

Др Милица Д. Ковачевић, доцент
Универзитет у Београду
Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију
milica.kovacevic@fasper.bg.ac.rs

ОДУЗИМАЊЕ МАЛОЛЕТНОГ ЛИЦА И КРИВИЧНОПРАВНА РЕАКЦИЈА¹

Сажетак: *Кривично гоњење за кривично дело одузимање малолетног лица требало би додатно да заштити право деце на животно са родитељима, односно другим овлашћеним сарадницима и на одржавање контаката како са родитељима, тако и са другим сродницима и блиским лицима. Посебно се истражује да ли се права деце у овој области могу адекватно заштити применом кривичног права. Циљ је рад конципиран тако да су у уводном делу у форми општих разматрања наведени одређени разлози који оправдају постојање наведене инкриминације, уз осврт на релевантне међународноправне документе. Централни део рада посвећен је анализи позитивних решења из српског кривичног законодавства, уз посебно акцентовања међусобног односа кривичног дела ошмице и кривичног дела одузимање малолетног лица, где указивање на спорна питања која се јављају у судској пракси. Циљ рада јесте да се укаже на реалне могућности кривичноправне заштите у овој сфери, као и да се нагласи употреба за постојање слова закона без одвећ екстензивног тумачења у пракси.*

Кључне речи: *одузимање малолетног лица, ошмица, права деце, право на контакте, најбољи интерес деце.*

1. ОПШТА РАЗМАТРАЊА

Сва питања у вези са правима, положајем и статусом деце треба решавати на начин који превасходно омогућава остваривање најбољег интереса

¹ Текст је настао као резултат рада на пројекту *Развој методологије евиденцирања криминалитета као основа ефикасних мера за његово сузбијање и превенцију*, бр. 179044, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије, а имплементира Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду.

детета. Наведено изричито прописује Конвенција УН о правима детета (Њу-јорк, 1989. година)² чијим се чланом 3 утврђује да су у свим активностима које се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне институције социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела, најбољи интереси детета од првенственог значаја. С тим у вези, неспорно је да је у интересу детета да одраста са својим биолошким родитељима,³ осим уколико не постоје оправдани разлози за одвајање од родитеља о чему се може решавати искључиво судском одлуком. Такође, дете има право да одржава личне односе са родитељем са којим не живи и са сродницима и другим лицима са којима га везује посебна блискост ако ово право није ограничено судском одлуком (чл. 61. ст. 1. и 5 Породичног закона). Отуда је посебно значајно онемогућавање самовољног одузимања малолетног лица од овлашћених старалаца, односно онемогућавање поступака који негативно утичу на одржавања контаката између малолетног лица и лица са којима је оно блиско.

Литература обилује истраживањима која говоре о томе колико је значајно за развој детета да одржи стабилне односе са родитељима и другим блиским сродницима у случају развода, престанка ванбрачне заједнице или у другим животним ситуацијама услед којих дете не живи са мајком и са оцем. Тако једно истраживање спроведено у Канади утврђује да најтеже последице сnose она деца која су пре развода имала блиске односе са оба родитеља, а после развода нередовно виђају или уопште не виђају оног родитеља са којим више не живе у истом домаћинству, те да се оне могу огледати у потиштености и губитку самопоуздања.⁴ Занимљиво је и да одређена компаративна истраживања указују да развод погубније утиче на дечаке него на девојчице, те да би се то вероватно могло објаснити тиме што деца чешће остају у домаћинству са мајкама што потом умањује утицај очеве као мушких узора.⁵ Тако су истраживачи закључили да развод може лоше утицати на укупно понашање дечака, на остваривање њихових личних потенцијала и на успех у школи.⁶

Ипак, чињеница је да су развод и развргнуће ванбрачне заједнице у савремено доба уобичајене појаве, те да компликованије процедуре за закључу-

² Конвенција је ратификована Законом о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97.

³ *Деце има право да живи са својим родитељима и право да се родиоци о њему сарађују пре свих других*. (чл. 60, ст. 1 Породичног закона, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015).

⁴ Julien Payne, Kenneth Kallish, „A behavioural science and legal analysis of access to the child in the post-separation/divorce family“, *Ottawa Law Review* 2/1981, 224.

⁵ Alfredo Eymann *et al.*, „Impact of divorce on the quality of life in school-age children“, *Jornal de Pediatria* 6/2009, 551.

⁶ *Ibid.*

чење и развод брака и друга законодавна решења не могу значајније да утичу на дуговечност заједнице.⁷ Истраживање спроведено под покровитељством Организације за економску сарадњу и развој (ОЕЦД) указује на то да се у великом броју земаља у свету смањује број закључених бракова, а повећава број развода. Такође, међу земљама чланицама ове организације⁸ просечна стопа развода је порасла за готово 50% у периоду од 1970. године до 2012. године.⁹ Тако се 1970. године на сваких 1000 становника бележило 1,3 развода, док је у 2012. години број развода на сваких хиљаду грађана износио 2,1.¹⁰ Дакле, развод је прилично заступљена појава и треба тражити начине да се његове негативне последице максимално умање или елиминишу.¹¹ Уз то, развод не треба посматрати само као развргавање једне породице и неповољан догађај, већ и као могући искорак у бољу перспективу за све оне који су инволвирани у дату ситуацију. Ова констатација посебно важи за заједнице у којима су разводом прекинута трајни конфликти или чак и психофизичко насиље између бивших супружника.

Како би се остварили најбољи интереси детета и осигурала могућност контакта између деце и родитеља и других сродника, Савет Европе је 15. маја 2003. године усвојио Конвенцију о контактима са децом.¹² Овом конвенцијом се гарантује право детета на одржавање веза са родитељима, сродницима и другим блиским лицима, при чему контакт подразумева боравак у посети код родитеља или другог сродника/блиског лица са којим дете иначе не живи, сваки облик комуникације између детета и наведених лица и упознавање наведених лица са информацијама од значаја за дете и обратно (чл. 2). Конвенција пледира за то да родитељи и други сродници, кад год је то могуће, у непосредном и пријатељском односу пронађу компромисно решење у погледу контакта са дететом, при чему је од кључног значаја то да све заинтересоване стране, а деца посебно, располажу свим неопходним информацијама. Предвиђене су казнене мере за лица која противправно отежавају или онемогућавају одржавање везе са дететом. Уз то, како би се права детета заиста и реализовала свака држава мора обезбедити унутар националног поретка бар три облика заштитних мера путем којих се гарантује одржавање

⁷ Alison Clarke-Stewart, Cornelia Brentano, *Divorce: Causes and Consequences*, Yale University Press, New Haven – London 2006, 19,20.

⁸ Неке од чланица ОЕЦД су Аустрија, Уједињено Краљевство, Данска, Канада, Нови Зеланд и Сједињене америчке државе.

⁹ The Organisation for Economic Co-operation and Development, *Marriage and Divorce Rates*, https://www.oecd.org/els/family/SF_3_1_Marriage_and_divorce_rates.pdf, 9. август 2018. године.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Вид. Nicholas Wolfinger, *Understanding the Divorce Cycle*, Cambridge University Press, Cambridge – New York 2005, 4 и даље.

¹² Convention on Contact concerning Children, Strasbourg 2003, CETS no. 192.

веза са дететом за оно лице са којим дете не живи, односно путем којих се након посете гарантује повратак детета оном лицу са којим дете иначе живи у заједничком домаћинству (чл. 10).

Дакле, потребно је активирати различите механизме за заштиту права детета које не живи са мајком и са оцем чиме се посредно штите и одређена права родитеља. Један од таквих механизма у Србији јесте и гоњење за кривично дело одузимање малолетног лица. С обзиром да се кривична дела отмица и одузимање малолетног лица одликују одређеним истоветним елементима, потребно је прво међусобно разграничити ова два кривична дела.

2. ОТМИЦА И ОДУЗИМАЊЕ МАЛОЛЕТНОГ ЛИЦА, ПОЗИТИВНОПРАВНО РЕШЕЊЕ У СРБИЈИ

Иако и отмица и одузимање малолетног лица могу да подразумевају одвођење и задржавање малолетног лица ипак постоје суштинске разлике између наведених кривичних дела.

Отмица је предвиђена у чл. 134 Кривичног законика РС – КЗ РС¹³ у групи кривичних дела против права и слобода човека и грађанина, док је одузимање малолетног лица инкриминисано у чл. 191 КЗ РС у групи кривичних дела против брака и породице. Дакле, у случају ових двају дела групни заштитни објекти су потпуно другачији. Тако се у случају отмице непосредно штити слобода кретања у случајевима када се једном лицу принудом, обманом или на други начин та слобода одузима или ограничава, а све у намери да се од пасивног субјекта или неког другог лица изнуди новац или друга имовинска корист, односно да се пасивни субјект или друго лице принуде да нешто учине, не учине или трпе. Код одузимања малолетног лица штити се право детета да живи са овлашћеним лицем или у одговарајућој установи и да се виђа са овлашћеним лицима, чиме се посредно штити право на породични живот.

Даље, пасивни субјект у случају кривичног дела отмице може бити било које лице, док ће у случају када је реч о малолетном лицу отмица попримити квалификовани облик. Када је реч о одузимању малолетног лица, као што и сам назив каже пасивни субјект може бити само лице млађе од 18 година.¹⁴

Када је реч о намери, за постојање кривичног дела одузимање малолетног лица није потребно постојање нити испољавање било какве посебне намере

¹³ *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

¹⁴ У даљем тексту су термини „дете“ и „малолетно лице“ коришћени као синоними, при чему смо се руководили чланом 1 Конвенције УН о правима детета сходно коме је дете људско биће које није навршило 18 година живота, уколико се, по закону који се примењује на дете, пунолетство не стиче раније.

на страни учиниоца. Насупрот томе, у позадини вршења отмице најчешће стоји користољубље, јер се лице одузима или задржава пре свега у намери да се од пасивног субјекта или другог лица изнуди новац или каква друга имовинска корист, мада ова лица могу бити принуђавана и на друга чињења или трпљења. Стога се може рећи да отмица заправо у себи сублимира елементе кривичних дела противправно лишење слободe, принуда и изнуда.¹⁵ Тако се инкриминисањем овог кривичног дела штите слободe грађана, али и имовина, док се инкриминацијом одузимање малолетног лица штите породичне вредности. Заправо, циљ вршења кривичног дела одузимање малолетног лица у суштини јесте да извршилац преузме старање о малолетном лицу уместо лица које је на то овлашћено.¹⁶ Стога се у пракси као извршиоци овог дела против брака и породице најчешће јављају блиски сродници, а нарочито родитељи којима је, по неком основу, ускраћено право старања над малолетним лицем, односно особе које такав родитељ подстрекава.¹⁷ Разуме се да и отмицу могу вршити лица блиска пасивном субјекту, али ће то у пракси ређе бити случај, јер ће се у улози отмицара чешће наћи лица која нису од раније позната пасивном субјекту.

Специфичности отмице изискују да њени квалификовани облици постоје онда када се отмица врши од стране групе, односно од стране организоване криминалне групе, као и у другим законом прописаним случајевима. Тако су током последњих деценија у Србији биле актуелне отмице богатих пословних људи или пак других појединаца за које се могло претпоставити да они или њима блиска лица располажу већим новчаним свотама.¹⁸ За спровођење оваквих лукративних подухвата потребни су одговарајућа организациона структура и исцрпно планирање, па су они као такви грана бизниса организованог криминала,¹⁹ а ризик који носе по живот и телесни интегритет пасивног субјекта је огроман. Објашњено је да је мотивација за одузимање малолетног лица потпуно другачије природе, па су и квалификовани облици овог кривичног дела битно другачији, уз акцентовање потребе да се заштите не само живот и телесни интегритет, већ и други интереси малолетног лица. Тако квалификовани облици одузимања малолетног лица постоје онда када је дело учињено из ниских побуда, међу њима и користољубља, или од стране организоване криминалне групе, али и онда

¹⁵ Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2006, 372.

¹⁶ *Ibid.*, 467.

¹⁷ Вељко Делибашић, „Кривично дело отмица у кривичном законодавству Републике Србије“, *Култура полица* 27/2015, 506.

¹⁸ Вид., примера ради, пресуду Апелационог суда у Београду Кж1 По1 18/12 од 25. јануара 2013. године.

¹⁹ Милан Милошевић, „Отмица уз претњу убиством или тешком телесном повредом“, *Безбедности* 3/2010, 95.

када је услед дела теже угрожено здравље, васпитање или школовање малолетног лица.

За разлику од отмице одузимање малолетног лица подразумева да се малолетно лице задржава или одузима од овлашћених лица или институција, при чему се задржавање и одузимање врше противправно, али без принуде и обмане. У суштини, битно је да није заступљена принуда, јер би се у том случају у начелу радило о кривичном делу отмице. Разуме се да код отмице нема помињања овлашћених лица и институција, јер, по правилу, пунолетна лица нису под контролом и заштитом других лица и установа.

Коначно, извршење кривичног дела одузимање малолетног лица не изискује постојање било какве посебне намере. Једноставно, дело је остварено самим чином задржавања или одузимања малолетног лица чиме су овлашћена лица и институције онемогућени у старању о малолетном лицу, што по природи ствари обично подразумева и повређивање најбољег интереса детета. Наиме, када суд доноси одлуку о томе коме се дете поверава на старање и како ће надале контактирати са родитељима он се пре свега руководи оним што је најбоље за дете, па самим тим непоштовање овакве одлуке, све док је она на снази, значи и неостваривање дететових интереса.

3. ОДУЗИМАЊЕ МАЛОЛЕТНОГ ЛИЦА, РЕШЕЊЕ *DE LEGE LATA* И НЕКА СПОРНА ПИТАЊА

Иако се без сумње могу разумети криминалнополитички разлози због којих је одузимање малолетног лица инкриминисано као посебно кривично дело,²⁰ не треба губити из вида да ова инкриминација отвара значајна спорна питања у пракси.

Тако основни облик кривичног дела чини свако лице које малолетно лице противправно задржи или одузме од родитеља, усвојоца, стараоца или другог лица, односно установе, којима је оно поверено или онемогућава извршење одлуке којом је малолетно лице поверено одређеном лицу.

²⁰ Тако и у Црној Гори и Хрватској такође постоје кривична дела која су пандан одузимању малолетног лица у српском кривичном праву. У Црној Гори је у чл. 217 Кривичног законика (*Службени лист РЦГ*, бр. 70/2003, 13/2004 – испр. и 47/2006 и *Службени лист ЦГ*, бр. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 – др. закон, 40/2013, 56/2013 – испр., 14/2015, 42/2015, 58/2015 – др. закон, 44/2017 и 49/2018) предвиђено кривично дело одузимање малолетног лица које се у свим елементима подудару са делом из КЗ РС. У Хрватској је у чл. 174 *Kaznenog zakona (Narodne novine, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 – Ispravak i 101/17)* инкриминисано одузимање дјетета на начин донекле другачији но у српском законодавству. Између осталог, одузимање детета поприма привилеговани облик уколико је учинилац родитељ или усвојилац, а квалификовани облик постоји и онда када услед извршења дела дете напусти територију Хрватске.

Извршилац ће пре свега бити родитељ са којим дете не живи, мада то може бити и свако друго лице коме дете није поверено на старање. Дакле, у погледу извршиоца и радње извршења практично нема значајнијих спорних питања, али веома спорна може бити сама противправност пре свега код задржавања детета.

Наиме, када је реч о радњи одузимања малолетног лица, мишљења смо да противправност у начелу неће бити спорна с обзиром да извршилац кривичног дела својим активним поступањем фактички мења ситуацију у којој је малолетно лице поверено овлашћеном лицу или установи. Учиниоца тада одводи малолетно лице са одређеног места или га удаљава од одређеног лица.²¹ Даље, није спорна противправност ни у одређеним случајевима када се дете задржава противно правноснажној судској одлуци. Тако су јасне ситуације када, примера ради, отац, обавести мајку која самостално врши родитељско право да неће вратити петогодишње дете које је са њим провело викенд у складу са одлуком суда зато што он сматра да је боље да дете надаље живи са њим. Али нејасноће се манифестују онда када је у питању старије дете које можда изражава жељу да остане са другим родитељем и мимо планиране посете или чак можда самостално долази на адресу где други родитељ живи. Спорне могу бити и ситуације када млађе дете очигледно изражава жељу да се не враћа код овлашћеног старатеља, што може бити пропраћено анксиозношћу, плакањем или другим непожељним понашањима. Тада се поставља питање да ли је такав родитељ који не располаже самосталним родитељским правом дужан да дете неодложно врати другом родитељу како би избегао кривични прогон, иако то може утицати неповољно на његов однос са дететом, па и на дететово самопоуздање и представу о сопственој вредности.

Уколико бисмо управо описане ситуације посматрали са формално-правног аспекта и ван ширег контекста, мишљења смо да би били испуњени сви елементи за постојање кривичног дела, с обзиром да воља малолетног лица да борави са другим родитељем не искључује противправност поступања оног родитеља који је свестан постојања судске одлуке о начину вршења родитељског права. Наиме, тешко би се могло оспорити да родитељ јесте свестан недозвољености сопственог поступања, па макар у питању било и само пропуштање. Но, са друге стране поставља се врло комплексно питање заштите најбољег интереса детета у датој ситуацији, посебно имајући у виду право детета да и његово мишљење буде узето у обзир, те да оно не буде третирано као лице у односу субординације.²²

²¹ Вид. Милан Милошевић, „Одузимање малолетника као врста отмице и самостално кривично дело“, *Наука, безбедносћ, полиција (НБП)* 3/2008, 16.

²² Вид. Сандра Самарџић, „Регулатива породичног права на међународном и европском нивоу, са посебним освртом на право детета на здравље“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)* 2/2015, 815.

Чини се да у погледу наведених ситуација не постоји јединствен став ни у српској судској пракси. Тако је решењем Апелационог суда у Новом Саду, посл. бр. Кж.І 2522/13, од 22.08.2013. године, укинута пресуда Основног суда у Новом Саду, посл. бр. К.2977/11, од 10.05.2013. године, и истовремено констатовано да изражена жеља и иницијатива малолетног лица за задржавањем не искључују противправност кривичног дела одузимање малолетног лица и да оне евентуално могу бити цењене као олакшавајућа околност. У образложењу решења Апелационог суда у Новом Саду наводи се да за постојање кривичног дела одузимање малолетног лица из чл.191, ст.1 КЗ није значајно да ли се задржавање врши противно вољи малолетног лица, или са његовим пристанком, и када је евентуално сам малолетник изразио жељу, односно иницијативу за задржавање. Таква околност евентуално може бити цењена као олакшавајућа околност, приликом одмеравања казне извршиоцу кривичног дела, али никако не искључује противправност деловања, како је то првостепени суд погрешно закључио.

Но, насупрот наведеној судској одлуци постоје и оне судске одлуке у којима се констатује да је за постојање кривичног дела одузимање малолетног лица неопходно да је на несумњив начин утврђено постојање воље на страни извршиоца дела да задржи малолетно лице, те да таква воља мора да се испољи кроз одређене радње усмерене било према малолетном лицу, било према овлашћеном старатељу малолетног лица или према надлежном државном органу. Тако се у пресуди Апелационог суда у Новом Саду, посл. бр. Кж.І. 4103/13 од 10.04.2014. године, којом је потврђена пресуда Основног суда у Новом Саду, посл. бр. К.3173/13 од 02.10.2013. године, наводи да радња извршења кривичног дела одузимање малолетног лица из чл. 191 КЗ која се састоји од задржавања детета захтева више од обичног саглашавања са останком детета, те да воља о задржавању детета мора да се адекватно испољи. У образложењу наведене пресуде се наводи да је у конкретном случају очигледно да је малодобни оштећени самоиницијативно напустио мајку којој је поверен на чување и негу правноснажном судском одлуком и наставио да добровољно борави код оца и након протекла времена одређеног у тој одлуци, те да нема доказа да се у радњама оптуженог стичу обележја кривичног дела из чл. 191, ст.1 КЗ, јер пре свега нема доказа да су радње оптуженог радње задржавања малодобног оштећеног, противно судској одлуци. Наиме, радња задржавања захтева више од обичног саглашавања, у конкретном случају оца, да син остане са њим, јер воља да се малодобно лице задржи мора да се испољи кроз одређене радње, о чему нема доказа у списима предмета.

Дакле, тешко ја наћи универзално решење за спорне случајеве. И даље стојимо при горе изнетом ставу да воља малолетног лица да борави са родитељем или другим лицима противно релевантној судској одлуци не може бити основ искључења противправности и да манифестовање такве воље не

би смело по аутоматизму да аболира одговорно лице од кривичног прогона. Ипак, тешко да ће враћање детета у домаћинство овлашћеног старатеља између осталог и путем кривичног поступка бити одговарајуће решење и да ће погодовати интересима било којег од укључених лица, а понајмање интересима малолетног лица. Заправо, вероватно би пре контактирања полиције и тужилаштва и подношења кривичне пријаве требало на другом месту и уз помоћ стручних лица и институција потражити одговор на питање зашто малолетно лице (не)жели да борави са једним од родитеља, старатеља или других овлашћених лица. Покретање кривичног поступка остало би као средство за најургентније и најдрастичније ситуације. Сматрамо да је само у таквим изузетним околностима примерено гоњење за кривично дело, те да би тада слово закона требало да се примењује онако како је написано, што би значило да је кривично дело остварено онда када се поступа супротно правноснажној судској одлуци.

Тежи облик кривичног дела одузимање малолетног лица постоји уколико је дело учињено према новорођенчету, па је тада прописана казна затвора у трајању од шест месеци до пет година. Становиште Светске здравствене организације је да се новорођенчетом сматра дете у првих 28 дана свог живота.²³ Иста организација истиче да у свету чак 40% смрти деце млађе од 5 година наступа у првих 28 дана живота, те да је зато изузетно важно да дете у овом периоду има одговарајућу и континуирану негу.²⁴ Стога не треба посебно објашњавати зашто је у питању тежи облик кривичног дела. По логици ствари, новорођенче ће се преваходно одузимати од мајке или из овлашћене установе. Код овог облика кривичног дела не би требало да се појављују значајнија спорна питања, мада може бити практичних проблема изазваних хитним карактером кривичног поступка који би се водио у овом случају.

Следећи облик кривичног дела одузимање малолетног лица заправо се своди на онемогућавање одржавања личних односа малолетног лица са родитељем или другим сродником. Овај облик кривичног дела чини лице које онемогућава извршење одлуке надлежног органа којом је одређен начин одржавања личних односа малолетног лица са родитељем или другим сродником, а такво лице ће бити кажњено новчаном казном или затвором до две године. Инкриминација треба да заштити право малолетног лица на одржавање контаката са родитељем са којим не живи, односно са другим сродницима, што потом доприноси стабилности и јачању породичних односа. Код овог облика кривичног дела могу се у пракси појавити бројна комплексна питања.

²³ WHO/UNICEF, *Home visits for the newborn child: a strategy to improve survival*, World Health Organization, Geneva 2009, 2.

²⁴ *Ibid.*

Основни проблем у вези са одржавањем контакта између малолетног лица и родитеља и других сродника огледа се у томе што је са једне стране пре свега у питању право малолетног лица на одржавање контакта, с тим што се не може порећи да на другој страни фактички постоји овлашћење родитеља и других сродника да инсистирају на успостављању односа. Наиме, Породични закон у чл. 61, ст. 1 и 5 предвиђа да дете има право да одржава личне односе са родитељем са којим не живи, односно да одржава личне односе и са сродницима и другим лицима са којима га везује посебна блискост. Дакле, по слову закона у питању је право детета, односно дете нема никакву обавезу према родитељу или другом сроднику у погледу одржавања односа са њима. Поставља се питање шта чинити онда када малолетно лице не жели да користи своје право, а родитељ и те како жели контакт са њим.

У нормалним околностима важи претпоставка да остваривање најбољег интереса детета изискује да оно одржава контакт са родитељем са којим не живи, односно са другим сродницима које не виђа свакодневно. Путем одржавања блиских веза дете стиче потпору и сигурност коју даје припадност породици, а добија и прилику да формира одређену слику о сопственом идентитету и пореклу. Уколико одржавање таквих контаката није у сагласности са најбољим интересом детета онда ће право детета на виђање бити ограничено само судском одлуком, у складу са чл. 61. ст. 2 Породичног закона.²⁵ Међутим, у пракси лако може доћи до спорне ситуације у којој малолетно лице не жели контакт, иако постоји одговарајућа одлука на основу које родитељ покушава да одржава личне односе са својим дететом. У том случају једино решење се може пронаћи у измени судске одлуке о одржавању личних контаката, путем које ће се одлучити о евентуалној колизији различитих интереса. У противном, све док до измене судске одлуке не дође, лице које је овлашћено да се стара о малолетном лицу чини овај посебан облик кривичног дела одузимање малолетног лица самим тим што до контакта не долази. Једноставно, полази се од претпоставке да је у дететовом интересу да виђа другог родитеља, а противно ће, по логици ствари, морати да докажује онај родитељ са којим дете живи.²⁶

Ипак, свакодневни живот се тешко може одвијати у складу са стриктно постављеним условима из судске одлуке, што треба имати у виду и када је у питању одржавање везе са малолетним лицем. Зато суд узима у обзир целокупан сплет околности при утврђивању постојања кривичног дела одузимање малолетног лица. Тако је решењем Апелационог суда у Крагујевцу, Кж1 бр. 6095/10 од 18.01.2011. године констатовано да усмени договор или писани пристанак родитеља коме је одређен начин одржа-

²⁵ *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

²⁶ J. Payne, K. Kallish, 249.

вања личног односа, који мења одлуку надлежног органа о начину одржавања личних односа малолетног лица са родитељем, искључује противправност радњи другог родитеља који не поступа по одлуци надлежног органа, као општи елемент кривичног дела одузимање малолетног лица. Наиме, наведеним решењем је укинута пресуда Основног суда у Чачку К. бр. 8941/10 од 8. новембра 2010. године којом је мајка оглашена кривом што је онемогућила извршење правноснажне и извршне пресуде којом је одређен начин одржавања личних односа малолетног детета са оштећеним. Апелациони суд, пак, налази да када родитељ коме је одређен начин одржавања личних односа са малолетним дететом пристане мимо суда да се другачије одреди начин одржавања личних односа од оног у судској одлуци, наведена околност искључује противправност радњи другог родитеља који не поступа по одлуци надлежног органа.

Када је у питању одржавање личних односа, посебно спорно може бити одржавање односа са малолетним лицима старијим од 15 година. Наиме, сходно чл. 61. ст. 4 Породичног закона дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може одлучити о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи. Поставља се питање да ли то значи да је искључена противправност у случају када родитељ петнаестогодишњег детета не предузме мере за одржавање контакта са другим родитељем, позивајући се на то да дете то једноставно не жели. И поред тога што малолетно лице може бити под јаким утицајем оног родитеља са којим живи и управо под тим утицајем формирати мишљење о другом родитељу, мишљења смо да би одбијање детета да контактира са родитељем ипак било основ за искључење противправности. Наиме, не видимо довољно добре разлоге да се дете које је у стању да изрази своју вољу „приморава“ на контакт, нити како би такво „приморавање“ могло допринети заштити његових најбољих интереса. Напротив, наметање родитељске воље по сваку цену може да указује на недостатак родитељских вештина.²⁷ Закључујемо да би и у том случају противправност била искључена, али да тада истовремено постоји и ургентна потреба за изменом одлуке о вршењу родитељског права, с обзиром да се право на контакт може и сме вршити једино на начин који погодује остваривању најбољег интереса детета.

Онемогућавање извршења релевантне одлуке када је у питању одржавање личних односа могло би бити заступљено и у случајевима када је реч о одржавању контакта са бабама, дедама, осталим сродницима и осталим блиским лицима,²⁸ мада су у пракси такве ситуације пропраћене низом

²⁷ Дарко Симовић, Биљана Симеуновић-Патић, „Прилог расправи о забрани физичког кажњавања детета“, *Зборник радова ПФНС* 4/2016, 1172.

²⁸ Вид. Зоран Поњавић, „Породична права деде и бабе према унуцима“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 70/2015, 536-539.

неразјашњених питања. Неспорно је да оно лице које онемогућава такав контакт може бити извршилац кривичног дела, при чему је неопходно само да постоји одговарајућа одлука надлежног органа. Како ће бабе, деде и друга лица која тврде да су у блиским односима са малолетним лицем издејствовати одлуку о одржавању личних односа, друго је и веома комплексно питање. Даље, треба имати у виду да је малолетно лице такође само титулар права, а не и носилац било каквих обавеза у погледу успостављања и одржавања контакта са сродницима и другим блиским лицима, као и да се примат даје односу између детета и родитеља са којим дете дели свакодневицу.²⁹ Дакле, бабе, деде, остали сродници и блиска лица могу инсистирати само на заштити дечијих права,³⁰ што значи да до контакта неће доћи уколико се оцени да то није у складу са најбољим интересом детета, без обзира на то што наведена лица вероватно заиста имају најбоље намере према свом малолетном сроднику.³¹ Са друге стране, овде не треба губити из вида ни могућност заинтересованих сродника и других блиских лица да се обрате Европском суду за људска права са захтевом за заштиту њихових права на породични живот у складу са чл. 8 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (Рим, 1950. година). Тако је у предмету *Kopf & Liberta* против Аустрије³² суд утврдио да јесу повређена права хранитеља у случају када је суду у Бечу било потребно више од три године да одлучи о томе да контакт између хранитеља и дечака са којим су хранитељи претходно живели четири године није у најбољем интересу детета.

Даље, законодавац предвиђа да квалификовани облик дела постоји онда када је дело учињено из користољубља или других ниских побуда или је услед дела теже угрожено здравље, васпитање или школовање малолетног лица или је дело учињено од стране организоване криминалне групе, те да ће се тада учинилац казнити затвором од једне до десет година. Поставља се питање разграничења тежег облика кривичног дела одузимање малолетног лица од кривичног дела отмице, с обзиром да је отмица врло често мотивисана користољубљем. Као основ за разграничење у начелу остаје само одсуство принуде код тежег облика одузимања малолетног лица, с тим што смо мишљења да у случају одузимања малолетног лица уз постојање одређених

²⁹ Вид. пресуду Европског суда за људска права у предмету *Sommerfeld* против Немачке, представка број 31871/96, пресуда од 8. јула 2003. године.

³⁰ Начин на који сродници могу заштити права детета је такође споран, с обзиром да Породични закон у чл. 263. ст. 1 предвиђа да тужбу за заштиту права детета могу поднети: дете, родитељ детета, јавни тужилац и орган старатељства.

³¹ Вид. решење Апелационог суда у Крагујевцу, ГЖ2 бр. 225/11 од 23. маја 2011. године. Вид. Олга Јовић, „Право детета на контакт са родитељем са којим не живи“, *Научни скуп са међународним учешћем, Права дјетета и равнојравносиј њолова – између нормативног и стварног*, 29. јун 2012, Универзитет у Источном Сарајеву-Правни факултет, Пале, 109-111.

³² Представка број 1598/06, пресуда од 17. јануара 2012. године.

назнака обмане и уз присуство користољубља као побуде постоји проблем разграничења од отмице. Ово питање може бити од практичног значаја, с обзиром да могућност ослобођења од казне учиниоца који добровољно преда малолетно лице, лицу или установи којој је оно поверено или омогући извршење одлуке о поверавању постоји и у случају извршења квалификованог облика одузимања малолетног лица. С обзиром да постоје снажни криминалнополитички разлози за предвиђање могућности ослобођења од казне, сматрамо да је постојеће решење ипак примерено. Друге ниске побуде могу бити жеља да се напаости другом родитељу и томе слично.³³

Законодавац је, такође из криминалнополитичких разлога, предвидео да уколико суд изрекне условну осуду за одузимање малолетног лица истовремено може одредити обавезу учиниоцу да у одређеном року преда малолетно лице, или омогући извршење одлуке којом је малолетно лице поверено одређеном лицу или установи, односно одлуке којом је одређен начин одржавања личних односа малолетног лица са родитељем или другим сродником. Овим путем би била створена још једна значајна могућност да дете буде предато овлашћеним лицима без директног и драматичног уплитања механизма државне принуде, што је неспорно у интересу детета.

4. ОДУЗИМАЊЕ МАЛОЛЕТНОГ ЛИЦА И СТАТИСТИЧКИ ПОДАЦИ, СТАЊЕ У СРБИЈИ

Када је реч о заступљености кривичног дела одузимање малолетног лица у Србији, срећом, можемо закључити да расположиви подаци не указују на значајнију распрострањеност овог кривичног дела.³⁴ Тако је у 2017. години кривична пријава због овог кривичног дела била поднета у укупно 303 случаја, што је, на пример, много мање у односу на број кривичних пријава за кривично дело недавање издржавања у истој години (2195) које се такође налази у групи кривичних дела против брака и породице. У току исте године је донето свега 50 осуђујућих пресуда, при чему је свега 3 пута изречена затворска казна, 7 пута новчана казна, а у чак 40 случајева стекли су се услови за изрицање условне осуде.

Током 2016. године је забележен потпуно исти број кривичних пријава као и у 2017 години (303), с тим што је број осуђујућих пресуда био нешто већи (56). Те године је седморо лица кажњено затворском казном, четворо новчаном, те је изречена једна судска опомена, док је четворо лица оглашено кривим и ослобођено од казне.

³³ М. Милошевић (2008), 10.

³⁴ Представљени су подаци Републичког завода за статистику и то: *Саопштење број 193 од 16.07.2018*, *Саопштење број 194 од 14.07.2017*, *Саопштење број 189 од 15.07.2016*, *Саопштење број 192 од 15.07.2015*. и *Саопштење број 191 од 15.07.2014*.

Нешто раније, у 2015. години прилике су биле сличне као и у 2016. и 2017. години (277 кривичних пријава и 44 осуђујуће пресуде), док је занимљиво то што је у 2014. и 2013. години забележен значајно мањи број кривичних пријава за кривично дело одузимање малолетног лица (214, односно 197 кривичних пријава), при чему је удео поступака окончаних осуђујућом пресудом у тим годинама био знатно већи (52 осуђујуће пресуде у 2014. години, односно 58 у 2013. години).

Статистички подаци се никако не могу тумачити мимо контекста у коме су забележени, тако да би и извлачење било каквих закључака изискивало комплексно истраживање. Уочавамо да се број кривичних пријава осетно увећао од почетка посматраног петогодишњег периода (303 пријаве у 2017. години, у односу на 197 пријава у 2013. години), а да се број осуђујућих пресуда незнатно мењао (50 осуђујућих пресуда у 2017. години, у односу на 58 у 2013. години). Сасвим је могуће и да родитељи, сродници и остала овлашћена лица временом постају све упућенији у дечија и сопствена права, те да и то утиче на већи број поднетих кривичних пријава.

Такође, било би потребно да се утврди из којих разлога је убедљиво најзаступљенија санкција условна осуда, док је ослобођење од казне спорадично примењивано иако законодавац предвиђа да учиниоца који добровољно преда малолетно лице суд може ослободити од казне.

5. ЗАКЉУЧАК

Све до сада наведено нас наводи на један сасвим логичан закључак: кривичноправна реакција није погодан механизам за успостављање и одржавање односа на релацији родитељ и дете, односно других породичних односа.³⁵ Стога би кривично право у овој сфери заиста требало користити тек као последње расположиво средство, настојећи истовремено да се и поред уплитања тужилаштва, полиције, суда и других институција убудуће односи ипак нормализују и одвијају мимо формализованог и принудног поступања. Чини се да су и оштећена лица свесна непримерности кривичноправне заштите у овој сфери, те да је то и разлог невеликог броја кривичних пријава за одузимање малолетног лица. Осим тога, при принудном спровођењу у живот одлука о поверавању детета и контактима са дететом примењују се одредбе Закона о извршењу и обезбеђењу³⁶ (чл. 368-379), тако

³⁵ Вид. Бранислав Ристивојевић, „Да ли је закон о спречавању насиља у породици казнао?“, *Зборник радова ПФНС* 1/2018, 138-9.

³⁶ *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење и 113/2017 – аутентично тумачење.

да кривичноправна репресија може послужити тек као додатно средство притиска према лицима која се упорно не повинују релевантној одлуци.

Познато је да питање односа између детета и родитеља може да буде испреплетано са конфликтом између родитеља, као и са, свесном или подсвесном, жељом родитеља да остваре надмоћ у односу са бившим супружником, иако би ово питање требало решавати имајући у виду пре свега најбољи интерес детета.³⁷ Када ови конфликти остану неразјашњени и када се ватра додатно потпирује, онда ни кривично право не може да помогне. Родитељи не би требало да се ослањају превасходно на суд при спровођењу у живот одлука о старатељству и остваривању контакта, јер је суд установа која се бави заштитом законитости и права и слобода, и као таква није подобна за разрешавање емотивних и психолошких проблема и тегоба.³⁸ Као помоћ у решавању конфликта и установљавању неких нових здравијих односа међу супружницима треба користити услуге професионалаца других струка. Чак и ако у суду постоје могућности за пружање одређених облика психолошке помоћи, то често неће бити довољно, с обзиром да успостављање стабилних односа између сукобљених страна неретко захтева континуирани рад.

Ипак, када се права детета, а тек потом и права родитеља, не могу остварити путем измене судске одлуке о вршењу родитељског права, нити путем примене породичног и извршног законодавства, у том случају може наступити потреба за применом кривичноправне репресије. Тада треба бити доследан у спровођењу у живот одлуке којом је правноснажно одлучено о правима детета. Но, чак и у том случају, не треба одустати од примене свих расположивих средстава која могу помоћи у превазилажењу конфликта и поправљању породичних односа. Оно што се ни у једном тренутку не сме сметнути с ума јесте да је остваривање најбољег интереса детета апсолутни приоритет.

³⁷ J. Payne, K. Kallish, 226.

³⁸ *Ibid*, 228.

*Milica D. Kovačević, Assistant Professor
University of Belgrade
Faculty for special education and rehabilitation
milica.kovacevic@fasper.bg.ac.rs*

Abduction of a Minor and Criminal Law Reaction

Abstract: *Criminal prosecution for the abduction of a minor should additionally protect the child's right to live with his parents, or other authorized care-givers, and also to maintain contact with parents or other relatives and close people. The paper is designed to explain the reasons justifying the existence of this incrimination. Some general considerations are given in the introductory part, with a review of the relevant international documents. The central part of the paper is devoted to the analysis of positive law in the Republic of Serbia, with particular emphasis on the mutual relationship between the criminal offense of abduction of the minor and the criminal offense of kidnapping, and to the analysis of controversial issues that arise in the judicial practice. The aim of the paper is to point out the real possibilities of criminal law protection in this sphere, as well as to emphasize the need to respect the letter of the law without loose and extensive interpretation in the judicial practice.*

Keywords: *abduction of a minor, kidnapping, rights of the child, access rights, best interests of the child.*

Датум пријема рада: 15.08.2018.