

МАТЕРИЈАЛНО КРИВИЧНО ПРАВО

<https://doi.org/10.7251/CEST1322038S>

UDK 343.98:343.541-053.3/6

**КРИВИЧНО ДЕЛО ОБЉУБА СА ДЕТЕТОМ СА
ОСВРТОМ НА ПРОБЛЕМАТИКУ ОБЉУБЕ У РОМСКОЈ
ПОПУЛАЦИЈИ****Јелена Станисављевић**

*докторанд Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, адвокатски приправник,
адвокатска канцеларија адвоката Драгомира Брашића, Казимира Вељковића 12,
Крагујевац, stanisavljevicjelena06@gmail.com*

***Апстракт.** Средином 2019. године, Апелациони суд у Београду донео је контроверзну пресуду којом је окривљеног ослободио од оптужбе да је извршио кривично дело обљуба са дететом. Основ ослобађајуће пресуде суд је нашао у институту правна заблуда, а оваква одлука поделила је правне стручњаке у две супротстављене групе. Крајњи став заузео је Врховни касациони суд када је утврдио да је оваквом пресудом повређен закон у корист окривљеног. У овом раду, аутор се бави кривичним делом обљуба са дететом, са посебним освртом на проблематику обљубе у ромској популацији. Аутор ће најпре објаснити радњу извршења овог кривичног дела, затим ће приступити анализи института правне заблуде, а потом ће се бавити особеностима ромске националне мањине у оном делу који се односи на обљубу са дететом. Аутор ће разматрати однос обичаја и позитивних правних норми, уз навођење релевантних правних аката, а један део рада посветиће питању потенцијалне дискриминације жртве предметног кривичног дела. На самом крају, аутор ће кроз наведене аспекте анализирати актуелне пресуде апелационог и Врховног касационог суда, уз давање закључних разматрања о овој теми.*

***Кључне речи:** обљуба са дететом, правна заблуда, свест о противправности, ромска национална мањина, права детета*

1. УВОД

Деца представљају најзначајнији, али истовремено и најрањивији део друштва. Због тога, целокупан правни систем улаже посебан напор да кроз домаће и међународне правне прописе на што бољи начин заштити дете од свих негативних утицаја који до њега могу доћи. Права детета, као и правни стандард најбољег интереса детета, данас представљају основне принципе који су неизоставни у правосуђу свих земаља. Тако, Конвенцију о правима детета, која је најбрже ратификован споразум о људским правима у историји (Bentzen, 2019), ратификовало је 196 земаља света, више него било који други уговор о људским правима икада (Unicef, 2007).¹ Поред Конвенције о

¹ Једина земља на свету која Конвенцију о правима детета није уврстила у свој правни поредак јесу Сједињене Америчке Државе.

правима детета, постоје многобројни правни документи који се односе на заштиту права деце. Једни од најзначајнијих су Конвенција Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања, као и Конвенција о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (Истанбулска конвенција).

Поред међународних извора, мноштво домаћих прописа садржи посебне одредбе које се односе на заштиту деце. Најпре, Уставом Републике Србије деца су заштићена од психичког, физичког, економског и сваког другог искоришћавања или злоупотребавања (Ustav Republike Srbije, čl. 64.). Породични закон садржи одредбу којом је предвиђено да је свако дужан да се руководи најбољим интересом детета у свим активностима које се тичу детета, као и да држава има обавезу да поштује, штити и унапређује дечија права (Pородични zakon, čl. 6). Кривичним закоником (у даљем тексту: КЗ) законодавац посебно штити права деце тако што за одређена кривична дела предвиђа строжу казну када је радња дела учињена према детету. Такође, постоје и кривична дела код којих пасивни субјект може бити искључиво дете или малолетник, као што су кривична дела навођење детета на присуствовање полним радњама, убиство детета при порођају, обљуба са дететом, приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију, запуштање и злостављање малолетног лица и друга. Законик о кривичном поступку (у даљем тексту: ЗКП) садржи одредбу којом је дозвољено одступање од начела јавности кривичног поступка, те се ради заштите интереса малолетника може искључити јавност за цео главни претрес или за један његов део (ZKP, čl. 363.). Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (у даљем тексту: ЗОМУКД) предвиђена је обавеза да малолетно лице као оштећени мора имати пуномоћника од првог саслушања окривљеног, као и да судија за малолетнике, јавни тужилац, као и бранилац малолетника морају имати посебна знања из области права детета и преступништва младих (ZOMUKD, čl. 44, 49, 57.). Када се суди малолетнику, јавност је увек искључена (ZOMUKD, čl. 75.).

Из наведених примера, можемо видети да се правима детета посвећује посебна пажња и у оним прописима који нису примарно усмерени ка деци. Ипак, и поред свеобухватне легислативне заштите, дечија права неретко бивају повређена. Процењује се да једно од два детета узраста од две до седамнаест година доживи неки облик насиља сваке године (Hillis, Mercy, Amobi & Kress, 2016; World Health Organization, 2020), а да 7-12% деце буде

сексуално злостављано (Townsend, 2013).² У току 2020. године, у Србији је пријављено 411 случајева кривичних дела против полне слободе, при чему 21 случај кривичног дела обљуба са дететом (Šutić, 2021). Због актуелности теме, као и тежње да се допринесе што потпунијој заштити деце, овај рад биће усмерен на проблем сексуалног искоришћавања детета, те ће акценат бити стављен на проблематику обљубе са дететом.

2. *RATIO LEGIS* ИНКРИМИНИСАЊА ОБЉУБЕ СА ДЕТЕТОМ

Последњих година код адолесцената у свету уочава се тенденција за ранијим ступањем у интимне односе. Приликом истраживања спроведеног у организацији *STD Surveillance Network*,³ 22% мушкараца и 16% жена пријавило је да су први пут ступили у интимне односе када су имали између 10 и 13 година (Virginia Department of Health, 2012).⁴ Податак о све ранијем ступању деце у сексуалне активности, додатно отежава одређивање узраста који се узима као довољан да би дете имало релевантну вољу за ступање у интимне односе. С обзиром да се ради о питању које најдубље задире у људску интиму, у теорији се јављала дилема да ли законодавац уопште треба да се меша у правно регулисање овог аспекта људског живота.⁵ Можемо се сложити да добровољни односи не треба да буду ни у каквом смислу предмет регулисања законодавства, те да је потребно инкриминисати само оне радње које су усмерене на полне односе без пристанка, односно сагласности лица. Поред тога, неопходно је заштитити и особе које због психичких и физичких карактеристика не могу да схвате значај вршења сексуалних радњи, па самим тим чији пристанак није меродаван, а то су свакако деца.⁶

Према Конвенцији о правима детета, дете је свако људско биће које није навршило осамнаест година живота, уколико се, по закону који се примењује на дете, пунолетство не стиче раније (Konvencija o pravima deteta,

² Ову врсту кривичних дела карактерише висока тамна бројка криминалитета. „Проценjuje се да чак 90% деце не пријављује сексуално насиље“. Види: Shinton, 2017, str. 317-351.

³ Мрежа за надзор полно преносивих болести која поступа у оквиру Оделjenja за здравство и људске услуге Сједињених Америчких Држава.

⁴ У скандиванским земљама, овај проценат је такође висок, те је у Данској 18.4% жена је ступило у односе пре (или у) 14. години живота, док у Норвешкој тај проценат износи 17.8%. Види: Hansen, Kjaer, Arnheim-Dahlström, Liaw, Juul, Thomsen & други, 2020, str. 175-185.

⁵ „Имајмо у виду да је полни живот најосетљивији део човекове личности, сензибилан на спољашње утицаје. Стога се поставља питање колико је оправдано ту интимну сферу човека регулисати правним нормама. Зато је много важније дати предност моралним нормама, све до оног тренутка када полна слобода једне личности буде угрожена од стране друге особе, услед чега је кривичноправна заштита неопходна“. Ракочевић, 2005, str. 107.

⁶ Поред деце, у ову групу спадају и немоћна лица.

čl. 1.). У смислу КЗ-а, под дететом се подразумева лице које није навршило четрнаест година живота (КЗ, čl. 112. st. 8.). Дете млађе од 14 година не може дати своју сагласност за ступање у интимне односе, односно она није валидна, јер дете још увек није когнитивно, емоционално нити социјално довољно зрело (Išpanović-Radojković, Ignjatović, Kalezić-Vignjević, Stevanović, Srna, Vujić & dr. 2011). Страни аутори означавају сексуално злостављање као сваки контакт са дететом где дете није дало пристанак или где се питање пристанка услед узраста и зрелости детета не може постављати (Finkelhor, 1994, navedeno prema: Milović, 2014). Сексуалним злостављањем сматра се укључивање детета у сваку сексуалну активност коју оно не схвата у потпуности, са којом није сагласно, за коју није развојно дорасло и са којом није у стању да се сагласи, односно ону сексуалну активност којом се крше закони или социјалне норме (World Health Organization, 1999; Alempijević, Vidojević, Vidosavljević, Đorđević, Kalanj, Lakić & dr. 2012). У свету, просечан узраст који се захтева за сексуалну сагласност износи око 16 година.⁷ Значајну разлику представља законодавство Нигерије, где је за сагласност довољан узраст од само 11 година, као и Анголе и Филипина где се захтева узраст од 12 година. Бахреин је земља у којој је прописана највиша граница, а то је 21 година.⁸ Законодавац Републике Србије определио се за четрнаест година као за просечно старосно доба у коме већина појединаца достиже биолошки полну зрелост (Stojanović & Perić, 2009), и тиме спада у групу земаља чија је старосна граница постављена ниже у односу на просечну.

У складу са наведеним, *ratio legis* кривичног дела обљуба са дететом произилази из генералног става да лице које није навршило одређени старосни узраст није објективно способно да својом слободном вољом пристане на сексуални однос, односно из става законодавца да лице које се у кривичноправном смислу сматра дететом уопште није способно да на релевантан начин пристане на обљубу или са њом изједначени чин. Реч је о злоупотреби недовољног старосног узраста лица с којим се остварује добровољни сексуални однос и таква злоупотреба представља суштински *ratio legis* кривичног дела обљуба са дететом (Škulić, 2019, navedeno prema: Delibašić, 2020). Основни циљ ових инкриминација је спречавање полних односа или других облика задовољења полног нагона са лицима млађим од 14

⁷ У свету, 76 земаља за сексуалну сагласност захтева узраст од 16 година. Murigi E. (01.03.2018). Age Of Consent Around The World. Preuzeto 24.02.2022. sa <https://www.worldatlas.com/articles/age-of-consent-around-the-world.html>

⁸ Age of Consent. (2022). Legal Ages of Consent By Country. Preuzeto 24.02.2022. sa <https://www.ageofconsent.net/world>

година, због тога што она нису физички нити психички подобна, те се ови односи могу штетно одразити на њихово здравље и развој (Lazarević, 2011).

3. КРИВИЧНО ДЕЛО ОБЉУБА СА ДЕТЕТОМ

Кривично дело обљуба са дететом прописано је чланом 180. КЗ-а и има основни (став 1.) и два тежа облика (ставови 2. и 3.). Основним обликом предвиђено је да *ко изврши обљубу или са њом изједначен чин са дететом, казниће се затвором од пет до дванаест година* (КЗ, чл. 180. ст. 1.) Можемо видети да је радња извршења основног облика кривичног дела одређена алтернативно и састоји се од обљубе или са њом изједначеног чина. Неоходно је да је обљуба учињена уз пристанак,⁹ у супротном, било би извршено кривично дело силовање и то његов најтежи облик. Израз *обљуба* у смислу полног односа у законодавству Србије први пут је употребљен у Кривичном законнику Краљевине Југославије из 1929. године (Todorović, 2020). У кривичноправном смислу, под обљубом се, као и данас, сматрало прибављање сексуалног задовољства сједињавањем полних органа мушког и женског лица (Urošević, 1929, navedeno prema: Todorović, 2020).

У погледу питања када се обљуба сматра извршеном, мишљења аутора се разликују. У пресуди Врховног суда Србије из 1954. год. (КЖ 3552/54) суд је стао на становиште да је за извршено кривично дело потребно само спајање полних органа, а не и продињање уда у вагину, те се са овим ставом саглашавају и поједини аутори.¹⁰ Међутим, већи број њих сматра да је обљуба извршена тек продирањем мушког полног органа у женски, те да за постојање свршеног чина није довољно само њихово дотицање.¹¹ Пресуда на коју се поборници првог схватања ослањају донета је пре знатно дугог временског периода, те се на њу више не би требало позивати, с обзиром да је у домаћој судској пракси преовладало мишљење да се за чин обљубе захтева коитус. У случају дотицања полних органа, а без извршене пенетрације, могло би се говорити о кривичном делу недозвољене полне радње, али не и о обљуби. Ипак, довољно је да дође и до делимичног продирања полног органа, па да се обљуба у кривичноправном смислу третира као започета и довршена, независно од дужине трајања таквог контакта и физиолошких особености сексуалног чина, који у том погледу може остати недовршен (Škulić, 2017).

⁹ S obzirom da smo već govorili da dete u ovom uzrastu nema sposobnost da odlučuje o stupanju u intimne odnose, izraz *pristanak* treba shvatiti uslovno.

¹⁰ Na primer, vidi: Aleksić, 2010.

¹¹ Na primer: „Za postojanje svršenog dela nije potrebno samo doticanje polnih organa, ali se ne traži ni izbacivanje semena (emissio seminis)“, Lazarević, 2011, str. 616. Vidi i: Stojanović & Perić, 2011; Lazarević, 2000 navedeno prema: Škulić, 2017.

Дело може бити извршено и када није проузрокована дефлорација женског лица, јер за постојање свршеног дела није значајно у коликој мери је продирање извршено (Lazarević, 2011). Ипак, у пракси је у неким случајевима тешко утврдити када постоји макар делимично продирање, а када само додир полних органа (Stojanović & Perić, 2011), које питање је од значаја за разграничавање свршеног и покушаног дела обљубе са дететом, о чему ће бити речи у наставку рада.

Под чином изједначеним са обљубом подразумева се анални или орални однос, тј. продирање мушког полног органа у анални или орални отвор другог лица (женског или мушког) (Delibašić, 2020). Поједини аутори залажу се за проширивање овог појма, те прихватају екстензивно схватање по коме би, поред продирања полног органа, чин изједначен са обљубом обухватао и друге врсте пенетрација.¹² Проширивање радњи које би се могле сматрати под чином изједначеним са обљубом отвара проблем њихових разграничавања од других недозвољених полних радњи, које с обзиром на запрећену казну представљају лакше кривично дело у односу на кривично дело обљубе са дететом. О овоме ће такође бити речи у наставку рада.

Као што смо навели, у смислу КЗ-а, под дететом се подразумева лице које није навршило четрнаест година, те тако пасивни субјект кривичног дела обљуба са дететом може бити само дете које није навршило овај узраст. У случају обљубе, сходно дефиницији, јасно је да дете мора бити пола супротног од извршиоца, док је у случају са обљубом изједначеног чина могуће да извршилац и пасивни субјект буду истог пола. Поједини аутори истичу да је та ситуација могућа само када су у питању мушке особе,¹³ док други пак сматрају да су у случају чина изједначеног са обљубом могуће све комбинације у погледу пола извршиоца и пасивног субјекта.¹⁴ Иако су учиниоци кривичног дела обљуба са дететом најчешће мушкарци,¹⁵ као спорно, јавља се питање да ли се чин изједначен са обљубом може извршити

¹² У пракси појединих земаља, са обљубом изједначеним чином сматра се увлачење прста, песнице или предмета у вагину или анални отвор пасивног субјекта. Иако наглашавају да је неспорно да неке од ових радњи тешко погађају жртву, професори Stojanović и Perić сматрају да појам чина сличног обљуби не треба проширивати, те га треба ограничити на радње које су најсличније vaginalnom koitusu, а то су анални и орални koitus. Vidi: Stojanović & Perić, 2011.

¹³ На пример: Lazarević, 2011, str. 625: „Kad se delo vrši obljubom, izvršilac može biti muško ili žensko lice, а u drugom slučaju izvršilac dela može biti samo muško lice“.

¹⁴ На пример: Stojanović & Perić, 2011.

¹⁵ „Prema istraživanju Incest trauma centra, od četiri osobe koje su zlostavljane u detinjstvu, tri su devojčice; od pet počinilaca seksualnih delikata zlostavljanja, četvorica su muškarci“, Popadić, 2020, navedeno prema, Bošković, 2009, str. 126.

„U toku 2018. god. jedno dete muškog pola i jedanaestoro dece ženskog pola bile su žrtve krivičnog dela obljuba sa detetom“, Todorović, 2020, str. 60.

између две женске особе. Делибашић сматра да је одговор на ово питање потврдан, те наглашава да, имајући у виду одредбе Истанбулске конвенције, треба прихватити став да се и орални однос између женских лица сматра чином изједначеним са обљубом.¹⁶

Дакле, кривично дело је извршено оног тренутка када је над дететом извршена обљуба или са њом изједначен чин, а то је тренутак у коме је извршена пенетрација. Могућ је и покушај овог дела, али због специфичности радњи које улазе у биће кривичног дела обљуба са дететом, у појединим ситуацијама изузетно је тешко разграничити да ли извршене радње представљају покушај обљубе или су пак остварена обележја кривичног дела недозвољене полне радње. У КЗ-у не постоји дефиниција ових радњи, већ је чланом 182. ст. 2. прописано да *ко под условима из члана 180. став 1. ..., овог законика изврши неку другу полну радњу* (нагласио аутор), *казниће се затвором од шест месеци до пет година*. Дакле, под недозвољеним полним радњама сматрају се радње усмерене на задовољење полног нагона, али на начин који се не може подвести под појам обљубе или њој сличног чина (Решење Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 5141/11 од 08.03.2012.). Стога, у одређеним случајевима тешко је закључити да ли је радња која је извршена над дететом представљала извршену недозвољену полну радњу или покушану, а недовршену обљубу. Дилема нарочито настаје онда када се чин изједначен са обљубом схвата по екстензивној дефиницији, јер се онда јавља готово нерешив проблем разграничавања са недозвољеним полним радњама које би, по својим субјективним и објективним карактеристикама, могле бити идентичне са екстензивно схваћеним појмом радњи које су сличне обљуби.¹⁷

Основни критеријум разграничавања покушаја обљубе од извршених недозвољених полних радњи налазимо у умишљају учиниоца. Ако је умишљај учиниоца био управљен на радње које спадају у опсег кривичног дела обљубе са дететом, постојаће покушај тог кривичног дела, а ако је постојала намера побуђивања или задовољавања сексуалног нагона, а без намере да до обљубе дође, постојаће кривично дело недозвољене полне радње. У обзир треба узети и то да ли су извршене радње и објективно, према

¹⁶ „Имајући у виду одредбе Истанбулске конвенције (члан 36.), која поставља захтев да код кривичник дела против полне слободe радња извршења буде одређена широко, односно да буде инкриминисана vaginalna, analna или oralna penetracija seksualne prirode na телу другог лица без његовог пристанка коришћењем било kog дела тела или предмета, треба прихватити став да се и орални однос између женских лица сматра чином изједначеним са обљубом“, Делибашић, 2019, стр. 241.

¹⁷ Због тога, професори Стојановић и Перич сматрају да све што не представља пенетрацију мушког полног органа у три телесна отвора (vagina, уста, analni otvor), а има сексуални карактер с обзиром на своју усмереност, представљало би радњу извршења кривичног дела недозвољених полних радњи. Vidi Стојановић & Перич, 2011.

својој природи, везане за обљубу или са њом изједначеним чином и усмерене ка њима као радње које им претходе (Stojanović & Perić, 2011). Ако недозвољене полне радње имају улогу „предигре“ за вршење обљубе, тада неће постојати кривично дело недозвољене полне радње, већ покушај обљубе (Lazarević, 2011). Због свих специфичности радњи на које смо указали, могло би се поставити и питање стицаја кривичних дела. Између недозвољених полних радњи и инкриминисане обљубе неће постојати стицај онда када се оба дела врше према истом пасивном субјекту, а полна радња непосредно претходи вршењу обљубе (Lazarević, 2011).

Тежи облик кривичног дела обљуба са дететом постоји када услед обљубе или са њом изједначеног чина наступи тешка телесна повреда детета, ако је дело извршено од стране више лица или ако је за последицу имало трудноћу. Карактер тешке телесне повреде има и насилан побачај прве трудноће када је оштећена приликом обљубе остала gravidна. Када дође до тешког оштећења психичког здравља оштећеног лица, исто се има сматрати тешком телесном повредом (Todorović, 2020). За тежи облик кривичног дела обљуба са дететом прописана је казна затвора од пет до петнаест година. Најтежи облик овог кривичног дела постојаће ако је услед основног или тежег облика дела наступила смрт детета, а забрањена је казна затвора најмање десет година или доживотни затвор.¹⁸

Ставом 4. члана 180. КЗ-а прописано је да се за дело из става 1. (основни облик кривичног дела обљубе) неће казнити учинилац ако између њега и детета не постоји значајнија разлика у њиховој душевној и телесној зрелости. У члану 112. КЗ-а којим је регулисано значење израза, у ставу 3. тачка 29. превиђено је да се под изразом *неће се казнити* подразумева да у том случају нема кривичног дела. На овај начин законодавац је предвидео основ искључења постојања кривичног дела када су у питању одређени учиниоци. Иако овом одредбом КЗ-а није изричито постављен услов да извршилац мора бити малолетник, у случају да је извршилац пунолетан не би био испуњен прописани услов да не постоји значајнија разлика у душевној и телесној зрелости извршиоца и пасивног субјекта (Delibašić, 2020).

У вези са максималном старосном разликом која би могла да постоји, у страном законодавству и ставовима судске праксе запажају се донекле различита решења. Према тим ставовима, разлика се креће између две и четири године, с тим што се обично захтева услов да пасивни субјект не сме бити млађи од дванаест година. Полазећи од решења и искустава у

¹⁸ У неким земљама, постоје тенденције да се учиниоци оваквих кривичних дела казњавaju хемијском кастрацијом. Више о томе види: Tullio, 2009.

кривичном праву других земаља, као и ставова у теорији, могао би се заузети став да у случајевима када та разлика није већа од две године треба поћи од претпоставке да је наведени услов у погледу душевне и телесне зрелости испуњен. Ако би та разлика била између две и четири године, било би потребно утврђивати и упоређивати степен душевне и телесне зрелости учиниоца и пасивног субјекта од чега би зависило постојање кривичног дела (Stojanović & Perić, 2009). Тако, на пример, неће постојати ово кривично дело у ситуацији када између учиниоца и детета постоји само незнатна разлика у „емоционалној и социјалној зрелости и стабилности” тј. душевној и телесној зрелости. Међутим, постојаће значајна разлика у душевној и телесној зрелости, а тиме и ово кривично дело, ако је учинилац (20 година) по својој емоционалној зрелости био на нивоу старијег малолетног лица, а пасивни субјект (12 година) на нивоу детета (Stojanović, Škulić & Delibašić, 2018, navedeno prema Delibašić, 2020).

Иако је у КЗ-у прецизно наведено да се искључење постојања кривичног дела односи само на основни облик кривичног дела (*Неће се казнити за дело из става 1. овог члана* (нагласио аутор) *учинилац, ако између њега и детета не постоји значајнија разлика у њиховој душевној и телесној зрелости.*), у пракси су се јављали проблеми у његовом тумачењу. Апелациони суд у Новом Саду став 4. чл. 180. применио је на малолетника коме је због тежег облика кривичног дела обљуба са дететом из члана 180. став 2. КЗ-а изречена васпитна мера појачан надзор од стране органа старатељства (Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Kžm1 76/20 od 13.08.2020.). Врховни касациони суд нашао је да је овакво правно становиште погрешно. Ово стога, што је одредбом члана 180. став 4. КЗ-а изричито и недвосмислено прописано да се искључење постојања кривичног дела односи само на основни облик кривичног дела, па је другостепени суд, проширујући основ искључења постојања кривичног дела и на тежи облик, учинио повреду кривичног закона из члана 439. тачка 2 ЗКП-а, у корист малолетника (Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz 1491/2020 od 21.01.2021.).

4. ОБЉУБА СА ДЕТЕТОМ И СВЕСТ О ПРОТИВПРАВНОСТИ

Чланом 14. у ставу 1. КЗ-а прописано је да је кривично дело оно дело које је законом предвиђено као кривично дело, које је противправно и које је скривљено (КЗ, чл. 14. ст. 1). Кривица постоји ако је учинилац у време када је учинио кривично дело био урачунљив и поступао са умишљајем, а био је свестан или је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено. Дакле, свест о противправности дела представља конститутивни елемент

кривице, те изостанак овог елемента представља основ за њено искључење. Свест о противправности дела као самостални елемент кривице не мора се утврђивати у сваком конкретном случају већ се утврђује само постојање основа који ту свест искључују (Sentenca iz presude Vrhovnog kasacionog suda Kzр 2/10 od 25.02.2010. godine, utvrđena na sednici Krivičnog odeljenja 13.09.2010.). У складу са темом овог рада, посветићемо се анализи два института који се у судској пракси најчешће јављају као основи искључења кривице код кривичног дела обљуба са дететом, а то су институти стварне и правне заблуде.

5. СТВАРНА ЗАБЛУДА

Заблуда у најширем смислу речи представља непостојање свести или постојање погрешне свести о неким околностима. Кривичним закоником предвиђене су две врсте стварне заблуде: заблуда о стварним обележјима бића кривичног дела и заблуда о разлозима искључења противправности. За тему нашег рада значајнија је заблуда о стварним обележјима бића кривичног дела, те ћемо се посветити само њеној анализи.

Стварна заблуда о бићу кривичног дела јавља се када код учиниоца не постоји свест или постоји погрешна свест о било којој стварној околности која улази у биће кривичног дела. Она може бити неотклоњива и отклоњива. У чл. 28. КЗ-а прецизно је дефинисано да неотклоњива стварна заблуда постоји онда када учинилац није био дужан и није могао да избегне заблуду у погледу неке стварне околности која представља обележје кривичног дела. Ако је учинилац према околностима конкретног случаја и према својим личним својствима могао и био дужан да има правилну представу о релевантним стварним околностима које улазе у биће кривичног дела, постојаће отклоњива стварна заблуда или стварна заблуда из нехата. Кривичноправно дејство овог института огледа се у томе да стварна заблуда о бићу кривичног дела, било да је отклоњива или неотклоњива, увек искључује умишљај извршиоца. Она стварна заблуда која је била неотклоњива, искључује и умишљај и нехат, односно увек искључује кривицу учиниоца, па самим тим и кривично дело. Када код учиниоца постоји отклоњива стварна заблуда, она искључује његов умишљај, али не и нехатну кривицу, те ће тада постојати кривично дело учињено из нехата ако закон такво дело предвиђа (Stojanović, 2016).

У КЗ-у није предвиђен нехатни облик кривичног дела обљуба са дететом, па је ово дело могуће извршити само са умишљајем, односно са свешћу о томе да дете нема навршених 14 година. Међутим, како поједини

аутори истичу, није неопходно да учинилац има тачну представу о броју година детета, већ је довољно да је био свестан да се ради о веома младом лицу (Delibašić, 2020). Неспорно је да је у већини случајева лако закључити да дете има мање од 14 година, међутим, проблем може настати онда када је дете готово достигло овај узраст или када му по својим физичким карактеристикама одговара. Тада би се могло јавити питање постојања стварне заблуде учиниоца о старости детета. Данас је ова проблематика посебно изражена код девојчица, с обзиром на то да врло често шминком и начином облачења доприносе утиску да су знатно старије од свог реалног узраста.

С обзиром на то да кривично дело обљуба са дететом нема нехатни облик, чак и постојање отклоњиве стварне заблуде искључило би кривицу. Ова чињеница ауторе дели на две групе. Са једне стране, јављају се ставови да за постојање кривичног дела није довољно да је учинилац могао на одређени начин да сазна старосну доб пасивног субјекта, па то није учинио. Такође, поставља се и начелно питање да ли је ико пре ступања у сексуалне односе са другим лицем дужан да утврђује његове године старости (Stojanović, 2017, navedeno prema Delibašić, 2020). Поједини сматрају да неће постојати одговорност за ово кривично дело ако је учинилац имао разлога да верује да је оштећено лице старије од 14 година, што би посебно могло бити у случају натпросечне физичке и интелектуалне развијености.¹⁹ Са друге стране, заступљено је и мишљење да учинилац не мора да буде сигуран да је жртва млађа од 14 година, већ је довољно да ту околност претпоставља (Aleksić, 2010). У складу са овим, поједини аутори мишљења су да се питање заблуде у погледу старости пасивног субјекта може уважити само у случају да је учинилац малолетник или млађе пунолетно лице, те је оправдано очекивати да је сходно свом искуству и степену развоја могао деловати у заблуди. Поред тога, према овом мишљењу, када је учинилац старији од 21. године, нема разлога да се од њега не очекује да провери узраст малолетног лица са којим ступа у сексуалне односе (Delibašić, 2020).

Верујемо да је овакав закључак исправан и сматрамо да се пропуст да се утврди узраст пасивног субјекта може „опростити“ само малолетницима и млађим пунолетним лицима, а да за тако нешто не постоји оправдање на страни осталих пунолетних учинилаца, с обзиром на њихово животно искуство. Такође, психофизичка натпросечна развијеност детета не може бити довољна аргументација за постојање заблуде о његовим годинама када у конкретном случају постоје додатне околности из којих је учинилац могао да

¹⁹ На пример, *vidi*: Lazarević, 2011.

закључи о узрасту пасивног субјекта.²⁰ Оно што је беспоговорно јесте да се о постојању стварне заблуде може говорити само у старосно граничним случајевима, који се мере месецима, док озбиљнија старосна одступања не могу бити обухваћена аргументацијом стварне заблуде (Pavlović, 2013).

6. ПРАВНА ЗАБЛУДА

Правна заблуда подразумева непостојање свести о томе да се чини кривично дело, односно да се предузима правом забрањено понашање. Као и стварна, тако и правна заблуда може бити отклоњива и неотклоњива. Неотклоњива правна заблуда постоји онда када учинилац није знао да је његово дело забрањено зато што то није могао и није био дужан да зна (KZ, čl. 29. st. 2.). Отклоњива правна заблуда јавља се када учинилац није знао да је његово дело забрањено, али је то могао и био дужан да зна. Кривичним закоником, у чл. 29. недвосмислено је предвиђено да дело које је учињено у неотклоњивој правној заблуди није кривично дело. Уколико је учинилац поступао у отклоњивој правној заблуди, казна му се може ублажити.

Већина аутора сагласна је да свест о противправности не подразумева тачно познавање кривичноправних норми, већ да је довољна свест учиниоца да његово понашање представља напад на неко добро које је правом заштићено.²¹ Међутим, јављају се и супротни ставови према којима свест о противправности мора бити обухваћена умишљајем.²² Углавном, аутори се слажу да је за свест о противправности исувише благо захтевати само да лице има свест о друштвеној штетности или обичајној противности, док је тражити свест о томе да је неко понашање не само правом забрањено, већ предвиђено као одређено кривично дело, сувише много (Stojanović, 2013). Законодавац је у члану 22. КЗ-а прописао да *Кривица постоји ако је учинилац у време када је учинио кривично дело био урачунљив и поступао са умишљајем, а био је свестан или је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено* (нагласио аутор) (KZ, čl. 22.). Као што можемо приметити, законодавац се определио за просту формулацију да код учиниоца треба да постоји свест о забрањености дела, не прецизирајући да ли се она односи на свест о забрањености кривичним законима. Због тога, прихваћен је став да се од

²⁰ На пример: „Optuženi je morao biti svestan da oštećena nije napunila 14 godina, jer je poznao nju i njenu porodicu, živeo u njihovoj neposrednoj blizini i bio sa njima svakodnevno u kontaktu, a uz to, radi se o izvršiocu koji je star 50 godina i životno iskustvo, kao i činjenica da je i sam otac četvoro dece, ukazuju na to“, iz presude Vrhovnog suda Srbije, KŽ 1207/2004 od 13.09.2004. god.

²¹ На пример, види Stojanović, 2016.

²² На пример, види Lazarević, 2006.

учиниоца захтева да је знао да је његово дело забрањено правом, али да није неопходно да познаје којим је конкретно прописом то дело инкриминисано.

У складу са наведеним, постојање неотклоњиве правне заблуде на страни учиниоца да је обљуба са дететом забрањена, искључило би постојање његове кривице, па самим тим и кривичног дела. У случају да је оваква заблуда била отклоњива, учинилац би се могао блаже казнити. Основна дилема која се у овом случају поставља јесте да ли постоји реална могућност да учинилац нема свест да је полно општење са дететом млађим од 14 година забрањено законом. Позната нам је подела кривичних дела на *mala in se* (она код којих су понашања зла сама по себи, а њихова правна и друштвена забрањеност је изједначена) и *mala prohibita* (зависе претежно од процене законодавца у одређеном друштву и нису истовремено предмет моралне осуде). Код првих је искључена могућност постојања правне заблуде с обзиром да представљају кривична дела у свим друштвима, док је код других постојање правне заблуде могуће. Примена института правне заблуде као основ ослобађајуће пресуде за кривично дело обљуба са дететом недавно је довела до велике негативне реакције јавности. Треба имати на уму чињеницу да је домаћа судска пракса институт правне заблуде до сада примењивала веома рестриктивно (Delić, 2009). Оно што је спорно и што отвара питање на које није лако дати одговор јесте да ли кривично дело обљуба са дететом спада у кривична дела *mala in se* или у дела *mala prohibita*.

Можемо се сложити да је већина пунолетног становништва свесна да је правом забрањено имати полне односе са децом. Међутим, упитно је колики проценат њих зна који је узраст предвиђен као граница за легално ступање у овакву врсту односа. Ипак, морамо приметити да је законска граница за сексуалну сагласност у Србији постављена прилично ниско, те иако можда не знају прецизну одредбу, свако ко зна да је обљуба са децом инкриминисана, тешко да може помислити на узраст нижи од 14 година. Ако говоримо о радњама које спадају у оспег кривичног дела обљуба са дететом, о којима и у правној науци постоји нека врста неслагања, да ли је оправдано очекивати од просечног грађанина да зна шта се сматра под чином изједначеним са обљубом? Уколико одемо корак даље и уместо просечног грађанина замислимо особу скромнијег образовања одраслу у социјално и васпитно запуштеним условима, ова дилема постаје још продубљенија. Поред свести о правној забрањености одређених понашања, морамо имати у виду и свест о забрањености понашања друштвеним правилима која постоји када је лице свесно да се његово дело противи правилима понашања у одређеном друштву. Оно што је проблем јесте различитост друштвених правила на истој

државној територији и у истом друштву. Неспорно је да у истом друштву, у зависности од територије, географског положаја, друштвене групе, нивоа образовања, историјских прилика, културних образаца, локалних обичаја, породичних прилика и др. зависи и постојање одређеног друштвеног правила и његова садржина (Vuković, 2017). Због тога, следећи део рада биће посвећен проблематици обљубе у ромској популацији.

7. ПРОБЛЕМАТИКА ОБЉУБЕ У РОМСКОЈ ПОПУЛАЦИЈИ

Роми су традиционално номадски народ који у Србији представља трећу највећу етничку групу. Према попису становништва из 2011. године, у Србији је живело 147.604 припадника ромске националне мањине, што представља 2.1% укупног становништва (Vašić, 2021). Иако је овај број званичан, према процени Савета Европе, стваран број Рома у Србији износи 450.000, док неки ромски лидери тврде да их има и до 800.000 (Gavrilović, 2009). Роме карактеришу бројне особености по којима се разликују од опште популације у Србији, али за потребе овог рада, усредсредимо се само на оне које се односе на њихов брачни живот.

Најпре, када говоримо о браку код Рома, битно је нагласити да они под овим термином не подразумевају брак искључиво као озваничену заједницу, већ сваки заједнички живот двоје људи под истим кровом, ма колико кратко он трајао. Једна од основних карактеристика ромске заједнице представља рано ступање у брак. Дечији бракови су глобални феномен који већ дуго постоји широм света. Развој савременог друштва донео је многе промене у различитим областима јавног и приватног живота, али неке штетне праксе још увек нису искорењене. Ту спадају и дечији бракови, при чему једна трећина девојчица ступи у брак пре навршене 18. године, а једна у девет ступи у брак пре навршене 15. године живота у многим земљама у развоју.²³ Иако су и дечаци у опасности од дечијих бракова, чињеница је да су девојчице несразмерно више погођене (United Nations Population Fund, 2012). Овај проблем посебно је изражен код Рома. Према спроведеном истраживању, у Србији је само 0.8% жена из опште популације старости између 15 и 49 година ступило у брак пре 15. године живота, док у ромским заједницама тај проценат износи 17% (Unicef, 2015).

²³ International Center for Research on Women (ICRW), Child Marriage Facts and Figures, <http://www.icrw.org/what-we-do/adolescents/child-marriage>.

Код Рома, сматра се да су девојке „зреле за брак“ чим уђу у пубертет (Unicef, 2017).²⁴ Дакле, у ромској заједници, широко је прихваћен обичај да се деца венчавају рано, пре пунолетства.²⁵ Приликом анкета које су спроведене међу Ромима, бројна су мишљења да је сасвим нормално и оправдано да девојчице ступају у брак чак и са 10 или 11 година. Једна испитаница навела је да се први пут „удала“ са 11 година, али да јој уговорени партнер није одговарао, те се други пут сама „срећно удала“ када је напунила 13 година (Unicef, 2015). Већина њих сматра да је рано ступање у брак нормално и нешто што не треба бити предмет дискусије у њиховој заједници. „Такви су обичаји“²⁶ и „Ми ако чекамо осамнаест, остареле смо. Ко ће нас узети?“²⁷ само су неки од генерално прихваћених ставова по питању раних бракова. Ступање у брак подразумева и полно општење, као и рађање деце у раном узрасту, што Роми сматрају не само нормалним, већ и похвалним.²⁸ По питању порођаја девојчице од 13 година, ромски брачни пар наводи: „Па, код нас Роми обично почињу тако, то је код нас нормално, да деца рано почињу да стасавају“.²⁹

На основу наведених података, јасно је да су дечији бракови у ромској популацији широко распрострањени. Можемо закључити да они нису само ствар њиховог обичаја и традиције, већ да Роми живе у дубоком убеђењу да је такво поступање исправно.³⁰ Видели смо да су Роми мишљења да њихова деца стасавају раније у односу на децу из опште популације, те да верују да су због тога физички и психички довољно развијени за ране полне односе, као и за рађање деце. Услед наведеног, вратимо се на питање које смо већ отворили приликом анализе института правне заблуде, а то је да ли постоји реална могућност да учинилац нема свест да је полно општење са дететом млађим од 14 година забрањено законом?

²⁴ „Ona je bila najlepša devojka ovde...“. „Pa, kako sa 11 godina može da bude devojka? Ona je sa 11 godina dete“. „Džabe, kod nas je tako. Naša tradicija je taka, mi smo Romi. Čim 11-12 godina, devojka, da me izvineš, rastu joj grudi (prilagodio autor), to je kod nas već devojka. I svi lete za njom, dečaci. I to je to“. Deo razgovora sa romskom ispitanicom starom 23 godine. Unicef, 2017.

²⁵ Више о положају Рома види: Foster & Norton, 2012.

²⁶ „Neko ih daje mlade u 13-14 godina. Takvi su običaji“. Izjava romske ispitanice stare 55 godina. Unicef, 2017.

²⁷ „Mi ako čekamo osamnaest, ostarele smo kod roditelji. Tako priča narod. Osamnaest godine, lele, ova ostarela. Koj će gu uzme?“, izjava romske ispitanice stare 18 godina. Ibid.

²⁸ „Ima 11 godina, da. Ona je sa 11 godina rodila. Na carski rez je rodila, ima sina. Mali ima dve godine“.

²⁹ „I šta mu fali što ga je rodila u 11 godine? Ništa. Carica je sad. Ništa joj ne fali“. Ibid.

²⁹ Izjava romskog bračnog para iz Vranja. Ibid.

³⁰ Vidi fusnotu 29.

Мишљења смо да је одговор на постављено питање потврдан. Постојање одређеног друштвеног правила и његова садржина зависи од историјских прилика, културних образаца, локалних обичаја, породичних прилика и другог. Приликом утврђивања да ли је учинилац могао да поседује свест о забрањености дела, у обзир треба узети ниво његовог образовања, узраст, васпитање, занимање, породичне и личне прилике, круг људи из којег потиче, као и учесталост и природу кривичног дела (Vuković, 2017). С обзиром на све ове околности, сматрамо да је сасвим могуће да учинилац који потиче из ромске заједнице не поседује свест о томе да је обљуба са дететом забрањена правним прописима. Ипак, то ће се утврђивати у сваком појединачном случају, те ћемо стога приступити анализи спорне пресуде Апелационог суда у Београду, којом је окривљени ослобођен од оптужбе да је извршио кривично дело обљуба са дететом, услед примене института правне заблуде.

8. АНАЛИЗА ПРЕСУДЕ АПЕЛАЦИОНОГ СУДА У БЕОГРАДУ КЖ1 392/2019

Пресудом Вишег суда у Панчеву пунолетни мушкарац ромског порекла осуђен је на казну затвора у трајању од 5 година због кривичног дела обљуба са дететом из члана 180. став 2. КЗ-а. Окривљени је са оштећеном која је била стара 13 година и 10 месеци извршио обљубу која је за последицу имала трудноћу. Против наведене пресуде, бранилац окривљеног изјавио је жалбу, за коју је Апелациони суд у Београду нашао да је основана јер је првостепена пресуда, као последица погрешне оцене изведених доказа, донета на основу погрешно утврђеног чињеничног стања и на основу погрешне примене материјалног права. Након одржаног претреса пред другостепеним судом, Апелациони суд у Београду је закључио да је окривљени приликом обљубе са дететом поступао у неотклоњивој правној заблуди, те га је ослободио оптужби.

Овакав став, другостепени суд засновао је на чињеницама да су окривљени и оштећена припадници ромске националне мањине, те је околности догађаја ценио у склопу социолошко - културолошких особености наведене етничке заједнице. Суд се посебно усредредио на особености ромске заједнице у погледу обрасца брачних и породичних односа које се, између осталог, односе на рано ступање у полне односе. Околности случаја такве су да су окривљени и оштећена први сексуални однос имали у кући оштећене, када је она имала 13 година и 10 месеци. Након што су њихове породице то сазнале, сматрале су да је оштећена тиме постала супруга

окривљеног, па су организовале прославу. Мајка оштећене која је саслушана као сведок, истакла је да се њена средња ћерка удала са 12 година и да она није знала да се за то „иде на суд“. Окривљени је такође навео да су се његове две сестре удале са 13 година, као и да је његов кум оженио девојку млађу од тог узраста, а да ни његови зетови, нити кум нису били гоњени. Услед тога, он није знао да је ово дело кажњиво. Судски вештак специјалиста неуропсихијатрије и дечије психијатрије такође се изјаснио да је окривљени као припадник ромске заједнице поштовао правила која су јој културолошки својствена и која се односе на рано ступање у полне односе. Из разговора са окривљеним, вештак је стекао утисак да окривљени не зна да је ступањем у сексуалне односе са оштећеном извршио кривично дело. Услед ових околности, другостепени суд је закључио да окривљени није знао да обљуба са дететом представља забрањену радњу.

Приликом оцене да ли је окривљени био дужан и могао да зна да је његово дело забрањено, Суд је ценио вештачење вештака неуропсихијатрије који је утврдио да између окривљеног и оштећене није постојала значајнија разлика у физичкој и психичкој зрелости, као и да је окривљени скромног фонда знања - испод очекиваног за календарски узраст и степена формално достигнуте едукације (Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kžl 392/2019 od 10.06.2019. god. str. 6, pasus 2.). Услед околности да је окривљени био окружен примерима лица која су ступала у односе са децом млађом од 14 година, а за то нису гоњена, као и да је такво понашање свеprisутно у целокупној ромској заједници, притом узевши у обзир његову зрелост и образовање, Суд је закључио да окривљени није могао да зна да полни однос са особом млађом од 14 година представља кривично дело. Услед тога, на страни окривљеног постојала је неотклоњива правна заблуда, која је искључила његову кривицу, те је ослобођен оптужби за извршење кривичног дела обљуба са дететом.

9. АНАЛИЗА ПРЕСУДЕ ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА КЗЗ 1345/2019

Анализирана пресуда Апелационог суда у Београду изазвала је велику реакцију јавности. Док је становништво које нема правничког знања углавном негативно реаговало, упознавши се са случајем само кроз сензационалне наслове у штампи,³¹ стручна јавност била је подељена у две групе. Са једне

³¹ Dakić M. (14.09.2019) IGOR JURIC: SUDIJA MAJIC OSLOBODIO MANIJAKA KOJI JE OBLJUBIO DEVOJČICU (13)! Skandalozna odluka Apelacionog suda šokirala sve! Preuzeto 24.02.2022. sa <https://informer.rs/hronika/vesti/459038/igor-juric-sudija-majic-oslobodio-manijaka-koji-obljubio-devojcicu-skandalozna-odluka-apelacionog-suda-sokirala-sve>

стране јавило се мишљење да је у конкретном случају несумњиво постојала правна заблуда на страни окривљеног и да је Апелациони суд правилно одлучио, док су на другу страну стали они који су сматрали да, без обзира на околности случаја, учинилац мора бити кажњен. Крајњи став заузео је Врховни касациони суд (у даљем тексту: ВКС) када је утврдио да је пресудом Апелационог суда повређен закон у корист окривљеног.

ВКС најпре је указао да обљуба са дететом не представља само повреду права, већ истовремено и повреду моралног поретка, због чега малолетна лица уживају посебну заштиту у погледу полних односа, а нарочито када су у питању деца која нису достигла довољан степен физичке и психичке зрелости. Оваквav став није споран и постоји апсолутно слагање да деца уживају посебну заштиту. Међутим, добро је познато да оно што је у супротности са моралом не мора бити нужно обухваћено кривичним законодавством, те морална схватања сама по себи не могу бити објект кривичноправне заштите. Такође, ако говоримо о моралу, морамо га посматрати из аспекта заједнице из које потичу актери догађаја. У ромској заједници, не само да полно општење са младим женама није противно моралу, већ представља део културне традиције и захтева се за нормално функционисање породице и заједнице. Као што смо могли приметити, девојке које до 18. године остану неударе бивају осуђене од стране друштва, смањују им се шансе за удају и неретко се јавља проблем њихове егзистенције. Такође, ступање у односе са оштећеном, окривљени није схватио као једнократни сексуални чин ради задовољења нагона, већ је планирао да заснују породицу (Вештачење вештата неуропсихијатрије и деџије психијатрије др Стевана Јокића, Пресуда Апелационог суда у Београду КЖ1 392/2019 од 10.06.2019. год. стр. 7, пасус 2.), о чему у прилог говори и чињеница да је са њом остао у заједници у којој заједнички подижу дете. Због тога, не можемо рећи да се конкретни сексуални однос може схватати као неморалан, с обзиром на све околности случаја.

У даљем образложењу пресуде, ВКС исказује бојазан да, уколико би се обичаји ромске заједнице узели као околност која битно утиче на свест окривљеног о забрањености дела, то може резултирати немогућношћу да

Tanjung. (13. 09. 2019). SKANDALозна PRESUDA: Obljubio maloletnicu (13), ostala u drugom stanju, a sudija ga - OSLOBODIO! Preuzeto 24.02.2022. sa [https://www.novosti.rs/vesti/naslovna/hronika/aktuelno.291.html:818133-SKANDALозна-PRESUDA-Obljubio-maloletnicu-13-ostala-u-drugom-stanju-a-sudija-ga---OSLOBODIO-Adria-media-group.\(15.05.2020\). ON-IMA-21-GODINU, ONA-13, DA-LI-JE-OVO-PEDOFILIJA? Vrhovni-sud-doneo-odluku-da-JESTE, advokat-Gajic-tvr-di-da-NIJE! Preuzeto-24.02.2022. sa https://www.espreso.co.rs/vesti/drustvo/560031/on-ima-21-godinu-ona-13-da-li-je-ovo-pedofilija-vrhovni-sud-doneo-odluku-da-jeste-advokat-gajic-tvr-di-da-nije](https://www.novosti.rs/vesti/naslovna/hronika/aktuelno.291.html:818133-SKANDALозна-PRESUDA-Obljubio-maloletnicu-13-ostala-u-drugom-stanju-a-sudija-ga---OSLOBODIO-Adria-media-group.(15.05.2020). ON-IMA-21-GODINU, ONA-13, DA-LI-JE-OVO-PEDOFILIJA? Vrhovni-sud-doneo-odluku-da-JESTE, advokat-Gajic-tvrdi-da-NIJE! Preuzeto-24.02.2022. sa https://www.espreso.co.rs/vesti/drustvo/560031/on-ima-21-godinu-ona-13-da-li-je-ovo-pedofilija-vrhovni-sud-doneo-odluku-da-jeste-advokat-gajic-tvr-di-da-nije)

ромска деца уживају кривичноправну заштиту под истим условима као и остала деца у друштву (Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Kzz 1345/2019 od 30.01.2020. god. str. 3, pasus 5.). У овом ставу Суда, по мишљењу аутора, заправо лежи разлог одлуке коју је донео, а то је бојазан да пресуда Апелационог суда у Београду не постане преседан када је обљуба ромске деце у питању. Најпре, морамо подсетити да примена института правне заблуде захтева да се могућност постојања свести о забрањености дела испита кроз различите критеријуме, од којих је један управо особеност животне околине у којој је учинилац рођен и одрастао. Сматрамо да суд не може просто да занемари овако битну околност и на тај начин искључи примену законом прописаног института, па чак и ако је то у циљу будуће заштите деце. Иако је од изузетне важности спречити дискриминацију по било ком основу, сматрамо да је у овом случају није ни било. Ослобађајућа пресуда донета је из разлога што су и окривљени и оштећена припадници ромске заједнице и околине у којој нису могли да стекну свест о забрањености дела, услед чега је код окривљеног постојала неотклоњива правна заблуда. Да је учинилац знао да је оваква врста односа са дететом забрањена, а да ју је ипак извршио јер је сматрао да то нема утицаја с обзиром на њихову етничку припадност која то дозвољава, став ВКС био би основан. У околностима конкретног случаја, он не стоји.

На самом крају образложења, одлучујући о (не)постојању правне заблуде на страни окривљеног, ВКС наглашава да чак и у ситуацији да окривљени због свог социолошко -културолошког порекла није знао за забрањеност полних односа са децом, због својих личних својстава, а посебно што су информације о недозвољености сексуалних односа са децом свеприсутне, био је дужан и могао је за то да зна. Морамо споменути да је у својој пресуди ВКС изоставио да наведе чињеницу да је судски вештак утврдио да између окривљеног и оштећене није постојала значајнија разлика у физичкој и психичкој зрелости, као и да је окривљени скромног фонда знања - испод очекиваног за календарски узраст и степена формално достигнуте едукације (Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž1 392/2019 od 10.06.2019. god. str. 6, pasus 2.). Ово би значило да окривљени поседује едукацију која одговара нивоу завршене основне школе или евентуално почетног разреда средње школе, те сматрамо да су ове околности једне од кључних показатеља да окривљени није могао да поседује свест о забрањености дела. Не можемо се сложити ни да су информације о недозвољености сексуалних активности са децом биле свеприсутне, с обзиром да до тренутка доношења пресуде Апелационог суда у јавности није било пуно информација о овој теми. Из наведене анализе можемо закључити

да образложење одлуке највише судске инстанце у Србији није у потпуности задовољавајуће, те се не можемо сложити да о овом питању више нема места дискутовању.

10. ЗАКЉУЧАК

Јасно је да деца узраста испод 14 година немају правно релевантну вољу за ступање у интимне односе. Рани сексуални односи доводе до низа негативних последица по дете, услед његове физичке и психичке неразвијености. Полно преносиве болести, као и нежељена трудноћа јављају се знатно чешће код особа које рано ступају у сексуалне односе, у односу на оне који у њих ступају касније. Сматрамо да је услед тога потпуно оправдана тенденција законодавца за инкриминацијом ове врсте односа са дететом, с тим што верујемо да је граница за сексуалну сагласност у Србији постављена прилично ниско. Кривични законик Републике Србије у делу којим регулише обљубу са дететом усклађен је са захтевима из међународних уговора у области заштите полне слободе деце и можемо се сложити да је јасан, прецизан, као и да су прописане казне сразмерне у односу на тежину овог дела.

Иако обљуба са дететом представља једно од кривичних дела које изазива највећу негативну реакцију јавности, у неким ситуацијама није оправдано казнити учиниоца. Такви су случајеви када између учиниоца и детета не постоји значајнија разлика у душевној или телесној зрелости или када се јави неки од основа искључења кривице. У вези са анализираним случајем обљубе са дететом, става смо да у конкретном случају није постојала кривица учиниоца, те његово кажњавање не би било оправдано. Колико год нам то тешко падало, чињеница је да су сексуални односи са децом у ромској популацији широко распрострањени и да представљају део њихове свакодневнице. Нажалост, управо због тога, велики број припадника ове заједнице не поседује свест о забрањености обљубе са децом. Услед тога, дошло је до непостојања свести о забрањености конкретног понашања на страни учиниоца обљубе, и свиђало се то нама или не, услови за примену института правне заблуде били су испуњени. Ово не значи да правосуђе ставља обичаје изнад закона, већ да поштује основно начело кривичног права, а то је да нема казне без кривице. Закон је закон и мора се поштовати, чак и када његова примена значи да ће учинилац најтежих кривичних дела проћи некажњено.

Уверени смо да реакција јавности на пресуду Апелационог суда у Београду не би била у толикој мери негативна, да су грађани били упознати са

чињеницама предмета из неког другог извора, а не искључиво путем штампе. Новински наслови теже да пробуде емоције код читалаца и најчешће у тексту изостављају кључне чињенице случаја. Тако, верујемо да би јавност реаговала другачије када би знала да оштећеној током поступка није било јасно зашто се њеном супругу суди за нешто што око њих сви раде, а нико због тога није кажњаван. Када знамо да су окривљени и оштећена и након пресуде остали у заједници живота и да заједно брину о детету, слика о целом случају постаје другачија. Да ли се јавност запитала шта би се десило са Ромкињом од 14 година која је остала сама са дететом, без извора прихода? У пресуди Апелационог суда у Крагујевцу која се односила на обљубу са дететом у ромској заједници, Суд је проценио да постоје индиције да би престанак заједнице живота са окривљеним код оштећене могао да доведе до непредвидивог понашања, па чак и суицида. На крају, треба узети у обзир да већина грађана не зна за одредбу КЗ-а којом је прописано да дело које је учињено у неотклоњивој правној заблуди није кривично дело. Ако би грађани били упознати са наведеним околностима, мислимо да би и њихова реакција била, барем у једном делу, доста другачија.

Међутим, све наведено не треба схватити на начин да аутор оправдава и подржава обичаје Рома у погледу раног ступања у интимне односе. Супротно томе, мишљења смо да овакви обичаји представљају изузетно велики проблем најпре у социјалној и здравственој, а потом и у правној сфери Републике Србије. Међутим, сва страхота оваквог чина не оправдава кажњавање учиниоца код кога не постоји кривица. Осуђујућом пресудом била би начињена велика неправда не само окривљеном, већ и његовој породици, а са друге стране, не би допринела развоју свести у ромској заједници. Проблем раног ступања Рома у брак и интимне односе треба решавати на систематичан начин, појачаном едукацијом, посетама ромским насељима, дељењем едукативног материјала и укључивањем у друштво, а не стигматизацијом невиног лица. На крају, иако је велика реакција јавности била махом негативна, можемо у томе наћи позитивну ствар, а то је да се о проблему обљубе са дететом у ромској популацији последњих година говорило више него икад. Надамо се да ће код припадника ромске заједнице то резултирати у стварању свести о забрањености овог дела. Тиме би, макар у неком погледу, напади на правосуђе поводом пресуде Апелационог суда у Београду послужили сврси.

Literatura

- Aleksić, N. (2010). Komentar člana 180. Krivičnog zakonika Republike Srbije sa osvrtom na uporedno pravo. *Strani pravni život* (2), 347-357.
- Alempijević, Đ., Vidojević, O., Vidosavljević, M., Đorđević, N., Kalanj, D., Lakić, A. i dr. (2012). *Priručnik za primenu Posebnog protokola sistema zdravstvene zaštite za zaštitu dece od zlostavljanja i zanemarivanja*, Beograd: Institut za mentalno zdravlje.
- Bašić, G. (2021). *Izveštaj: Romi u Republici Srbiji, izazovi diskriminacije*, Beograd: Minority Rights Group Europe (MRGE).
- Bentzen, N. (2019). *UN Convention on children's rights: 30 years on*, European Parliamentary Research Service.
- Bošković, M. (2009). Kriminološka obeležja krivičnih dela protiv polnih sloboda in D. Drakić (ed.) *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (str. 121-141). Novi Sad: Pravni fakultet u Novom Sadu.
- Delibašić, V. (2019). Criminal offence of sexual intercourse with a child in Z. Pavlović (ed.) *Yearbook human rights protection, number 2, Provincial Protector of Citizens – Ombudsman* (str. 511-526). Novi Sad: Institute of Criminological and Sociological Research in Belgrade.
- Delibašić, V. (2020). Krivičnopravna zaštita dece od seksualnih zloupotreba. *Kultura polisa* (XVII posebno izdanje), 53-67.
- Delić, N. (2009). *Nova rešenja opštih instituta u KZS*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.
- Foster, B., Norton, P. (2012). Educational Equality for Gypsy, Roma and Traveller Children and Young People in the UK. *The Equal Rights Review*, 8, str. 85-112.
- Gavrilović, Z. (2009). *Projekat „Stanje politike zajednice Roma u Srbiji“*. Beograd: Biro za društvena istraživanja.
- Hansen Bo, T., Kjaer, S., Arnheim-Dahlström, L., Liaw, K., Juul, K., Thomsen, L. i drugi. (2020). Age at first intercourse, number of partners and sexually transmitted infection prevalence among Danish, Norwegian and Swedish women: estimates and trends from nationally representative cross-sectional surveys of more than 100 000 women. *Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica*, 99 (2), str. 175-185.
- Hillis, S., Mercy, J., Amobi, A., Kress, H. (2016). Global prevalence of past-year violence against children: a systematic review and minimum estimates. *Pediatrics*, 137 (3).
- Implementation Handbook For The Convention On The Rights Of The Child*. (2007). Geneva, Switzerland: Unicef.
- Išpanović-Radojković V., Ignjatović, T., Kalezić-Vignjević, A., Stevanović, I, Srna, J., Vujović, R. i dr. (2011). *Zaštita deteta od zlostavljanja i zanemarivanja, Primena Opšteg protokola*. Beograd: Centar za prava deteta.
- Lazarević, Lj. (2011). *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union.
- Lazarević, Lj. (2006). Kritički osvrt na neka rešenja u Krivičnom zakoniku Srbije, Novo krivično zakonodavstvo: dileme i problemi u teoriji i praksi. *Strani pravni život* (9).
- Milović, M. (2014). *Krivičnopravna zaštita dece u oblasti seksualnih odnosa* (doktorska disertacija). Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Pavlović, Z. (2013). *Seksualna zloupotreba dece: kriminološki i krivičnopravni aspekti*. Novi Sad: Pravni fakultet za privredu i pravosuđe.
- Rakočević, V. (2005). Krivična djela protiv polne slobode in: Bejatović S. (red.) *Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavstvo: zbornik radova*. Beograd: Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Srbije i Crne Gore;

- Intermex.Стојановић, З. (2017). *Коментар Кривичног законика*. Београд: Службени гласник.
- Saint-Lot, M. (2017). *Дечији бракови у ромској популацији у Србији, етнографско истраживање*. Београд: Unicef.
- Shinton, S. (2017). Pedophiles Don't Retire: Why the Statute of Limitations on Sex Crimes Against Children Must Be Abolished. *Chicago-Kent Law Review*, 92 (1), str. 317-351.
- Stojanović, Z. (2013). *Krivično pravo opšti deo*. Београд: Правна knjiga.
- Stojanović, Z. (2016). *Krivično pravo, opšti deo*. Београд: Правна knjiga.
- Stojanović, Z., Perić, O. (2009). *Krivično pravo, posebni deo*. Београд: Правна knjiga.
- Stojanović, Z., Perić, O. (2011). *Krivično pravo, posebni deo*. Београд: Правна knjiga.
- Škulić, M. (2017). Krivično delo silovanja u krivičnom pravu Srbije – aktuelne izmene, neka sporna pitanja i moguće buduće modifikacije. *Journal of Criminology and Criminal Law*, 2017 (2-3), str. 396 – 397.
- Šutić, V. (red.) (2021). *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2020, Prijave, optuženja i osude*. Београд: Републички завод за статистику.
- Todorović, N. (2020). *Krivično delo obljube sa detetom u zakonodavstvu i praksi* (master rad), Правни факултет универзитета у Нишу.
- Townsend, C., Grants, Research & National Strategy Manager, Darkness to Ligh. (2013). *Estimating a Child Sexual Abuse Prevalence Rate for Practitioners: A Review of Child Sexual Abuse Prevalence Studies*. Charleston: Darkness to Ligh.
- Tullio, E. (2009). Chemical Castration for Child Predators: Practical, Effective, and Constitutional. *Chapman Law Review*, 13 (1), str. 191-220.
- Unicef. (2015). *Rodni aspekti životnog toka viđeni iz perspektive podataka iz Istraživanja višestrukih pokazatelja (MICS)*. Београд: Unicef.
- Unicef. (2017). *Dečiji brakovi u romskoj populaciji u Srbiji, etnografsko istraživanje*. Београд: Unicef.
- United Nations Population Fund. (2012). *Marrying too young; End child marriage*. New York: United Nations Population Fund.
- Vuković, N. (2017). *Pravna zabluda u krivičnom pravu* (doktorska disertacija). Правни факултет у Новом Саду.
- World Health Organization. (1999). *Report on Consultation on Child Abuse Prevention*. Geneva: World Health Organization.
- World Health Organization. (2020). *Global Status Report On Preventing Violence Against Children*. Geneva: World Health Organization.

Списак коришћених правних извора

- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98 od 10. novembra 2006, 115 od 30. novembra 2021 - Amandmani I-XXIX.
- Konvencija o pravima deteta, 20.11.1989. Dostupno na: <https://www.unicef.org/serbia/media/3186/file/Konvencija%20o%20pravima%20deteta.pdf> (24.02.2022.)
- Konvencija o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, 11.05.2011. Dostupno na: <https://rm.coe.int/1680462540> (24.02.2022.)
- Konvencija Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja, 25.10.2007. Dostupno na: <http://ravnopravnost.gov.rs/wp->

content/download/konvencija_saveta_evrope_o_zastiti_dece_od_seksualnog_iskoriscavanja_i_seksualnog_zlostavljanja-se.pdf (24.02.2022.)

Krivični zakonik Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 85 od 6. oktobra 2005, 88 od 14. oktobra 2005 - ispravka, 107 od 2. decembra 2005 - ispravka, 72 od 3. septembra 2009, 111 od 29. decembra 2009, 121 od 24. decembra 2012, 104 od 27. novembra 2013, 108 od 10. oktobra 2014, 94 od 24. novembra 2016, 35 od 21. maja 2019.

Porodični zakon Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 18 od 24. februara 2005, 72 od 28. septembra 2011 - dr. zakon, 6 od 22. januara 2015.

Zakon o maloletnim učiniocima krivičnog dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, *Službeni glasnik RS*, broj 85 od 6. oktobra 2005

Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72 od 28. septembra 2011, 101 od 30. decembra 2011, 121 od 24. decembra 2012, 32 od 8. aprila 2013, 45 od 22. maja 2013, 55 od 23. maja 2014, 35 od 21. maja 2019, 27 od 24. marta 2021 - US, 62 od 17. juna 2021 – US

Извори судске праксе

Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž1 392/2019 od 10.06.2019. god.

Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Kzz 1345/2019 od 30.01.2020. god.

Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz 1491/2020 od 21.01.2021. god.

Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzp 2/10 od 25.02.2010. god.

Presuda Vrhovnog suda Srbije, KŽ 1207/2004 od 13.09.2004. god.

Presuda Vrhovnog suda Srbije KŽ 3552/54.

Rešenje Aplacionog suda u Beogradu Kž1 br. 5141/11 od 08.03.2012. god.

Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Kžm1 76/20 od 13.08.2020. god.

Интернет извори

Adria media group. (15.05.2020). ON IMA 21 GODINU, ONA 13, DA LI JE OVO PEDOFILIJAJ? Vrhovni sud doneo odluku da JESTE, advokat Gajić tvrdi da NIJE! Preuzeto 24.02.2022. sa <https://www.espreso.co.rs/vesti/drustvo/560031/on-ima-21-godinu-ona-13-da-li-je-ovo-pedofilija-vrhovni-sud-doneo-odluku-da-jeste-advokat-gajic-tvrdi-da-nije>

Age of Consent. (2022). Legal Ages of Consent By Country. Preuzeto 24.02.2022. sa <https://www.ageofconsent.net/world>

Dakić M. (14.09.2019) IGOR JURIĆ: SUDIJA MAJIĆ OSLOBODIO MANIJAKA KOJI JE OBLJUBIO DEVOJČICU (13)! Skandalozna odluka Apelacionog suda šokirala sve! Preuzeto 24.02.2022. sa <https://informer.rs/hronika/vesti/459038/igor-juric-sudija-majic-oslobodio-manijaka-koji-obljubio-devojciцу-skandalozna-odluka-apelacionog-suda-sokirala-sve>

International Center for Research on Women (ICRW). (10.11.2021). Child Marriage Facts and Figures. Preuzeto 24.02.2022. sa <https://www.icrw.org/issues/child-marriage/>

Murigi E. (01.03.2018). Age Of Consent Around The World. Preuzeto 24.02.2022. sa <https://www.worldatlas.com/articles/age-of-consent-around-the-world.html>

Tanjung. (13. 09. 2019). SKANDALOZNA PRESUDA: Obljubio maloletnicu (13), ostala u drugom stanju, a sudija ga - OSLOBODIO! Preuzeto 24.02.2022. sa <https://www.novosti.rs/vesti/naslovna/hronika/aktuelno.291.html:818133-SKANDALOZNA-PRESUDA-Obljubio-maloletnicu-13-ostala-u-drugom-stanju-a-sudija-ga---OSLOBODIO>

Virginia Department of Health. (October 2012). Age of First Sexual Intercourse, SsuN Special Focus Report. Preuzeto 24.02.2022. sa <https://www.vdh.virginia.gov/content/uploads/sites/10/2016/01/SSuN-Fact-Sheet-Age1stSex-04-10-13.pdf>

CRIMINAL OFFENCE INTERCOURSE WITH A CHILD WITH REFERENCE TO THE PROBLEM OF INTERCOURSE IN THE ROMA POPULATION

Jelena Stanisavljević, PhD

candidate, Faculty of Law, University of Kragujevac, Legal trainee, Law office, Kragujevac, email: stanisavljevicjelena06@gmail.com

Abstract: *In the middle of 2019, the Court of Appeals in Belgrade passed a controversial verdict acquitting the defendant of the accusation that he committed the crime of intercourse with a child. The basis of the acquittal was found by the Court in the institute of legal error, and this decision divided the legal experts into two opposing groups. The final position was taken by the Supreme Court of Cassation when it determined that such a verdict violated the law in favor of the defendant. In this paper, the author deals with the crime of intercourse with a child, with special reference to the issue of intercourse in the Roma population. The author will first explain the act of committing this crime, then she will analyze the institute of legal error, and then she will deal with the peculiarities of the Roma national minority in the part related to intercourse with a child. The author will discuss the relationship between customs and positive legal norms, citing relevant legal acts, and will dedicate part of the paper to the issue of potential discrimination against the victim of the crime in question. At the very end, the author will analyze the current judgments of the Court of Appeals and the Supreme Court of Cassation through these aspects, while giving concluding remarks on this topic.*

Keywords: *intercourse with a child, legal error, state of consciousness of wrongdoing, Roma national minority, children's rights.*