

УДК 343.224
343.137.5

Асс. Стефан Самарџић, мр

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

КРИВИЧНОПРАВНИ ПОЈАМ ДЕТЕТА У МЕЂУНАРОДНИМ ДОКУМЕНТИМА И МЕДИЦИНСКИ МЕТОДИ УТВРЂИВАЊА СТАРОСТИ ЛИЦА¹

Људска права представљају објект кривичноправне заштите са једне, али и механизам путем ког се делује на појединце који су повредили кривичноправне норме, са друге стране. У међународном праву веома је значајан развој стандарда за малолетничко правосуђе у којима се узраст учиниоца третира пре свега кроз оквире минималног узраста за кривичну одговорност. Аутор је у свом досадашњем раду објављивао поједине делове овог истраживања. Истражујући актуелност ранијих резултата, у овом раду посвећујемо нарочиту пажњу анализи међународних докумената о правима детета и питању медицинских метода утврђивања старости лица која не поседују доказ о старости, односно лица чије рођење није уписано у јавне књиге. Циљ овог рада је да, користећи компаративни и историјскоправни метод, учини преглед релевантних међународних докумената по насловним питањима, а нарочито да постави питања у вези са медицинским и сродним ванправним методима утврђивања старости лица.

Кључне речи: Дете; Кривично право; Међународни документи; Утврђивање старости лица; Минимални узраст за кривичну одговорност.

Стефан Самарџић, S.Samardzic@pf.uns.ac.rs.

¹ Рад је објављен у оквиру рада на пројекту „Биомедицина, заштита животне средине и право“, бр. 179079, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. УВОД

Људска права уткана су у саме темеље кривичног права. Она су објект кривичноправне заштите са једне, али такође и механизам путем ког се делује на појединце који су повредили кривичноправне норме, са друге стране. Кривичноправна интервенција незаобилазно задира у права појединаца који су својим понашањем повредили права која припадају другим појединцима или заједници у целини.

У међународном праву веома је значајан развој стандарда за малолетничко правосуђе у којима се узраст учиниоца третира пре свега кроз оквире *минималног узраста за кривичну одговорност*.² Међународни обрасци за малолетничко правосуђе развијали су се паралелно са правом о људским правима и правом дечјих права. Имајући у виду да је и након више од пола века улагања напора да се у међународном праву постави нека универзална доња старосна граница кривичне одговорности успех изостао, поставља се питање да ли је овакво настојање уопште оправдано и постоји ли потреба да се успостави општа сагласност о минималном узрасту за кривичну одговорност.

Независно од (не)способности међународног права да дâ очекивани одговор на ово питање, и потребе да се на међународном нивоу поставља нека универзална граница примењива у свим правним системима који почивају на различитим културним обрасцима, међународни нормативни акти обавезују националне законодавце на регионалном, али и универзалном плану.

У циљу сагледавања међународноправних оквира старосних граница у националним кривичноправним прописима, али и међународноправних обавеза држава да законодавства ускладе са одговарајућим међународним инструментима, учинићемо преглед најзначајнијих међу њима према времену настанка. За развојни, хронолошки приступ определили смо се из разлога што сматрамо да ћемо на тај начин истовремено приказати и временски ток правног мишљења, али и нормативне активности у међународном јавном праву по овом питању.

² У страној литератури појам познат као *Minimum Age of Criminal Responsibility (MACR)*. У погледу терминолошког одређења најмањег узраста који је неопходан да би се одређено лице могло сматрати способним да буде кривично одговорно, М. Шкулић се опредељује за израз *старосна граница способности за сношење кривице*. Овај израз сматрамо веома прецизним, научно и догматски заснованим. Вид. М. Шкулић, „Старосна граница способности за сношење кривице у кривичноправном смислу“, *Crimen (I)* 2/2010, 203–204.

2. ПРЕГЛЕД МЕЂУНАРОДНИХ ДОКУМЕНАТА О ПРАВИМА ДЕТЕТА

2.1. Међународни пакт о грађанским и политичким правима³

Пре усвајања овог пакта, за нас значајан (кривичноправно употребљив) појам *детета* помиње се још 1924. године у Женевској декларацији о правима детета.⁴ Тако се у ставу II истиче да „дете делинквент мора бити рехабилитовано“.⁵ Међутим, из самог текста изостала је очекивана дефиниција појма детета. Осим тога, императивни тон цитиране одредбе губи на значају, ако се има у виду да Декларација није била обавезујућа.

Тек ће 1966. године потписнице⁶ Међународног пакта о грађанским и политичким правима, који је обавезујуће снаге, по први пут уредити низ питања из домена малолетничког правосуђа. Пакт се, иако само паушално, дотиче питања *узраста* учиниоца. Тако, у члану 14.4 каже се да ће се „у случају малолетника“⁷ поступак водити тако да узима у обзир њихов *узраст* и настојање да се промовише њихово поправљање.“ Мада се Пакт односи и на одрасла лица, он је први међународни уговор из домена људских права који обезбеђује посебан третман деци у кривичноправним стварима.⁸ Иако одредбе цити-

³ *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*, усвојен и отворен за потпис, ратификацију и приступање од стране Генералне скупштине Уједињених нација Резолуцијом 2200А (XXI), од 16.12.1966. године. Ратификован Законом о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71.

⁴ *Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924*, League of Nations, O.J. Spec. Supp. 21, at 43; усвојена 26.09.1924. у оквиру Лиге народа.

⁵ Н. Вучковић Шаховић, „Малолетничко правосуђе у међународном праву – са посебним освртом на малолетне (младе) делинквенте“, *Југословенска ревија за међународно право* 2-3/1997, 465.

⁶ Данас је укупно 166 земаља света ратификовало овај међународни уговор (према подацима са интернет сајта *United Nations Treaty Collection (UNTC)*, <http://treaties.un.org>, 1. мај 2012). Потписнице овог пакта су чак и две државе које су до данас једине на свету одбиле да ратификују Конвенцију о правима детета из 1989. године – Сомалија и Сједињене Америчке Државе.

⁷ Иако Пакт користи израз *juvenile persons*, што би можда више одговарало изразима *младе особе*, *млади*, они у српском језику немају правно значење. Одговарајући српском појму *малолетник* пре би био енглески израз *minors*. Међутим, како Пакт везује термин *juvenile persons* за вођење кривичног поступка, а кривични поступак се код нас води тек кад лице постане у кривичном смислу (млађи) мало-летник, то смо се определили да израз *juvenile persons* преводимо српском речју *малолетници*.

⁸ D. Cipriani, *Children's rights and the minimum age of criminal responsibility: a global perspective*, Farnham – Burlington 2009, 41.

раног члана, као и чланова 10.2.⁹ и 24.1¹⁰ захтевају прецизно одређену доњу старосну границу кривичне одговорности, Пакт не решава изричито ово питање. Тумачењем одредаба Пакта дошло се до средњих закључака да свака уговорница има обавезу да установи одређени минимални узраст за кривичну одговорност који може (самостално) изабрати, али само у оквиру међународно прихваћених норми, те да мора примењивати исти узраст за кривичну одговорност дечака и девојчица.¹¹

Комитет за људска права, надзорно тело у примени Пакта, прикупљајући извештаје држава уговорница, закључује да су доње старосне границе кривичне одговорности на седам, осам и десет година неприхватљиво ниске и неусклађене са међународним стандардима и препоручује подизање ових граница.¹² Приликом дорађивања недоречених одредаба Пакта неке од земаља примењивале су тзв. *doli incapax* тест.

Истовремено са Међународним пактом о грађанским и политичким правима усвојен је и документ истих одлика којим су уређена економска, социјална и културна права.

2.2. Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима¹³

Овај међународни документ не бави се питањима малолетничког правосуђа, али је надзорно тело у његовој примени дало одређени допринос овој области. Наиме, тумачењем члана 10¹⁴ Комитет за еко-

⁹ „Оптужени малолетници би требали бити одвојени од одраслих особа (у притвору – аутор) и поступак према њима би требало окончати у најкраћем року.“

¹⁰ „Свако дете без икаквог разликовања заснованог на раси, боји, полу, језику, вероисповести, националном или друштвеном пореклу, имовини или рођењу има право на мере заштите од стране његове породице, друштва и државе које захтева његов положај малолетника.“

¹¹ Вид. N. A. Haji, M. Noor, “Due Proces of Law for Persons Accused of Crime“, *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (ed. L. Henkin), New York 1981; M. Nowak, *U. N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl (Germany) 1993; преузето из: D. Cipriani, 42.

¹² D. Cipriani, 42.

¹³ *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESC)*, усвојен и отворен за потпис, ратификацију и приступање од стране Генералне скупштине Уједињених нација Резолуцијом 2200А (XXI), од 16.12.1966. године. Ратификован Законом о ратификацији Међународног о економским, социјалним и културним правима, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71. Данас је 160 држава прихватило обавезе по овом међународном уговору; према: *UNTC*, вид. фн. 6 овог рада.

¹⁴ Између осталог, чл. 10 односи се и на заштиту и помоћ породицама, нарочито у погледу бриге о деци и образовања, као и посебне мере заштите и помоћи деци.

номска, социјална и културна права заузео је став да обавезе држава по овом члану ипак дотичу питање минималног узраста за кривичну одговорност. Наиме, Комитет је истакао да су доње старосне границе кривичне одговорности неких земаља од седам и девет година превише ниско постављене и изричито позвао односне државе да ове границе подигну и усагласе их са обавезама по члану 10 Пакта.¹⁵

2.3. Допунски протокол уз Женевске конвенције од 12. августа 1949. о заштити жртава међународних оружаних сукоба (Протокол I)¹⁶

Покушаји да се на међународном плану постигне сагласност поводом минималног узраста за кривичну одговорност нису исходovali успехом у овом протоколу. Међутим, расправа која је у поступку усвајања текста Протокола отворена по овом питању приказује ставове појединих земаља и међународне заједнице, али и већ нараслу свест о потреби за општим старосним границама у кривичном праву. Све је отпочело када је делегација Бразила¹⁷ предложила амандман који би способним за кривичну одговорност сматрао лица (већ) са навршених 16 година живота. Уколико овакав предлог не би могао бити прихваћен, Бразил је уобличио предлог да је свакако потребно утврдити неку старосну границу. Јапан, у коме је у то време, лице са 14 година било способно за кривичну одговорност, захтевао је да се предлог Бразила спусти на 14 година, како би могао бити прихватљив. Као што се могло и очекивати, коначни текст Протокола не помиње узраст као услов за кривичну одговорност.¹⁸

¹⁵ Данас: Малта (7), Хонг Конг (10, док претпостављамо да је у време извештаја Комитета граница била на девет година); вид. *Concluding observations: Malta*, E/C.12/1/Add.101, 14.12.2004, §§. 21, 36; (*Hong Kong*): *China*, E/C.12/1/Add.58, 21.5.2001, §§. 24, 43; према: D. Cipriani, 43.

¹⁶ *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1977, 3-87; усвојен 8.6.1977. године. Ратификован Законом о потврђивању допунског протокола уз Женевске конвенције од 12. августа 1949. о заштити жртава међународних оружаних сукоба (Протокол I), *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 16/78. Данас су 170 земаља света стране уговорнице, а још пет потписнице овог протокола; према подацима са интернет сајта *International Committee of the Red Cross (ICRC)*, www.icrc.org, 1. мај 2012.

¹⁷ Узраст од 18 година је у том моменту представљао границу кривичноправног пунолетства у Бразилу, али технички и доњу старосну границу кривичне одговорности, јер се према лицима млађим од 18 година није могао водити кривични поступак. – D. Cipriani, 45.

¹⁸ *Ibid.*

2.4. Конвенција против тортуре и других свирепих, нељудских или понижавајућих казни и поступака¹⁹

Као што је то био случај и са неким раније поменутиим међународним актима, сама Конвенција нема неки пресудан значај у домену одређивања минималног узраста за кривичну одговорност колико је допринос томе дао Комитет против тортуре, који је изразио забринутост у погледу доњих старосних граница кривичноправног малолетства у земљама које за стицање способности за кривичну одговорност захтевају само седам, осам или десет година живота.²⁰ Занимљив је пример Бурундија, према коме је Комитет заузео став да треба да спроведе препоручено подизање минималног узраста за кривичну одговорност са 13 на 15 година.²¹

2.5. Стандардна минимална правила Уједињених нација за уређење малолетничког правосуђа²²

Иако нису обавезујуће снаге, Комитет за права детета препоручује да се *Пекиника правила* примењују на сву децу, и према тумачењу Комитета представљају непосредан извор за примену и тумачење одредаба о минималном узрасту за кривичну одговорност из Конвен-

¹⁹ *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT)*. Усвојена и отворена за потпис, ратификацију и приступање резолуцијом Генералне скупштине УН 39/46 од 10. децембра 1984. године. Ратификована Законом о ратификацији Конвенције против тортуре и других свирепих, нељудских или понижавајућих казни и поступака, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 9/91. Данас, ова конвенција има 147 страна уговорница; према *UNTC*, вид. фн. 6 овог рада. Сматрамо одговарајућим превод енглеског израза *torture* српски појам *мучење*. Осим тога, и наш законодавац у КЗ користи појам *мучење*, вид. између осталих и чл. 137 КЗ.

²⁰ Данас: Јемен (7), Индонезија (8), Замбија (8), Нови Зеланд (10); вид. *Concluding observations: Yemen*, CAT/C/CR/31/4, 5.2.2004, §§. 6(i), 7(i); *Indonesia*, CAT/C/IDN/CO/2, 16.5.2008, Advance Unedited Vers., §. 17 („urgency“); *Zambia*, CAT/C/ZMB/CO/2, 26.5.2008, §. 18; *New Zeland*, CAT/C/CR/32/4, 11.6.2004, §. 5(e); према: D. Cipriani, 49.

²¹ Данас: Бурунди (13); вид. *Concluding observations: Burundi*, CAT/C/BDI/CO/1, 15.2.2007, §. 13; према: D. Cipriani, 49. У Бурундију се доња старосна граница кривичне одговорности и кривичног пунолетства поклапају на узрасту од 13 година. Није потпуно јасно да ли Комитет сматра да је 13 година пренизак минимални узраст за кривичну одговорност (сматрамо да Комитет није овог става – аутор), или пре изражава своју забринутост чињеницом да малолетничко правосуђе не постоји и да се кривична одговорност лица већ са 13 година утврђује пред судом и у поступку за одрасла лица.

²² *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice*, позната под називом „*Пекиника правила*“, (*Beijing Rules*), усвојена од стране Генералне скупштине Уједињених нација Резолуцијом 40/33, од 29. новембра 1985. год.

ције о правима детета. Нацрт Правила образлаже да је „узраст између 12 и 14 година међународно распрострањен, и да се ниже доње старосне границе кривичне одговорности тешко могу сматрати усклађеним са правним и социјалним последицама кривичне одговорности“.²³ Упркос томе, коначан текст Правила не одређује минимални узраст потребан за кривичну одговорност.

Правило 4 (*Age of Criminal Responsibility*), прецизније 4.1, предвиђа да „у системима који познају поставку минималног узраста за кривичну одговорност, доња старосна граница кривичне одговорности не би требало да буде постављена превише ниско, имајући у виду чињеницу емотивне, менталне и интелектуалне зрелости.“ Упркос скромном значају ублаженог тона овог правила, значај *Пекињских правила* је изузетан.²⁴ Она указују на значај постављања минималног узраста за кривичну одговорност у малолетничком правосуђу и подстићу успостављање тачних старосних граница у националним кривичним законодавствима. Осим тога, из припрема као и из коментара уз Правила, постало је јасно да су разлике међу националним правним системима по овом питању засноване на историјским и културним основама. Четири године касније, настављајући правцем који су поставила управо *Пекињика правила*, усвојена је Конвенција о правима детета.

2.6. Конвенција о правима детета²⁵

Значајна делатност на међународном плану, која се често одвијала и упоредо у припреми различитих аката који на одређени начин дотичу питање минималног узраста за кривичну одговорност, резултирала је 1989. године Конвенцијом о правима детета. Овај обавезујући,

²³ H. Schüler-Springorum, *Report on the standard minimum rules for the administration of juvenile justice and the handling of juvenile offenders*, unpublished draft, 1983; према: D. Cipriani, 52.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Convention on the Rights of the Child (CRC)*, усвојена и отворена за потпис, ратификацију и приступање од стране Генералне скупштине Уједињених нација Резолуцијом 44/25 од 20.11.1989. године, а у међународном смислу ступила на снагу већ 2.9.1990. године. Ратификована Законом о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/90; *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97. Занимљиво је напоменути да је ова конвенција једна од најшире и најбрже ратификованих конвенција икада, а до данас је нису ратификовале само Сомалија и Сједињене Америчке Државе. – Према: *UNTC*, вид. фн. 6 овог рада.

по много чему до тада јединствен акт, у члану 40.3 (а)²⁶ по први пут предвиђа обавезу држава чланица да националним законодавством утврде минималан узраст за кривичну одговорност. Док односни члан бојажљиво помиње да ће стране уговорнице „настојати да подстичу (...) утврђивање најниже старосне границе“, Комитет за права детета је у тумачењу истог члана био изричит у ставу да су према Конвенцији државе обавезне да утврде најнижу старосну границу испод које деца не могу бити сматрана способном за кршење кривичног закона.

Конвенција је писана у духу енглеског језика и доследно англоамеричке породице правних система и носи нешто мању тежину у правним системима који нису блиски њему.²⁷ Тако, осим гореописаног „факултативног“ тона, језичко уобличење конкретне тачке (а) односног члана прилично је двосмислено, што се нешто боље види из изворног текста на енглеском језику.²⁸ Наиме, одредбу о минималном узрасту за кривичну одговорност Конвенција поставља као претпоставку (и то према нашем мишљењу обриву, јер би необорива претпоставка у корист лица испод доње старосне границе кривичне одговорности морала бити јасније уобличена), а не као право детета, што представља регресиван заокрет ка *doli incapax* приступу. И у овом случају Комитет је одиграо пресудну улогу тумачећи односну одредбу на следећи начин: „*Иако (веома) мала деца (de facto – аутор) могу имати способност да прекрше кривични закон, уколико дело изврше пре него достигну минимални узраст за кривичну одговорност, необорива је претпоставка да не могу бити формално оптужена нити могу бити сматрана способним за кривичну одговорност. Према њима могу бити примењене само специјалне заштитне мере, ако је то неопходно у њиховом најбољем интересу...*“²⁹

Занимљиво је то што Комитет изричито прихвата да су чак и веома мала деца *физички* способна да предузму радњу која крши кривични закон, посматрајући минимални узраст за кривичну одговорност потпуно одвојено од тога. Тако, Комитет истиче да је питање минималног узраста за кривичну одговорност питање достигнутих година живота које се захтевају да би се према одређеном лицу могао водити

²⁶ „Стране уговорнице ће настојати да подстичу (...) а посебно: (а) – утврђивање најниже старосне границе испод које деца не могу бити сматрана способном за кршење кривичног закона;“

²⁷ D. Cipriani, 55.

²⁸ „... (a) The establishment of a minimum age below which children shall be presumed not to have the capacity to infringe the penal law.“

²⁹ Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 10: Children's rights in juvenile justice*, CRC/C/GC/10, 25.4.2007, 31; према D. Cipriani, 57.

кривични поступак, у коме се једино и може утврђивати кривична одговорност лица.

У погледу осталих питања које Конвенција не помиње, Комитет је у њеном тумачењу заузео недвосмислене ставове. Комитет тако сматра да узраст од 12 година представља међународно прихваћени апсолутни минимални узраст способности за кривичну одговорност. Надаље, подстичу се стране уговорнице да доњу границу кривичне одговорности у својим правним системима подигну на 12 година тамо где то случај, те да наставе да је подижу и изнад тог узраста. Такође, Комитет изричито захтева да стране уговорнице у којима је доња старосна граница кривичне одговорности виша од 12 година, не спуштају ову границу на нижи ниво. Комитет озбиљно препоручује да државе уговорнице не дозволе било какве изузетке којима би се лице узраста испод утврђене доње старосне границе кривичноправног малолетства могло сматрати способним за кривичну одговорност.³⁰ Комитет је изразио забринутост и поводом стања у земљама у којима се минимални узраст за кривичну одговорност везује за произвољна мерила, као што је то случај на пример са *пубертетом*, који доследно исходује различитим минималним узрастом за кривичну одговорност дечака и девојчица.³¹

2.7. Европска социјална повеља³²

Овај инструмент регионалног карактера представља најзначајнији европски инструмент којим се штите дечја права. У тумачењу Повеље, Европски комитет за социјална права заузео је став да доње границе кривичноправног малолетства постављене испод 12 година нису у сагласности са чл. 17 Повеље, критикујући границе постављене на 11 година као „очигледно прениске“.³³ Занимљив је пример Словачке,

³⁰ *Ibid.*, 32–34.

³¹ Овакав случај Комитет је констатовао у Судану, али постоји и у још неким исламским земљама међу којима су Јордан, Либан и Иран. – *Concluding observations: Sudan*, CRC/C/15/Add.190, 9.10.2002, 24–25.

³² *European Social Charter*, Council of Europe Treaty Series (CETS) No.: 035, усвојена од стране Савета Европе и отворена за потписивање 18.10.1961. године. Европска социјална повеља ревидирана је под бројем CETS No.: 163, усвојена од стране Савета Европе и отворена за потписивање 3.5.1996. године; према интернет сајту *The Council of Europe's official Treaty Office (CEOTO)*, <http://conventions.coe.int/> 1. мај 2012. Наша држава је потписница ревидиране Повеље, која је ратификована Законом о потврђивању ревидиране Европске социјалне повеље, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 42/09.

³³ Члан 17 предвиђа право детета на социјалну, правну и економску заштиту и не односи се директно на питања малолетничког правосуђа. – *Conclusions XVII-2 (Turkey)*, 2005, р. 30; такође вид. и *Second Addendum to Conclusions XV-2 (Ireland)*,

која је желела да минимални узраст за кривичну одговорност спусти са 15 на 14 година. Иако је узраст од 14 година и даље много виши од стандарда који је захтеван у пракси Комитета, у случају Словачке Комитет је исказао велику забринутост и захтевао прецизне разлоге за померање минималног узраста за кривичну одговорност наниже. Овакво поступање Словачке оцењено је од стране Комитета као назадан корак.³⁴

Од великог значаја је поступање Комитета по годишњим извештајима уговорница, у чему се велика пажња посвећује стању у праву али и у пракси држава чланица поводом минималног узраста за кривичну одговорност. Тако је у случају Турске, која је известила да се њена доња граница способности за кривичну одговорност налази на узрасту од 12 година, Комитет закључио да турски Закон о судовима за малолетнике установљава ефективну границу на 11 година. Овим поводом захтевано је од Турске да поднесе извештај о систему у оквиру ког се спроводи поступак према тим лицима, о самом поступку као и о броју деце млађе од 11 година која су лишена слободе.³⁵

2.8. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода³⁶

Сама Конвенција се не изјашњава непосредно у погледу доње старосне границе кривичноправног малолетства. Међутим, значење одредаба Конвенције (конкретно чл. 3 – Забрана мучења³⁷) поводом минималног узраста за кривичну одговорност видљиво је из тумачења Суда у одлукама у два кључна случаја поводом истог догађаја.³⁸

Одлуке Суда донете су поводом чувеног случаја Булџер (*Bulger*), у коме су двојица десетогодишњака у Ливерпулу отели двогодишњег дечака Џејмса Булџера, тукли га до смрти и на крају га оставили на

2001; *Conclusions XVII-2 (Malta)*, 2005; *Conclusions XVII-2 (United Kingdom)*, 2005; према D. Cipriani, 65.

³⁴ *Conclusions XVI-2 (Slovakia)*, 2003, 103; према D. Cipriani, 65.

³⁵ *Conclusions XVII-2 (Turkey)*, 2005, 29; према D. Cipriani, 66.

³⁶ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, усвојена од Савета Европе и отворена за потписивање 4.11.1950. Ратификована Законом о ратификацији европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода..., *Сл. гласник Р. Србије – Међународни уговори*, број 9/03. Данас, Конвенција обавезује 47 држава уговорница. – Према: *СЕОТО*, вид. фн. 32 овог рада.

³⁷ Члан 3 Конвенције гласи: „Нико не сме бити подвргнут мучењу, или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању.“

³⁸ European Court of Human Rights, *T. v. The United Kingdom*, App.no. 24724/94: *Judgment*, Strasbourg, 1999; *V. v. The United Kingdom*, App.no. 24888/94: *Judgment*, Strasbourg 1999; <http://hudoc.echr.coe.int/>, 1. мај 2012.

прузи где га је касније пресекао воз. У време извршења дела минимални узраст за кривичну одговорност у Енглеској био је десет година, а постојала је оборива претпоставка да лица старости између 10 и 14 година нису способна да буду кривично одговорна. У конкретном случају, ова претпоставка је оборена и обојица су осуђени на казну затвора од десет година.³⁹ Обојица су се обратили Европском суду за људска права, који је констатовао повреде њихових темељних права.

Европски суд је закључио да само приписивање кривичне одговорности оптуженима није довело до повреде чл. 3 Конвенције. Истражујући одговарајуће одредбе националних закона о минималном узрасту за кривичну одговорност чланица Савета Европе и одговарајуће међународне акте, Суд није пронашао минимални узраст за кривичну одговорност за који би се могло рећи да је општеприхваћен у Европи.⁴⁰ Став Суда био је да доња граница кривичне одговорности у Енглеској није у нескладу са европским просеком, закључујући да у *Пекиншким правилима* нема јасно израженог става који је то минимални узраст за кривичну одговорност.⁴¹ Упркос касније заузетим ставовима Комитета за дечја права, који се жестоко успротивио оваквом ставу Европског суда, даља пракса Суда је наставила у истом правцу.⁴²

³⁹ У складу са тадашњим британским правом, осуђени на неодређену казну затвора „до милости Њеног Височанства“ (*during Her Majesty's pleasure*). Трајање овако изречене казне, иначе прописане за учиниоце млађе од 18 година уместо казне доживотног затвора односно смртне казне, одређено је одлуком (Државног) секретара (министра) унутрашњих послова. – Вид. *T. v The United Kingdom*, 35, *ibid*.

⁴⁰ Из издвојених мишљења поводом овакве пресуде која је потписала трећина судија види се да су тада само четири од 41 стране уговорнице Конвенције прописивали доњу границу кривичне одговорности ниску као Енглеска или нижу. Издвојена мишљења такође указују да је излагање десетогодишњих дечака суду и кривичном поступку предвиђеном за одрасле, као и осуда на казну затвора у начелу неодређеног трајања код њих изазвала патњу која се може подвести под чл. 3 Конвенције. – Вид. *T. v. The United Kingdom*, dissenting opinions, *ibid*.

⁴¹ Неопходно је напоменути да је генерални став који ће појаснити релевантне међународне стандарде у погледу минималног узраста бити формиран у Комитету за дечја права, који је тумачио како Конвенцију о правима детета тако и Пекиншка правила као њен интегрални део, тек након одлуке Европског суда у овом случају. – D. Cipriani, 66.

⁴² European Court of Human Rights, *S.C. v. The United Kingdom*, App.no. 60958/00: Judgment, Strasbourg, 2004. <http://hudoc.echr.coe.int/>, 1. мај 2012.

3. МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ОКВИР КРИВИЧНОПРАВНОГ ПОЈМА ДЕТЕТА

Као што се види из претходног излагања, до данас није сачињен општеприхваћен наднационални документ који би уредио питање минималног узраста. Сходно овоме, још мање је за очекивати значајније резултате на међународном нивоу у погледу осталих питања повезаних са узрастом учиниоца као фактором у кривичном праву. Покушали смо да учинимо збирни преглед одредаба које начелно регулишу узраст учиниоца, нарочито питање минималног узраста за кривичну одговорност. Највећи допринос у истраживању доње старосне границе кривичне одговорности дао је Комитет за права детета, који закључује да у односној области на интернационалном нивоу постоје следећи принципи:

1. Државе су обавезне да фиксирају минимални узраст за кривичну одговорност, који не сме бити нижи од 12 година. Државе не би смеле своју границу спуштати, већ треба стално да је подижу;
2. Двоструке старосне границе нису прихватљиве. Ово се нарочито односи на *doli incapax* и сличне тестове који предвиђају распоне у оквиру којих се примењују обориве претпоставке (не)одговорности;
3. Минимални узраст за кривичну одговорност мора бити постављен у складу са начелом забране дискриминације (по полу, социо-економском статусу и сл.);
4. Уколико лице нема доказ о годинама старости, има право на примену одговарајућих медицинских и социјалних мера. У случају да се ни на овај начин не може доћи до поузданог податка, сматраће се да дете није способно за кривичну одговорност;
5. Деца која су у време извршења дела била узраста испод доње старосне границе кривичне одговорности, не могу бити формално оптужена, нити се према њима може водити кривични поступак. Према њима се не сме ни на који начин поступати кривичноправно, па тако није дозвољено ни задржавање од стране полиције;
6. Према лицима која су у време извршења дела била узраста испод минималног узраста за кривичну одговорност могу се само применити нарочите заштитне мере у најбољем интересу детета у некривичном поступку. У свим овим случајевима неопходно је осигурати да правичан поступак.

Постављање фиксне доње старосне границе кривичноправног малолетства захтева претходно утврђивање тачног датума рођења учиниоца. Иако ово данас у принципу није проблем, нерегистрована рођења не припадају само прошлости.

4. УТВРЂИВАЊЕ УЗРАСТА УЧИНИОЦА У ИЗУЗЕТНИМ СЛУЧАЈЕВИМА

Тачно одређен минимални узраст као (нужан) формални услов за примену кривичног права на конкретног учиниоца није увек могуће применити у пракси. Како би се учинилац могао наћи у подручју кривичног права, неопходно је да постоји доказ о његовом рођењу, на основу ког се може утврдити да ли је достигао неопходан узраст.

Лица која при рођењу нису регистрована у правном саобраћају представљају вишеструк проблем. Осим проблема утврђивања тренутка стицања способности за кривичну одговорност, одсуство доказа о рођењу последично се јавља као велик проблем и код стицања кривичноправног пунолетства, па у одређеној мери и након тога. Иако нам се може учинити да је број оваквих лица занемарљив, стварно стање ствари говори супротно. Тако је према статистичкој анализи коју је спровео УНИЦЕФ, у 2003. години у свету било негде око 36 % нерегистрованих рођења.⁴³ Проценат се очекивано мења по регионима, односно појединим земљама, но ова појава постоји свуда у свету, нарочито имајући у виду народе који живе номадским начином живота и проблеме уселеника са којима се сусреће велики број земаља.⁴⁴ Везивање искључиво за формално мерило навршених година живота као услова да би се неко лице могло сматрати способним да буде кривично одговорно, отвара и питање начела поуздања у јавне књиге, односно могућих фалсификата доказа о рођењу.

⁴³ UNICEF, *The „Rights“ Start to Life: A Statistical Analysis of Birth Registration*, New York 2005, 3. Процент нерегистрованих рођења у јужној Азији достигао је чак 63 %, а постоје и земље, као што је Танзанија где чак 94 % рођења није регистровано. – D. Cipriani, 132.

⁴⁴ Иако се истраживање питања учинилаца без доказа о рођењу може учинити анахроним и просторно неспојивим са Републиком Србијом, навешћемо да према званичним подацима пописа становништва из 2002. године у Србији (не рачунајући територију Косова и Метохије) има око 108.000 Рома. – Републички завод за статистику Србије, Центар за демографска истраживања Института друштвених наука и Друштво демографа Србије, *Становништво и домаћинства Србије према попису 2002. године, Књига 1: Национална или етничка припадност – подаци по насељима*, Београд 2003. Према подацима Министарства за људска и мањинска права, на које су се позивали медији у Србији током 2009. године, по незваничним проценама са терена, представника ове националне мањине у Србији има између 400.000 и 500.000.

Земље се са овим проблемом боре на различите начине. Свакако да је у смислу (не)поштовања људских, односно дечјих права најлошије и најмање прихватљиво препуштање судији на потпуно дискреционо одлучивање на основу сопствене процене.⁴⁵ Настојећи да спречи овакву и сличну праксу,⁴⁶ Комитет за права детета препоручује да, уколико не постоји поуздан доказ о рођењу детета, оно има право на примену одговарајућих мера медицинског или социјалног карактера. Поменућемо неколико (научно заснованих) медицинских начина чијом је међусобном комбинацијом уз одређена испитивања у социјалној средини у којој лице живи могуће учинити одређену процену старости живог лица. У сваком случају, сложено и испланирано психо-социјално испитивање уз општи физички преглед представља почетак утврђивања узраста неког лица. Од одређене користи може бити стоматолошки преглед, нарочито утврђивање минерализације трећих молара, као и рентгенски преглед⁴⁷ ручног зглоба чији се резултати пореде са референтним атласима стандардних снимака према годинама и полу.⁴⁸ Неопходно је имати у виду да су неки аутори дошли до закључака да у зависности од социо-економског статуса и националне припадности одступање утврђеног узраста лица може бити чак и до пет или шест година, о чему нема довољно података на основу којих би се одређена релативна грешка могла предвидети.⁴⁹ Осим тога, иако се комбинација одређених метода чини бољим начином утврђивања узраста једног лица, доводи до проблема немогућности утврђивања релативне грешке, јер сваки од метода греши на различит начин и условљено различитим факторима. У једној евалуационој студији у Великој Британији на узорку од 43 судска предмета,

⁴⁵ Оваква пракса постоји у Бангладешу, где судија напросто „погађа“ узраст учиниоца. – D. Cipriani, *Ibid.* (оригинални извор: U. S. Kamal, *The Age of Criminal Responsibility and Other Aspects of the Children Act*, Dhaka 1974).

⁴⁶ Тако, рецимо, у Оману, Етиопији и Шри Ланки, суд захтева процену узраста од стране компетентних медицинских стручњака. Међутим, дешава се да прође много времена док суд не пронађе вештака, за које време лица трпе последице кривичног прогона (нпр. притвор и сл.). – D. Cipriani, 133.

⁴⁷ Треба имати у виду да је рентгенски преглед инвазивна метода, чије зрачење има бројне негативне ефекте на људски организам, нарочито у раном животном добу, а овде се примењује без медицинске потребе.

⁴⁸ D. Cipriani, *ibid.* (више о томе, између осталог вид. International Organization for Migration and the Austrian Federal Ministry of the Interior, *Resource Book for Law Enforcement Officers on Good Practices in Combating Child Trafficking*, Vienna 2004; A. Olze *et al.*, “Age estimation of unaccompanied minors: Part I, General considerations“, *Forensic Science International*, 159, Supplement 65, 2006; A. Schmeling *et al.*, “Age estimation of unaccompanied minors: Part I, General considerations“, 159, Supplement 61, 2006).

⁴⁹ D. Cipriani, *ibid.*

утврђено је да је одступање медицински утврђеног узраста лица од њихове стварне старости око 12 месеци.⁵⁰ Ако се сетимо да је у системима који имају фиксну доњу границу кривичноправног малолетства стицање способности лица да буде кривично одговорно везано за један дан, свака релативна грешка у процени имаће апсолутан кривичноправни ефекат.

У случају да ни на један од поменутих начина није могуће утврдити тачан моменат рођења, и следствено томе није могуће са сигурношћу утврдити ког узраста је дете било у време извршења дела, Комитет за права детета заузео је став да се неће сматрати да је дете способно да буде кривично одговорно.⁵¹

Осим при утврђивању да ли је одређени учинилац у време извршења дела достигао минимални узраст за кривичну одговорност, лица без доказа о рођењу представљају проблем и на преласку у пунолетство, као и на другим апсолутно одређеним границама у кривичном праву, те у правном саобраћају уопште.

5. ЗАВРШНА РАЗМАТРАЊА

Међународно право увек је снажно обојено односом међудржавних снага у датом тренутку. Када посматрамо наднационални ниво, иако далеко од стварне равноправности, суверена воља сваке државе ипак представља фактор који у усаглашавању међународних правних инструмената игра значајну улогу. Можемо приметити да не постоји превелика заинтересованост снажних интересних група нити држава које представљају надмоћне политичке чиниоце за питања која су предмет овог рада. Отуда, свакој држави која учествује у поступку усаглашавања на међународном нивоу питања минималног узраста за кривичну одговорност и са њиме повезаних установа, остаје простор заузимања (релативно) сувереног става и у крајњем, иступања из одређених међународних уговора или стављања резерви на односне одредбе.

Изложена решења међународних уговора ипак имају само ограничен утицај. Разуме се да неке од изложених одредаба националног законодавца формално обавезују само уколико је држава страна уговорница одређеног међународног уговора. Преузимање међународних обавеза мотивисаних краткорочним, махом политичким, циљевима и уношење у правни систем трансплантата који су поникли на темељима различитих култура, даје веома слабе резултате. Оваква решења,

⁵⁰ *Ibid.*, 134.

⁵¹ Committee on the Rights of the Child, вид. фн. 34; пар. 35, 39 и 72.

која нису одраз културе друштва у ком важе, морални поредак једног друштва настоји да одбаци као страном тело. Отуда би било оправдано очекивати да ће се непромењено стање задржати, односно да неће бити могуће успоставити општу сагласност о минималном узрасту за кривичну одговорност барем док међународно (јавно) право буде заузимало положај који му данас припада.⁵² Овакав став националних законодаваца за последицу има изузетно различита решења у упоредном праву.⁵³

Чини нам се да заиста нема потребе да се минимални узраст за кривичну одговорност настоји уједначити на општем нивоу. Оваква настојања, формално се кријући иза правне сигурности, којој сматрамо да не доприносе, у државама које припадају различитим културним круговима, ниподаштавају посебности одређене културе на којима почива сваки морални, па и правни поредак.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Cipriani, Don, *Children's rights and the minimum age of criminal responsibility: a global perspective*, Ashgate, Farnham – Burlington;
2. Вучковић Шаховић, Невена, „Малолетничко правосуђе у међународном праву – са посебним освртом на малолетне (младе) делинквенте“, *Југословенска ревија за међународно право* 2-3/1997;
3. Самарџић, Стефан, „Универзална доња старосна граница способности за кривичну одговорност“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2011;
4. Шкулић, Милан, „Старосна граница способности за сношење кривице у кривичноправном смислу“, *Crimen (I)* 2/2010.

⁵² Можда би најбоља илустрација разлога због којих уложени напори на међународној равни нису исходовали успехом у постављању општеприхваћеног минималног узраста за кривичну одговорност био управо став канадске делегације у расправи током усаглашавања текста Допунског протокола I уз Женевске конвенције. Канадски представник истакао је да на питање доње старосне границе кривичне одговорности одговор треба да дају национална законодавства које свака држава треба да уреди у складу са својом културом, развијеношћу и потребама, те да би изјашњавање (Протокола) по том питању за многе представљало уплитање у унутрашња питања држава. Канада је у то време, па све до 1984. године, захтевала само седам година као минималан узраст за кривичну одговорност. – D. Cipriani, 46.

⁵³ С. Самарџић, „Универзална доња старосна граница способности за кривичну одговорност“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2011, 448–451.

Правни извори

1. Закон о потврђивању допунског протокола уз Женевске конвенције од 12. августа 1949. о заштити жртава међународних оружаних сукоба (Протокол I), *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 16/78;
2. Закон о потврђивању ревидиране Европске социјалне повеље, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 42/09;
3. Закон о ратификацији европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Сл. гласник Р. Србије – Међународни уговори*, бр. 9/03;
4. Закон о ратификацији Конвенције против тортуре и других свирепих, нељудских или понижавајућих казни и поступака, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 9/91;
5. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97;
6. Закон о ратификацији Међународног о економским, социјалним и културним правима, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71;
7. Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71;
8. European Court of Human Rights, *T. v. The United Kingdom*, App.no. 24724/94: Judgment, Strasbourg 1999;
9. European Court of Human Rights *V. v. The United Kingdom*, App.no. 24888/94: Judgment, Strasbourg 1999;
10. European Court of Human Rights, *S.C. v. The United Kingdom*, App.no. 60958/00: Judgment, Strasbourg 2004.

Assistant Stefan Samardžić, LL.M.

Faculty of Law,
University of Novi Sad

CRIMINAL LAW DEFINITION OF A CHILD IN INTERNATIONAL INSTRUMENTS AND MEDICAL PROCEDURES TO DETERMINE A PERSON'S AGE⁵⁴

Summary

On the one hand, human rights enjoy criminal-law protection while on the other hand they are a mechanism by which an individual who has violated a criminal code is to be affected. A development of standards for

⁵⁴ This paper is published as part of the research conducted for the project titled „Biomedicine, Environmental protection and law” No. 179079 financed by the Ministry of Education, Science and Technology of the Republic of Serbia.

juvenile justice system is of a great importance in international law, primarily by examining the offender in the light of the minimum age of criminal responsibility (MACR). Although considerable efforts have been made in international law in order to set the general minimum age of criminal responsibility, no consensus has been reached on this issue. Having in mind the nature of international law it seems that such efforts are futile. The tendency of harmonizing the minimum age of criminal responsibility, while are formally hidden behind the rule of law argument in the states that belong to different cultures, ridicules specific character of particular culture on which every moral and legal order rests. The analysis of international regulatory standards and the process of its making raise the issue of justification of harmonization with predominant standards of the international community in situations when national-law regulation does not correspond to the needs of a particular society. In his previous work, the author has published excerpts from this research. While examining the accuracy of previous research results, this paper puts a particularly strong emphasis on the analysis of international instruments dealing with the rights of the child and the issue of medical methods used to determine the age of a person that has no proof of his age, that is persons whose birth was not registered in public records. Although it could sound as a part of the history, it is fairly common for children not to have birth certificate or other proof of their ages. The aim of this paper is to give, through comparative and historical analysis, an overview of relevant international instruments dealing with the mentioned issues, in particular in order to examine issues relating to medical and other non-legal methods of determining the person's age. Besides the fact that MACR is at the first place an institute of the criminal law, even more it is one small but very important piece of the larger puzzle – children's rights.

Key words: *Child; Criminal law; International instruments; Determining person's age; Minimum age of criminal responsibility.*