

Стефан Самарџић, асистент
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду

КРИВИЧНОПРАВНИ АСПЕКТИ КОНВЕНЦИЈЕ САВЕТА ЕВРОПЕ О СПРЕЧАВАЊУ И БОРБИ ПРОТИВ НАСИЉА НАД ЖЕНАМА И НАСИЉА У ПОРОДИЦИ¹

Сажетак: *Истамбулска конвенција представља саставни део правног поретка Републике Србије. Устав предвиђа њену непосредну примену, напомињући да мора бити у складу са одредбама највишег српског правног акта. Рад осим централног питања усклађености односно потребе за усклађивањем националне кривичне законодавства са Конвенцијом, има за циљ и анализу квалитета релевантних одредаба саме Конвенције са аспеката кривичне материјалне права, а са нарочитим освртом на квалитет њеног превода на српски језик. Ради дефинисања обавеза које је Република Србија преузела ратификацијом Истамбулске конвенције, осим детаљне анализе ове међународне уговора, истражили смо у одређеној мери и обради проблема непосредне примене међународне права у националном систему кривичне материјалне права.*

Кључне речи: *насиље, жена, породица, кривично право*

1. ОПШТА ПИТАЊА ВАЖЕЊА ИСТАМБУЛСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (у даљем тексту: Конвенција), донета је у Истанбулу 11. маја 2011. године, а ступила је на снагу 1. августа 2014. године.² Услов за ступање Конвенције на снагу је било 10 ратификација,

¹ Чланак је резултат рада на пројекту „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија) у 2014. години, чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

² Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (CETS No. 210), <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ENG&NT=210>, 17. децембар 2014.

укључујући 8 држава чланица Савета Европе.³ Република Србија је ратификовала Конвенцију 2013. године.⁴ Она је постала обавезујућа за Републику Србију у тренутку када је ступила на снагу по правилима међународног права, односно самог уговора.

Конвенција прокламује следеће циљеве: заштиту жена од свих видова насиља и спречавање, процесуирање и елиминисање насиља над женама и насиља у породици; допринос сузбијању свих облика дискриминације над женама и промоција суштинске једнакости између жена и мушкараца.⁵ Конвенција као један од циљева наводи и израду свеобухватног оквира, политика и мера заштите и помоћи свим жртвама насиља над женама и насиља у породици.

Конвенција се односи на све видове насиља над женама, укључујући насиље у породици. Према Конвенцији, под насиљем у породици се подразумева кршење људских права и облик дискриминације над женама и представља сва дела родно заснованог насиља која доводе до или могу да доведу до: физичке, сексуалне, психичке, односно, финансијске повреде или патње за жене, обухватајући и претње таквим делима, принуду или произвољно лишавање слободе, било у јавности било у приватном животу; Насиље у породици" означава свако дело физичког, сексуалног, психичког, односно економског насиља до којег долази у оквиру породице или домаћинства, односно између бивших или садашњих супружника или партнера, независно од тога да ли починилац дели или је делио исто бора виште са жртвом.⁶

Осим великог броја амбициозних, а имајући у виду ограничене могућности обликовања друштвене стварности које поседује право уопште, а нарочито кривично право, могли бисмо рећи и претенциозних одредаба солидан број одредаба Конвенције ипак је адекватан за анализу са гледишта кривичног права, иако се намеће питање у којој мери је кривично право адекватно остваривању поменутих циљева.

Сагледавајући изнете одредбе, а нарочито начин формулације обавеза у области кривичног права, могли бисмо закључити да се обавезе Републи-

³ У складу са чланом 75 Конвенције, који предвиђа да је Конвенција отворена за потписивање државама чланицама Савета Европе, не чланицама које су учествовале у њеној изради и Европској унији. Конвенцију су до 17. децембра 2014. године ратификовале следеће државе: Албанија, Андора, Аустрија, Босна и Херцеговина, Данска, Француска, Италија, Малта, Монако, Црна Гора, Португалија, Србија, Шпанија, Шведска и Турска.

⁴ Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2013.

⁵ О насиљу над мушкарцима види: Даша Поредош Лавор, Славко Јерковић, „Насиље над мушкарцима“, *Полиција и сигурносћ* 3/2012, 400-406.

⁶ чл. 3 Конвенције.

ке Србије које проистичу из Истамбулске конвенције на јединствен начин састоје у предузимању неопходних законодавних или других мера по одређеним питањима које обрађује овај међународни уговор.

2. ПИТАЊЕ НЕПОСРЕДНЕ ПРИМЕНЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Општа уставна одредба о непосредној примени међународних уговора садржана је у ставу 2 члана 16 Устава Републике Србије из 2006. године и гласи: „Општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују. Потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом.“ Став 2 члана 16 Устава налаже непосредну примену потврђених међународних уговора, не правећи било какву разлику међу уговорима и не стављајући било какве услове у погледу непосредне примене. Сагласно том уставном пропису, све међународне уговоре треба примењивати непосредно.⁷

Непосредна примена одредбе међународног права је у односу на кривично право веома ретка и веома је спорна дозвољеност оваквог приступа у националном систему кривичног права. Ово из разлога што је један од услова који пред кривичног законодавца поставља начело законитости као врхунско начело кривичног права јесте и висок степен одређености и прецизности норми кривичног права. Познато је да норме међународног права по својој номотехници, која одражава и компромисни начин настанка ових норми у међународној заједници у великој мери не задовољавају ове стандарде. Норме кривичног права морају бити прецизне у највећој могућој мери, што се посебно односи на оне норме којима се креирају конкретне инкриминације и прописују казне за њих.⁸ Дужност је законодавца да у што је могуће већој мери оствари захтев садржан у елементу *lex certa*.⁹

У погледу различитих становишта у нашој теорији, заузимамо став оних који сматрају да Устав Србије из 2006. године не оставља простор за непосредну примену свих облика међународног кривичног права.¹⁰

Непосредна примена међународних уговора вредност је по себи јер доприноси владавини међународног права. Ипак, то није, наравно, најви-

⁷ Родољуб Етински, „Непосредна примена чл. 9, става 3 Архуске конвенције у правном поретку Републике Србије“, *Сйрани йравни живої* 3/2013, 23-44.

⁸ Милан Шкулић, „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали Правної факултета у Београду (Анали)* 1/2010, 80.

⁹ М. Шкулић, 81.

¹⁰ вид. М. Шкулић, 100; супротно Миодраг Мајић, „Начело легалитета – нормативна и културна револуција (II део)“, *Анали* 2/2009, 40.

ша вредност и, понекад, неки разлози могу да превагну против непосредне примене. Имајући изложено у виду, став 2 члана 16, као и став 2 члана 18 Устава треба разумети пре као уставну претпоставку у корист непосредне примене међународних уговора, а не као императивну уставну наредбу у погледу непосредне примене. Ово нарочито у погледу могућности непосредне примене међународних уговора у националном кривичном праву, у коме сматрамо да је најцелисходније обавезе из међународних уговора испунити изменама националног кривичног законодавства.

3. МАТЕРИЈАЛНОПРАВНЕ ОДРЕДБЕ КОНВЕНЦИЈЕ¹¹

У погледу саме структуре текста Конвенције, приметно је да не постоји доследна разлика између института материјалног и процесног права. Тако питање признања страних судских одлука¹² и проблематику диверзионих модела као алтернатива судском кривичном поступку¹³ регулише у делу који садржи материјалноправне одредбе, док рецимо питање застарелости¹⁴, које је код нас регулисано Кривичним закоником, сврстава у процесне одредбе Конвенције.

Конвенција,¹⁵ као један од примарних циљева који жели да постигне јесте свакако да обавезе државе чланице Конвенције да инкриминишу радње којима се врши насиље над женама. Међутим, одредбе којима се прописују обавезе инкриминисање таквих понашања нису најпрецизније прописане, тако да се државама оставља широка могућност кривичноправне интервенције у овој области.¹⁶ С тим у вези, потребно је наћи прави начин, тачније одредити најбољи начин заштите кроз одговарајуће законско регулисање. Можда се на први поглед чини да се најбоља заштита пружа нормама кривичног законодавства, што не мора увек бити истина. Тако се некада ефикаснија и правичнија заштита пружа, не кривичним, већ ре-

¹¹ Наслов поглавља V у оригиналу на енглеском језику гласи „Substantive law“ док је код нас преведено као „Материјално кривично право“. Колико је превод погрешан види се из наслова првог члана овог поглавља који гласи „Грађанске парнице и правни лекови“. Наслов поглавља требао би да гласи „Материјално право“.

¹² чл. 47 Конвенције

¹³ чл. 48 Конвенције

¹⁴ чл. 58 Конвенције

¹⁵ Вид. Гордана Ковачек-Станић, Сандра Самарцић, „Новине које доноси Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици“, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад (Зборник ПФНС)* 2/2014, 93-115.

¹⁶ Слађана Јовановић, „Кривичноправна заштита од насиља у породици – нова решења“, *Наука, безбедност, полиција* 2/2006, 79-100.

цимо прекршајним правом.¹⁷ У даљем раду видећемо која су све понашања државе чланице Конвенције дужни да инкриминишу у свом националним кривичном законодавству.

Насиље у породици¹⁸ као посебно кривично дело уведено је у наше кривично право 2002. године изменама и допунама тадашњег Кривичног закона¹⁹. Разуме се да су понашања чија би радња одговарала инкриминацији кривичног дела насиље у породици и пре увођења нарочитог кривичног дела била инкриминисана кроз друга, општа кривична дела. Чињеница да је неко од тих дела учињено према члану породице²⁰, у зависности од конкрет-ног кривичног дела и околности случаја би могла бити узета у обзир приликом одмеравања казне, и то сматрамо, чешће као отежавајућа околност. Па ипак, не можемо искључити да код неких кривичних дела која штите приватну сферу појединца чињеница да је дело извршено према члану породице може бити узета и као олакшавајућа околност, док би можда у неким случајевима могла искључити и постојање бића кривичног дела.²¹

Иако према припадности различитим главама, па према томе и различитом групном објекту заштите, у првом реду то би била дела којима се непосредно пружала заштита²² одређеним добрима која се штите самим кривичним делом насиља у породици, или којима су инкриминисане неке

¹⁷ Ивана Радић, Ана Радина, „Заштита од насиља у обитељи: обитељскоправни, прекршајноправни и казеноправни аспект“, *Зборник радова Правног факултета у Силбију* 3/2014, 727-754.

¹⁸ Вид. и Зорана Медарић, „Обитељско насиље над женама у Словенији: јавни проблем?“, *Ревуја за социјалну полицију* 1/2011, 25-45.

¹⁹ Закон о изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 10/2002.

²⁰ према чл. 112 ст 28 КЗ чланом породице сматрају се: супружници, њихова деца, преци супружника у правој линији крвног сродства, ванбрачни партнери и њихова деца, усвојилац и усвојеник, хранилац и храненик. Члановима породице сматрају се и браћа и сестре, њихови супружници и деца, бивши супружници и њихова деца и родитељи бивших супружника, ако живе у заједничком домаћинству, као и лица која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству.

²¹ Нпр. у случају кривичног дела Изношење личних и породичних прилика из чл. 172 КЗ, могао би се прилично успешно бранити став да ово дело изношењем породичних прилика не може извршити чл. породице, јер су то истовремено и његове породичне прилике. Нарочито у смислу става 4 овог члан који искључује кажњивости „при заштити оправданих интереса“ ако докаже истинитост тврдње или докаже да је имао основаног разлога да поверује у истинитост оног што је износио или проносио. Изношење одређених интимности, у смислу личних прилика, пунолетног сина од стране родитеља у породичном или чак ширем кругу, чак и ако би смо заузели став да је у овом случају остварено биће овог кривичног дела, свакако би чињеницу да је то учињено од стране родитеља као члана породице требало ценити као олакшавајућу околност.

²² Вид. Станко Пихлер, „Основна питања правне заштите жена са посебним освртом на казеноправну заштиту“, *Зборник ПФНС* 3/2006, 191-209.

од радњи које одговарају радњи извршења овог кривичног дела. У обзир смо узели стање кривичног законодавства Републике Србије у моменту увођења кривичног дела насиље у породици.²³ У ову групу, без уласка у нарочиту анализу могли бисмо сврстати следећа кривична дела: *шешка и лака телесна повреда, угрожавање ојасним оруђем при шучи или свађи, излајање ојасности, напуштање немоћног лица, принуда*, па чак и *противправно лишење слободе*, веома широко постављену инкриминацију *угрожавање сигурности*, увреда,

Могли бисмо узети у обзир и кривична дела у сфери сексуалног насиља у породици различитих сексуалних деликата, запуштање и злостављање малолетног лица, кршење породичних обавеза, а у зависности од специфичног појавног облика у конкретном случају чак и неких других дела као што су то принуда, те изношење личних и породичних прилика.

Државе су се обавезале да предузму неопходне законодавне или друге мере и обезбеде да се бракови склопљени под принудом могу сматрати ништавим или предметом поништења, односно развода без непотребног финансијског или административног оптерећивања жртве.

3.1. Психичко насиље, прогањање и физичко насиље

Једна од основних обавеза јесте свакако и обавеза држава да инкриминишу сва понашања која се састоје у било ком облику насиља. Тако је потребно инкриминисати радње која се састоје у психичком и физичком насиљу, као и у прогањању. Сваки од ових облика понашања Конвенција регулише посебним чланом.

У члану 33 Конвенције се државе чланице обавезују да инкриминишу намерно понашање, које озбиљно нарушава психички интегритет неког лица принудом, односно претњама.²⁴ Надаље, државе треба да предузму све мере да инкриминишу намерно понашање понављањем претњи упућених другом лицу, које узрокују да се лице плаши за своју безбедност,²⁵ као и да инкриминишу намерно почињена дела физичког насиља над другим лицем.²⁶

Психичко насиље²⁷, као облик забрањеног понашања предвиђа се на самом почетку материјалних одредаба, те се стране уговорнице обавезују

²³ Кривично дело Насиље у породици уведено је Закон о изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 10/2002, који је ступио на правну снагу 9. марта 2002. године.

²⁴ чл. 33 Конвенције.

²⁵ чл. 34 Конвенције.

²⁶ чл. 35 Конвенције.

²⁷ чл. 33 Конвенције.

да предузму законодавне или друге мере и обезбеде да намерно понашање, које озбиљно нарушава психички интегритет неког лица принудом, односно претњама буде инкриминисано. Конвенција у члану у коме предвиђа инкриминисање прогањања под тим подразумева намерно понашање понављањем претњи упућених другом лицу, које узрокују да се лице плаши за своју безбедност, буде инкриминисано.²⁸

Наведеном одредбама државе уговорнице се обавезују да инкриминишу сва понашања које се састоје у психичком узнемиравању у најширем смислу. Иако се на први поглед оваква интенција Конвенције чини нимало спорном, сматрамо да ипак није лако одредити шта Конвенција овде сматра под психичким насиљем. Сличан закључак могли бисмо извести и у погледу појма прогањања, код ког је потребно да учинилац намерно **понавља** претње због којих се лице ком се прети плаши за своју безбедност. Овакав начин формулације норме упућује на закључак да Конвенција предвиђајући инкриминисање прогањања, од држава очекује да инкриминише само такву радњу прогањања која се понавља више пута. Логичким тумачењем могли долазимо до закључка да државе нису обавезне да инкриминишу оне ситуације у којима се жртви једнократно упућује претња. До истог закључка можемо доћи већ самим језичким тумачењем члана Конвенције који предвиђа инкриминисање психичког насиља, имајући у виду да се појам претњи користи у множини. Кривични законик садржи одредбу којом предвиђа да кад је радња кривичног дела одређена трајним глаголом сматра се да је дело учињено, ако је радња извршена једном или више пута.²⁹ Иако се ова одредба може довести у везу са поменутиим словом Конвенције, сматрамо да наглашавајући „понављање“ претњи ипак треба тумачити тако да би законски опис адекватног кривичног дела требао у себи да садржи формулацију која би виšekратност радње експлицитно предвиђала као елемент бића кривичног дела.

Надаље у погледу прогањања понављањем претњи, оне требају да буду таквог интензитета да узрокују да се жртва плаши за своју безбедност. Овде се поставља неколико питања, међу којима и то са ког аспекта бисмо требали процењивати страх жртве за своју безбедност. Да ли бисмо страх требали процењивати објективно³⁰ или субјективно³¹? Иако не без дилеме, склонили смо ставу да би осећање страха требало процењивати субјективно, са аспекта жртве. Па ипак, сматрамо да не би требало приступити искључиво субјективно и уважити било које, па и потпуно неосновано осећа-

²⁸ чл. 34 Конвенције.

²⁹ чл. 112 ст. 30 Кривичног законика („Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014), у даљем тексту: КЗ.

³⁰ Објективан начин подразумева да би сваки просечан човек био у осећању страха.

³¹ Субјективан начин процене састоји се у процени психичког стања, у нашем случају страха, из угла лица којем се прети.

ње страха, које је нпр. пре резултат структуре личности или суманутих идеја него ли минимума околности које указују да би лице могло да страхује за своју безбедност. Надаље остаје питање шта се подразумева под безбедношћу, односно за шта то жртва треба да страхује да би се ситуација могла подвести под овај члан Конвенције.

Надаље, стране уговорнице се обавезују да предузму неопходне законодавне или друге мере и обезбеде да намерно почињена дела физичког насиља над другим лицем буду инкриминисана. Под физичким насиљем сматрамо да треба подразумевати радње које повређују телесни интегритет. Мишљења смо да се под физичким насиљем не би могле сматрати радње угрожавања телесног интегритета, већ да бисмо овакве радње пре могли сврстати у смислу Конвенције, у психичко насиље.

Сматрамо да се наведена понашања у смислу важећег кривичног материјалног законодавства Републике Србије могу посматрати из два угла. Ако је жртва лице које се у раније изнетом смислу може сматрати чланом породице³² учиниоца, сва три понашања би представљала радњу кривичног дела насиља у породици из члана 194 КЗ. Са друге стране уколико је жртва лице ван круга породице тада сматрамо да би ове радње требало посматрати као радње општих кривичних дела против живота и тела, опште сигурности људи и имовине, те слобода и права човека и грађанина.

У изнетом смислу сматрамо да су обавезе Републике Србије према члановима 33, 34 и 35 Конвенције испуњене, односно да постојеће инкриминације кривичног материјалног права у задовољавајућој мери пружају заштиту у смислу наведених чланова Конвенције.³³

3.2. Сексуално насиље, силовање и сексуално узнемиравање

Најтежа дела која могу бити извршена према женама свакако јесу и дела која представљају сексуално насиље. Тако се чланом 36 Конвенције државе уговорнице обавезују да инкриминишу сексуално насиље, укључујући силовање.³⁴

³² вид. фн. 24.

³³ вид. Данијела Спасић, „Жртве породичног насиља у Србији“, *Наука, безбедност, полиција* 3/2010, 77-92.

³⁴ Стране се обавезују да предузму неопходне законодавне или друге мере и обезбеде да следећи видови намерног понашања буду инкриминисани: а) вагинална, анална или орална пенетрација сексуалне природе на телу другог лица без њеног, односно његовог пристанка, коришћењем било ког дела тела, односно предмета; б) друге сексуалне радње са лицем без њеног, односно његовог пристанка; ц) навођење другог лица на покушај сексуалних радњи са трећим лицем без њеног, односно његовог пристанка. 2) Пристанак мора да буде - добровољан и настао као исход слободне воље лица процењене у контексту датих околности. 3) Стране се обавезују да предузму неопходне законодавне или друге мере и обезбеде да се - одредбе из става 1. овог члана, такође, примењују на дела почињена над бившим, односно садашњим супружницима или партнеркама у складу са домаћим прописима.

Видимо да Конвенција доста широко поставља криминалну зону у области сексуалних забрана. Узимајући у обзир инкриминације предвиђене у глави XVIII Кривичног законика сматрамо да је реч о кривичним делима силовања и недозвољених полних радњи. Занимљиво је да се у односном члану изричито предвиђа и навођење другог лица на неку од ових радњи, а да се даље у члану 41 Конвенције нарочито наглашава обавеза инкриминисања подстрекавања на наведена кривична дела.

Интересантно је да Конвенција од држава очекује да се наведене радње против полне слободе инкриминишу уколико је реч и о бившим и садашњим супружницима. Ова обавеза очигледно је намењена државама под окриљем Савета Европе у којима се још увек различито гледа на границе полне слободе и брачних обавеза супружника, уколико такве државе постоје. Српски законодавац још изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије 2002. године проширио криминалну зону кривичних дела силовања, принуде на обљубу или противприродни блуд и блудних радњи и на супружнике.

Кривични законик од 2005. на одређени начин ипак узима у обзир ситуацију када су учинилац и оштећени у браку па тако кривично гоњење за ова кривична дела учињена према брачном другу условљава предлогом оштећеног, што сматрамо усклађеним са наведеном одредбом Конвенције, јер је предлог брачног друга само услов кривичног гоњења, а не и основ искључења постојања кривичног дела.

Што се тиче сексуалног узнемиравања³⁵ Конвенција обавезује стране да предузму неопходне законодавне или друге мере и обезбеде да сваки облик нежељеног вербалног, невербалног или физичког понашања сексуалне природе у сврху или уз исход повреде достојанства лица, посебно када се ствара застрашујућа, непријатељска, деградирајућа, понижавајућа, односно увредљива атмосфера, буде предмет кривичне или друге правне санкције. Дакле, реч је о најширој криминалној зони у области полних слобода, па у значајној мери и части и угледа. Наше важеће кривично законодавство штити полне слободе³⁶ у најширем смислу, те адекватним кривичним делима из других глава обезбеђује заштиту части и угледа лица од свих облика напада па и од сексуалног узнемиравања.

3.3. Принудни брак

С обзиром да је за склапање брака потребна сагласност воља, односно слободни пристанак будућих супружника³⁷, али да нису ретки примери да постоје и принудни бракови, Конвенција захтева да се инкриминишу при-

³⁵ чл. 40 Конвенције.

³⁶ Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика*, Београд 2011, 614-642.

³⁷ чл. 3 Породичног закона („Сл. гласник РС“, бр. 18/05 и 72/2011 – др. закон), у даљем тексту: ПЗ.

нудни бракови. Стране се обавезују да предузму неопходне законодавне или друге мере и обезбеде да присиљавање одраслог лица или детета да ступи у брак буде инкриминисано. Даље, стране се обавезују да предузму неопходне законодавне или друге мере и обезбеде да намамљивање одраслог лица, односно детета на територију стране или државе, која није њена држава боравишта, с циљем принуде тог одраслог лица или детета да ступи у брак буде инкриминисано.³⁸

Не улазећи у породичноправне услове за склапање брака као што је узраст, нити разлоге за ништавост брака, сматрамо да је важно напоменути да у односу на ове појаве наше кривично законодавство није било без случаја. Тако је у нашем кривичном законодавству до 2005. године постојало кривично дело Принуде на закључење брака предвиђено чл. 113а Кривичног закона Републике Србије, када је извршена његова декриминализација.³⁹ Након уклањања поменутих инкриминација из главе кривичних дела против брака и породице, принуда на закључење брака остала је у криминалној зони и покривена је општим кривичним делом принуде.

Имајући у виду развојни пут нашег кривичног материјалног законодавства по питањима принудног брака, мишљења смо да није потребно, нити би било целисходно вршити било какве измене у смислу поновног увођења поменутих инкриминација.⁴⁰

3.4. Генитално сакаћење жена, принудни абортус и принудна стерилизација

Стране се обавезују и да инкриминишу генитално сакаћење жена,⁴¹ као и абортус жене без њеног претходног и информативног⁴² пристанка,

³⁸ чл. 37 Конвенције.

³⁹ Овде би у контексту обавезе државе да инкриминише понашања лица која поступају у име државе, односно њихово пропуштање да спрече одређене радње предвиђене Конвенцијом, било занимљиво осврнути се на постојање кривичног дела Омогућавање закључења ништавог брака из ранијег члана 114 Кривичног закона Републике Србије. Одговарајуће кривично дело Омогућавање закључења недозвољеног брака наставило је да егзистира и у изворном тексту Кривичног законика из 2005. године, да би изменама из 2009. године ово дело брисано из посебног дела КЗ.

⁴⁰ Више у упоредном праву вид. Анита Матијевић, „Насиље у обитељи – Еуропски модели“, *Полиција и сигурносћ* 2/2010, 195-209; Иванка Марковић, „Правна заштита жртава насиља у породици у Републици Српској“, *Темид* 1/2008, 5-24; Јевтић Марија, „Кривично дело насиља у породици“, *Правни живот* 10/2006, 113-117.

⁴¹ чл. 38 Конвенције.

⁴² У оригиналном тексту Конвенције употребљен је израз „*informed consent*“. Превод „информисани пристанак“ ни у ком случају не можемо сматрати адекватним, а израз „*informed*“ би свакако требао да носи значење „упознат“, вероватно у смислу да је жена која даје пристанак на абортус упозната са његовим последицама. У прилог оваквом схва-

као и операција у сврху или уз исход онемогућавања природне репродукције код жене, без њеног информативног пристанка или разумевања процедуре.⁴³

Сматрамо да се радња извршења гениталног сакаћења жена сасвим адекватно може подвести под кривично дело Тешке телесне повреде.⁴⁴ Када је реч о понашању које Конвенција подразумева под појмом принудног абортуса, мислимо да је и ту наша држава испунила обавезу на начин што је прописала кривично дело Недозвољеног прекида трудноће.⁴⁵ Наиме, ово кривично дело има квалификовани облик који гласи: „Ко бременитој жени **без њеног пристанка**, а ако је млађа од шеснаест година без њеног пристанка и без писане сагласности њеног родитеља, усвојиоца или стараоца, изврши или започне да врши побачај, казниће се затвором од једне до осам година“.⁴⁶ У смислу обавезе инкриминисања покушаја наведених дела које предвиђа члан 41 Конвенције, овде је значајно приметити да је наш законодавац чак и несвршени покушај, односно само започињање побачаја предвиђено као радња извршења овог кривичног дела. У том смислу одговорност за покушај овог кривичног дела није могућа, што је наш законодавац и учинио, како сматрамо, да би искључио могућност факултативног ублажавања казне по овом основу.

3.5. Помагање, подстрекавање⁴⁷ и покушај

Вршење кривичних дела од стране више лица представља већу друштвену опасност и зато се са разлогом тражи од држава чланица да инкриминишу и понашања која се састоје у помагању и подстрекавању на извршење ових кривичних дела. Осим тога, због тежине ових дела, у већини случајева било би потребно предвидети кажњавање и за покушај ових кривичних дела.⁴⁸ Сматрамо да је овакав начин обавезивања држава да инкриминишу понашања која се састоје не само у извршењу дела, добро решење из разлога што и подстрекач и помагач дају на одређени начин и у одређеном обиму „допринос“ извршењу кривичног дела у његовом коначном об-

тању говори и следећа тачка овог члана Конвенције која осим упознатости жене са давањем пристанка помиње и „разумевање процедуре“.

⁴³ чл. 39 Конвенције.

⁴⁴ чл. 121 КЗ.

⁴⁵ чл. 120 КЗ.

⁴⁶ Више о овом кривичном делу вид. Бора Чејовић, Мирко Кулић, *Кривично право*, Београд 2011, 414-416.

⁴⁷ Желели бисмо да термин „подстрекивање“ који користи Конвенција сматрамо техничком омашком.

⁴⁸ чл. 40 Конвенције,

лику. Сувишно је поставити питање да ли Република Србије испуњава ову обавезу. Општим делом Кривичног законика предвиђена је одговорност за подстрекавање и помагање као и границе одговорности и кажњивости саучесника.⁴⁹ Покушај је такође према решењу Кривичног законика кажњив код кривичних дела за која се по закону може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна, али и за покушај другог кривичног дела, онда када закон изричито прописује кажњавање и за покушај.⁵⁰

3.6. Надлежност⁵¹

У члану 44 је регулисано питање надлежности. Државе су се обавезале да предузму неопходне законодавне или друге мере и обезбеде надлежност над сваким кривичним делом из ове конвенције, када је дело почињено: на њиховој територији; на броду који плови под њиховом заставом; у авиону регистрованом према њиховом закону; од стране њиховог држављана, или од стране лица, које има стално боравиште на њиховој територији. Државе уговорнице настоје да предузму неопходне законодавне или друге мере и успоставе надлежност над сваким кривичним делом утврђеним на основу ове конвенције када је оно учињено над неким њиховим држављанином или над лицем, које има стално боравиште на њиховој територији. Код судских поступака за кривична дела утврђена на основу чл. 36, 37, 38. и 39. Конвенције, државе су се обавезале да предузму неопходне законодавне или друге мере и обезбеде да њихова надлежност не буде условљена инкриминацијом дела на територији на којој су почињена.

Сматрамо да су одредбе КЗ које регулишу питања важења кривичног законодавства у потпуности покривају све случајеве, а резерве стављене на члан 44 важе док Република Србија не изврши усаглашавање унутрашњег кривичног законодавства са наведеним одредбама Конвенције. Тако резерва у погледу члана 44 став 1 тачка е) којим се захтева да се обезбеди надлежност над делом почињеним од стране лица, које има стално боравиште на нашој територији став 3, сматрамо да је условљена појмом *сталног* боравишта, који не познаје ни наше кривично материјално ни процесно законодавство.⁵²

⁴⁹ Вид. Зоран Стојновић, *Кривично право – општи део*, Београд 2009, 230-239.

⁵⁰ Вид. Љубиша Лазаревић, *Кривично право – општи део*, Београд 2000, 157-162.

⁵¹ У правном систему Републике Србије питање *надлежности* питање је процесног, па тако и кривичног процесног права. Адекватан превод наслова овог члана у смислу кривичног материјалног права био би: *Важење кривичног законодавства*.

⁵² Увођење у наш правни систем овог, у међународном праву уобичајеног појма (франц. *résidence habituelle*; енгл. *habitual residence*) чини се да је на прагу у коначној верзији нацрта Закона о међународном приватном праву из јуна 2014. године, који га преводи као *уобичајено боравиште*; вид. чл 6 Нацрта на: <http://www.drzavnauprava.gov.rs/obavestjenje/6274/konacna-verzija-nacrta-zakona-o-medjunarodnom-privatnom-pravu.php>, 17. децембар 2014. Иако се предметни пропис односи на питања изван кривичног права, ипак увође-

Резервом у погледу става 3 истог члана предвиђа се да за одређене повреде Конвенције односно одговарајућа кривична дела⁵³ надлежност државе уговорнице не буде условљена инкриминацијом⁵⁴ дела на територији на којој су почињена. У нашем важећем кривичном законодавству би се за одговарајућа дела морао применити члан 10 став 2 КЗ који предвиђа да се тада кривично гоњење може предузети *само ако се за кривично дело кажњава и по закону земље у којој је оно учињено*, осим када постоји одобрење републичког јавног тужиоца или када је то предвиђено потврђеним међународним уговором.⁵⁵ Сматрамо да би се у циљу испуњавања обавеза преузетих Конвенцијом у односу на наведену одредбу КЗ можда могло изнаћи тумачење према ком би се Конвенција могла прихватити управо у смислу који и помиње члан 10 став 2 КЗ када у случају постојања потврђеног међународног уговора није нужно да се за кривично дело кажњава и по закону земље у којој је оно учињено.

У погледу одредаба о важењу кривичног законодавства наш законодавац ставио је и резерву на став 4 члана 44 Конвенције којим је предвиђено да надлежност за дела почињена од стране нашег држављана, те лица које има стално боравиште на нашој територији, не буде условљена тиме да судски поступак може бити покренут само на основу пријаве жртве кривичног дела или достављањем информација државе у којој је кривично дело почињено. Иако нам разлози, као ни у погледу претходних резерви нису до краја познати, а имајући у виду да пријава од стране жртве па ни достављање информација од стране евентуално друге државе нису никада формални разлог за успостављање надлежности нашег суда, сматрамо да је разлог за ову резерву то што се односи и на случај лица које има *стално боравиште* на нашој територији, у складу са нешто раније изнетим разлозима.

3.7. Отежавајуће околности

У погледу обавеза Републике Србије да своје кривично законодавство усклади са одредбом члана 46 Конвенције која предвиђа које околности

ње овог појма у наш правни систем обећава да би овај општеприхваћени појам међународни институт могао постати саставни део нашег правног поретка у целини и тиме значајно олакшати решавање различитих за њега везаних проблема.

⁵³ Сексуално насиље, силовање, принудни брак, генитално сакаћење жена, принудни абортус и принудна стерилизација.

⁵⁴ под чиме би се у духу наше кривичноправне терминологије подразумевало *да се за кривично дело кажњава и по закону земље у којој је оно учињено*.

⁵⁵ Овде не треба да збуњује чињеница што предметна Конвенција представља потврђен међународни уговор, јер она не регулише експлицитно питање важења кривичног законодавства и у случају када одређено понашање не представља кривично дело по закону земље у којој је учињено.

приликом извршења кривичног дела државе треба да инкриминишу као отежавајуће можемо закључити да наш Кривични законик набрајајући егземпларно олакшавајуће и отежавајуће околности у члану 54, и остављајући могућност да то могу осим набројаних бити и све околности које утичу да казна буде мања или већа, те предвиђајући посебну обавезу да код дела учињених из мржње ову околност обавезно узме као отежавајућу, као и да поврат може узети као отежавајућу околност у потпуности задовољава стандард који у погледу отежавајућих околности захтева Конвенција.

4. ЗАВРШНА РАЗМАТРАЊА

На основу свега изнетог у раду, у смислу анализе релевантних одредаба важећег кривичног материјалног права, иако на први поглед изразито сумарно, ипак можемо закључити да готово да нема никакве потребе за било каквим изменама важећег националног кривичног материјалног законодавства ради евентуалног усклађивања са предметном Конвенцијом. Усвајање Конвенције сматрамо делом политичког процеса европских интеграција Републике Србије, а сама Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици у правни систем Републике Србије, према нашем мишљењу не доноси готово ништа ново у области кривичноправне заштите од насиља, те насиља у породици. Па ипак, треба приметити да Конвенција дозвољава приступ и државама које нису чланице Савета Европе што јој омогућава да буде широко прихваћена и да на тај начин допринесе међународним стандардима који забрањују насиље над женама и нарочито насиље у породици.⁵⁶

Имајући у виду да је Конвенција нарочито посвећена насиљу над женама, са кривичноправног аспекта наш законодавац не прави никакву разлику у односу на пол пасивног субјекта, па тако ни у односу на релевантна кривична дела, те је жени пружена идентична заштита као и мушкарцу. Како Конвенција захтева од држава уговорница посебну заштиту жена, сматрамо да други прописи попут стратегија за борбу против насиља над женама или других прописа ван кривичног права могу одговорити на ову обавезу Републике Србије.

Устав, по правилу, не предвиђа експлицитно облик правне заштите одређених добара која препознаје. У неким случајевима, то се чини кроз формулацију „забрањено је“, а врло ретко и „кажњиво је“ (нпр. члан 42

⁵⁶ Bonita Meyersfeld, „Introductory Note to the Council of Europe Convention on preventing combating Violence against Women and domestic Violence“, *International Legal Materials* 2012, 108.

став 3 Устава), што би могло да упућује на коришћење кривичног законодавства. Ни то, међутим, не мора нужно да подразумева кривичноправну заштиту.⁵⁷ Имајући у виду начин на који Конвенција, као ипак правни извор ниже снаге од Устава, предвиђа заштиту од насиља у најширем смислу, склони смо мишљењу да одређене обавезе по Конвенцији ефикасније и делотворније могу бити испуњене предузимањем законодавних или других интервенција у другим областима права осим кривичног, као што би то у првом реду могло бити породично право. Па ипак, одређена понашања која бисмо могли сматрати кажњивим, а не посредују довољан криминални потенцијал у смислу довољне друштвене опасности могла би се регулисати казним одредбама грађанског односно управноправног законодавства.

Осврћући се на изнете закључке о (не)могућности непосредне примене међународног уговора као извора кривичног права, те адекватност испуњавања међународних обавеза изменама националног кривичног законодавства сматрамо да наш законодавац ретко и у недовољној мери поштује основне принципе којима би се морао руководити при оваквом поступку. Овде треба имати у виду да се то мора учинити веома пажљиво. У најмањем мора се водити рачуна о избору адекватног прописа, те места у оквиру самог прописа где се међународна норма уноси у домаће кривично законодавство. Надаље од великог је значаја питање адекватног превода норме, пре свега у духу српског језика, а нарочито у погледу домаћег стручног називља и номотехнике. Напоследку мора се имати у виду усклађеност нове норме са осталим нормама у националном правном систему, те адекватна подршка њеном остварењу са процесног и других аспеката. Иако би се свакако још значајних напомена могло учинити о томе како уносити трансплантате у национално кривично материјално законодавство, сматрамо да би изнете смернице морале представљати барем минимум стандарда како би се међународна норма могла оживети и ваљано применити у домаћем кривичном материјалном праву.

⁵⁷ Стојановић Зоран, „Устав и кривично законодавство“, *Бранич* 1-2/2008, 14.

*Stefan Samardžić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Criminal Law Aspects of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence

Abstract: *The Istanbul Convention is a part of domestic legislation of the Republic of Serbia. The Constitution provides for direct application of the Convention, provided that it is in compliance with the provisions of the highest law of Serbia. Apart from the focal point relating to the question of compliance of or the need to comply the national criminal legislation with the Convention, the aim of the article is to analyze the quality of the relevant provisions of the Convention from the criminal law point of view and with particular reference to the quality of the translation of the Convention into the Serbian language. In order to define obligations of the Republic of Serbia that have arisen after the ratification of the Istanbul Convention we dealt, to a certain degree, with the problem of direct application of the international law to the national criminal law system, along with providing a detailed analysis of this international treaty.*

Key words: *violence, women, family, criminal law*