

SPOLNI ODNOŠAJ BEZ PRISTANKA I SILOVANJE - TEORIJSKI I PRAKTIČNI PROBLEMI

Rittossa, Dalida; Martinović, Igor

Source / Izvornik: *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2014, 21, 509 - 548

Journal article, Published version

Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:642260>

Rights / Prava: [In copyright](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2021-08-04**

PRAVI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)



Dr. sc. Dalida Rittossa*
Dr. sc. Igor Martinović**

SPOLNI ODOŠAJ BEZ PRISTANKA I SILOVANJE – TEORIJSKI I PRAKTIČNI PROBLEMI

Stupanjem na snagu novog Kaznenog zakona seksualni delikti podvrgnuti su značajnim promjenama. Novi zakonodavni zahvati izazvali su nedoumice osobito u kontekstu tumačenja kaznenih djela spolnog odnošaja bez pristanka i silovanja. Kako bi se otklonile nejasnoće u tumačenju tih dvaju kaznenih djela, u radu se nastoje otkriti razlozi kojima se zakonodavac vodio prilikom usvajanja novih zakonskih rješenja. Prikazuju se povijesne tendencije u razvoju seksualnih delikata te se analizira način uređenja seksualnih kaznenih djela u Njemačkoj, Austriji, Švicarskoj, Sloveniji i Ujedinjenom Kraljevstvu. U središnjem dijelu rada daje se detaljna analiza kaznenih djela spolnog odnošaja bez pristanka i silovanja s de lege lata aspekta, pri čemu se koriste primjeri iz recentne prakse hrvatskih sudova. U zaključnom dijelu rada predlažu se smjernice za izmjene i dopune de lege ferenda.

1. UVOD

Stupanjem na snagu novog Kaznenog zakona¹ (u daljnjem tekstu: KZ) hrvatsko kazneno zakonodavstvo doživjelo je značajne izmjene. Iako seksualni delikti spadaju u grupu klasičnog kriminaliteta čije kažnjavanje nikada nije bilo sporno, i ta su kaznenih djela podvrgnuta korjenitoj reformi. Promijenjen je i sam naziv glave u kojoj se propisuju seksualni delikti pa se sada kao zaštitni objekt ističe samo spolna sloboda, ali ne i ćudoređe. Osim strukturalnih izmjena kojima su seksualni delikti na štetu djece izdvojeni i zasebno grupirani u glavu VII. KZ, provedene su i izmjene kojima je došlo do proširene kriminalizacije spolnih radnji. U hrvatsko kazneno zakonodavstvo prvi je put uvršteno kazneno djelo spolnog uznemiravanja (čl. 156.), a drugačije su regu-

* Dr. sc. Dalida Rittossa, viša asistentica na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

** Dr. sc. Igor Martinović, viši asistent na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

¹ Kazneni zakon, NN 125/11, 144/12.

lirani i kvalificirani seksualni delikti, koji su sada objedinjeni pod nazivom „teška kaznena djela protiv spolne slobode“ (čl. 154.). Međutim, zakonodavna intervencija koja je zasigurno izazvala najviše polemika u stručnim i znanstvenim raspravama odnosi se na inkriminiranje spolnog odnošaja bez pristanka (čl. 152.).

Uvođenjem tog kaznenog djela uvelike se promijenila dosadašnja koncepcija kaznenih djela protiv spolne slobode, pa je tako silovanje u nomotehničkom smislu postalo kvalificirani oblik spolnog odnošaja bez pristanka. Nedoumice je izazvalo i proširenje kažnjivosti na djelo počinjeno u otklonljivoj zabludi o pristanku, kao i konstrukcija „smatra se“ u čl. 152. st. 3., kojom se – prema dvojbenom stajalištu predlagatelja Zakona – teret dokazivanja prebacuje na okrivljenika. Novi zakonodavni scenarij poljuljao je dosadašnje postavke o seksualnim deliktima i standarde koje je izgradila sudska praksa, a od nekih se i potpuno odustalo.

Iz kojeg je razloga zakonodavac učinio takav zaokret pa time unio nesigurnost u sudsku praksu, nastojat će se odgovoriti u ovom radu. Kako bi se bolje razumjela nova zakonska rješenja u sferi spolnosti, prikazat će se osnovne povijesne tendencije u inkriminiranju seksualnih delikata s naglaskom na silovanju. Kroz prizmu komparativnih rješenja istražiti će se u kojoj se mjeri kaznena djela spolnog odnošaja bez pristanka i silovanja razlikuju od inkriminacija u zakonodavstvima većine zapadnoeuropskih zemalja. U središnjem dijelu rada kaznenim djelima spolnog odnošaja bez pristanka i silovanja pristupit će se s *de lege lata* aspekta, s posebnim naglaskom na teorijski i praktično sporna pitanja. Pritom će se, u mjeri u kojoj je to moguće s obzirom na kratak protek vremena od stupanja na snagu novog Zakona, analizirati nova praksa hrvatskih sudova. Na temelju provedene analize nastojat će se pružiti smjernice za poboljšanje postojećeg zakonskog teksta *de lege ferenda*.

2. TENDENCIJE U REGULIRANJU SEKSUALNIH DELIKATA – POGLED UNATRAG

Povijesni slijed razvoja odredbi kojima se regulira neki pravi institut odraz je postojećih društvenih, ekonomskih, etičkih i političkih okolnosti u određenom prostoru i vremenu. Kompleksni utjecaj tih okolnosti na oblikovanje pravnih normi posebice je izražen u kaznenom pravu budući da ono u usporedbi s drugim granama prava posjeduje represivni mehanizam socijalne kontrole. Kažnjavanjem onih koji se ponašaju u suprotnosti s od većine prihvaćenim pravilima ponašanja zakonodavac nastoji promicati određene društvene vrijednosti. Socijalna uloga kaznenopravne norme kao sredstva preko kojeg se prenosi poruka o poželjnom, dobrom, neporočnom, normalnom i prihvatljivom ponašanju osobito je vidljiva u inkriminiranju seksualnih delikata. Stoga

ne čudi da se prve odredbe kojima se zabranjuju određene seksualne radnje mogu pronaći već u Hamurabijevom zakoniku koji je donesen prije gotovo dva tisućljeća.

Prema Hamurabijevom zakoniku, preljub i silovanje smatrali su se krajnje neprihvatljivim ponašanjima, koja su se kažnjavala najstrožim kaznama. Preljubnike se vezivalo i bacalo u vodu,² dok je silovatelja sustizala smrtna kazna čiji način izvršenja nije bio unaprijed određen.³ Donekle blaža reakcija uslijedila bi u slučajevima u kojima bi suprug odlučio ostaviti na životu preljubnu ženu, koju je tada sustizao gubitak statusa slobodne žene. Samilost supruga nije mogla otkloniti društvenu degradaciju i porugu budući da „...vladar dozvoljava da njegov rob živi“.⁴ Suprugu se priznavalo diskrecijsko pravo odlučiti o isključenju smrtne kazne zato što su se i preljub i silovanje prvenstveno smatrali kaznenim djelima na štetu njegove imovine. Radilo se o komplementarnim djelima pa sudbina preljubnice nije mogla zadesiti ženu kojoj je avilum „zapriječio zapomaganje i legao joj na prsa“.⁵ Kažnjavanje lišenjem života ili gubitkom statusa počinitelja seksualnih delikata u Hamurabijevo vrijeme nije bilo slučajno. S jedne se strane kroz okrutnost i uz gotovo dramaturšku simboliku prenosila poruka o zlu koje sustiže počinitelje, a s druge se pokazivalo kako svaki neprihvatljiv seksualni čin vrijeđa najdublje moralne osjećaje u zajednici. Spolnost je bila u funkciji prokreacije, a bračna vjernost u očuvanju zakonitog potomstva i obiteljske časti. Kroz naglašeno valoriziranje grupnog morala i pokoravanje pojedinca zahtjevima zajednice, u starom Babilonu spolni život ponajprije je bio podređen svrhama društva i stoga ograničen strogim pravilima.

Valoriziranje ciljeva i interesa zajednice putem promicanja obiteljskog i društvenog morala prilikom definiranja legalnog seksualnog ponašanja nastavilo se i u starom Rimu. Silovanje i preljub i dalje su bila krajnje nečasna kaznena djela kojima se nanosilo ruglo ugledu supružnika i šire obitelji. Ovisno o razdoblju u kojem su nastale, punitivne reakcije bile su različite, no nikada nisu izgubile svoju oštrinu.⁶ Uz strogo kažnjavanje silovatelja, primjenjivala

² Čl. 129. Hamurabijevog zakonika; tekst Zakonika objavljen je u: Kurtović, Š., Hrestomatija opće povijesti prava i države, 1. knjiga, Stari i srednji vijek, Zagreb, 1999., str. 55.

³ Čl. 130. Hamurabijevog zakonika; Tchen, C. M., Rape Reform and a Statutory Consent Defense, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 74, br. 4, 1983., str. 1520.-1521.

⁴ Čl. 129. Hamurabijevog zakonika; Wells, B., Sex, Lies, and Virginal Rape: The Slandered Bride and False Accusation in Deuteronomy, *Journal of Biblical Literature*, vol. 124, br. 1, 2005., str. 66.

⁵ Čl. 130. Hamurabijevog zakonika; Levine, E., Biblical Women's Marital Rights, *Proceedings of the American Academy for Jewish Research*, vol. 63, 1997.-2001., str. 92.

⁶ Prema Romulovim zakonima suprugu se priznavalo apsolutno pravo donošenja odluke što učiniti s preljubnicom, kojoj je mogao i oduzeti život (Romac, A., *Leges duodecim tabularum / Zakonik dvanaest ploča, Latina et Graeca*, 1994., str. 115.). Car Augustin progon preljuba

se ekskulpacija žrtava za kazneno djelo preljuba. Žrtve se nisu mogle kriviti za zločin jer „tamo gdje nije bilo pristanka na spolnu intimnost, nije bilo niti krivnje“.⁷ No ipak, u gotovo romantičarskom ozračju prenosila se poruka kako silovane žene trebaju biti skršene tugom, ali opet dovoljno jake da zaštite muževu i obiteljsku čast, ne isključujući i oduzimanje vlastitog života kao što je to učinila heroina Lukrecija.⁸

Do novih pomaka u shvaćanju seksualnih delikata došlo je u vrijeme Justinijana. Pod utjecajem kršćanstva, Justinijan je u Noveli 134. propisao da se preljubnice imaju kažnjavati zatvaranjem u samostan i gubitkom miraza.⁹ U devetoj knjizi Kodeksa sam car je upozorio da je silovanje najteži zločin, kažnjiv smrtnom kaznom, jer je takav čin usmjeren ne samo protiv ljudskog roda već je protivan i poštovanju Svemogućeg, a čestitost žrtve je bespovratno izgubljena. Zbog tako shvaćene prirode silovanja izričito se zabranjivalo sklapanje braka između žrtve i počinitelja.¹⁰ Religijski elementi u sankcioniranju preljuba i silovanja pokazuju da se rješavanje seksualnih delikata počelo izdvajati iz kruga obitelji i priznavati kao društveni problem.

prebacuje u ruke države te, kako bi Rimljane i Rimljanke vratio čestitosti, odlučuje da se nevjerne supruge kažnjavaju progonstvom, a muški prijestupnici gubitkom imetka (Eisner, B. i Horvat, M., Rimsko pravo, Nakladni zavod NR Hrvatske, 1948., str. 154.). Prema Digestama, prevarenom suprugu se zabranjivalo biti milostivim, jer ako bi odlučio oprostiti supruzi koja je prekršila obvezu bračne vjernosti, smatralo ga se počiniteljem kaznenog djela podvođenja bračne družice ili pristanka na njezin preljub (Corpus Iuris Civilis: The Digest and Codex: Marriage Laws, <<http://www.fordham.edu/halsall/source/cjc-marriage.html>>, 11. rujna 2014. Povjesničari upozoravaju da se, kao i kod preljuba, nikada u potpunosti nije razjasnilo je li silovanje kazneno djelo čiji progon provode državna tijela ili je riječ o djelu kažnjivom za *iniuria*. Odgovornost počinitelja za *iniuria* opravdavala se tvrdnjom da je on spolnim nasrtajem implicirao da su suprug, otac ili brat žrtve previše slabi muškarci, koji ne mogu zaštititi članicu svoje obitelji (Drippis, D. A., Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent, Columbia Law Review, vol. 92, br. 7, 1992., str. 1781-1782.).

⁷ Riley, P. F. i dr., The Global Experience: Readings in World History to 1500, Prentice Hall, 1998., str. 125.

⁸ Priču o Lukreciji, koja si je oduzela život nakon što ju je silovao sin Tarkvinija II. Oholog, posljednjeg rimskog kralja, prepričao je Livije u svojem djelu Povijest Rima. Prema kazivanju tog povjesničara, nemili događaj dao je povod za pobunu Rimljana, protjerivanje kraljevske obitelji i osnivanje republike (Livy, The History of Rome, Book I, LVI-LIX). Priča o Lukreciji uvelike sličí Vergilijevoj verziji mita o Orfeju i Euridici. Na dan njihova vjenčanja, a nakon što ju je pokušao silovati Aristej, Euridika je u bijegu stala na zmiju i ubrzo nakon ugriza preminula. Prema Vergiliju, smrt je posljedica Aristejevog sramotnog čina. (Virgil, Georgics, Book IV: Orpheus and Eurydice, <<http://www.poetryintranslation.com/PITBR/Latin/Virgil-GeorgicsIV.htm>>, 22. rujna 2014.).

⁹ Romac, A., Rimsko pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007., str. 127.

¹⁰ Codex Justinianus, IX, 13, 1 (1), <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/CJ9_Scott.gr.htm#13>, 23. rujna 2014.

Kršćanski svjetonazor o spolnosti, spolnoj intimi i moralnim obvezama pojedinca spram Boga i zajednice utjecao je i na kreiranje seksualnih delikata u srednjovjekovnom statutarnom pravu. U većini primorskih srednjovjekovnih statuta silovanje se kažnjavalo strogim kaznama, uključujući i smrtnu kaznu, koje su se ponekad mogle izbjeći ako bi žrtva i počinitelj sklopili brak. Izbjegavanje teških kazni bračnim vezivanjem dopuštalo se uz određene preduvjete. Prije svega tražilo se da su žrtva i počinitelj iste staleške pripadnosti, a ponekad da su na sklapanje zajednice pred bogom i ljudima pristali otac i majka djevojke¹¹ odnosno djevojka i mladić¹² ili ona sama.¹³ Takva rješenja vraćala su ugled silovanoj djevojci i pružala joj zaštitu budući da je bračni status ženi donosio najveći ugled i uvažavanje, osiguravao egzistenciju i sigurnost unutar obitelji.¹⁴

Strogi pogledi na spolnost kako je to nalagalo društveno ćudoređe i represivan pristup u sankcioniranju ponašanja koja su izašla izvan granica dopuštenog zadržali su se i u kodifikacijama kaznenog prava koje su uslijedile. Primjerice, u *Constitutio Criminalis Carolina* sistematski su pozicionirana kao kaznena djela protiv čednosti rodoskvrnuće, spolni odnošaj protiv prirode, odvođenje udanih žena ili djevojaka, silovanje, preljub, bigamija i prostituiranje žena i djevojaka.¹⁵ Počinitelje tih kaznenih djela moglo se kazniti izrazito teškim kaznama ovisno o njihovu spolu i društvenom statusu, a sve da bi se zaštitio moral i imovinski interesi unutar obitelji.¹⁶ Gotovo tri stoljeća kasnije isti koncept zadržan je u normiranju seksualnih delikata u Kaznenom zakoniku Josipa II. U jednoj te istoj glavi svoje mjesto našla su kaznena djela koja su kršila osnovne postavke obiteljskog života (silovito otimanje žena, odvođenje bez privole supruga, oca ili skrbnika, pomaganje pri otimanju žena), ali i silovanje i pomaganje u silovanju. Primjenom takvog normativnog rješenja vlastodržac je, između ostalog, provodio ideje prosvijećenog apsolutizma poučavajući podanike o prirodi i pogibelnosti ponašanja koja su protivna čovjekovom dobrom poštenju i slobodi.¹⁷

¹¹ Gl. XV. „O silovanoj ženi“ Lastovskog statuta, Split, 1994., str. 35.

¹² Gl. 15. „O silovanju neke djevice“ Statuta grada Bala, u: Margetić, L. (ur.), Statut grada Bala, Rijeka, 2007., str. 116.

¹³ Gl. VI. „Silovanje žena“ Dubrovačkog statuta, u: Cvitanić, A. (ur.), Statut Grada Dubrovnika 1272., Dubrovnik, 1990., str. 176.

¹⁴ Grozdanić, V., Neka pitanja žena u kaznenim djelima srednjovjekovnih jadranskih statuta na područjima istočne jadranske obale, Zbornik radova „Decennium Moztanicense“, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008., str. 182.

¹⁵ Čl. 117.-122. *Constitutio Criminalis Carolina*, < http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/la_caroline.htm >, 9. rujna 2014.

¹⁶ Grozdanić, V., Rittossa, D., Povijesni razvoj kaznenopravnog statusa žena, u: Grozdanić, V. (ur.), Kada žena ubije, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2011., str. 61.-64.

¹⁷ Iako se prvi put zabranjena seksualna ponašanja kategoriziraju kao kaznena djela protivna dobrom poštenju i slobodi žrtve, bilo bi pretjerano zaključiti da se krajem XVIII. stoljeća prihvaćala ideja o spolnim slobodama kao dijelu čovjekove privatnosti. Seksualni delikti su

Sasvim nova shvaćanja o moralu zajednice i ulozi zakonodavca u promicanju tog morala mogu se pronaći u francuskom Kaznenom zakoniku iz 1791. Slijedom revolucionarnih ideja o pravima i slobodama građana i individualnoj moralnoj odgovornosti, u zakonu se više ne propisuju klasična kaznena djela koja su uvelike diktirana pravilima javnog morala u vezi sa spolnošću. Tako prvi put čin bračne nevjere nije kazneno djelo kao ni spolni odnošaj između osoba istog spola, poticanje na prostituciju ili otmica ženskih osoba starijih od 14 godina. Zbog jasnijeg razlikovanja amoralnih djela iz područja osobnih odnosa pojedinaca te djela na koje treba reagirati država represivnim sadržajima došlo je i do blažeg sankcioniranja silovanja. Silovateljima više nije prijetila smrtna kazna, protjerivanje i gubitak cjelokupne imovine, već ih se kažnjavalo nošenjem okova u razdoblju od šest odnosno dvanaest godina, ovisno o okolnostima slučaja.¹⁸

Značajan iskorak u inkriminiranju kaznenog djela silovanja ostvaren je u francuskom Kaznenom zakoniku iz 1810. Za razliku od svih prijašnjih zakonodavnih rješenja, ovo kazneno djelo izgubilo je bilo kakve naznake rodne obojenosti jer su se u ulozi silovatelja i žrtve mogle naći osobe muškog i ženskog spola.¹⁹ Iako je nedvojbeno riječ o revolucionarnom rješenju, primarna intencija zakonodavca bila je uzdići ćudoređe, a ne pružiti jednaku zaštitu svim građanima i građankama od seksualnih nasrtaja. Da je tome tako, pokazuje dio odredbe u kojem se silovanje izjednačava s bilo kojim drugim napadom na čestitost. O primarnom cilju promicanja društvenog morala u seksualnosti svjedoče i mnogobrojna zastarjela rješenja koja se s pravom mogu nazvati reliktima srednjovjekovnog prava. Isključenjem kaznenog progona prema počinitelju koji je zaveo i oteo djevojčicu mlađu od 16 godina ako je s njome sklopio brak prenosila se poruka o važnosti braka.²⁰ Posebne odredbe o

protivni slobodi zato što svaka radnja u području spolnosti, da bi bila kažnjiva, mora biti učinjena uz primjenu sile ili obmane. Ćudoređe je i dalje primarna vrijednost koja se tim djelima štiti. Da je tome tako, najbolje pokazuje normativni izričaj kaznenog djela silovanja, koje je činio tko „ženskoj glavi s poganom odlukom postavi zasjedu njezinoj djevičanskoj čistoći, vezujući je silom ili je navodeći na hudno i opako ispunjenje svoje putene pohlepnosti kako se ne bi mogla braniti“, kao i tko „ženskoj glavi ubojito oružje pred oči stavlja i smrću joj prijeti, kako bi mu tijekom svojim obilnost učinila“. Čl. 130.-132. prvog dijela Kaznenog zakonika iz 1787. godine. Izvorni tekst Zakonika u prijevodu Ivana Matkovića iz 1788. dostupan je kod autora rada.

¹⁸ Čl. 29.-30., glava 1. naslov 1. drugog dijela Kaznenog zakonika iz 1791., <[http://ledroit-criminel.free.fr/ la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_%20penal_25_09_1791.htm](http://ledroit-criminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_%20penal_25_09_1791.htm)>, 22. rujna 2014.

¹⁹ Čl. 331., glava 1. naslov 2. poglavlje 4. treće knjige Napoleonovog Kaznenog zakonika iz 1810., <http://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode.html>, 22. rujna 2014.

²⁰ Čl. 357., glava 1. naslov 2. poglavlje 6. treće knjige Napoleonovog Kaznenog zakonika iz 1810.

preljubu pokazivale su da je glavna zadaća žene bila očuvati bračnu zajednicu i biti moralno čista pred suprugom i svima drugima.²¹

Društvena uloga žene obilježila je i kreiranje seksualnih delikata u austrijskom Kaznenom zakonu o zločinstvima, prijestupima i prekršajima iz 1852. Kaznenopravnom represijom primarno se štitio brak i kohezija unutar obitelji, a odgovornost za ostvarivanje tog cilja u većem dijelu teretila je ženu. Takva kriminalnopolitička strategija dovela je do redefiniranja silovanja kao djela koje se moglo počinuti samo prilegom izvan ženidbe, dakle izvan braka.²² Identično rješenje prema kojem se protupravnost nasilnih spolnih radnji isključivala brakom usvojeno je u Krivičnom zakoniku Kraljevine Jugoslavije iz 1929. U tom Zakoniku također su preuzete odredbe o isključenju kažnjavanja počinitelja koji je zaveo ili odveo spolno neporočnu maloljetnu djevojku ili ženu pa se s iskorištenom i osramoćenom oženio.²³ Preuzimanje već postojećih pravih rješenja učinjeno je radi promicanja javnog morala koje se sada nastojalo ostvariti kroz izrazito velik broj inkriminacija. Raspon zabranjenih spolnih ponašanja kretao se od nekonsenzualnih bludnih radnji do protuprirodnog bluda osoba muškog spola i obljube, uključujući i razne oblike poticanja na blud i podvođenje. Zabranjivalo se i javno izvoditi bludne radnje, proizvoditi i puštati u optjecaj pornografski materijal i upuštati se u spolne odnose s najbližim srodnicima po krvi ili tazbini.²⁴ Tako detaljno normiranje seksualnih delikata sa širokim rasponom inkriminacija gotovo je dovelo do toga da se dopuštena spolna ponašanja, radi propagiranja morala, svedu na skučen prostor bračne postelje. Razlog tome ležao je u stavu da pojedinac ima pravo, ali i dužnost, sačuvati uvjerenje i osjećaje o vlastitoj moralnoj vrijednosti. U trenutku kada postupci pojedinca povrijede moralnu dužnost i uzrokuju narušavanje njegova društvenog položaja i moralnu neravnotežu u društvu, država je dužna intervenirati represivnim mjerama da bi zaštitila javne interese.²⁵

²¹ Čl. 336.-339., gl. 1. naslov 2. poglavlje 4. treće knjige Napoleonovog Kaznenog zakonika iz 1810.

²² Čl. 125. Kaznenog zakona o zločinstvih, prestupcih i prekršajih od 27. svibnja 1852. godine. Za pojašnjenja ovog kaznenog djela v. Šilović, J., Kazneno pravo, Knjižara Hrvatskog sveučilišta i Jugoslavenska akademija, 1920., str. 306.-309.

²³ Čl. 269., st. 1.; čl. 276., st. 2.; čl. 277., st. 2.; čl. 278., st. 3. Krivičnog zakonika Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca iz 1929., u: Šilović, J. i Frank, S., Krivični zakonik za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca od 27. januara 1929., Jugoslavenska štampa, 1929., str. 199.

²⁴ Za dodatna obrazloženja seksualnih delikata iz čl. 269.-289., kao kaznenih djela protivnih javnim interesima kojima se nanosi sramota žrtvi i vrijeđaju ćudoredni osjećaji zajednice, v. Breberina, M. S., Ilić, K. I., Krivični zakonik za Kraljevinu Jugoslaviju od 27. januara 1929. godine sa izmenama i dopunama iz Zakona od 9. oktobra 1931. godine te rešidbama Stola sedmorice kao kasacionog suda u Zagrebu i apelacionog suda u Zagrebu, Tipografija, 1934., str. 212.-221.

²⁵ Šilović, J., Frank, S., Kazneno pravo prema Krivičnom zakoniku od 27. januara 1929. i Zakonu o izvršavanju kazne lišenja slobode od 16. februara 1929., Posebni dio, Obnova, 1934., str. 7.-8.

U razdoblju nakon Drugog svjetskog rata zacrtani smjer reguliranja za-
branih ponašanja u domeni spolnosti nije se bitnije mijenjao. Stanovito
nijansiranje inkriminacija učinjeno je priznavanjem dostojanstva ličnosti kao
zaštićenog objekta, uvođenjem novih kvalificiranih seksualnih delikata i poja-
čavanjem kaznenopravne zaštite djece i maloljetnika od spolne zlouporabe.²⁶
Velik pomak prema priznavanju slobode pojedinca da donosi odluke o svojoj
spolnosti ostvaren je 1977. godine. Tada je prvi put dekriminaliziran dobro-
voljni homoseksualni odnos između osoba muškog spola. U zoni kažnjivosti
zadržan je protuprirodni blud uporabom sile ili prijetnje, iskorištavanjem ne-
moći, prinudom i zlouporabom položaja.²⁷ Zavođenje lažnim obećanjem bra-
ka prestaje biti kazneno djelo, ali se kao kazneno djelo propisuje prinuda na
obljebu ženske osobe.²⁸

Započete reforme u poimanju seksualnih delikata kao zabranjenih radnji
kojima se povređuju spolne slobode svoj su nastavak dobile u Kaznenom zako-
nu iz 1997.²⁹ (u daljnjem tekstu: KZ/97), u kojem su ta djela smještena u glavi
XIV. pod naslovom „Kaznena djela protiv spolne slobode i spolnog ćudore-
đa“. Uvođenjem spolnih radnji izjednačenih sa spolnim odnošajem potpuno je
postignuta rodna neutralnost silovanja i dokinuta potreba za zasebnim inkri-
miniranjem protuprirodnog bluda.³⁰ Silovanje je postalo moguće i u bračnoj
zajednici, s time da se u tom slučaju kazneni progon za temeljni oblik silovanja
pokretao povodom prijedloga.³¹ Sam naslov glave u kojem se i dalje govori o
spolnom ćudoređu kao pravnom dobru pokazuje da rekonstrukcija zabranjenih
seksualnih aktivnosti nije bila potpuno dovršena. Iako je većina zakonskih

²⁶ Čl. 179.-189. Krivičnog zakonika Federativne Narodne Republike Jugoslavije iz 1951.,
u: Krivični zakonik s uvodnim zakonom i objašnjenjima, Službeni list FNRJ, 1951., str. 82.-
86.; ZIDKZ, Službeni list FNRJ 30/59, 31/61, ispravak u broju 37/62; ZIDKZ, Službeni list
SFRJ 15/65, 15/67, 20/69, 6/73. U našoj kaznenopravnoj teoriji jednu od prvih kritika širokog
definiranja morala zbog kojeg se spolna orijentacija i sloboda u pogledu spolnih odnosa sma-
traju moralnim dobrima dao je Frank u: Frank, S., Kazneno pravo II., Posebni dio, Osnovne
diobe posebnog dijela i zločini protiv života i tijela, Obnova, 1934., str. 7.-8.

²⁷ Čl. 88. Krivičnog zakona Socijalističke Republike Hrvatske, Narodne novine 25/77.

²⁸ Čl. 85. Krivičnog zakona Socijalističke Republike Hrvatske.

²⁹ Kazneni zakon, NN 110/97.

³⁰ U kaznenopravnoj teoriji i sudskoj praksi ovaj potez zakonodavca ocijenjen je poziti-
vnim. Naime, dotadašnja sudska praksa nije dala konačan odgovor na pitanje što se to ima
smatrati protuprirodnim bludom. U sudskim presudama mogla su se nazrijeti dva oprečna sta-
jališta. Po prvom shvaćanju protuprirodnim bludom smatrana je svaka radnja kojom počinitelj
na tijelu druge osobe zadovoljava svoj spolni nagon na protuprirodan način sličan spolnom
odnošaju. Slijedom toga se analni i oralni snošaj imaju smatrati protuprirodnim bludom (VSH,
Kž-364/1969; VSH, Kž-549/1969). Uskoro se od takvog shvaćanja odustalo te je prihvaćeno
ono po kojem su se protuprirodnim bludom podrazumijevale samo radnje *coitus per anum*,
dok su sve ostale spolne radnje potpadale pod pojam bludnih radnji (VSH, Kž-1055/1973).

³¹ Čl. 188., st. 1. i 5. KZ/97.

odredbi usmjerena k zaštiti pojedinca od seksualnih nasrtaja kojima se povređuje osobna autonomija, samoodređenje i pravo na privatnost,³² navedene norme svjedoče o opstanku zastarjelih rješenja. S obzirom na to, možemo zaključiti da je način uređivanja seksualnih delikata u KZ/97 kompromis između priznavanja modernih koncepcija o spolnosti kao privatnoj sferi života pojedinca i uvažavanja konzervativnih, kolektivističkih predodžbi o poželjnoj, normalnoj, prirodnoj spolnoj aktivnosti unutar parametara zadanih od društva.³³

Nov pristup inkriminiranju seksualnih delikata donio je KZ. Izostanak spolnog čudoređa u naslovu glave XVI. pokazuje da se odustalo od vaganja ciljeva pojedinca i društva u sferi spolnosti i iznalaženja kompromisnih rješenja. Potpuna usmjerenost na zaštitu spolne slobode i zabranu svake nekonsenzualne spolne radnje dovela je do ekspanzije kriminalne zone seksualnih delikata, uz bitno drugačija nomotehnička rješenja, koja će biti prikazana u nastavku rada (v. *infra*, 4.).

3. SPOLNI ODNOŠAJ BEZ PRISTANKA I SILOVANJE KROZ PRIZMU USPOREDNOPRAVNIH RJEŠENJA

3.1. Njemačka

Seksualni delikti u njemačkom Kaznenom zakoniku uređeni su u jedinstvenoj zakonskoj glavi pod nazivom „Kaznena djela protiv spolnog samoodređenja“ (*Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*). Ta djela u teoriji se dalje dijele na kaznena djela protiv spolne slobode u užem smislu, zloupotrebu institucionalne ili psihoterapijske ovisnosti, seksualne delikte na štetu djece itd.³⁴ U prvonavedenu kategoriju spadaju: „spolna prisila; silovanje“ (*Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung*; § 177), spolna zloupotreba osoba nesposobnih za otpor (*Sexueller Mißbrauch Widerstandsunfähiger*; § 179), te spolna zloupotreba bolesnika i osoba kojima je potrebna pomoć u institucijama (*Sexueller Mißbrauch Kranker und Hilfsbedürftiger in Einrichtungen*; § 174a Abs. 2).

³² U sklopu ostvarenja zaštitne funkcije kaznenog prava štite se neotuđive slobode i prava svakog pojedinca da slobodno i samostalno odlučuje s kim će i kada stupiti u spolne odnose. Takvo što nalaže čl. 35. Ustava kojim se svakom jamči štovanje i pravna zaštita njegova osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti. Donošenje odluka u vezi sa spolnim životom dio je osnovnog ljudskog prava na samoodređenje i prava na privatnost.

³³ Kolizija ciljeva koji se nastoje postići kroz reguliranje seksualnih delikata uočljiva je i u većini kaznenopravnih sustava demokratski ustrojenih zemalja nakon Drugog svjetskog rata. Više o tome vidi u: Frank, D. J., Camp, B. J., Boutcher, S. A., *Worldwide Trends in the Criminal Regulation of Sex, 1945.-2005.*, *American Sociological Review*, vol. 75, br. 6, 2010., str. 867.-893.

³⁴ V. npr. Maurach, R., Schroeder, F.-C., Maiwald, M., *Strafrecht, Besonderer Teil*, 10. izd., C. F. Müller Verlag, 2009.

Sukladno § 177 Abs. 1, spolnu prisilu čini „tko drugu osobu: 1. nasiljem (*mit Gewalt*), 2. prijetnjom izravnom opasnošću za tijelo ili život ili 3. iskorištavanjem položaja u kojem je žrtva bespomoćno prepuštena djelovanju počinitelja (*unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist*)³⁵ prisili (*nötigt*) da trpi spolne radnje (*sexuelle Handlungen*) počinitelja ili treće osobe ili da poduzme [spolne radnje] na [tijelu] počinitelja ili treće osobe“. U nastavku iste odredbe regulirano je silovanje (§ 177 Abs. 2), koje predstavlja poseban slučaj (tzv. *Regelbeispiel*)³⁶ spolne prisile, u kojem dolazi do spolnog odnosa (*Beischlaf*) ili sličnih spolnih radnji (*ähnliche sexuelle Handlungen*).

Od tri gore navedena modaliteta počinjenja spolne prisile i silovanja³⁷ (1. nasilje, 2. prijetnja izravnom opasnošću za tijelo ili život i 3. iskorištavanje položaja u kojem je žrtva bespomoćno prepuštena djelovanju počinitelja) u komparativnom kontekstu najzanimljiviji je treći, kojim se pod definiciju spolne prisile podvode i određeni slučajevi u kojima nema sile *stricto sensu*, kao niti prijetnje. Iako je taj modalitet počinjenja spolne prisile uveden u sklopu nastojanja za većom zaštitom žrtava seksualnog nasilja (1997.), konkretno da bi se njime obuhvatili slučajevi u kojima se žrtva „smrzne“ od straha ili zbog straha od primjene nasilja ne pruži otpor,³⁸ takva zakonodavna intervencija suočena je s neodobravanjem pojedinih autora. Dakako, intencija da se podigne prag zaštite žrtava nije upitna, ali je nekima sporan način na koji je to učinjeno. Maurach/Schroeder/Maiwald zakonodavca optužuju da je u sklopu svojeg plemenitog nastojanja uvelike „prebacio metu“ (*weit über das Ziel hinausgeschossen*), budući da je u bespomoćnom položaju (*in schutzloser Lage*) u odnosu na počinitelja ne samo ona žrtva koja mu zbog straha nije sposobna pružiti otpor ili ju je strah pružiti otpor zbog potencijalnih reperkusija već i svaka ona žrtva koja „mu je podložna, ako u blizini nema osobe koja joj je spremna

³⁵ Slično na slovenski jezik navedenu sintagmu prevodi Korošec („v katerem je žrtev storilcu nemočno izpostavljena“). V. Korošec, D., Spolnost in kazensko pravo, Uradni list Republike Slovenije, 2008., str. 165.

³⁶ *Regelbeispiel* je specifični nomotehnički konstrukt kojim se njemački zakonodavac služi u posebnom dijelu kaznenog prava kako bi odredio okolnosti koje u pravilu (*in der Regel*) – ali ne i nužno – dovode do pooštavanja kazne. Razlika prema kvalifikatornim okolnostima sastoji se u tome što zakonodavac kod kvalifikatornih okolnosti beziznimno propisuje stroži kazneni okvir u odnosu na temeljni delikt, dok kod *Regelbeispiel* prepušta sucu hoće li u konkretnom slučaju određenu okolnost tretirati kao kvalifikatornu ili će, iznimno, počinitelja kazniti u okvirima predviđenima za temeljni oblik kaznenog djela. Opširnije o tome v. npr. Jescheck, H.-H., Weigend, T., Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. izd., Duncker & Humblot, 1996., str. 271.-272.

³⁷ U nastavku će se, radi jasnoće i jezgrovitosti izlaganja, umjesto punog naziva kaznenog djela „spolna prisila; silovanje“ koristiti termin spolna prisila.

³⁸ Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch/*Renzikowski* § 177, rubni br. 14.

pomoći“.³⁹ Doslovno slijeđenje slova zakona, spekuliraju ti autori, moglo bi dovesti do preširoke primjene navedene zakonske odredbe.⁴⁰ Sličnom – možda još i razornijom – argumentacijom koristi se Eisele, koji zaključuje da je nova zakonska formulacija promašena te sukobljena s postojećom kaznenopravnom sistematikom.⁴¹ Zbog svega toga Korošec iz komparativne perspektive zaključuje da to njemačko rješenje ne treba preuzimati.⁴²

Pojedini pak autori (npr. Renzikowski) odbacuju takve kritike, tvrdeći da je – neovisno o proizašlim teškoćama – proširenje definicije spolne prisile odnosno silovanja bilo nužno da bi se stalo na kraj restriktivnoj sudskoj praksi, koja je otpor žrtve smatrala konstitutivnim dijelom tog kaznenog djela ma kako taj otpor bio besmislen, pa čak i opasan za žrtvu.⁴³ Moguće preširoko tumačenje, smatra Renzikowski, može se izbjeći ako se treći modalitet dovede u vezu s preostala dva – silom i prijetnjom. Preciznije rečeno, o prisili iskorištavanjem položaja može se govoriti samo onda kada iskorištavanje položaja doseže „usporedivu težinu neprava“ kao kada je riječ o sili i prijetnji.⁴⁴

Opširna zakonska formulacija trećeg modaliteta spolne prisile rezultirala je divergentnom i promjenjivom sudskom praksom,⁴⁵ pa se naposljetku iskristaliziralo tumačenje⁴⁶ prema kojem se o prisili iskorištavanjem položaja u kojem je žrtva bespomoćno prepuštena djelovanju počinitelja radi onda kada je posrijedi spolni odnos protiv volje žrtve. Zanimljivo je da se to tumačenje, koje je odobrio i Savezni ustavni sud,⁴⁷ ne temelji na konceptu „bеспomoćnog položaja“, već na pojmu prisile. Polazi se, naime, od toga da iskorištavanje беспomoćnog položaja samo po sebi nije dovoljno,⁴⁸ već se zahtijeva prisila, koja je ključni element bića kaznenog djela spolne prisile, neovisno o tome je li ona u konkretnom slučaju ostvarena nasiljem, prijetnjom ili pak iskorištavanjem položaja беспomoćnosti. S obzirom na to da prisila podrazumijeva ponašanje žrtve protiv svoje volje (*Bestimmen des Opfers gegen seinen Willens*),⁴⁹ u konačnici se dolazi do zaključka da konkretni modaliteti spolne prisile (sila, prijetnja, iskorištavanje položaja) predstavljaju samo različite moguće forme spolnog odnosa protiv volje počinitelja, u sklopu čega iskorištavanje položaja u

³⁹ Maurach, R., Schroeder, F.-C., Maiwald, M., op. cit., str. 200.

⁴⁰ Ibid., str. 200.-201.

⁴¹ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar/*Eisele* § 177, rubni br. 8.

⁴² Korošec, D., op. cit., str. 168.

⁴³ Münchener Kommentar/*Renzikowski* § 177, rubni br. 14.

⁴⁴ Ibid., rubni br. 43.

⁴⁵ Maurach, R., Schroeder, F.-C., Maiwald, M., op. cit., str. 200.

⁴⁶ Nakon odluke BGH 45, 260.

⁴⁷ BVerfG, 2 BvR 568/04.

⁴⁸ Schönke/Schröder/*Eisele* § 177, rubni br. 11.

⁴⁹ Münchener Kommentar/*Renzikowski* § 177, rubni br. 47.

kojem je žrtva bespomoćno prepuštena djelovanju počinitelja predstavlja jedan oblik „konkludentne prijetnje fizičkim nasiljem.“⁵⁰

Ima li se u vidu prethodno navedeno, očito je da se u sferi seksualnih delikata u njemačkom i hrvatskom kaznenom zakonodavstvu pojavljuju slične tendencije. U oba pravna poretka došlo je, naime, do pojačane kriminalizacije nedobrovoljnih spolnih odnosa. U nomotehničkom smislu taj je proces ipak tekao različito, jer dok je u Hrvatskoj kreirano novo kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka, koje postoji usporedo sa silovanjem, u Njemačkoj je postojećim dvama modalitetima spolne prisile odnosno silovanja pridružen novi, što je u konačnici dovelo do tumačenja tog kaznenog djela kao nedobrovoljnog spolnog odnosa. Usporedimo li te dvije normativne koncepcije, možemo zaključiti da, na načelnoj razini, kazneno djelo „spolna prisila; silovanje“ u njemačkom zakonodavstvu predstavlja „zbroj“ silovanja (čl. 153.) i spolnog odnošaja bez pristanka (čl. 152.) prema našem zakonu.

Treba ipak naglasiti da navedena „matematička operacija“ ne vrijedi beziznimno, budući da njemački Kazneni zakonik (§ 179) sadržava i kazneno djelo spolne zloupotrebe osoba nesposobnih za otpor (*Sexueller Mißbrauch Widerstandsunfähiger*), koje se umnogome preklapa s trećim modalitetom spolne prisile. Dok je na snazi bila tradicionalna koncepcija silovanja (sila ili prijetnja, bez iskorištavanja bespomoćnosti), zona preklapanja spomenutih dvaju djela bila je znatno manja, no nakon proširenja opsega spolne prisile pojavilo se pitanje je li uopće potrebno, usporedo s novim modalitetom spolne prisile, zadržati i kazneno djelo iz § 179. Prevladalo je stajalište da je to ipak potrebno, budući da § 179 obuhvaća i one slučajeve iskorištavanja nemogućnosti otpora (*Ausnutzung der Widerstandsunfähigkeit*) koji nisu obuhvaćeni spolnom prisilom. Za spolnu prisilu, naime, potrebno da je spolni odnos ostvaren prisilno, tj. protiv volje žrtve, iz čega proizlazi da se – prema njemačkoj legislativi – spolna prisila ne može poduzeti na štetu žrtve koja uopće nije u mogućnosti izraziti svoju volju (npr. osobe bez svijesti i osobe koja spava).⁵¹ Takve i druge slučajeve u kojima je žrtva „apsolutno nesposobna za otpor“⁵² moguće je podvesti jedino pod biće kaznenog djela spolne zloupotrebe osoba nesposobnih za otpor.

Dok njemački zakonodavac prisilu propisuje kao sastavni dio kaznenog djela spolne prisile odnosno silovanja, kako kad je riječ o dva klasična modaliteta tog djela tako i onda kad je riječ o trećem, novouvedenom obliku, kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka (čl. 152.) – koje je sadržajno blisko njemačkom trećem modalitetu spolne prisile – ne sadržava pojam prisile. Budući da u hrvatskom zakonu za spolni odnošaj bez pristanka nije potrebna prisila,

⁵⁰ Fischer, T., *Strafgesetzbuch*, 61. izd., C. H. Beck, 2014., § 177, rubni br. 42.

⁵¹ Maurach, R., Schroeder, F.-C., Maiwald, M., op. cit., str. 207.

⁵² *Münchener Kommentar/Renzikowski* § 177, rubni br. 50.

to je djelo moguće počinuti i na štetu osobe koje nije kadra izraziti svoju volju (npr. onesviještene osobe). Drugim riječima, spolni odnošaj bez pristanka obuhvaća i slučajeve koji bi se prema njemačkom pravu morali supsumirati pod spolnu zloupotrebu osoba nesposobnih za otpor, a ne pod spolnu prisilu, jer za potonji delikt njemački zakonodavac zahtijeva utjecaj na volju žrtve.⁵³

Postoji još jedna bitna razlika njemačkog kaznenog djela „spolne prisile; silovanja“ od naših kaznenih djela silovanja i spolnog odnošaja bez pristanka. Riječ je o tome da se za ostvarenje bića kaznenih djela silovanja i spolnog odnošaja bez pristanka zahtijeva počinjenje spolnog odnosa ili radnje izjednačene sa spolnim odnosom, dok je za ostvarenje bića kaznenog djela spolne prisile dovoljno poduzimanje bilo koje seksualne radnje (*sexuelle Handlung*). U red takvih radnji ulaze i one koje bi se kod nas smatrale bludnim radnjama (različite radnje na tijelu žrtve koje ne uključuju penetraciju, pa čak ne nužno i kontakt s kožom, npr. ejakulacija na jaknu koju žrtva u tom trenutku nosi na sebi⁵⁴).

Na kraju ovog kratkog prikaza treba naglasiti da u njemačkom kaznenom zakonodavstvu ne postoje odredbe koje bi sadržajno odgovarale čl. 152. st. 2. i čl. 153. str. 2. (kažnjivost za otklonjivu zabludu glede postojanja pristanka) te čl. 152. st. 3. (presumpcija nepostojanja pristanka na spolni odnošaj u određenim slučajevima). Shodno tome, pitanje kažnjivosti zabluda i pravnog učinka pristanka ondje se rješava prema uobičajenim pravilima iz općeg dijela kaznenog prava.

3.2. Austrija

Prema § 201 (1) austrijskog Kaznenog zakonika, kazneno djelo silovanja čini tko drugu osobu „nasiljem, oduzimanjem osobne slobode ili prijetnjom izravnom opasnošću za tijelo ili život (§ 89)⁵⁵ prisili da poduzme ili trpi spolni odnos (*Beischlaf*) ili sa spolnim odnosom izjednačenju spolnu radnju“. Radi se o zakonskom rješenju koje je vrlo blisko definiciji silovanja iz KZ/97 (čl. 188.) odnosno KZ (čl. 153.). Treba ipak naglasiti da austrijsko zakonodavstvo uz silu i prijetnju navodi još jedan modalitet silovanja: prisilu oduzimanjem osobne slobode. Nju čini onaj tko, u okviru prisile na spolni odnos, ostvari biće kaznenog djela oduzimanja slobode (*Freiheitsentziehung*) iz § 99 austrijskog Kaznenog zakonika.⁵⁶ S obzirom na to da taj modalitet silovanja nije niti izbli-

⁵³ Praksa govori o „slamanju volje“ (*Willensbeugung*).

⁵⁴ BGH NSStZ 92, 433.

⁵⁵ Paragraf naveden u zagradi (koju sadržava izvorni zakonski tekst) odnosi se na kazneno djelo ugrožavanja tjelesne sigurnosti (*Gefährdung der körperlichen Sicherheit*).

⁵⁶ Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch/*Schick* § 201, rubna oznaka 14.

za toliko egzotičan kao njemačka „prisila iskorištavanjem položaja u kojem je žrtva bespomoćno prepuštena djelovanju počinitelja“, dok su preostala dva modaliteta silovanja u austrijskom i hrvatskom zakonu jednaka, u detaljniju analizu austrijske odredbe o silovanju ovom prilikom nema smisla ulaziti.

Unatoč sličnosti zakonskih odredaba o silovanju, preuranjeno bi bilo zaključiti da austrijsko i hrvatsko zakonodavstvo na približno jednak način uređuju delikte protiv spolne slobode. Austrijanci, naime, nemaju kazneno djelo koje bi odgovaralo našem novouvedenom spolnom odnošaju bez pristanka, ali zato npr. imaju kazneno djelo spolne prisile (*Geschlechtliche Nötigung*, § 202), koje čini tko „izvan slučajeva iz § 201 nasiljem ili opasnom prijetnjom prisili drugu osobu da poduzme ili trpi spolnu radnju“. Riječ je o kaznenom djelu sličnom (iako ne i istovjetnom⁵⁷) kaznenom djelu prisile na spolni odnošaj, koje je postojalo u KZ/97 (čl. 190.), a koje je reformom seksualnog kaznenog zakonodavstva integrirano u okvire spolnog odnošaja bez pristanka.

Paralele između KZ/97 i aktualnog austrijskog zakonodavstva tu ne prestaju. Austrijski Kazneni zakonik sadržava, naime, i kazneno djelo seksualne zloupotrebe bespomoćne ili psihički oštećene osobe (*Sexueller Missbrauch einer wehrlosen oder psychisch beeinträchtigten Person*, § 205). To je djelo pandan nekadašnjem spolnom odnošaju s nemoćnom osobom (čl. 189. KZ/97), koji je u novom Kaznenom zakonu također integriran u okvire spolnog odnošaja bez pristanka (čl. 152.). Pod biće kaznenog djela iz § 205 u austrijskoj sudskoj praksi podvodi se spolni odnos s besvjesnom, teško pijanom osobom (npr. 4‰); vezanom osobom; nepokretnom žrtvom; slijepom staricom; duboko mentalno zaostalom osobom itd.⁵⁸

U precizniju raščlambu navedenih delikata iz austrijskog Kaznenog zakonika nema potrebe ulaziti jer su oni konceptualno bliski normativnom uređenju kakvo je kod nas postojalo prema KZ/97. Potrebno je ipak završno istaknuti da, poput njemačkog, ni austrijsko kazneno zakonodavstvo ne sadržava odredbu koja bi bila na tragu čl. 152. st. 2. i čl. 153. str. 2. KZ, odnosno da to zakonodavstvo ne propisuje drugačiji učinak otklonjive zablude kod delikata protiv spolne slobode u odnosu na ostala kaznena djela. Jednako tako, u Austriji ne postoji niti presumpcija nepostojanja pristanka koja je kod nas uređena u čl. 152. st. 3.

⁵⁷ Primarna razlika sastoji se u tome što naš zakonodavac za ostvarenje bića kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka zahtijeva spolni odnošaj odnosno sa spolnim odnošajem izjednačenu radnju, dok austrijski zakonodavac dovoljnom smatra bilo kakvu spolnu radnju (*geschlechtliche Handlung*), koja ne mora nužno biti izjednačena sa spolnim odnosom. U red takvih radnji spada cijeli niz djelatnosti koje bi se kod nas smatrale bludnim radnjama (dodirivanje vagine preko hlača u trajanju nekoliko sekundi, lizanje ženskih grudi itd.). V. npr. Bertel, C., Schwaighofer, K., *Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil II*, Springer, 2010., str. 65.

⁵⁸ V. *ibid.*, str. 68.

3.3. Švicarska

Za razliku od Njemačke i Austrije, Švicarska je zadržala tradicionalnu, „vaginocentričnu“⁵⁹ koncepciju silovanja. Naime, prema čl. 190. st. 1. švicarskog Kaznenog zakonika, silovanje čini „tko osobu ženskog spola prisili da trpi spolni odnos (*Beischlaf*) time što joj zaprijeti, primijeni nasilje, podvrgne je psihičkom pritisku ili je učini nesposobnom za otpor“.

Iako je „vaginocentričnost“ silovanja (odnosno činjenica da je ono još uvijek ograničeno na *immissio penis in vaginam*) poprilično neobična iz perspektive suvremenih zakonodavnih tendencija u europskim zemljama, tome ipak – osim u simboličkom smislu – ne treba pridavati veće značenje. Stvar je u tome što usporedo sa silovanjem postoji i kazneno djelo seksualne prisile iz čl. 189. st. 1. (*Sexuelle Nötigung*), čiji su modaliteti počinjenja jednaki kao kod silovanja (prijetnja, nasilje, psihički pritisak i izazivanje nesposobnosti za otpor), a koje nije ograničeno na ženske osobe, niti isključivo na „kласični“ spolni odnos, već obuhvaća i spolne radnje slične spolnom odnosu (*beischlafsähnliche Handlungen*) te ostale seksualne radnje (*andere sexuelle Handlungen*). Pod to je djelo moguće podvesti nasilne spolne odnose između istospolnih partnera, kao i raznovrsne oblike penetracija koje se ne vrše penisom odnosno penetracija u druge tjelesne otvore. Štoviše, pod seksualnu prisilu moguće je supsumirati i seksualne radnje koje ne ulaze u krug radnji sličnih spolnom odnosu (tu spadaju radnje koje bi prema hrvatskom pravu predstavljale bludne radnje). S obzirom na to da kazneno djelo seksualne prisile ima isti maksimum sankcije kao kazneno djelo silovanja, ali i nešto niži minimum (zato što obuhvaća i seksualne radnje nižeg intenziteta neprava), u teoriji se smatra da silovanje i seksualna prisila stoje u odnosu kvalificiranog i temeljnog kaznenog djela.⁶⁰

Usporedimo li kazneno djelo seksualne prisile s hrvatskim kaznenim djelima silovanja i spolnog odnošaja bez pristanka, vidjet ćemo da postoje bitne razlike. Naime, silovanje se u švicarskom zakonu svodi na prodiranje penisa u vaginu, pa je u tom smislu to djelo uže koncipirano od hrvatskog, ali je, s druge strane, broj modaliteta silovanja u Švicarskoj veći (psihički pritisak, izazivanje nesposobnosti za otpor), pa je to djelo istodobno i šire od njegova hrvatskog pandana. S druge strane, seksualna prisila obuhvaća neke slučajeve koji bi se po hrvatskom zakonu podvodili pod spolni odnošaj bez pristanka i silovanje (npr. prisilna analna penetracija), ali i slučajeve koji bi se podvodili pod bludne radnje (npr. dodirivanje obnažene vagine).⁶¹

⁵⁹ Korošec, D., op. cit., str. 131.

⁶⁰ V. npr. Donatsch, A., Strafrecht III, 10. izd., Schulthess, 2013., str. 505.

⁶¹ Ibid., str. 491.

Kao što se vidi iz citiranih zakonskih opisa, švicarsko zakonodavstvo – osim sile i prijetnje⁶² – poznaje još dva modaliteta silovanja kojih nema u našem zakonu. Riječ je o prisili izazivanjem psihičkog pritiska (*psychischer Druck*) te prisili izazivanjem nesposobnosti za otpor (*Widerstandsunfähigkeit*). Pod stanjem psihičkog pritiska⁶³ razumije se položaj sličan onome koji se pojavljuje kod prijetnje, u kojem se žrtva mora odlučiti hoće li se podčiniti zahtjevima počinitelja ili će provesti svoju vlastitu volju i trpjeti potencijalne posljedice. U švicarskoj teoriji i praksi govori se o „situaciji bezizlaznosti“⁶⁴ (*Situation der Ausweglosigkeit*). Za postojanje takvog stanja u praksi se ne traži da žrtva bude potpuno onemogućena u pružanju otpora, već da intenzitet psihičkog pritiska bude usporediv s nasiljem i prijetnjom.⁶⁵ Praktične dvojbe u pogledu opstojnosti tog elementa poprilično su česte, ali su se kristalizirala rješenja u pojedinim praktičnim situacijama, pa tako prisila psihičkim pritiskom postoji npr. u slučaju kada fizički nadmoćan počinitelj odveze autostopisticu na usamljeno mjesto i zabrani joj izaći iz automobila.⁶⁶ Što se pak tiče četvrtog modaliteta prisile (izazivanje nesposobnosti žrtve za otpor), on je danas efemernog značenja. U tu kategoriju ulaze npr. ubacivanje droge u piće i hipnoza.⁶⁷

Radnja koja nije obuhvaćena niti jednim od navedenih modaliteta seksualne prisile i silovanja jest spolni odnos s osobama koje – bilo iz tjelesnih, bilo iz duševnih razloga (npr. invalidnost, teško pijanstvo, nesvjestica) – nisu sposobne oduprijeti se neželjenim seksualnim nasrtajima. Takve situacije uređene su kaznenim djelom oskvrnuća, tj. obeščašćenja (*Schändung*) iz čl. 191. švicarskog Kaznenog zakonika. To djelo, koje ima identične kaznenopravne okvire kao temeljni oblik seksualne prisile, čini „tko osobu nesposobnu za rasuđivanje ili otpor, znajući za njezino stanje, zlopotrijebi za spolni odnos, radnju sličnu spolnom odnosu ili drugu seksualnu radnju“. Opstojnošću navedenog delikta, Švicarska se – zajedno s Austrijom i Njemačkom – svrstala u

⁶² Treba naglasiti da švicarski zakon ne zahtijeva da se prijetnja odnosi na istodoban napad na život i tijelo. Prema tome, na načelnoj razini prijetnja kao element silovanja ili seksualne prisile može biti upravljena i na neko drugo pravno dobro, a zapriječeni napad ne mora nužno neposredno predstojati. Ipak se u teoriji i praksi ustalilo stajalište da se u pravilu mora raditi o prijetnji napadom na život ili tjelesni integritet. V. *ibid.*, str. 507.

⁶³ O problematičnim aspektima pojma psihičkog pritiska v. Maier, P., *Das Tatbestandsmerkmal des Unter-psychischen-Druck-Setzens im Schweizerischen Strafgesetzbuch, Bemerkungen zu den Nötigungsmitteln in den Tatbeständen sexuelle Nötigung (Art. 189) und Vergewaltigung (Art. 190), unter Berücksichtigung von Kasuistik des Bundesgerichtes und des Obergerichtes des Kanton Zürich, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 1999., str. 402., str. 404.*

⁶⁴ Donatsch, A., *op. cit.*, str. 509.

⁶⁵ BGE 128 IV 104, 131 IV 171.

⁶⁶ BGE 118 IV 52. Za kratak pregled ostalih sudskih odluka na tu temu v. Donatsch, A., *op. cit.*, str. 511.

⁶⁷ Donatsch, A., *op. cit.*, str. 512.

red pravnih poredaka koji predviđaju zasebno kazneno djelo kojim se uređuje problematika spolnih radnji s osobama koje nisu u mogućnosti izraziti protivljenje odnosno pružiti otpor spolnom odnosu. U Hrvatskoj pak takve situacije, prema novom Kaznenom zakonu, valja podvesti pod kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka.

Na samom kraju, valja upozoriti na okolnost da, poput drugih dviju spomenutih zemalja njemačkog govornog područja, ni švicarsko zakonodavstvo ne usložnjava dodatno dogmatiku seksualnih delikata uvođenjem specifičnih iznimaka od odredaba općeg dijela kaznenog prava. Drugim riječima, švicarsko zakonodavstvo ne propisuje različit učinak otklonjive zablude niti uvodi presumpciju nepostojanja pristanka.

3.4. Slovenija

Prema čl. 170. st. 1. slovenskog Kaznenog zakonika, silovanje (*posilstvo*) čini „tko prisili osobu drugog ili istog spola na spolni odnos ili s time izjednačenu spolnu radnju, tako da upotrijebi silu ili zaprijeti neposrednim napadom na život ili tijelo“. Izuzmemo li okolnost da je hrvatski zakonodavac u novom zakonu vrlo eksplicitno opisao različite moguće tipove spolnih radnji te da je u nomotehničkom smislu silovanje konstruirano kao kvalificirani oblik spolnog odnošaja bez pristanka, možemo zaključiti da je opis silovanja u slovenskom i hrvatskom zakonu gotovo jednak, što i ne čudi s obzirom na zajedničku pravno-političku prošlost. Slovenski model kaznenog djela silovanja ipak ima jednu specifičnost u odnosu na hrvatski, a to je da je u čl. 170. st. 3. kao privilegirani oblik silovanja predviđena prisila na spolni odnos (odnosno izjednačenu spolnu radnju) prijetnjom počinitelja da će o žrtvi ili njoj bliskoj osobi otkriti nešto što bi štetilo njezinoj časti ili ugledu ili da će žrtvi ili njoj bliskoj osobi prouzročiti veliku imovinsku štetu.

Što se tiče ostalih delikata protiv spolne slobode, razlike između slovenskog i hrvatskog zakonodavstva nisu male. Naime, slovenski zakon ne sadržava spolni odnošaj bez pristanka, ali zato predviđa kaznena djela spolnog nasilja (*spolno nasilje*; čl. 171.) i spolne zloporabe nemoćne osobe (*spolna zloraba slabotne osebe*; čl. 172.).

Spolno nasilje čini (čl. 171. st. 1.) tko „upotrijebi silu ili zaprijeti osobi drugog ili istog spola neposrednim napadom na život ili tijelo i na taj način je prisili da učini ili trpi kakvu spolnu radnju, koja nije obuhvaćena prethodnim člankom“. To kazneno djelo formulirano je kao delikt supsidijarnog karaktera u odnosu na silovanje, budući da se *ex lege* odnosi samo na radnje koje nisu obuhvaćene čl. 171. Ono obuhvaća spolne radnje koje se ne mogu podvesti pod definiciju spolnog odnosa ili radnje izjednačene sa spolnim odnosom, dakle na radnje koje bi se prema hrvatskom pravnom nazivlju označavale kao bludne radnje.

Kada je riječ o kaznenom djelu spolne zloporabe nemoćne osobe (čl. 172. st. 1. slovenskog Kaznenog zakonika), ono gotovo u potpunosti odgovara nekadašnjem hrvatskom kaznenom djelu spolnog odnošaja s nemoćnom osobom (čl. 189. st. 1 KZ/97; „tko izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju s drugom osobom, iskoristivši njezinu duševnu bolest, duševnu poremećenost, nedovoljnu duševnu razvijenost, neku drugu težu duševnu smetnju, ili kakvo drugo stanje te osobe zbog kojeg ona nije sposobna za otpor“). Treba ipak naglasiti da slovenski zakonodavac u st. 2. istog članka kao privilegirani oblik sankcionira i situaciju u kojoj počinitelj „na neki drugi način povrijedi spolni integritet nemoćne osobe“, što nije bio slučaj prema KZ/97.⁶⁸

3.5. Ujedinjeno Kraljevstvo

Kaznena djela u sferi spolnosti u Ujedinjenom Kraljevstvu regulirana su zakonom iz 2003. godine koji nosi naziv *Sexual Offenses Act*. U duhu anglosaksonske tradicije prema kojoj je za dobrovoljno upuštanje u spolnu intimnost potreban obostran pristanak, zakonodavac je u čl. 1. propisao da se silovanjem smatra svaka namjerna penetracija penisom u vaginu, anus ili usta žrtve uz uvjet da žrtva na penetraciju nije pristala. To djelo postoji i kada počinitelj bez opravdanih osnova vjeruje u pristanak žrtve. Ocjenu o osnovanosti uvjerenja sud mora donijeti prema svim okolnostima slučaja ocjenjujući, između ostalog, i korake koje je počinitelj poduzeo kako bi se uvjerio da pristanak postoji.⁶⁹ Od silovanja razlikuje se kazneno djelo napada penetracijom. To kazneno djelo iscrpljuje se u penetraciji dijelovima tijela počinitelja ili nekim drugim sredstvom u vaginu ili anus žrtve, a takva penetracija mora biti seksualne prirode.⁷⁰ Distinkcija između tih dvaju kaznenih djela polazi od tradicionalnog poimanja seksualnosti, prema kojem je svaka penetracija spolnim organom od strane muškog počinitelja seksualne prirode, za razliku od ostalih slučajeva prodiranja u vaginu ili anus, kod kojih se seksualna konotacija penetracije mora posebno dokazivati. Istaknuta nomotehnička razlika u kreiranju bića kaznenog djela u sebi nosi notu arhaičnosti, no ona nema neko veće kriminalnopolitičko značenje zato što je za oba kaznena djela predviđen doživotni zatvor.

Spomenuta razlika potpuno dolazi do izražaja u kaznenom djelu prouzročenja upuštanja u spolnu aktivnost bez pristanka.⁷¹ Temeljna distinkcija izme-

⁶⁸ O problematičnosti formulacije iz čl. 172. st. 2. slovenskog Kaznenog zakonika v. Korošec, D., op. cit., str. 242.-243.

⁶⁹ Čl. 1. Zakona o seksualnim deliktima (*Sexual Offenses Act*) iz 2003. (c. 42), <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>>, 21. rujna 2014.

⁷⁰ Čl. 2. Zakona o seksualnim deliktima.

⁷¹ Čl. 4. Zakona o seksualnim deliktima.

đu ovog kaznenog djela i kaznenih djela silovanja i napada penetracijom leži u činjenici da počinitelj nije taj koji vrši čin penetracije, već je njegova kriminalna aktivnost usmjerena na namjerno prouzročenje upuštanja žrtve u seksualnu aktivnost na koju ona nije dala svoj pristanak. I ovdje se traži izostanak okolnosti iz kojih bi počinitelj opravdano mogao zaključiti da pristanak žrtve ipak postoji. U zakonu nije izričito definirano prouzročenje kao element bića ovog kaznenog djela, ali su zato taksativno navedene spolne aktivnosti žrtve ovisno o ulozi žrtve. Ako je žrtva pasivna, kao spolna aktivnost dopušta se bilo koja penetracija žrtvinog anusa ili vagine od strane treće osobe. U slučaju da je riječ o prodiranju u usta žrtve, kao jedina zabranjena spolna aktivnost propisuje se penetracija penisom od strane treće osobe kao što to nalaže koncepcija kaznenog djela silovanja. Pod uvjetom da žrtva u spolnoj aktivnosti ima aktivnu ulogu, u zabranjene spolne radnje ubrajaju se penetracija u anus ili vaginu treće osobe dijelovima žrtvinog tijela ili bilo kojim drugim sredstvom. Te su radnje identične s radnjama počinjenja napada penetracijom. Seksualna radnja će se ostvariti i ako žrtva muškog spola svojim spolovilom prodre u usta treće osobe po uzoru na kazneno djelo silovanja. Iz bića kaznenog djela proizlazi da spolne radnje koje čini žrtva bez vlastitog pristanka na trećoj osobi ne pokrivaju klasične situacije spolnih aktivnosti obuhvaćenih silovanjem, *immissio penis in vaginam* i *immissio penis in anum*. U tom segmentu kazneno djelo prouzročenja upuštanja u spolnu aktivnost bez pristanka umnogome je uže od spolnog odnošaja bez pristanka iz KZ.

Analizirani sustav nekonsenzualnih seksualnih delikata od našeg zadnjeg usvojenog rješenja razlikuje se u još jednom segmentu. U britanskom su zakonu detaljno propisana zabranjena spolna ponašanja počinjena na štetu osobe s duševnom smetnjom zbog koje ona nije sposobna pristati na spolnu intimnost. Lista djela je iscrpna i u njoj su sadržana ne samo kaznena djela kojima se narušava seksualni integritet osobe s duševnom smetnjom (silovanje, napad penetracijom, poticanje i prouzročenje upuštanja u spolnu aktivnost) već i djela kojima se štiti njezina naivnost, nezrelost i neznanje o spolnosti (upuštanje u spolnu aktivnost u prisutnosti osobe s duševnom smetnjom, omogućavanje osobi s duševnom smetnjom da gleda spolnu aktivnost drugih).⁷² Kod svih navedenih kaznenih djela duševna smetnja po svojoj prirodi mora biti takva da zbog nje žrtva ne može donijeti odluku o pristanku na spolni odnošaj ili spolnu radnju. Primjerice, nemogućnost donošenja odluke postojat će ako žrtva ne može shvatiti prirodu spolne aktivnosti ili njezine uobičajene posljedice ili iz bilo kojeg drugog razloga. Izostanak sposobnosti odlučivanja izjednačen je s nemogućnošću priopćenja donesene odluke. U svim slučajevima traži se znanje počinitelja o postojanju duševne smetnje i činjenici kako zbog te smetnje

⁷² Čl. 30. i čl. 33. Zakona o seksualnim deliktima.

žrtva nije sposobna odbiti spolnu aktivnost. Dovoljna je i potencijalna svijest počinitelja, jer djelo će postojati i ako počinitelj nije znao za duševnu smetnju i njezine posljedice na izražavanje volje žrtve, no od njega se opravdano moglo očekivati da takvo što bude obuhvaćeno njegovom svijesću. Proizlazi da su opisana kaznena djela jasno razdijeljena od drugih nekonsenzualnih seksualnih delikata pa se paralelizam između anglosaksonskog rješenja i onog usvojenog u našem KZ ne može nikako primijeniti. Jednostavnije rečeno, spolne aktivnosti s nemoćnom osobom koja pati od duševne smetnje ne smatraju se zabranjenim spolnim aktivnostima bez pristanka, već zasebnim kaznenim djelima.⁷³

Iz prikaza britanske koncepcije seksualnih delikata proizlazi da između anglosaksonskog i kontinentalnog modela postoje bitne razlike. Te razlike pokazuju da je sustav regulacije seksualnih delikata duboko povezan s kaznenopravnom tradicijom poimanja spolnosti. Primjerice, shvaćanje silovanja u anglosaksonskom pravu kao „muškog“ delikta koji se ostvaruje penetracijom penisom uvelike odstupa od kontinentalne koncepcije silovanja kao spolno neutralnog delikta. Izostanak zakona kojim bi se regulirali opći instituti kaznenog prava,⁷⁴ pa tako i posredno počiniteljstvo, supočiniteljstvo i poticanje, doveo je u britanskom pravu do propisivanja posebnog kaznenog djela kojim se uređuju slučajevi utjecaja na volju žrtve da stupi u spolnu aktivnost s trećom osobom. Istaknuta rješenja teško su spojiva s našom pravnom tradicijom i njihovo nekritičko preuzimanje može poremetiti godinama ustaljena i opće-prihvaćena rješenja u teoriji i praksi.

4. KAZNENA DJELA SPOLNOG ODOŠAJA BEZ PRISTANKA I SILOVANJA *DE LEGE LATA* TE PROBLEMI U NJIHOVOJ PRIMJENI

4.1. *Ratio* zakonskih izmjena

U sferi najtežih delikata protiv spolne slobode, koji u sebi uključuju spolni odnos ili s njime izjednačenu spolnu radnju, hrvatsko kazneno zakonodavstvo

⁷³ Kažnjivi su i određeni oblici spolnih odnosa sa žrtvama koje pate od duševnog poremećaja koji ne isključuje njihovu sposobnost pristanka na spolni čin. Riječ je o situacijama u kojima se žrtva upustila u spolnu aktivnost zbog nagovaranja, prijetnji ili prijevara ili s počiniteljem koji je djelatnik socijalne skrbi (čl. 34.-41.). Takav zakonodavni pristup prihvaćen je da bi se pružila pojačana zaštita duševno poremećenim osobama kao jednoj od najranjivijih skupina u društvu.

⁷⁴ Fletcher tako navodi da je *common law* sustav još uvijek u „potrazi za općim dijelom“. Fletcher, G. P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000., str. 393.

stupanjem na snagu novog Kaznenog zakona pretrpjelo je značajne izmjene. Definicija silovanja ostala je doduše u većoj mjeri ista (izuzmemo li eksplicitno navođenje spolnih radnji u novom Kaznenom zakonu i nomotehničku konstrukciju koja silovanje pretvara u kvalificirani oblik spolnog odnošaja bez pristanka), no to se ne može reći i za ostala kaznena djela u ovom području. Naime, KZ/97 nije sadržavao kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka, ali su zato postojala kaznena djela spolnog odnošaja s nemoćnom osobom (čl. 189. KZ/97), prisile na spolni odnošaj (čl. 190. KZ/97) i spolnog odnošaja zlouporabom položaja (čl. 191. KZ/97). Iako su sva ta djela danas sadržajno integrirana u okvire spolnog odnošaja bez pristanka, pa je nesumnjivo da u velikoj većini slučajeva postoji pravni kontinuitet, kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka predstavlja specifičan konstrukt i ne može se prikazati kao puki zbroj triju navedenih delikata.

Prije prelaska na analizu novog zakonskog uređenja, u sklopu koje će se detaljnije secirati novouvedeno kazneno djelo, potrebno je nešto više reći o razlozima koji su zakonodavca naveli na ovakvu, prilično opsežnu zakonsku izmjenu. U obrazloženju Konačnog prijedloga Kaznenog zakona,⁷⁵ predlagatelj Zakona konstatira da „suvremena shvaćanja kaznenog djela silovanja polaze od toga da je kazneno djelo silovanja svaki spolni odnošaj ili s njime izjednačena spolna radnja ... za koju osoba nije dala pristanak“. Takva ocjena nije točna. Nije istina, naime, da suvremena shvaćanja polaze od toga da je silovanje svaki spolni odnos bez pristanka. Trendove u nizu europskih zakonodavstava u domeni seksualnih delikata nedavno je analizirao Korošec, no nijedan od triju osnovnih modela silovanja koje je identificirao ne polazi od toga da je silovanje svaki spolni odnošaj bez pristanka.⁷⁶ Predlagatelj Zakona u nastavku se poziva na Belgiju i Ujedinjeno Kraljevstvo⁷⁷ kao normativne uzore, no ta dva primjera nisu dovoljna da se zaključi kako je riječ o sveobuhvatnom trendu koji odražava „suvremena shvaćanja“. Neobično je i da se zakonodavac ne osvrće na Njemačku, Austriju i Švicarsku, već na jedan sustav koji se temelji na napoleonskoj kaznenopravnoj tradiciji (Belgija) te na jedan pravni poredak koji još uvijek nije uspio iznjedruti cjeloviti kazneni zakonik (Ujedinjeno Kraljevstvo). Još je zanimljivije da jedna od tih zemalja – Ujedinjeno Kraljevstvo – uopće ne definira silovanje kao spolni odnošaj bez pristanka, već se drži tradicional-

⁷⁵ Vlada Republike Hrvatske, Konačni prijedlog Kaznenog zakona, listopad 2011.; slično tome Turković, K., u: Derenčinović, D. (ur.), Posebni dio kaznenog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013., str. 161.; vrlo slično i Turković, K., Maršavelski, A., Nacrt Posebnog dijela novog Kaznenog zakona – pregled pet glava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2/2010, str. 513.

⁷⁶ V. Korošec, D., op. cit., str. 128.-143.

⁷⁷ Predlagatelj se koristi terminom Velika Britanija, no *Sexual Offences Act* vrijedi i u Sjevernoj Irskoj, pa bi ispravnije bilo koristiti se pojmom Ujedinjeno Kraljevstvo.

ne koncepcije prema kojoj počinitelj silovanja može biti jedino muškarac. Na kraju krajeva, ni novo hrvatsko kazneno zakonodavstvo, koje je nastalo usvajanjem navedenog Konačnog prijedloga, ne definira silovanje kao spolni odnošaj bez pristanka, pa je citirana tvrdnja i iz te perspektive bespredmetna. U tom je smislu obrazloženje u raskoraku sa zakonskim tekstom, jer zakonski tekst diferencira spolni odnošaj bez pristanka i silovanje, dok u obrazloženju stoji da je intencija zakonodavca bila uskladiti zakon sa „suvremenim shvaćanjima“, koja tobože izjednačavaju spolni odnošaj bez pristanka i silovanje.

Navedenu kritiku obrazloženja zakona ne treba shvatiti na način da je nepotrebno sankcioniranje svakog nedobrovoljnog spolnog odnošaja. Sankcioniranje takvih radnji ne samo da je potrebno već predstavlja i obvezu hrvatskog zakonodavca koja proizlazi iz međunarodnih ugovora.⁷⁸ Međutim, treba imati na umu da postoje različiti mehanizmi ostvarenja te obveze. To najbolje pokazuju analizirana komparativna zakonodavstva, koja imaju vrlo slične međunarodnopravne obveze kao i Republika Hrvatska, ali je – unatoč tome – u svakoj od njih sankcioniranje nedobrovoljnih spolnih odnosa provedeno na različit način. U nastavku preostaje istražiti je li put koji je odabrao naš zakonodavac najprikladniji za ostvarenje navedene obveze te ponuditi smjernice za rješavanje dvojbi *de lege lata*.

4.2. Kaznena djela spolnog odnošaja bez pristanka i silovanja: temeljni oblici (čl. 152. st. 1., čl. 153. st. 1.)

Kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka (čl. 152. st. 1.) čini tko s drugom osobom bez njezina pristanka izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju ili navede drugu osobu da bez svog pristanka s trećom osobom izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju ili da bez svog pristanka nad samom sobom izvrši sa spolnim odnošajem izjednačenu spolnu radnju. Silovanje pak čini (čl. 153. st. 1.) onaj tko djelo iz članka 152. stavka 1. ovoga Zakona počini uporabom sile ili prijetnje da će izravno napasti na život ili tijelo silovane ili druge osobe.⁷⁹

⁷⁸ Primjerice, čl. 2., čl. 5., čl. 11., čl. 12. i čl. 16. Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena obvezuju Republiku Hrvatsku na primjenu različitih mjera, uključujući i one kaznenopravne, s ciljem zaštite žena od bilo kojeg oblika nasilja, pa tako i seksualnog nasilja. Obveza sankcioniranja svake nedobrovoljne spolne aktivnosti proizlazi i iz čl. 36. Konvencije Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i obiteljskog nasilja, koju je Hrvatska potpisala 22. siječnja 2013., ali je još uvijek nije ratificirala.

⁷⁹ Odnos kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka i silovanja kao njegova kvalificiranog oblika dobro je uočen u presudi Županijskog suda u Osijeku iz 2014. godine, u kojoj se navodi da je počinitelj silovanja, nakon što je fizički izudarao i izmrcvario žrtvu te joj prijeto „da živa neće dočekati jutro“, obavio nad žrtvom bez njezina pristanka vaginalni i analni

Ono što na prvi pogled upada u oči jest opsežno nabranje triju alternativnih načina počinjenja spolnog odnošaja bez pristanka, odnosno silovanja: (1) izvršenje spolnog odnošaja (odnosno izjednačene spolne radnje), (2) navođenje druge osobe da bez svog pristanka s trećom osobom izvrši spolni odnošaj (odnosno izjednačenu spolnu radnju) te (3) navođenje druge osobe da bez svog pristanka nad samom sobom izvrši sa spolnim odnošajem izjednačenu spolnu radnju. S obzirom na visoku razinu tekstualnog opterećenja zakonskog članka, postavlja se pitanje o kakvim se točno oblicima nedobrovoljnog spolnog odnošaja u praksi može raditi te je li toliko nabranje neizbježno ili je zakonodavac naprosto imao suviše „bujnu maštu“. Pritom eventualno mogu biti sporni drugi i treći način počinjenja, dok o prvonavedenom načinu počinjenja silovanja nema spora: tu je riječ o uobičajenoj situaciji u kojoj sam počinitelj stupa u spolni odnos (odnosno poduzima izjednačenu spolnu radnju) sa žrtvom.

Za razliku od prvog, drugi način počinjenja spolnog odnošaja bez pristanka – navođenje žrtve na nedobrovoljni spolni odnošaj s trećom osobom – dosadašnje zakonodavstvo nije izričito predviđalo. O takvom bi se kaznenom djelu radilo, primjerice, u slučaju da počinitelj na spolni odnošaj s prijateljem navede osobu zaostalu u razvoju koja nije sposobna dati pristanak na spolni odnos. Ako bi pak počinitelj prisilio žrtvu na spolni odnos s počiniteljevim prijateljem, radilo bi se o kaznenom djelu silovanja.

Iako nije sporno da takva ponašanja trebaju biti kažnjiva, postavlja se ipak pitanje je li te situacije trebalo zasebno propisivati ili bi one bile kažnjive i bez eksplicitnog navođenja. Predlagatelj Zakona u obrazloženju tvrdi da se zasebnim propisivanjem, „polazeći od teorije vlasti nad djelom, izričito kaže da počinitelj može biti i osoba koja navodi žrtvu na nedobrovoljni spolni odnošaj ili s njime izjednačenu radnju (npr. uporabom sile ili iskorištavajući zavisnost žrtve), a da sama pritom ne obavlja spolni odnošaj ili s njime izjednačenu radnju.“ Međutim, takvo obrazloženje nije prihvatljivo, jer je i prije bilo nedvojbeno da supočinitelj silovanja ne mora sam ostvariti spolni odnošaj sa žrtvom, već je – temeljem teorije o vlasti nad djelom – dovoljno da bitno doprinese počinjenju djela (npr. sputavanjem i pridržavanjem žrtve nad kojom drugi supočiti-

odnos. Za vrijeme spolnog čina „žrtva je osjećala tek svoje beživotno tijelo“. (ŽS u Osijeku, K-3/2014-46). Izostanak pristanka žrtve kao konstitutivni element silovanja ističe i Županijski sud u Splitu, objašnjavajući da je „počinitelj htio zadovoljiti svoj spolni nagon... bez obzira na izostanak njezinog pristanka prijeteći joj je kako će je ubiti i pritom držao skalpel s izvađenom oštricom“. Počinitelj je obavio nasilan spolni odnos postupajući „...s izravnom namjerom znajući da na strani oštećene nema dobrovoljnosti zbog čega je prema njoj morao primijeniti fizičku silu“ (ŽS u Splitu, K-16/2012 od 3. travnja 2014.). O izostanku pristanka i primjeni sile mišljenje je dao i Vrhovni sud, prema kojem „kazneno djelo silovanja koje sadrži sve elemente jasno izražene sile prema oštećenici... nesumnjivo ukazuje na optuženikovu svijest o protivljenju oštećenice spolnom odnosu“ (VSRH, 11/2014-7).

nitelj poduzima spolni odnos).⁸⁰ Izričito propisivanje takve situacije u zakonu nije potrebno, kako kod silovanja tako ni kod spolnog odnošaja bez pristanka, jer kažnjavanje supočinitelja ionako proizlazi iz odredbi Općeg dijela Kaznenog zakona (konkretno iz čl. 36. st. 2.). S druge strane, ako doprinos sudionika u konkretnom slučaju sud ne bi ocijenio kao bitan, tada bi počinitelj odgovarao za poticanje, što bi teorijski bilo ispravnije od postojećeg rješenja prema kojem bi takav poticatelj bio izjednačen s počiniteljem. U praktičnom je pak smislu svejedno hoće li takva osoba odgovarati kao poticatelj ili počinitelj, jer se poticatelj ionako kažnjava kao počinitelj. Stoga se navedeni način počinjenja spolnog odnošaja bez pristanka i silovanja *de lege ferenda* može brisati iz verbalno preopterećenog zakonskog teksta bez ikakvih negativnih posljedica.

Treći način počinjenja kaznenih djela spolnog odnošaja bez pristanka i silovanja jest navođenje druge osobe da bez svog pristanka nad samom sobom izvrši sa spolnim odnošajem izjednačenu spolnu radnju. Time su obuhvaćene situacije poput navođenja duševno zaostale osobe da si uvlači predmete u vaginu (spolni odnošaj bez pristanka) ili prisile prema osobi da u vaginu gura pivsku bocu⁸¹ (silovanje). S obzirom na to da su takvi slučajevi u cijelosti obuhvaćeni figurom posrednog počiniteljstva,⁸² propisivanje navedenog načina počinjenja nije potrebno, pa se radi rasterećenja zakonskog teksta predlaže njegovo brisanje.

4.3. Pitanje kažnjivosti otklonjive zablude glede pristanka (čl. 152. st. 2., čl. 153. st. 2.)

U čl. 152. st. 1. i čl. 153. st. 1. hrvatski je zakonodavac opise kaznenih djela spolnog odnošaja bez pristanka i silovanja opteretio nepotrebnim nabranjem načina počinjenja djela, koji bi ionako bili kažnjivi prema odredbama općeg dijela kaznenog prava, te time oslabio jasnoću i pregnantnost zakonskog izričaja. U čl. 152. st. 2. i čl. 153. st. 2. učinjeno je nešto još neobičnije: uvedena je iznimka od zakonskih odredaba koje reguliraju zablude, prema kojoj kažnjivom postaje i otklonjiva zabluda glede postojanja pristanka na spolni odnos, unatoč tome što su silovanje i spolni odnošaj bez pristanka kaznena djela koja se mogu počinuti s namjerom (tj. kaznena djela kod kojih takva zabluda u pravilu ne bi bila kažnjiva). Obrazlažući tu zakonsku novost, predlagatelj zakona u obrazloženju navodi: „Budući da je kazneno djelo silovanja namjerni delikt,

⁸⁰ VSRH, I Kž-568/1991; Turković, K., u: Novoselec, P. (ur.), Posebni dio kaznenog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007., str. 156.

⁸¹ VSRH, I Kž-920/2007.

⁸² V. Novoselec, P., Bojanić, I., Opći dio kaznenog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013., str. 334.

u takvim situacijama prema općim pravilima o zabludi počinitelj ne bi bio kazneno odgovoran. Ovom odredbom uvodi se mogućnost kažnjavanja za otklonjivu zabludu kod kaznenog djela silovanja unatoč tome što je djelo predviđeno samo kao namjerni delikt (u situacijama kad počinitelj nije znao da pristanka nema, ali je prema objektivnim okolnostima i svojim osobnim sposobnostima to morao i mogao znati).“

Iako predlagatelj u obrazloženju ne navodi *ratio* uvođenja ove iznimke, o tome se posredno možemo informirati u domaćoj literaturi. Turković tako navodi da je „uzor za uvođenje ove odredbe bio ... paragraf 1 (1) (c) *Sexual Offences Act* iz 2003., prema kojem je uvjet kažnjivosti da počinitelj nerazumno vjeruje da postoji pristanak žrtve (*A does not reasonably believe that B consents*).⁸³ U literaturi se tumači da je ovdje riječ o nesvjesnom nehaju – *negligence* Zanimljivo da je ranija verzija ovog članka ovdje govorila o nemaru (*recklessness*) počinitelja prema okolnosti je li osoba dala pristanak ili ne, što znači da se proširila kažnjivost.“⁸⁴

Zašto se točno išlo na uvođenje kažnjivosti kod otklonjive zablude o pristanku, i dalje ostaje nejasno. Intencija zakonodavca vjerojatno je bila obesnažiti neosnovane obrane okrivljenika da „nisu znali“ da nema pristanka, tj. da su smatrali da pristanak postoji, ali to je problem koji se neposredno tiče ocjene dokaza, a ne kaznenog materijalnog prava. Uostalom, s obzirom na iznimnu rijetkost zabluda u sudskoj praksi, nema realnog rizika da bi sud povjerovao neosnovanoj tvrdnji optuženika da je bio u zabludi.⁸⁵ Zabludama sudovi ionako već pristupaju iznimno restriktivno.⁸⁶

Širenje kažnjivosti zabluda upitno je ne samo s čisto praktičnog već i sa sustavnoteorijskog aspekta. Naime, uvođenjem ove iznimke remeti se logička koherentnost općeg i posebnog dijela kaznenog prava. To na prvi pogled ne mora djelovati zabrinjavajuće, ali se s pravom može postaviti pitanje zašto

⁸³ Autorici citata omakla se pogreška u prijevodu. Naime, uvjet kažnjivosti nije da počinitelj nerazumno vjeruje da postoji pristanak žrtve (jer bi to značilo da nema kaznenog djela ako počinitelj zna da nema pristanka), već da ne postoji razumno vjerovanje počinitelja u opstojnost pristanka.

⁸⁴ Turković, K., u: Derenčinović, D. (ur.), op. cit., str. 162.

⁸⁵ Primjerice, Županijski sud u Zagrebu u jednom je predmetu ustanovio neosnovanost obrane okrivljenika, koji je tvrdio da je bio uvjeren da je oštećenica pristala na spolnu aktivnost unatoč tome što ga je odgurivala i udarala, jer je on takvo ponašanje tobože „shvatio kao neku vrstu njene igre“ (ŽS u Zagrebu, 5-K-96/2013).

⁸⁶ Istraživanje provedeno 2012. godine pokazalo je da je zabluda o postojanju otpora žrtve kod kaznenog djela silovanja jedna od najčešćih zabluda o biću djela na koju se pozivaju okrivljenici. Za razliku od drugih situacija, sudovi ovdje redovito prepoznaju da se okrivljenik poziva na zabludu, upuštaju se u ocjenu dokaza o njezinoj opravdanosti i zaključuju da zabludi nije bilo mjesta. Zabluda o otporu žrtve u praktičnom je smislu najmanje sporna zabluda o biću djela. Rittossa, D., Zablude u kaznenom pravu, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2014., str. 218.-219.

bi pravilo o kažnjivosti otklonjive zablude glede postojanja pristanka vrijedilo samo kod pojedinih seksualnih delikata, a ne i kod drugih delikata koji se mogu počiniti samo s namjerom (npr. kod krađe). Pravog odgovora na to pitanje nema, što pokazuje da bi se zakonodavac trebao kloniti eksperimenata kojima se materija koja pripada općem dijelu kaznenog prava bezrazložno drugačije uređuje u posebnom dijelu. Želimo li i dalje nastaviti baštiniti kontinentalnu tradiciju kodifikacije, kojoj anglosaksonski kaznenopravni sustavi svojom fragmentarnošću i unutarnjom nekonzistentnošću ne mogu parirati,⁸⁷ trebamo se zapitati nije li pri traženju komparativnih uzora bolje ugledati se na neku od zemalja kontinentalnog kruga negoli na *Sexual Offences Act*.

4.4. Definicija pristanka (čl. 152. st. 3.)

Jedna od najvažnijih legislativnih novosti u području seksualnih delikata je zakonsko reguliranje pristanka na spolni odnos u čl. 152. st. 3. Ta odredba glasi: „Pristanak iz stavka 1. ovoga članka postoji ako je osoba svojom voljom odlučila stupiti u spolni odnošaj ili s njime izjednačenu spolnu radnju i bila je sposobna donijeti i izraziti takvu odluku. Smatra se da takvog pristanka nema osobito ako je spolni odnošaj ili s njime izjednačena spolna radnja izvršena uz uporabu prijetnje, prijevare, zlouporabom položaja prema osobi koja se prema počinitelju nalazi u odnosu zavisnosti, iskorištavanjem stanja osobe zbog kojeg ona nije bila sposobna izraziti svoje odbijanje, ili nad osobom kojoj je protupravno oduzeta sloboda.“

Iz prve rečenice vidi se da nova koncepcija spolnog odnošaja bez pristanka i silovanja u potpunosti počiva na volontarističkom shvaćanju spolnih sloboda. Osobe koje su sposobne izreći valjani pristanak na spolni čin imaju pravo slobodno izražavati svoju seksualnost bez utjecaja države. U slučaju izostanka pristanka aktivira se mehanizam državne zaštite budući da je država dužna štiti izbore nositelja spolnih sloboda. Takva idejna pozadina reguliranja seksualnih delikata nije upitna, no način njezine kaznenopravne implementacije jest. Nije sporno da Ustavom određena pravna dobra treba štiti odredbama kaznenog prava, no čini se da put kojim je zakonodavac odabrao izvršiti ovu svoju obvezu i nije najsretnije rješenje. Naime, i u dosadašnjoj pravnoj praksi i teorijskim raspravama općeprihvaćeno bilo je stajalište da pristanak oštećenika na ostvarenje seksualnog čina isključuje biće seksualnog delikta.⁸⁸

⁸⁷ Podrobnije o tome v. Martinović, I., Institut namjere u kaznenopravnoj teoriji i sudskoj praksi, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2014., str. 334.-350.

⁸⁸ Novoselec, P., Bojanić, I., op. cit., str. 208.

U predmetnoj definiciji pristanka postoje i druge nomotehničke nesavršenosti. Sama koncepcija pristanka, tzv. *pristanak plus koncept*,⁸⁹ sagrađena je na tri elementa: svojevoljnost, sposobnost za donošenje odluke i sposobnost za izražavanje odluke. Izostane li samo jedan od navedenih elemenata, smatra se da pristanka na spolnu aktivnost nema. Propisivanje svojevoljnosti kao samostalnog elementa pristanka problematično je zato što se time postavljaju preširoke granice spolnog odnošaja bez pristanka. Primjerice, u sudskoj praksi uočeni su slučajevi u kojima se osoba upustila u spolni odnošaj koji nije željela, ali nije izrazila svoje protivljenje. U prijašnjoj praksi smatralo se da unutrašnje, skriveno nepristajanje na spolni odnošaj ili s njime izjednačenu spolnu radnju nije bitno.⁹⁰ Takav zaključak prema trenutačnom zakonskom rješenju više ne bi bio moguć. U novijoj sudskoj praksi već je zauzet stav kako žrtva ne mora iskazati protivljenje spolnom činu da bi seksualni delikt bio ostvaren. U jednom predmetu Županijskog suda u Zagrebu iz 2013. godine oštećenica se ljubila s okrivljenikom, skinula sa sebe odjeću i legla na zadnje sjedište automobila te dopustila da okrivljenik nad njom izvrši spolni odnošaj zato što je prilikom premještanja alata sa zadnjeg sjedišta automobila u prtljažnik uočila da okrivljenik ima nož, što je kod nje izazvalo strah da joj se nešto ne dogodi. Iz ponašanja oštećenice nakon počinjenja kaznenog djela prema svojim ukućanima sud je zaključio da spolni odnos nije bio konsenzualan i da su ostvareni svi elementi kaznenog djela silovanja.⁹¹

Rastezanje granica nezakonitih spolnih radnji dovodi do gotovo apsurdnih zahtjeva da se svaka spolna radnja mora izvršiti uz prethodno jasno izraženu suglasnost involviranih aktera. No, u zakonskoj definiciji pristanka ne govori se o izričitosti kao kvaliteti pristanka, već o sposobnosti osobe da izrazi odluku, što opet izaziva nove poteškoće. Naime, razlika između izričitog pristanka i sposobnosti osobe da iskaže pristanak je velika. Zbog vezivanja pristanka uz sposobnost osobe za njegovo izražavanje usvojena su krnja rješenja kojima se fokus skreće sa same biti pristanka i u centar stavlja jedna kategorija osoba na način da se gotovo presumira njihova seksualna viktimizacija. U znanstvenim radovima kao takve potencijalne žrtve već se navode nijeme osobe.⁹² Čini se da su i takvi zaključci doneseni naprečac jer se sposobnost izražavanja ne iscrpljuje u govoru. Primjerice, nijeme osobe ili osobe s teškim govornim mana bit će i dalje sposobne izraziti suglasnost na spolnu radnju konkludentnim radnjama. Bilo koji suprotan zaključak dovodi do nepotrebnog i pretjeranog ograničenja spolnih sloboda tih osoba te se slobodno može postaviti pitanje jesu li ovakvi potezi zakonodavca u skladu s Ustavom.

⁸⁹ Turković, K., Maršavelski, A., op. cit., str. 514.

⁹⁰ VSRH, I Kž-473/1994.

⁹¹ ŽS u Zagrebu, 5-K-133/2013

⁹² Turković, K., Maršavelski, A., op. cit., str. 514.

Isto tako valja naglasiti da je u Zakonu prihvaćena konstrukcija pristanka bliska zastarjelim shvaćanjima prema kojima država ima obvezu zaštititi spolnu nepovredivost onih koji nisu kadri potpuno slobodno odlučivati ili dati svoj pristanak, kao što su to primjerice osobe čiji bi poremećaji u voljnoj sferi odgovarali poremećajima smanjeno ubrojivih i neubrojivih osoba.⁹³ Riječ je o patronističkim pogledima na ulogu države u zaštiti građana u kojima država ima ulogu procjenitelja što je u najboljem interesu onih koje štiti. U takvim teorijskim raspravama prednost se daje zaštiti u odnosu na prava osoba.⁹⁴ Zadnjih godina od takvih se razmišljanja odustaje jer su se promijenila shvaćanja o pravima navedenih osoba. Više nije sporno da one imaju sposobnost donositi odluke o osobnom životu, a uvažavanje takvih odluka od mjerodavnih sve se više potiče i kroz pravnu regulativu na nacionalnoj i međunarodnoj razini.⁹⁵ Slijedom iznesenog, bit kaznenopravne zaštite u spolnoj sferi ne leži u sposobnosti davanja pristanka, već u kvaliteti pristanka. Tako postavljen zahtjev nije novost u pravnoj teoriji i praksi, pa se i zbog tog razloga predlaže brisanje definicije pristanka u prvoj rečenici čl. 152. st. 3.⁹⁶

4.5. Teret dokazivanja pristanka na spolni odnošaj (čl. 152. st. 3.)

Specifičnu nomotehničku konstrukciju druge rečenice čl. 152. st. 3. predlagatelj Zakona obrazlaže sljedećim riječima: „Temeljna ideja odredbe sadržane u stavku 3. jest da se u tim slučajevima prebaci teret dokazivanja na okrivljenog: optužba će morati dokazati samo spolni odnos i jednu od navedenih okolnosti, a okrivljenik će zatim morati dokazati da pristanak postoji. To naravno ne znači povredu članka 6. stavka. 2. Europske konvencije o ljudskim pravima (presumpcija nevinosti) jer se zapravo radi o podjeli tereta dokazivanja

⁹³ Tahović, J., Krivično pravo, Posebni deo, Naučna knjiga, 1953., str. 165.; Srzentić, N., Stajić, A., Krivično pravo, Opći i posebni dio, Zavod za izdavanje udžbenika, 1968., str. 363.

⁹⁴ Rittossa, D., Seksualni delikti na štetu djece, Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, Ministarstvo unutarnjih poslova, 2007., str. 28.

⁹⁵ U članku 21. Konvencije o pravima osoba s invaliditetom državi se nalaže da poduzme sve odgovarajuće mjere kako bi se osobama s invaliditetom osiguralo ravnopravno ostvarenje prava na slobodu izražavanja i mišljenja. Posebna zaštita prava osoba s duševnim smetnjama na vlastito mišljenje zagarantirana je u čl. 14. st. 1. t. 5. Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (NN 76/14) na način da im se izričito priznaje pravo sudjelovati u planiranju i provođenju svojeg liječenja, rehabilitacije i resocijalizacije.

⁹⁶ Da bi isključio postojanje kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka, po svojoj kvaliteti, pristanak osobe na spolni odnos ili s njime izjednačenu spolnu radnju mora biti ozbiljan, nedvosmislen i izričit i mora trajati za cijelo vrijeme spolne intimnosti. Takvog pristanka nije bilo u predmetu u kojem je okrivljenik iskoristio teško pijano stanje oštećenice, naslonio je na zid garažnog prostora i uvukao svoje spolovilo u njezina usta (OS u Rijeci, K-448/2010 od 31. kolovoza 2012.; ŽS u Rijeci, Kž-211/2013-4 od 17. travnja 2013.).

(*sharing of burden of proof*). Naime, žrtva najprije mora dokazati određene okolnosti (npr. spolni odnos i primjenu sile ili prijetnje) koje su uvjet za prebacivanje tereta dokazivanja na okrivljenika. Praksa Europskog suda za ljudska prava je to u više slučajeva dopuštala...”

Okolnost da Europski sud za ljudska prava dopušta prebacivanje tereta dokazivanja na okrivljenika ne treba čuditi, jer su stranke Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda između ostalog i zemlje anglosaksonskog pravnog kruga, u kojima podjela tereta dokazivanja nije neuobičajena. Međutim, takva praksa Europskog suda za ljudska prava ne znači da je prebacivanje tereta dokazivanja dopustivo i s aspekta hrvatskog ustavnopravnog poretka, koji u tom segmentu, polazeći od načela *in dubio pro reo*,⁹⁷ s punim pravom jamči snažniju zaštitu ljudskih prava okrivljenika negoli Konvencija. Ustavni je sud tu vrlo decidan: „Pravilo *in dubio pro reo* podrazumijeva da sud u kaznenom postupku odlučuje presudom na način koji je povoljniji za okrivljenika, ako se i nakon savjesne ocjene dokaza, pojedinačno i u svezi s ostalim dokazima, ne daju otkloniti dvojbe o postojanju odnosno nepostojanju nekih činjenica koje tvore obilježja kaznenog djela ili o kojima ovisi primjena neke druge odredbe kaznenog zakonodavstva. Razvidno je da sama definicija navedenog pravila upućuje na to da se pri odlučivanju suda o njegovoj primjeni treba lučiti više skupina činjenica – one koje tvore objektivna i subjektivna obilježja određenog kaznenog djela i one o kojima ovisi primjena neke druge odredbe kaznenog zakonodavstva. U ovu potonju skupinu pripadaju one činjenice koje predstavljaju procesne pretpostavke/procesne smetnje (primjerice postojanje optužbe ovlaštenog tužitelja i dr.), one koje predstavljaju zakonsku osnovu za isključenje protupravnosti (nužna obrana, krajnja nužda) odnosno za isključenje kaznene odgovornosti (neuračunljivost, stvarna zabluda, prinuda) te one o kojima ovisi odluka o kazni (olakotne i otegotne okolnosti, osnove za ublažavanje ili pooštavanje kazne, za oslobođenje od kazne, za izricanje uvjetne osude). Sve navedeno su činjenice koje se u kaznenom postupku utvrđuju i u odnosu na koje, u slučaju sumnje, ima biti primijenjeno pravilo *in dubio pro reo*“.⁹⁸ Drugim riječima, „pravilo *in dubio pro reo* mora biti primijenjeno u odnosu na sve činjenice koje se u kaznenom postupku utvrđuju (one koje tvore objektivna i subjektivna obilježja određenog kaznenog djela i one o kojima ovisi primjena neke druge odredbe kaznenog zakonodavstva: činjenice koje predstavljaju procesne pretpostavke/procesne smetnje, zakonsku osnovu

⁹⁷ O povezanosti (materijalnog) tereta dokaza i načela *in dubio pro reo* Lazin navodi: „Kada se kaže da materijalni teret dokaza neke činjenice pada na okrivljenog, to znači da ako ta činjenica ostane u sumnji, da to ide na štetu okrivljenog, dakle da se ne primjenjuje pravilo ‘in dubio pro reo’“. V. Lazin, Đ, „In dubio pro reo“ u krivičnom postupku (doktorska disertacija), Pravni fakultet u Beogradu, 1984., str. 182.

⁹⁸ USRH, U-III-2374/2009.

za isključenje protupravnosti odnosno za isključenje kaznene odgovornosti te one o kojima ovisi odluka o kazni).“⁹⁹

Odluka Ustavnog suda ne ostavlja puno manevarskog prostora. Ona izričito daje do znanja da hrvatski ustavnopravni poredak ne prihvaća podijeljeni teret dokazivanja u kaznenom postupku, pa intencija predlagatelja Zakona da prebaci teret dokazivanja na okrivljenika ne derogira načelo *in dubio pro reo*, kao već odavno uvriježeni „postulat zdrave logike i praktičnog razuma“,¹⁰⁰ sadržan u čl. 3. st. 2. Zakona o kaznenom postupku. Neprihvatljiva je stoga predlagateljeva vizija kaznenog postupka u kojem optužba dokazuje „spolni odnos i jednu od navedenih okolnosti“, dok je okrivljeniku prepušteno „dokazati da pristanak postoji“.¹⁰¹

O tome da zakonski izričaj upotrijebljen u čl. 152. st. 3. ne treba shvaćati kao prebacivanje tereta dokazivanja svjedoči i sudska praksa. U još uvijek malobrojnim presudama donesenim na temelju novog Kaznenog zakona, na okrivljenika se ne prebacuje teret dokazivanja. Primjerice, u slučaju u kojem je okrivljenik proglašen krivim za spolni odnošaj bez pristanka zbog iskorištavanja pijanstva žrtve samo se konstatira da, temeljem odredbe čl. 152. st. 3., „pristanka nema ako je djelo počinjeno iskorištavanjem stanja osobe zbog kojeg ona nije bila sposobna izraziti svoje odbijanje“.¹⁰² O bilo kakvom prebacivanju tereta dokazivanja nema govora ni u presudi kojom se za počinjenje spolnog odnošaja bez pristanka krivim proglašava okrivljenik koji je uvukao spolovilo u vaginu osobe koja je spavala te nakon buđenja žrtve pobjegao iz stana.¹⁰³ Teret dokazivanja nije prebačen na okrivljenika niti u postupku u kojem je donesena oslobađajuća presuda zato što nije na nedvojben način utvrđeno da bi okrivljenik, iskoristivši pijano stanje oštećenice i činjenicu da ona spava, nad njom izvršio spolni odnošaj.^{104,105}

⁹⁹ O drugim odlukama Ustavnog suda u vezi s načelom *in dubio pro reo* v. Marković, S., Pravilo *in dubio pro reo* u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske, Informator br. 5918 od 24. studenog 2010., str. 5.-6.

¹⁰⁰ Grubiša, M., Princip *in dubio pro reo* u teoriji i praksi, Jugoslavenska revija za kriminologiju i krivično pravo, 3/1966, str. 316.

¹⁰¹ U Konačnom prijedlogu navodi se čak i da „žrtva ... mora dokazati ... spolni odnos“. Međutim, žrtva u kaznenom postupku pokrenutom po službenoj dužnosti ne mora nužno ni sudjelovati, a kamoli bilo što dokazivati.

¹⁰² ŽS u Rijeci, KŽ-211/2013-4.

¹⁰³ OKS u Zagrebu, KO-1628/2013.

¹⁰⁴ OS u Rijeci, KO-123/2011 od 31. kolovoza 2012.

¹⁰⁵ Osim što se nije ostvarila intencija zakonodavca o prebacivanju tereta dokazivanja na okrivljenika, sudska praksa svjedoči o još jednom neuspjelom nastojanju zakonodavca. Nova koncepcija silovanja kao kvalificiranog spolnog odnošaja bez pristanka trebala je biti uputa sudovima da više ne dokazuju primjenu sile preko pružanja otpora od strane žrtve. Zamišljena ideja nije u potpunosti oživjela u praksi. Tako je Vrhovni sud Republike Hrvatske u jednom novijem predmetu zaključio da je počinitelj primijenio silu nad žrtvom kako bi s njom ostvario

Ima li se u vidu sve navedeno, predlaže se – radi izbjegavanja bilo kakvih primisli o kršenju načela *in dubio pro reo* – promijeniti zakonski izričaj korišten u čl. 152. st. 3. Konkretni prijedlozi u tom smjeru bit će izneseni u nastavku rada.

4.6. Primjerično navedeni oblici spolnog odnošaja bez pristanka (čl. 152. st. 3.)

4.6.1. Prijetnja

U daljnjem dijelu odredbe čl. 152. st. 3. zakonodavac je primjerično naveo neke tipične situacije u kojima će se smatrati da ne postoji pristanak na spolni odnošaj ili s njime izjednačenu spolnu radnju. Uporaba prijetnje izvan slučajeva obuhvaćenih silovanjem jedna je od takvih situacija. Primjerice, spolni odnošaj bez pristanka uz pomoć prijetnje bit će počinjen ako počinitelj ozbiljnom prijetnjom nekim teškim zlom izvrši spolni čin sa žrtvom, s time da ta prijetnja nije usmjerena na život ili tijelo žrtve ili druge osobe, ili ne postoji istodobnost prijetnje i njezina ostvarenja.¹⁰⁶ Prema kriterijima iz sudske prakse, prijetnju nekim teškim zlom predstavljala bi prijetnja počinitelja da će, u slučaju da se žrtva s njime ne upusti u spolni odnos, diskreditirati žrtvu objavom pisma u kojem se navodi da ona pruža seksualne usluge za novac.¹⁰⁷ Spolni odnošaj bez

spolni odnošaj i s njime izjednačenu spolnu radnju zato što se od nasrtaja počinitelja žrtva branila pa su na njezinom tijelu nastale obrambene ozljede. (VSRH, III Kž 7/2012-5 od 22. kolovoza 2013.). Slično, Županijski sud u Splitu zaključuje da je okrivljenik primijenio silu izravno napavši tijelo oštećene jer joj je nanio višestruke ozljede i jer se, između ostalog, oštećena „pokušala oduprijeti okrivljeniku“. (ŽS u Splitu, K-63/2012 od 8. travnja 2014.). O identičnom shvaćanju sile i otpora žrtve kod kaznenog djela silovanja govori i obrazloženje presude Županijskog suda u Splitu iz 2013. godine: „Za postojanje kaznenog djela traži se izravnost napada koji sadrži uporabu sile prema žrtvi, s time da ta sila mora biti takvog intenziteta da se može slomiti otpor žrtve, a koji otpor mora biti ozbiljan i trajan“. (ŽS u Splitu, K-29/2013). O jasnom i vidljivom otporu žrtve u odnosu na nasilnu spolnu radnju izjednačenu sa spolnim odnošajem govori i Županijski sud u Zagrebu (ŽS u Zagrebu, II K-28/2013). U skladu s prethodnom sudskom praksom isti je sud obrazlagao počinjenje nasilnog spolnog odnošaja preko otpora žrtve koja je pokušala odgurnuti okrivljenika, osloboditi se njegovog stiska, udarala ga je po tijelu i s njime se tukla (ŽS u Zagrebu, 5-K-96/2013).

¹⁰⁶ Navedeni kriteriji izgubili su se iz vida u slučaju kada je žrtva živjela u kontinuiranom stanju straha od agresije okrivljenika, koji ju je znao bezrazložno tući i upućivati joj prijetnje, pa je u jednom od takvih ispada istukao žrtvu i uz prijetnje kako će je zadaviti i slomiti joj kičmu nad njom izvršio nasilan analni odnošaj. Takvo činjenično stanje ne bi se moglo kvalificirati kao stjecaj kaznenog djela prijetnje i prisile na spolni odnošaj, odnosno prema novom KZ kao spolni odnošaj bez pristanka, budući da je ovdje uz jasno izraženu primjenu sile i kvalificirane prijetnje ostvareno silovanje (OS u Rijeci, K-102/2012-33 od 10. prosinca 2013.).

¹⁰⁷ OKS u Zagrebu, KO 2199/2009.

pristanka zbog prijetnje počinjen je i ako okrivljenik ostvari više spolnih odnosa sa žrtvom otklonivši njezin eventualni otpor prijetnjama kako će objaviti snimku i fotografije njihovog prijašnjeg seksualnog odnosa.¹⁰⁸ Ovako zamišljeni spolni odnošaj bez pristanka potpuno odgovara kaznenom djelu prisile na spolni odnošaj iz KZ/97 pa se uvrštavanje prijetnje u zakonsku konstrukciju ne smatra spornim.

4.6.2. Prijevara

Novost u reguliranju delikata u sferi spolnosti predstavlja spolni odnošaj bez pristanka uz uporabu prijevara. Riječ je o novom obliku kažnjivog spolnog ponašanja u kojem je pristanak na spolni čin nevaljan, jer je dobiven tek nakon što je počinitelj žrtvu lažnim prikazivanjem ili prikrivanjem činjenica doveo u zabludu ili ju je održavao u zabludi kako bi ishodio pristanak. U obrazloženju Konačnog prijedloga Kaznenog zakona zakonodavac nije objasnio što se to ima smatrati spolnim odnošajem bez pristanka zbog prijevara, no u stručnoj literaturi ponuđena su određena pojašnjenja. Tako se mogu pronaći tvrdnje prema kojima pristanak nema u slučaju da je „spolni odnošaj ili s njime izjednačena spolna radnja izvršena uz... uporabu prijevara, lukavstva ili himbe“¹⁰⁹ odnosno u slučaju da je žrtva prijevarom odnosno obmanom navedena na spolni odnošaj ili s njime izjednačenu spolnu radnju,¹¹⁰ to jest u slučaju prijevarnog silovanja (*rape by deception*).¹¹¹ Kao kuriozitet još se navodi da je „poseban slučaj takva kaznenog djela postojao u čl. 271. Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije, čiji je stavak 1. glasio: Ko izvrši obljubu sa ženskim licem, koje je prethodno lažno uverio da je sa njime u braku, kazniće se strogim zatvorom.“¹¹² Isto tako tvrdi se da je pristanak nevaljan ako je počinitelj doveo u zabludu žrtvu glede radnje koju čini (primjerice, uvjerio ju je da koristi kontracepciju, što nije odgovaralo istini) ili lagao da nije u braku.¹¹³ Ističe se i što to prijevarni spolni odnošaj nije. Autori tako upozoravaju da neće biti riječ o ovom kaznenom djelu ako je počinitelj žrtvi lagao o svojoj vjerskoj i etničkoj pripadnosti ili lažno izjavljivao ljubav.¹¹⁴

¹⁰⁸ OKS u Zagrebu, KO 2232/2013.

¹⁰⁹ Turković, K., Maršavelski, A., op. cit., str. 514.

¹¹⁰ Kurtović Mišić, A., Garačić, A., Kaznena djela protiv spolne slobode i spolnog ćudoreda, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2/2010, str. 601.

¹¹¹ Turković, K. i dr., Komentar Kaznenog zakona, Narodne novine, 2013., str. 207.

¹¹² Loc. cit.

¹¹³ Kurtović Mišić, A., Garačić, A., op. cit., str. 601.; Turković, K. i dr., op. cit., str. 207.

¹¹⁴ Turković, K. i dr., op. cit., str. 207.

Ponuđena pojašnjenja ne rasvjetljavaju dovoljno prijevorni spolni odnošaj. Spolnost je dio osobnog života u kojem prevagu nad razumom odnose osjećaji. Što je za nekoga neprihvatljiva laž i duboka povreda osobnih osjećaja, za drugoga može biti trivijalno nastojanje da se nekoga navede na dobrovoljan spolni odnošaj. Uzdizanje takvog jednog subjektivnog doživljaja potencijalne žrtve na rang konstitutivnog elementa kaznenog djela vrlo je upitno s aspekta načela zakonitosti. Isto tako, čini se pretjeranim proširiti kaznenopravnu zaštitu spolnih sloboda na motive kojima se rukovodila žrtva (primjerice, da počinitelj nije u braku) budući da se time kroz pretjerani patronizam negira činjenica da osobe u ostvarivanju spolnih sloboda moraju postupati odgovorno, a tu odgovornost na sebe ne može preuzeti država.¹¹⁵ Osim toga, paralela s rješenjem iz Krivičnog zakonika iz 1929. čini se krajnje spornom, budući da je povijesna analiza pokazala da je normiranje seksualnih delikata usko povezano s ocjenom zakonodavca o poželjnom ponašanju u sferi spolnosti i potrebom za promicanjem i ostvarivanjem posebnih društvenih interesa u danom prostoru i vremenu. Zaštita institucije braka kroz normiranje spolnosti prije gotovo sto godina nimalo ne odgovara današnjim kriminalnopolitičkim ocjenama i svaka usporedba čini se krajnje neadekvatnom.¹¹⁶ Slijedom iznesenog, predlaže se brisanje prijevornog spolnog odnošaja ili s njime izjednačene spolne radnje kao jednog od oblika spolnog odnošaja bez pristanka iz čl. 152. st. 3.

¹¹⁵ Dixon-Mueller, R. i dr., *Towards a Sexual Ethics of Rights and Responsibilities*, *Reproductive Health Matters*, vol. 17, 2009., str. 116.

¹¹⁶ U ovom radu već je napomenuto da je na hrvatskog zakonodavca pri reformiranju seksualnih delikata značajno utjecala anglosaksonska pravna doktrina i praksa. Ako je *rape by deception* ili *rape by fraud* bio jedan od razloga uvrštavanja prijevornog spolnog odnošaja u KZ, smatramo bitnim naglasiti da takav odabir nije najsretnije rješenje. Naime, u novijoj anglosaksonskoj sudskoj praksi pitanje prijevornog spolnog odnošaja postavilo se prošle godine u slučaju *People v. Morales* pri Prizivnom sudu Kalifornije (212 Cal. App. 4th 583 (2013)). U presudi je naglašeno da postoje povijesni razlozi koji su 1872. godine doveli do kriminalizacije ovog kaznenog djela, koje se može počiniti samo na štetu udane žene na način da se počinitelj lažno predstavi kao njezin suprug. Povijesne konstrukcije seksualnih delikata u anglosaksonskom pravu nisu stalne i moguće je da će se nakon što prođe politička bura oko slučaja Morales i od kriminalizacije prijevornog silovanja odustati ili će se način kriminalizacije izmijeniti. Indikacije za takav rasplet događaja daje praksa Europskog suda za ljudska prava prema kojoj, iako stoljećima prihvaćen od strane anglosaksonskih sudova, nasilan spolni odnošaj sa žrtvom koja je s počiniteljem u braku ne može biti razlog isključenja protupravnosti silovanja (ESLJP, C.R. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 20190/92 od 22. studenog 1995.; ESLJP, S.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 20166/92 od 22. studenog 1995.).

4.6.3. Zloupotrebavanje položaja prema osobi koja se prema počinitelju nalazi u odnosu zavisnosti

Ovaj oblik spolnog odnošaja bez pristanka također je problematičan. Primjericnim navođenjem zloupotrebavanja položaja prema osobi koja se prema počinitelju nalazi u odnosu zavisnosti obuhvaćene su situacije koje su se prije podvodile pod kazneno djelo spolnog odnošaja zloupotrebom položaja iz čl. 191. st. 1. KZ/97, tako da između tih dvaju djela u načelu postoji pravni kontinuitet.¹¹⁷ Međutim, ono što *de lege lata* ipak zabrinjava jest to što zakonodavac više ne precizira u kojim slučajevima postoji zloupotrebavanje položaja, kao što je to činio u KZ/97. Postavlja se stoga pitanja hoće li praksa i dalje slijediti uspostavljene kriterije u ovoj sferi ili će se s vremenom oblikovati neka nova mjerila te koja bi se konkretna mjerila uopće mogla oblikovati na temelju ovako općenitog zakonskog izričaja.

Daljnje, još značajnije pitanje jest po kojoj je logici spolni odnošaj zloupotrebom položaja uopće podveden pod spolni odnošaj bez pristanka, jer zloupotrebavanje položaja ne podrazumijeva izostanak pristanka. S time se slaže i Turković, koja tvrdi da „u tim slučajevima žrtva, doduše, pristaje na spolni odnošaj, ali je taj pristanak rezultat počiniteljeva iskorištavanja položaja zavisnosti odnosno autoriteta.“¹¹⁸ U sadašnjem Zakonu to se gubi iz vida, pa se situacije zloupotrebavanja položaja nasilno guraju u spolni odnošaj bez pristanka.

U sudskoj praksi takvo zakonsko rješenje moglo bi dovesti do ozbiljnih problema. Primjerice, poslodavac koji zlorabeći teško imovinsko stanje kućne pomoćnice stupi s njom u spolni odnos *uz njezin pristanak* prema prijašnjem bi zakonu odgovarao za spolni odnošaj zloupotrebom položaja (čl. 191. st. 2.), dok je prema sadašnjem uređenju vrlo upitno bi li se takav čin mogao kvalificirati kao spolni odnošaj bez pristanka. Pođemo li od definicije iz prve rečenice čl. 152. st. 3., prema kojoj pristanak „postoji ako je osoba svojom voljom odlučila stupiti u spolni odnošaj ili s njime izjednačenu spolnu radnju i bila je sposobna donijeti i izraziti takvu odluku“, tada takav spolni odnošaj teško da može predstavljati kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka. S druge strane, u drugoj rečenici istog stavka navodi se kako se smatra da u slučajevima zloupotrebavanja položaja prema osobi koja se prema počinitelju nalazi u odnosu zavisnosti pristanka nema, što je u koliziji s definicijom pristanka iz prethodne rečenice.

Što je zakonodavac doista htio postići stvaranjem takvog normativnog raspoloživanja, teško je otkriti. Međutim, u nastavku ćemo ipak pokušati skicirati *de lege lata* kriterije za tumačenje ovog oblika spolnog odnošaja bez pristanka. Tu treba razlikovati dva potencijalna tumačenja: jedno koje se nadovezuje

¹¹⁷ Što se tiče kaznenog djela iz čl. 191. st. 2. KZ/97, pravni kontinuitet postoji s obzirom na kazneno djelo spolne zloupotrebavanja djeteta starijeg od petnaest godina iz čl. 159. KZ (s time što novi Zakon dodatno širi zonu kažnjivosti).

¹¹⁸ Turković, K., u: Novoselec, P. (ur.), op. cit., str. 165.

na stajalište prema kojem je nedopustivo prebacivanje tereta dokazivanja na okrivljenika te drugo koje polazi od toga da termin "smatra se" znači da se uvodi *praesumptio iuris* na štetu okrivljenika.

Pođemo li od tumačenja koje je zastupano u ovom radu (v. *supra*, 4. 5.), prema kojem je prebacivanje tereta dokazivanja na okrivljenika nedopušteno, tada treba uzeti da zakonodavac zlouporabu položaja prema osobi koja se prema počinitelju nalazi u odnosu zavisnosti beziznimno izjednačava s izostankom pristanka. Takvo tumačenje omogućuje da se nastavi slijediti praksa iz prethodnog razdoblja, kada je spolni odnošaj zlouporabom položaja bio samostalno kazneno djelo koje se nije vezivalo uz opstojnost pristanka.

Pođemo li pak od tumačenja da izraz „smatra se“ treba shvatiti kao prebacivanje tereta dokazivanja, tada bi se imalo presumirati da nema pristanka kod spolnog odnošaja zlouporabom položaja prema zavisnoj osobi, ali bi okrivljeniku bilo dopušteno dokazivati da takav pristanak postoji. To bi značilo da je došlo do dekriminalizacije svih onih spolnih odnosa zlouporabom položaja prema zavisnoj osobi kod kojih postoji – makar isforsirani – pristanak žrtve, pod uvjetom da ga je okrivljenik uspio dokazati. Time bi prag zaštite ove ranjive kategorije žrtava bio definitivno smanjen u odnosu na KZ/97, pa se teško oteti dojmu da je novim zakonom u tom pogledu učinjen korak unatrag.

S obzirom na navedeno, možemo zaključiti da spolni odnošaj bez pristanka „zlouporabom položaja prema osobi koja se prema počinitelju nalazi u odnosu zavisnosti“ predstavlja neodrživu konstrukciju, jer je logički nemoguće da se spolni odnošaj bez pristanka događa uz pristanak žrtve. Postoje dvije mogućnosti kako iz Zakona ukloniti ovu konfuziju. Prva je mogućnost taj dio čl. 152. st. 3. brisati te ponovo inauguirati kazneno djelo spolnog odnošaja zlouporabom položaja kao samostalni seksualni delikt (s time što bi se iz KZ/97 preuzeo samo čl. 191. st. 1., jer je čl. 191. st. 2. obuhvaćen kaznenim djelom spolne zlouporabe djeteta starijeg od petnaest godina). Druga je opcija brisati taj oblik kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka bez ikakvih nadomjestaka, tj. dekriminalizirati takvo ponašanje. O tome koja je od tih mogućnosti prihvatljivija, potrebna je kriminalnopolitička diskusija.

4.6.4. Iskorištavanje stanja osobe zbog kojeg ona nije bila sposobna izraziti svoje odbijanje

Kao jedan od oblika spolnog odnošaja bez pristanka zakonodavac primjerno navodi i iskorištavanje stanja osobe zbog kojeg ona nije bila sposobna izraziti svoje odbijanje. Riječ je o radnji koja je opsegom bliska nekadašnjem kaznenom djelu spolnog odnošaja s nemoćnom osobom (čl. 189. KZ/97). Međutim, između novog i starog zakona postoji i jedna nezanemariva razlika: dok su se kaznenim djelom spolnog odnošaja s nemoćnom osobom sankcionirale

spolne radnje iskorištavanjem stanja žrtve zbog kojeg ona *nije sposobna za otpor*, današnji zakonski tekst govori o iskorištavanju stanja osobe zbog kojeg ona *nije sposobna izraziti svoje odbijanje*.

Novi je Zakon proširio definiciju žrtve na osobe koje prijašnjim zakonskim tekstom nisu bile obuhvaćene, a to su osobe koje su u fizičkom smislu sposobne za otpor, ali nisu sposobne izraziti svoje odbijanje. Međutim, sadašnje zakonsko rješenje jednu skupinu žrtava neopravdano izostavlja od primjeričnog navođenja, a to su žrtve koje na verbalnoj razini mogu izraziti odbijanje, ali nisu tjelesno sposobne za otpor (npr. teško bolesne osobe, osobe u visokoj životnoj dobi, paraplegičari). Nesporno je, naravno, da i ti slučajevi *de lege lata* potpadaju pod spolni odnošaj bez pristanka, jer je navođenje okolnosti u čl. 152. st. 2. samo egzemplifikativno, no kad je zakonodavac već odlučio primjerično navoditi okolnosti koje upućuju na izostanak pristanka, bilo bi uputno da je naveo i slučajeve iskorištavanja nesposobnosti za otpor.¹¹⁹

Kod ovog oblika spolnog odnošaja bez pristanka sporno je i to što zakonodavac govori o sposobnosti *izražavanja odbijanja*. U svojem brzopletom nastojanju da podigne prag zaštite žrtava seksualnog nasilja, zakonodavac je previdio da nemogućnost pristanka na spolni odnos kod npr. duboko duševno zaostalih osoba nije posljedica toga što takve osobe ne mogu izraziti svoje odbijanje, već toga što one nisu sposobne shvatiti značenje spolnog čina. Drugim riječima, takve osobe pravni poredak štiti ne zato što one ne mogu verbalizirati svoje odbijanje, već zato što – privremeno ili trajno – nisu u mogućnosti shvatiti prirodu spolnog čina, tj. njegove fizičke, psihičke i društvene posljedice. Upravo takvo njihovo stanje čini ih podložnima tuđem iskorištavanju radi zadovoljenja spolnog nagona, pri čemu ne igra ulogu jesu li one u konkretnom slučaju izrazile svoje odbijanje ili su štoviše takav odnos „prihvatile“ odnosno prema njemu bile ravnodušne. Primjerice, u medijskim napisima spominjao se slučaj u kojem je osoba s dubokom mentalnom retardacijom „pristala“ na spolni odnošaj ne shvaćajući uopće značenje tog događaja, misleći da se radi o nekom obliku tjelovježbe ili igre, kao i slučaj u kojem je nedovoljno duševno razvijena osoba *emissio seminis* zamijenila s uriniranjem.¹²⁰

¹¹⁹ To da nesposobnost za otpor i *de lege lata* predstavlja (doduše primjerično navedeni) oblik spolnog odnošaja bez pristanka ne bi trebalo biti sporno, osobito stoga što zakonodavac spolni odnošaj bez pristanka počinjen prema osobi s invaliditetom svrstava među teška kaznena djela protiv spolne slobode (čl. 154. st. 1.). Dvojbe ipak izaziva čudna opaska predlagatelja Zakona, prema kojoj je spolni odnošaj s nemoćnom osobom iz čl. 189. KZ/97 djelomično (!) pokriven spolnim odnošajem bez pristanka iz čl. 152. KZ (v. Vlada Republike Hrvatske, Konačni prijedlog Kaznenog zakona, listopad 2011., str. 126.). To bi značilo da su određeni slučajevi spolnih odnošaja s nemoćnim osobama dekriminalizirani ili podvedeni pod neka druga kaznena djela. Međutim, ni jedan ni drugi zaključak nemaju uporišta u zakonskom tekstu.

¹²⁰ Stone Lombardi, K., Rape and the Mentally Retarded, The New York Times, 25. srpnja 1993. O problematici spolne autonomije nedovoljno duševno razvijenih osoba i potreba za

Iz navedenih je razloga normativnu konstrukciju koja govori o sposobnosti izražavanja odbijanja potrebno zamijeniti konstrukcijom koja se temelji na sposobnosti shvaćanja značenja spolnog čina, tj. sposobnosti odlučivanja o stupanju u spolni odnošaj (ili s njime izjednačenu radnju). Na koji bi se način takva zakonska izmjena provela, stvar je legislativne tehnike. Švicarski Kazneni zakonik (čl. 191.) u ovom kontekstu govori o nesposobnosti za rasuđivanje (*Urteilsunfähigkeit*), dok austrijski zakonodavac u § 205 Kaznenog zakonika spominje nesposobnost shvatiti značenje događaja (misli se na spolni čin, *op. a.*) ili se ponašati u skladu s tim shvaćanjem (*Unfähigkeit die Bedeutung des Vorgangs einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln*). Naš prijedlog *de lege ferenda*, koji se temelji na navedenim dvama komparativnim uzorima, iznesen je u zaključnom dijelu rada.

4.6.5. Spolni odnošaj nad osobom kojoj je protupravno oduzeta sloboda

Posljednji od primjerično navedenih slučajeva spolnog odnošaja bez pristanka jest spolni odnošaj nad osobom kojoj je protupravno oduzeta sloboda. Taj oblik spolnog odnošaja bez pristanka teško je *de lege lata* razgraničiti od silovanja. Naime, protupravno oduzimanje slobode radi spolnog odnošaja predstavlja silu, što znači da je takav spolni odnošaj silovanje, a ne „obični“ spolni odnošaj bez pristanka. To proizlazi i iz sudske prakse, u kojoj se navodi da se vožnja osobe u automobilu protiv njezine volje na osamljeno mjesto radi izvršenja spolnog odnošaja smatra primjenom sile u smislu obilježja silovanja.¹²¹ Stav je sudske prakse da se o primjeni sile radilo i u slučajevima u kojima je žrtva protiv svoje volje odvedena na osamljeno mjesto uz obalu rijeke, osamljeno i mračno mjesto uz cestu, pa i u prostor stubišta zgrade u kasnim noćnim satima.¹²²

Ima li se u vidu da oduzimanje slobode radi ostvarenja spolnog odnošaja treba smatrati silom, postavlja se pitanje koje se situacije mogu podvesti pod ovaj oblik spolnog odnošaja bez pristanka. Ono što se ne može podvesti pod silovanje, ali može pod spolni odnošaj bez pristanka nad osobom kojoj je oduzeta sloboda, jesu krajnje iznimni slučajevi u kojima počinitelj stupi u spolni odnošaj s osobom kojoj je netko drugi, potpuno neovisno o počinitelju,

njihovom kaznenopravnom zaštitom vidi u: Emens, E. F., *Intimate Discrimination: The State's Role in the Accidents of Sex and Love*, Harvard Law Review, vol. 122, br. 5, 2009., str. 1307.-1402.

¹²¹ VSRH, I Kž-108/1991. Više o presudi v. Novoselec, P., *Sudska praksa*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2/1996, str. 935.-943., str. 935.

¹²² VSRH, I Kž 103/1996-3; VSRH, I Kž 424/1998-5; VSRH, I Kž-249/1999-6; ŽS u Splitu, K-16/2012 od 3. travnja 2014.

protupravno oduzeo slobodu. Međutim, navedena situacija pripada široj kategoriji spolnih odnošaja iskorištavanjem stanja zbog kojeg žrtva nije sposobna na otpor. Sve moguće činjenične konstelacije takvih spolnih odnošaja bile su u potpunosti pokrivene kaznenim djelom spolnog odnošaja s nemoćnom osobom iz KZ/97, pa bi i zbog tog razloga bilo mnogo bolje kada bi zakonodavac *de lege ferenda* izričito naveo i iskorištavanje stanja osobe zbog kojeg ona nije sposobna za otpor kao primjerično navedeni spolni odnošaj bez pristanka i time otklonio sve moguće dvojbe.

S obzirom na navedeno, postavlja se pitanje što je točno zakonodavac htio postići propisivanjem spolnog odnošaja nad osobom kojoj je protupravno oduzeta sloboda kao zasebnog oblika spolnog odnošaja bez pristanka. U obrazloženju Konačnog prijedloga, kao ni u analiziranoj literaturi, o tome nema riječi. Legitimno je upitati se nije li ovdje zakonodavac, u svojem nastojanju da zaštiti sve moguće kategorije žrtava, *de facto* spustio prag te iste zaštite, jer je *de lege lata* upitno hoće li sudska praksa oduzimanje slobode i dalje smatrati pojavnim oblikom sile, tj. obilježjem silovanja, ili će nedobrovoljni spolni odnosi praćeni protupravnim oduzimanjem slobode biti degradirani na razinu spolnog odnošaja bez pristanka.

5. SPOLNI ODNOŠAJ BEZ PRISTANKA I SILOVANJE *DE LEGE FERENDA*

Oblikovati hrvatsko seksualno kazneno pravo na način koji će kriminalno-političkom uravnoteženošću i jasnoćom izričaja izbjeći nelogičnosti i dvojbe do kojih dolazi *de lege lata* nije jednostavno. S obzirom na to da je temeljiti preustroj seksualnog kaznenog zakonodavstva *fait accompli*, iz današnje je perspektive uzaludno postavljati pitanje je li ovako opsežna reforma seksualnih delikata uopće bila potrebna ili je ona rezultat dobronamjernog, ali katkad brzopletog i nedomišljenog aktivizma. Činjenicu da je reforma provedena nemoguće je zanemarivati; ono što preostaje jest predložiti izmjene postojećeg zakonskog teksta. Na temelju dosad iznesenog, autori ovog rada sugeriraju sljedeće izmjene čl. 152. i 153. Kaznenog zakona:

(1) U čl. 152. st. 1. predlaže se brisati riječi „ili navede drugu osobu da bez svog pristanka s trećom osobom izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju ili da bez svog pristanka nad samom sobom izvrši sa spolnim odnošajem izjednačenu spolnu radnju“. Sve te radnje – kako pokazuju i teorija i praksa – obuhvaćene su institutima supočiniteljstva, posrednog počiniteljstva i sudioništva (v. *supra*, 4. 2.).

(2) Predlaže se brisati čl. 152. st. 2. Ta je odredba nepotrebna iznimka od odredaba koje reguliraju zablude u općem dijelu kaznenog prava, čime se –

bez nekog vidljivog kriminalnopolitičkog razloga – dovodi u pitanje koherentnost hrvatskog kaznenog zakonodavstva (v. *supra*, 4. 3.).

(3) Predlaže se brisanje suvišne definicije pristanka u prvoj rečenici čl. 152. st. 3. (v. *supra*, 4. 4.).

(4) U drugoj rečenici čl. 152. st. 3. predlaže se brisanje sintagme „smatra se da“. Na taj se način povećava razumljivost zakonskog teksta i anuliraju štetna tumačenja prema kojima se teret dokazivanja postojanja pristanka prebacuje na okrivljenika (v. *supra*, 4. 5.).

(5) U čl. 152. st. 3. predlaže se brisanje riječi „prijevare“. Kriminalizacija „prijevarnih“ spolnih odnosa atavizam je iz prijašnjih pravnopovijesnih razdoblja (v. *supra*, 4. 6. 2.).

(6) U čl. 152. st. 3. predlaže se brisati riječi „zlouporabom položaja prema osobi koja se prema počinitelju nalazi u odnosu zavisnosti“. Naime, žrtva u slučajevima zlouporabe položaja pristaje na spolni odnošaj, ali je njezin pristanak rezultat položaja zavisnosti. Budući da je logički nemoguća konstrukcija spolnog odnošaja bez pristanka uz pristanak žrtve, spolni odnošaj zlouporabom položaja potrebno je ili izdvojiti kao samostalno kazneno djelo po uzoru na istoimeno kazneno djelo iz čl. 191. st. 1. KZ/97 ili to ponašanje dekriminlizirati (v. *supra*, 4. 6. 3.).

(7) U čl. 152. st. 3. predlaže se riječi „izraziti svoje odbijanje“ zamijeniti riječima „shvatiti značenje spolnog čina“. Naime, za pristanak nije bitno je li žrtva sposobna izraziti svoju odluku, već je li ju je uopće sposobna donijeti. *De lege lata* rješenje štiti samo osobe koje nisu sposobne izraziti svoju već formiranu odluku da ne stupe u spolni odnos, ali ne i osobe koje ne razumiju karakter spolnog čina (v. *supra*, 4. 6. 4.).

(8) U čl. 152. st. 3. predlaže se nakon sintagme „iskorištavanjem stanja osobe zbog kojeg ona nije bila sposobna izraziti svoje odbijanje“ (tj. „shvatiti značenje spolnog čina“) dodati riječi „ili pružiti otpor“. *Ratio* prijedloga je u tome da se kaznenim djelom spolnog odnošaja bez pristanka obuhvate i situacije u kojima se osoba protivi spolnom odnošaju, ali ne može pružiti otpor (npr. osobe s težim oblicima invaliditeta) (v. *supra*, 4. 6. 4.).

(9) U čl. 152. st. 3. predlaže se brisati riječi „ili nad osobom kojoj je protupravno oduzeta sloboda“. Oduzimanje slobode predstavlja primjenu sile, pa stoga počinitelj koji oduzimanjem slobode prisili žrtvu na spolni odnošaj čini silovanje, a ne spolni odnošaj bez pristanka. S druge strane, počinitelj koji (u slučaju da i sam nije supočinitelj silovanja) iskorištava činjenicu da je žrtvi oduzeta sloboda od strane treće osobe čini spolni odnošaj bez pristanka iskorištavanjem stanja osobe zbog kojeg ona nije sposobna za otpor (v. *supra*, 4. 6. 5.).

(10) Iz razloga navedenih u točki (2), predlaže se brisati čl. 153. st. 2.

Prihvaćanjem predloženih zakonskih izmjena, kaznena djela spolnog odnošaja i pristanka glasila bi:

Spolni odnošaj bez pristanka (čl. 152.)

(1) Tko s drugom osobom bez njezinog pristanka izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

(2) Brisan.

(3) Pristanka nema osobito ako je spolni odnošaj ili s njime izjednačena spolna radnja izvršena uz uporabu prijetnje ili iskorištavanjem stanja osobe zbog kojeg ona nije bila sposobna shvatiti značenje spolnog čina ili pružiti otpor.

Silovanje (čl. 153.)

(1) Tko djelo iz članka 152. stavka 1. ovoga Zakona počini uporabom sile, oduzimanjem osobne slobode ili uporabom prijetnje da će izravno napasti na život ili tijelo silovane ili druge osobe, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do deset godina.

(2) Brisan.

Summary

NON-CONSENSUAL SEXUAL INTERCOURSE AND RAPE: THEORETICAL AND PRACTICAL ISSUES

With its entry into force, the new 2011 Criminal Code has adopted voluntarist conceptions of sexual freedoms, and, consequently, sexual offences have been substantially amended. The new legislative changes have been the cause of much perplexity to both theoreticians and practitioners. According to ongoing discussions, there is high probability that the greatest controversy surrounds non-consensual sexual intercourse and rape. In order to eliminate controversy and recent issues emerging in the interpretations of these two criminal offences, an attempt is made in this paper to detect and reveal the legislator's specific motive behind enacting the new legislative solutions. The tendencies of the previous reforms of sexual offences, with an emphasis on rape, are concisely presented. After a brief analysis of the criminal law solutions adopted in Germany, Austria, Switzerland, Slovenia and the United Kingdom in a comparative perspective, the main part of the article provides a detailed analysis of non-consensual intercourse and rape from *de lege lata* aspects. The most recent relevant Croatian case law is also put into context. Based on the analysis, in the final part of the article amendments *de lege ferenda* are proposed.