

MATERIJALNO KRIVIČNO PRAVO

<https://doi.org/10.7251/CEST1625271M>

UDK. 341.231.14-053.2:343.3/7(497.11)

(НЕ)МОГУЋНОСТ ПРИМЕНЕ НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА КАО ЖРТВЕ У КРИВИЧНОМ МАТЕРИЈАЛНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Милевка Миленковић

Судија Апелационог суда у Крагујевцу, milevkamil@gmail.com

Апстракт: Најбољи интерес детета је општеприхваћени правни стандард у свим правним областима у Републици Србији и у различитим врстама поступака које воде управни органи, суд и органи социјалне заштите. Законодавац је такође овај стандард инкорпорисао у законе, посебно у оне којима се регулишу породични односи. Рад се бави темом најбољег интереса детета са практичног аспекта у настојању да ће тема рада и запажања до којих се дошло у судској пракси бити употребљени за обраду теме и са научног и теоријскоправног аспекта. У раду се полази од регулисања овог начела у међународним правним документима, као и у домаћем законодавству, са посебним освртом на кривичноправну регулативу, разматра се усклађеност појмова „жртва“ и „дете“ са међународним дефиницијама ових појмова, а потом се кроз конкретне примере из судске праксе тежи проналажењу одговора на питање да ли је могуће и на који начин начело најбољег интереса детета применити у кривичном материјалном праву.

Кључне речи: најбољи интерес детета, одузимање малолетног лица, деца као сведоци насиља.

1. УВОД

У савременим тенденцијама деца су носиоци права и правни принцип примене најбољег интереса детета је утемељен у Републици Србији ратификовањем Конвенције Уједињених нација о правима детета,¹ која је доношењем Закона о ратификацији инкорпорирана у домаће материјално право и непосредно се примењује. Након ратификације донет је сет закона 2005.године и то Породични закон,² који у својим одредбама експлицитно помиње најбољи интерес детета, Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица,³ и извршена је

¹ Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета („Сл.лист СФРЈ - Међународни уговори“, бр.15/90 и „Сл. лист СРЈ - Међународни уговори“, бр.4/96 и 2/97)

² („Сл. гласник РС“, бр.18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015)

³ („Сл. гласник РС“, бр.85 од 6.10.2005.године, који је ступио на снагу 1.1.2006.године)

кодификација кривичног права доношењем Кривичног законика.⁴ Обзиром да се у одредбама ових кривичних закона уопште не помиње интерес детета, а да су према Уставу Републике Србије⁵ потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права део правног поретка Републике Србије, кривични судови су имали изазов и недоумице у примени кривичних закона посебно код кривичних дела против брака и породице, чији је групни заштитни објект породица, јер су морали поћи од тога да су права родитеља и деце већ регулисана правноснажним судским одлукама донетим у парничном поступку у којима је утврђиван и цењен најбољи интерес детета. Тако је у Породичном закону прописано да право детета да одржава личне односе са родитељем са којим не живи може бити ограничено само судском одлуком када је то у најбољем интересу детета (члан 61). Код неких од кривичних дела против брака и породице биће дела се огледа управо у онемогућавању извршења одлука парничног суда, па се поставља као додатно питање да ли је кривични суд овлашћен да поново цени најбољи интерес детета. Са друге стране, интерес је учиниоца кривичног дела са положајем окривљеног у кривичном поступку да се брани на начин за који сматра да је за њега најповољнији, па уколико се исти брани да је поступао у најбољем интересу детета, таква одбрана се мора проверити јер је суд у обавези да утврђује како чињенице које терете окривљеног, тако и у његову корист. Као треће, могуће је да је услед протека времена од доношења правноснажне пресуде одлука о правима детета више не одражава његов најбољи интерес, што може бити истакнуто пред кривичним судом. На крају, код појединих кривичних дела сама инкриминација допушта уско и шире тумачење, тако да ако се ширим тумачењем применом принципа најбољег интереса детета штите права жртве кривичног дела, може се поставити питање супростављености тог принципа начелима која штите окривљено лице. Другим речима, уколико најбољи интерес жртве истовремено одражава и „најбољи интерес окривљеног“ за његов процесни положај, практичан и теоретски значај овог питања је веома мали, јер су ова начела у балансу, али у супротном, када су интерес жртве и интерес окривљеног супростављени решење за сукоб ових супростављених права може дати сам законодавац или судска пракса *in concreto* приликом примене закона и општеприхваћених правила међународног права.

2. ЦИЉ И МЕТОДЕ ИСТРАЖИВАЊА

Циљ рада је упознавање стручне јавности и шире правне заједнице са изазовима са којима се судије који поступају у кривичној материји срећу у примени закона приликом доношења одлука у којима се решавају питања од јавноправног значаја чиме се изражава интерес друштвене заједнице за привођење правди учиниоца кривичног дела, али истовремено се задира и у

⁴ („Сл. гласник РС“, бр.85 од 6.10.2005.године, који је ступио на снагу 1.1.2006.године)

⁵ („Сл. гласник РС“, бр.98/2006 и 115/2021)

приватни интерес учесника у поступку, а посебно субјеката кривичних дела, како активних, тако и пасивних. Због обимности случаја на које би се тема могла односити, што далеко превазилази потребе овог рада, истраживање примене начела најбољег интереса детета у судској пракси је ограничено на кривична дела против брака и породице и то кривично дело одузимање малолетног лица из члана 191 Кривичног законика, а у погледу кривичног дела насиље у породици из члана 194 став 3 Кривичног законика само у вези његове примене на децу жртве кривичног дела које је извршено у њиховом присуству, односно на децу као сведоке насиља.⁶

Узорак за истраживање представља судска пракса другостепених судова са подручја Апелационог суда у Крагујевцу,⁷ у временском периоду од 10 година од када је установљена њихова другостепена надлежност за одлучивање по жалбама на одлуке основних судова за кривична дела за које је прописана новчана казна и казна затвора до пет година,⁸ као и пракса Врховног касационог суда од тренутка његовог оснивања, односно пракса Врховног суда од када је исти започео са радом.⁹

3. ПОЈАМ ДЕТЕТА

Основна тежња свих цивилизованих земаља данас јесте заштита људских права, а посебно су том тежњом обухваћена права детета као посебно осетљиве категорије у породици и друштву. Стога је право (скуп правних норми) као инструмент заштите захтевало најпре утврђивање права детета и дефиницију појма детета. Конвенција УН о правима детета је први међународни документ који говори о деци као субјектима права и почива на четири темељна принципа без чијег задовољења није могуће остварити права детета, а то су недискриминација (члан 2), најбољи интерес детета (члан 3), право на живот, опстанак и развој (члан 6) и партиципација (члан 12). Породични закон нормативно је уредио скуп свих права детета (члан 59-66), као и посебан парнични поступак за остварење тих права (члан 261-273). Кривично материјално и кривично процесно право су такође пружили заштиту права детета када су кривична дела извршена на њихову штету.

⁶ Анализирана је и судска пракса за кривично дело запуштање и злостављање малолетног лица из члана 193 Кривичног законика, али није обухваћена радом због веома малог броја и специфичности случаја који се не односе на тему рада

⁷ Виши суд у Крагујевцу, Виши суд у Краљеву, Виши суд у Јагодини, Виши суд у Новом Пазару, Виши суд у Ужицу и Виши суд у Крушевцу, при чему Виши суд у Пожаревцу није имао таквих предмета у својој другостепеној пракси

⁸ Закон о уређењу судова („Сл. гласник РС“, бр.116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 - др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 - одлука УС, 87/2018 и 88/2018 - одлука УС)

⁹ Закон о уређењу судова („Сл. гласник РС“, бр.9/2023), ступа на снагу дана 9.2.2023.године, а примењује се од дана конституисања Високог савета судства дана 10.5.2023.године

Међутим, да би се могло са практичног аспекта анализирати да ли је кривично право пружио потребну и довољну заштиту деци (између осталог, и применом општеприхваћеног стандарда најбољег интереса детета) мора се најпре утврдити појам детета и на коју се категорију лица односи.

Према Конвенцији Уједињених нација о правима детета је предвиђено, у ставу 1, да је дете свако људско биће које није навршило 18 година, уколико се по закону који се примењује на дете, пунолетство не стиче раније.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода¹⁰ не садржи дефиницију детета већ Европски суд за људска права у примени Конвенције користи дефиницију детета утврђену у Конвенцију Уједињених нација о правима детета из 1989.године.

Устав Републике Србије прокламује да деца уживају људска права примерено свом узрасту и душевној зрелости и да су деца заштићена од психичког, физичког, економског и сваког другог искоришћавања и злоупотребавања (члан 64). Устав користи термин „дете“ и под тим подразумева сва лица која нису пунолетна тј. која нису навршила 18 година (мада у члану 32. који се односи на правично суђење користи термин „малолетник“).

Кривични законик у члану 112 који регулише значење израза у овом законик, у ставу 8, прописује да се дететом сматра лице које није навршило 14 година, у ставу 9, да се малолетником сматра лице које је навршило 14 година, а није навршило 18 година, а у ставу 10, да се малолетним лицем сматра лице које није навршило 18 година. Исте дефиниције садржи и Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица у члану 2 и 3.

Породични закон не даје дефиницију детета, али прописује да се пунолетство стиче са навршених 18 година живота, то се дететом може сматра свако људско биће млађе од тог узраста (члан 11). Када се регулише пословна способност детета у закону се користе изрази „млађи малолетник“ и „старији малолетник“ за лице млађе од 14 година, односно за дете које је навршило 14 година (члан 64). Потпуна пословна способност може се пре навршене 18 године стећи ступањем у брак и родитељством, при чему ни у једном, ни у другом случају лице не може бити млађе од 16 године. С друге стране, лице које је постало пунолетно са навршених 18 година задржава статус „малолетног детета“ ако је због болести или сметњи у психофизичком развоју неспособно да се стара о себи и о заштити својих права и интереса. У том случају одлуком суда родитељско право не престаје са пунолетством.

Преглед законодавне регулативе у Републици Србији упућује на закључак да не постоји прецизна и потпуна дефиниција детета која би била општеважећа.

¹⁰ усвојена је 1950. године са више Протокола а наша земља је ратификовала 2003. године („Сл.лист СЦГ“–Међународни уговори, бр.9/2003, 5/2005, 7/2005, „Сл.гласник РС - Међународни уговори“, бр.12/2010)

Поређењем појма детета у међународном уговору, породичном и кривичном законодавству очигледно је да се термилошки појам „дете“ у кривичном законодавству разликује од термилошког појма „дете“ у Конвенцији УН о правима детета, будући да је „дете“ у кривичноправном смислу као пасивни субјект кривичног дела лице које није навршило 14 година живота, док је малолетно оштећено лице које није навршило 18 година живота (као генерички појам за дете и малолетника), тако да је појам „малолетно лице“ идентичан појму детета према Конвенцији УН о правима детета.

Ratio legis оваквог стања у кривичном законодавству лежи у градацији казни запрећених за одређена кривична дела која су извршена на штету малолетних лица, будући да у ситуацији када је дете квалификаторна околност прописана је тежа казна у односу на облик кривичног дела у коме је малолетство квалификаторна околност.

Кривични законик користи појмове дете, малолетно лице и малолетник у различитим материјалноправним ситуацијама, када је дете, малолетник или малолетно лице конситутивни елемент кривичног дела и када је дете, малолетник или малолетно лице као пасивни субјект кривичног дела квалификаторна околност за постојање тежег облика кривичног дела за које је прописана тежа казна.¹¹

¹¹ У групи кривичних дела против живота и тела, кривично дело *тешко убиство* (члан 114 став 1 тачка 9) - пасивни субјект је дете, кривично дело *убиство детета при порођају* (члан 116), кривично дело *навођење на самоубиство и помагање у самоубиству* (члан 119 став 3) - ако је учињено према малолетнику и став 4 - ако је учињено према детету.

У групи кривичних дела против слободе и права човека и грађанина, кривично дело *отмица* (члан 134 став 3) - ако је учињено према малолетном лицу.

У групи кривичних дела против полне слободе кривично дело *силовање* (члан 178 став 3) - ако је извршено према малолетнику и став 4 - ако је учињено према детету, кривично дело *обљуба над немоћним лицем* (члан 179 став 2) - ако је учињено према малолетнику и став 3 - ако је учињено према детету, кривично дело *обљуба са дететом* (члан 180), кривично дело *обљуба злоупотребом положаја* (члан 181 став 2) - ако је извршено са малолетником или став 3 - ако је извршено према детету, кривично дело *недозвољене полне радње* (члан 182 став 1) - ако је учињено под условима из члана 181 став 1 и 2 и (став 2) - учињено према детету под условима из члана 180 став 1 и члана 181 став 3, кривично дело *полно узнемиравање* (члан 182а став 2) - ако је учињено према малолетном лицу, кривично дело *подвођење и омогућавање вршења полног односа* (члан 183 став 1 и 2) - ако је извршено према малолетном лицу, кривично дело *посредовање у вршењу проституције* (члан 184 став 2) - ако је извршено према малолетном лицу, кривично дело *приказивање прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију* (члан 185 став 1 и 2) - ако је учињено према малолетнику и (став 3) - ако је учињено према детету, кривично дело *навођење детета на присуствовање полним радњама* (члан 185а), кривично дело *искоришћавање рачунарске мреже или комуникације и другим техничким средствима за извршење кривичног дела против полне слободе према малолетном лицу* (члан 185б), а ако је извршено према детету (став 2).

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, садржи посебне одредбе о заштити малолетних лица као оштећених у кривичном поступку за таксативно одређена кривична дела и у члану 150 прописује да већем које суди пунолетним учиниоцима наведених кривичних дела ако је оштећени малолетно лице председава судија који је стекао посебна знања из области права детета и кривичноправне заштите малолетних лица.¹²

Поређењем каталога кривичних дела наведеним у овом закону са кривичним делима у којима се као оштећено лице појављује дете или малолетно лице, уочава се да у Кривичном законiku постоји већи број кривичних дела на штету малолетних оштећених него што је то предвиђено наведеним каталогом,¹³ што је последица каснијих измена Кривичног законика

У групи кривичних дела против брака и породице, кривично дело *ванбрачна заједница са малолетником* (члан 190), кривично дело *одузимање малолетног лица* (члан 191), кривично дело *промена породичног стања* (члан 192 став 1 и став 4) - када је учињено према детету, кривично дело *запуштање и злостављање малолетног лица* (члан 193), кривично дело *насиље у породици* (члан 194 став 3) - ако је учињено према малолетном лицу, кривично дело *родоскрнуће* (члан 197) - када је извршено према малолетном сроднику..

У групи кривичних дела против здравља људи, кривично дело *неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога* (члан 246 став 4) - ако је извршено према малолетном лицу и кривично дело *омогућавање уживања опојних дрога* (члан 247 став 2) - ако је извршено према малолетном лицу.

У групи кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом кривично дело *трговина људима* (члан 388) - ако је извршено према малолетном лицу (став 2, став 3 и став 9), кривично дело *трговина малолетним лицима ради усвојења* (члан 389) и кривично дело *заснивање ропског односа и превоз лица у ропском односу* (члан 390 став 3) - ако је извршено према малолетном лицу, кривично дело *ратни злочин против цивилног становништва* (члан 372 став 1) - ако се односи на присиљавање на службу у оружаним снагама лица млађег од 18 година.

¹² Код следећих кривичних дела прописаних Кривичним закоником: *тешко убиство* (члан 114), *навођење на самоубиство и помагање у самоубиству* (члан 119), *тешка телесна повреда* (члан 121), *отмица* (члан 134), *силовање* (члан 178), *обљуба над немоћним лицем* (179), *обљуба са дететом* (члан 180), *обљуба злоупотребом положаја* (члан 181), *недозвољене полне радње* (члан 182), *подвођење и омогућавање вршења полног односа* (члан 183), *посредовање у вршењу проституције* (члан 184), *приказивање порнографског материјала и искоришћавање деце за порнографију* (члан 185), *ванбрачна заједница са малолетником* (члан 190), *одузимање малолетног лица* (члан 192), *запуштање и злостављање малолетног лица* (члан 193), *насиље у породици* (члан 194), *недавање издржавања* (члан 195), *родоскрвњење* (члан 197), *разбојничка крађа* (члан 205), *разбојништво* (члан 206), *изнуда* (члан 214), *омогућавање уживања опојних дрога* (члан 247), *ратни злочин против цивилног становништва* (члан 372), *трговина људима* (члн 388), *трговина децом ради усвојења* (члан 389) и *заснивање ропског односа и превоз лица у ропском односу* (члан 390)

¹³ кривично дело *тешка телесна повреда* (члан 125 став 4), кривично дело *прогањање*

и додавања нових инкриминација које нису пропраћене изменама предметног закона. Такође, наведени каталог кривичних дела у коме је оштећени у кривичном поступку малолетно лице садржи и кривична дела у којима малолетно лице не представља квалификаторну околност, нити биће предметног кривичног дела, већ су у питању кривична дела која се предузимају на штету „неког лица“, али је закон прописао да уколико се дело изврши на штету малолетних лица важе посебне одредбе из члана 150 Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица.¹⁴

4. ДЕТЕ КАО ЖРТВА И ОШТЕЋЕНИ КРИВИЧНИМ ДЕЛОМ

Кривично право обезбеђује основну заштиту малолетних лица од понашања и радњи који представљају напад на њихов живот, здравље, сексуални интегритет, личност и васпитање. Кривичноправна заштита малолетних лица, као што је напоменуто, регулисана је Кривичним закоником, Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица и Закоником о кривичном поступку.¹⁵

Примећује се да Кривични законик приликом одређивања пасивног субјекта кривичног дела као конститутивног елемента бића кривичног дела или као квалификаторне околности које кривично дело чини тежим не употребљава термине „жртва“ или „оштећени“ као што то чини Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (члан 150) и Законик о кривичном поступку којим је прописано да је оштећени лице чије је лично или имовинско право кривичним делом повређено или угрожено (члан 2 став 1 тачка 11), већ употребљава термине дете, малолетно лице и малолетник. Услед тога би се могло закључити да ови појмови „жртва“ и „оштећени“ имају више процесноправни карактер. Међутим, Кривични законик ипак користи паралелно термине „оштећени“ и „жртва“ на више различитих места. Тако на пример у члану 77, којим регулише судску опомену, прописује да ће при одлучивању да ли ће суд изрећи судску опомену водити рачуна о сврси судске опомене, а посебно узети у обзир, између осталог, нарочито његов однос према жртви кривичног дела (став 4). У посебном делу Кривичног законика у члану 388 (трговина људима) у ставу 8 је прописано да ко зна или је могао знати да је лице жртва трговине људима па искористи њен положај или другоме омогући искоришћавање њеног положаја

(члан 180а став 2), кривично дело *искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу* (члан 185б) и кривично дело *недозвољена производња и стављање у промет опојних дрога* (члан 246 став 4)

¹⁴ У питању су кривично дело *разбојничка крађа* (члан 205), *разбојништво* (члан 206) и *изнуда* (члан 214).

¹⁵ „Сл.гласник РС“ бр.72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - одлука УС и 62/2021 - одлука УС

ради експлоатације предвиђене ставом 1 овог члана. Појам „оштећени“ у Кривичном законiku се користи и у прописивању врсте мера безбедности, па је као једна од мера безбедности предвиђена забрана приближавања и комуникације са оштећеним (члан 89а). Овај термин се користи и код одузимања имовинске користи где је у члану 93 прописана заштита оштећеног.

Појам „жртва“ према ставу теорије има више криминолошко значење за разлику од појма „оштећени“. Појам „жртва“ је дефинисан Директивом 2012/29 ЕУ Европског парламента и Европског савета од 25.10.2012.године,¹⁶ којом се успостављају минимални стандарди о правима, подршци и заштити жртава криминалитета, па је у члану 2 дата дефиниција жртве за потребе ове Директиве. „Жртва“ означава (и) физичко лице које је претрпело повреду, укључујући и физичку, психичку или емотивну повреду или материјалну штету која је директно проузрокована кривичним делом; (ии) чланове породице особе чија је смрт директно проузрокована кривичним делом и који су претрпели повреду или штету као последицу смрти те особе; (б) „чланови породице“ се односи на супружника, особу која живи са жртвом у интимној, стабилној и континуираној зајединици у оквиру заједничког домаћинства, сроднике по директној линији, браће и сестре и особе за које се жртва стара, (ц) „дете“ означава сваку особу испод 18 година старости.

Појам „жртва“ садржан у Директиви 2012/29 и појам „оштећени“ у домаћем кривичнопроцесном законодавству имају одређене сличности, али и разлике јер појам жртве не подразумева правна лица која могу бити оштећена кривичним делом, док појам „оштећени“ не подразумева чланове породице пасивног субјекта који је претрпео смртну последицу.

Конвенција Савета Европе у спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици¹⁷ се не бави посебно правима детета, али у члану 3 садржи дефиниције, „жртва“ означава свако физичко лице које је изложено понашању описаном под тачком а) „насиље над женама“ и б) „насиље у породици“, а да појам „жена“ укључује девојке испод 18 година живота, што значи да се Инстанбулска конвенција односи и на децу женског пола која су жртве насиља у породици.¹⁸

Наведена термилошка неусклађеност у кривичном материјалном праву указује на недоследност законодавца и неопредељеност које ће термине

¹⁶ Директива није правно обавезујућа за Републику Србију већ има карактер тзв. "меког права", али је од значаја за национално законодавство због процеса придруживања ЕУ, доступно на <https://www.podrskazrtvama.rs/media/medjunarodni/DIREKTIVA-2012-29-EU.pdf>, приступљено 14.2.2025.

¹⁷ Потписана је у Инстанбулу 11.5.2011.године, Република Србија је ратификовала Законом о потврђивању донетим 31.10.2013.године и иста је ступила на снагу 1.8.2014.године, такозвана Инстанбулска конвенција

¹⁸ Насиље у породици „означава свако дело физичког, сексуалног, психичког, односно економског насиља до којег долази у оквиру породице или домаћинства, односно између бивших или садашњих супружника или партнера, независно од тога да ли починилац дели или је делио исто боравиште са жртвом“

користити и из којих разлога, услед чега се може, са теоријскоправног аспекта, говорити о потреби усклађивања ових појмова са појмовима у међународним документима, али на судску праксу битно не утиче јер је очигледно да се ради о пасивним субјектима кривичног дела која су претрпела одређену штету извршењем кривичног дела из чега извире њихово право на имовинскоправни захтев, односно накнаду штете и право на учешће у кривичном поступку у процесноправном статусу оштећеног, било као странка у поступку у одређеним лимитираним случајевима, било у својству споредног процесног субјекта..

За потребе овог рада дете као жртва кривичног дела подразумева свако лице испод 18 година старости које је пасивни субјект кривичног дела тј. где је ово својство објективни део бића кривичног дела или квалификаторна околност за постојање тежег облика кривичног дела.

5. НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА

У Конвенцији Уједињених нација о правима детета је прописано да у свим активностима које се тичу деце од примарног значаја су интереси 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).

Општим коментаром број 14 (/2013) о праву детета да се као примарно разматрају његови или њени најбољи интереси (члан 3 став 1)¹⁹ најбољи интерес детета се разматра кроз троструки концепт, право, принцип и правило поступка. У кривичним случајевима примењује се принцип најбољег интереса за децу у сукобу (тј. наводно, оптужено или признато као кршење) или у контакту (као жртве или сведоцима) са законом, као и деци погођеном ситуацијом њихових родитеља у сукобу са законом.

Концепт најбољег интереса детета према Општем коментару број 14 уз Конвенцију УН о правима детета има следеће последице (1) деца имају право да буду процењени њихови најбољи интереси, да ти њихови најбољи интереси буду примарно узети у обзир онда када се разматрају различити интереси; (2) ако је неко правно начело отворено за више од једног могућег тумачења, онда треба одабрати оно тумачење тог правног начела које најделотворније служи најбољим интересима детета; (3) када год треба донети одлуку која ће утицати на дете, групу деце или децу у целини, процес одлучивања мора обухватити и процену могућег утицаја те одлуке на дете или децу о којој је реч и мора се експлицитно показати да је та процена узета у обзир.

Концепт најбољег интереса детета је сложен и његов садржај мора бити одређен од случаја до случаја. Елементи који се узимају у обзир приликом процене најбољих интереса детета су погледи детета, идентитет детета, очување породичног окружења и одржавање односа, брига, заштита и

¹⁹ Коју је усвојио Одбор за права детета на свом 62 заседању (14. јануара - 1. фебруара 2013. године)

сигурност детета, ситуација рањивости, право детета на здравље и право детета на образовање. Права детета су основно начело за утврђивање овог концепта. Елементи у процени најбољих интереса могу бити у сукобу приликом разматрања конкретног случаја и његових околности. На пример, очување породичног окружења може се сукобити са потребом да се заштити дете од ризика од насиља или злостављања од стране родитеља. У таквим ситуацијама, елементи ће се морати упоредити како би се пронашло решење које је у најбољем интересу детета.

До утврђивања најбољег интереса детета може доћи у различитим врстама поступка у зависности од тога о којим правима детета се решава, а у појединим од поступака ради утврђивања најбољег интереса детета се прибавља и мишљење детета које представља једно од права детета прописано Конвенцијом УН о правима детета као право на партиципацију, али и Породичним законом, у коме се у члану 65 наводи да дете које је способно да формира своје мишљење има право слободног изражавања мишљења, као и право да благовремено добије сва обавештења која су му потребна за формирање свог мишљења. Дете које је навршило 10 годину живота може слободно и непосредно изразити своје мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима. Другим речима, Конвенција УН о правима детета не предвиђа никакве старосне границе или ограничења у погледу узраста на коме дете може да изрази своје мишљење, то изричито не чини ни члан 65 Породичног закона, стога се мишљење детета јавља као критеријум за утврђивање најбољег интереса детета, али изражено мишљење не мора задовољити критеријум најбољег интереса детета, о чему суд мора да води рачуна у сваком конкретном случају.

Кривично право, како материјално, тако ни процесно не садржи дефиницију појма најбољи интерес детета, шта више уопште не помиње у својим одредбама најбољи интерес детета.

Европски суд за људска права у свим поступцима који су се односили на децу је потврдио да домаће власти, укључујући и домаће судове, увек морају узимати у обзир најбољи интерес деце о којој је реч. Питања уважавања мишљења детета добија на значају када се односи на случајеве одржавања личних односа (контаката родитеља и детета) и питања старатељства над дететом. Европски суд за људска права стао је на становиште да кад год је то могуће треба узети у обзир жеље детета.²⁰ Пропуштање суда да узме у обзир жеље детета сматрано је за повреду Конвенције о људским правима, као и то да се услед противљења детета није онемогућило одржавање личних односа родитеља и детета,²¹ сматра се да би досуђивање контакта упркос противљењу

²⁰ Више видети о томе у раду Урош Новаковић, „Права детета на изражавање мишљења“, зборник радова „Права дјетета и равноправност полова - између нормативног и стварног“, 2012 стр.183-199, а у истом се цитира одлука *Hokkanen v Finland*, 23. септембар 1994.године, Series A, no 299-A, 19EHRR 139, par. 61

²¹ Одлуке Европског суда за људска права *X v Austria*, 05. јануар 1960.године; *Bogdanski v Sweden*, 29. новембар 1995.године, цитиране у стручном раду, *ibid*.

детета довело до сметње у развоју детета. Интереси детета су примарни при одлучивању о дозвољавању или ускраћивању контакта са родитељима.

Имајући у виду стање у законодавству Републике Србије у коме се у пружању породичноправне заштите деци изричито помиње најбољи интерес детета у Породичном закону, а приликом заштите жртава кривичних дела (оштећених у кривичном поступку), материјални и процесни закони не помињу ово врхунско начело које прожима прописе којима се регулишу права деце на међународном плану која су постала део унутрашњег правног поретка Републике Србије њиховим ратификовањем, у раду је анализирана судска пракса за одређена кривична дела у циљу одговора да ли су судови имали недоумице на овом пољу приликом одлучивања о правима детета на индиректан начин, да ли су примењивали наведено правно начело, уколико јесу, које су критеријуме користили за утврђивање најбољег интереса детета и путем којих доказних средстава су га утврђивали, како се примена овог начела одразила на права жртава, а како на права окривљеног у кривичном поступку. За потребе рада, а због његове обимности, најбољи интерес детета није разматран са његовог процесног аспекта у смислу положаја оштећеног у кривичном поступку, његових права и заштите тих права, већ искључиво са аспекта материјалног и начелног значења у смислу Општег коментара број 14/2012 Конвенције Уједињених нација о правима детета.

6. СУДСКА ПРАКСА КРИВИЧНОГ СУДА И НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА

Према судској пракси виших судова у одлукама које су донете поводом изјављених жалби на првостепене одлуке основних судова, и пракси Врховног касационог суда (Врховног суда) који је надлежан за доношење одлука по ванредном правном леку - захтеву за заштиту законитости, код појединих кривичних дела против брака и породице изражени су следећи ставови:

Кривично дело одузимање малолетног лица (члан 191 став 1 Кривичног законика)²²

Код овог облика кривичног дела у пракси су најчешће били предмети у којима други родитељ коме није поверено дете на старање и васпитање задржи дете или одузме од родитеља коме је дете поверено правноснажном и извршном судском одлуком, а између појмова задржавања и одузимања нема садржајне разлике (на пример након узимања детета ради виђања не врати дете у дужем периоду). Сматрано је да је задржавање или одузимање противправно ако то чини лице које није овлашћено да се стара о малолетном лицу, а да

²² “Ко малолетно лице противправно задржи или одузме од родитеља, усвојιοца, староца или другог лица, односно установе, којима је оно поверено или онемогућава извршење одлуке којом је малолетно лице поверено одређеном лицу, казниће се новчаном казном или затвором до три године.”

противправност може искључити пристанак овлашћеног лица, коме је дете поверено.²³

У предметима у којима је учинилац оглашен кривим у више одлука је изражен став да пристанак малолетног лица на задржавање или одвођење не искључује постојање дела.²⁴ У другој одлуци је такође наведено да је ирелевантно да ли се онемогућавање извршне одлуке надлежног органа врши сагласно вољи малолетног лица²⁵ (предмет је разматран по захтеву за заштиту законитости пред Врховним касационим судом и захтев је одбијен са образложењем да је окривљени у временском периоду од 20.4.2018.године до 15.3.2019.године задржао код себе малолетног сина прихватајући његову жељу да се не врати код мајке. За постојање задржавања малолетног лица и тиме онемогућавања извршења судске одлуке којом је малолетно лице поверено одређеном лицу довољно је то што се отац малолетника – окривљени сагласио са тим да малолетник који је напустио мајку којој је поверено вршење родитељског права и надзора над њим борави код њега. Нису прихваћени наводи из захтева да је малолетник имао 14 година, да је био слободан да одлучује о својим основним правима и да је отац ишао у Центар за социјални рад и сарађивао са надлежном институцијом.²⁶ У следећој одлуци из извештаја Центра за социјални рад произилази да је малолетни под великим утицајем оца и да он није предузимао кораке који би водили мотивисању детета да се врати мајци, а првостепени суд правилно одбрану окривљеног који истиче да малолетни не жели код мајке, иако га он подстиче да иде код ње, оценио као неосновану.²⁷ Заједничко свим одлукама у којима је утврђена кривица учиниоца је да се ни у једној експлицитно не помиње најбољи интерес детета већ се само не прихвата изражено мишљење детета. Међутим, у једној одлуци којом се укида првостепена осуђујућа пресуда изричито се наводи да се код предметног кривичног дела, као једног од кривичних дела против брака и породице, мора *ex officio* у складу са међународним стандардима инкорпорираним у нашем законодавству водити рачуна о заштити детета, поготово што су у конкретном случају партнерски односи родитеља у знатној мери нарушени, тако да суд у сваком поступку према Породичном закону, по службеној дужности, мора водити рачуна о најбољем интересу детета, а у кривичном поступку је дужан да провером одбране окривљеног и оценом свих изведених доказа појединачно и у међусобној вези стекне јасно судијско уверење и јасан закључак да ли у радњама окривљеног који онемогућава контакт са другим родитељем има противправности (као општег елемента сваког кривичног дела) који би по нахођењу вишег суда биле искључене уколико су радње предузете у најбољем интересу детета.²⁸

²³ Пресуда Вишег суда у Јагодини Кж1.бр.146/17 од 4.8.2017.године

²⁴ Ibid.

²⁵ Пресуда Вишег суда у Краљеву Кж1.бр.18/22 од 22.2.2022.године

²⁶ Пресуда Врховног касационог суда Кзз-565/2022 од 1.6.2022.године

²⁷ Пресуда Вишег суда у Краљеву Кж1.бр.57/19 од 17.6.2019.године

²⁸ Решење Вишег суда у Крагујевцу Кж1.бр.174/21 од 7.7.2021.године, (идентично

У предметима у којима је учинилац ослобођен од оптужбе до ослобођења је дошло на двојак начин. У једном случају окривљени је ослобођен јер није доказано да је поступао умишљајно, „јер умишљај подразумева и свест да је дело забрањено“, будући да је малолетни изразио став да не жели да се врати код оштећене, да се окривљени у тој ситуацији обратио Центру за социјални рад који је и прегледао малолетног (када је утврђено да је анксиозан, депримиран и да су код њега присутне суицидне идеје) и заједнички са окривљеним предузимао мере у најбољем интересу детета, а окривљени је у критичном периоду поднео и захтев за измену одлуке у вези виђања са дететом у ком поступку је издата привремена мера на основу које је малолетно дете управо поверено на старање окривљеном до окончања поступка.²⁹ У друга два случаја до ослобођења је дошло тек у поступку по захтеву за заштиту законитости преиначењем правноснажне осуђујуће пресуде применом института дела малог значаја (члан 18) Кривичног законика који искључује постојање кривичног дела.³⁰ У одлуци Врховног касационог суда је наведено да је интерес детета налагао да мајка - окривљена предузме одређене мере за заштиту здравља детета које је имало изразито психичке и друге здравствене проблеме при покушају повратка код оца, о чему је обавештен Центар за социјални рад, те је дете било и на медицинском третману, што је све довело и до иницирања поступка од стране окривљене за измену одлуке о вршењу родитељског права у ком поступку је донета и привремена мера којом је дете поверено мајци. Стога се и последице у виду немогућности извршења одлуке парничног суда имају ценити незнатним.³¹ У пресуди Врховног суда је наведено да је суд имао у виду да је у инкриминисаном периоду већ био у току поступак за измену судске одлуке чије је извршење онемогућено, да је правноснажна пресуда правноснажно измењена најпре на основу решења о одређивању привремене мере, а потом и на основу правноснажне и извршне пресуде, те је малолетни поверен оцу на самостално вршење родитељског права што несумњиво указује на постојање услова за правну оцену радње окривљеног у смислу члана 18 КЗ. Узимајући у обзир заштитни објект кривичног дела у питању, а пре свега интерес детета као општеприхваћен принцип заштите његових права према члану 3 Закона о ратификацији Конвенције Уједињених нација и правима детета морају се осим специфично

образложење је садржано и решењу истог суда Кж1.бр.343/22 од 23.11.2022.године којим је укинута осуђујућа пресуда за кривично дело из члана 193 став 3 Кривичног законика)

²⁹ Пресуда Вишег суда у Крушевцу Кж1.бр.266/16 од 19.10.2016.године

³⁰ Дело малог значаја (члан 18). Није кривично дело оно дело које, иако садржи обележја кривичног дела, представља дело малог значаја (став 1). Дело је малог значаја ако степен кривице није висок, ако су штетне последице одсутне или незнатне и ако општа сврха кривичних санкција не захтева изрицање кривичне санкције (став 2). Одредбе ст. 1 и 2. овог члана могу се применити на кривична дела за која је прописана казна затвора до три године или новчана казна.

³¹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз-453/2022 од 5.5.2022.године

одређене радње извршења кривичног дела обухваћене законском нормом, имати у виду и друге околности које указују на овај критеријум.³²

Кривично дело одузимање малолетног лица (члан 191 став 3 Кривичног законика)³³

Код овог облика кривичног дела у парничном поступку је уређен начин одржавања личних односа малолетног лица са родитељем коме није поверен на чување и старање, а радња кривичног дела представља онемогућавање извршења одлуке којом је одређен такав начин одржавања личних односа. Ово кривично дело се у пракси обично чини на два начина, директно или индиректно, а индиректним путем се може извршити на начин да се инструкује дете против другог родитеља и стварање осећаја код детета да оно само не жели да види другог родитеља.

У предметима у којима је учинилац оглашен кривим највише су изражени случајеви када дете има отпор према виђању са родитељем коме није поверено на старање у којима је суд налазио да такво мишљење детета није производ његове слободне воље већ инструкисаности од стране родитеља са којим живи. Иако то није експлицитно наведено у образложењу у једној одлуци суд је имао у виду најбољи интерес детета као жртве кривичног дела у контексту његовог права да одржава односе са родитељем коме није поверен на старање и васпитање, навођењем да је вештачењем утврђено да постоји континуирани утицај окривљеног на малолетног у смислу индуковања малолетног оштећеног и то не само непосредно када оштећена треба да се види са малолетним, већ да су то свакодневна догађања у животу оба детета у породици где живе са окривљеним и члановима његове породице.³⁴ У другој одлуци се наводи да је првостепени суд правилно имао у виду одредбу члана 61 став 4 Породичног закона, те имајући у виду чињеницу да малолетни оштећени имају 10 и 11 година нашао да исти не могу одлучивати о томе да ли желе или не желе да одржавају личне односе са родитељем са којим не живе, због чега је њихово негодовање да време проводе код мајке оцењено као ирелевантно, тим пре што је одлука суда поводом одржавања личног односа малолетне деце и оштећене мајке заснована на најбољем интересу деце, те као таква мора да се поштује све док се не измени, а уколико је окривљени сматрао да модел утврђен поменутом пресудом није у најбољем интересу деце, имао је могућност да као њихов законски заступник тужбом у парничном поступку тражи измену такве пресуде, а не да онемогућава њено спровођење.³⁵ У следећој одлуци је наведено да је малолетни све до одвођења у Француску, када је имао 10 година, живео са оцем и њихов однос је нормално

³² Пресуда Врховног суда Кзз-1003/2023 од 17.10.2023.године

³³ „Ко онемогућава извршење одлуке надлежног органа којом је одређен начин одржавања личних односа малолетног лица са родитељем или другим сродником, казниће се новчаном казном или затвором до две године“.

³⁴ Пресуда Вишег суда у Крушевцу Кж1.бр.172/18 од 12.10.2018.године

³⁵ Пресуда Вишег суда у Крагујевцу Кж1.бр.203/21 од 3.8.2021.године

функционисао, у том узрасту деца су подложна утицајима са стране, а највећи утицај може имати родитељ са којим дете живи, што је била управо окривљена која, по сопственој изјави, дете никада није водила код психолога и покушавала да утврди из којих разлога дете не жели контакт са оцем, а ради успостављања нормалних односа детета са оцем што је несумњиво битно за правилан развој детета, о чему се изјаснио и Центар за социјални рад рекавши да не постоје објективни разлози за прекид контакта детета са оцем. Воља детета јесте битна у доношењу мишљења, али се процењује и могућност манипулације дететом.³⁶ (Предмет је разматран пред Врховним касационим судом по захтеву за заштиту законитости и исти је одбијен).³⁷ Питање индоктринације детета је од значаја и у пресуди у којој се наводи да позивање окривљене на чињеницу да је малолетна одбијала да иде код оца није од утицаја на одлуку суда о предметној кривичној ствари, будући да је по мишљењу психолога органа старатељства код малолетне евидентиран синдром суптилно отуђеног детета где је реч о систематском настојању једног родитеља да дистанцира дете од другог родитеља, а да је за правилан психофизички развој детета неопходна идентификација са оба родитеља, с тим у вези код малолетне изостаје фигура оца коју мајка покушава да наметне и замени супститутом у облику новог партнера, тако да се отуђеност од оца код малолетне јавља као комбинација родитељске индоктринације мајке и дететове потребе да буде лојално породици у којој живи.³⁸ Такође, окривљена као родитељ који врши родитељско право је дужна да изврши припрему детета за виђење са другим родитељем јер се овде ради о детету које је ниског календарског узраста које не може да одлучује да ли нешто жели или не жели, па је општи утисак представника Центра за социјални рад, психолога, да је малолетна на неки начин инструкисана од стране мајке да говори да не жели да виђа оца.³⁹ У појединим одлукама се суд уопште није упуштао у оцену најбољег интереса детета или умишљаја учиниоца у ситуацији противљења детета да виђа другог родитеља навођењем да се жалбом браниоца окривљене указивало да окривљена није извршила кривично дело из разлога што није онемогућавала деци виђење са оцем већ да деца нису желела да иду код њега, те самим тим на страни окривљене не постоји умишљај, која је оцењена као неоснована са образложењем да није од значаја околност да су обе малолетне пружале отпор да се виђају са оцем, имајући у виду биће предметног кривичног дела.⁴⁰ У ситуацијама када је родитељ коме је дете поверено без измене одлуке о начину одржавања односа са другим родитељем одводио дете у иностранство на дуже или релативно дуже време утврђивана је његова кривица, на пример што је марта месеца 2021.године заједно са малолетним отпутовала из Републике Србије у Републику Аустрију и ускратила оцу да у врменском периоду од

³⁶ Пресуда Вишег суда у Јагодини Кж1.бр.268/19 од 27.12.2019.године

³⁷ Пресуда Врховног касационог суда Кзз-892/2020 од 20.10.2020.године

³⁸ Пресуда Вишег суда у Јагодини Кж1.бр.41/22 од 1.3.2022.године

³⁹ Пресуда Вишег суда у Јагодини Кж1.бр.65/24 од 26.3.2024.године

⁴⁰ Пресуда Вишег суда у Крагујевцу Кж1.бр.460/17 од 24.8.2017.године

марта месеца до јуна месеца 2021.године проведе време са својим дететом, при чему се окривљена заједно са дететом и даље налази у Аустрији, па је захтев за заштиту законитости одбијен,⁴¹ као и у случају када је окривљена неутврђеног дана 2016.године до 31.5.2019.године онемогућавала извршење правноснажне одлуке надлежног органа којом је одређен начин одржавања личних односа малолетне са родитељем – оцем, тако што је малолетну одвезла изван Републике Србије у Аустрију без одобрења оца детета.⁴² Интересантан је став изражен у неким одлукама да је начело најбољег интереса детета примењено приликом доношења одлуке о начину виђања са другим родитељем навођењем да „начин одржавања личних контаката између малолетне и оштећеног утврђен привременом мером од стране тима Центра за социјални рад оцењен је као модел виђења који је са педагошког – психолошког аспекта био у најбољем интересу детета из ког разлога су оцењени као неосновани жалбени наводи да су поступци окривљеног били у интересу детета. Када постоји правноснажна одлука надлежног органа којом је одређен начин одржавања личних односа малолетног лица са родитељем, извршиоцу кривичног дела није дозвољено да процењује оправданост такве мере.“⁴³

У предметима у којима је учинилац ослобођен од оптужбе је утврђено да је учинилац поступао у најбољем интересу детеа. У једној одлуци је наведено да је најбољи интерес детета правни стандард који се цени у сваком конкретном случају у коме се мора приступити уз уважавање свих околности конкретног случаја, превасходно здравља, безбедности и сигурности мал. детета... окривљени је деловао у намери и у циљу заштите мал. детета, имајући у виду изражену сумњу о сексуалном злостављању од стране партнера оштећене коме је због кривичног дела насиље у породици одређена мера забране прилажења, састајања, комуницирања и приласка са малолетним,⁴⁴ док је у другој одлуци образложено да тиме што је окривљени одбио да дете врати мајци више од месец дана, на тај начин онемогућио оштећеној да одржава личне односе са ћерком на начин предвиђен пресудом, окривљени је поступао у интересу заштите детета у ком правцу је дошло и до измене правноснажне и извршне пресуде о поверавању детета оцу на даље самостално вршење родитељског права, а из разлога његових сазнања за сумњу у поступању према детету од стране трећег лица са озбиљним угрожавањем безбедности детета у оквиру полних слобода, о чему је послао пријаву и обавештење надлежним органима гоњења и социјалне заштите.⁴⁵ Такође, степен кривице код окривљене није висок због претходног поступања оца детета који је дете одвео у Француску, а да окривљену о томе није обавестио, због чега је ухапшен и осуђен, да није знала где се дете налази, услед чега је отишла у Француску, а дете је по повратку имало регресију у развоју, због чега је окривљена затражила

⁴¹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз-775/2022 од 1.9.2022.године

⁴² Пресуда Врховног касационог суда Кзз-911/2020 од 17.9.2022.године

⁴³ Пресуда Вишег суда у Новом Пазару Кж.бр.13/14 од 28.10.2014.године

⁴⁴ Пресуда Вишег суда у Крагујевцу Кж1.бр.306/24 од 18.9.2024.године

⁴⁵ Пресуда Вишег суда у Ужицу Кж1.бр.158/23 од 20.7.2023.године

стручну помоћ децјег психолога, очигледно указују да код окривљене постоји оправдани страх да дете поново након преузимања одведе на непознату локацију... при оцени степена кривице, имајући у виду наведене околности и примарни интерес детета који је пасивни субјект дела, у конкретној ситуацији поступање окривљене се мора ценити у оквиру мотива психичког и физичког опоравка детета све у циљу постизања адекватног душевног развоја и поред партнерских несугласица.⁴⁶

Најбољи интерес детета је утврђиван и у поступку опозивања условне осуде,⁴⁷ када је оцењено да је првостепени суд правилно нашао да у конкретном случају нема услова за опозив условне осуде окривљеном изречене за кривично дело из члана 191 став 2 Кривичног законика,⁴⁸ нарочито имајући у виду чињеницу да је дете дуго времена одрастало са оцем, те да одвајање и промена средине нису без утицаја на даљи развој детета сходно чему је редовно виђање оца неопходно за правилан развој и одрастање ради одржавања блискости и спречавања последица које по дете може изазвати одвајање. У првостепеном поступку је као неспорно утврђено да су родитељи детета показали спремност за сарадњу поводом дететових потреба убудуће, као и да нормално функционишу те би се, и по оцени другостепеног суда, опозив условне осуде окривљеног негативно одразио на дете сходно чему је захтев јавног тужиоца правилно одбијен, а супротни жалбени наводи оцењени су као неосновани.⁴⁹

Кривично дело насиље у породици (члан 194 став 3 Кривичног законика)⁵⁰

Према Инстанбулској конвенцији деца која су сведоци насиља у породици имају статус жртве. Ово питање већ дуже време заокупља пажњу

⁴⁶ Пресуда Вишег суда у Краљеву Кж1.бр.79/24 од 25.10.2024.године

⁴⁷ „Ако изрекне условну осуду за дело из става 1 до 4 овог члана, суд може одредити обавезу учиниоцу да у одређеном року преда малолетно лице, лицу или установи којој је малолетно лице поверено или омогући извршење одлуке којом је малолетно лице поверено одређеном лицу или установи, односно одлуке којом је одређен начин одржавања личних односа малолетно лица са родитељем или другим сродником“.

⁴⁸ Изменама Кривичног законика („С.гласник РС, бр 94/2016), које се примењују од 1.6.2017.године, став 2 је постао став 3 без измене инкриминације, а став 2 у вези става 1 постоји ако је дело учињено према новорођенчету

⁴⁹ Пресуда Вишег суда у Јагодини Кж1.бр.247/19 од 6.12.2019.године

⁵⁰ „Ко применом насиља, претњом да ће напасти на живот или тело, дрским или безобзирним понашањем угрожава спокојство, телесни интегритет или душевно стање члана своје породице, казниће се затвором од три месеца до три године (став 1). Ако је при извршењу дела из става 1 овог члана коришћено оружје, опасно оруђе или друго средство подбно да тело тешко повреди или здравље тешко наруши, учинилац ће се казнити затвором од шест месеци до пет година (став 2). Ако је услед дела из става 1 и 2 овог члана наступила тешка телесна повреда или тешко нарушавање здравља или су учињена према малолетном лицу, учинилац ће се казнити затвором од две до десет година (став 3)“.

аутора који прати судску праксу, како пре ратификовања ове Конвенције, тако и након тога.⁵¹ Европски суд за људска права је у једном случају стао на становиште да је на психолошко благостање деце негативно утицало то што су у више наврата били сведоци насиља њиховог оца над њиховом мајком, што је представљало мешање у њихово право на приватан живот и поштовање њиховог дома у смислу члана 8 Конвенције.⁵² У анализираним одлукама домаћих судова није разматран, нити је поменут најбољи интерес деце.

У предметима у којима је учинилац оглашен кривим у једној одлуци је наведено да је окривљени угрожавао спокојство својих малолетних синова тиме што је вршио насиље према бившој супрузи у присуству малолетне деце, без обзира што према деци није вршио насиље, у ситуацији када је окривљени шутирао и ударао по лицу и глави песницама и отвореним шакама оштећену, малолетни је плакао, вриштао и говорио „пусти мајку“, пребледео, а затим отишао по виљушку да би мајку бранио, будући да из налаза и мишљења вештака децјег психијатра произилази да су код мал. оштећених испуњени симптоми који одговарају акутној реакцији на стрес.⁵³ У другој одлуци је образложено да су страх и немир детета били најјачег интензитета док је трајала свађа родитеља када је присуствовала сукобу родитеља и отац покушао да је вуче, одведе са собом и одвоји од мајке, па су предузете радње изговарањем увредљивих речи супрузи пред малолетном ћерком старом осам година објективно подобне да доведу до угрожавања спокојства и душевног стања како супруге, тако и ћерке, тако да постоји узрочна веза између радње окривљеног и остварене последице кривичног дела за које је оглашен кривим.⁵⁴ У том смислу значајна је одлука Врховног касационог суда (донета пре ратификације Истанбулске конвенције) којом је констатовано да је повређен закон у корист окривљених када су исти ослобођени од оптужбеда су учинили кривично дело насиље у породици из члана 194 став 3 у вези става 1 КЗ, када је путем Извештаја Центра за социјални рад и налаза и мишљења вештака психолога, утврђено да су породични односи неподношљиви, као и понашање очуха који пије, понаша се недолично, псује децу, прети да ће запалити кућу, што је био разлог покушаја суицида малолетне оштећене који лежи у њеној беспомоћности да реши неподношљиву породичну ситуацију, те да код малолетне оштећене постоје извесне сметње у сазревању чему су поред примарне природе додатно допринели изложеност сталном стресу, па су неразумљиви разлози суда да у конкретном случају не постоји угрожавање спокојства и душевног стања чланова породице јер би код истих морало да

⁵¹ Види о томе више М. Миленковић, „Судска пракса у борби против криминалитета код кривичног дела насиље у породици из члана 194 став 3 Кривичног законика“, зборник радова Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу (септембар 2015.године)

⁵² Eremia v.the Republic of Moldova, представка бр.3564/11, пресуда од 28.5.2013.године, Билтен бр.3 за 2016.годину The AIRE Centre

⁵³ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж3.бр.28/17 од 28.9.2017.године

⁵⁴ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1н-356/18 од 8.5.2018.године

буде присутно осећање физичке и психичке несигурности и уверење да им прети опасност од стране извршиоца дела.⁵⁵

У предметима у којима је учинилац ослобођен од оптужбе у једној одлуци је наведено да иако су радње које је окривљени предузео критичном приликом претњом да ће напасти на живот и тело угрозио спокојство члана своје породице, ванбрачне супруге, оштећене, биле узнемирујуће и за малолетног оштећеног, исте нису биле усмерене према малолетном оштећеном у смислу да су имале за последицу угрожавање спокојства малолетног оштећеног, па је окривљени оглашен кривим да је извршио кривично дело насиље у породици из члана 194 став 1 Кривичног законика према оштећеној, а не кривично дело насиље у породици из члана 194 став 3 у вези става 1 Кривичног законика на штету малолетног оштећеног које му је стављено на терет оптужним актом.⁵⁶ У другом случају утврђено је да је окривљени извршио кривично дело из члана 194 став 3 у вези става 1 Кривичног законика према оштећеној бившој супрузи на начин што јој је задао тешку телесну повреду и виду трауматског пуцања бубне опне и површинске повреде главе у пределу левог ува у присуству своје малолетне деце, при чему деца као сведоци насиља нису обухваћена оптужним актом као пасивни субјекти кривичног дела.⁵⁷

7. ЗАКЉУЧАК

Код кривичног дела одузимање малолетног лица из члана 191 Кривичног законика, као кривичног дела против брака и породице, законодавац није препознао потребу да принцип најбољег интереса детета пропише као посебан основ искључења противправности формулацијом: неће се казнити извршилац кривичног дела из става 1. и 3. овог члана ако је поступао у најбољем интересу детета, иако би оваква регулатива значајно допринела уједначавању судске праксе.

Кривични судови су принцип најбољег интереса детета имплементирали у своје одлуке на двојак начин, у ситуацији када су остварени сви елементи кривичног дела из члана 191 Кривичног законика применом института дела малог значаја из члана 18 Кривичног законика, који искључује противправност дела или налазећи да није доказано да је извршилац поступао са потребним степеном кривице, директним или евентуалним умишљајем јер су радње предузете у најбољем интересу детета, доношењем ослобађајућих пресуда.

У судским одлукама је приметно да уверење суда да је извршилац кривичног дела деловао у најбољем интересу детета, иако је тиме објективно извршио радњу кривичног дела, произилази из извештаја Центра за социјални рад или вештачења вештака из области социјалног рада и породичних односа који су имали у виду и мишљење детета дато у поступку пред Центром за социјални рад или приликом вештачења. С обзиром да се наведени принцип као

⁵⁵ Пресуда Врховног касационог суда Кзз-70/10 од 7.4.2010.године

⁵⁶ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1н-132/21 од 5.3.2021.године

⁵⁷ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1н-418/22 од 11.8.2022.године

правни стандард примењује у складу са околностима конкретног случаја, а са друге стране егзистира и принцип правне сигурности у казненом праву, као уставна категорија, указује се потреба да се принципу најбољег интереса детета у кривичном материјалном праву посвети већа пажња како приликом законодавне регулативе, тако и у пракси судова тиме што би у сваком случају требало пружити детету могућност да изрази своје мишљење уз учешће службе социјалне заштите, а потом оценити да ли је исто израз најбољег интереса детета.

Код кривичног дела насиље у породици из члана 194 став 3 Кривичног законика, када је извршено у присуству деце, судска пракса је неуједначена и разуђена, почев од тога да се ни јавни тужиоци не одлучују увек на кривично гоњење за предметно кривично дело у ситуацији када је дете жртва насиља тиме што је сведок насиља, па до ситуација када судови доносе ослобађајућу пресуду јер насиље наводно није било усмерено према присутној деци, иако је тешко претпоставити да услед те околности није дошло до угрожавања спокојства и душевног стања деце. У описаној ситуацији, имајући у виду да је право детета на живот, опстанак и развој једно од основних права које подразумева забрану злостављања и занемаривања детета и нулту толеранцију на насиље у породици, требало би постојећу законску одредбу шире тумачити јер принцип најбољег интереса детета као жртве има примат над осталим начелима.

Литература

- Новаковић У. (2012), „Права детета на изражавање мишљења“, зборник радова „Права дјетета и равноправност полова - између нормативног и стварног“, стр.183-199
- Миленковић М. (2015), „Судска пракса у борби против криминалитета код кривичног дела насиље у породици из члана 194 став 3 Кривичног законика“, зборник радова „Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, стр.232-248

(IN)POSSIBILITY OF IMPLEMENTING THE BEST INTEREST OF THE CHILD AS A VICTIM IN THE SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Milevka Milenković

Abstract: *The best interest of the child is a generally accepted legal standard in all legal areas in the Republic of Serbia and in various types of proceedings conducted by administrative authorities, courts and social welfare authorities. The legislator has also incorporated this standard into laws, especially those regulating family relations. The paper deals with the topic of the best interest of the child from a practical aspect, with the aim that the topic of the paper and the observations made in court practice will be used to address the topic from both a scientific and theoretical-legal aspect. The paper starts from the regulation of this principle in international legal documents, as well as in domestic legislation, with a special focus on criminal law regulations, discusses the compliance of the terms "victim" and "child" with international definitions of these terms, and then, through specific examples from case law, seeks to find an answer to the question of whether and how the principle of the best interests of the child can be applied in criminal substantive law.*

Keywords: *best interests of the child, abduction of a minor, children as witnesses of violence*