

Светлана Мијовић, мастер *

ТЕЛЕСНО КАЖЊАВАЊЕ ДЕЦЕ СА АСПЕКАТА ПОРОДИЧНОГ И КРИВИЧНОГ ПРАВА – (НЕ)ПОМИРЉИВИ ТОНОВИ

*У раду аутор полази од ширег сагледавања проблема телесног кажњавања деце у васпитном процесу са аспеката ванправних научних дисциплина, затим анализира међународноправне оквире забране телесног кажњавања деце и даје кратак приказ решења која су заступљена у упоредном праву. У даљем тексту фокусира се на различита гледишта породичног и кривичног права према питању потребе (неопходности) апсолутне забране телесног кажњавања деце. Са тим циљем, аутор најпре упоређује постојеће законско решење у породичном законодавству са предложеним (новим) решењем у Преднацрту Грађанског законика Србије. Надаље, аутор је покушао и да са аспекта кривичног права постави критеријуме за разграничење ситуација у којима се вршење родитељског права може сматрати посебним основом искључења противправности од оних ситуација у којима ће постојати кривично дело насиља у породици. Дати су и предлози *de lege ferenda* који би у извесној мери могли да помире различита полазна становишта породичног и кривичног права, односно који би у што већој мери били прихватљиви за те обе гране права.*

Кључне речи: *Телесно кажњавање. – Противправност. – Права детета. – Родитељство. – Злостављање детета.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Васпитање деце је један од најважнијих (уједно и најтежих) задатака родитељства будући да „човек само васпитањем може постати

* Ауторка је студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду, svetlanamijovic1987@gmail.com.

човеком“¹, због чега је нужно пронаћи „оптимум васпитања“ које ће донети највише користи, а нанети најмање штете детету.² Филозофија васпитања се мењала у различитим епохама, па су тако доминирала и различита васпитна средства. Последично, родитељски статус као скуп права и обавеза на релацији родитељ – дете изнедрио је и велики број правних термина, хронолошки посматрано, најпре „родитељска власт“ и „родитељски ауторитет“, а затим „родитељско старање“ и „родитељско право“³ те „родитељска одговорност“.⁴ Усвајањем концепта о аутономним правима детета (који представља „куну“ опште еволуције индивидуализма и афирмације аутономије личности у породичном праву), измењени су контекст и дејство вршења родитељског права, тако да је сада акценат на детету као субјекту права. Родитељска права се све више претварају у родитељске обавезе, а држава родитељима намеће и бројна ограничења и забране, иако је свесна да су родитељи и даље примарно одговорни за живот те (правилно) васпитање и развој детета. Тако су у великом броју (претежно европских, али и неких ваневропских) држава последњих година донети посебни закони којима је изричито забрањено свако телесно кажњавање малолетне деце. Истовремено са експанзијом породичноправне интервенције у тој области, могу се чути и аргументоване тврдње да је превелико уплитање државе

¹ Имануел Кант, *Васпитавање деце* (превод са немачког Милан Шевић), Логос-Арт, Београд 1999, 7.

² Вид. Жарко Требјешанин, „Психолошки аспекти праксе кажњавања деце у српској патријархалној култури“, *Кругови детињства* 1–2/2015, 110.

³ Тај термин је садржан у Породичном закону и као такав је најраспрострањенији у домаћој литератури, с тим што треба разликовати само право од вршења права јер прекид заједнице родитеља доводи до промена у старању детета, па родитељско право може вршити и само један родитељ – тзв. самостално вршење родитељског права. Поједини аутори истичу да је обавеза старања о малолетној деци заједничка за оба родитеља, те предлажу да се *de lege ferenda* у том смислу и дефинише родитељски однос, а не у смислу заједнице живота родитеља и детета које му је поверено на чување. Вид. Марина Јањић Комар, „Родитељска одговорност“, *Ново породично законодавство* (ур. Зоран Поњавић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2006, 250.

⁴ Вид. *ibid.*, 247, где су дати разлози зашто је термин „родитељска одговорност“ адекватнији од законског термина „родитељско право“. Није спорно да Породични закон не познаје институт „родитељске одговорности“ већ полази од концепта родитељских права и дужности, али треба имати у виду да је правна терминологија често и ствар језичке конвенције и устаљене говорне праксе, тако да различито термилошко означавање у том конкретном случају није у директној вези са садржином самог института, који је и у важећем Породичном закону нормиран на модерним основама. Значајније је истаћи да се правна природа родитељског права (и дужности) на васпитање детета у породичноправној доктрини одређује као императивна. Више о томе Милош Станковић, „Правна природа и остваривање права и дужности родитеља на васпитање и образовање детета у Србији“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 261.

у породичне односе контрапродуктивно и да превише попустљиво и презаштитничко (пермисивно) васпитање уз „нулту толеранцију“ на употребу било каквог вида физичког деловања родитеља на дете ипак није најпожељнији модус васпитања јер децу не припрема за самосталан живот и будућу активну улогу у друштву.⁵ Међутим, оба та међусобно супротстављена гледишта слажу се у једном – сваки вид злонамерног поступања родитеља уз примену (тежег) насиља над децом треба оштро санкционисати. Тако се, као кључно, намеће питање да ли је за остваривање идеала пружања најбоље заштите дејчјих права сврсисходније да телесно кажњавање деце од родитеља буде апсолутно забрањено – и са аспекта породичног и са аспекта кривичног права, или пак само са аспекта кривичног права, и то у оним ситуацијама када су остварени битни елементи неког кривичног дела. Дакле, где су границе уласка у недозвољену зону (физичког) деловања на дете, односно да ли „брану“ родитељима примарно треба да постави породично право или би она требало да буде *ultima ratio* карактера и резервисана само за најтеже облике неадекватног поступања са децом, који се у кривичноправном смислу испољавају као: „насиље над децом“, „злостављање“, „злоупотреба“, „занемаривање“, „експлоатација“ и слично? Анализирајући домаћу и страну литературу, стиче се утисак да је породичноправна теорија склонија ставу да изричито треба забранити све поступке дисциплиновања деце који подразумевају извесну дозу репресивности и беспоговорно наметање воље ауторитета вољи детета, а нарочито сваки напад на физички интегритет детета. С друге стране, кривичноправна књижевност је претежно на становишту да би улога државе (и због могућности евентуалних злоупотреба) требало да буде, пре свега, превентивна и корективна, а реактивна и репресивна⁶ само у изузетним случајевима озбиљног породичног насиља над децом. Из тога произлази да се родитељима мора оставити слобода у васпитању деце све док се крећу у прихватљивим кривичноправним оквирима. Међутим, да ли су те наизглед велике разлике (које

⁵ Сматра се да је претерана „болећивост“ родитеља према деци некорисна и подједнако погубна за децу као и ситуације у којима родитељи потпуно занемарују, односно уопште нису заинтересовани за раст и развој своје деце.

⁶ Превентивна улога државе подразумева стварање афирмативних подстицаја и обезбеђивање амбијента за реализацију права и дужности родитеља на васпитање детета, док корективна функција државе обухвата институте породичног права, као што је, на пример, надзор над вршењем родитељског права. Реактивна функција државе резервисана је за „најтежи арсенал“ породичноправних мера које најдубље и са најдалекосежним последицама задиру у родитељска овлашћења, као што су, на пример, лишење родитељског права или грађанскоправне мере заштите од насиља у породици, док се репресивна улога државе везује за примену прописаних кривичних санкција према родитељима као учиниоцима кривичних дела (претежно је реч о квалификованим облицима кривичних дела против брака и породице).

су великим делом последица и различитог нормативног устројства те две гране позитивног права) потпуно непомирљиве или се могу превазићи изградњом (јединственог) функционалног и кохерентног законског оквира који би у том најосетљивијем сегменту људских корелација уважавао животну реалност, а уједно био и сигуран „рам за велику слику“ задовољног и срећног детета? Да ли су заиста неделотворна постојећа законска решења која почивају на идеји да је деци могуће обезбедити адекватну заштиту од телесног кажњавања на хоризонталној равни комплементарним деловањем најширег система одговорне социјалне подршке родитељима, нешто ужег система примерене породичноправне заштите и најуже (рестриктивно) постављеног система кривичноправног прогона? У вези са тим, да ли је у Републици Србији нужна измена постојеће регулативе у тој материји? Ако јесте, који су разлози (и оправдање) за све веће наметање императивних правила и неконтролисану пролиферацију правних норми у домену личних породичноправних односа? То су нека питања о којима ће у раду бити више речи.

2. РАЗЛИЧИТА СТАНОВИШТА О ТЕЛЕСНОМ КАЖЊАВАЊУ ДЕЦЕ – ПЕДАГОШКИ, ПСИХОЛОШКИ, СОЦИОЛОШКИ, КУЛТУРОЛОШКИ, ФИЛОЗОФСКИ И ЕТИЧКИ АСПЕКТИ ПРОБЛЕМА

Казне у васпитању⁷ дефинишу се као средства педагошког утицаја која се примењују онда када дете испољи неко непожељно понашање, са циљем да се смањи вероватноћа поновног јављања тог понашања. Казне могу бити вербалне (критика понашања), могу се састојати у ускраћивању позитивног поткрепљења (одузимање угодности или губљење наклоности), могу се манифестовати као непријатно а корисно задужење (да дете поправи оно што је покварило), а могу бити и телесне. Телесно кажњавање се од осталих видова кажњавања издваја управо по томе што га карактерише употреба физичке силе са намером да се постигне „покорност“ детета. Сложеност саме појаве телесног кажњавања деце у феноменолошком и етиолошком смислу чини је предметом истраживања бројних научних дисциплина, што нужно изискује и мултидисциплинарни приступ тој материји. У тим ванправним наукама, као уосталом и у судској и животној пракси, подељена су мишљења о потреби (боље рећи, неопходности) повременог телесног кажњавања деце.

⁷ Антипод казнама у васпитању су награде у васпитању. За разлику од казни, које су (са становишта родитеља) увек последица друштвено неадекватног понашања детета које треба елиминисати, награде делују на основу потпуно супротног механизма – њихов примарни циљ је да учврсте неку исправну активност детета.

Размимоилажења су последица различитих доктринарних гледишта аутора, али и разлика у вредносним судовима те социолошким и (етно)културолошким особеностима одређене средине. Начелно (али и крајње сумарно) говорећи, на овим нашим просторима дуго се сматрало да је телесно кажњавање деце пожељно, и то не само од родитеља, већ и од педагошких радника у образовном процесу, а потом да је оно (понекад) оправдано.⁸ Међутим, заступана су и нешто умеренија становишта која су наглашавала да је такав вид кажњавања заправо „нужно зло“.⁹ Сва та схватања била су у складу са доминантно патријархалним културним обрасцем, чија је главна (стереотипна) карактеристика била упадљива асиметрична дистрибуција моћи и строга хијерархија, односно доминација мушких припадника над женским и старијих над млађим.¹⁰ И данас се у једном делу јавног дискурса могу чути ставови да ће уколико се *pro futuro* родитељима потпуно забрани кажњавање властите деце, доћи до кризе поверења између родитеља и деце, што може изазвати „анархију“ у породицама и све веће слабљење моћи родитеља, због чега ће деца постати размажена и презаштићена и имати проблема да одрасту у функционалне одрасле особе. Наводи се и то да „батина“ има функцију да побољша ефикасност других дисциплинских стратегија, због чега се не може избећи, осим по превелику цену замене моралног интегритета лицемерјем, погову имајући у виду да многи (поприлично забрињавајући) подаци говоре о све већем расту девијантног понашања међу младима последњих година.¹¹ Истиче се и да често телесно кажњавање деце доприноси повећању друштвене

⁸ Посебно се учинковитим сматрало кажњавање „дражима ниског интензитета“, које имају првенствено когнитивну функцију (функцију знака), а не аверзивну, тако да усмеравају децу пажњу на везу између опомене и забрањеног поступка, дајући детету јасно обавештење да оно чини неодобрени поступак. Више о томе Слободанка Гашић Павишић, *Кажњавање и дете*, Институт за педагошка истраживања – Просвета, Београд – Нови Сад 1988, 65. У прилог аргументима да је из љубави према детету у неким ситуацијама крајње оправдано казнити га, уз навођење бројних примера за такво поступање родитеља, вид. David Benatar, „Corporal Punishment“, *Social Theory & Practice* 2/1998, 257–258.

⁹ Као примери ситуација у којима се у „крајњој нужди“ телесна казна (леgitимно) може користити, у литератури су редовно навођене ситуације када је непосредно угрожен живот детета, а дете избегава да се подреди родитељу, па је родитељ принуђен да реагује брзо и експлозивно и телесно га казни, пошто нема времена за дуга објашњавања или примену неке друге (афирмативније) методе кажњавања (на пример, истрчавање малог детета на улицу).

¹⁰ Више о томе Ж. Требјешанин, 105.

¹¹ Тај тренд није мимоишао ни Србију. Између осталог, вид. податке Републичког завода за статистику о броју осуђених малолетних учинилаца кривичних дела (на пример, 2006. године – 1.566, 2007. године – 1.996, 2008. године – 2.229, 2009. године – 1.902, 2010. године – 1.640, 2012. године – 2.302, 2013. године – 2.648, 2014. године – 2.034, 2015. године – 1.926 и 2016. године – 2.032). Републички

стопе насиља, док исто тако висока стопа друштвеног насиља повратно утиче на стварање друштвене климе у којој је телесно кажњавање деце прихватљиво.¹² Осим тога, указује се и на то да се литература о штетним ефектима телесног кажњавања деце ослања само на тешке облике физичког дисциплиновања деце, па је неприменљива на ситуације у којима родитељи из крајње алтруистичких побуда, односно мотивисани бригом за добробит властитог детета, повремено прибегавају његовом благом телесном кажњавању.¹³

С друге стране, заговорници новијих схватања истичу да свако дисциплиновање које у себи има елементе насиља (колико год из угла родитеља деловало безазлено и безопасно) не нарушава само телесни интегритет детета већ утиче и на спокојство и душевно стање детета као личности која је још у развоју, а тако подрива и самопоуздање детета. Уз то, многа структурална истраживања негирала су да телесна казна производи она пожељна дејства која су јој годинама приписивана¹⁴ или су макар доказала да сви ти (крајње евентуални) „бенефити“ таквог вида васпитања не могу да превазиђу негативне ефекте које свако физичко кажњавање (увек и нужно) трајно оставља у душевној сфери детета.¹⁵ Деценије и векови који

завод за статистику – Билтени: Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2010. и 2016, www.stat.gov.rs, 10. април 2018.

¹² Више о томе Jennifer Lansford, Dodge Kenneth, „Cultural Norms for Adult Corporal Punishment of Children and Societal Rates of Endorsement and Use of Violence“, *Parenting: Science & Practice* 3/2008, 265–267.

¹³ Вид. Sabrina Fréchette, Michael Zoratti, Romano Elisa, „What is the link between corporal punishment and child physical abuse?“, *Journal of Family Violence* 2/2015, 135, и ауторе који се ту наводе. У нашој литератури се наводи и да психологија још увек не располаже поузданим сазнањима да је свака телесна казна штетна, будући да ни експериментална ни неекспериментална истраживања, а ни сазнања из клиничког рада са пацијентима, нису потврдила ту (почетну) хипотезу. Више о томе Јован Мирић, „Психолошка сазнања о телесном кажњавању деце“, *Нова српска политичка мисао* 1–2/2011, 180–182.

¹⁴ Више о томе Хелмут фон Бракен, *Телесна казна у васпитању – социолошка, психолошка и педагошка истраживања* (превод са немачког Милош Јанковић), Штампарија Св. Сава, Београд 1930, 7.

¹⁵ Тако се у литератури наводи да „свако телесно кажњавање делује на један штетан, болан начин на самопоштовање, и то све више што деца постају старија, дете осећа да му је угушено људско достојанство, па чак и онда кад тренутни ефекат може бити изненађујуће добар, свеједно, непожељни део има дуготрајне последице које понекад трају деценијама, као нека благо болна рана која не зараста“. Ерих Габерт, *Кажњавање у самоваспитавању и васпитавању детета* (превод са енглеског Нада Шкондрић), Антропософски културни центар, Београд 1998, 58. И једно од најновијих и најсвеобухватнијих психолошких истраживања деце оба пола узраста од седам до десет година, које је спроведено у осам социодемографски потпуно различитих земаља (Кина, Колумбија, Италија, Јордан, Кенија, Филипини, Тајланд и САД), које је трајало две године, показало је да је физичко кажњавање деце негативан развојни фактор у више домена дечјег функционисања, укључујући и развојно

су иза нас јасан су показатељ да ни широка распрострањеност телесних казни у васпитању деце није сасвим успешан начин контроле њиховог понашања – „батине“ нису смањиле децју агресивност ни вероватноћу да ће дете опет направити исти „прекршај“. Доказано је и да су деца коју су родитељи често и строго физички кажњавали била агресивнија према својим вршњацима, што је у великом броју случаја довело и до каснијег преступничког понашања у одраслом животном добу.¹⁶ Ово стога што телесна казна не доприноси трајном изграђивању позитивног понашања и мишљења детета већ само тренутно елиминише негативно понашање.¹⁷

Данас ће се у анкетама већина родитеља изјаснити да се противи телесном кажњавању деце и рећи да је „родитељство без батина“ идеал коме они безрезервно теже у одгајању деце, а опет мали је проценат оних родитеља који заиста никада не посежу за ударцем као васпитном методом.¹⁸ Савесни родитељи су заправо уверени да децу „кажњавају са циљем да кажњавање постане непотребно“¹⁹, али им се често догоди да у том кажњавању „мало претерају“, па насиље ескалира јер интензитет физичке казне није увек лако степенovati и „држати под контролом“.²⁰ Осим тога, истиче се да ако би се допустило постојање посебних изузетака у којима је дозвољено теле-

прилагођавање деце (а посебно испољавање анксиозности и агресије), чак и у ситуацијама доминантно брижног односа мајке према деци. Вид. Jennifer Lansford *et al.*, „Corporal Punishment, Maternal Warmth and Child Adjustment: A Longitudinal Study in Eight Countries“, *Journal of Clinical Child & Adolescent Psychology* 43(4)/2014, 670–685.

¹⁶ Вид. Љиљана Радуловић, „Политика сузбијања малолетничког криминалитета са елементима насиља“, *Насилнички криминал (етиологија, феноменологија, превенција)* (ур. Лепосава Крон), Институт за социолошка и криминолошка истраживања, Београд 2010, 111–123. У том раду аутор цитира и исповест једног бившег осуђеника који је провео низ година у пеналним институцијама због различитих деликата, укључујући и оне са елементима насиља, који, између осталог, говори о биолошким оштећењима (осим психолошких) деце која су у примарним породицима трпела насиље од раних година и о утицају тих оштећења на касније понашање те деце која убрзо постају особе за криминалним досијеом.

¹⁷ Тако Ж. Требјешанин, 109.

¹⁸ Једна од доминантних карактеристика родитељског кажњавања деце јесте да се оно одвија „иза затворених врата“ због чега је обавијено „велом тајности“, што спречава тачну процену распрострањености те појаве, мада истраживања показују да је итекако заступљена, и то у готово свим друштвима, без обзира на њихову економску развијеност. Вид. Michael Freeman, Bernadette Saunders, „Can we Conquer Child Abuse if we don't Outlaw Physical Chastisement of Children?“, *International Journal of Children's Rights* 4/2014, 688.

¹⁹ С. Гашић Павишић, 7.

²⁰ „Ако родитељ свакодневно удара дете за ово или оно неваљалство, за све и свашта, онда ће када пожели да посебно казни озбиљнији 'преступ' почети да појачава јачину удараца и да помера његово место од мање болног ка болнијем...“ Витомир Стојаковић, *Злостављање деце*, Институт за социјалну политику, Београд

сно кажњавање деце, то би неминовно довело и до кршења начела једнакости деце пред законом. Наиме, тзв. благо физичко кажњавање деце у пракси је изразито распрострањено, а ни у једном законском тексту или међународном извору није прецизно дефинисано шта се под тим подразумева, па међу родитељима постоје велике разлике у учесталости и строгости физичких казни које примењују. Такође, концепт „разумног и хуманог кажњавања деце“ у основи је *contradictio in adjecto* јер је у његовој бити перцепција деце као власништва њихових родитеља, која се у онтолошком смислу заснива на моћи јачег над слабијим. И на правнофилозофском нивоу поставља се питање оправданости кажњавања деце за кршење неких моралних правила у широј области личног понашања, када ни одрасли не бивају кажњени за такве „прекршаје“, а кажњавање деце се не може оправдати ни са чисто вредносног становишта јер се казна као негација права и морално васпитање као њихова афирмација увек међусобно искључују.²¹ Стога, „свако физичко кажњавање деце можда није ‘велика етичка грешка’ и није увек на линији злостављања детета, али је ипак неморално, и стога макар начелно мора бити законски недопуштено“.²²

3. МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ОКВИРИ ЗАБРАНЕ ТЕЛЕСНОГ КАЖЊАВАЊА ДЕЦЕ И РЕШЕЊА ЗАСТУПЉЕНА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Стандарди заштите дечјих права и интереса полако (али сигурно) установљавају се на нивоу међународне заједнице. Идеја о детету као аутономном правном субјекту нормативно је уобличена доношењем Конвенције о правима детета (*Convention on the Rights of the Child*), 1989. године²³, која представља успешан спој протективистичког концепта и концепта права детета.²⁴ Конвенција садржи читав спектар дечјих права, па је тако, између осталог, у чл. 19

1984, 49 (цитирано према Надежда Љубојев, „Законска забрана физичког кажњавања детета“, *Правни живот* 10/2009, 1051).

²¹ Више о томе С. Гашић Павишић, 10, и страни аутори који се ту наводе. Међутим, ти приговори који се упућују телесном кажњавању деце у суштини се односе на било који облик кажњавања, а не искључиво на примену телесних казни.

²² Patrick Lenta, „Corporal Punishment of Children“, *Social Theory & Practice* 4/2012, 716.

²³ Конвенцију је наша држава ратификовала. Вид. Закон 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.

²⁴ Вид. Невена Петрушић, Ивана Стевановић, „Правна заштита деце у Србији и међународни стандарди“, *Права жртва и ЕУ (изазови пружања помоћи жртва-*

прокламована заштита деце од примене насиља, злостављања и занемаривања, док се у чл. 39 Конвенције разрађује подршка за физички и психички опоравак детета које је преживело неки облик насиља, која се мора одвијати у средини која подстиче здравље, самопоштовање и достојанство детета. Осим тога што се у чл. 19, ст. 1 Конвенције указује на посебно ризичне и штетне видове занемаривања, злостављања, експлоатације и насиља над децом, у ст. 2 тог члана Конвенције упућује се и на повезаност различитих видова и садржаја заштите дечјих права, а све зарад остваривања најбољег интереса детета, који се дефинише као стандард најмање штетне алтернативе која (у датом моменту) стоји на располагању. Међутим, мора се приметити да, иако Конвенција о правима детета садржи претежно перемпторне (*ius cogens*) норме које је прихватио (и великим делом имплементирао) велики број земаља, универзално међународно право у домену права детета још увек је у раној развојној фази, те га треба даље унапређивати²⁵, а то се односи и на одредбе о телесном кажњавању деце.²⁶

ма) (ур. Весна Николић Ристановић, Сања Ћопић), Виктимолошко друштво Србије, Београд 2011, 87.

²⁵ Тако Невена Вучковић Шаховић, „Двадесет година Конвенције о правима детета“, *Правни живот* 10/2009, 1036.

²⁶ Ово посебно ако се има у виду да се у чл. 19 Конвенције о правима детета не наводи изричито да је забрањен сваки вид телесног кажњавања деце, па макар оно било и од родитеља, већ се помиње насиље над децом и представљају његови конкретни облици. Стога је један број земаља потписница Конвенције ту одредбу (погрешно) протумачио тако да се она односи само на теже облике кажњавања (односно еклатантног злостављања) деце. Управо из тог разлога, као својеврстан вид аутономног тумачења Конвенције, Комитет Уједињених нација за права детета усвојио је 2006. године Општи коментар „Право детета на заштиту од телесног кажњавања и других окрутних или деградирајућих облика кажњавања“ (*UN Committee on the Rights of Child – General comment No. 8(2006) The Right of the Child to Protection from Corporal Punishment and Other Cruel or Degrading Forms of Punishment*), у којем је дата јасна и свеобухватна дефиниција телесног кажњавања деце, а државама потписницама Конвенције сугерисано да у што скорије време у националним оквирима укину сваки облик тзв. легалног насиља над децом, уз паралелно јачање и механизма подршке родитељима у развијању алтернативних стратегија васпитања. Вид. Олга Цвејић Јанчић, „Забрана физичког кажњавања детета – прилог дискусији поводом Преднацрта Грађанског законика Србије“, *Правни живот* 10/2015, 7. Такво правно становиште Комитета за права детета, које на први поглед иде *praeter legem* (односно изван онога што је прописано Конвенцијом о правима детета), заправо је једино исправно јер је у складу са општим правилом међународног јавног права да се одредбе било ког међународног уговора који се односи на људска права увек морају тумачити у духу савремених (важећих) вредности, а не оних које су биле доминантне у тренутку када је тај међународноправни уговор донет, односно ступио на снагу. Дакле, корените промене у сагледавању тог проблема на општедруштвеном нивоу донеле су потребу да се и одредбе Конвенције о правима детета „одену у ново рухо“. Проблем је, међутим, у томе што општи коментари спадају у тзв. *soft law* и немају обавезујућу правну снагу као одредбе ратификованих конвенција, мада сва-

И Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) из 1950. године²⁷ забрањује мучење и нечовечно и понижавајуће поступање или кажњавање (чл. 3), а пружа и заштиту праву на поштовање приватног и породичног живота (чл. 8). Међутим, Европски суд за људска права се до сада претежно бавио питањима телесног кажњавања деце у предшколским и школским установама, односно кажњавањем деце од даљих крвних, тазбинских и адоптивних сродника и још ширег круга лица²⁸, тако да се из донетих одлука Суда не може нужно закључити да је и свако телесно кажњавање деце од родитеља апсолутно неприхватљива педагошка и васпитна мера. Такође, у европским оквирима важан корак ка ширем прихватању забране физичког кажњавања деце представља доношење Препоруке Парламентарне скупштине Савета Европе „Европска забрана физичког кажњавања деце“ (*Recommendation R(2004)1666 Europe-wide Ban on Corporal Punishment of Children*) из 2004. године, чији су најважнији циљеви промоција ненасилног родитељства и подршка доброј пракси инаугурисања новог концепта интегративних (узајамних) односа у породици, све до потпуне забране сваке врсте телесног кажњавања деце у породичном окружењу.

И поред појачаних активности организација на универзалном и европском нивоу усмерених ка (постепеном) унификавању националноправних система, у домену телесног кажњавања деце данас у свету постоји више различитих законских решења. Тако, у неким државама телесно кажњавање деце није културно прихваћено и у пракси се среће крајње изузетно (на пример, Кина, Јапан, Тахити)²⁹, а у другим је пак родитељима активним мерама државе изричито забрањено свако физичко кажњавање малолетне деце. Најпре су (претежно) скандинавске земље усвојиле законске забране родитељима да прибегавају било каквој врсти дисциплинског физичког кажњавања

како представљају добру смерницу – „путоказ“ за легислативну делатност држава на националном нивоу.

²⁷ Конвенцију је наша држава ратификовала. Вид. Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03, 5/05, 7/05 – испр. и *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/10.

²⁸ Више о томе Марија Драшкић, „Шта је стварно ново око Породичног закона“, *Избор судске праксе* 12/2015, 15–16. Поред осталих пресуда, вид. *Case of A. v. the United Kingdom*, број представке 25599/94 од 23. септембра 1998. (кажњавање детета од очуха) и *Case of Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, број представке 7511/76 (и 7743/76) од 25. фебруара 1982. и *Case of Costello-Roberts v. the United Kingdom*, број представке 13134/87 од 25. марта 1993. (различита становишта Суда у погледу кажњавања детета од учитеља).

²⁹ Вид. Н. Љубојев, 1049.

деце, што је дало почетне позитивне резултате у примени³⁰, па се тај тренд проширио и на велики број других држава (чланица Савета Европе). Тако је данас телесно кажњавање деце, примера ради, забрањено у следећим европским државама: Шведска (1979), Финска (1983), Норвешка (1987), Аустрија (1989), Кипар (1994), Данска (1997), Летонија (1998), Хрватска (1999), Бугарска (2000), Немачка (2000), Исланд (2003), Румунија (2004), Украјина (2004), Мађарска (2005), Грчка (2006), Холандија (2007), Португалија (2007), Шпанија (2007), Лихтенштајн (2008), Луксембург (2008), Молдавија (2009), Пољска (2010), Албанија (2010), Македонија (2013), Малта (2014), Сан Марино (2014), Андора (2014), Естонија (2014). И поједине ваневропске земље донеле су законе којима су забраниле васпитање деце које садржи елементе насиља (макар оно било и сасвим благог интензитета), тешког вређања и омаловажавања (Того, Венецуела, Уругвај, Нови Зеланд, Костарика, Кенија, Тунис, Република Конго, Јужни Судан, Хондурас, Туркменистан, Никарагва, Бразил, Боливија, Аргентина, Јужна Кореја, Бенин и др.).³¹ Постоје и државе које су се обавезале да ће телесно кажњавање деце забранити у блиској будућности, чим обезбеде неопходне друштвене претпоставке за тако радикалне промене (на пример, Чешка, Ирска, Литванија, Словачка, Словенија), а у неким земљама су се највиши судови изјашњавали у корист апсолутне забране сваког вида телесног кажњавања деце и без постојања конкретне законске одредбе о томе (Италија, Израел и др.). Напоследку, у неким државама је (за сада) дозвољена разумна и умерена примена телесних казни према деци (на пример, САД, Канада, Аустралија, Велика Британија, Француска, Белгија, Швајцарска), а у ту групу земаља спада и Србија.

³⁰ Упор. Pernilla Leviner, „The Ban on Corporal Punishment of Children – Changing laws to change attitudes (the Swedish experience)“, *Alternative Law Journal* 3/2013, 159, и Karin Österman, Kaj Björkqvist, Kristian Wahlbeck, „Twenty Eight Years After the Complete Ban on the Physical Punishment of Children in Finland: Trends and Psychosocial Concomitants“, *Aggressive Behavior* 6/2014, 578–579. У тим радовима су на емпиријским основама анализирана искуства Шведске и Финске и постигнути напредак у елиминисању насилне праксе физичког васпитања деце, те дати предлози шта још треба урадити за даље учвршћивање „безбедности деце“ од блиских лица у дететовом најужем социјалном миљеу. Има и супротних становишта, којим се указује на то да се због разлика у доминантном менталитету у скандинавским земљама и оног који је карактеристичан за нека друга поднебља, у тим државама често догађало да за примену физичких казни према детету одговарају „гастербајтери“ ненавикнути на такав модел „државне бриге“ за њихово дете. То је било трауматично не само за родитеље, већ и за саму децу. Вид. Милан Шкулић, Ненад Илић, Славољуб Ђурђић, „Заштита деце или ‘вршњачко насиље’ над родитељима?“, *Нова српска политичка мисао* 1–2/2011, 193.

³¹ Више о томе М. Freeman, В. Saunders, 683.

4. ПОРОДИЧНОПРАВНИ АСПЕКТ ТЕЛЕСНОГ КАЖЊАВАЊА ДЕЦЕ

4.1. Позитивноправни оквир

У Уставу Републике Србије из 2006. године³² први пут су права детета издвојена као посебна права, па је тако у чл. 64, ст. 1 Устава прокламовано да деца уживају људска права примерено свом узрасту и душевној зрелости, а у ст. 3 истог члана да су деца заштићена од психичког, физичког, економског и сваког другог искоришћавања или злоупотребавања. Осим тога, Устав садржи и (општу) одредбу о забрани дискриминације, која укључује и дискриминацију по основу старости (чл. 21, ст. 3), док је у чл. 25, ст. 2 Устава прописано да нико не може бити изложен мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању и кажњавању нити подвргнут медицинским или научним огледима без свог слободно датог пристанка. Одредбом чл. 64, ст. 5 Устава прописано је да ће се права детета и њихова заштита уредити законом.

Породични закон³³ је у чл. 6, ст. 1–3 предвидео да је свако дужан да се руководи најбољим интересом детета у свим активностима које се тичу детета, да је држава дужна да предузима све потребне мере за заштиту детета од занемаривања, физичког, сексуалног и емоционалног злостављања и сваке врсте експлоатације и да има обавезу да поштује, штити и унапређује права детета. Одредбом чл. 69, ст. 2 Породичног закона родитељима је забрањено да подвргавају дете понижавајућим поступцима и казнама које вређају људско достојанство детета, а уједно су и обавезни да штите дете од таквих поступака других лица. Дакле, из садржине цитиране одредбе чл. 69, ст. 2 Породичног закона произлази да је дозвољено телесно кажњавање деце од родитеља ако оно није понижавајуће и не вређа људско достојанство детета, односно да још увек актуелни Породични закон не забрањује изричито телесно кажњавање у васпитном процесу.³⁴ Да би телесна казна била забрањена, неопходно је да се

³² Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

³³ Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/05, 72/11 – др. закон и 6/15.

³⁴ У прилог том доминантном схватању, вид. Слободан Панов, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 198, Ивана Марковић, „Телесно кажњавање деце у кривичноправном контексту вршења родитељског права“, *Казнена реакција у Србији, 4. део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 287, и Ивана Стевановић, „Заштита деце – жртва злостављања и занемаривања и Породични закон Републике Србије“, *Ново породично законодавство* (ур. Зоран Поњавић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2006, 299. Међутим, у литератури се налази и на другачије тумачење те законске одредбе, па се тако (посредно) изводи закључак да је у Републици Србији

њоме вређа људско достојанство детета. Другим речима, *de lege lata* у нашем правном систему није утврђено тзв. право детета на „ненасилно васпитање“.

4.2. Преднацрт Грађанског законика Србије и (неуспели) покушај апсолутне забране телесног кажњавања деце

Објављеним Преднацртом Грађанског законика Србије из 2015. године³⁵ алтернативно је предвиђена апсолутна, односно релативна забрана телесног кажњавања деце.³⁶ Наиме, под рубромом „Посебна

ипак законом забрањено свако физичко кажњавање деце. Вид. Емир Ђоровић, „Спорни облици дисциплинског кажњавања деце: да ли је реч о основу искључења противправности кривичног дела или насиљу над децом?“, *Crimen* 2/2012, 216. Наиме, тај аутор одредбу чл. 69, ст. 2 Породичног закона доводи у везу са одредбом чл. 197 тог истог закона, којом је (поприлично широко и у основи дескриптивно) одређен грађанскоправни појам насиља у породици, па системским тумачењем закључује да је законом забрањен сваки вид физичког кажњавања деце, као и сваки други вид понижавајућег поступка или казне. Штавише, аутор иде и корак даље, па тврди да та забрана обухвата и све облике психичке „пресије“ која је управљена на душевни интегритет детета. Са таквим ставом начелно се не можемо сложити, будући да представља превише екстензивно тумачење које није у складу са „духом“ закона. Реч је потенцијално о одредби која суштински ограничава родитељска овлашћења, па јој се не може проширивати поље примене. Сматрамо да би се, у случају да желе да бране идеју о апсолутној забрани телесног кажњавања деце, судови у Србији, све до евентуалне измене законске регулативе, пре могли позивати директно на одредбе Конвенције о правима детета из 1989. године, посебно што је 2006. године уз ту конвенцију донет и Општи коментар „Право детета на заштиту од телесног кажњавања и других окрутних или деградирајућих облика кажњавања“, који даје тумачење одредаба Конвенције које се односе на предметну проблематику.

³⁵ Преднацрт Грађанског законика Србије – радни текст припремљен за јавну расправу са алтернативним предлозима, *Министарство правде Републике Србије*, мај 2015.

³⁶ Посебно је питање да ли једна таква одредба треба да буде садржана у Грађанском законнику или евентуално у неком *lex specialis*-у. У земљама чланицама Савета Европе тренд је усвајање посебних законских прописа који се искључиво односе на заштиту деце и њихова права. Притом, треба имати у виду и да, издвојени из великих кодификација, поједини правни институти, с једне стране, добијају прилику за бржи развој и афирмацију и привлаче много више пажње него када се сместе на периферно место у великом законнику. С друге стране, декодификација може да изазове и ерозију основних и најважнијих правних начела и њој се често и прибегава управо са циљем да се избегну баријере које велике кодификације постављају, односно да се уведу решења која у њима не би била допуштена. Ипак, када је реч о увођењу апсолутне забране телесног кажњавања деце, то свакако није случај, с обзиром на то да бројне особености породичноправног статуса деце заслужују да та материја буде посебно регулисана, тим пре што засебно регулисање у садржинском смислу у овом случају неће значити и прекид догматских веза са општим породичноправним законодавством, већ управо супротно, појачану (допунску) заштиту дечјим правима. Покушај усвајања једног таквог закона у Србији био је Преднацрт Закона о правима детета (вид. Преднацрт Закона о правима детета, *Заштитник грађана Републике Србије*, новембар 2011). Тај законски текст је пошао од најлибералнијих

заштита детета“, након одредаба које су и до сада садржане у Породичном закону да је свако дужан да се руководи најбољим интересом детета у свему што се односи на дете и да је држава дужна да предузима све потребне мере за заштиту детета од занемаривања, физичког, сексуалног и емоционалног злостављања и од сваке врсте експлоатације, допунском одредбом чл. 2218 Преднацрта Грађанског законика Србије изричито је забрањено свако злостављање детета, а нарочито физичко кажњавање (*варијанта I*), односно прописано је да није дозвољено злостављање детета, а нарочито непримерено физичко кажњавање (*варијанта II*).³⁷ *Варијантом II* ублажава се претходна *варијанта I*, која је иницијално изазвала велико оспоравање једног дела (и стручне и лаичке) јавности. Тако, према (прогресивнијој) *варијанти I* свако физичко кажњавање изједначено је са злостављањем детета, док је према (умеренијој) *варијанти II* знак једнакости стављен само између злостављања и „непримерног физичког кажњавања“. На први поглед се уочава да у *варијанти I* кодификатор користи израз „забрањено је“, а у *варијанти II* израз „није дозвољено“, што и у семантичком смислу упућује на различито значење речи, а тиме и на неопходност различитог правног тумачења тих двеју алтернативних варијанти предложене норме. Осим тога, битно је истаћи и да се у предложеном тексту не прецизира шта се све подразумева под „злостављањем детета“, тако да је у обе варијанте потпуно јасно једино то да је један од појавних облика тог злостављања (који се издваја и наглашава речцом „нарочито“) „физичко кажњавање“, које се у даљој разради законске норме или потпуно забрањује или (условно) не дозвољава онда када је „непримерено“. Такође, имајући у виду стилизацију целокупног чл. 2218

решења у упоредном праву, па је тако у чл. 14, ст. 1–3 изричито нормирано да су телесно кажњавање и понижавајући поступци према детету са циљем његовог дисциплиновања забрањени у свим срединама, да су употреба физичке силе према детету и телесно ограничавање детета забрањени, те да се изузетно употреба физичке силе и мере телесног ограничавања детета могу, најкраће могуће време и само у мери која је неопходна ради заштите живота и здравља детета, другог лица, или заштите имовине веће вредности, предузети у складу са законом, када је то неопходно. Међутим, тај изузетак из ст. 3 не даје прецизан одговор на питање дозвољености телесног кажњавања деце у „граничним случајевима“ и као такав представља пример вишеслојне генералне клаузуле, због чега је за праксу готово неупотребљив. Управу због те изразите пермисивности у декларативном смислу, а без увођења јаког механизма заштите зајемчених права детета (па и заштите од телесног кажњавања), осим у уском кругу невладиног сектора, предложени законски текст никада није доживео ширу афирмацију и подршку научне и стручне јавности.

³⁷ У литератури је изнето и мишљење да „није било никакве потребе понављати налог за забрану злостављања детета у контексту норме у којој је најбољи интерес детета већ постављен као највиши правни стандард у свим активностима које се тичу детета, а заштита детета предвиђена као приоритетни задатак за државу“. Тако М. Драшкић, 14.

Преднацрта Грађанског законика Србије (који најпре говори о обавезама свих, а потом о обавезама државе), као и рубрум који тај члан носи, може се закључити да се злостављање и (непримерено) физичко кажњавање не односе искључиво на злостављање и кажњавање детета од родитеља (а што је засигурно била примарна интенција кодификатора) већ су предложене две алтернативне варијанте норме ширег, односно универзалног карактера. Надаље, одредбом чл. 2300, ст. 2 Преднацрта Грађанског законика Србије, под рубрумом „Чување и подизање детета“, прописано је да родитељи не смеју подвргавати дете понижавајућим поступцима и казнама које вређају људско достојанство детета те да су дужни да дете штите од таквих поступака других лица. Из целокупног предложеног текста Преднацрта произлази да понижавајући поступци и казне којима се вређа људско достојанство детета нису исто што и злостављање детета, а сходно томе изводи се и закључак да такви поступци и казне, у смислу посматраног чл. 2300, ст. 2, нису исто што и (непримерено) физичко кажњавање, које је уређено као (посебан) облик злостављања детета. Напослетку, одредбом чл. 2301 Преднацрта, која носи назив „Забрана физичког кажњавања детета“, прописано је да су родитељи дужни да дете штите од злостављања других лица. Дакле, у чл. 2301 изостављена је (првобитно планирана) реченица да родитељи не смеју физички кажњавати дете (то је сада део разраде чл. 2218 Преднацрта), тако да је у одредби чл. 2301 (остала) нормирана само дужност родитеља да дете штите од злостављања других лица. Тако, родитељима је најпре општом одредбом чл. 2218 забрањено (односно, није дозвољено) злостављање детета (при чему се та забрана односи и на сва друга лица), да би затим, посебном нормом чл. 2301, била прописана дужност родитеља да дете штите од злостављања других лица, што (системски тумачено) подразумева и њихову дужност да дете нарочито штите од (непримереног) физичког кажњавања других лица. Нејасно је зашто се кодификатор определио за такво решење, односно зашто предложене две варијанте новог ст. 2 чл. 2218 нису садржане у одредби чл. 2301, где им је место, с обзиром на садржину, али и рубрум тог члана кодекса – „Забрана физичког кажњавања детета“. То је, према мишљењу одређених аутора, такође, уступак оном делу јавности који се од самог почетка „разговора“ на ову тему противио апсолутној забрани телесног кажњавања детета.³⁸ Међутим, нама се чини да је, управо супротно, кодификатор желео да норма о забрани физичког кажњавања детета буде издвојена од норме о протективној улози родитеља (у ситуацијама када злостављање, односно кажњавање врши неко друго лице), те да сходно томе буде и засебно прописана као општа норма тзв. посебне (допунске) заштите

³⁸ Тако О. Цвејић Јанчић, 6.

детета, мада смо начелно становишта да једној таквој одредби, према логици ствари, више одговара место у чл. 2301. У сваком случају, све означене одредбе Преднацрта Грађанског законика Србије, иако су императивног карактера, нису снабдевене било каквим (у овом случају, ни административним, а ни грађанскоправним) санкцијама. Занимљиво је и да се у фокусу интересовања кодификатора није нашло емоционално (психолошко) кажњавање детета, које у неким случајевима може оставити много теже и трајније последице на живот и развој детета од његовог (благог) физичког кажњавања.³⁹

Све у свему, предложене измене у Преднацрту Грађанског законика Србије и нису тако корените као што се о томе у претходном периоду у медијима сензационалистички извештавало. Нису предложене никакве додатне грађанскоправне мере за „непослушне родитеље“ (које већ нису предвиђене актуелним Породичним законом) нити је пак сугерисана измена кривичног законодавства у тој области. Међутим, и поред тога, у току (демократске) јавне расправе о новом српском грађанском кодексу цитирана одредба чл. 2218 Преднацрта Грађанског законика Србије у обе своје варијанте дочекана је „на нож“, због чега смо данас све ближе становишту да у тој материји неће бити никаквих промена у односу на решења садржана у Породичном закону. Иницијатива да се родитељима изричито забрани да телесно кажњавају своју децу оспорена је уз образложење да је реч о неotuђивом праву родитеља да према својој мери и на начин који они сами сматрају најприкладнијим дисциплинују своје дете, што укључује и примену одређеног интензитета силе, односно телесно кажњавање које није увек нехумано и понижавајуће. Морамо приметити да је такво схватање, с једне стране, на линији афирмативног тренда у психоанализи да се наглашава обавеза родитеља да детету постављају ограничења, а у складу је и са савременим породичноправним схватањем о све већој потреби да се (осим самог детета, уколико то његов узраст дозвољава) о важним питањима за развој детета консултују родитељи као примарно одговорни за живот детета, будући да би свако супротно решење „суспендовало родитељску одговорност за добробит детета“.⁴⁰ С друге стране, на овом месту

³⁹ Вид. М. Драшкић, 15. То је можда и „свесни пропуст“ кодификатора, ако појемо од тога да није желео да даје посебан правни третман емоционалном кажњавању у односу на емоционално злостављање (које је претходно већ регулисано ст. 3 чл. 2218). Међутим, како је у оквиру злостављања детета кодификатор (сматрамо, с оправданим разлогом) посебно издвојио физичко кажњавање, не видимо *ratio legis* да се иста законодавна техника не примени и на емоционално кажњавање.

⁴⁰ Вид. Ж. Требјешанин, 111. У образлагању изнетог става тај аутор, између осталог, наводи да је „лицемерно подилажење деци и њихово стављање у позицију ‘равноправних’ партнера, погубно за децу. Дете мора остати дете, са свим својим особеностима и жељама, а родитељ мора бити родитељ са својим потребама и дужностима. Њихов однос је неизбежно асиметричан, а њихове социјалне улоге су нуж-

је упитно поставити и питање како онда Република Србија планира да (макар у одређеној неопходној мери) испуни обавезе предвиђене међународноправним уговорима на које се обавезала.

5. КРИВИЧНОПРАВНИ АСПЕКТ ТЕЛЕСНОГ КАЖЊАВАЊА ДЕЦЕ

5.1. Вршење родитељског права као (посебан) основ искључења противправности

Посматрајући задати проблем са аспекта кривичног права, најпре треба поћи од тога да постоје животне ситуације када и поред тога што су испуњена сва законска обележја неког кривичног дела, оно ипак не постоји јер му недостаје противправност, тј. постоји неки од основа искључења противправности. Осим основа искључења противправности који су предвиђени Кривичним закоником⁴¹, постоје и они до којих се дошло у теорији или који се јављају у неким страним законодавствима⁴², па тако већина наших аутора наводи да је „вршење родитељског права према малолетној деци“⁴³

но комплементарне“, на основу чега аутор закључује да је детету неопходан ослонац родитеља да изгради свој лични идентитет и да је суштински допринос психоанализе критици савремене културе у томе што наглашава значај родитеља и нужност постављања ограничења.

⁴¹ Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16.

⁴² Другим речима, основи искључења противправности који су регулисани Кривичним закоником нису дати у смислу *numerus clausus*, управо због тога што је могуће да временом настану неки нови основи, а да неки стари престану да постоје или да се промени њихов садржај. Више о томе, као и о теоријским систематизацијама основа искључења противправности по одређеним критеријумима, вид. Наташа Делић, *Нова решења опитних института у Кривичном законнику Србије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 26. Осим тога, треба истаћи и да наше кривично законодавство не садржи одредбу о појму противправности, али је у теорији преовлађујуће схватање да је суштина противправности противност правним прописима уопште, а не искључиво кривичноправним одредбама. На темељу тог схватања настали су основи искључења противправности који нису предвиђени кривичноправним већ неким другим правним нормама или се пак изводе из „духа“ целокупног правног система.

⁴³ Поједини аутори тај посебан основ искључења противправности означавају и као „право дисциплинског и васпитног кажњавања“ (или само као „право васпитања“, односно „право дисциплинског кажњавања“). Више о томе Бора Чејовић, „Основи искључења противправности кривичног дела“, *Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство* (ур. Станко Бејатовић), Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд 2005, 108, и Марко Миловић, „Основи искључења противправности који нису предвиђени Кривичним закоником“, *Правни живот* 10/2008, 60. Такође, занимљиво је да се и у нашој старијој кривичноправној литератури тај основ посебно издвајао,

један од засебних основа искључења (материјалне) противправности. Противправно је само ако родитељ (евентуално) прекорачи то право, при чему је граница прекорачења увек ствар фактичке процене. Међутим, највећи проблем „вршења родитељског права“ као основа искључења противправности јесте у томе што тај основ не само да није предвиђен Кривичним закоником већ се у данашње време само посредно и уз крајње екстензивно тумачење „тренутне правне празнине“ у породичном законодавству (непостојање изричите одредбе о забрани телесног кажњавања деце) може закључити о допуштености његове примене. Тиме је остављено широко (ничим омеђено) поље судовима да у сваком конкретном случају одлучују да ли кривично дело постоји или је пак његова противправност искључена. Такво становиште начелно није спорно када се ради о свим методама васпитања које не укључују примену силе. Тако, у вршењу родитељског права, примера ради, може доћи до остваривања бића следећих кривичних дела: противправно лишење слободе (чл. 132 КЗ), принуда (чл. 135 КЗ), угрожавање сигурности (чл. 138 КЗ), повреда тајности писама и других пошиљки (чл. 142 КЗ), увреда (чл. 170 КЗ), уништење и оштећење туђе ствари (чл. 212 КЗ), а да због искључења противправности предузетог чињења кривично дело не постоји. Проблем, међутим, настаје код физичког (телесног) кажњавања деце од родитеља, мада један број аутора сматра да би и у тој ситуацији противправност могла бити искључена ако се такве мере дисциплинског кажњавања предузимају са циљем васпитања, ако су прикладне и сразмерне те уколико не укључују наношење тешке телесне повреде.⁴⁴ Дакле, „дрвена линија“ изнад које се улази у криминалну зону јесте теже телесно повређивање детета. Том (егзактном) кривичноправном критеријуму, уз остављање родитељима одређеног слободног поља деловања, као помоћне критеријуме треба додати и оне из педагошке и психолошке литературе. Тако посебно треба имати у виду: узраст малолетног детета, заправо, когнитивну зрелост и телесну и душевну конституцију детета (старије и зрелије дете је одговорније за своје поступке)⁴⁵, врсту ударца (отвореном

и то као „основ искључења противправности по јавном праву“ – „овлашћење дисциплинског и васпитног кажњавања“ када се то чини у васпитном циљу, у границама допуштеног и хуманог, с тим што тада није прављена разлика између кажњавања од родитеља и кажњавања од учитеља школске деце. Вид. Тома Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије – посебни део: књига прва*, Гундулић, Београд 1938, 160, и Миодраг Аћимовић, *Кривично право – књига прва: општи део*, Градска штампарија, Суботица 1937, 76.

⁴⁴ Тако, вид. Зоран Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правна књига – Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 153.

⁴⁵ У литератури се наводи да ударцима малом детету родитељи показују своју надмоћ, а тинејџерима у великој мери своју немоћ јер деца тог узраста јасно осећају да родитељ не налази другог начина да постигне оно што хоће у васпитном

или затвореном шаком стиснутом у песницу, односно употребом неког средства), јачину ударца и део тела детета који је ударен (сматра се допуштеним само благи ударац по оним деловима тела где неће настати повреда неког органа или важног дела тела), евентуалне последице на телу детета (подливи, ране), временски однос са „прекршајем“ (пожељно је да интервал између појаве нежељеног понашања и казне буде што краћи јер је тада казна најефикаснија), прилагођеност казне природи, врсти и тежини учињеног „прекршаја“ (казна мора бити праведна) те учесталост примене казне (телесно кажњавање треба да има карактер повременисти) и окружење у којем се кажњавање одвија (да ли се казна извршава у приватном кругу или пред „очима јавности“).⁴⁶

Неспорно је да у случају остварења бића кривичног дела тешке телесне повреде (чл. 121 КЗ), односно бића кривичног дела лаке телесне повреде нанесене оружјем, опасним оруђем или другим средством подобним да тело тешко повреди или здравље тешко наруши (чл. 122, ст. 2 КЗ), кажњивост постоји, али се поставља питање да ли баш свако телесно деловање на дете, на пример, благи ударац

процесу. Вид. Зоран Миливојевић *et al.*, *Мала књига за велике родитеље (приручник за васпитавање деце)*, Психополис институт, Нови Сад 2008, 73–74. Такође, истиче се и да је телесна казна неприменљива у односу на децу до 18 месеци, а да свако (па и најблаже) телесно кажњавање детета млађег од 12 месеци представља злостављање.

⁴⁶ Између осталог, вид. Зоран Миливојевић, „Разумно телесно кажњавање деце као неопушљиво родитељско право“, *Нова српска политичка мисао* 1–2/2011, 163–164, и И. Марковић, 296. Већина психолога која се бавила том темом тврди да физичко злостављање најчешће није изоловано од других врста злостављања, посебно емоционалног, тако да су са њиховог становишта главни критеријуми за процењивање допуштености или кажњивости неког ударца (а тиме и критеријуми који одвајају уобичајено „телесно васпитање“ од злостављања) општи однос између родитеља и детета и чињеница да ли тај родитељ у неким другим околностима примењује и блаже дисциплинске методе васпитања (у контексту доброг родитељства телесна казна мора бити само један елемент васпитног репертоара резервисан за крајње и изузетне ситуације). Међутим, ти као и неки други критеријуми који се срећу у ванправној литератури – на пример, извесност казне, односно доследност родитеља у кажњавању неког асоцијалног понашања детета (казна мора бити неизбежна у смислу да за сваки (исти) „прекршај“ следи (иста) казна), објашњење и упозорење (да ли је ударац био праћен објашњењем, односно да ли је дете било претходно упозорено да ће бити кажњено ако прекрши заповест родитеља), због своје апстрактности и нефокусираности само на један (изоловани) акт насиља нису критеријуми који би могли бити применљиви у домену кривичног права. Не треба прихватити ни изнето мишљење једног броја аутора да је од круцијалне важности сагледати пол детета („батине“ су тако далеко прихватљивије за мушку него за женску децу), с обзиром на то да прављење такве дистинкције није у складу са зајемченом равноправношћу полова. Међутим, треба указати на неспорну чињеницу да су у патријархалним културама „батине“ неравномерно заступљене, односно да се чешће кажњавају мушка и старија деца него женска и млађа. Упор. Ж. Требјешанин, 108.

по задњици отвореном шаком, представља кажњиву (обичну) лаку телесну повреду (чл. 122, ст. 1. КЗ). Ако се стриктно тумачи законска одредба да се (обична) лака телесна повреда из ст. 1 чл. 122 КЗ састоји у лаком нарушавању телесног интегритета („ко другог лако телесно повреди“), односно у лаком нарушавању здравља, из тога произлази да се свако телесно деловање на дете начелно може подвести под лаку телесну повреду. С друге стране, не могу се „затворити очи“ ни на аргументе изнете у једном делу стручне јавности да је неоправдано изједначавање сваког (па и најблажег вида) телесног кажњавања деце са физичким малтретирањем и насиљем. Због тога се у кривичноправној литератури наилази на стандард „разумног (смисленог и правичног) телесног кажњавања“, који представља легитиман и легалан родитељски поступак који изазива бол одређеног (по правилу ниског) интензитета, али не повређује дете, а чија је искључива сврха исправка односно контрола понашања детета (не и намерно nanoшење патње).⁴⁷ Примера ради, родитељска казна се може састојати и у сасвим лаком ударцу, који је мање болан од оног које дете задобије у игри. У таквом случају, постојање објективног неправда (а самим тим и кривичног дела схваћеног у објективно-субјективном смислу) може се искључити и применом института дела малог значаја као (формалног) основа искључења противправности који је предвиђен Кривичним закоником (чл. 18)⁴⁸, будући да је циљ тог института управо да се искључи примена кривичног права у односу на случајеве у којима су испуњена сва обележја неког кривичног дела, а реч је о тако безначајном делу да примена кривичних санкција очигледно не би имала сврху, ни у погледу степена кривице учиниоца који није висок ни у погледу одсутности односно незнатности штетних последица. И остваривање наведених (кумулативно прописаних) услова (уз захтев да је реч о кривичном делу за које је прописана казна затвора до три године или новчана казна) у конкретном случају у великој мери зависи од процене суда, чиме се не добија много на учвршћивању осећаја (правне) сигурности родитеља, а који би свакако морали унапред да знају до које „границе“ се протеже

⁴⁷ Више о томе М. Freeman, В. Saunders, 684, и аутори који се ту наводе. Упор. З. Миливојевић (2011), 161, који такође на сличан начин (али са психолошког аспекта) дефинише појам „разумног телесног кажњавања“. У литератури се наводи и да је за појам „разумног телесног кажњавања“ потребно да мотиви родитеља нису бес, мржња, раздраженост, агресивност, задовољење садистичких порива и томе слично. Вид. И. Марковић, 296.

⁴⁸ Поједини аутори расправљају и о питањима у вези са другим теоријским моделима искључења одговорности родитеља за телесно кажњавање деце, па се тако баве питањима нужне одбране, крајње нужде и (претпостављеног) пристанка повређеног, као (могућим) основама искључења противправности. Ипак, у погледу родитељског кажњавања деце ти основи искључења противправности у домаћим оквирима, према нашем мишљењу, нису применљиви.

зона њиховог „слободног деловања“ у васпитном процесу.⁴⁹ Проблем тзв. багателног криминалитета успешно се решава и на нивоу кривичног процесног права применом института опортунитета кривичног гоњења. Такође, уз законодавну активност државе, проблем искључења кажњивости родитеља за телесно кажњавање деце могао би бити решен и на претходном ступњу, тј. на плану предвиђености дела у закону, и то тако што би се предвидео као лични основ искључења кажњивости.⁵⁰ Тиме би засигурно био „оптерећен“ законски текст у делу који се односи на поједина кривична дела, што је заправо нужна последица начела законитости, будући да се лични основи искључења казне не могу претпостављати нити по аналогији изводити из сличних случајева већ домен њихове примене мора бити законом изричито прописан.⁵¹

5.2. Телесно кажњавање деце у контексту остварености бића кривичног дела насиља у породици и сродних кривичних дела

Не треба заборавити чињеницу да физичко кажњавање деце *per se* има широк опсег интензитета и појавних облика – од сасвим лаког ударца по руци, преко шамара, вучења за уши и косу, па до „батина“

⁴⁹ Има аутора који сматрају да се примена института дела малог значаја треба проширити и у односу на тежи облик кривичног дела насиља у породици извршеног према малолетном лицу (чл. 194, ст. 3 КЗ), и то тако што би се изменила прописана казна, будући да је за то кривично дело прописана затворска казна од две до десет година, па је самим тим искључена могућност примене института дела малог значаја који је сада (као што је то било и изворно) „резервисан“ само за кривична дела са запређеном казном затвора до три године. Међутим, сматрамо да у погледу кривичног дела насиља у породици, чак и да је хипотетички испуњен услов (апстрактне) тежине дела, из криминално-политичких разлога не би била оправдана примена института дела малог значаја. Постојање института дела малог значаја, према нашем мишљењу, мора се ограничити само на ситуације када је детету у васпитном процесу нанета (обична или евентуално опасна) лака телесна повреда, а не и на ситуације када је остварено биће (и радња извршења и последица) неког тежег кривичног дела усмереног против породице, посебно што ће се ту увек радити о квалификованом облику тог кривичног дела. За супротан став, вид. Е. Ћоровић, 218.

⁵⁰ Више о томе И. Марковић, 294–295, и немачки аутори који се ту наводе. Лични основи искључења кажњивости нису обележја бића кривичног дела већ додатне околности које утичу на кажњавање (или боље рећи, некажњавање) одређених лица (односно категорија лица). Наиме, за нека кривична дела прописује се да одређена лица неће бити кажњена иако су остварена сва законска битна обележја кривичног дела. Разлози за прописивање личних основа искључења кажњивости, којима се начелно крши начело једнакости пред законом, увек су криминално-политичке природе.

⁵¹ Приговор предимензионирања законског текста у посебном делу Кривичног законика могао би бити отклоњен тако што би тај лични основ искључења кажњивости био прописан једном законском одредбом, у којој би се таксативно навела сва кривична дела код којих је његова примена допуштена.

којима се могу нанети повреде детету, па чак изазвати и смрт.⁵² Због тога их је нужно сагледавати и кроз „теже форме“ које подразумевају оствареност бића неког од кривичних дела из Главе XIX Кривичног законика („кривична дела против брака и породице“). Уколико је реч о таквом телесном кажњавању које је прекомерно („премлаћивање“), учестало и без правог повода („за сваку ситницу“), те које увелико премашује један минималан праг озбиљности, онда то више и није кажњавање у процесу васпитања већ физичко злостављање (насиље) над дететом⁵³ па не може бити речи о основу искључења противправности. Радиће се о неком тежем кривичном делу, по правилу, о кривичном делу насиље у породици (чл. 194, ст. 3 КЗ) или о кривичном делу запуштање и злостављање малолетног лица (чл. 193, ст. 2 КЗ).⁵⁴

Кривично дело насиље у породици (чл. 194 КЗ) јесте последично кривично дело, чија је једна од алтернативно прописаних радњи извршења примена насиља, а једна од алтернативно прописаних последица угрожавање телесног интегритета члана породице, у овом случају малолетног лица⁵⁵, од родитеља као учиниоца

⁵² Више о томе С. Гашић Павишић, 26.

⁵³ Страни аутори злостављање деце углавном дефинишу веома широко, као све оно што омета „оптималан развој“ детета. Вид. М. Freeman, В. Saunders, 690. Овде ћемо се ипак задржати на кривичноправној садржини тог појма.

⁵⁴ У литератури се посебно анализира однос између та два кривична дела, па се тако наводи да њихов стицај може бити само привидан. Више о томе Игор Вуковић, „Насиље у породици као кривично дело – поједини проблеми у примени права“, *Насиље у породици* (ур. Слободан Панов, Марина Јањић Комар, Милан Шкулић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 135. Наиме, како је запређена казна за кривично дело насиље у породици над лицем млађим од 18 година (чл. 194, ст. 3 КЗ) затвор од две до десет година, то кривично дело ће потиснути учињено кривично дело злостављање малолетног лица према чл. 193, ст. 2 КЗ, за које је запређена казна затвора од три месеца до пет година. Полазећи од тога, даље инкриминисање злостављања малолетног лица као посебног кривичног дела је излишно, па цитирани аутор *de lege ferenda* (ако насиље у породици остане прописано у садашњем облику) предлаже другачије облике тежег облика кривичног дела злостављања малолетног лица из чл. 193, ст. 2 КЗ.

⁵⁵ На овом месту важно је указати и на терминолошку неусклађеност Породичног закона и Кривичног законика (иако су донети у приближно исто време), па је тако у породичноправном законодавству дете свако лице испод 18 година, што је последица прихватања бројних међународноправних инструмената који постављају ту старосну границу, док Кривични законик прави разлику између млађег малолетника (лице од 14 до 16 година) и старијег малолетника (лице од 16 до 18 година), а дететом сматра лице које није навршило 14 година. Као заједнички назив за децу и малолетнике у Кривичном законнику користи се израз малолетна лица. Тако је и за кривично дело насиља у породици као једна од квалификаторних околности из ст. 3 прописана околност да је дело учињено према малолетном лицу. Дакле, законодавац је сматрао да је иста „специфична тежина“ тог кривичног дела и када је оно учињено према детету и када је учињено према малолетнику, па у том смислу није направио разлику у распону запређених казни и зато је користио генусни појам малолетно лице.

кривичног дела. Породично насиље уопште⁵⁶ (па тако и насиље над децом) подразумева континуирано деловање, другим речима, насиље као модел понашања. У прилог томе говори и примена одговарајућих породичноправних и прекршајноправних мера које претходе кривичноправној реакцији, али и тумачење саме последице као (трајног) стања угрожености.⁵⁷ Међутим, могуће је и инцидентно насиље када је релевантан само један изоловани (ексцесни) акт насиља. Стога је домаћа судска пракса на становишту да за кривично дело насиља у породици није увек неопходна трајност или виšekратност радњи извршења већ је довољно да је испољен и само један насилнички чин према оштећеном (овде детету).⁵⁸ Поготову је то случај са насиљем над сасвим малом децом, где нису ретке ситуације да и један ударац, због своје бруталности и суровости, може значити озбиљно физичко злостављање детета. Не улазећи дубље у дискусију о карактеристикама радњи извршења кривичног дела насиља у породици, морамо приметити да све (алтернативно прописане) радње извршења које улазе у биће тог кривичног дела, па тако и примена насиља, саме по себи, представљају нека друга кривична дела⁵⁹, тако да ће кривично дело насиље у породици постојати само онда када наступи нека од алтернативно предвиђених последица. Кривично дело је, дакле, довршено наступањем конкретне опасности која може трајати дуже или краће време, која, као битно обележје бића кривичног дела, мора бити утврђена у сваком конкретном случају. Када је реч о повређивању телесног интегритета као начину остварења предметног кривичног дела, у квалификованом облику кривичног дела учињеног према малолетном лицу, а тај облик је нама овде посебно интересантан за шире сагледавање контекста злоупотребе васпитних овлашћења родитеља према деци, долазило би у обзир наношење

⁵⁶ О значају који држава придаје тој материји и деликатности њеног законског уређења говори и чињеница да је недавно ступио на снагу Закон о спречавању насиља у породици, који се примењује од 1. јуна 2017. године (вид. Закон о спречавању насиља у породици, *Службени гласник РС*, бр. 94/16).

⁵⁷ Вид. И. Вуковић, 129.

⁵⁸ Осим праксе судова, то становиште је доминантно и у нашој кривичноправној и породичноправној литератури. Између осталог, вид. *ibid.*, 128; С. Панов, 377. Међутим, аутори указују и на бројне контроверзе које прате примену инкриминације насиља у породици од њеног увођења у наш правни систем па до данас, а које су последица тога што кривично дело није номотехнички најсјајније описано, због чега је битно размотрити и конструктивне предлоге за измену постојећег законског решења, са циљем прецизирања криминалне зоне у основном облику кривичног дела насиља у породици.

⁵⁹ Вид. Милан Шкулић, „Насиље у породици (недовољно квалитетно законско решење, недоследна пракса, бројни проблеми и дилеме)“, *Ревиија за криминологију и кривично право* 1–2/2012, 123.

и лаких и тешких телесних повреда.⁶⁰ Све то указује на озбиљност проблема (прекомерног) телесног кажњавања деце, који смо покушали да у најкраћим цртама детерминишемо и са овог (чисто) кривичноправног аспекта.

6. ПРЕДЛОЗИ *DE LEGE FERENDA*

Из свега изнетог на први поглед би се могло закључити да је најбоље да се Србија придружи великом броју оних земаља које су законом апсолутно забраниле телесно кажњавање деце у васпитном процесу, без предвиђања било каквих изузетака од те законске забране. Међутим, проблем са таквим решењем је у томе што, након његовог прихватања у правном поретку, уведена забрана ни под којим условима не би могла бити суспендована (дерогирана), а живот је често креативнији (а и компликованији) од права, па би се у пракси могле догодити бројне злоупотребе те (иначе, у основи крајње хуманистички и филантропски утемељене) забране. Стога је добро што се у јавној расправи о Преднацрту Грађанског законика Србије (за сада) одустало од првобитне идеје да се „по сваку цену“ изричито забрани сваки вид телесног деловања на дете у васпитном процесу (тзв. апсолутна забрана телесног кажњавања), односно да се телесно кажњавање деце „породичноправно инкриминише“ и *ipso iure* потпуно изједначи са злостављањем детета. Према нашем мишљењу, много је прихватљивија *варијанта II* предложеног чл. 2218 Преднацрта Грађанског законика Србије, односно усвајање законског решења да се са злостављањем детета може изједначити само његово непримерено физичко кажњавање (тзв. релативна забрана телесног кажњавања), с тим што сматрамо да би било пожељно да законски текст садржи и начелну одредбу о томе шта се подразумева под појмом „непримереног физичког кажњавања“. Притом, таква једна допунска одредба морала би бити и довољно флексибилна

⁶⁰ У случају наступања тешке телесне повреде малолетног лица била би остварена оба (алтернативно прописана) облика кривичног дела из чл. 194, ст. 3 КЗ (наступање теже последице – тешка телесна повреда и постојање квалификаторне околности: узраст пасивног субјекта – дело учињено према малолетном лицу). Ту је реч о привидном идеалном стицају и сматрамо да по односу специјалитета начелно треба предност дати постојању квалификаторне околности да је дело учињено према малолетном лицу која мора бити обухваћена умишљајем учиниоца, у односу на тежу последицу (наступање тешке телесне повреде) која је последица нехата учиниоца. Заправо, реч је о својерсном алтернативитету, будући да је за оба облика кривичног дела запређена иста казна, али с обзиром на однос специјалитета и потребу за појачаном кривичноправном заштитом лица која нису навршила 18 година, ипак није свеједно којој околности односно тежој последици ће се дати примарни значај, а која ће се секундарно узети у обзир као отежавајућа околност приликом одмеравања казне.

(адаптибилна) јер је право на васпитање деце одвајкада било (а тако треба и да остане) ексклузивни домен родитеља и поље њихове сопствене процене у избору најбољих метода и средстава васпитања, а уједно и довољно одређујућа (експликативна), што је значајно за спречавање сваког волунтаризма и изградњу осећаја (правне) сигурности родитеља, који би унапред морали знати где је постављена „брана“ њиховом „слободном родитељству“. Без таквог додатног прецизирања, овако како је норма сада формулисана у Преднацрту Грађанског законика Србије („Није дозвољено злостављање детета, а нарочито непримерено физичко кажњавање.“), она је недовољно јасна и могла би се тумачити на различите начине са потпуно супротним исходиштима. Неко би могао тврдити да и наведена *варијанта II* предложеног новог ст. 2 чл. 2218 Преднацрта Грађанског законика Србије заправо представља апсолутну забрану телесног кажњавања деце, која је само правнотехнички формулисана на другачији начин у односу на *варијанту I*, а неко да је реч о одредби која се суштински не разликује од већ постојећих у породичном законодавству, те која ни у чему не ограничава родитеље да наставе са досадашњом лошом праксом примене телесних казни у васпитању деце, будући да те казне (с објективног становишта посматрано) најчешће и нису „непримерене“. Осим тога, у тексту будућег законика требало би јасно указати на то да су забрањени и сви облици емоционалног (психичког) кажњавања детета, чији се интензитет посредно може процењивати на основу степена њихове штетности по душевни интегритет детета. Стога сматрамо да би две такве допунске одредбе, након предложене *варијанте II* чл. 2218 Преднацрта, могле да гласе: „Непримерено физичко кажњавање је свако поступање које, без обзира на васпитну сврху, озбиљније телесно повређује дете. Са непримереним физичким кажњавањем изједначено је и свако друго кажњавање које, без обзира на васпитну сврху, наноси патњу, вређа достојанство и угрожава спокојство и душевно стање детета.“ У примени правних стандарда из тако предложених решења, судска пракса би у сваком конкретном случају, као функционалне критеријуме за разграничење „обичне“ од „непримерене“ телесне казне, морала уважити и критеријуме које познају педагошка и психолошка литература, будући да су многи од њих применљиви и у правним оквирима.

Осим тога, сматрамо да је у домену кривичноправног регулисања физичког кажњавања деце, и без било каквог интервенисања у Кривичном законнику, могуће да се „вршење родитељског права“ схвати као „ванкривичнозаконски“⁶¹ основ искључења противправности, али само под условом да законодавац у грађанској материји прихвати другу (умеренију) од двеју предложених варијанти чл. 2218 будућег српског цивилног кодекса, уз њено нужно додатно прецизирање,

⁶¹ Термин преузет из И. Марковић, 295.

за шта се овде залажемо. Само тако је могуће помирити два потпуно различита полазна становишта породичног и кривичног права, и то тако што би се „обостраним попуштањем“ (под паролом: нема апсолутне забране, али нема ни широког поља слободне процене) дошло до компромисног решења које је прихватљиво за обе гране права. Тиме би се спречило непотребно и неконтролисано ширење криминалних зона и оптерећивање посебног дела кривичног права притиском који би неминовно вршила свака већа промена у породичноправној материји. Није згорег на овом месту подсетити на то да и у аутономном систему кривичног законодавства (невезано за евентуално либералније регулисање традиционалних породичноправних института) треба критички преиспитати нека од постојећих законских решења ради њиховог даљег квалитативног усавршавања (посебно код кривичног дела насиља у породици), како би се створила неопходна платформа за законито и правилно деловање правосудних органа и функционисање правне државе. Напоследку, али не и мање битно, према нашем мишљењу, прихватљиво је и да се неком будућом законодавном реформом васпитни однос родитеља према малолетној деци предвиди као лични основ искључења кажњивости, како би и на тај начин могло да буде искључено постојање кривичног неправда (а тиме и кривичног дела), али само у погледу лакших кривичних дела (посебно за кривично дело лаке телесне повреде), док опсег примене института дела малог значаја нипошто не би требало додатно проширивати јер је његова примена и у овом домену оправдана само у ситуацијама када су за то иначе испуњени сада законом прописани услови.

7. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Физичко кажњавање деце није конструктиван метод васпитања и пример „доброг родитељства“. Међутим, и поред бројних (крајње оправданих) аргумената који се наводе у прилог усвајања законског решења којим би се апсолутно забранило свако телесно кажњавање деце, сматрамо да се родитељима ипак мора признати одређена (ограничена) слобода у васпитном процесу, која подразумева да предузета казна (па понекад и физичка) не мора нужно и аутоматски да буде квалификована као поступак који је штетан по дете, а још мање је треба „инкриминисати“ ван Кривичног законика породичноправним изједначавањем са насиљем – злостављањем, злоупотребом или занемаривањем детета. Само се између „непримереног физичког кажњавања“ и злостављања може ставити знак једнакости, посебно ако се има у виду да је у породици, с обзиром на појачан интензитет различитих емоција које у њој постоје,

понекад (уз сву добру вољу) заиста тешко раздвојити допуштено од насилног понашања. Ту деликатну границу између прихватљивих дисциплинских казни и оних које су неприхватљиве и опасне зато што угрожавају добробит детета као примарни (руководни) принцип у базичним породичноправним релацијама на нивоу родитељ – дете, суштински и без обзира на било какву законодавну реформу, може да дефинише само суд у одговарајућем (грађанском, односно кривичном) судском поступку. Инкорпорација савремених решења, која су садржана у међународноправним документима а и сугерисана од бројних међународних тела, у законодавство Републике Србије свакако је пожељена, али се мора јасно рећи да у погледу апсолутне забране телесног кажњавања деце (још увек) не постоји униформно решење, тако да ће то питање тек бити предмет преиспитивања на међународном плану. Такође, битно је знати да ни најнапредније законско решење, односно прокламовани високи стандарди у тој области, сами по себи, неће обезбедити квалитетнију и боље организовану заштиту деце у домену (примарне) породичноправне и (секундарне) кривичноправне реакције када се непримерено (а тиме и противправно) физичко кажњавање деце у породици ипак догоди. Стога је кључно развијати и друге ванправне механизме и сузбијати узроке насилног понашања у породици као „примарној ћелији друштва“ јер се једино тако може трајно обезбедити стварање услова да телесна казна као вид легалне принуде у васпитању деце, која је вековима стајала на располагању родитељима, временом потпуно ишчезне и постане реликт прошлости. То ће се догодити онда када „телесно васпитање“ у пракси буде замењено квалитетнијим формама васпитног деловања, односно савременим облицима контроле дететовог понашања, који подразумевају међусобно уважавање свих чланова породице, неговање индивидуалности, а посебно поштовање ставова и мишљења деце о свим питањима која их се тичу, те разумевање њихових развојних потреба, жеља и афинитета. Притом, који год модел васпитања одабрали (а пожељно је једино избегавати крајности – одгајање деце у претераној строгости или у претераној разнежености), кључно је да родитељи својој деци пруже топлину, сигурност и љубав јер ће само дете које се осећа вољено бити и послушно.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Аћимовић, М., *Кривично право – књига прва: општи део*, Градска штампарија, Суботица 1937. (Aćimović, M., *Krivično pravo – knjiga prva: opšti deo*, Gradska štamparija, Subotica 1937)
- Benatar, D., „Corporal Punishment“, *Social Theory & Practice* 2/1998.

- Цвејић Јанчић, О., „Забрана физичког кажњавања детета – прилог дискусији поводом Преднацрта Грађанског законика Србије“, *Правни живот* 10/2015. (Cvejić Jančić, O., „Zabrana fizičkog kažnjavanja deteta – prilog diskusiji povodom Prednacrtа Građanskog zakonika Srbije“, *Pravni život* 10/2015)
- Чејовић, Б., „Основи искључења противправности кривичног дела“, *Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство* (ур. С. Бејатовић), Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд 2005. (Čejović, B., „Osnovi isključenja protivpravnosti krivičnog dela“, *Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavstvo* (ur. S. Bejatović), Udruženje za krivično право i kriminologiju Srbije i Crne Gore, Beograd 2005)
- Ђоровић, Е., „Спорни облици дисциплинског кажњавања деце: да ли је реч о основу искључења противправности кривичног дела или насиљу над децом?“, *Crimen* 2/2012. (Đorović, E., „Sporni oblici disciplinskog kažnjavanja dece: da li je reč o osnovu isključenja protivpravnosti krivičnog dela ili nasilju nad decom?“, *Crimen* 2/2012)
- Делић, Н., *Нова решења опитих института у Кривичном законнику Србије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009. (Delić, N., *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009)
- Драшкић, М., „Шта је стварно ново око Породичног закона“, *Избор судске праксе* 12/2015. (Draškić, M., „Šta je stvarno novo oko Poriđičnog zakona“, *Izbor sudske prakse* 12/2015)
- Fréchette, S., Zoratti, M., Elisa, R., „What is the link between corporal punishment and child physical abuse?“, *Journal of Family Violence* 2/2015.
- Freeman, M., Saunders, B., „Can we Conquer Child Abuse if we don't Outlaw Physical Chastisement of Children?“, *International Journal of Children's Rights* 4/2014.
- Фон Бракен, Х., *Телесна казна у васпитању – социолошка, психолошка и педагошка истраживања* (превод са немачког М. Јанковић), Штампарија Св. Сава, Београд 1930. (Fon Braken, H., *Telesna kazna u vaspitanju – sociološka, psihološka i pedagoška istraživanja* (prevod sa nemačkog M. Janković), Štamparija Sv. Sava, Beograd 1930)
- Габерт, Е., *Кажњавање у самоваспитавању и васпитавању детета* (превод са енглеског Н. Шкондрић), Антропософски културни центар, Београд 1998. (Gabert, E., *Kažnjavanje u samovaspitanju i vaspitanju deteta* (prevod sa engleskog N. Škonđrić), Antroposofski kulturni centar, Beograd 1998.)

- samovaspitavanju i vaspitavanju deteta* (prevod sa engleskog N. Škondrić), Antroposofski kulturni centar, Beograd 1998)
- Гашић Павишић, С., *Кажњавање и дете*, Институт за педагошка истраживања – Просвета, Београд – Нови Сад 1988. (Gašić Pavišić, S., *Kažnjavanje i dete*, Institut za pedagoška istraživanja – Prosveta, Beograd – Novi Sad 1988)
- Јањић Комар, М., „Родитељска одговорност“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2006. (Janjić Komar, M., „Roditeljska odgovornost“, *Novo porodično zakonodavstvo* (ur. Z. Ponjavić), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2006)
- Кант, И., *Васпитавање деце* (превод са немачког М. Шевић), Логос-Арт, Београд 1999. (Kant, I., *Vaspitavanje dece* (prevod sa nemačkog M. Šević), Logos-Art, Beograd 1999)
- Lansford, J. et al., „Corporal Punishment, Maternal Warmth and Child Adjustment: A Longitudinal Study in Eight Countries“, *Journal of Clinical Child & Adolescent Psychology* 43(4)/2014.
- Lansford, J., Kenneth, D., „Cultural Norms for Adult Corporal Punishment of Children and Societal Rates of Endorsement and Use of Violence“, *Parenting: Science & Practice* 3/2008.
- Lenta, P., „Corporal Punishment of Children“, *Social Theory & Practice* 4/2012.
- Leviner, P., „The Ban on Corporal Punishment of Children – Changing laws to change attitudes (the Swedish experience)“, *Alternative Law Journal* 3/2013.
- Љубојев, Н., „Законска забрана физичког кажњавања детета“, *Правни живот* 10/2009. (Ljubojev, N., „Zakonska zabrana fizičkog kažnjavanja deteta“, *Pravni život* 10/2009)
- Марковић, И., „Телесно кажњавање деце у кривичноправном контексту вршења родитељског права“, *Казнена реакција у Србији, 4. део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014. (Marković, I., „Telesno kažnjavanje dece u krivičnopravnom kontekstu vršenja roditeljskog prava“, *Kaznena reakcija u Srbiji, 4. deo* (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014)
- Миливојевић, З. et al., *Мала књига за велике родитеље (приручник за васпитавање деце)*, Психополис институт, Нови Сад 2008. (Milivojević, Z. et al., *Mala knjiga za velike roditelje (priručnik za vaspitavanje dece)*, Psihopolis institut, Novi Sad 2008)
- Миливојевић, З., „Разумно телесно кажњавање деце као неутуђиво родитељско право“, *Нова српска политичка мисао* 1–2/2011.

- (Milivojević, Z., „Razumno telesno kažnjavanje dece kao neotuđivo roditeljsko pravo“, *Nova srpska politička misao* 1–2/2011)
- Миловић, М., „Основи искључења противправности који нису предвиђени Кривичним закоником“, *Правни живот* 10/2008. (Milović, M., „Osnovi isključenja protivpravnosti koji nisu predviđeni Krivičnim zakonikom“, *Pravni život* 10/2008)
- Мирић, Ј., „Психолошка сазнања о телесном кажњавању деце“, *Нова српска политичка мисао* 1–2/2011. (Mirić, J., „Psihološka saznanja o telesnom kažnjavanju dece“, *Nova srpska politička misao* 1–2/2011)
- Österman, K., Björkqvist, K., Wahlbeck, K., „Twenty Eight Years After the Complete Ban on the Physical Punishment of Children in Finland: Trends and Psychosocial Concomitants“, *Aggressive Behavior* 6/2014.
- Панов, С., *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015. (Panov, S., *Porodično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015)
- Петрушић, Н., Стевановић, И., „Правна заштита деце у Србији и међународни стандарди“, *Права жртава у ЕУ (изазови пружања помоћи жртвама)* (ур. В. Николић Ристановић, С. Топић), Виктимолошко друштво Србије, Београд 2011. (Petrušić, N., Stevanović, I., „Pravna zaštita dece u Srbiji i međunarodni standardi“, *Prava žrtava i EU (izazovi pružanja pomoći žrtvama)* (ur. V. Nikolić Ristanović, S. Čopić), Viktimološko društvo Srbije, Beograd 2011)
- Радуловић, Љ., „Политика сузбијања малолетничког криминалитета са елементима насиља“, *Насилнички криминал (етиологија, феноменологија, превенција)* (ур. Л. Крон), Институт за социолошка и криминолошка истраживања, Београд 2010. (Radulović, Lj., „Politika suzbijanja maloletničkog kriminaliteta sa elementima nasilja“, *Nasilnički kriminal (etiologija, fenomenologija, prevencija)* (ur. L. Kron), Institut za sociološka i kriminološka istraživanja, Beograd 2010)
- Станковић, М., „Правна природа и остваривање права и дужности родитеља на васпитање и образовање детета у Србији“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011. (Stanković, M., „Pravna priroda i ostvarivanje prava i dužnosti roditelja na vaspitanje i obrazovanje deteta u Srbiji“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2011)
- Стевановић, И., „Заштита деце – жртва злостављања и занемаривања и Породични закон Републике Србије“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Правни факултет Универзитета

- у Крагујевцу, Крагујевац 2006. (Stevanović, I., „Zaštita dece – žrtava zlostavljanja i zanemarivanja i Porodični zakon Republike Srbije“, *Novo porodično zakonodavstvo* (ur. Z. Ponjavić), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2006)
- Стојановић, З., *Кривично право – општи део*, Правна књига – Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015. (Stojanović, Z., *Krivično право – opšti deo*, Pravna knjiga – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015)
- Шкулић, М., Илић, Н., Ђурђић, С., „Заштита деце или ‘вршњачко насиље’ над родитељима?“, *Нова српска политичка мисао* 1–2/2011. (Škulić, M., Ilić, N., Đurđić, S., „Zaštita dece ili ‘vršnjačko nasilje’ nad roditeljima?“, *Nova srpska politička misao* 1–2/2011)
- Шкулић, М., „Насиље у породици (недовољно квалитетно законско решење, недоследна пракса, бројни проблеми и дилеме)“, *Ревизија за криминологију и кривично право* 1–2/2012. (Škulić, M., „Nasilje u porodici (nedovoljno kvalitetno zakonsko rešenje, nedоследna praksa, brojni problemi i dileme)“, *Revija za kriminologiju i krivično право* 1–2/2012)
- Требјешанин, Ж., „Психолошки аспекти праксе кажњавања деце у српској патријархалној култури“, *Кругови детињства* 1–2/2015. (Trebješanin, Ž., „Psihološki aspekti prakse kažnjavanja dece u srpskoj patrijarhalnoj kulturi“, *Krugovi detinjstva* 1–2/2015)
- Вучковић Шаховић, Н., „Двадесет година Конвенције о правима детета“, *Правни живот* 10/2009. (Vučković Šahović, N., „Dvadeset godina Konvencije o pravima deteta“, *Pravni život* 10/2009)
- Вуковић, И., „Насиље у породици као кривично дело – поједини проблеми у примени права“, *Насиље у породици* (ур. С. Панов, М. Јањић Комар, М. Шкулић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012. (Vuković, I., „Nasilje u porodici kao krivično delo – pojedini problemi u primeni prava“, *Nasilje u porodici* (ur. S. Panov, M. Janjić Komar, M. Škulić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012)
- Живановић, Т., *Основи кривичног права Краљевине Југославије – посебни део: књига прва*, Гундулић, Београд 1938. (Živanović, T., *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije – posebni deo: knjiga prva*, Gundulić, Beograd 1938)

Svetlana Mijović, LL.M.

PhD candidate

University of Belgrade, Faculty of Law

CORPORAL PUNISHMENT OF CHILDREN IN TERMS
OF FAMILY AND CRIMINAL LAW –
(IR)RECONCILABLE STANDPOINTS

Summary

The purpose of this work is to examine an issue of corporal punishment of children as a method of discipline in terms of family and criminal law. The author begins the study by taking a broader perspective of the issue in terms of extra-legal scientific disciplines, then conducts an analysis of the international legal frameworks for the corporal punishment and finally offers brief overview of the solutions found in comparative law. Further in the study, the author focuses on different aspects of family and criminal law in terms of necessity of complete prohibition against corporal punishment of children. In order to do this, the author compares present legal solution found in family law with suggested new solution of the Draft Civil Code of Serbia. Further, the attempts have been made to set the criteria for distinguishing the situations in which the exercise of parental rights can be considered specific basis for exclusion of the unlawfulness from those in which the crime of domestic violence is found. *De lege ferenda* proposals have been presented with an aim of serving as a possible middle ground between different aspects of family and criminal law by giving more flexible approach and there for making it acceptable for both branches of law.

Key words: *Corporal punishment. – Unlawfulness. – Children's rights. – Parenting. – Child abuse.*

Article history:

Received: 19. 5. 2017.

Accepted: 29. 6. 2018.