

Др Бранислав Р. Ристивојевић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
rbrane@pf.uns.ac.rs

НЕДОСТАЦИ ЛЕГИСЛАТИВНО-ТЕХНИЧКОГ ОБЛИКОВАЊА ПРИСТАНКА ПОВРЕЂЕНОГ КОД ТРГОВИНЕ ЉУДИМА: ДА ЛИ ПАЛЕРМО ПРОТОКОЛ ЗАБРАЊУЈЕ ПРОСТИТУЦИЈУ?

Сажетак: Писац се у раду бави питањем пристанка повређеног на сексуално и радно искоришћавање у одредбама Протокола о спречавању, сузбијању и кажњавању трговине људима нарочито женама и децом на Конвенцију УН о транснационалном организованом криминалу. Истражујући претпоставку на којој стоји већина у науци, а према којој није могуће да пасивни субјект кривичног дела пристане на искоришћавање, писац налази да легислативно-техничко обликовање одговарајућих одредби Протокола није задовољавајуће. Изједначавање свих начина извршења радње трговине људима није логички могуће. Немогуће је учинити једнаким дејство принуде или обмане са давањем или прихватањем материјалне користи као начина извршења радње трговине људима на давање пристанка код људи. Прва два уколико су употребљени код сексуалног искоришћавања воде силовању уместо трговини људима, што је правнодогматска препрека таквом легислативнотехничком приступу Протокола. Други може водити трговини људима, према оном што је дато одредбама Протокола, али писац приговара овом решењу са позиција криминалне политике. Када је у питању пристанак пасивног субјекта на сексуално искоришћавање такав легислативно-технички приступ забрањује класичну проституцију, а када је у питању радно искоришћавање одредба замењује материјалну награду као кључни механизам који уређује односе на тржиштима радне снаге са кривичноправном принудом.

Кључне речи: Трговина људима, Палермо протокол, номотехника, криминална политика, пристанак повређеног, сексуално искоришћавање, радно искоришћавање

УВОД

Питање да ли је могуће да пасивни субјект пристане на намеравано искоришћавање је веома често расправљана тема код трговине људима. Приликом израде *Протокола о сузбијању и кажњавању трговине људима, нарочито женама и децом* (у даљем тексту: Протокол) на *Конвенцију УН о транснационалном организованом криминалу* део одредбе трговине људима о пристанку је однео највише енергије и труда.¹ Углавном су се научни ставови о њему кристалисали² у два смера. Ставови су се преломили на питању да ли је могуће да неко буде „жртва трговине људима ко је својом вољом пристао да се упусти“ у сексуално³ односно радно искоришћавање. Први став основан је на аргументима слободе избора односно слободе уопште (човек је слободан да сам бира, да се определи), слободе кретања (човек је слободан да се креће где хоће), слободе привређивања (човек може да сам одлучи чиме ће да се бави), једнакости пред правним поретком (проститутке су далеко више субјект у кривичном поступку само зато што нуде своје услуге него мушкарци који прихватају те понуде што је неједнакост пред поретком), права на приватност (шта човек ради у својој приватном животу је његова ствар)⁴ и забрана дискриминације (престижуција мора да буде легалан позив као и сваки други и да се уреди радним, а не кривичним правом).⁵ Овај став је основан на подацима истраживања

¹ Разлог за ово у доброј мери јесу полно основане предрасуде о трговини људима које су биле подлога за израду оба акта. „Жртве“ трговине људима су жене, а оне као слабе немају могућност да на нешто пристану или не. С друге стране у Протоколу о кријумчареним мигрантима нема помена о пристанку на кријумчарење. Ово стога што су кријумчарени мигранти мушкарци који траже решење за своје економске проблеме и сами одлучују да путују преко граница, а када стигну на одредиште, будући да су јаки, не потпадају под власт кријумчара: Kara Abramson, *Beyond Consent, Toward Safeguarding Human Rights: Implementing UN Trafficking Protocol*, Harvard International Law Journal, 2003, No. 2, p. 479; Слично и Милић: „Вршење кривичних дела је мушки феномен, али се не може занемарити ни учешће жена у вршењу кривичних дела, посебно у неким видовима криминалитета.“: Иван Милић, *Специфичности одлагања извршења казне затвора и примене мере притвора с обзиром на трудноћу и личност жене*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2, 2014, стр. 447.

² Fitzpatrick ову поделу међу активистима за људска права назива „оштром и дубоко укопаном шизмом“: Joan Fitzpatrick, *Trafficking and a Human Rights Violation: The Complex Intersections of Legal Frameworks for Conceptualizing and Combating Trafficking*, Michigan Journal of International Law, No. 4, 2003, p. 1153.

³ Ibid., p. 1150.

⁴ Alexandra Bongard Stremler, *Sex for Money and the Morning After: Listening to Women and Feminist Voice in Prostitution*, University of Florida Journal of Law and Public Policy, 1994-1995, No. 1, p. 193-194.

⁵ Shelley Case Inglis, *Expanding International and National Protections against Trafficking for Forced Labour Using a Human Rights Framework*, Buffalo Human Rights Law Review, 2001, p. 87.

која говоре да велики број оних који се упусте у ланац трговине људима то раде својом слободном вољом.⁶ Други став који не признаје могућност пристанка на искоришћавање основан је око аргумената да нико не може да пристане на своје поробљавање.⁷ Ово стога што је пристанак, чак и када постоји у смислу слободно изражене воље, изнуђен угњетавањем.⁸ И када није било физичке принуде заступници овог става тврде да је пристанак немогућ већ је увек изнуђен тешким приликама (иначе проститутке не би биле жене са дна друштвене лествице које имају најмање могућности). Ови ставови држе да би појам принуде морао да се прошири поред физичке и психолошке и на економску принуду.

Пристанак се изричито спомиње на два места у Протоколу и то на начин који навео заговорнике првог става на помисао да је Протокол у претходно поменутој расправи определио за њихов приступ овом питању. Другим речима заговорници првог става су помислили да су у праву када тврде да Протокол оставља могућност да се пристане на сопствено радно односно сексуално искоришћавање.⁹ Задатак овог рада јесте да истражи да ли је овај закључак, до којег се долази на први поглед, тачан? Другим речима треба истражити да ли Протокол, који вероватно креће од претпоставке да је могуће пристати на сексуално и радно искоришћавање, то заиста и прописује? Да би се дао одговор на ово питање мора се сагледати легислативно-технички приступ Протокола пристанку повређеног.¹⁰

⁶ Nora Demleitner, *The Law at a Crossroad: The Construction of Migrant Women Trafficked into Prostitution*, published in: David Kyle & Rey Koslowski, *Global Human Smuggling: Comparative Perspective*, Baltimore, 2001, p. 264; Allison Murray, *Debt-Bondage and Trafficking: Don't Believe the Hype*, published in: Kamala Kempadoo & Jo Doezema, *Global Sex Workers: Rights, Resistance and Redefinition*, New York, London, 1998, p. 57, наведено према: Kara Abramson, op. cit., p. 484; Janie Chuang, *Redirecting the Debate Over Trafficking in Woman: Definitions, Paradigms and Context*, Harvard Human Rights Journal, 1998, p. 84.

⁷ Susan Tiefenbrum, *Saga of Susannah – A U. S. Remedy for Sex trafficking in Woman: The Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000*, Utah Law Review, No. 1, 2002, p. 122.

⁸ „У америчком правном окружењу пристанак је кључни фактор у одлучивању да ли кршење људских права постоји. На овај начин је целина људског бића сведена на вољу, намеру и пристанак, као да је то све што чини кршење људских права. Људска воља је угаони камен либералне правне теорије која чини појединца средишњицом западне поставке субјективних права. На овакав начин либерална теорија права не узима у обзир угњетавање, стање класне надмоћи које је толико свеprisутно да зазива пристанак, тајни договор или неки облик сарадње угњетених.“: Kathleen Barry, *The Prostitution of Sexuality: The Global Exploitation of Woman*, New York, 1995, p. 23-24.

⁹ Типичан следбеник овог става је Doezema: Jo Doezema, *Who Gets To Choose? Coercion, Consent and UN Trafficking Protocol*, Gender and Development, 2002, No. 1, p. 24.

¹⁰ Има више ситуација у којима је међународна заједница схвативши опасност од неког вида прекограничног криминалитета створила стратегију борбе против њега. Такав је и

1. Језичко уобличавање пристанка повређеног у Протоколу

У пољу међународног кривичног права, које је крајње неуређено и не систематизовано и где је једно од првих научних питања садржај општег појма међународног кривичног дела, није искључено да се пристанак повређеног појави у легислативи а да његова права улога није јасна. Протокол је управо такав акт. Пристанак повређеног се изричито помиње на два места у Протоколу. Прво се у тачки (а) става 1. члана 3. Протокола каже да је сврха начина извршења радње трговине људима:

„...да би се обезбедио пристанак лица да буде искоришћено“.

Затим се у тачки (б) става 1. члана 3. Протокола наводи да:

„Пристанак жртве трговине људима на намеравано искоришћавање...
...је неважан када је радња извршена на начин предвиђен тачком (а).“

Релативно је лако одбацити претпоставку да је у питању основ искључења противправности. Крајње би био необичан легислативно-технички приступ Протокола где се о њему изричито говори. Основи искључења противправности се углавном не прописује изричито у актима, то је у правилу немогуће, већ се њихово обликовање препушта тумачењу норми и њиховом међусобном односу.¹¹ Такође, пристанак се у Протоколу доводи у везу само са једним елементом бића дела, а да би био основ искључења противправности морао би да се односи како на радњу, тако и на последицу јер они тек заједно чине повреду добра.¹² Као последње треба нагласити да је у савременом кривичном праву великом броју случајева он непотребан јер се нарочитим легислативно-техничким механизмима пристанком повређеног може и пре искључења противправности искључити предвиђеност дела у закону. Тако се пристанак повређеног може искористити као основ искључења постојања кривичног дела код оних кривичних дела где је одсуство пристанка односно противљење (изричито или прећутно) елемент бића дела.¹³ То је случај код оних кривичних дела где је принуда један од елемената бића или се захваљујући пристанку неко дело не врши неовлашћено, што је код неких дела обавезан елемент бића.¹⁴ Тако се долази до друге могућности а то је она да је пристанак повређеног у Протоколу основ искључења постојања кривичног дела. Ова претпоставка би била боља и зато што би се избегло давање одговора на сложено питање које се увек јавља код пристанка повређеног као основа искључења против-

тероризам: Тања Лукић, *Борба против финансирања тероризма: пример Шпаније*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3, 2010, стр. 353.

¹¹ Фрањо Бачић, *Кривично право – опћи дио*, Загреб, 1980, стр. 193, 203.

¹² Тома Живановић, *Кривично право-општи део*, Београд, 1910, стр. 108.

¹³ Ibid., стр. 110; Станко Франк, *Теорија казниог права*, Загреб, 1955, стр. 131.

¹⁴ Зоран Стојановић, *Кривично право-општи део*, Београд, 2013, стр. 158.

правности, а то је код којих правних добара признати ово право, а код којих не.¹⁵ Управо трговина људима има као једно од средстава извршења радње предвиђену принуду. Против овог решења говори чињеница да је важност пристанка, како каже тачка (б) става 1. члана 3. изричито искључена. На тај начин изричито се не дозвољава могућност да се пристанком повређеног искључе начини односно средства извршења радње чиме би и сама радња била искључена, а са њом би било искључено и постојање кривичног дела. Оваква легислативна техника је са разлогом довела науку у положај да постави питање да ли је уопште могуће да се неко упусти у проституцију а да не буде захваћен одредбом Протокола о трговини људима?¹⁶

Види се да остаје отворено питање која је улога пристанка повређеног у Протоколу односно полазна поставка по којој је могуће пристати на искоришћавање је под знаком питања. Стога се мора прећи на анализу садржаја пристанка повређеног у две одредбе Протокола. Она ће показати да је прва одредба делимично, а друга потпуно логички неоснована.

2. Пристанак у тачки (а) става 1. члана 3.

Тако тачка (а) говори да се начини извршења радње користе у сврху „обезбеђивања“ пристанка. Другим речима пасивни субјект пристаје на искоришћавање у присуству силе, претње или других облика принуде, отмице, преваре, обмане, злоупотребе моћи или туђе немоћи, давања или примања новца или друге користи. Грешка коју овде чине писци Протокола јесте у изједначавању више по природи различитих средстава извршења радње.¹⁷ Како се могу у исту равн ставити принудни и преварни начини извршења радње трговине људима, који по правилу поништавају пристанак, са давањем или примањем новца или друге користи, који не поништавају пристанак, већ управо супротно, заснивају га?¹⁸ Једино би се код овог другог могло расправљати о „обезбеђивању пристанка“, а код принудних и

¹⁵ Радовановић држи да је немогуће да се постави један критеријум једнак за сва кривична дела: Милош Радовановић, *Кривично право СФРЈ-општи део*, Београд, 1976, стр. 106.

¹⁶ „...дефиниција је, у начелу, довољно отворена да обухвати скоро сваког ко је инволвиран у сексуалну индустрију као жртву трговине људима.“: Anette Brunovskis, Rebecca Surtees, *Agency or Illness – The Conceptualisation of Trafficking: Victim’s Choices and Behaviours in the Assistance System*, Gender, Technology and Development, No. 1, 2008, p. 59.

¹⁷ Ово примећује и Chuang када пише да постоје „...различите врсте принудних снага које могу да утичу на њен [женин] пристанак.“: Janie Chuang, op. cit., p. 84.

¹⁸ Ово примећује и Sullivan када каже да се Протокол може применити и на „...ненасилне или, чак, очевидно консесуалне активности...“: Barbara Sullivan, *Trafficking in Woman: Feminism and New International Law*, International Feminist Journal of Politics, No. 1, 2003, p. 81.

преварних начина радње извршења, како ће се видети, само изузетно. Међутим Протокол већ у следећој тачки (тачки б) истог става уводи проблематичан закључак, који ће се анализирати у следећем делу рада, да је у присуству свих степени принуде или обмане могућ пристанак пасивног субјекта на оно што му се ради.¹⁹

2.1. Принудни начини извршења радње

Обезбедити пристанак није могуће у присуству апсолутне силе, а у присуству компулзивне силе и претње то зависи од њиховог степена. У правилу, што је степен већи то се теже може говорити да постоји пристанак и обрнуто. Ако се говори о вишим степенима компулзивне силе и претње као принудним средствима радње извршења онда за њих важи правило да пристанак искључује принуду, а принуда негира пристанак.²⁰ Закључак је да би се о „обезбеђивању пристанка“ могло говорити само код мањих степени принуде.

2.2. Преварни начини извршења радње

Када су у питању преварни начини извршења радње за њих без сумње важи правило да нико не може да пристане на лаж²¹ ако под њом подразумевамо потпуну заблуду. У таквом случају искривљена слика коју у свести има пасивни субјект не одговара стварности. С друге стране степен непостојања свести о стварности (заблуда) може да буде различит, на исти начин како се разликују степени силе или претње код принудних начина извршења радње. То значи да овде може бити од значаја у којој мери је лице које било у заблуди у ту заблуду уверено, односно да ли је имало свест и у коликој мери да је његова представа можда погрешна. Ово стога што је неопходно да је радња обмане проузроковала, или барем саузроковала, заблуду код превареног.²² Ако ју је проузроковао или саузроковао сам па-

¹⁹ Chuang има сличан став. Она пише да се исцрпљивањем у расправи о томе да ли жена може или не може да пристане на врбовање за проституцију или на саму проституцију „...ризикује да занемаре важне чињенице у вези квалитета пристанка...“: Ibid.

²⁰ Стојановић заузима овај став у вези са кривичним делом силовања: Зоран Стојановић, *Коментар КЗ*, Београд, 2012, стр. 528.

²¹ Ann D. Jordan, *The Annotated Guide to the Complete UN Trafficking Protocol*, Washington, 2002, p. 7, http://www.hrea.org/erc/Library/display_doc.php?url=http%3A%2F%2Fwww.globalrights.org%2Fsite%2FDocServer%2FAnnotated_Protocol.pdf%3FdocID%3D2723&external=N, посећено: 20. децембра 2013. године; Marjan Wijers, *Analysis of the definition of the trafficking in human beings in Palermo Protocol*, 2005, p. 26, <http://lastradainternational.org/lisidocs/354%20Analysis%20def%20Palermo%20protocol.pdf>, посећено: 15. децембар 2013. године.

²² Тома Живановић, *Основи кривичног права-посебни део*, 1912, стр. 36.

сивни субјект, нема преваре²³ рецимо његовом непажњом или немаром. У начелу, што је већи степен непостојања свести о стварности (односно мања мера сумње у стварност), то је мања могућност да неко пристане на такве околности. Само код мањих степени непостојања свести о стварности (односно већих степени сумње у стварност) може да постоји пристанак.

2.3. *Злоупотреба немоћи као начин извршења радње*

Најлошији закључак који би се могао извести из овако неодговарајућег нормирања јесте да се злоупотребом туђе немоћи, као средством односно начином извршења радње, обезбеђује пристанак пасивног субјекта. Са оградом да се и степен немоћи пасивног субјекта може разликовати (као што може и степен принуде или степен заблуде), и даље се може поставити питање да ли је могуће да неко ко је у положају немоћи да пристанак на било шта? Чистим језичким тумачењем појма „немоћи“ долази се до закључка да немоћан јесте онај пасивни субјект који *нема моћ* односно онај ко није у стању да одлучује тј. нити да пристане нити да не пристане.

При томе се овде мисли само на физичку или духовну немоћ. У науци постоји кретање које покушава да стање немоћи пасивног субјекта тумачи, не као стање физичке или духовне немоћи, већ као стање економске немоћи. Према овим ставовима тешке материјалне прилике у којима се налази субјект воде немоћи у одлучивању.²⁴ Овакво тумачење појма немоћи би било погрешно. Носиоци оваквих ставови у науци не воде рачуна о томе да би сваки радник који је прихватио лоше запослење (мала плата, лоши услови рада...) због неповољних прилика на тржишту радне снаге могао да се позове на одредбу трговине људима.

2.4. *Злоупотреба моћи и користољубиви начини извршења радње*

Једини логичан закључак јесте да се само злоупотребом моћи и, нарочито, давањем или примањем новца или друге користи као користољубивим начинима односно средствима радње извршења могуће обезбедити пристанак пасивног субјекта. На који други начин се неко лице наводи на одређено понашање него материјалном коришћу? Она је један од најзна-

²³ „Претежно је мишљење да неће постојати превара онда кад се подигао новац од дужника просто на основу показивања какве легитимационе исправе нпр. уложне књижице, јер се за онога који плаћа без испитивања личности подносиоца не може рећи да је подношењем исправе био доведен у заблуду о његовој личности.“: Ibid., стр. 37.

²⁴ Natalia Ollus, *The United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Woman and Children: A Tool for Criminal Justice Personnel*, р. 23, UNODC, http://www.ungift.org/docs/ungift/pdf/knowledge/unafei_analysis.pdf, посећено: 25. јануара 2014. године.

чајнијих покретача људске делатности уопште.²⁵ Принудним и преварним средствима радње извршења као и злоупотребом туђе немоћи (осим описаних изузетака) не може се обезбедити пристанак пасивног субјекта на радњу трговине људима, они га управо супротно искључују.

Не треба да изненађује да је из овако нетачне полазне поставке према којој се свим средствима извршења радње може „обезбедити пристанак“ настало следеће правило према коме је „пристанак неважан“.

3. Пристанак у тачки (б) става 1. члана 3.

Прва недоумица јесте сама поставка по којој су сви начини односно средства радње извршења стављени у исту раван у погледу дејства. Она је како се видело погрешна. Из претходног излагања види се да нису сви начини односно средства радње извршења уопште подобни да издејствују пристанак. Принуда, превара и злоупотреба туђе немоћи у степену који ништи слободну вољу не заснивају пристанак већ управо супротно поништавају га (уз описане изузетке). Захваљујући томе одредба о неважности пристанка у овим случајевима је беспредметна. Ова одредба би по логици ствари требало да се односи само на случајеве где је пристанак могућ.

Код ових случајева природно се намеће друга недоумица: зашто би пристанак повређеног био неважан ако је заиста дат? Пристанак по дефиницији подразумева слободну вољу. Ако је има – може да буде пристанак. Ако је нема – не може да буде пристанак.²⁶ Како је дошло до ове грешке?

По свему судећи су писци Протокола нормирали ове одредбе без правих обавештења о појавним облицима трговине људима. Све пасивне субјекте, без разлике, сврстали су у „жртве“ које по њиховом поимању нису способне за смислено и одговорно самоодређење односно за слободну вољу. Чак и када нешто одлуче, „жртве“ нису донеле слободну одлуку. Другим речима приступили су свима као да су објекти туђе воље, а не субјекти своје. Отуд одредба по којој се свим начинима односно средствима радње извршења „обезбеђује пристанак“. Она указује на један неисказани са-

²⁵ „Ја свакако заступа гледиште и чврсто га се држим да је егоизам покретач целокупног општења... ...за општење нема друге покретачке снаге осим егоизма...“: Рудолф фон Јеринг, *Циљ у праву*, Београд, Подгорица, Ср. Карловици, 1998, стр. 72.

²⁶ „...људи не могу да буду трговани својевољно.“: Tom Obokata, *Trafficking of Human Beings as a Crimes Against Humanity: Some Implications for the International Legal System*, International and Comparative Law Quarterly, no. 2, 2005, p. 447; ...пристанак... ...треба да је дан прије извршења дјела, дан одређеној особи, учиниоцу, да га је она спознала, да га је дала особа која је способна за давање једне такве изјаве и која увиђа значење тога, те која је једини титулар заштићеног добра, да је дан *слободно*, без витних недостатака у погледу *вољног* одлучивања, да је изричит, односно да произилази из конклюдентних радњи.“: Фрањо Бачић, *op. cit.*, стр. 221.

држај ове норме: на друге начине се и не може дати пристанак на искоришћавање осим принудом, преваром итд. Које разборито лице би својевољно дало свој пристанак да буде сексуално или радно искоришћено? Одговор који су дали писци Протокола а који следи из овог неисказаног садржаја одредбе гласи: ни једно. Расуђивање које је претходило овом закључку је следеће: ако је дао свој пристанак на искоришћавање мора да с тим пристанком нешто није у реду. Оптерећени потребом да заштите овако описане „жртве“ туђе злоупотребе, а истовремено свесни да, како смо показали, нешто није у реду са пристанком који је обезбеђен принудним или преварним начином извршења радње, осетили су потребу да то поправе. То су учинили новом логичком грешком овај пут тврдећи како је пристанак дат на наведене начине „неважан“. Прави, логички исправан приступ нормирању би био, не да је пристанак *неважан*, већ да га *нема*. Наравно, ово само у случајевима где начин односно средство радње извршења поништава могућност да се да пристанак. Тек ако пристанка има, може да се расправља да ли треба да буде основ који искључује постојање кривичног дела или не односно да ли је *важан* или *неважан*. Из овог разлога је у начелу (али само у начелу!) исправан став који се среће у већини литературе да утврђивање постојања начина извршења радње *искључује* пристанак²⁷ односно да, како то тврди овај рад, пристанка *нема*. То произилази, како је већ речено, из здравог разума. Занимљиво је да носиоци ових логички утемељених ставова у науци не виде проблем нелогичности у оваквом нормирању. Једини закључак је да не врше пажљиво језичко тумачење текста Протокола, иако их здрав разум наводи на, начелно, исправан став. Овај став наравно има изузетке које су описани. Носиоци ових ставова не увиђају, вероватно оптерећени некритичким приступом тексту Протокола, разлику између појединих начина односно средстава радње извршења. У оним случајевима начина односно средства радње извршења где је могуће да пристанка има могуће је расправљати да ли је пристанак, како каже одредба Протокола, неважан, или има кривичноправно дејство.

4. Два начина извршења радње код којих је одредба о неважности пристанка логички могућа

Та два случаја у којима је *увек* могуће начинима односно средствима радње извршења које Протокол наводи обезбедити пристанак јесу злоупотреба моћи и давање или примање новца или друге користи (у осталим случајевима средстава радње извршења, како је изложено, некад је могуће, а некад не). У та два случаја одредба тачке (б) о неважности пристанка ни-

²⁷ Ann D. Jordan, op. cit.; Marjan Wijers, op. cit.

је логички неоснована па је могућа. Оно што је највише изненађује јесте чињеница да ови логички могући начини односно средства радње извршења у стварности јесу најзаступљенији. Највећи број пасивних субјеката управо тако даје свој пристанак да буде искоришћен. Истраживања рађена међу пасивним субјектима трговине људима показују да је велики број њих итекако свестан ризика онога у шта се упуштају.²⁸ То су људи који заиста желе да промене свој живот, па та жеља буде искоришћена.²⁹ Другим речима они *пристају* на свој положај. У оваквим случајевима није немогуће да се легислативном техником пристанак учини неважним, како то каже Протокол, односно да буде без кривичноправног дејства. Наука бележи два оваква случаја. Први јесте кажњавање за неко понашање и када су извршена са пристанком, а други када се пристанак изричито или прећутно унесе у биће кривичног дела као његов елемент.³⁰ У таквим случајевима не може се расправљати о правнодогматској основаности неког решења већ само о криминалнополитичкој оправданости истог.

4.1. Криминалнополитичка оправданост оваког приступа

Да ли је криминалнополитички смислено решење да је у овим случајевима пристанак неважан и колико је оно оправдано?

4.1.1. Криминалнополитичка оправданост код злоупотребе моћи као средства извршења радње

Код злоупотребе моћи као средства радње извршења пасивни субјект, бива искоришћен уз свој пуни пристанак. Услед тога оправданост његовог прописивања као начина извршења радње трговине људима се лако може довести у питање. Овде се искоришћавање не врши противно вољи пасивног субјекта, већ у потпуности складу са њом. Класичан кривичноправни пример за ово, обљуба злоупотребом положаја јесте одличан да објасни управо трговину људима. Чести су случајеви код овог дела да се пасивни

²⁸ Kara Abramson, op. cit., p. 486; Истраживање рађено на 20 проститутки у Београду говори да је већина сама донела одлуку да се упусти у протитуцију иако је то био одговор на тешке околности у којима су живеле: Anette Brunovskis, Rebecca Surtees, op. cit., p. 61.

²⁹ Трговина људи је нужни производ „кретања људи и рада“. Врло су ретки случајеви да су пасивни субјекти отети или киднаповани: Dina Francesca Haynes, *Not Found Chained to a Bed in a Brothel: Conceptual, Legal and Procedural Failures to Fullfill the Promise of The Trafficking Victim Protection Act*, Georgetown Immigration Law Journal, No. 3, 2007, p. 373.

³⁰ „...пристанак не искључује друштвену опасност оних дјела која закон кажњава иако су извршена са пристанком, на примјер код дјела из члана 340 [Избегавање војне службе онеспособљавањем]... ..Ако је напротив пристанак обиљежје или претпостава законског бића дјела, не искључује [пристанак] је никада, нпр. члан 182. [Обљуба злоупотребом положаја] и 263. [Лихварство] КЗ“: Станко Франк, op. cit., стр. 131.

субјект упушта у полни однос на наговор извршиоца у замену за неку противуслугу, привилеговање, посредну корист и слично. На недозвољену и неморалну понуду извршиоца, пасивни субјект одговара једнако неморалним и недозвољеним прихватам понуде. Стога се у оваквим случајевима са разлогом поставља питање чијем добру се пружа заштита, или тачније речено има ли уопште добра које се штити?³¹ Зар се код трговине људима не дешава управо описан след догађаја? Већ наведена истраживања рађена међу пасивним субјектима трговине људима показују да је велики број њих итекако свестан ризика онога у шта се упуштају.³² Таква истраживања воде научним ставовима да је један број жена свесно не само да ће радити у проституцији, него и лоших услова рада у њој.³³

4.1.2. Криминалнополитичка оправданост код користољубивих средстава извршења радње

Код давања или примања новца или друге користи неважност пристанка је, чини се, под највећим знаком упита. Треба направити разлику између пристанка на сексуално и радно искоришћавање, што су равноправне могућности које предвиђа одредба трговине људима у Протоколу, зато што су аргументи против неважности пристанка делимично различити.

4.1.2.1. Криминалнополитичка оправданост код користољубивих средстава извршења радње у вези са сексуалним искоришћавањем

Овим начином радње извршења трговине људима дат је опис обичне или класичне проституције.³⁴ Има ли одредбе проституције која не обухвата добровољно сексуално подавање за новац? Познати Merriam-Webster речник енглеског језика каже да је у питању “полни чин у замену за новац”.³⁵ Утицајни Black’s Law Dictionary одређује проституцију као чин или праксу упуштања у сексуалну активност за новац или његов еквивалент, а затим додаје други опис проституције: комерцијализовани секс.³⁶ Вујаклијин Лексикон страних речи и израза има следећу одредбу проституције:

³¹ Зоран Стојановић, *op. cit.*, II, стр. 539-540.

³² Kara Abramson, *op. cit.*, p. 486; Највећи део жена које незаконито уђу у Аустралију нису преварене око чињенице да ће се укључити у сексуалну индустрију: Rebecca Tailby, *Organised Crime and People Smuggling/Trafficking to Australia*, Trends and Issues in Crime and Criminal Justice, No. 208, 2001, p. 2.

³³ Natalia Ollus, *op. cit.*, p. 23.

³⁴ „...одредба трафикинга не заузима јасну позицију о односу проституције и трафикинга...“: Barbara Sullivan, *op. cit.*, p. 81.

³⁵ *Merriam-Webster Dictionary*, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/prostitution>, посећено: 10. јануара 2014. године.

³⁶ *Black’s Law Dictionary*, New York, 2000, p. 992.

„давање тела за новац као позив (професија)“.³⁷ Да ли уопште постоји начин упуштања у проституцију а да не укључују овакву или онакву материјалну надокнаду? Врло вероватно не постоји. Поставка проституције по којој је пристанак лица које се у њега упушта неважан (како то поставља Протокол) нужно води следећем питању: да ли је могуће да су сва лица на овом свету које су упусте у проституцију трајне жртве искривљене свести неспособне да доносе одлуке о запослењу и месту боравка својом слободном вољом? Наравно да нису. У супротном би сасвим било умесно питање да ли ико може да пристане да се упусти у проституцију?³⁸ Такође, ова поставка, такође, чини питање квалитета пристанка, занемареним.³⁹ Свакако се и пристанак на неки положај у животу може измерити, као и свака друга психичка датост (свест или воља). Ово стога што се и пристанак састоји од свести и воље.

Ако бисмо занемарили ове разлике и забранили сваки пристанак на проституисање ишли бисмо против чињенице да се много људи добровољно упушта у проституцију, али не и на услове рада у њој.⁴⁰ Тако бисмо померили пажњу са услова рада, а који су у великом броју случајева оно што женама смета, а не проституција сама по себи. На крају се добија стање неделотворног кривичног права у којем се онима који хоће да се упусте у позив који само њих погађа (проституцију) то забрањује.⁴¹ Тако нешто је практично немогуће забранити и стога је бесмислено.

4.1.2.2. Криминалнополитичка оправданост код користољубивих средстава извршења радње у вези са радним искоришћавањем

Овакво нормирање пристанка ствара сличне проблеме у другој области искоришћавања, радном искоришћавању. Ако занемарујемо услове рада, а томе воде апсолутне забране давања пристанка које су унете у одредбу трговину људима под утицајем тзв. „људскоправашких“⁴² идеолошких

³⁷ Милан Вујалкија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 1996, стр. 732.

³⁸ Протокол је толико широко поставио одредбу трговине људима да искључује могућност да жена сама одлучи да се упусти у проституцију: Anette Brunovskis, Rebecca Surtees, *op. cit.*, p. 73, footnote 3.

³⁹ Janie Chuang, *op. cit.*, p. 85.

⁴⁰ Natalia Ollus, *op. cit.*, p. 23; Највећи део жена које незаконито уђу у Аустралију нису преварене око чињенице да ће се укључити у сексуалну индустрију, већ око висине награде или услова рада: Rebecca Tailby, *op. cit.*, p. 2.

⁴¹ Лекција коју нас учи историја показује да се јачање државне силе на сузбијању проституције на крају окрене против проститутки: Jo Doezema, *op. cit.*, p. 24; Janie Chuang, *op. cit.*, p. 86.

⁴² Целина сваког међународног, па тако и међународног кривичног права је у данашње доба потпуно прожета правом о људским правима: Florence Jessberger, *Bad Torture – Good*

ставова, занемарићемо чињеницу да људи пристају на разноразне услове рада, често лоше, када су у тешкој материјалној ситуацији. Одредбом о неважности пристанка (у овом случају) Протокол шаље поруку да ће се људима који раде у тешким условима, неће поправити ти услови него ће им се забранити да раде. Колико је оваква правна поставка у додиру са стварним животом?⁴³ Када је радно искоришћавање у питању, све се своди искључиво на услове рада, а не на рад сам по себи, као код проституције јер за рад нико неће рећи да је сам по себи „експлоатативног карактера“.⁴⁴ У теорији права већ је писано о познатој и неспорној улози себичних економских интереса у доношењу одлука код људи.⁴⁵ У светлу ове чињенице не делује убедљиво став да и велика мера економске принуде у виду тешког материјалног стања може да буде таква да онемогући пристанак пасивног субјекта на искоришћавање.⁴⁶ Када би ово било тачно шта би онда спречило било којег сиромаша који добије понуду за посао спрам мере принуде и тражње на тржишту радне снаге да се позове на одредбу трговине људима тврдећи како је искоришћен (експлоатисан)? Такве могућности би водиле нарушавању механизма који уређују равнотежу на поменутом тржишту, а која су његов неодвојиви садржај, јер би рад уместо награде уређивала принуда са свим штетним дејствима које то носи:

„Регулисати рад принудом уместо наградом значило би друштво претворити у радионицу и рад целе нације ограничити на руке, јер се само руке могу принудити, а не дух... ..Принуда претвара егоизам у противника рада, а награда у његовог савезника, јер при неслободном раду радник је заинтересован да ради што мање, а при слободном што више...“⁴⁷

Који економиста се не би пренерazio на идеју да се субјекти на тржишту радне снаге користе кривичним правом, а то значи принудом, да уреде своје односе?

Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of the Police Officers in Germany, Journal of International Criminal Justice, No. 5, 2005, p. 1071-1072.

⁴³ Без обзира на порекло неке нормe, када се изврши њено преношење у међународно кривично право, она мора да подлеже начелима ове гране права као и свака друга ако желимо да буде прихватљива за различите субјекте међународног права. Иначе се може десити да: „...либералне (људско-правашке и интернационалистичке) поставке створе нелибералне кривичноправне институте и тако истисну либералне.“: Darryl Robinson, *The Identity Crisis of International Criminal Law*, Leiden Journal of International Law, No. 4, 2008, p. 946-947.

⁴⁴ Janie Chuang, op. cit., p. 86.

⁴⁵ „Ја свакако заступам гледиште и чврсто га се држим да је егоизам покретач целокупног општења... ..за општење нема друге покретачке снаге осим егоизма...“: Рудолф фон Јеринг, op. cit., стр. 72.

⁴⁶ Ово је став Chuang-ове: Janie Chuang, op. cit., p. 94.

⁴⁷ Рудолф фон Јеринг, op. cit., стр. 72.

ЗАКЉУЧАК

Лоша легислативна техника у међународном кривичном праву у ужем смислу је одавно забележена и описана појава. Ова анализа показује да исти закључак може да се да и за одредбе међународног кривичног права у ширем смислу, где трговина људима свакако спада.

Обликовањем пристанка повређеног писци Протокола су створили логички неодрживе поставке.⁴⁸ Несумњиво је да су желели да оставе могућност да се човек добровољно упусти у проституцију, што, како смо у Уводу показали, већина науке и препознаје као њихову намеру. Међутим, пажљивим читањем одредби Протокола види се да легислативно-технички приступ пристанку повређеног није дао жељени исход.⁴⁹

Имајући искривљену слику о начину на који се људи упуштају у проституцију услед недостатка правих обавештења о појави трговине људима, а истовремено оптерећени предрасудама које долазе из поља међународног права о људским правима, све пасивне субјекте трговине људима прогласили су неспособним да дају свој пристанак на сексуално или радно искоришћавање. Ово су учинили путем изједначавања значења и дејства свих набројаних начина односно средстава радње извршења трговине људима. Прво изједначавање је извршено када је утврђено да се њима, како каже Протокол, обезбеђује пристанак пасивног субјекта. Рад је показао да се неким од њих (принуда, превара), управо супротно, поништава пристанак, док су други (давање или примање користи) саставни делови апсолутно сваке могуће одредбе проституције. Не постоји другачији начин да се неко лице упусти у проституцију него за материјалну корист. Сваки други начин на који би се неко нашао у проституцији могли би се без проблема оценити као силовање. Друго изједначавање је извршено када је утврђено да су сви пристанци без обзира на начин односно средство уз помоћ којег су издејствовани „неважни“. У оним случајевима где се начином радње извршења поништава пристанак она је непотребна и сувишна јер у тим случајевима пристанка нема, а у оним где се пристанак заснива ово решење ствара два велика криминално-политичка проблема. Први проблем је што практично забрањује класичну проституцију. Она постоји од када је света и века (не зову је узалуд најстаријим занатом) и бесмислен је сваки покушај да се забрани. Други проблем је тај што ствара механизам да се обична тржишта радне снаге уместо наградом уређују кривичноправном принудом, што је скоро незамисливо из угла мерила расуђивања које користе економисти.

⁴⁸ Слично: Лука Батуран, Стефан Самарџић, *Пристанак лица да буде донор органа након смрти у српском праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4, 2013, стр. 430.

⁴⁹ „...квалитет закона непосредно зависи од квалитета употребљеног језика.“: Драгиша Дракић, *О стилу језика закона*, Зборник радова Правног факултета у Ноом Саду, бр. 1, 2012, стр. 373.

*Branislav R. Ristivojević, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Deficiency of Legislative Shaping of the Consent of a Victim in Human Trafficking: is Prostitution Prohibited by Palermo Protocol?

***Abstract:** The writer deals in his work with the issue of the consent of a victim to sexual and labor exploitation under the provisions of the Protocol on the Suppression and Punishment of Trafficking in Persons, especially Women and Children on the UN Convention on Transnational Organized Crime. By analyzing preliminary assumptions on which the majority of science stand for, according to which it is possible for a passive subject to consents to its own sexual and labor exploitation, the author finds that the legislative and technical shaping of the relevant provisions of the Protocol is not satisfied concerning this matter. Equalization of all provided manners or instruments of perpetration of criminal offence of human trafficking has brought about a logical error. It is not possible to make equal the effect of coercion and deceit with the effect of providing or accepting the benefits as manners of perpetration of criminal offence of human trafficking on people consent. The first two, if used for sexual exploitation lead to rape instead to human trafficking, which represents a legal-dogmatic obstacle to such legislative-technical approach to the Protocol. The second one can lead to human trafficking according to what is given as a provision of this criminal offence, but the writer also complains about decision from the point of a criminal policy. When it comes to sexual exploitation, such legislative-technical approach along with the consent of the victim covers classical prostitution, and when it comes to labor exploitation the award replaces it as a key mechanism for the regulation of economic relations in ordinary labor markets, with the criminal justice coercion.*

***Key words:** Human Trafficking, the Protocol, legislative techniques, crime policy, the consent of the victim, sexual exploitation, labor exploitation*

Датум пријема рада: 27.05.2015.