

БЕЗБЕДНОСТ

ТЕОРИЈСКО СТРУЧНИ ЧАСОПИС

МИНИСТАРСТВА УНУТРАШЊИХ ПОСЛОВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

БЕОГРАД
ГОДИНА I

3
|
2008

БЕЗБЕДНОСТ
Часопис Министарства унутрашњих послова
Републике Србије

УРЕДНИШТВО

Помоћник министра, *Предрај Марих*
Саветник министра, проф. др *Горан Милошевић*
Начелник Управе полиције, *Младен Курибак*, генерал полиције
Начелник Управе саобраћајне полиције, *Стојадин Јовановић*,
генерал полиције
Пензионисани радник Министарства, *Мијодрај Гуйић*,
Унапређење организације и функционисања стручног оспособљавања
и усавршавања, *Снежана Нововић*, саветник
Заменик начелника Одељења за границу Управе граничне полиције,
Небојша Пурић, главни полицијски саветник
Секретар Министарства омладине и спорта, *Сузана Шулејић*
Проф. др *Ђорђе Иђајић*, Правни факултет, Београд
Проф. др *Андреја Савић*, Академија за дипломатију и безбедност, Београд
Проф. др *Ђорђе Ђорђевић*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд
Проф. др *Бобан Милојковић*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд
Доц. др *Драган Васиљевић*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК

Проф. др *Бобан Милојковић*

УРЕДНИК

Снежана Ковачевић

ЛЕКТОР И КОРЕКТОР

Мирјана Губеринић

ЛЕКТОР ЗА ЕНГЛЕСКИ ЈЕЗИК

Весна Анђелић-Николецић

ГРАФИЧКИ УРЕДНИК

Звезда Јовановић

АДРЕСА УРЕДНИШТВА:

Булевар Зорана Ђинђића 104
телефон: 011/3148-734, 3008-205
телефакс: 011/3148-749

e-mail: upobr@mup.sr.gov.yu

mguberinic@mup.sr.gov.yu

ЧАСОПИС ИЗЛАЗИ ТРОМЕСЕЧНО

ТИРАЖ: 1.000 примерака

ШТАМПА: Војна штампарија,

Ресавска 40б, Београд

САДРЖАЈ

ТЕОРИЈСКИ РАДОВИ

- Mr Жељко Мојсиловић 5 МОГУЋНОСТИ УПОТРЕБЕ
ПРЕГОВАРАЊА У
СУПРОТСТАВЉАЊУ САВРЕМЕНОМ
ТЕРОРИЗМУ
- Mr Војислав Јовић 26 ПОЛИЦИЈА И МЕЂУНАРОДНО
ЈАВНО ПРАВО
- Mr Зоранчо Василков 47 УНАПРЕЂЕЊЕ ПОЛИЦИЈСКЕ И
ПРАВОСУДНЕ САРАДЊЕ СА
ЕВРОПСКОМ УНИЈОМ – ОСНОВ ЗА
БРЖИ ПРЕЛАЗАК РЕПУБЛИКЕ
СРБИЈЕ НА БЕЛУ ШЕНГЕНСКУ
ЛИСТУ

СТРУЧНИ РАДОВИ

- Mr Стеван Стојановић, 67 ОБЕЗБЕЂЕЊЕ ПРЕНОСА БАНЧИНИХ
ВРЕДНОСТИ
- Mr Синиша Достић 82 ОРГАНИЗАЦИЈА И НАДЛЕЖНОСТ
ГРАНИЧНИХ ПОЛИЦИЈА У
РЕГИОНУ ЗАПАДНОГ БАЛКАНА
- Доц. др Драгана Коларић 101 КРИВИЧНО ДЕЛО УБИСТВА ДЕТЕТА
ПРИ ПОРОЂАЈУ У КРИВИЧНОМ
ЗАКОНИКУ СРБИЈЕ
- Mr Бојан Р. Гламочлија 122 ОБИМ, ДИНАМИКА И СТРУКТУРА
КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ
ФИЗИЧКОГ ИНТЕГРИТЕТА

ИЗ ИСТОРИЈЕ ПОЛИЦИЈЕ

- Дејан Микић 146 ПОСЛЕДЊА КРЦУНОВА
ФОТОГРАФИЈА

ПРИКАЗИ

- Проф. др Бобан Милојковић, 152 ТЕХНИЧКА СРЕДСТВА ПОЛИЦИЈЕ
др Радован В. Радовановић,
дипл. маш. инж.

CONTENTS

THEORETICAL WORKS

- | | | |
|-----------------------|----|--|
| Željko Mojsilović, MA | 5 | POSSIBILITIES FOR USING
NEGOTIATION IN COMBATING
CONTEMPORARY TERRORISM |
| Vojislav Jović, MA | 26 | COMPARATIVE SURVEY OF CERTAIN
MEASURES FOR SUPPRESSING
ORGANIZED CRIME |
| Zorančo Vasilkov, MA | 47 | IMPROVEMENT OF POLICE AND
JUDICIAL COOPERATION WITH EU AS
BASIS FOR FASTER TRANSITION OF
REPUBLIC OF SERBIA TO WHITE
SCHENGEN LIST |

PROFESSIONAL REPORTS

- | | | |
|-------------------------|-----|---|
| Stevan Stojanović, MA | 67 | SAFETY OF BANK SECURITIES
TRANSPORTATION |
| Siniša Dostić, MA | 82 | THE BORDER POLICE SERVICES IN
THE WESTERN BALKAN REGION |
| Dragana Kolarić, LLD | 101 | CRIMINAL OFFENCE OF KILLING A
NEW BORN CHILD WHILE GIVING
BIRTH TO THE CHILD |
| Bojan R. Glamočlija, MA | 122 | SCOPE, DYNAMICS AND STRUCTURE
OF CRIMINAL OFFENCES AGAINST
PHYSICAL INTEGRITY |

HISTORY OF POLICE

- | | | |
|-------------|-----|---------------------------|
| Dejan Mikić | 146 | THE LAST PICTURE OF KRCUN |
|-------------|-----|---------------------------|

REVIEWS

- | | | |
|---|-----|-------------------------------|
| Boban Milojković, Ph. D
Radovan V. Radovanović, LLD
dipl. maš. inž. | 152 | TECHNICAL EQUIPMENT OF POLICE |
|---|-----|-------------------------------|

Доц. др Драгана КОЛАРИЋ
Криминалистичко-полицијска академија Београд

Кривично дело убиства детета при порођају у Кривичном законику Србије

УДК: 343.622

Апстракт: Кривични законик Србије има четири привилегована убиства међу којима се налази и кривично дело убиства дејетета при порођају, познато још као чедоморство. Бројне су контроверзе које се шире око овог деликта. Прва се односи на ишњање правне основа због које се ово дело има смањити као лако убиство. Друга се тиче расправе да ли би требало признати шири круг услова који могу привилеђује да делују на мајку породилу поред поремећаја изазваног порођајем. Даље, дилема постоји и око времена извршења овог кривичног дела, тј. како би требало тумачити уопштељени израз законодавца „за време порођаја или непосредно после“? Различита схватања изазива и ишњање поремећаја тј. какав је он по својој природи и да ли он има простора за примену одређених одреби Кривичног законика Србије које се односе на неурачунљивост, односно бијно смањену урачунљивост. На крају све ове дилеме ошварају најважније ишњање, а то је да ли би ово кривично дело требало да буде привилеговано?

Кључне речи: Убиство, чедоморство, поремећај изазван порођајем, новорођенче, мајка, кривично дело, Кривични законик Србије.

Увод

Привилегованим убиством сматра се лишавање живота другог лица које је извршено под посебним околностима које делу дају лакши вид. Ова убиства се, по својим обележјима, разликују од обичног и квалификованог убиства, што оправдава њихово засебно регулисање у *Кривичном законнику* и засебно проучавање. И поред тога што кривични законници свих земаља убиство дефинишу као једно од најтежих кривичних дела, ипак постоји једнодушан став да извесна одузимања туђег живота, због посебних људских и животних околности, заслужују посебан статус. Те ретке ситуације би требало правно издвојити, јер у мањој или већој мери, умањују тежину кривичног дела убиства и одговорност њихових учиниоца, што убиство чини лакшим или привилегованим.

Кривични законик Србије сва привилегована убиства дефинише као засебна кривична дела. То су: убиство на мах (члан 115), убиство детета при порођају (члан 116), лишење живота из самилости (члан 117) и нехатно лишење живота (члан 118).

Од свих облика кривичног дела убиства, детеубиство или чедоморство како још називају убиство детета при порођају, је имало врло специфичну еволуцију. Историјски посматрано, мењао се однос према овом кривичном делу. Од кривичног дела које је најстрожије кажњавано (смртном казном и набијањем на колац) до убиства на које се од почетка XVIII века почело блаже гледати, што је довело до „ублажавања пеналитета“¹ и у кривичним законцима. Данас се поново налазимо у фази преиспитивања исправности ставова који привилегујуће гледају на ово убиство. Наш законодавац овом убиству јасно и недвосмислено даје статус привилегованог. Међутим, све више у савременом кривичном праву долази до изражаја нејединствен став у односу према овом делу. Негде се третира као убиство блиског сродника (обично или тешко) без уважавања некаквих посебних психичких својстава мајке, док друга законодавства праве разлику између брачне и ванбрачне деце, па су тако убиства ванбрачне деце привилегована у односу на брачну децу, што је свакако, израз дискриминаторског става према ванбрачној деци. По нашем мишљењу, већ сам израз „брачног“ или „ванбрачног“ детета може изазвати, код удате жене, тешкоће у доказивању, јер се може родити код постојећег брака и дете, зачето ван брачног односа. Из тих разлога, али наравно на првом месту из разлога сузбијања дискриминације, најбоље се показују она решења која не помињу брачност или ванбрачност детета. На овом месту интересантно је подсетити се решења које је постојало у Кривичном законнику Немачке. Код њих је лишење живота брачног детета за време порођаја квалификовано као обично убиство, док је лишење живота ванбрачног детета за време порођаја или непосредно после, било привилеговано. Као што видимо и немачко кривично законодавство је имало, дуго времена, једно потпуно неприхватљиво решење. Данас је одредба, која регулише убиство ванбрачног детета при порођају, укинута, што значи да се више не праве разлике између брачне и ванбрачне деце. По њиховом мишљењу, таква одредба више није актуелна а изузетна ситуација мајке која убија дете (брачно или ванбрачно) при порођају или одмах након порођаја, може се узети у обзир кроз § 213. који регулише убиство на мах и друге лакше случајеве убиства.²

¹ Живановић, Т.: *Основи Кривичног права Краљевине Југославије*, посебни део, Београд, 1938. година, стр. 37.

² Schönke, A., Schröder, H.: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 2001, стр. 1671.

Постојеће легислативно решење, у Кривичном законнику Србије, отвара неколико општих, теоријских питања и наравно, одређени број практичних, конкретних питања која су значајна са становишта примене ове одредбе у пракси. Најзначајније теоријско питање односи се на разлоге привилеговања овог кривичног дела или питање основа за „блажије“³ кажњавање. На ово се нужно надовезује питање, ако прихватимо ову норму, да ли порођај може да доведе до поремећаја који ће у кривичноправном смислу заслужити блажи третман. Да будемо прецизнији, дилема постоји у погледу тога да ли поремећај мора да буде искључиво резултат порођаја или се узимају у обзир и други аспекти као што је нпр. утицај средине, окружења тј. услова који су повезани са порођајем.⁴ Овде се појављује и низ потпитања. Прво, да ли је на овај начин право полно поларизовано. Друго, постоји и критички став према томе да је дефиниција чедоморства ограничена на убијање тек рођеног детета, а не и на друго старије дете.⁵

Ова и многобројна друга питања биће предмет наше опсервације. Нажалост, судска пракса је код овог кривичног дела врло оскудна. Убиство детета при порођају се све мање и мање појављује што је вероватно резултат контроле зачећа и и могућности легалног побачаја.⁶

Ойравданосї̄ блажеї̄ кажњавања

Покрет за блаже кажњавање мајке, која убије своје дете, нарочито се опажа у другој половини XVIII века, у оквиру учења школе природног права чији представници указују на постојање олакшавајућих околности због чињенице да је дело продукт стицаја околности које стварају специјално психичко стање коме породиља подлеже.⁷

Препознајемо два основа који су дошли до изражаја као разлози блаже третмана овог кривичног дела. То су: заштита породичне части и посебно психичко стање жртве. Посматраћемо најпре први основ.

Романска законодавства, а нарочито италијанско, налазила су разлог за блаже кажњавање овог деликта у тзв. „*scusa della causa d'onore*“.⁸ Тако је Бекарија (*Cesare Bonesana Beccaria*) у свом делу „О злочинима и казнама“ поред осталог навео: „Убисї̄во геї̄еї̄а је уједно

³ Живановић, Т.: *op. cit.*, стр. 37.

⁴ Wilson, W.: *Criminal law-doctrine and theory*, London, 2003, стр. 395.

⁵ Ashwort, A.: *Principles of Criminal Law*, Oxford, 1999, стр. 293.

⁶ Трешњев, А.: *Привилејована убисї̄ва у кривичном законнику Србије*, Зборник радова Ново кривично законодавсї̄во-дилеме и проблемѣ у теорији и пракси, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2006, стр. 164.

⁷ Марковић, И.: *Кривично дело убисї̄ва геї̄еї̄а при порођају*, ЈРКК, бр. 2/98, Београд, стр. 56.

⁸ По нашем слободном преводу то би био „опрост у случају одбране части“.

последница неизбежне противречности, у коју је сављена једна личност, која је било услед слабости или услед принуде попустила. Ко се налази између срама и смрти једнога бића, неспособној да осети болове, како да не преживи ову смрт неизбежној беди, којој би били изложени она и несрећни њлог?⁹ Иначе, Кривични законик Италије из 1930. године је по угледу на старија законодавства, регулисао кривично дело чедоморства, називајући га *чедоморство због части*.¹⁰ Данас, тај члан (578) се зове „чедоморство у условима материјалне и моралне запуштености“ што значи да се променио и правни основ привилеговања.¹¹ Међутим, и данас у неким земљама Јужне Америке блажа инкриминација је мотивисана заштитом породичне части, тако да је привилегија начелно ограничена на ванбрачну децу док је круг извршилаца знатно шири. Наиме, сем мајке, то могу да учине и њени родитељи, па и други сродници, ако се може претпоставити да ће ванбрачним рођењем детета бити нарушена и њихова част.¹²

Главно обележје ове теорије је страх од стида, који има породиљу да снађе када се сазна за њено незаконито дете. Дакле, и овде улогу игра психички моменат тј. стање страха. С обзиром да се овај разлог налази код неудатих жена, већина законодавстава је, у том периоду, ограничила квалификацију дела на неудату мајку. Али, како се то оправдано истиче, дешавало се да и удата жена, услед „грешне и недозвољене“ љубави обремени, и желећи да сачува своју част и част своје породице подлегне психичкој депресији и изврши убиство. У том смислу није требало фаворизовати законски само неудату жену јер и неудата и удата су једнако грешиле, вређале своје моралне дужности, удата према мужу, а неудата према својој породици и сродницима.¹³

Већ смо поменули да су стара законодавства, која су прихватала теорију „*scusa della causa d'onore*“, знатно проширила круг лица која се могу појавити као извршиоци овог кривичног дела. Ако се ради о прикривању срамоте и очувању части, онда изгледало је логично, обухватити сва остала лица која су, сем мајке, могла бити руковођена мотивом очувања части мајке, дома и породице. Мало смо скептични, када је у питању ово решење, поготово ако оно и данас живи у неким државама. Мајка породила је та која се огрешила о морал и гледа да затури

⁹ Миљковић, М.: *О убиству, с обзиром на реформу кривичног законика*, Београд, 1910. година, страна 66.

¹⁰ Први пут оваква одредба унета у Кривични закон 1889. године у члан 369. и она је простирала *causa d'onore* на онога, који убије дете да би спасао своју сопствену част, част жене, мајке, потомака у низлазној линији, кћери усвојене или сестре.

¹¹ На италијанском *Infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale*. Инкриминација је замењена законом бр. 442 од 5. августа 1981. године. *Codice penale a cura di Raffaele Marino, Napoli, 1987, стр. 199.*

¹² Вековић, В.: *Неке дилеме у вези са кривичним делом убиства деце при порођају*, Зборник радова Правног факултета у Приштини, Приштина, 1996. год. страна 206.

¹³ Миљковић, М.: *op. cit*, стр. 68.

траг своје срамоте. Природно је да ће узбуђење код ње, услед порођаја, да порасте. А родитељи или муж, иако осећају угрожавање своје породичне части, ипак могу са више присебности примити тај ударац.

Дрући основ који доводи до блажег кажњавања и који је прихваћен у већини модерних кривичних законодавстава везује се за *йосебна йсихичка својства мајке*, тј. истиче се да сам физиолошки процес порођаја (услед порођајних болова и узбуђења) производи изванредан поремећај равнотеже између душевних и телесних функција, те се сматра, да се мајка породилца услед те психичке и физичке неуравнотежености налази у неком стању смањене урачунљивости.¹⁴ Овај разлог је резултат новијег посматрања, док је „*scusa della causa d'ono*“ првобитни разлог и куд и камо старијег порекла. Видели смо да је круг извршилаца у првом основу знатно шири него у другом основу, где то може бити само мајка детета (власторучно кривично дело – *delicta propria*). У земљама које прихватају овај основ привилеговања (користимо синтагму коју мање више користе сва законодавства „*йоремећај изазван йорођајем*“ законска композиција се ослања на врло неодређене и непрецизне појмове.

Упоредноправно посматрајући државе, сходно њиховом односу према овом кривичном делу, можемо поделити на оне које имају „разумевања“ за поступке мајке и с тога, такву ситуацију привилегују у односу на обично убиство (Аустрија, Швајцарска, Италија, Норвешка, Шведска, Финска, Руска федерација, Шпанија, Бугарска), на оне земље код којих ово убиство није привилеговано убиство, већ се оно расправља по одредбама о обичном убиству (француски *Code pénal*) прави разлику на *meurtre* и *assassinat*, али он уопште и не узима убиство деце као дело *suū generis*) и на земље англосаксонског правног система (Енглеска, Канада, неке државе САД-а) код којих чедоморство представља алтернативу могућој оптужби за тешко убиство (*murder*).

У нашем позитивном кривичном законодавству прихваћен је други основ привилеговања, који узима у обзир поремећај мајке приликом порођаја. Иначе, у теорији се истиче да је тај основ у последње време дискредитован и да велики значај има социјални притисак који настаје након доласка детета на свет, попут финансијских захтева и неодговарајућег стамбеног смештаја. Тиме се не оспорава да неке жене пате од поремећај повезаних са пост-порођајним синдромом. Тако је у Енглеској, Краљевски колеџ за психијатрију, инсистирао на законском признању постојања широк социјалних и ситуационих фактора, који изазивају стање поремећаја код мајке, неограничавајући се само на порођај. У складу са тим, Комитет за ревизију кривичног права је препоручио усвајање дефиниције чедоморства, која би обухватала и деловање порођајног синдрома, али и узимала у обзир утицај

¹⁴ Ibidem, стр. 67.

околине или стрес који је настао у околностима након порођаја.¹⁵ Ово становиште указује да се разлози за извршено чедоморство, у новијој теорији, траже и у неким другим околностима везаним за порођај, а не само и искључиво у чину порођаја.

Наишли смо на предлоге у теорији да се, *de lege ferenda*, елемент „поремећај изазван порођајем“ замени другим термином „стање изазвано порођајем“. Такво решење рецимо постоји у *Кривичном законнику Швајцарске*. Убиство детета (*Kinderstötung*) заузима своје место у члану 116. *Законика Швајцарске*. Према садашњем стању, за овај облик убиства, кажњава се мајка која убије своје дете током порођаја или за време док се још налазила *пог утицајем стања* изазваног порођајем. Док се законодавац у Србији не одлучи да, у будућности, ову одредбу прошири другим условима, који могу имати привилегован карактер и утицати на мајку–породиљу да изврши ово кривично дело, сматрамо да поштовање начела законитости и његов сегмент *lex stricta* указују да је интенција законодавца да се узме у обзир поремећај изазван порођајем, а не поремећај изазван порођајем или неким другим условима, нпр. социјално-економским. Нашу тврдњу учвршћује и већ поменути предлог Комитета за ревизију кривичног права у Енглеској. То значи да и у овој земљи садашња одредба о чедоморству не дозвољава узимање у обзир и других фактора који могу довести до поремећаја. Проширење законских услова који привилеговано делују могуће је учинити само законом.

Намера нашег законодавца је очигледно да сузи поље примене овог члана само на ситуације поремећаја изазваног порођајем, не узимајући у обзир и друге околности које би, по појединим мишљењима израженим у теорији, требало да имају привилегујући карактер. Став законодавца прати и судска пракса која истиче да неуротичне сметње након порођаја, настале због рођења ванбрачног детета и несрећени односи у животу извршиоца, не представљају поремећај изазван порођајем (Врховни суд БиХ Кж. 869/75).¹⁶ Али ни став судске праксе није јединствен. Тако је Врховни суд Хрватске, по нашем мишљењу, погрешно када је у пресуди навео да осећање напуштености, сукоба са родитељима супруга, одбацивање из домаћинства супруга, те страх од будућности код душевно просечне, али примитивне жене која се родила и живела у потпуно примитивној средини, може изазвати стање несналажења и безизлазности, душевну конфузију и на тај начин навести мајку да лиши живота своје тек рођено дете, и такву ситуацију квалификовао као убиство детета при порођају (Врховни суд Хрватске, Кж. 2571/64).

¹⁵ Ashwort, A: *Principles of Criminal Law*, op. cit, p. 293.

¹⁶ Трешњев, А: *Привилегована убиства у кривичном законнику Србије*, op. cit, стр. 164.

Појам кривичног дела и основни елементи

Појам чедоморства можемо посматрати са два аспекта, кривично-правног и судско-медицинског.

Кривичноправно одређење полази од *законске формулације* и према њему, убиство детета при порођају постоји када мајка лиши живота своје дете за време порођаја или непосредно после порођаја, док код ње траје поремећај изазван порођајем. Битна обележја ове инкриминације се односе на извршиоца овог кривичног дела, објекат радње и време извршења. Извршилац овог кривичног дела може бити само мајка детета или још прецизније мајка-породиља. Ово кривично дело се односи на један кратак временски интервал који обухвата само време порођаја или период непосредно после. Објекат радње је само новорођенче. Оно се штити од почетка порођаја до прекида физиолошке везе са мајком (пупчане врпце) и непосредно после тога.

Са судскомедицинског становишта чедоморство је убиство новорођенчета од сопствене мајке за време или ускоро после порођаја. Сходно томе, за постојање дела чедоморства морају бити испуњена три неопходна услова. Први, да је зачетак намерно усмрћен од своје мајке. Други је, да је исти зачетак био жив рођен. И трећи је, да је усмрћени плод новорођенче.¹⁷ Судско-медицинско вештачење код чедоморства се огледа у прегледу мајке, као субјекта кривичног дела ради утврђивања порођаја и прегледа детета као објекта кривичног дела.¹⁸ Због тога је код овог кривичног дела улога судско-медицинског вештака од пресудне важности.

Полазећи од законске дефиниције кривичног дела јасно нам је да се користе појмови који су неодређени, непрецизни и у том смислу, у кривичноправној теорији изазивају различита мишљења. Посебна дилема постоји када је у питању стање поремећаја. Који су то поремећаји које изазива порођај код породиље? Да ли уопште такав поремећај постоји и ако постоји колико може да траје? Да ли се такав поремећај јавља код сваке породиље? Односно да ли је законодавац пошао од необориве претпоставке по којој се траумом порођаја увек изазива стање поремећености?

Поремећај изазван порођајем

Поремећај изазван порођајем представља елемент бића кривичног дела убиства детета при порођају. Као такав мора бити наведен у чиничном опису дела, јер је саставни део радње извршења и, доследно томе, мора да се утврди узрочна веза између порођаја и поремећаја

¹⁷ Миловановић, М.: *Судска медицина*, Београд, 1933. година, стр. 277.

¹⁸ Марић, Ј., Лукић, М.: *Правна медицина*, Београд, 1998. година, стр. 320.

(ВСС у решењу Кж. П-70/83 од 18. фебруара 1983. године). Мајка лишава живота своје дете за време порођаја или непосредно после порођаја док код ње траје поремећај изазван порођајем. Очигледно под законском формулацијом „док код ње траје поремећај изазван порођајем“ законодавац подразумева да се ради о поремећају узрокованим искључиво порођајем. С обзиром да он не даје довољно јасну и прецизну дефиницију овог конститутивног елемента кривичног дела, формирала су се различита мишљења.

Највећи број судско-медицинских стручњака поремећај о којем говори законодавац квалификује као правну конструкцију, а не као медицински феномен. Тако, Михаило Лукић истиче да посматрајући са медицинског становишта, тумачење поремећаја на ком се базира кривично дело убиства детета при порођају, не постоји медицинско образложење на којем би се могла базирати привилегија у кривичном поступку. Статистички подаци детаљно прикупљени и свестрано обрађени показују да ни једна мајка која је желела дете није услед порођаја дошла у такво стање поремећаја које се наводи у кривичном законнику у коме би могла да убије своје новорођенче. Према томе, акт порођаја сам по себи не доводи до поремећаја у којем може да се изврши убиство детета ако већ постоје инфантицидогени фактори. По истом мишљењу, на формирање инфантицидогеног фактора код чедоморке, искључиво утичу спољни фактори као што су: осећање срама, осећање усамљености, изгубљености и одбачености од средине у којој живи, економска несамосталност, социјално-економски мотиви и сл. Мајка не чини чедоморство због тога што мрзи своје дете, или због неког поремећаја изазваног самим актом рађања, она то чини намерно у жељи и циљу свог психичког смирења, решења кризе и будућег нормалног битисања у својој старој средини.¹⁹ У вези са овим, у литератури срећемо податак да је приликом изгласавања *Кривичног законика из 1951. године* др Луначек истакао да је под својом контролом имао око 50.000 порођаја и да никада није регистровао такав поремећај изазван порођајем који би имао за последицу убиство детета.²⁰

Под појмом поремећаја који је предвиђен у инкриминацији кривичног дела убиства детета при порођају, законодавство подразумева онај поремећај који настаје самим актом рађања, услед претрпљених болова, губитка крви, малаксалости, опште физичке и психичке немоћи и исцрпљености, све у склопу посебних спољашњих фактора који утичу на психичко стање породиље, смањујући њену способност за расуђивање. Сматра се да ови фактори слабе отпорност према извршењу кривичног дела, због чега се убиство детета привилегује.²¹ За-

¹⁹ Ibidem, стр. 317.

²⁰ Алексић, Ж.: *Нека питања у вези са чл. 138. КЗ*, Правни живот, 3-4/1959, стр. 8.

²¹ Марић, Ј., Лукић, М.: *Правна медицина*, оп. cit, стр. 317.

конодавац предвиђајући поремећај, у овом члану *Кривичној законика*, прави разлику између тог стања породиље које привилегује и стања неурачунљивости или битно смањене урачунљивости из члана 23. *Кривичној законика Србије*. Наиме, поремећај код кривичног дела убиство детета при порођају, не процењује се применом правила о неурачунљивости, односно битно смањене урачунљивости. Због тога се и поставља питање какве је врсте тај поремећај због кога је очигледно учинилац привилегован јер је казна блажа, а да истовремено постоји његова пуна одговорност.²² Нејасноће које се јављају у вези са овим питањима доводе до различитих ставова. Тако, по неким мишљењима, убиство детета при порођају би требало третирати као обично убиство уз примену члана 23. *Кривичној законика*, када су за то испуњени услови. У прилог тог мишљења иде и податак који истичу судски медицинари, а то је да је углавном, у 80 одсто случајева, за чедоморство крива болест. Због тога, поједини аутори постављају питање ако је пракса заиста таква да се ради о неурачунљивости, због чега онда ту ситуацију не решавати по општој одредби о неурачунљивости, а не по одредбама које у принципу претпостављају постојање извесног степена неурачунљивости у сваком конкретном случају?²³ По другом мишљењу, ове две ситуације се не могу изједначити, већ се квалитетно разликују. Поремећај код убиства детета при порођају је изазван првенствено физиолошким променама код породиље, док члан који регулише неурачунљивост предвиђа душевно болесна стања.²⁴ То је управо та линија раздвајања између правника са једне стране и медицинских стручњака, са друге стране.

Нама се најприхватљивијим чини став који разликује у односу на поремећаје код породиља при порођају и непосредно после порођаја две групе. Прва група поремећаја односила би се на мали број породиља код којих су се, под утицајем поремећаја који прате сваку трудноћу и порођај испољила или потенцирала, привремено или трајно, већ раније постојећа (пре трудноће) латентна или манифестна, соматска или психичка обољења или поремећаји, који могу довести до неумишљених радњи, и проузроковати смрт детета, у којим случајевима није у питању чедоморство.²⁵ Ако се у овим случајевима ради о неурачунљивости или битно смањеној урачунљивости онда се примењује члан 23. *Кривичној законика Србије*. Друга група би обухватала највећи број породиља код којих се дешавају соматски или неуро–психички поремећа-

²² Мрвић-Петровић, Н.: *Убиство дејетета при порођају*, Правни живот, бр. 9/1996, стр. 69.

²³ Пирић, Ј.: *Убиство дејетета при порођају*, Зборник радова „Нека практична питања казненог законодавства Југославије–радни материјал“, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Будва, 2000. година, стр. 72.

²⁴ Алексић, Ж.: *Нека питања у вези са чл. 138. КЗ*, оп. cit. стр. 5–6.

²⁵ Опријан, М., Јокановић, Д.: *Опште и посебне карактеристике и врсте чедоморства*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/1954, стр. 313.

ји, условљени само нормалним гравидитетом и нормалним порођајем, чија је природа таква да се сматрају уобичајеним и за порођај физиолошким. Код ових породиља свест је добро очувана, а поремећаји се убрзо по порођају губе, надовезујући се материнском бригом за дете.²⁶ У овим случајевима дело се квалификује као чедоморство.

На овом месту сматрамо важним разрешење још једног питања. Да ли из законског одређења овог кривичног дела произилази необорива претпоставка о постојању поремећаја у сваком случају убиства детета при порођају, или се он мора утврђивати у сваком случају, у зависности од конкретних околности. Мишљења су дијаметрално супротна.

На једној страни се истиче да постојање „поремећаја изазваног порођајем“ увек постоји када је дело извршено за време порођаја, а утврђује се ако је радња извршења предузета после порођаја.²⁷ На овом становишту стоји и судска пракса из, како се то истиче, више него очигледних разлога, јер би у супротном постојала обавеза да се, поред објективних знакова код мајке и новорођенчета (живорођености и новорођености), утврђује и психичко стање породиље у време извршења дела, што може представљати проблем ако је од извршења дела протекао дужи временски интервал.²⁸

На другој страни су груписана мишљења која се залажу да се увек када је мајка за време порођаја лишила живота своје дете, мора утврдити да ли је код ње заиста постојао поремећај који прелази границе психофизичких промена које редовно изазива нормалан порођај. То значи да се постојање поремећаја мора утврђивати у сваком конкретном случају. Аргументи који се износе у прилог овог становишта углавном полазе од медицинског аспекта који указује да је илузорно сматрати да се поремећај јавља код сваког порођаја. У том смислу истиче се да порођај није никакво болесно стање ако се одвија нормално, већ сасвим предвидив физиолошки процес који редовно не изазива никакве поремећаје. Чак се користило и граматичко тумачење самог законског текста. Некадашњи *Кривични законик Краљевине Југославије* користио је формулацију „док траје поремећај што га код ње изазива порођај“ што упућује на закључак да порођај редовно изазива поремећај. *Кривични закон Србије* је садржао следећи текст: „док траје поремећај што га је код ње изазвао порођај“ где се не може закључити да порођај увек изазива поремећај и где се то мора утврђивати у сваком конкретном случају.²⁹

²⁶ Ibidem.

²⁷ Лазаревић, Љ.: *Кривично право-пољски део*, Београд, 1995. год, стр. 218; Таховић, Ј.: *Кривично право-пољски део*, Београд, 1961. год, стр. 85; Живановић, Т.: *Основи кривичног права – пољски део*, Београд, 1938. година, стр. 34.

²⁸ Марковић, И.: *Кривично дело убиства дејетета при порођају*, op. cit, стр. 60; Вековић, В.: *Неке дилеме у вези са кривичним делом убиства дејетета при порођају*, op. cit, стр. 209.

²⁹ Алексић, Ж.: *Нека питања у вези са чл. 138. КЗ*, op. cit, стр. 5.

Данас имамо синтагму „док код ње траје поремећај *изазван* порођајем“. То нас упућује на становиште да је намера законодавца ипак била да се постојање поремећаја претпоставља за време трајања порођаја. У супротном, не би било потребе да оваква одредба постоји. Јер законодавац управо полази од претпоставке да се приликом порођаја јавља специфично стање поремећаја, својствено за сам чин порођаја, а опет различито од неурачунљивости и битно смањене урачунљивости и због тога привилегује мајку. Ако се поремећај сам по себи не претпоставља, већ се он има доказивати зашто је онда потребно да постоји оваква инкриминација у *Кривичном законнику Србије*. Такве ситуације би се квалификовале као обично убиство, а у сваком конкретном случају би се процењивало да ли има места примени одредби из општег дела које се односе на неурачунљивост и битно смањену урачунљивост. Ако се утврди да не постоји стање неурачунљивости, тада би се казна одмеравала уз могућу примену олакшавајућих околности различитог карактера било да се ради о тешкоћама око збрињавања детета, осуди средине, примитивности саме мајке – учиниоца и сл.

По нашем мишљењу, читав овај спор се посредно односи на решење питања да ли оваква инкриминација требало би да постоји у нашем законодавству или не. Они који прихватају стање поремећаја као нешто редовно што постоји у сваком случају порођаја, сматрају да ова инкриминација требало да остане у нашем законодавству. Они који се искључиво залажу да се стање поремећаја мора утврђивати у сваком конкретном случају указују на потребу напуштања досадашњег става и законодавца и судске праксе и залажу се за заостравање става према чедоморству, на начин, да ово дело буде оно што јесте, а то је обично убиство уз могућу примену евентуално олакшавајућих околности, а не и привилеговање, као да је порођај сам по себи детеубиство.³⁰

Претпоставка поремећаја није изричито наведена у *Кривичном законнику Србије*. Али само постојање ове кривичноправне одредбе нам говори о томе да се поремећај код породиље већ унапред претпоставља.

Време извршења кривичног дела

Кривично дело убиство детета при порођају се чини за време порођаја или непосредно после порођаја, док код мајке траје поремећај изазван порођајем.

Када се детеубиство врши после порођаја, и на теоријском и на практичном плану постоји сагласност да се у сваком случају мора утврђивати да ли је у време извршења дела код мајке постојао поре-

³⁰ Бачић, Ф., Шепаровић, З.: *Кривично право-посебни део*, Загреб, 1997. година, стр. 75.

међај изазван порођајем и колико је трајао. Али у погледу питања колико траје период „непосредно после порођаја“ постоје нејасноће.

Некада се то време везивало за одређени број сати након порођаја. Данас је ово гледиште неприхватљиво, али постоји сагласност да је то време ограничено трајањем поремећаја које изазива сам порођај. Време за које се сматра да постоји поремећај после порођаја на различите начине се одређује у судској медицини, кривичноправној теорији али и у страним законодавствима.

Професор Лукић управо ту различитост која постоји у погледу трајања поремећаја користи да искаже колико је овај поремећај имагинаран и инаугурисан појам у формулацији законског текста. Он, стојећи на медицинском становишту да за време порођаја или непосредно после порођаја нема никаквих „поремећаја“ већ да је то увео законски члан, истиче де се и то време порођаја не може детерминисати. Које ће време суд сматрати да се мајка налази у стању поремећаја, те јој дати привилегију, по његовом мишљењу, зависи једино од слободног судијског уверења. Миловановић сматра да мајка не може имати привилегије ако убије своје дете највише седам дана после порођаја (док трају знаци новорођености). Миличински тумачи време „непосредно после порођаја“ као период од завршеног порођаја па све догле док околности које утичу на расположење породиље нису промењене (нпр. са доласком помоћи породиље или поправљањем њеног стања).³¹ Опријан и Јокановић указују да неуро–психички поремећаји ишчезавају по порођају у највише случајева након једног до пет дана.³²

У кривичноправној теорији око питања колико може да траје поремећај углавном постоји консензус. Сматра се да то време не може бити унапред одређено и да је везано са трајањем поремећаја које изазива сам порођај.³³

Што се тиче појединих позитивних законодавстава код њих је рок, у коме је мајка, рачунавши од времена порођаја, убила своје дете, различито одређен. У неким земљама се његово трајање изричито предвиђа. Тако, у Енглеској се чедоморство рачуна до навршених 12 месеци детета. Слично је и у другим земљама англо-саксонског правног система. Норвежани то време ограничавају на 24 часа иза порођаја. У већини земаља тај рок није унапред одређен, већ се ради о проблему фактичке природе који се мора процењивати у сваком конкретном случају.

По нашем мишљењу, утицај порођајног процеса, према индивидуалним особинама породиље, може трајати дуже или краће време, зато је најбоље тај рок не одређивати унапред, већ оставити формулацију

³¹ Марић, Ј., Лукић, М.: *Правна медицина*, оп. cit, стр. 320.

³² Опријан, М., Јокановић, Д.: *Општи и посебне карактеристике и врсте чедоморства*, оп. cit, стр. 314.

³³ Лазаревић, Љ.: *Кривично право-посебни део*, Београд, оп. cit, стр. 218; Стојановић, З.: *Коментар кривичног законика*, Београд, 2006. година, стр. 335.

која сада постоји „за време порођаја или непосредно после“, чиме би се у сваком конкретном случају доказивало да ли је мајка у времену после порођаја још била под утицајем поремећаја. Судска пракса се ослања на став судско–медицинских вештака, по коме се трајање поремећаја код мајке подразумева током периода новорођености детета. То значи да се у сваком случају убиства детета при порођају процењује да ли постоје објективни знаци новорођености на телу детета. Као што истиче Миловановић, чедоморство је остварљиво искључиво на новорођенчету и зато се у сваком случају судско–медицинског вештачења мора најпре проверити и утврдити новорођеност.

Могућу забуну уноси термин „непосредно“. Да ли је у законској формулацији потребно да стоји и одређење непосредно остаје нејасно. Видели смо да се углавном сви теоретичари слажу да је чедоморство после порођаја могуће само ако још увек траје поремећај што га је изазвао порођај. Такође, јасно је да тај поремећај не може трајати дуже времена, односно у медицинској науци се сматра да неуро–психички поремећаји ишчезавају по порођају у највише случајева након једног до пет дана.³⁴ Да ли је онда потребно у законско одређење дела унети термин „непосредно“? У литератури смо наишли на мишљење да би одредницу „непосредно“ требало изоставити из законске формулације, јер је сувишна, и то зато што би могла изазвати забуну, па би се могла тумачити као веома кратак временски период након порођаја, без обзира на дужину трајања поремећаја.³⁵

Већина европско–континенталних правних система не одређује законом унапред колико тај рок може да траје. Најчешће се користи израз „током порођаја или за време док се налазила под утицајем порођајног процеса или поремећаја“. Чини нам се да је законодавац коришћењем формулације „непосредно после“ желео да укаже да се ради о краћем временском интервалу, што је питање фактичке природе, које се процењује у сваком конкретном случају уз помоћ налаза и мишљења вештака одговарајуће специјалности. У спорним и сложеним питањима, као што је ово, од великог значаја може да буде и тумачење које даје кривичноправна доктрина.

Објект радње извршења кривичног дела

Кривично дело убиство детета при порођају је могуће остварити искључиво на новорођенчету. Да ли се ради о новорођенчету, одговор дају судско–медицински вештаци да би судија и тужилац на основу развојног степена плода, који може бити побачен, новорођенче и

³⁴ Златарић, Б.: *Кривични законик у практичној примени*, II свезак, Посебни дио, Загреб, 1958. година, страна 96.

³⁵ Трешњев, А.: *Привилегована убиства у кривичном законнику Србије*, op. cit, страна 168.

одојче, могли да квалификују дело или као недозвољени прекид трудноће или као убиство детета при порођају или као убиство.³⁶ Ако се радња врши пре него што је порођај отпочео, ради се о кривичном делу недозвољеног прекида трудноће. Исто тако, ако је дете већ постало одојче најчешће ће се радити о убиству. Укратко, код овог кривичног дела, штити се дете од почетка порођаја и непосредно после тога. Дете мора бити живо рођено. Није битно да ли је способно за живот. Што значи да за постојање дела није од значаја да ли се ради о наказној деци, тј. дефектној деци. На тај начин се остварује кривичноправна заштита сваког човека већ од самог његовог рођења. Право на живот као једно од основних природних и уставних права свих људи не сме бити зависно од физичке способности за живот. С тога, и деца са телесним или душевним дефектима, исто као и наказе, уколико су живи дошли на свет, стоје под заштитом чињеничног стања убиства.

Прво је потребно установити да ли се ради о новорођенчету а онда да ли је оно живо рођено. У судској медицини прави се разлика између спољашњих и унутрашњих знакова новорођености. Спољашњи знаци новорођености се најчешће процењују на основу промена на пупчаној врпци и кожи (кожа новорођенчета је модрикаста и прекривена беличастим сирастим мазом и то нарочито на прегибима, препонама и под пазухом). Од унутрашњих знакова новорођености најзначајнији су порођајни оток поглавине и присуство меконијума у дебелом цреву који ишчезава 2 до 3 дана по рођењу. Професор Миловановић истиче да је за утврђивање новорођености значајан показатељ и прогутани ваздух. Уколико је он продро у црева, живот је дуже трајао. Ако се ваздух нађе само у желуцу и у горњем делу танког црева, онда је новорођенче одмах по рођењу или највише после пола сата умрло.³⁷ Није довољно применити само један знак новорођености јер таквог сигурног знака нема. Већ је неопходно узети у обзир сва наведена мерила, уз помоћ којих се може добити доста сигуран просек доба трајања новорођености, а који би се кретао од 2 до 4 дана. Као пример који поткрепљује наше тврђење у литератури се наводи случај близанаца који су усмрћени од своје мајке истовремено. Ако би се као критеријум узело само отпадање пупчаног патрљка, дошло би се до нелогичних решења. Наиме, отпадање пупчаног патрљка зависи у првом реду од конституције самог новорођенчета, и дешава се најчешће од 3 до 8 дана по рођењу. Код једног близанца, у нашем примеру, је постојао пупчани патрљак, а код другог је отпао. То нам показује да није довољно применити само један знак новорођености јер би онда убиство једног близанца било чедоморство, а другог убиство.³⁸

³⁶ Марић, Ј., Лукић, М.: *Правна медицина*, оп. cit, стр. 321.

³⁷ Миловановић, М.: *Судска медицина*, Београд, 1933. година, стр. 279.

³⁸ Опријан, М., Јокановић, Д.: *Опште и посебне карактеристике и врсте чедоморства*, оп. cit, стр. 312.

Даље, мора се доказати да је новорођенче живо рођено. То се чини на основу прегледа плућа и желуца. Ако се докаже да је новорођенче по рођењу дисало и гутало ваздух, онда је доказано и да је живо рођено. Већ на основу макроскопског прегледа плућа приликом обдукције, може се на основу положаја и изгледа плућа са већом или мањом вероватноћом претпоставити да ли су плућа дисала или не.³⁹

За постојање овог кривичног дела изузетно је важно направити линију разграничења са недозвољеним прекидом трудноће и убиством. Значи, морамо утврдити када плод постаје новорођенче, односно када новорођенче постаје одојче. Недозвољени прекид трудноће постоји све до појаве првих порођајних болова. Од појаве ових болова дело се квалификује као чедоморство. У литератури смо наишли на став да за кривично дело убиства детета при порођају би требало да буде меродаван тренутак од када дете почиње да дише и гута ваздух. То значи да се од тог момента кривично дело може извршити.⁴⁰ Ако бисмо прихватили овај моменат као кључан, онда бисмо морали област примене чињеничног стања код кривичног дела недозвољеног прекида трудноће да проширимо до почетка дисања да не би настала правна празнина. Такође, законодавац формулацијом „за време порођаја или непосредно после“ наглашава и време када се ово кривично дело може извршити. Уколико моменат започињања рађања не би био меродаван као тренутак од када се протеже кривичноправна заштита код чедоморства, онда ни законодавац ово кривично дело не би одредио на начин како је то одређено у *Кривичном законнику Србије*. Према томе, законодавац плод у утроби мајке штити са кривичним делом недозвољеног прекида трудноће све док не почне порођај. Чим порођај започне, неће постојати то кривично дело, него убиство или чедоморство у зависности од свих околности конкретног случаја. На овај начин смо поставили спољашњу границу између убиства детета и недозвољеног прекида трудноће.

За оцену да ли се ради о убиству или чедоморству кључно је утврдити да ли је у питању новорођенче или дете које је нешто старије. Ту имамо интерактивну улогу судско–медицинских вештака и суда. На лекару је да установи на усмрћеном плоду знаке који могу послужити за приближно одређивање доба трајања новорођености, а на суду је да на основу добијених података од лекара и околности случаја квалификује да ли је усмрћени плод новорођенче или није, тј. да ли је у питању чедоморство или не.⁴¹ При томе, најзначајнију улогу имају објективне чињенице, добијене обдукцијом новорођенчета али не би требало у потпуности занемарити ни субјективне исказе, добијене од породиље и сведока.

³⁹ Марић, Ј., Лукић, М.: *Правна медицина*, оп. cit, стр. 322.

⁴⁰ Трешњев, А.: *Привилејована убиства у кривичном законнику Србије*, оп. cit, страна 167.

⁴¹ Опријан, М., Јокановић, Д.: *Општи и посебне карактеристике и врсте чедоморства*, оп. cit, стр. 312.

Субјект радње извршења

По природи овог кривичног дела које представља „*delicta propria*“ јасно је да извршилац може да буде само мајка детета, док ће остала лица која учествују у овом кривичном делу одговарати као извршиоци или саучесници за кривично дело убиства или тешког убиства. Ово мишљење неспорно заступају сви теоретичари, а и произилази из саме инкриминације. У оним законодавствима која су основ кажњавања везивала за повреду части, круг лица која су могла да се појаве као извршиоци, био је шире постављен. Данас, међутим, постоји једнодушан став да то може бити само мајка детета.

Уколико се мајка јави као саучесник у овом кривичном делу, питање постаје мало сложеније. Ако мајка подстрекне или помогне друго лице *за време* порођаја или непосредно после порођаја, док код ње трају поремећаји изазвани порођајем, она ће бити саучесник у овом кривичном делу, а извршилац ће одговарати за тешко убиство. Наиме, раније док у нашем кривичном законодавству није постојала одредба о убиству детета као тешком облику убиства овакве ситуације су се квалификовале као обично убиство. Данас оваква понашања можемо да подведемо под одредбу члана 114. *Кривичног законика Србије* која се односи на облике тешког убиства. Када мајка радње подстрекавања и помагања предузима *пре* порођаја, када код ње не постоји никакво растројство тј. поремећај, постоје две групе гледишта о томе како ће се квалификовати понашање мајке.

По првом, мајка ће одговарати као саучесник у привилегованом убиству. Она је, дакле, привилегована и када је предузимала радње подстрекавања или помагање пре порођаја. У том смислу, проф. Камбовски истиче да у случају када се подстрекавање или помагање предузимају пре порођаја, када код мајке не постоји никакав поремећај, може се прихватити да постоји саучесништво у обичном убиству само када би поремећај, а не својство мајке, представљао личну околност у смислу члана који регулише границе одговорности и кажњивости саучесника. Такав лични однос, својство или околност се узима у обзир само оном учиниоцу код којег постоји. С обзиром да поремећај није издвојен као посебно законско обележје, то је у смислу поменутог члана једино релевантно својство мајке. Како се даље истиче, када би прихватили супротно гледиште да је мајка саучесник у обичном убиству, онда би смо имали једну јединствену ситуацију. Када би мајка некога подстрекла пре порођаја, па потом за време порођаја и сама учествовала у убиству, као саизвршилац онда би лакша форма учествовања (подстрекавање), по том становишту, консумирала тежу (извршилаштво).⁴²

⁴² Камбовски, В.: *Казнено право-йосебен дел*, Скопје, 2003. година, стр. 56.

По другом гледишту, мајка ће одговорати за саучесништво у обичном, односно тешком убиству. Тако, ако је трудна жена пре порођаја подстрекла другу особу, да лиши живота дете које се требало родити, таква жена одговара као подстрекач на кривично дело убиства (ВС НРХ Кж. 953/54). Како се наводи у образложењу, окривљена је активност подстрекавања извршила још пре почетка порођаја, у време, када се није налазила у оном изванредном душевном стању, које прати порођај и које може утицати на способност расуђивања, тако да то стање утиче на привилеговану одговорност. Када се подстрекавање и помагање врше ван времена које делу дају привилеговани карактер, не могу заснивати квалификацију привилегованог кривичног дела убиства. Лично својство у смислу члана који регулише границе одговорности и кажњивости саучесника није само својство мајке, већ својство мајке за време порођаја, односно непосредно после порођаја, али у стању поремећаја изазваног порођајем.⁴³

По нашем мишљењу исправније је друго схватање. Ако појемо од чињенице да се ради о кривичном делу где време радње извршења представља битно обележје дела, онда је јасно, да, ако се радња предузима ван периода означеног у инкриминацији, да неће постојати ово већ неко друго кривично дело, у овом случају убиство. То значи, да би саучесничке радње могле да буду привилеговане, битно је да су предузете за време порођаја или непосредно после. Такође, стање поремећаја представља битно обележје дела и у том смислу својство мајке се не односи на цели период мајчинства, него само на период за време порођаја или непосредно после порођаја, под условом да се налази у посебном психичком стању, које је и основ привилегије овог кривичног дела.⁴⁴

Субјективна страна дела

Дело је умишљајно. У обзир долази и директан и евентуални умишљај. У складу са ставом законодавца да се поремећај претпоставља за време порођаја, судска пракса је изградила став да је ирелевантно када је мајка донела одлуку за убиство, односно да ли је таква одлука формирана пре порођаја. У једном познатом, пуно пута цитираном, случају кога смо ми, по угледу на немачку судску праксу, назвали случај „лонац воде“, мајка је одређеног дана, када је осетила да ће родити, припремила лонац воде у намери да у њему роди дете. Онда је касније чучнула и у том положају родила живо женско дете, које је изласком из мајчиног тела пало у воду и удавило се. Суд у образложе-

⁴³ Златарић, Б.: *Кривични законик у практичној примени*, II свезак, Посебни дио, Загреб, 1958. год. страна 95.

⁴⁴ Марковић, И.: *Кривично дело убиства дејетца при порођају*, *op. cit.*, стр. 67.

њу своје одлуке износи да је оптужена, лишила живота своје дете за време порођаја, чиме су остварени сви битни елементи овог кривичног дела. С тога није одлучно, да ли је оптужена још раније, пре почетка порођаја, донела одлуку о убиству детета, већ је одлучно време извршења дела и поремећај, што га је код мајке изазвао порођај. Овде се може поставити једно занимљиво питање. Зашто је мајка, која је пре порођаја одлучила да сама за време порођаја лиши живота своје дете, била у привилегованом положају према мајци, која је пре порођаја подстрекнула другу особу, да лиши живота њено дете за време порођаја, односно непосредно после (горе наведена пресуда). Међутим, како наводи Златарић, ове две пресуде нису исте. Само стварање одлуке није кривичноправно релевантно, док није дошло до остварења одлуке. Напротив, подстрекавање већ је само по себи криминална радња, и ако је извршено ван времена које делу даје привилегујући карактер, оно не може повлачити квалификацију привилегованог кривичног дела.

Ако је ово убиство извршено из нехата, за време порођаја или непосредно после порођаја док траје поремећај код мајке, постојаће нехатно лишење живота. Ово кривично дело представља привилеговано убиство и у складу са тим нема своје самостално биће. Зато је неоправдано тврдити да ово дело нема свој нехатни облик, односно да у том случају дело уопште не постоји. За постојање нехатног лишења живота ирелевантно је да ли је остварена привилегујућа околност, осим у случају када би она искључивала нехата. Уколико постоји нехат, чињеница да је остварена привилегујућа околност код мајке може само представљати олакшавајућу околност.⁴⁵

Закључак

На крају овог разматрања желимо да изведемо неколико закључака који се односе на ову одредбу *de lege lata* и да покушамо да дамо неколико предлога *de lege ferenda*.

Прво, кривично дело чедоморства се ослања на поремећај изазван порођајем који се разликује од биолошког основа неурачунљивости. Овде се ради о поремећености насталој услед деловања „*порођајног синдрома*“.

Друго, садашња инкриминација привилегује мајку – породилу услед постојања поремећаја изазваног порођајем, а не услед постојања других околности различитог карактера (финансијских захтева, неодговарајућег стамбеног смештаја, утицаја породичне средине и других социјалних и емоцијалних притисака). Ако мајка лиши живота

⁴⁵ Стојановић, З.: *Коментар кривичног законика*, Београд, 2006. год. стр. 336.

дете за време порођаја онда, као што смо видели, постоји необорива законска претпоставка о стању поремећаја и дело се квалификује као чедоморство. Али ако мајка те исте радње предузме непосредно после порођаја, онда у сваком конкретном случају морамо утврђивати да ли је то учињено док код ње још траје поремећај изазван порођајем или услед деловања неких других фактора. У случају када резултати указују да су кључно деловање имали други фактори, овакво убиство не даје могућност да се дело квалификује као убиство детета при порођају. Наравно, постоји могућност да мајка лиши живота дете у стању поремећаја изазваног порођајем и да уз ту, главну привилегујућу околност, постоји и нека друга околност нпр. ванбрачно дете, тешка материјална ситуација итд., па се дело, ако су испуњени сви услови, квалификује као убиство детета при порођају.

Треће, према садашњем стању ствари постоји претпоставка поремећаја у сваком случају порођаја јер то је управо и разлог зашто ова инкриминација постоји у нашем законодавству.

Четврто, законодавац коришћењем формулације „непосредно после“ жели да укаже да се ради о краћем временском интервалу, што је питање фактичке природе које се процењује у сваком конкретном случају уз помоћ налаза и мишљења вештака одговарајуће специјалности.

De lege ferenda, видели смо, о овој инкриминацији се размишља у неколико праваца. Први се односи на предлоге усмерене на проширивање услова који имају привилегујући карактер. Најчешће изношени аргументи за таква стремљења су стресне ситуације у којима се мајка може наћи по доласку детета на свет. Тај стрес је блиско повезан са односом околине према мајци али и са ширим социјалним притиском. Нама се, у погледу идеја о проширивању круга услова који могу привилегујуће да делују чини оправданим став оних теоретичара који износе разлоге против таквих измена и допуна. Ако би се признали шири фактори, зашто они онда не би могли да се узму као привилегујући и код другог родитеља, тј. оца. Слично, и очеви могу да убију када су под стресом непосредно по доласку новорођенчета у кућу, па се јасно поставља питање да ли и они треба да буду обухваћени правом о чедоморству. Зашто би се самилост односила само на жене убице своје деце? То је потпуно некоректан однос према очевима који пате од истоврсне стресне ситуације (*comparable stress*). Како се закључује, на тај начин би право било полно поларизовано, јер издваја само жене и додељује им блажи третман.⁴⁶

Против проширивања привилегујућих услова могуће је износити још аргумената. На пример, шта ће се десити ако мајка под утицајем ширих социјално–економских фактора убије истовремено и новорођенче и друго старије дете. Да ли је прво чедоморство, а друго уби-

⁴⁶ Wilson, W.: *Criminal law-doctrine and theory*, op. cit, страна 395. и Ashwort, A.: *Principles of Criminal Law*, op. cit, страна 293.

ство? Ако дозволимо утицај и других околности због којих непосредно после порођаја мајка лишава живота своје дете, онда би то требало да буде основа права о чедоморству, а не старост детета.

Ratio legis ове одредбе је поремећај изазван порођајем. Ако се у будућности законодавац одлучи да ова одредба остане у нашем кривичном законодавству, не треба проширивати услове привилеговања, већ размислити о формулацији која би на недвосмислен начин потврдила постојање необориве законске претпоставке о постојању поремећаја у сваком случају порођаја, чиме би се избегле дилеме у будућности. Ако се пак законодавац приклони оним законодавствима, којих није мали број, која су избацила ову инкриминацију из кривичног закона, то би значило да се ове ситуације третирају као убиство уз могућу примену околности, које у зависности од конкретног случаја, могу имати олакшавајући или отежавајући карактер. Чињеница је да Србије не би била једина земља која ово кривично дело нема у свом закону или га брише, ако је раније постојало.

Литература:

1. Ashwort, A.: *Principles of Criminal Law*, Oxford, University press, 1999.
2. Алексић, Ж.: *Нека питања у вези са чл. 138. КЗ*, Правни живот, 3–4, 1–6, 1959.
3. Бабић, М.: *Право на живој и привилегована убиства*, Правни живот, 9, 83–97, 1997.
4. Бачић, Ф., Шепаровић, З.: *Кривично право-посебни гео*, Загреб, Информатор, 1997.
5. Ђирић, Ј.: *Убиство дејетта при порођају*, Нека практична питања казног законодавства Југославије, Зборник радова: Институт за криминологију и социолошка истраживања, Београд, 2000.
6. Камбовски, В.: *Казнено право-посебен дел*, Просветно дело, Скопје, 2003.
7. Кривокапић, В.: *Чедоморство као привилеговано убиство*, Безбедност, 3/2004.
8. Лазаревић, Љ.: *Кривично право-посебни гео*, Савремена администрација, Београд, 1995.
9. Лазаревић, Љ.: *Убиства у југословенском кривичном законодавству-de lege lata и de lege ferenda*, Нека практична питања казног законодавства Југославије, Зборник радова, Институт за криминологију и социолошка истраживања, Београд, 2000.
10. Марић, Ј., Лукић, М.: *Правна медицина*, Вагех, Београд, 1998.
11. Марковић, И.: *Кривично дело убиства дејетта при порођају*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, 2/1998.
12. Миловановић, М.: *Судска медицина*, Научна књижара Scientia, Београд, 1933.
13. Миљковић, М.: *О убиству с обзиром на реформу кривичног законика*, Штампарија Раденка Раденковића и Комп, Београд, 1909.
14. Мрвић-Петровић, Н.: *Убиство детета при порођају*, Правни живот, 9/1996.

15. Опријан, М., Јокановић, Д.: *Општије и посебне карактеристике и врсте чедоморства*, Анали Правног факултета у Београду, 3/1994.
16. Радуловић, Љ.: *Криминална полиција*, Правни факултет, Београд, 1999.
17. Schönke, A. Schröder, H.: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München, 2001.
18. Schubarth, M.: *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht*, Besonderer Teil, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1982.
19. Стојановић, З.: *Коментар кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2006.
20. Таховић, Ј.: *Кривично право – посебни гео*, Савремена администрација, Београд, 1961.
21. Трешњев, А.: *Привлећивана убиства у кривичном законик у Србије*, Ново кривично законодавство-дилеме и проблеми у теорији и пракси, Зборник радова Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2006.
22. Вековић, В.: *Неке дилеме у вези са кривичним делом убиства дејеша при порођају*, Зборник радова Правног факултета у Приштини, Приштина, 1996.
23. Wilson, W.: *Criminal law-doctrine and theory*, Pearson Education, London, 2003.
24. Златарић, Б.: *Кривични законик у практној примени II свезак*, Посебни дио, Народне новине, Загреб, 1958.
25. Живановић, Т.: *Основи кривичног права Краљевине Југославије – посебни гео*, Штампарија Гундулић, Београд, 1938.

Abstract: *The Criminal Code of Serbia recognises four categories of privileged homicide, including the criminal offence of killing a new born child while giving birth to the child, which is dealt with in this article. There are many controversies about this issue. The first one concerns the legal basis on which this criminal offence has to be thought as infanticide and not as a murder. The second one is concerning the debate whether it is necessary to recognize more circumstances that could affect the mother who is giving birth to a child besides the fact that the balance of her mind was disturbed by reason of giving birth to the child. Moreover, there is a question about the time of the act, i. e. how the expression of legislator „at the time of the act or immediately after the birth of the child“ should be interpreted. Different interpretations have also been offered regarding the issue of disturbance, i. e. what is its nature and whether general provisions of the Criminal Code of Serbia, concerning insanity and diminished capacity, could be applied there. Finally, all these dilemmas give rise to the most important question: should this criminal offence be thought of as a privileged homicide?*

Key words: *murder, infanticide, giving birth, disturbance by reason of giving birth, new born child, mother, criminal offence, the Criminal Code of Serbia.*
