандинавске земље-петнаест или шеснаест година (Данска, Шведска, Норвешка), с тим што ове земље горњу старосну границу постављају на двадесетпрвој години живота. Доња старосна граница постављена на навршених четрнаест година представља вишедеценијску тековину на подручју држава бивше СФРЈ. Неке земље англосаксонске правне културе и традиције, као и неке афричке и азијске земље прихватају најнижу доњу границу малолетства (од седам до девет година).

Дакле, када кривично дело учини лице које се у кривичноправном смислу сматра дететом оно није криво за противправно дело предвиђено у закону као кривичног дела и без обзира на тежину прописане кривичне санкције према њему се не примењује кривично законодавство и надлежност правосудних органа. Када такво кривично дело учини лице које је навршило четрнаест, а није навршило шеснаест година могућа је примена васпитних мера и међу њима као најтеже, најригорозније васпитне мере упућивања у васпитно-поправни дом која може трајати најмање шест месеци а највише четири године. Према слову закона постоји и заводска васпитна мера упућивања у посебну установу за лечење и оспособљавање која се примењује према малолетницима који су ометени у психофизичком развоју или имају психичке поремећаје али нажалост, од ступања на снагу ЗМУКД такве установе нису формиране те се ова одредба не примењује у пракси. Када је у питање не примењивање појединих одредби којима се прописује неке васпитне мере сличну ситуацију препознајемо и код васпитне мере појачаног надзора у другој породици.

Утврђивање битног елемента кривичног дела, кривице учиниоца тј. оцена интелектуалних и волунтаристичких способности малолетника представља процес који је код малолетних учинилаца још сложенији имајући

у виду био-психичка и социјална својства личности. Период адолесценције карактеришу одређени биолошки и психолошки процеси. Нагли телесни развој личности не мора бити праћен психолошком зрелошћу, чак шта више врло често постоји раскорак између физичког раста и развоја и психолошких процеса (Срзентић & Стајић, 1997, 522). У погледу расправе о могућности спуштања доње старосне границе „кривичноправног малолетства“ испод четрнаест година било би добро формирати комисију која ће подразумевати учешће стручњака из различитих области (правнике, психологе, психијатре, педагоге итд.) и након јавне расправе и озбиљне дебате, анализе низа фактора и научних сазнања о развоју људске личности донети одлуку да ли наша деца у том узрасту могу да схвате значај свог дела и управљају својим поступцима јер је развој личности условљен низом фактора географског, културног, климатског и економског карактера. Треба скренути пажњу да је према подацима Републичког завода за статистику Србије само једном млађем малолетном лицу старости од 14 година изречена санкција за убиство у периоду од 2017-2021. Посматрано у истом периоду лицима од 15 година старости изречене су санкције за осам убистава и једно тешко убиство. У погледу узраста од 16 година примећујемо примену кривичног законодавства за 14 обичних и четири тешка убиства и у односу на седамнаестогодишњаке изречене су кривичне санкције за дванаест обичних и три тешка убиства. Статистика показује да број малолетних учинилаца убистава као тешких кривичних дела, у посматраном периоду, расте од 15 године живота и кулминира са 16 година.

Теоријски и практично се може поставити питање одговорности лица које подстрекава дете да учини кривично дело, и у вези са тим дилема, у односу на кривичноправни положај лица које се послужи дететом као оруђем за извршење кривичног дела, да ли се ради о подстрекачу или посредном извршиоцу.

У случају саучесништва, када неко са умишљајем изазива или учвршћује одлуку код другог лица да учини кривично дело примењују се општа правила о институту саучесништва у кривичном праву. По теорији акцесорне ограничене правне природе саучесништва важно је да је извршилац ушао у криминалну зону, остварио довршено кривично дело, односно кажњив покушај или припремне радње али није потребно да је извршилац поступао са кривицом већ да је остварио све објективне елементе кривичног дела. Према Кривичном законнику, члану 36. став 2. основи који искључују кривицу извршиоца (чл. 23, 28. и 29. овог законика) не искључују кривично дело саизвршиоца, подстрекача или помагача код којег кривица постоји.

Посредно извршилаштво је институт који подразумева да неко кривично дело врши преко другог. Ако је дете у целини зависно од одлуке другог онда постоји тзв. посредно извршилаштво (Вуковић, 2013, 96). Када догађајем управља лице које коришћењем недостатка другог врши властито кривично дело постојаће посредно извршилаштво. Како се у теорији истиче,

иза посредника, као својеврсно лице „из сенке“, догађајем управља посредни извршилац, који руке посредника користи за остварење свог наума. Овај други је само људско оруђе, средство првога који као централна личност влада над оним што се остварује, тако да само недело представља резултат његове воље (Вуковић, 2013, 97).

Посредно извршилаштво није регулисано Кривичним закоником. Као облици саучесништва у кривичном делу регулисани су само саизвршилаштво (чл. 33 КЗ), подстрекавање (чл. 34КЗ) и помагање (чл. 35 КЗ). Посредно извршилаштво, као вид извршилаштва, нема јасно место у систему. Једина ситуација коју је могуће протумачити као вид посредног извршилаштва налази се у члану 21. КЗ, који говори о кривичноправном значају силе и претње (Вуковић, 2013, 105). Ту се наглашава да се у случају извршења кривичног дела под дејством неодољиве силе, извршиоцем сматра лице које је ту силу применило.

Појам посредног извршилаштва у кривичноправној теорији је веома споран. Његово постојање се доводи у питање посебно након напуштања концепције екстремне и прихватања ограничене акцесорности. Посредно извршилаштво је и уведено због проблема до којих је доводила екстремна акцесорност. Данас појединци наглашавају да је посредно извршилаштво сувишно, с обзиром да лимитирана акцесорност омогућава кажњавање саучесника управо и у тим случајевима, тј. подстрекавање или помагање лицу на чијој страни не постоји кривица (Бабић&Џафербеговић).

Међутим, иако је то било логично за очекивати, прихватањем концепције лимитиране акцесорности, не само да није дошло до напуштања посредног извршилаштва, већ је његова примена чак оправдана и пожељна у неким ситуацијама (Бабић&Џафербеговић).

Дакле, посматрајући постављени проблем „када се неко послужи дететом за извршење кривичног дела, али и неурачунљивим лицем“ треба да утврдимо однос између два института и дамо одговор када је оправдано третирати ту ситуацију као подстрекавање а када као посредно извршилаштво? Игор Вуковић истиче да се поставља проблем „смисленог“ разликовања између подстрекавања и посредног извршилаштва након усвајања ограничене (лимитиране) акцесорности (Вуковић, 2013, 97).

Практични кривичноправни значај разликовања се, најпре, огледа у прописаној казни и у том смислу нема разлике јер се подстрекач кажњава казном прописаном за извршиоца.

Доктринарно и строго теоријски посматрајући проблем, може се појавити дилема да ли у случају да се дете користи за извршење кривичног дела долази до примене одредби о подстрекавању или пак, постоји посредно извршилаштво. Шта више одговара природи тог односа?

Прво, не ради се о саизвршилаштву, јер недостаје свест и воља о заједничком деловању. Друго, за примену института подстрекавања тешко да има места јер у нашем случају једно лице управља радњама другог, он га држи под својом контролом и утицајем који је много јачи од утицаја који

постоји код саучесништва. Посредни извршилац користи нечије „незнање или несвесност“ (Бабић&Џафербеговић). Он управља процесом догађаја, па је онај који непосредно делује у односу подређености према њему што није случај са односом подстрекача и подстрекнутог. Могли бисмо рећи да лице које слободно делује не може бити оруђе другог, па нема посредног извршилаштва већ евентуално подстрекавања.

Ако погледамо старију судску праксу примећујемо да су судови разматрали да ли је дете потпуно зависно од одлуке другог или способно је само да донесе одлуку. Врховни суд Хрватске је утврдио да код 13-годишњака постоји способност расуђивања и одлучивања, па је отац који је наговарао сина да убије стрица осуђен као подстрекач у убиству (Вулетић, 2015, 135). Игор Вуковић наводи пример родитеља који наводи седмогодишње дете да му из самопослуге кришом изнесе једно пиво или како му даје 50 динара да разбије нечији прозор и резонује да у таквој ситуацији ограничена акцесорност саучесништва омогућава да се родитељ сматра подстрекачем на ситну крађу (чл. 210 у вези са чл. 34 КЗ) односно на уништење и оштећење туђе ствари (чл. 212 у вези са чл. 34 КЗ) али да се по његовом мишљењу, са којим се слажемо, овде више ради о посредном извршилаштву јер постоји надмоћан положај у односу на субјекта који је и на плану разумевања противправности својих аката и на плану недозрелости свог психичког апарата у подређеном положају (Вуковић, 2013, 110).

Уколико би судови заиста у сваком конкретном случају мимо формалне границе коју поставља законодавац у ЗМКУД и КЗ-у (која је на 14 година) ценили фактичку могућност да лице буде под „влашћу“ другог то би довело до правне несигурности. Дакле, проблематично је утврђивање фактичке способности мимо правних стандарда установљених прописима.

Због тога је много боље законом *de lege ferenda* регулисати и посредно извршилаштво и утврдити његов кривичноправни значај.

Нека кривична законодавства са простора бивше СФРЈ регулишу и посредно извршилаштво. Тако, нпр. у члану 36. ставу 1. КЗ Хрватске стоји да је „Починитељ особа која сама или посредством друге особе почини казнено дјело“, а у члану 20. ставу 1. КЗ Словеније да је „Извршилац кривичног дјела свако ко га изврши особно или кориштењем и управљањем радњама другога (посредни извршилац)“.

Друго значајно питање које заслужује пажњу овом приликом тиче се одговорности родитеља за кривична дела која учине деца. У теорији се посебна пажња у оквиру неправих кривичних дела нечињења поклања улози гаранта, лица код којег постоји обавеза да делује, постоји дужност да предузме чињење јер ако у неким случајевима пропусти извршење те дужности може извршити кривично дело. Ово питање је нарочито битно у вези са одговорношћу родитеља за кривична дела која изврше деца.

Кривични законик Србије омогућава применом одредби које се односе на неправу кривична дела нечињења да се у неким случајевима преиспита да ли постоје услови за утврђивање кривице родитеља. Да ли се родитељи у

таквим ситуацијама могу сматрати гарантом и имају дужност не само да чине него и да спрече наступање последице. КЗ у члану 15. истиче да је кривично дело учињено нечињењем кад закон пропуштање да се предузме одређено чињење предвиђа као кривично дело. У ствау 2. стоји да нечињењем може бити учињено и кривично дело које је законом одређено као чињење, ако је учинилац пропуштањем дужног чињења остварио обележја тог кривичног дела.

Када је у питању положај гаранта доктрина се бавила питањима која се све лица и у којим правним односима могу наћи у таквој ситуацији. Да ли родитељи у односу „природне породичне повезаности“ (Вуковић, 2021,107) са децом имају дужност да својом интервенцијом спрече наступање последице. Заправо родитељ као гарант може имати и функцију заштите, право и дужност да се стара о малолетним лицима, али има и функцију надзора, над дететом у смислу спречавања његових „недела“ (Вуковић, 2021,112). Ту се мора водити рачуна о фактичкој могућности родитеља да акт детета спречи, што ће зависити од свих околности конкретног случаја. Дакле, изузетак у односу на начело субјективне индивидуалне одговорности постоји када гарант има фактичку контролу над другим лицем као извором опасности. Она је израженија што је дете млађе (Вуковић, 2021,112)<sup>2</sup> а када малолетно лице наврши 14 година живота искључена је гарантна одговорност по овом основу.

## 2.2. Систем кривичних санкција за малолетнике

ЗМКУД предвиђа широку лепезу санкција за малолетнике. То су васпитне мере и малолетнички затвор. Под одређеним условима могу се изрећи и мере безбедности.

У оквиру опште сврхе кривичних санкција, сврха кривичних санкција према малолетницима је да се надзором, пружањем заштите и помоћи, као и обезбеђивањем општег и стручног оспособљавања утиче на развој и јачање личне одговорности малолетника, на васпитавање и правилан развој његове личности, како би се обезбедило поновно укључивање малолетника у друштвену заједницу. Сврха малолетничког затвора је, поред поменуте сврхе и вршење појачаног утицаја на малолетног учиниоца да убудуће не врши кривична дела, као и на друге малолетнике да не врше кривична дела. Код васпитних мера је посебно наглашена специјална превенција.

Поред васпитних мера и малолетничког затвора постоје и посебне *sui generis* мере које се примењују пре него што је поступак започео или у току поступка са циљем да се избегне изрицање кривичних санкција. Те мере се

<sup>2</sup> Наиме истиче се да од 7 до 14 године дете пуно времена проводи у школи, па би зависно од конкретних околности, евентуално могли понети и учитељи, професори и наставници и то само у погледу кривичних дела учињених у школи и школском дворишту. Види: Вуковић, И. 2021. *Кривично право. Општи део*. 1. изд. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 112.

зову васпитни налози. У члану 6. ЗМУКД је истакнуто да је сврха васпитних налога је да се не покреће кривични поступак према малолетнику или да се обустави поступак, односно да се применом васпитног налога утиче на правилан развој малолетника и јачање његове личне одговорности како у будуће не би чинио кривична дела. Врсте васпитних налога су: 1) поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле, у целини или делимично, штетне последице дела; 2) редовно похађање школе или редовно одлажење на посао; 3) укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја; 4) подвргавање одговарајућем испитивању и одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога; 5) укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту.

Васпитне мере су: 1) мере упозорења и усмеравања: судски укор и посебне обавезе; 2) мере појачаног надзора: појачан надзор од стране родитеља, усвојиоца или стараоца, појачан надзор у другој породици, појачан надзор од стране органа старатељства, појачан надзор уз дневни боравак у одговарајућој установи за васпитавање и образовање малолетника; 3) заводске мере: упућивање у васпитну установу, упућивање у васпитно-поправни дом, упућивање у посебну установу за лечење и оспособљавање.

Мере упозорења и усмеравања изричу се кад је потребно и довољно таквим мерама утицати на личност малолетника и његово понашање. Мере појачаног надзора изричу се кад за васпитавање и развој малолетника треба предузети трајније мере уз одговарајући стручни надзор и помоћ, а није потребно малолетничково потпуно одвајање из дотадашње средине. Заводске мере изричу се према малолетнику према коме треба предузети трајније мере васпитавања, лечења и оспособљавања уз његово потпуно одвајање из дотадашње средине, ради вршења појачаног утицаја на малолетника. Заводске мере изричу се као последње средство и могу трајати, у границама одређеним овим законом, само колико је потребно да би се остварила сврха васпитних мера.

Старијем малолетнику који је учинио кривично дело за које је законом прописана казна затвора тежа од пет година, може се изрећи казна малолетничког затвора ако због високог степена кривице, природе и тежине кривичног дела не би било оправдано изрећи васпитну меру.

Малолетнички затвор не може бити краћи од шест месеци ни дужи од пет година, а изриче се на пуне године и месеце. За кривично дело за које је прописана казна затвора двадесет година или тежа казна, или у случају стицаја најмање два кривична дела за која је прописана казна затвора тежа од десет година, малолетнички затвор може се изрећи у трајању до десет година.

Сматрамо да би *de lege ferenda* требало створити услове за примену свих прописаних васпитних мера. Даље, треба спроводити принцип ограничавања кривичноправне репресије како према малолетним лицима тако и према млађим пунолетним лицима. Сматрамо добрим решење по коме се

млађим пунолетним лицима не може изрећи казна доживотног затвора тј. не може се изрећи лицу ако у време извршења кривичног дела није навршило двадесет једну годину живота. Раније је такво исто ограничење постојало везано за могућност изрицања казне затвора од тридесет до четрдесет година.

### 3. МАЛОЛЕТНА ЛИЦА КАО ОШТЕЋЕНИ/ЖРТВЕ/ПАСИВНИ СУБЈЕКТИ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Међународни и регионални документи посебну пажњу придају положају малолетних лица у поступцима где се појављују као оштећени, жртве тј. пасивни субјекти кривичног дела.

*Директива 2012/29 о успостављању минималних стандарда права, подршке и заштите жртава кривичних дела* (Директива о жртвама, *Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA*) утврђује низ обавеза које се односе на побољшање положаја жртава кривичних дела у кривичном поступку.<sup>3</sup> У Директиви се истиче да би особу требало сматрати жртвом без обзира на то да ли је учинилац идентификован, ухапшен, да ли је против њега био покренут кривични поступак или је осуђен те без обзира на породични однос између њих. Могуће је да члановима породице жртава такође буде нанесена штета као последица кривичног дела. Такви чланови породице, који су индиректне жртве дела, стога би такође требало да остваре корист од заштите на основу ове директиве.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Кривично дело представља недопуштено дело против друштва, као и повреду појединачних права жртава. Стога би жртве кривичних дела требало препознати и према њима поступати с поштовањем, на осећајан и професионалан начин без дискриминације било које врсте утемељене на било којој основи попут расе, боје коже, етничког или социјалног порекла, генетских обележја, језика, религије или уверења, политичког или неког другог уверења, припадности националној мањини, имовине, рођења, инвалидности, доба, пола, полног изражавања, полног идентитета, сексуалног усмерења, боравишног статуса или здравља. У свим контактима с надлежним телом које поступа у оквиру казненог поступка и свим службама које долазе у контакт са жртвама, попут служби за потпору жртвама или служби за поправљање штете, требало би узети у обзир личну ситуацију и непосредне потребе, године, пол, могућу инвалидност и зрелост жртава кривичних дела, при томе потпуно поштујући њихову телесну, умну и моралну неповредивост. Жртве кривичних дела требало би заштитити од секундарне и поновљене виктимизације, од застрашивања и одмазде, оне би требало да добију одговарајућу подршку ради олакшавања опоравка те би им требало омогућити приступ правосуђу.

<sup>4</sup> У тексту се даље набрајају категорије жртава и њихова права: при примени ове директиве првенствено се морају узимати у обзир интереси деце, у складу с Повељом о основним правима Европске уније и Конвенцијом Уједињених нација о правима детета; такође, треба обезбедити да се жртве с инвалидитетом могу у

### 3.1. Појачана заштита малолетних лица у општем делу

Изменама и допунама Кривичног законика из 2019. допуњена је одредба члана 108. КЗ о не застаревању одређених кривичних дела. Прописано је да не застаревају кривично гоњење и извршење казне и за сва кривична дела за која је прописана казна доживотног затвора. По новом решењу за тешка убиства прописана је казна доживотног затвора. Једно од тешких убистава је и убиство детета. Такође, прописан је доживотни затвор и за теже облике неких других кривичних дела где се као пасивни субјект појављује дете. То је случај са силовањем (члан 178. став 4), обљубом над немоћним лицем (179. став 3), обљубом са дететом (члан 180. став 3) и обљубом злоупотребом положаја (члан 181. став 5). Самим тим, за ова кривична дела не застарева кривично гоњење и извршење.

Даље, законодавац изменама члана 46. уводи извесне новине важне и за наш реферат. Прво, када је у питању дужина времена после којег суд може осуђеног на казну доживотног затвора пустити на условни отпуст. Друго, када је у питању апсолутна забрана условног отпуста осуђених на доживотни затвор за одређена тешка кривична дела (став 5. члана 46) (Коларић, 2019,26).

Према ЗИД КЗ из 2019. време после којег суд може осуђеног на казну доживотног затвора пустити на условни отпуст је двадесет седам година. Даље, уведена је забрана условног отпуста код појединих кривичних дела где се као пасивни субјект појављује дете (тешко убиство (члан 114. став 1. тачка 9), силовање (члан 178. став 4), обљуба над немоћним лицем (179. став 3), обљуба са дететом (члан 180. став 3) и обљуба злоупотребом положаја (члан 181. став 5)

---

потпуности користити правима одређенима у овој директиви, на једнакој основи с другима; жртвама тероризма је потребна посебна пажња, подршка и заштита због посебног карактера кривичног дела које је над њима учињено; насиље усмерено против особе због њеног пола, полног идентитета или полног изражавања или које несразмерно више погађа особе одређеног пола сматра се родно условљеним насиљем које може имати за последицу телесну, полну, емоционалну или психичку штету или економски губитак за жртву. Родно условљено насиље сматра се обликом дискриминације и повредом основних слобода жртве, те укључује насиље у блиским односима, полно насиље (укључујући силовање, полно злостављање и узнемиравање), трговину људима, ропство, као и различите облике штетних поступања, попут присилних бракова, сакаћења женских полних органа и такозваних злочина из части. Женама које су жртве родно условљеног насиља и њиховој деци често је потребна посебна подршка и заштита због великог ризика секундарне и поновљене виктимизације, застрашивања и одмазде повезаних с таквим насиљем; када се насиље догоди у блиском односу, насиље чини особа која је тренутни или бивши брачни друг или партнер или други члан породице жртве, без обзира на то дели ли учинилац или је делио исто домаћинство са жртвом. Такво насиље могло би обухватати телесно, полно, психичко или економско насиље и могло би имати за последицу телесну, умну или емоционалну штету или економски губитак.



Ова решења, посматрана са становишта ЕСЈП и Устава Србије, могу бити веома спорна.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> У случају *Винтер и остали против Уједињеног Краљевства*, Велико веће ЕСЈП изнело је став да сва лица осуђена на доживотни затвор имају право на ослобађање и преиспитивања казне после извесног времена (не дужег од двадесет пет година). Свако поступање супротно томе представља кршење члана 3. ЕКЈП. Одлука је донета већином од шеснаест судија на према један и у њој су истакнута два права. Прво, право на преиспитивање изречене казне доживотног затвора и друго, право на условни отпуст тј. неки други вид ослобађања тј. краћег трајања доживотног затвора.<sup>5</sup> Значај пресуде у случају Винтер се сигурно огледа у признавању људског достојанства свих осуђеника. Без обзира шта су урадили, треба им дати прилику да се рехабилитују, са изгледом евентуалног поновног функционисања као одговорних особа слободног друштва. Велико веће у случају Винтер је закључило да је потпуно негирање ове могућности само по себи понижавајуће и стога забрањено. Рехабилитација, објаснило је Велико веће, није могућа без могућности ослобађања. У случајевима где нема могућности за преиспитивање изречене казне после одређеног броја година, било би хировито за очекивати да затвореник ради на својој рехабилитацији. Пресуда имплицитно признаје да је нада важан и конситутиван аспект људског бића. Они који учине најгнуснија дела и који наносе тешку патњу другима, ипак задржавају своју основну дозу људскости и носе са собом могућност промене. Колико год дуга затворска казна била, они задржавају право на наду да једног дана можда окају своје грехе које су учинили. Ускраћивање наде било би лишвавање основног аспекта њихове људскости тако да би то било понижавајуће. Према мишљењу великог Већа мора да постоји законом утврђени поступак у законодавству држава потписница Конвенције и није задатак ЕСЈП да прописује процедуру за условни отпуст и други облик преиспитивања казне доживотног затвора. Али се зато Велико Веће позабавило утврђивањем времена након кога се гарантује преиспитивање и оно не може бити дужег од 25 година од почетка извршења казне доживотног затвора. Посебно су значајни ставови 119 и 120. пресуде *Винтер и остали против Уједињеног Краљевства*:

Суд из наведених разлога сматра да члан 3 у контексту казне доживотног затвора мора да се тумачи као да изискује могућност смањења казне, у смислу преиспитивања које ће домаћим властима омогућити да размотре да ли су неке промене код затвореника осуђеног на доживотну казну затвора толико значајне и да ли је он током служења казне постигао толики напредак у рехабилитацији да његово даље лишење слободе више не може бити оправдано легитимним пенолошким разлозима.

Суд, међутим истиче да он нема задатак да прописује облик тог преиспитивања (извршни или судски), имајући у виду поље слободне процене која се Државама уговорницама мора дати у питањима кривично-правног система и одређивања казне (види ставове 104 и 105 горе у тексту). Из истог разлога није на Суду да утврђује ни када би до тог преиспитивања требало да дође. Суд, међутим, такође напомиње да материјали из упоредног и међународног права којим располаже указују на јасну подршку успостављању посебног механизма којим се гарантује преиспитивање казне доживотног затвора најкасније 25 година након њеног изрицања и каснија периодична преиспитивања.

### 3.2. Појачана заштита малолетних лица у посебном делу

Када је у питању кривично право једно од основних начела које настоји да помири два супротстављена захтева (Илић, 2001, 5) потребу за појачаном репресијом, са једне стране, и њено ограничење у циљу заштите достигнутог стандарда људских права, са друге стране, је начело легитимитета. Ово начело наглашава важност основних идеја водилца на којима се заснива кривично право и истиче у први план основне слобода и права човека. Како је то истакнуто у члану 3. Кривичног законика Србије, заштита човека и других основних друштвених вредности представља основ и границе за одређивање кривичних дела, прописивање кривичних санкција и њихову примену, у мери у којој је то нужно за сузбијање тих дела.

Истицање основних слобода и права човека видљиво је и кроз општи заштитни објекат где се предност даје добрима човека. Зато, општи заштитни објекат треба видети у основним добрима човека или његовим основним правима, као и оним друштвеним добрима која су у функцији постојања и остваривања основних добара човека (Стојановић, 2019, 128).

Репресија не сме да доминира у односу на начело легитимитета тј. заштиту основних људских права и слобода, а нарочито не над начелом законитости. У области кривичног права важно је утврдити да ли се приликом прописивања одређених понашања као кривичних дела и прописивања казни или других кривичних санкција остварује гарантивна функција кривичног права. Начело легалитета представља једну од најважнијих тековина правне државе те је стога важно да се оно поштује у пуном капацитету и целокупном значењу. У теорији се истиче становиште да оно што се гарантује није много и своди се на један негативан аспект кривичног права, тј. да оно неће бити примењено онда када одређено понашање још није предмет регулисања кривичноправних норми. У области кривичних санкција оно што кривично право гарантује је још мање. Но, и то мало је веома значајно (Стојановић, 2016, 15). Стандарди свакако морају бити већи када је у питању прописивање оних понашања која ће представљати кривична дела, него када су у питању кривичне санкције и начело *nulla poena sine lege*. До отвореног кршења закона у области кривичних санкција врло ретко долази јер за тим нема ни потребе, судови и онако једва да су ограничени законом, тј. слободни простор за њихово одлучивање је врло широк (Стојановић, 2016, 16). Оно што препознајемо као проблем, у последњем периоду када је у питању начело законитости јесте брзоплетост у доношењу прописа (хиперкриминализација) што се одражава на квалитет норме које су недовољно одређене, користе се правни стандарди, аналогија-као начин тумачења путем сличности итд (Коларић, 2019, 15). Међутим, захтев за одређеношћу кривичноправних норми не искључује коришћење појмова у кривичном праву којима је потребно тумачење од стране судије. Битно је да је кривичноправна норма оправдана, а она то јесте ако постоји легитимни објект заштите и његова повреда или угрожавање. При томе је

неопходно да кривично дело буде прецизно одређено што значи да законодавац правну норму постави тако конкретно да подручје њене примене произилази из текста или се, у сваком случају, тумачењем може утврдити. Кривично право мора да има у виду и комплексност живота. Због тога су некада кривичноправне норме апстрактније постављене, па је у појединим случајевима потребно тумачење од стране судије (Коларић, 2013, 65).

Оно што можемо са високим степеном сигурности да тврдимо то је да феномен појачане репресије више није везан за унутрашње потребе државе већ се све више везује за усаглашавање са европским стандардима. То је најчешћи разлог реформи у последњем периоду. Међутим, у образложењима законских текстова као оправдање за нове инкриминације веома често се наводи и лоше искуство на унутрашњем плану, националне потребе и сл.

Посматрајући поставке Кривичног законика из 2005. године, али и ранији развој кривичног права у Србији примећујемо да неке категорије пасивних субјеката, оправдано, заслужују појачану заштиту. Ту, пре свега, мислимо на положај малолетних лица у систему кривичноправне заштите. Те границе се, последњих година, све више шире посебно када је у питању кривично процесно законодавство.

У кривичном материјалном праву законодавац прописује теже казне када се дете, малолетно лице или малолетник појављује као пасивни субјекат. Ово разликовање према узрасту и појачана кривичноправна заштита малолетних лица има своје криминалополитичко оправдање. Тако, убиство детета је тешко убиство. До ступања на снагу Кривичног законика Србије убиство детета се третирао као обично убиство, уколико није било неког квалификаторног обележја, а околност да се ради о убиству детета узимала се као отежавајућа околност приликом одмеравања казне. Сада, у члану 114. став 7, законодавац одређује да је лишење живота детета тешко убиство. Као што се може приметити, овом одредбом нису обухваћени малолетници (лица између четрнаест и осамнаест година живота). *De lege ferenda* требало би размислити у правцу померања границе појачане кривичноправне заштите са четрнаест на осамнаест година јер, посматрајући реално, нема неке велике разлике у психофизичком развоју између категорије у коју спадају деца и категорије малолетника. При томе, постоји и неусклађеност са појмом детета у Конвенцији УН о правима детета (лице до 18 година). Хрватско казнено право је прихватило ширу дефиницију детета као оштећеног. КЗ РХ који је ступио на снагу 01.01.2013. дефинисао је дете као особу која није навршила осамнаест година живота.

Такође, малолетна лица се издвајају као посебан пасивни субјект код неких кривичних дела (тешка телесна повреда, излагање опасности, отмица, трговина људима итд). Код поменутих недозвољених понашања дело постоји и када је учињено према другим лицима а околност да се ради о малолетним лицима делу даје квалификаторни облик. Постоје кривична дела код којих се искључиво захтева да је дело учињено према малолетном лицу (нпр. приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и

искоришћавање малолетног лица за порнографију, искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу, трговина малолетним лицима ради усвојења).

Код кривичних дела против полне слободе нпр. посебно се издваја обљуба са дететом и обљуба над немоћним лицем где законодавац препознаје потребу појачане заштите посебно рањивих категорија жртава као што су деца, душевно оболели, лица заосталог душевног развоја или немоћна лица која не могу да пруже отпор. Такође, посебно је инкриминисано навођење детета на присуствовање полним радњама, док код силовања постоји тежи облик кривичног дела ако је пасивни субјект малолетник.

Законодавац препознаје потребу за појачаном заштитом и бремените жене. Убиство добија квалификовани вид када се убиством мајке истовремено уништава плод, живот будућег детета. Заправо ту уништење плода представља једну додатну последицу која прати лишавање живота мајке. Квалификаторну околност представља бременитост, као и чињеница да се лишавањем живота бремените жене уништава и њен плод. Дакле, на посредан начин законодавац оваквом одредбом пружа заштиту и праву на живот детета које још није рођено (убиство бремените жене је тешко убиство) (Коларић, 2008, 247). Такође, тешка телесна повреда добија квалификаторни облик ако је нанета бременитој жени.

### **3.3. Малолетна лица као оштећени у пракси Уставног суда Србије**

#### **1. Оштећена малолетна лица као подносиоци уставних жалби**

##### *1.1. Начелни ставови и одступања*

Најпре, у погледу генералне категорије оштећених лица, у најширем кривично-процесном смислу тог појма, укључујући и супсидијарне тужиоце, Уставни суд, у начелу, има доследну праксу немериторног решавања уставних жалби тих лица, пре свега у специфичној области права на правично суђење. Уставни суд је у својој богатој судској пракси углавном доследно, одбацивао уставне жалбе подносилаца који су имали својство оштећеног, оштећеног као тужиоца и/или приватног тужиоца. У односу на, у таквим уставним жалбама, истакнуту повреду права на правично суђење, Уставни суд је заузео и примењивао став да се, полазећи од Уставом утврђене садржине права на правично суђење, које обухвата и гаранције права на суђење у разумном року, ово право у кривичном поступку јемчи пре свега окривљеном лицу, пошто се у том поступку одлучује о основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, односно о оптужбама које се неком лицу стављају на терет, а не оштећеним лицима у том поступку, те се стога ни оштећени не могу позивати на повреду права на правично суђење у кривичном поступку, јер то уставно право не конституише права тих лица на

позитиван исход тог поступка, односно на осуђујући исход са врстом и мером санкције против окривљеног које оштећени сматра адекватним<sup>6</sup>. У оваквом решавању, Уставни суд се ослањао на пресуду и став Европског суда за људска права (у даљем тексту: *Европски суд*) - *Крзак против Пољске* (ст. 23. и 24, од 6. априла 2004. године), у коме је и тај суд оценио да Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: *Конвенција*) не гарантује право да ће се против трећег лица покренути кривични поступак, нити да ће то лице бити осуђено, те је одбацио жалбу због повреде права на правично суђење, јер је оценио да је инкомпатибилна *ratione persone* са одредбама Конвенције.

Међутим, од овог начелног става Уставни суд је, баш попут Европског суда, у својој пракси атерирао и учинио и генерално и партикуларна одступања.

Основно **генерално** одступање је исказано у појединим мериторним одлукама у којима је Уставни суд указао и на то да оштећени, свакако, имају право да у кривичном поступку истакну имовинскоправни захтев у погледу материјалне или нематеријалне штете коју су претрпели извршењем кривичног дела и да се оштећена лица која су истакла имовинскоправни захтев могу позивати на повреду права на суђење у разумном року у кривичном поступку.

Са друге стране, **партикуларна** одступања су се појавила најпре и већ у раној фази судске праксе Уставног суда, када су мериторно разматране уставне жалбе подносилаца – оштећених, када је као повређено право истакнуто неко од фундаменталних права из тзв. „тврдог“ језгра људских права, попут права на живот и забране нечовечног поступања и злостављања (тортура). Дакле, ова партикуларна одступања су заснована на природи и значају повређеног права, а не на личности самог подносиоца. Међутим, у еволуционом развоју судске праксе Уставног суда и новијим одлукама појавила су се и одступања од претходно изнетог начелног става заснована како на значају и природи повређеног права, тако и на личности подносиоца, и то пре свега у правцу проширене уставносудске заштите оштећених малолетних лица.

Ради илустрације тенденција судске праксе, могуће је размотрити три релативно новије одлуке Уставног суда у којима је мериторно одлучивано о уставним жалбама оштећених малолетних лица и у којима су заузети и исказани значајни кривично-процесни и уставно-судски ставови. У првој и трећој од наредне три издвојене одлуке Уставног суда права детета су била у примарном фокусу аргументације Уставног суда и због тога је њихов значај

<sup>6</sup> Иако не прво донето, од значаја је Решење Уж-713/2008 од 27. јануара 2010. године којим је одбачена уставна жалба подносиоца, као приватног тужиоца у односу на ослобађајуће кривичне пресуде и ово решење Уставног суда се убудуће цитирало као референтно у бројним каснијим одлукама и решењима Суда. Решење је јавно доступно на интернет страници Уставног суда – База судске праксе: <https://www.ustavni.sud.rs/sudska-praksa/baza-sudske-prakse>

за ову тему много већи, док је у другој овде издвојеној одлуци права детета била истакнута и разматрана само акцесорно.

### *1.2. Одлука Уж-9956/2016 од 29. децембра 2020. године*

**Чињенично**, у овом предмету одбачена је кривична пријава поднета против осумњиченог, због кривичног дела насилничко понашање из члана 344. став 1. Кривичног законика, извршеног према малолетном оштећеном подносиоцу уставне жалбе и то применом начела опортунитета у односу на осумњиченог, а потом против тог истог окривљеног је обустављен и прекршајни поступак, јер је прекршајни суд нашао да је за кривично дело које конзумира обележја прекршаја, јавни тужилац већ одбацио кривичну пријаву.

**Правно**, у овој уставној жалби је била изричито истакнута повреда права из члана 25. и члана 64. став 3. Устава, дакле и права детета. Уставни суд је и у овој одлуци, најпре, поновио свој општи став да се самим подношењем кривичне пријаве не стиче право да се по поднетој кривичној пријави покрене кривични поступак, те да подносилац кривичне пријаве нема ни Уставом, ни законом зајемчено право да ће се против трећег лица водити кривични поступак, нити да ће лице које је окривљено бити и осуђено, односно да ће му бити изречена одређена кривична санкција. Уставни суд је, даље, указао и да није прихватљива тврдња подносиоца уставне жалбе да је „примена института одлагања кривичног гоњења из члана 283. Законика о кривичном поступку некомпатибилна са обавезама из члана 25. Устава“. Такав навод подносиоца уставне жалбе оцењен је неоправданим, јер је могућност одлагања кривичног гоњења, уз испуњење одређених услова прописаних одредбама Законика о кривичном поступку, што се своди на примену начела опортунитета кривичног гоњења, односно тзв. условљени опортунитет, сама по себи легитимна, те и уставноправно прихватљива, и она начелно не мора бити, нити би по правилу смела бити у супротности са интересима оштећеног кривичним делом, па ни онда када је оштећени дете, односно малолетно лице. Констатовано је да такве процесне могућности у виду тзв. диверзионих модела (према англосаксонском кривичнопроцесној терминологији), односно у процесној форми деловања начела опортунитета уопште (према класичној континентално-европској кривичнопроцесној терминологији), постоје и у већини других савремених кривичнопроцесних система у упоредноправном смислу.

Међутим, Уставни суд је пак указао да примена начела опортунитета кривичног гоњења, иако је начелно уставноправно прихватљива, не мора бити увек оправдана у сваком конкретном случају, а нарочито када се ради о условљеном опортунитету кривичног гоњења, с обзиром на врсту и природу обавезе која је тада одређена осумњиченом и **категорију оштећеног** о којем се ради, а у конкретном случају је у питању **дете**, које по дефиницији у суштинском смислу спада у тзв. посебно рањиве жртве кривичног дела, а у правном смислу, као и у складу са чланом 64. Устава, начелно ужива појачану

правну заштиту. Уставни суд је оценио да је јавни тужилац у конкретном случају погрешно што је своје иначе легитимно и уставноправно прихватљиво поступање према начелу опортунитета кривичног гоњења, условио одређивањем осумњиченом конкретне обавезе која је општег хуманитарног карактера, уместо да је рационално искористио постојећу законску могућност која се тиче тзв. условљеног опортунитета кривичног гоњења, која је ресторативног карактера, односно представља вид тзв. ресторативног правосуђа/ресторативне правде, те би се свела на обавезивање осумњиченог да накнади штету оштећеном, који с обзиром на свој узраст мора, у складу са релевантним уставним правилима и међународним обавезама које је Србија прихватила, имати појачан степен заштите у правном систему уопште, а посебно у његовом кривичноправном сегменту.

Оно што је посебно значајно у овом предмету је што је, по први пут, дефинисан тест за оцену да ли је дошло до повреде права детета из члана 64. став 3. Устава. Тај тест полази од следећих уставноправних питања:

1) да ли је у конкретном случају реч о детету у смислу Конвенције Уједињених нација о правима детета и Устава Републике Србије;

2) да ли дете има својство оштећеног, односно жртве психичког, физичког, економског или неког другог искоришћавања или злоупотребавања; и

3) да ли су надлежни органи пружили адекватну заштиту детету, односно да ли је поступање надлежних државних органа било у најбољем интересу детета у смислу Конвенције уједињених нација о правима детета и Смерница Комитета министара Савета Европе о правосуђу по мери детета.

Имајући у виду то да је у конкретном случају позитивно одговорено на претходна питања, а посебно то да би обавеза отклањања штете подносиоцу била у најбољем интересу детета, а како је то и стриктно предвиђено Конвенцијом Уједињених нација о правима детета, што није учињено, иако је поступајући тужилац у формалном смислу био слободан приликом одлучивања о избору између више обавеза, руководећи се својим слободним уверењем, те да није био везан предлогом осумњиченог, то је **усвојена уставна жалба овог малолетног оштећеног** и одређено правично задовољење, поред осталог, и утврђењем права на накнаду нематеријалне штете у износу од 300 евра.

### *1.3. Одлука Уж-1526/2017 од 4. фебруара 2021. године*

**Чињенично**, у овом предмету се радило о кривичном поступку вођеном против три лица због кривичних дела у вези са трговином људима у којима се као жртва појавило дете, оштећена подносиатељка уставне жалбе, а који је окончан применом начела опортунитета у односу на једног од окривљених, односно споразумима о признању кривице у односу на остале. У уставној жалби је истакнуто да суд није узео у обзир да је жртва дете, да је

два пута саслушана, да је на главним претресима била изложена непријатностима и страху, услед чега је код оштећене дошло до секундарне виктимизације, да је оштећена претрпела значајан интензитет психичког бола услед повреде права личности и слободе, као и страх, како у периоду извршења кривичног дела које је окривљеном оптужницом стављено на терет, а тако и током судског поступка где је била константно изложена секундарној виктимизацији као жртва трафикинга. Подносиатељка, која је у време извршења дела имала 16, односно 17 година, је истицала да су окончањем поступка, на начин на који је окончан, обесмишљена права оштећене као жртве кривичног дела, али и само слово закона чија уједначена примена у пракси треба да пружи сигурност грађана Републике Србије, јер се сврха кажњавања огледа како у друштвеној осуди учиниоца кривичног дела, тако и у превенцији од будућег вршења кривичних дела кроз претњу осудом.

**Правно,** Уставни суд је констатовао да је, иако опште одређење појма трговине људима, у аспекту жртве трговине људима, не прави разлику по основу пола или узраста, с обзиром на специфичне аспекте које ово дело добија када се као жртве појављују жене или деца, креиран посебни нормативни оквир са циљем акцентовања посебно тешког положаја жена и деце. С обзиром на потребу посебне заштите деце, чланом 388. Кривичног законика предвиђено је да је посебна отежавајућа околност приликом извршења трговине људима, када је дело извршено према малолетном лицу, односно лицу млађем од 18 година. Други аспект забране трговине људима заснован на узрасту тиче се елемента средства, односно начина извршења овог кривичног дела. Са становишта Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима, пристанак детета на искоришћавање нема значаја за конституисање дела трговине људима, односно правно је ирелевантно да ли је дете пристало да буде искоришћавано (члан 4, тачка (в)). С обзиром на то Уставни суд је у овом предмету констатовао да је приликом разматрања елемената трговине људима, када се као жртва трговине појављује дете, довољно да се стекну елементи радње и циља односно намере искоришћавања.

У конкретном случају, Уставни суд је утврдио да суд током поступка није пружио ни једну меру заштите и помоћи оштећеној која је у време вршења кривичног дела била дете према међународним уговорима, односно малолетно лице према Кривичном законнику, да није прилагодио вођење поступка налазу судског вештака у коме је констатовано стање трауматизованости жртве, да није одговорио на захтев за добијање статуса посебно осетљивог сведока, као и захтев у односу на метод испитивања оштећене као сведока, а што је довело до секундарне виктимизације оштећене, те да је у овом аспекту поступка дошло до повреде позитивне обавезе државе у односу на жртву трговине људима непоштовањем мера превенције, заштите и помоћи таквим лицима зајемчене чланом 26. став 2. Устава.



Ценећи питање испуњености процесног аспекта позитивних обавеза у односу на судски поступак за кривично дело трговине људима, Уставни суд је оценио да за конституисање кривичног дела трговине људима када се као жртва трговине људима појављује дете пристанак није неопходан, у конкретном случају и додатно због рањивог положаја оштећене као малолетног лица које потиче из непотпуне породице и рањиве социјалне групе. Делотворност судског поступка може бити повређена уколико после пет година и шест месеци вођења поступка, пет пута одржаног главног претреса од 24 пута заказиваног, двоструким сведочењем оштећене у поступку који се водио по оптужници за трговину људима, заменик јавног тужиоца на крају доказног поступка преиначи дело, „одложи кривично гоњење“ примењујући институт из члана 283. ЗКП, а суд обустави кривични поступак. Додатно са становишта процесног аспекта позитивних обавеза суда, Уставни суд констатује да је недостављањем решења о обустави поступка оштећеној, како би се изјаснила да ли жели да ступи на место јавног тужиоца, оштећена лишена било какве могућности да преузме кривично гоњење, да заступа оптужбу и сопственим активностима допринесе спровођењу целокупног поступка.

У односу на примену начела опортунитета Уставни суд је и на овом месту указао да његова примена, иако је начелно уставноправно прихватљива, не мора нужно бити оправдана у сваком конкретном случају. Истакнуто се посебно односи на ситуације условљеног опортунитета кривичног гоњења, с обзиром на врсту и природу обавезе која је одређена осумњиченом и категорију оштећене о којој се ради, а у конкретном случају је у питању дете, које по дефиницији у суштинском смислу спада у посебно рањиве жртве кривичног дела, а у правном смислу, као и у складу са Уставом (члан 64.), начелно ужива појачану правну заштиту (видети Одлуку Уставног суда Уж- 9956/2016 од 29. децембра 2020. године).

Уставни суд констатује да је начело опортунитета, којим се одступа од начела легалитета официјелног кривичног гоњења, утемељено на потреби да се избегну дуготрајни скупи кривични поступци, те да је примењиво на лакша кривична дела, у погледу којих се иначе води скраћени поступак. С обзиром на наведено, Уставни суд понавља да је начело опортунитета у конкретном случају примењено после пет година и шест месеци вођења поступка, и то на основу преквалификавања кривичног дела из тешког дела трговине људима у лако дело помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела, при чему је жртва дете, те погрешном применом процесних правила, чиме је повређен суштински *ratio* овог процесног механизма.

С обзиром на наведено, Уставни суд је у овом делу усвојио поднету уставну жалбу и оценио да су основани наводи подносиоце да поступајући јавни тужилац није могао да примени институт одлагања кривичног гоњења из члана 283. ЗКП према окривљеном, а имајући у виду да је оптужница потврђена. Члан 283. ЗКП није се могао применити у фази главног претреса у којој се налазио кривични поступак, а та неправилност је довела и до

неправилне примене члана 352. ЗКП, као и до онемогућавања подносиоце да преузме кривично гоњење и да заступа оптужбу у смислу члана 52. ЗКП. За утврђене повреде права Уставни суд је одлучио да се правично задовољење подносиоце уставне жалбе оствари, поред осталог, и утврђењем права на накнаду нематеријалне штете у износу од 5.000 евра.

#### *1.4. Одлука Уж-17471/2021 од 22. децембра 2022. године*

**Чињенично**, у овом предмету се радило о кривичном поступку вођеном против два лица због кривичног дела обљуба са дететом у коме се као жртва појавило дете, оштећена подносиоце уставне жалбе, а који је у односу на једног окривљеног окончан споразумом о признању кривице, којим му је изречена васпитна мера појачани надзор од стране органа старатељства и обавезан је да, између осталог, малолетној оштећеној уплати одређени износ на име награде нужних издатака пуномоћника, али је истовремено оштећена упућена на парницу за остварење имовинскоправног захтева који је јасно и опредељено била истакла.

**Правно**, и у овој уставној жалби је изричито и примарно истакнута, поред осталих, и повреда права детета из члана 64. став 3. Устава. Уставни суд је и у овој одлуци, најпре, поновио свој општи став да се самим подношењем кривичне пријаве не стиче право да се по поднетој кривичној пријави покрене кривични поступак, те да подносилац кривичне пријаве нема ни Уставом, ни законом зајемчено право да ће се против трећег лица водити кривични поступак, нити да ће лице које је окривљено бити и осуђено, односно да ће му бити изречена одређена кривична санкција. За разлику од спорног правног питања примене института условног одлагања кривичног гоњења и начела опортунитета од стране тужилаштва у предмету и Одлуци Уж-9956/2016 од 29. децембра 2020. године, у овом предмету се отворило ново спорно правно питање – примена института споразума о признању кривичног дела од стране тужилаштва, када је у питању посебна категорија оштећених малолетних лица – дете. Пред Уставним судом се, стога, отворило питање да ли поступање јавног тужиоца, а потом и надлежног суда, у конкретном случају, и примена њихових иначе законитих, легитимних и уставноправно прихватљивих овлашћења и надлежности да закључе, односно потврде споразум о признању кривичног дела, али без досуђења постављеног имовинскоправног захтева оштећене у опредељеној укупној или делимичној висини, представља адекватан вид тзв. ресторативног правосуђа/ресторативне правде, и да ли се тим поступањем оштећеној омогућује да јој окривљени накнади штету у једном судском поступку или се, пак, оштећена, која с обзиром на свој узраст мора имати појачан степен заштите у правном систему уопште, а посебно у његовом кривичноправном сегменту, у складу са релевантним уставним правилима и међународним обавезама које је Република Србија преузела, потенцијално додатно виктимизује. Додатно, уставном жалбом се отвара и питање да ли је поступање органа поступка у

конкретном случају било у најбољем интересу тог детета и да ли је обезбедило одговарајући заштитнички приступ жртви – детету.

И у овом уставносудском предмету је, по други пут, у складу са критеријумима већ успостављеним у Одлуци Уж-9956/2016 од 29. децембра 2020. године, на коју и подносиатељка указује у својој уставној жалби, примењен тест путем уставноправних питања ради оцене да ли је дошло до повреде наведених права детета и утврђених начела:

1) да ли је у конкретном случају реч о детету у смислу Конвенције Уједињених нација о правима детета и Устава;

2) да ли дете има својство оштећеног, односно жртве психичког, физичког, економског или неког другог искоришћавања или злоупотребавања;

3) да ли су надлежни органи пружили адекватну заштиту детету, односно да ли је поступање надлежних државних органа било у најбољем интересу детета и да ли су обезбедили одговарајући заштитнички приступ детету, у смислу Конвенције Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања, као и Конвенције уједињених нација о правима детета и Смерница Комитета министара Савета Европе о правосуђу по мери детета.

Одговарајући на наведена питања у овом уставносудском предмету, закључено је да су пропусти поступајућег суда, у комбинацији са претходним процесним пропустом надлежног тужилаштва, кумулативно довели до тога да се може сматрати да предметни кривични поступак није спроведен у најбољем интересу детета са заштитничким приступом жртви, као и да је упућивање оштећене, детета, на нове и додатне судске поступке, као да се ради о било ком другом пунолетном оштећеном, у којима ће се дете потенцијално морати суочавати не само са траумама које је већ проживело, већ и са правноснажно осуђеним, ради расправљања о висини имовинскоправног захтева у целини, било у директној супротности с наведеном обавезом из члана 30. ст. 1. и 2. Конвенције Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања, јер, поред свега већ наведеног, таква одлука не обезбеђује ни то да кривични поступак не отежа трауму коју је ово дете, извршењем кривичног дела над њом, сасвим природно, већ претрпело. Стога је усвојена уставна жалба и ове малолетне оштећене и одређено правично задовољење, поред осталог, и утврђењем права на накнаду нематеријалне штете у износу од 1.000 евра.

#### 4. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Имајући у виду догађај који је потресао цео регион, не само становништво и надлежне државне органе у Србији, при надлежном министарству се радило у претходном периоду на изменама и допунама Кривичног законика. Јавне расправе о том Нацрту ЗИД КЗ-а још увек није било. Очекујемо је у наредном периоду. И овај ЗИД КЗ „краси“ појачана

кривичноправна репресија која подразумева заоштравање казнене политике законодавца и нове инкриминације. Пуно смо већ писали и говорили о пооштравању законодавне казнене политике потпуно супротно основним принципима кривичног права, пре свега принципу легалитета али и легитимитета, па то овај пут сматрамо сувишним.

Желели бисмо да у фокус ставимо малолетна лица и побољшање њиховог положаја пред надлежним државним органима без обзира да ли се налазе у улози оштећених или окривљених.

У погледу расправе о могућности спуштања доње старосне границе „кривичноправног малолетства“ испод четрнаест година, као што смо већ поменули, нема места и слободног простора за лицитирање правника већ се мора формирати мултидисциплинарна комисија која ће подразумевати учешће стручњака из различитих области (правнике, психологе, психијатре, педагоге итд.) и тек након анализе низа фактора и научних сазнања о развоју људске личности донети одлуку да ли наша деца у том узрасту могу да схвате значај свог дела и управљају својим поступцима јер је развој личности условљен низом фактора географског, културног, климатског и економског карактера.

Даље, треба створити услове за примену свих васпитних мера (сада постоји немогућност примене заводске васпитне мере упућивања у посебну установу за лечење и оспособљавање).

Ако се бавимо кривицом других лица за дела која учине деца треба такве ситуације посматрати кроз традиционалне институте кривичног права као што су помагање, подстрекавање, посредно извршилаштво и неправда кривична дела нечињења. Зато, *de lege ferenda* треба законски регулисати и посредно извршилаштво и утврдити његов кривичноправни значај да не би долазило до проблема у судској пракси.

У складу са смерницама Комитета министара Савета Европе о правосуђу по мери детета треба спроводити принцип ограничавања кривичноправне репресије како према малолетним лицима тако и према млађим пунолетним лицима.

Неке одредбе, иако представљају појачану заштиту малолетних лица, као што су забрана условног отпуста код појединих кривичних дела где се као пасивни субјект појављује дете (тешко убиство (члан 114. став 1. тачка 9), силовање (члан 178. став 4), обљуба над немоћним лицем (179. став 3), обљуба са дететом (члан 180. став 3) и обљуба злоупотребом положаја (члан 181. став 5) су веома спорне са становишта ЕСЉП и Устава Србије.

Потребно је ускладити се и са Конвенцијом УН о правима детета те померити границу појачане кривичноправне заштите са четрнаест на осамнаест година јер, посматрајући реално, нема неке велике разлике у психофизичком развоју између категорије у коју спадају деца и категорије малолетника.

## Литература

- Вуковић, И. 2013. О ситуацијама посредног извршилаштва у српском кривичном праву. *Анали Правног факултета у Београду*, 1(ЛХИ), стр. 96-121.
- Вуковић, И. 2021. *Кривично право. Општи део*. 1. изд. Београд: Универзитет у Београду Правни факултет.
- Вулетић, И. 2015. Материјалноправни положај млађих особа у Хрватском Казненом праву У: Малолетници као учиниоци и жртве кривичних дела и прекршаја. *Институт за криминолошка и социолошка истраживања*. стр. 131-143.
- Илић, Г. 2001. Држава *versus* криминалитет и стандарди људских права. у: *Криминал и државна реакција: феноменологија, могућности и перспективе*, Палић, стр. 5-29.
- Коларић, Д. 2020. Жртва кривичног дела и материјално кривично право. У: *Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите*, Златибор, стр. 50-75.
- Коларић, Д. 2019. Кривични законик и (не)адекватност државне реакције на криминалитет У: *Измене у кривичном закон одавству и статусу носилаца правосудних функција и адекватност државне реакције на криминалитет*, Златибор, стр. 22-42.
- Коларић, Д. 2019. Оријентација законодавца у последњем закону о изменама и допунама Кривичног законика - (не)оправдано јачање кривично-правне репресије. *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, бр. 3-4, стр. 13-45.
- Коларић, Д. 2013. Нова концепција кривичних дела тероризма у Кривичном законнику Републике Србије. *Crimen*, бр. 1. стр. 49-72.
- Коларић, Д. 2008. *Кривично дело убиства*, Београд. Службени гласник.
- Лазаревић, Љ. 1997. Кривични закон Републике Србије са краћим коментаром, Београд: Савремена администрација.
- Лазаревић, Љ. 1997. Кривични закон Републике Србије са краћим коментаром, Београд: Савремена администрација.
- Милошевић, Н. 2006. Нове тенденције у савременој науци кривичног права и малолетничко кривично право. У: *Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство*, Златибор, стр. 279-299.
- Срзентић, Н., Стајић, А. & Лазаревић, Љ. 1997. *Кривично право Југославије. Општи део*. 20. изд. Београд: Савремена администрација.
- Стојановић, З. 2019. *Кривично право. Општи део*. 26. изд. Београд: Правна књига.
- Стојановић, З. 2016. Гарантивна функција кривичног права. у: *Казнена реакција у Србији – VI део*, Београд, стр. 1-16.
- Таховоћ, Ј. 1957. Коментар кривичног законика. Београд: Савремена администрација.
- Устав Републике Србије, *Сл. Гласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021.
- Кривични законик, *Сл. Гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр. 107/2005 – испр. 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016. и 35/2019.
- Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *Сл. Гласник РС*, бр. бр. 85/2005.
- Закон о ратификацији Конвенције УН о правима детета, *Sl. list SFRJ – Међународни уговори*, бр. 15/90 и „Сл. лист СРЈ – међународни уговори“, бр. 4/96 и 2/97.
- Закон о потврђивању факултативног протокола о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији, уз конвенцију о правима детета, *Сл. Лист СРЈ – међународни уговори*, бр. 7/2002)
- Кривични закон СФРЈ "Службени лист СФРЈ", бр. 44/76, 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 54/90 и "Службени лист СРЈ", бр. 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 41/93, 50/93, 24/94, 61/2001.

Основни Кривични закон "Службени лист СФРЈ", бр. 44/76, 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 54/90, "Службени лист СРЈ", бр. 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 24/94, 61/2001, "Службени гласник РС", бр. 39/2003.

Кривични закон Србије, "Службени гласник СРС", бр. 26/77, 28/77, 43/77, 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89, 21/90, "Службени гласник РС", бр. 16/90, 26/91, 75/91, 9/92, 49/92, 51/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/2002, 11/2002, 80/2002, 39/2003, 67/2003.

Кривични законик ФНРЈ, Службени лист ФНРЈ, бр. 13/1951.

Одлука Уж-9956/2016 од 29. децембра 2020. године

Одлука Уж-1526/2017 од 4. фебруара 2021. године

Одлука Уж-17471/2021 од 22. децембра 2022. године

## THE POSITION OF MINORS IN THE SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA

**Professor Dragana Kolarić, PhD**

*Judge of the Constitutional Court of Serbia, University of Criminal Investigation and Police Studies, Full Professor of the University of Criminal Investigation and Police Studies and a Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia, dragana.kolaric@ustavni.sud.rs; dragana.kolaric@kpu.edu.rs*

**Abstract:** *Analysing the position of minors in the criminal substantive law of Serbia, the author makes concrete proposals for improving the position of minors as victims and defendants both in the Criminal Code and in the Law on Juvenile Offenders and Criminal Protection of Minors. The intense reform efforts expressed in the last period should, in the author's opinion, overcome particular changes and lead to the adoption of a new Law on Juvenile Offenders and Criminal Protection of Minors. Also, it is necessary to improve some provisions of the Criminal Code and regulate the institutes that exist in practice, as the doctrine says a lot about them, but they do not have their place in positive criminal substantive law. The author divided the discussion into two problem sections. One is the analysis of the position of minors as defendants (age limit for the responsibility of minors for criminal acts, the responsibility of other persons for criminal acts committed by children, as well as aspects related to the purpose and system of sanctions for minors) and the other is the enhanced protection of minors as injured parties in the general and special part of the Criminal Code. An integral part of the work is the analysis of the provisions of the most important international and regional legal instruments in this area and the practice of the Constitutional Court of Serbia when it comes to injured minors as applicants of constitutional appeals.*

**Keywords:** *Criminal Code, minors, child, criminal act, indirect execution, inaction, incitement, educational measures, victims*