

ОБЉУБА ЗЛОУПОТРЕБОМ ПОЛОЖАЈА НАСТАВНИКА ^a

Игор Вуковић*, Иван Ђокић

Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, Србија

*igorvu@ius.bg.ac.rs

Апстракт

У раду се разматра питање дозвољености сексуалних односа између наставника и ученика, пре свега из угла постојећих кривичноправних забрана. И у случају када је сексуални однос између наставника и ученика правом дозвољен, због позиције неравноправности ових субјеката оправдано се доводи у сумњу социјално-етичка прихватљивост таквог односа. Претежни део рада је посвећен правно-догматској анализи законских обележја кривичног дела обљубе злоупотребом положаја, када се као учинилац појављује наставник или васпитач. С обзиром на то да инкриминисање овог деликта није неспорно, неопходно је да се његова криминална зона рестриктивно тумачи, тако да обухвати само случајеве у којима заиста долази до злоупотребе положаја или поверења.

Кључне речи: наставник, васпитач, злоупотреба положаја, сексуални односи

SEXUAL INTERCOURSE THROUGH ABUSE OF POSITION BY TEACHER

Abstract

The paper analyses the question of the permissibility of sexual relationships between teachers and students, primarily from the perspective of existing criminal prohibitions. And in those cases in which the sexual relationship between teacher and student is legally allowed, the position of inequality of these persons reasonably casts doubt on the social-ethical acceptability of such a relationship. Most of the work is devoted to legal-dogmatic analysis of the actus reus and mens rea of the offence of sexual intercourse through abuse of position by teacher or educator. Given the fact that this offence is arguable, it is essential that criminal zone in this case should be interpreted restrictively, so as to cover only cases in which really comes to the abuse of position or trust.

Key words: teacher, educator, abuse of position, sexual relations.

^a Рад је настао као резултат рада на пројекту бр. 179051 „Казнена реакција у Србији као кључни елемент правне државе“, који финансира Министарство науке Републике Србије.

УВОД

Забрана насиља, злостављања и занемаривања у образовним и васпитним установама (предшколским и школским) укључује и сексуалну злоупотребу деце и ученика (Закон о основама система образовања и васпитања, 2009, чл. 45 ст. 1). Таква забрана је разумљива. Наставници и васпитачи, према природи њиховог положаја и чињеници да остварују непосредни контакт са младим људима који још увек нису формиран као личности, врше на њих као својеврсни узор снажан утицај.¹ У наставнику ученик редовно види фигуру која представља ауторитет, па евентуална злоупотреба ове социјалне улоге може остварити негативне последице на развој малолетног лица.

У српском праву налази се више кривичних дела која би могла да обухвате недозвољен сексуални контакт у односу наставника и ученика. На почетку треба одмах указати да наше кривично право апсолутно забрањује вршење обљубе (вагиналног коитуса), са њом изједначеног чина (аналног или оралног коитуса) или других полних радњи са децом (лицима која нису навршила 14 година). Због недовољне зрелости деце, њихов пристајак на сексуални однос не сматра се правно ваљаним, па је евентуални добровољни сексуални контакт између наставника и ученика основне школе (млађег од 14 година) кажњив (Кривични законик, 2005, чл. 180 ст. 1 и чл. 182 ст. 2).² Међутим, са навршених 14 година лице начелно постаје слободно да се самостално опредељује у сфери сексуалних односа, па се поставља питање да ли одржавање ових односа између наставника и ученика старијег узраста (по правилу средње школе) такође може доћи под удар кривичног законодавства и под којим условима. Слично питање се поставља и у погледу евентуалних сексуалних односа између универзитетских наставника и студената. Иако се ради о пунолетним лицима, одлука студента да ступи у везу са наставником може на неки начин да буде неслободна, пошто студент осећа притисак због чињенице да је професор неко ко или директно одлучује о његовом знању, или, ако то већ није случај, ипак има одређени утицај и моћ на факултету (DeChiara, 1988, стр. 141–142). Због тога многа кривична законодавства дефинишу посебно кривично дело, које покрива оне облике злоупотребе положаја где се искоришћава однос зависности

¹ Полазећи од ове чињенице, у англосаксонској литератури се штавише сматра да у односу на наставнике треба да важе строжи стандарди понашања него у погледу других јавних служби (Clay, 1976, стр. 935).

² Ако однос није добровољан већ принудан, наставник одговара за силовање детета (Кривични законик, 2005, чл. 178 ст. 4), а ако искористи душевну болест или какво друго стање немоћи детета (нпр. у школи за ученике са сметњама у развоју) одговараће за обљубу над немоћним дететом (Кривични законик, 2005, чл. 179 ст. 3).

у којем се ученик може наћи. У наредним излагањима, покушаћемо да ближе осликамо различите ситуације и могућу кривичну одговорност наставника и васпитача, а нарочито из угла кривичног дела обљубе злоупотребом положаја (Кривични законик, 2005, чл. 181).

ЗЛОУПОТРЕБА ОДНОСА ПОДРЕЂЕНОСТИ ИЛИ ЗАВИСНОСТИ

Основни облик обљубе злоупотребом положаја чини онај ко злоупотребом свог положаја наведе на обљубу или са њом изједначен чин лице које се према њему налази у односу какве подређености или зависности (Кривични законик, 2005, чл. 181 ст. 1). Иако пасивни субјект код овог основног облика начелно може бити и малолетно и пунолетно лице, бар када се ради о наставницима и васпитачима као потенцијалним извршиоцима, овим обликом били би покривени превасходно сексуални односи са пунолетним ученицима или студентима, с обзиром на то да тежи облици дела изричито инкриминишу злоупотребу положаја наведених субјеката у односу на малолетна лица.

У старој литератури преовлађује став да разлог инкриминисања обљубе злоупотребом положаја почива на асиметричном, неравноправном односу активног и пасивног субјекта, у којем се жртва дела налази у позицији у којој је подређена или зависи од учиниоца. Будући да учинилац и жртва нису равноправни партнери у том односу, пристанак жртве да се упусти у сексуални однос сматра се неделотворним, јер је у неку руку изнуђен (DeChiara, 1988, стр. 142; Fischer, 2011, стр. 1111; Renzikowski, 2005, стр. 1050). Утолико би и овај деликт повређивао право на сексуално опредељење појединца, задирањем у његову слободу одлучивања. Слично становиште заступа се и у нашој литератури (вид. нпр. Краус, 1986, стр. 347).

Оправданост инкриминисања обљубе злоупотребом положаја није међутим неспорна. Иако се, како смо видели, доводи у питање слободна воља пасивног субјекта да се упусти у сексуални однос, пристанак се у овом случају ипак не темељи на принуди или на неспорном недостатку воље другога, као у случају односа са дететом или душевно болесним лицем. Штавише, овде се често и не ради о искоришћавању неког стања нужде жртве, већ о својеврсној размени услуга (*quid pro quo*), где жртва пристаје на однос очекујући да ће од учиниоца за узврат добити какву погодност или привилегију. Понашање такве „жртве“ је „исто тако (морално) неприхватљиво као и понашање лица које злоупотребљава свој положај“ (Стојановић, 2012, стр. 539–540), па је нејасно којем добру се кривичноправна заштита овде заправо уопште пружа. Стога је оправдано да се криминална зона овог кривичног дела рестриктивно тумачи, у смислу да

она обухвати само оне ситуације које се заиста могу сматрати злоупотребом положаја (*ibid.*, стр. 540) и стварним искоришћавањем односа подређености или зависности.

Централно обележје дела представља однос подређености или зависности, па се поставља питање који односи се могу тако оквалификовати, и да ли би се ту могао подвести и средњошколски или универзитетски наставник односно сарадник. Однос *подређености* карактерише такву субординацију два лица, у којем је претпостављени, на темељу неког прописа или уговора, овлашћен да издаје извесне налоге и упутства потчињеном, који је ове налоге обавезан да извршава.³ Лице које заузима нижи положај у хијерархији (по важности, чину, звању, функцији, положају, рангу) подређено је лицу које је старије у хијерархији, и због ове подређености сноси ризик да у случају лоше оцене његовог рада од стране надређеног трпи какве неповољне последице. Однос подређености је могућ у војсци (нпр. између официра и војника), у служби (нпр. између полицијског командира и полицајца), на раду (нпр. између директора и запосленог), на издржавању казне (између чувара и затвореника) итд. Студенти се формално не налазе у положају подређености према професорима, али такав однос по правилу постоји између наставника и асистената у нижем звању.

У случају односа *зависности* не мора се радити о лицима која заузимају различити положај у хијерархији (иако такав однос и код њих често постоји), већ он подразумева све друге ситуације у којима једно лице фактички зависи од другог. Не мора се радити искључиво о материјалној зависности већ и о другим релацијама, где је позиција једног лица условљена извесним одлучивањем другог, као нпр. у односу између повериоца и дужника или здравственог особља и пацијента. Однос професора и студента управо може представљати однос зависности, у ситуацијама где професор носи академску одговорност за студента (оцењује његов рад, представља његовог ментора или на други начин вреднује његове активности).⁴

У сваком случају, како законодавац не дефинише када постоји такав однос, стање подређености или зависности представља фактичко питање о којем одлучује суд. Ипак, нисмо сигурни да ли је такво

³ Према једном схватању подређеност се не мора изводити само из прописа, уговора и других правних аката, већ и из фактичког стања (Краус, 1986, стр. 347). Ипак, чини нам се да је прецизније овај однос везати за формалну, правно дефинисану субординацију, јер се фактички однос подређености заправо своди на однос зависности, који је такође обухваћен инкриминацијом.

⁴ Обрнуто, сматра се да добровољни односи између студента и наставника који немају никакав утицај на вредновање знања и рада студента треба да остану изван легитимног институционалног интереса (Young, 1996, стр. 301).

решење, које овде екстензивно поставља криминалну зону, одговарајуће, нарочито имајући у виду поменути спорни криминално-политички оквир инкриминације.⁵ Изричитим навођењем конкретних односа зависности или подређености (нпр. са лицем које се налази под надзором „у затвору, болници, сиротињском дому, у заводу за васпитање или поправљање, у заводу за рад или за лечење и чување“, како је то било наведено у Кривичном законнику Краљевине Југославије, 1929, чл. 275 ст. 2), јасније се ставља до знања да се сексуални односи унутар извесних социјалних веза сматрају неспојивим са вршењем одређених послова од значаја за друштво. Овако се оправданост инкриминисања мора првенствено тумачити из угла вредновања радње злоупотребе.

Радњу овог дела законодавац, не случајно, одређује као *навођење* на обљубу или са њом изједначен чин. Овако дефинисана радња покреће извесна догматска питања. Најпре, нема сумње да се под навођење могу подвести различити облици подстрекавања. Навођење, у том смислу, може представљати наговарање, убеђивање, плаћање, захтевање, предлагање, (лажно) обећање или други покушај стварања одлуке код другог да ступи у сексуални однос. Иако се под радњу подстрекавања уобичајено подводи и принуда, одлука код другог ипак не сме бити створена принудно. Навођење на обљубу или са њом изједначен чин применом силе или претњом непосредним нападом на живот или тело представљаће радњу основног облика силовања (Кривични законик, 2005, чл. 178 ст. 1), док би претња да ће се открити нешто што би шкодило части или угледу или претња другим тешким злом водила одговорности за привилеговани облик истог дела (Кривични законик, 2005, чл. 178 ст. 2).

Навођење мора бити успело, јер законодавац захтева да друго лице буде *наведено* на обљубу или са њом изједначен чин. Утолико довршење овог дела не подразумева само (успео или неуспео) покушај стварања одлуке код другог, већ за последицу мора имати и сам сексуални чин. Ако навођење за последицу није имало вагинални, анални или орални коитус већ неку другу полну радњу, учинилац ће одговарати за кривично дело недозвољених полних радњи (Кривични законик, 2005, чл. 182 ст. 1). Ако навођење остане у покушају,

⁵ С друге стране, постојеће решење, ма колико му се може приговорити на плану непрецизности, има ту предност у односу на законом дефинисани затворени круг односа зависности или подређености (*numerus clausus*), што се тиме избегава могућност да неки именовани однос не буде изричито наведен, па да тако неоправдано испадне из криминалне зоне. Неки актуелни закони (вид. нпр. Закон о сексуалним деликтима Велике Британије, 2003, чл. 21, Кривични законик Немачке, 1871, чл. 174–174ц, или Кривични законик Аустрије, 1974, чл. 212) ипак се опредељују за изричито навођење конкретних односа подређености и зависности.

такав покушај због запрећене казне (новчана казна или затвор до три године) ипак не би био кажњив.

Може бити спорно да ли радња навођења захтева да потицај на вршење сексуалног чина потиче само од учиниоца, или *иницијатива* у неком облику може потицати и од жртве. Према једном схватању (Лазаревић, 2011, стр. 627), „навођење увек претпоставља да иницијатива за обљубу потиче од извршиоца“. Другим речима, иницирање сексуалног чина од стране жртве искључило би постојање овог кривичног дела. Али, овај аутор сматра да кривичну одговорност учинилац ипак заслужује „ако лако и брзо прихвати понуду за вршење обљубе или с њом изједначеног чина“ (*ibid.*). Међутим, ову допуну не можемо прихватити, јер се радња навођења тешко може довести у везу са прихватањем понуде. Како наиме понуда претпоставља да је извесна одлука у погледу заинтересованости за сексуални однос већ донета, брзина позитивног одговора на ову понуду не може заменити услов стварања одлуке код другог. На другој страни, поједини аутори допуштају да иницијатива за однос дође и од стране пасивног субјекта. Тако Таховић изричито наводи како ово лице, поведено за извесним побољшањем свог положаја, може и лично иницирати однос, што не би утицало на постојање кривичног дела, већ евентуално само на степен одговорности учиниоца (Таховић, 1956, стр. 403).⁶ Ипак, изнети разлози на плану стварања одлуке онемогућавају и ово тумачење, тако да сматрамо да иницијатива мора потећи од стране извршиоца (слично и Краус, 1986, стр. 347; Симић, 2007, стр. 213). Чини нам се да у овом случају, будући да се код овог облика по правилу и не ради о малолетној жртви, опадају и други криминално-политички разлози који би захтевали кажњавање учиниоца и када иницијатива не потиче од њега самог.

Није једноставно одговорити када се на обљубу или са њом изједначен чин наводи *злоупотребом* положаја. Према ставу седнице Кривичног судског одељења (од 9. 2. 1965. године), суд је обавезан да код овог кривичног дела у сваком појединачном случају утврди постојање овог обележја и да га посебно образложи (вид. Збирка судских одлука из области кривичног права, 1972, стр. 77), али то није од нарочите помоћи на плану утврђивања када злоупотреба заиста постоји, нарочито из угла њеног разграничења са неким формама принуде. Из угла језичког значења, појам злоупотребе положаја би подразумевао да се у конкретном случају одређени положај иско-

⁶ У том смислу и Чејовић препоручује да се радња извршења основног облика преобликује на само вршење обљубе или са њом изједначеног чина, како би постало ирелевантно од кога долази иницијатива (Чејовић, 1986, стр. 542).

ришћава на неки недопуштен начин.⁷ Према владајућем мишљењу у нашој литератури злоупотреба се „првенствено остварује давањем односно обећањем одређених погодности или претњом односно наговештајем наступања одређених штетних последица које су везане за положај извршиоца у односу на пасивног субјекта“ (Краус, 1986, стр. 347).⁸ Утолико је положај жртве у неку руку изнуђен. Сличне радње наводе и наши други аутори (Лазаревић, 2011, стр. 628; Чејовић, 1986, стр. 542), а такав став преовлађује и у страниј литератури (вид. нпр. Lenckner & Perron, 2001, стр. 1416).

Спорно је, међутим, да ли злоупотреба уопште може да обухвати *претњу*. Већ смо констатовали да различити облици уцене (нпр. да студент неће положити испит ако не пристане на сексуални однос) остварују привилеговани облик силовања, када се жртви прети неким тешким злом. Отуда би евентуално овде претња дошла у обзир као радња само под условом да се прети неким мањим злом (у сличном смислу Стојановић, 2012, стр. 539).⁹ Ипак, питање је да ли је таква ситуација уопште замислива. Како законодавац код привилегованог облика силовања као пример „тешког зла“ наводи претњу да ће се за то или неко блиско лице открити нешто што би шкодило њиховој части или угледу, која (претња) на вредносној скали кривично-правне заштите има готово најниже место, тешко можемо бранити становиште да би претња било којим злом, подобна да изнуди одлу-

⁷ Однос злоупотребе подразумева извршен дефицит на страни жртве, сличан ономе који постоји код кривичног дела зеленаштва (Кривични законик, 2005, чл. 217), код којег се прима или уговара несразмерна имовинска корист искоришћавањем тешког имовинског стања, тешких прилика, нужде, лакоумности или недовољне способности за расуђивање оштећеног. Ипак, овакав детаљан опис невоља у којима се оштећени може налазити код обљубе злоупотребом положаја изостаје.

⁸ Евентуално, ако се ради о малолетнику, сматра се да није неопходно непосредно стављање у изглед повластица или штетних последица, већ да је довољна сама позиција ауторитета (Краус, 1986, стр. 347).

⁹ У страниј литератури (вид. нпр. Renzikowski, 2005, стр. 1080) се такође сматра да злоупотреба код овог дела подразумева изричито или конклюдентно указивање на извесне користи од сексуалног односа (напредовање у послу, изгледност извесних путовања итд.) или на извесне штетне последице (отказ, шиканирање итд.). Ипак, могућност да се до односа дође претњом која се не односи на непосредни напад на живот и тело битно је условљена тиме да ли су слични облици претње у одређеном страном законодавству обухваћени неким другим сексуалним деликтом. Тако се у немачком праву ово дело такође граничи са посебним обликом силовања (Кривични законик Немачке, 1871, чл. 177 ст. 1 тач. 3), у којем се искоришћава положај беспомоћности жртве, па се у литератури с правом указује да злоупотреба код овог дела не сме достићи праг тог облика силовања (Frommel, 2005, стр. 3217). И у швајцарској литератури се изричито упућује да понашање учиниоца не сме имати обележја принуде (Maier, 2007, стр. 1116, 1162).

ку о ступању у сексуални однос – могла представљати радњу изван кривичног дела силовања. Разуме се, „пристанак“ на однос је до-некле у релацији са тежином зла које се ставља у изглед, па се у слу-чају неких „претњи“ слабијег интензитета може довести у сумњу да ли је пристанак жртве уопште био изнуђен.

Када се пак ради о могућем стављању у изглед извесних *погодности*, треба имати у виду да се обележја обљубе злоупотребом положаја могу преплитати са неким кривичним делима против службене дужности. Тако у нашој литератури није спорно да корист која се прибавља злоупотребом службеног положаја (Кривични законик, 2005, чл. 359) може бити и нематеријална (Јазаревић, 2011, стр. 1045; Стојановић, 2012, стр. 943). Исто важи и у случају кривичних дела трговине утицајем или давања и примања мита (Кривични законик, 2005, чл. 366–368). Овде се такође ради о различитим видовима злоупотребе положаја (искоришћавање положаја, невршење дужности, прекорачење граница дужности итд.), с тим што се код ових деликата злоупотреба односи на службени положај. До преклапања са овим деликтима не мора доћи ако се не ради о службеном односу. Међутим, како се у случају професора или наставника, као лица запослених у установама којима је поверено вршење јавних овлашћења (вид. Кривични законик, 2005, чл. 112 ст. 3 тач. 3), ради о службеним лицима, давање студенту извесних погодности (нпр. уписивање незаслужене оцене у индекс), које за узврат подразумева какву сексуалну услугу (*quid pro quo*), редовно се може подвести под одговарајуће кривично дело против службене дужности.

Будући да је злоупотреба односа подређености или зависности *супсидијарна* у односу на одговарајућа (тежа) кривична дела против полне слободе, односно службене дужности, криминална зона овог дела у исходу се своди на ситуације искоришћавања свог надређеног или надмоћног положаја стављањем другоме у изглед извесних погодности од стране лица којем недостаје својство службеног лица, или евентуално на ситуације суптилнијег (али тешко доказивог) узнемиравања, које за зависног пасивног субјекта ствара неподношљиве услове у непосредном радном окружењу (тзв. *hostile environment*) (вид. Connolly & Marshall, 1989, стр. 385).

Како је централно обележје овог дела однос подређености или зависности, учинилац мора својом свешћу обухватити ову околност. Овај захтев на субјективном плану се са разлогом наглашава, будући да се онда показује да учинилац *искоришћава* ово стање. Другим речима, између зависности или подређености и сексуалног односа постоји таква мотивациона веза, услед које жртва одлучује да се не супротставља учиниоцу, чега је овај свестан (Maier, 2007, стр. 1117). С друге стране, будући да се код овог дела ради о повреди права на сексуално самоопредељење, неопходно је да и жртва буде свесна да је

подређена односно зависна у односу на учиниоца (Fischer, 2011, стр. 1114).¹⁰

ЗЛОУПОТРЕБА ОДНОСА ПОВЕРЕЊА

За разлику од деце до 14 година, лица од 14 до 18 година (малолетници) начелно су слободна да се упуштају у сексуалне односе. Ипак, ова слобода није неограничена, јер се сматра да развој њихове личности до пунолетства није окончан. Тако су начелно забрањени сексуални односи са малолетницима лицима којима су они поверени ради учења, васпитавања, старања или неге. Због важности ових социјалних веза и друштвено корисне функције коју врше, сексуални односи између њихових учесника сматрају се непожељним (Lenckner & Perron, 2001, стр. 1413). Отуда се и овде објектом заштите сматра право малолетника на самоопредељење у сфери сексуалности у специфичним односима зависности у којима малолетник не може да се избори са одлукама које се тичу ове сфере, у ситуацијама у којима је дефицит у позицији моћи наспрам учиниоца знатан (Frommel, 2005, стр. 3214; Renzikowski, 2005, стр. 1073). Ако одређени субјект над малолетником врши изванредан надзор, он онда носи и нарочиту одговорност за његов развој, па кривичноправну реакцију заслужује евентуална злоупотреба овог положаја за остварење циљева неспојивих са функцијом која се врши. Управо се у таквој позицији налазе и наставници у односу на своје малолетне ученике.

Поједини *међународни уговори* изричито налажу инкриминасање злоупотребе односа поверења. Тако Конвенција Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања (2007, чл. 18) налаже инкриминасање ступања у сексуалне активности са лицем млађем од 18 година, уколико је притом злоупотребљен положај поверења, ауторитета или утицаја над овим лицем, укључујући ту и положај у породици, при чему се нарочито указује на искоришћавање дететове осетљивости и рањивости у односима зависности.

Сличну инкриминацију познаје и наше кривично право. Наиме, према Кривичном законнику (2005, чл. 181 ст. 2), кажњава се наставник, васпитач, старалац, усвојилац, родитељ, очух, маћеха или друго лице које злоупотребом свог положаја или овлашћења изврши

¹⁰ Тако је у једном случају из швајцарске праксе суд закључио да се не ради о искоришћавању односа зависности у случају сексуалне везе једне 16-годишњакиње и 73-годишњег учитеља музике. Иако је девојка имала моралне дилеме у погледу овог односа, оне се нису тичале некаквог односа зависности, већ разлике у годинама, а она је притом била и заљубљена у свог ментора (вид. Wiprächtiger, 2007, стр. 288–289).

обљубу или са њом изједначен чин са малолетником који му је поверен ради учења, васпитавања, старања или неге. У том смислу, поставља се питање под којим условима овај опис могу остварити наставници и васпитачи.

Васпитање малолетника по правилу је поверено лицима која се старају о детету, а то су по правилу његови родитељи или евентуално усвојитељи, старатељи или хранитељи. Уосталом, њих законодавац (изузев хранитеља) и помиње као могуће извршиоце дела. Дело међутим могу остварити и друга лица (очух, маћеха, деда итд.), која изричито или прећутно преузму послове васпитавања и старања. Заједнички живот у домаћинству по себи није довољан, већ из околности мора непосредно произаћи да је одређено лице на себе преузело бригу о детету (Renzikowski, 2005, стр. 1076). Спорадично чување детета током неколико сати (нпр. од стране бeбиситера или аниматора током рођендана) не значи да је неко лице преузело и послове његовог васпитавања, јер се у литератури оправдано закључује да процес васпитања захтева дужи рад са дететом (Philipp, 2014, стр. 94). Међутим, некада ће бити испуњен услов да је неко лице фактички преузело старање о малолетном детету. Управо однос *старања* омогућава подвођење под законски опис и неких краткотрајнијих односа зависности, нпр. између пратиоца групе и малолетних лица током екскурзије, између тренера и чланова екипе током спортских припрема итд.¹¹

Васпитни рад у предшколској установи остварују васпитачи, док наставу и друге облике образовно-васпитног рада у школи остварују наставници (Закон о основама система образовања и васпитања, 2009, чл. 116 ст. 1 и 2). Наставницима и васпитачима су по правилу поверена она малолетна лица са којима раде. Спорно је да ли би учиниоци могли бити и наставници који не држе наставу малолетном лицу. Већинско схватање у странијој литератури начелно одбацује одговорност других наставника који не предају малолетном лицу (вид. нпр. Lenckner & Petron, 2001, стр. 1414), већ би једино они наставници којима је поверено руковођење предшколском или школском установом (основном школом, музичком или балетском школом, школом за образовање ученика са сметњама у развоју, гимназијом итд.) такав однос, због свог надређеног положаја, задржали према свим ђацима у односној установи (Renzikowski, 2005, стр. 1076). Како и овде мора бити заснована стварна зависност, у литератури се

¹¹ У странијој литератури се односи свештеника и малолетних верника рестриктивно тумаче, па се углавном не сматра да се овде ради о односима зависности (Frommel, 2005, стр. 3215). С тим се можемо сагласити уколико се ради о редовном контакту свештеника и малолетног парохијана, али не и ако је у питању однос духовног руковођења или однос вероучитеља и ученика.

наилази на схватање да учитељи који држе приватну наставу у неком мањем фонду часова не би могли бити извршиоци овог дела (*ibid.*). То је тачно ако се дело тумачи у контексту односа васпитавања, али не и у погледу односа учења, које закон такође инкриминише. Тешко можемо оспорити да је и приватном учитељу малолетно лице поверено ради учења, независно од уговореног броја часова.

Под *учењем* се може разумети преношење знања и способности ради постизања одређених образовних циљева и припреме за одређени позив. Може бити спорно да ли лицима повереним ради учења можемо сматрати и она малолетна лица која похађају извесне курсеве (нпр. плеса) или ауто-школу. У упоредној литератури се углавном сматра да у сличним односима није могуће остварити ово дело, јер овде изостају карактеристичне везе надређености и подређености у којима би учинилац могао да утиче на формирање личности малолетника (у том смислу нпр. Lenckner & Perron, 2001, стр. 1414). Ипак, како се овде такође не ради о лицима повереним другима ради васпитавања већ ради учења, постојећа формулација Кривичног законика ипак допушта подвођење наведених субјеката под законски опис, независно од тога што се овде ради о неким специјализованим знањима.¹² Наставницима и васпитачима се малолетна лица по правилу не поверавају ради *неге*, а ако то изузетно и буде случај (нпр. у школи за ученике са сметњама у развоју) редовно ће већ бити испуњен услов да је учиниоцу лице поверено ради учења. Услов да је малолетно лице учиниоцу *поверено* може почивати на закону (нпр. родитељима је према Породичном закону поверено старање о деци), положају (нпр. у случају наставника), али и на једностраном преузимању од стране учиниоца (Fischer, 2011, стр. 1114).

Обљуба или с њом изједначен чин се морају учинити *злоупотребом* положаја или овлашћења. Будући да је малолетник учиниоцу овде поверен ради учења, васпитавања, старања или неге, у литератури преовладава схватање да се овај услов мора ценити строже него код претходног дела (Краус, 1986, стр. 349). У том смислу, према једном мишљењу злоупотреба се и не би морала посебно утврђивати ако би се радило о у закону изричито именованим лицима (наставнику, васпитачу, стараоцу, усвојоцу, родитељу, очуху или маћехи); неопходност постојања радње злоупотребе имала би се утврђивати само ако би се радило о неком другом лицу (нпр. неговатељици или тренеру спортског клуба) као потенцијалном учиниоцу (Стојановић, 2012, стр. 540). Ипак, иако ово схватање делује логично, оно се према владајућем ставу у нашој литератури не може закључити из постојећег обличја законског описа. Основни аргумент који

¹² Слично се закључује и у аустријској пракси (вид. Philipp, 2014, стр. 94).

говори против таквог тумачења тиче се чињенице да је законодавац обележје злоупотребе ипак прописао као обележје дела (у том смислу нпр. Чејовић, 1986, стр. 543). Да такво обележје изостаје, онда би се заиста могло тврдити да сваки сексуални однос у наведеним социјалним везама безусловно остварује кривично дело. На сличан закључак упућује и чињеница да се и у погледу изричито наведених субјеката разматрају извесне ситуације које би искључиле противправност сексуалних односа, што указује да се забрана ових односа у погледу наведених лица ипак не сматра апсолутном.

С тим у вези, у судској пракси се поставило питање да ли би дело било остварено ако би између учиниоца и малолетника, који може бити и мушко и женско лице, постојало стање *заљубљености*. Према владајућем схватању и старијој јудикатури, постојање заљубљености би негирало да је дело учињено злоупотребом положаја (Краус, 1986, стр. 349). Поједини аутори се у погледу овог питања изричито не опредељују, указујући да одговор зависи од степена заљубљености и чињенице да ли је она једнострана или обострана, и сматрајући да би се постојање дела неспорно могло искључити само у случају евентуалног закључења брака (Лазаревић, 2011, стр. 630). Како закључење брака, као евентуални основ за обуставу кривичног гоњења, код овог дела, за разлику од неких других (вид. нпр. кривично дело ванбрачне заједнице са малолетником, Кривични законик, 2005, чл. 190), није изричито прописано, то не мислимо да би нужно само ова ситуација морала да искључи злоупотребу. Да је такво решење хтео, законодавац је по угледу на друга кривична дела могао и да га устроји. С друге стране, стиче се утисак да увођење критеријума заљубљености релативизује криминалну зону.¹³ Штавише, чини нам се, слично мишљењу Стојановића, да би постојећа инкриминација имала више смисла ако би се сексуални односи између појединих категорија субјеката (нпр. наставника и малолетних ученика) сматрали апсолутно неспојивим са дужношћу коју врше. Такав закључак би уосталом био сагласан постојећој тенденцији појачане кривичноправне заштите малолетника у сфери сексуалних односа, актуелној како у нашем (вид. Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним

¹³ Осим ситуације заљубљености, неки аутори искључују злоупотребу у ситуацијама љубавне везе (ако би према околностима конкретног случаја малолетно лице у сваком тренутку било слободно да везу прекине, вид. Frommel, 2005, стр. 3217) или чак обичне сексуалне привлачности (Lenckner & Petron, 2001, стр. 1417). Други пак аутори допуштају постојање дела чак и када су сексуални односи били одржавани и пре него што је малолетно лице било поверено учиниоцу, али би ова околност такође пре упућивала да изостаје обележје злоупотребе (с правом Philipp, 2014, стр. 96).

лицима, 2013, и Кривични законик, 2005, чл. 185–185б) тако и у упоредном праву.¹⁴

Једна од недоумица код овог дела тиче се и питања да ли се мора радити о неком *трајнијем* односу, или би учинилац могло бити и лице којем је малолетник предат на учење, васпитавање, старање или негу у једном привременом и краткотрајном временском интервалу. Ово питање је нарочито актуелно управо у погледу наставника и васпитача, будући да је однос старања, који је карактеристичан за остале набројане учиниоце, редовно трајније природе. Према једном мишљењу, овај однос мора бити управљен на дуже трајање, иако се прихвата да у конкретном случају сексуална веза наступи и након протеча краћег времена (тако Таховић, 1956, стр. 404). Ипак, оправдано преовладава схватање да однос не мора бити трајнијег карактера и да је довољно да је фактички заснован, па би се нпр. могло радити и о држању приватних часова од стране инструктора или ситуацији када је малолетник поверен васпитачу у васпитној установи за малолетнике на неколико сати дневно (Краус, 1986, стр. 348).¹⁵

За разлику од обљубе злоупотребом односа подређености или зависности, код које *иницијатива* у погледу односа мора потећи од учиниоца, овде ова околност није од значаја, па се сматра да чињеница да је малолетник иницирао сексуални однос ни у ком случају не би утицала на постојање кривичног дела извршиоца. Малолетник у том случају не би одговарао за дело ни у својству подстрекача. Неуспешна иницијатива за вршење односа потекла од стране учиниоца представљала би према запређеној казни кажњиви покушај овог дела.

Ако је дело, уместо према малолетнику, учињено према детету, постојаће тежи облик овог кривичног дела (Кривични законик, 2005, чл. 181 ст. 3 КЗ). Ако се сексуални односи одржавају у дужем временском периоду, могућа је конструкција продуженог кривичног дела.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Централни деликт који покрива сексуалне односе наставника и ученика представља кривично дело обљубе злоупотребом положаја (Кривични законик, 2005, чл. 181). Иако слично дело постоји и у страним кривичним законодавствима, његов законски опис није без

¹⁴ Друго је међутим питање да ли је сличан закључак сагласан тренду декриминализовања инцеста у упоредним законодавствима.

¹⁵ И у случају односа старања довољно је да је однос фактички заснован на краћи временски период, као нпр. када родитељи замоле неко блиско лице (у нашој судској пракси нпр. породичног пријатеља или кума) да одређено време причува малолетника или да му се нађе у помоћи док су они одсутни, што ова лица злоупотребе.

приговора. Тако се у његовом основном облику кажњава сексуална злоупотреба односа подређености или зависности. Криминална зона овог облика, како смо видели, није довољно јасно одређена. Као могућа радња којом би се ово дело остварило у литератури се уобичајено наводи стављање у изглед каквих погодности или штетних последица ако студент односно ученик пристане на обљубу или са њом изједначени чин. Међутим, сличним претњама се остварује привилеговани облик силовања, док се довођењем у везу вршења сексуалног чина са извесним привилегијама по правилу могу остварити одређена кривична дела против службене дужности. Извесни приговори могу се упутити и тежем облику који инкриминише злоупотребу лица повереног ради учења, старања, васпитавања или неге. Све то *de lege ferenda* отвара питање евентуалног преуређења ове инкриминације у некој будућој реформи кривичних дела против полне слободе.

ЛИТЕРАТУРА

- DeChiara, P. (1988). The Need for Universities to Have Rules on Consensual Sexual Relationships Between Faculty Members and Students. *Colombia Journal of Law and Social Problems*, 21(2), 137–162.
- Закон о основама система образовања и васпитања [The Law on the Foundations of the Education System], Службени гласник РС. Бр. 72 (2009), 52 (201) и 55 (2013).
- Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима [The Law on Special Measures in Preventing the Commission of Crimes Against Sexual Freedom towards Minors], Службени гласник РС. Бр. 32 (2013).
- Закон о сексуалним кривичним делима Велике Британије [Sexual Offences Act 2003].
- Збирка судских одлука из области кривичног права* (1972). Београд: Републички завод за јавну управу.
- Конвенција Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања од 2007. године [Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse], CETS No.: 201.
- Краус, Б. (1986). У: Н. Срзентић (Ред.), *Коментар кривичних закона СР Србије, САР Косова и САР Војводине* [Commentary on the Criminal Acts of SR Serbia, SAR Kosovo and SAR Vojvodina]. Београд: Савремена администрација.
- Кривични законик [The Criminal Code], Службени гласник РС. Бр. 85 (2005), 72 (2009), 111 (2009), 121 (2012), 104 (2013) и 108 (2014).
- Кривични законик Аустрије [Strafgesetzbuch], Савезни службени лист. Бр. 60 (1974),... 106 (2014).
- Кривични законик Краљевине Југославије [The Criminal Code of the Kingdom of Yugoslavia], Службене новине. Бр. 47 (1929), 1213 (1931) и 2455 (1931).
- Кривични законик Немачке [Strafgesetzbuch], Службени лист Царства. Бр. 127 (1871),... Савезни службени лист. Бр. 10 (2015).
- Лазаревић, Јб. (2011). *Коментар Кривичног законика* [Commentary on the Criminal Code]. Београд: Правни факултет Унион.

- Lenckner T. & Perron W. (2001). In: A. Schönke & H. Schröder (Hrsg.) et al. *Strafgesetzbuch. Kommentar* (pp. 1414–1418). München: C. H. Beck.
- Maier, P. (2007). In: M. A. Niggli & H. Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar. Strafrecht II* (pp. 1113–1170). Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Philipp, T. (2014). In: F. Höpfel, E. Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (§§ 201–212, pp. 92–97). Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- Renzikowski, J. (2005). In: B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Band 2/2, pp. 1043–1087). München: C. H. Beck.
- Симић, И. (2007). *Кривични законик – практична примена* [The Criminal Code – Practical Application]. Београд: Службени гласник.
- Стојановић, З. (2012). *Коментар Кривичног законика* [Commentary on the Criminal Code]. Београд: Службени гласник.
- Таховић, Ј. (1956). *Коментар Кривичног законика* [Commentary on the Criminal Code]. Београд: Савремена администрација.
- Fischer, T. (2011). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München: C. H. Beck.
- Frommel, M. (2005). In: U. Kindhäuser, U. Neumann & H.-U. Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch* (Band 2, pp. 3211–3219). Baden-Baden: Nomos.
- Clay, R. H. C. (1976). Dismissal of Public Schoolteachers for Aberrant Behavior. *Kentucky Law Journal*, 64(4), 911–936.
- Connolly, W. B. & Marshall, A. B. (1989). Sexual Harassment of University or College Students by Faculty Members. *Journal of College and University Law*, 15(4), 381–403.
- Чејовић, Б. (1986). *Кривично право у судској пракси. Посебни део* [Criminal Law in the Jurisprudence. Special Part]. Београд: Југословенски завод за продуктивност рада.
- Wiprächtiger, H. (2007). Das geltende Sexualstrafrecht – eine kritische Standortbestimmung. *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 125, 280–314.
- Young, S. (1996). Getting to Yes: The Case against Banning Consensual Relationships in Higher Education. *American University Journal of Gender and the Law*, 4(2), 269–302.

SEXUAL INTERCOURSE THROUGH ABUSE OF POSITION BY TEACHER

Igor Vuković, Ivan Đokić

University of Belgrade, Faculty of Law, Belgrade, Serbia

Summary

The basic offence in Serbian criminal law covering sexual relations between teachers and students represents the offence of sexual intercourse through abuse of position (Serbian Criminal Code, 2005, Art. 181). Although similar crime exists in foreign criminal legislation (some relevant international documents also provide similar legal protection of children in this sphere [Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse]), the legal description of this offence in Serbian Criminal Code is not without objections. Its basic form provides penalty for sexual abuse of a relationship of subordination or dependency. However, criminal zone of this form is not clearly defined. Suggesting any benefits or harmful consequences if the student consents to sexual intercourse or an equal act is a

possible conduct that may constitute actus reus of this offence, which is generally emphasized in the literature. But depending on the circumstances of the case, elements of some other offences could be realized. Thus, the use of coercion to sexual intercourse or an equal act leads to responsibility for rape, while in the case of promising any benefits to a student (whom has been granted the right to freely decide in the sphere of sexual relations) by a teacher, as a reward for sexual favors (*quid pro quo*), elements of some criminal offences against official duty can be achieved. Certain objections may be made to the more severe form of this offence that criminalizes abuse of persons entrusted to perpetrator for teaching, care, upbringing or raising. Because the basic offence, covering sexual relationships of teachers and students, overlaps with other crimes, reshaping of the offence of sexual intercourse through abuse of position in some future reform of crimes against sexual freedom is advisable.