

Milan Škulić*

Ustavni sud Republike Srbije i
Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

KRIVIČNO DELO SILOVANJA U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE – AKTUELNE IZMENE, NEKA SPORNA PITANJA I MOGUĆE BUDUĆE MODIFIKACIJE

Apstrakt: U radu se objašnjavaju bitne karakteristike silovanja kao osnovnog krivičnog dela protiv polne slobode. Autor se osvrće na istorijski razvoj inkriminacije silovanja, kako uopšte, tako i u srpskom krivičnom zakonodavstvu, odnosno nekadašnjem jugoslovenskom krivičnom pravu. Rad sadrži odgovarajuća opšta razmatranja o krivičnom delu silovanja, te klasičnu normativno-dogmatsku analizu svih bitnih obeležja krivičnog dela silovanja. U radu se analizira i novi oblik silovanja, koji je svojevremeno bio propisan u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, od kojeg je u međuvremenu, zakonodavac odustao a koji bi postojao kada se obljuba ili sa obljubom izjednačen čin, realizuje bez prinude, ali protivno striktno izraženoj volji pasivnog subjekta, što u praksi može biti skopčano sa ozbiljnim dokaznim problemima. U radu se iznose i određeni primeri koji ukazuju da je naša praksa i inače, u nekim situacijama prihvatala odgovarajuće relativno „fleksibilno“ tumačenje postojanja prinude, što autor označava kao primer tzv. latentne prinude na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin.

Cljučne reči: silovanje, nedobrovoljan seksualni odnos, prinuda, obljuba, sa obljubom izjednačeni čin, Krivični zakonik.

UVODNA RAZMATRANJA O OSNOVNIM RAZLOZIMA ZA NOVELE U SFERI KRIVIČNIH DELA PROTIV POLNE SLOBODE

Smatra se da je „dugo vremena, centralno pitanje kod krivičnih dela protiv polne slobode (za koja se obično koristi i termin seksualni delikti), bilo kako ih zakonom regulisati, odnosno gde postaviti granicu između dozvoljenog i kriminalnog.“¹ Ovaj problem je očigledno veoma aktuelan i u odnosu na krivično zakonodavstvo Srbije, koje već niz poslednjih godina i inače ispoljava izrazitu „dinamičnost“, za šta ipak nema uvek potpunog opravdanja, iako inače, načelno nije sporno da se krivično zakonodavstvo, radi prilagođavanja važnim društvenim promenama, potrebi

* Sudija Ustavnog suda i redovni profesor, skulic@ius.bg.ac.rs

1 Z. Stojanović /2009/: *Krivično pravo*, CID, Podgorica, p. 442.

reagovanja na nove oblike kriminaliteta s njima povezanih i sl., mora s vremena na vreme, a nekada i relativno često, modifikovati, u određenoj meri. Veliki broj „novih“ odredbi sadržanih u novelama Krivičnog zakonika, odnosi se na neka potpuno nova krivična dela u sferi zaštite polne slobode, poput polnog uznemiravanja, kao i još neka krivična dela suštinski povezana sa krivičnim delima protiv polne slobode, koja su naravno, proistekla iz dejstva Istanbulske konvencije, gde spadaju sakaćenje ženskog polnog organa i prinudno zaključenje braka. U našoj krivičnopravnoj teoriji, se načelno i inače, ističe da bi bilo suvišno nabrajati sve one inkriminacije u pojedinim zakonodavstvima koje bi se mogle svrstati u inkriminacije u sferi seksualnih odnosa, jer su njima obuhvaćena kako ponašanja društveno opasna u veoma malom stepenu, ili koja to uopšte nisu, tako i ona ponašanja koja izuzetno teško pogađaju pojedince i društvo, pa tako na primer, D.J. West, kao i mnogi drugi američki autori „ističu da inkriminisana seksualna ponašanja variraju“ počev od „gledanja kroz prozor žene koja se svlači, pa sve do ubistva kao posledice seksualnog nasilja.“² Samo silovanje može biti i oblik izvršenja nekih drugih krivičnih dela, poput zločina protiv čovečnosti, kada do silovanja dođe u okviru „šireg ili sistematskog napada usmerenog protiv bilo kog civilnog stanovništva“.³

U Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, pa i kasnije u samom Predlogu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, bio je propisan i jedan sasvim novi i za našu praksu, a donekle i krivičnopravnu nauku, prilično neuobičajeni oblik silovanja, a to je – *obljuba ili sa obljubom izjednačen čin protiv volje pasivnog subjekta, ali bez primenjene prinude*.

Ovaj oblik silovanja je trebalo da bude propisan u članu 178. stav 2. Krivičnog zakonika, koji je trebalo da bude izmenjen u cilju usklađivanja sa Istanbulskom konvencijom,⁴ čime bi bilo propisano krivično delo silovanje u bitno redefinisanoj

2 Z. Stojanović /1981/: *Kriterijum određivanja inkriminacija – uopšte i u sferi seksualnih odnosa*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Ljubljani, Ljubljana, p. 146.

3 Z. Stojanović /2017/: *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, Beograd, p. 108.

4 I inače je poslednjih decenija veoma upadljiv uticaj određenih međunarodnih izvora prava na sferu seksualnosti i slične oblasti, naročito u pogledu posebne i intenzivnije zaštite dece i žena, gde nekada, iako načelno nije sporno da te kategorije stanovništva/građana, iz lako razumljivih razloga treba pojačano krivičnopravno štiti, što je posebno važno kada se radi o deci i maloletnim licima uopšte, dolazi i do nekih ozbiljnih neusaglašenosti, pa i nelogičnosti u okvirima domaćeg krivičnog prava sistema. U Srbiji je to posebno upadljivo kod krivičnog dela tzv. dečije pornografije (član 185. KZ), gde je u izvornom zakonskom tekstu, pasivni subjekt krivičnog dela prikazivanja, pribavljanja i posedovanja pornografskog materijala i iskorišćavanja maloletnog lica za pornografiju, bilo dete (osoba koja još nije navršila 14 godina života), a onda je naknadnim izmenama Krivičnog zakonika, radi usaglašavanja sa bezrezervno prihvaćenim međunarodnim obavezama, pasivni subjekt ovog krivičnog dela, definisan kao maloletnik (lice koje još nema navršenih 18 godina života), što je pomalo čudno u srpskom krivičnom pravnom sistemu, ne samo zbog korišćenja termina „maloletnik“, umesto „maloletno lice“, što bi bilo daleko više u skladu sa našom krivičnopravnom terminologijom, već i iz drugih suštinskih i načelnih razloga.

Tako se na primer, u srpskom krivičnom zakonodavstvu još uvek (isto kao što je to i u Nemačkoj i u mnogim drugim evropskim državama), dobrovoljan seksualni odnos inkriminiše kao krivično delo, samo kada se radi o takvom odnosu (obljuba ili sa njom izjednačen čin), sa licem koje još nema navršenih 14 godina života, tj. samo ako je u pitanju dete (član 180. KZ – krivično delo obljuje sa detetom), što se, potom u kontekstu „upoređivanja“ te inkriminacije sa nekim drugim krivičnim delima čiji je pasivni subjekt maloletno lice, svodi na izrazitu nelogičnost. Naime, kada

vidu (član 10. Nacrta zakona), a od čega se u međuvremenu odustalo, što naravno, ne znači da u nekom predstojećem periodu naš zakonodavac neće ipak i na ovaj način dodatno modifikovati sadašnju inkriminaciju silovanja.⁵

Pored toga, u pravno-tehničkom smislu je i normativna konstrukcija ovog oblika silovanja, bitno drugačija u odnosu na klasično silovanje, jer se ovde više ne radi (kao kod tipičnog silovanja), o odgovarajućem „spoju“ obljuje ili sa obljubom izjednačenog čina sa prinudom, što se svodi na prinudnu obljubu ili sa njom izjednačen čin, već je kod ovog oblika silovanja dovoljno da ne postoji adekvatan pristanak pasivnog subjekta na obljubu ili sa njom izjednačen čin.

Tako bi prema novoj odredbi (član 178. stav 2 KZ-a), koja je bila propisana Nacrtom Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, bio propisan oblik silovanja koji bi postojao kada učinilac nad drugim izvrši obljubu ili sa njom izjednačen čin i pored jasno izraženog protivljenja, a pod uslovom da time nisu ostvarena obeležja „klasičnog silovanja“, kao dela koje se sastoji u prinudi pasivnog subjekta na obljubu ili sa njom izjednačen čin, upotrebom sile ili pretnjom da će se neposredno napasti na život ili telo tog ili njemu bliskog lica tj. dela koje je propisano u članu 178. stav 1. Krivičnog zakonika. Za novi oblik silovanja je bila predviđena kazna zatvora od šest meseci do pet godina.

Osim formalnog razloga da odredbe Istanbulske konvencije zahtevaju značajno redefinisane silovanja ili uvođenje posebnog krivičnog dela (obljuba ili sa njom izjednačen čin bez pristanka žrtve), osnovni *ratio legis* nove definicije silovanja, odnosno uvođenja jednog posebnog oblika ovog krivičnog dela, u sferi nekih mogućih praktičnih problema, koji su čini nam se, ipak prilično retki i uglavnom, teško zamislivi, a da to zvuči iole realno.

Naime, i u obrazloženju Nacrta Zakona o izmenama i dopunama konstatuje se da „postojeće rešenje kod ovog krivičnog dela ne može da se primeni na sve slučajeve u kojima je izostao pristanak, odnosno onda kada nema konsensualnog seksualnog odnosa.“ Druga je stvar naravno, što će u praksi biti veoma teško do-

imamo u vidu novo zakonsko rešenje iz člana 185. KZ-a Srbije, dolazi do apsurdne situacije, jer iz ovoga proizlazi da je veći „greh“ posedovanje pornografskog sadržaja koji se odnosi na maloletno lice, koje je već navršilo 14 godina života, te se stoga, ne radi o detetu u krivičnopravnom smislu, nego sa tim istim maloletnim licem ostvariti dobrovoljan seksualni odnos. Više uopšte o problematici dečije pornografije i uticaju međunarodnih izvora prava u: I. Vuković /2015/: Dečja pornografija i krivično pravo – međunarodni ugovori i član 185 Krivičnog zakonika – u: zbornik *Međunarodna krivična dela*, Udruženje za međunarodno krivično pravo i „Intermex“ Tara, pp. 513–528.

- 5 Zmenjeni stav 2. člana 178. Krivičnog zakonika, bi kao što je to svojevremeno bilo propisano u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, inkriminisao obljubu bez pristanka kao poseban oblik silovanja, mada je u pravnotehničkom smislu bilo moguće, a možda i adekvatnije, da se formuliše posebno krivično delo ove vrste, tim pre što je ovaj oblik silovanja prema rešenju iz Nacrta bio zaprečen blažom kaznom u odnosu na osnovni oblik silovanja.

Drugo, a u striktno pravno-tehničkom smislu, čini se adekvatnije rešenje, bi bilo i da takva „nedobrovoljna obljuba“ bude *osnovni oblik silovanja*, a da jedan od *težih oblika* ovog krivičnog dela, postoji ako je do obljuje došlo zahvaljujući prinudi, tj. silom ili kvalifikovanom pretnjom. S druge strane, ovakvo rešenje bi se u terminološkom smislu, a možda i suštinski, kosilo i sa samim pojmom silovanje, u čijem korenu je naravno, reč *sila*, iz čega proizlazi da silovanje u nekom svom osnovnom kriminološko-fenomenološkom smislu, spadau „delikte sa elementima nasilja.“

kazati da je došlo do obljube ili sa njom izjednačenog čina protivno jasno izraženoj volji pasivnog subjekta, odnosno da se ne radi o „konsensualnom odnosu“ (tada bi se nekada eventualno moglo raspravljati i o postojanju (ne)skrivljene, odnosno (ne) otklonjive stvarne zablude ali bez ikakve relevantne prinude. Bez jasnog obrazloženja, od predviđenog novog oblika silovanja se „u finišu“ usvajanja novela Krivičnog zakonika Srbija, ipak odustalo⁶, što u kontekstu očekivanih dokaznih teškoća, ali i s obzirom na već postojeću praksu, suštinski može imati smisla, mada ostaje činjenica da odredbe Istanbulske konvencije, formalno zahtevaju da u našem krivičnim zakonodavstvu, postoje i takve odredbe, odnosno takva „varijanta“ krivičnog dela silovanja. Svakako treba očekivati da u nekom narednom periodu, Krivični zakonik Srbije bude „obogaćen“ i za takvu novu inkriminaciju, odnosno novu varijantu silovanja, bilo u pravno-tehničkom smislu kao posebno krivično delo (nedobrovoljna obljuba ili obljuba protivno volji pasivnog subjekta), bilo kao poseban oblik već postojeće inkriminacije silovanja.

Izmene koje se odnose na krivična dela protiv polne slobode, ali i u pogledu drugih zaštićenih objekata (objekata zaštite), kao kada je reč o proganjanju, utemeljene su na odredbama Istanbulske konvencije, kao multilateralno potvrđenog međunarodnog ugovora, što formalno obavezuje Srbiju, pa su stoga, u Krivični zakonik Srbije, između ostalog, uvedena i sledeća potpuno nova dela: 1) sakaćenje ženskog polnog organa (član 121a KZ); 2) polno uznemiravanje (član 182a KZ) i 3) prinudno zaključenje braka (član 187a KZ).

1. OPŠTA RAZMATRANJA O KRIVIČNOM DELU SILOVANJA

Prilikom definisanja silovanja u savremenom krivičnom pravu uočavaju se primarno dva osnovna pristupa:

- 1) *tradicionalni pristup* silovanju, prilikom koga se silovanje uobičajeno definiše kao „obljuba žene na silu i protiv njene volje“ i
- 2) *relativno novi(ji) pristup* zasnovan na „promenjenim kulturološkim stavovima u odnosu na seksualnost“, a koji je karakterističan za poslednjih nekoliko decenija 20. veka i čija su osnovna obeležja:
 1. upotreba rodno-neutralnih, odnosno rodno-univerzalnih termina, kako u odnosu na učinioca, tako i u pogledu pasivnog subjekta, odnosno žrtve (govori se o licu, a ne o muškarcu ili ženi);
 2. izbegavanje ili „relativizovanje“ termina „obljuba“, umesto koga se u nekim krivičnim zakonodavstvima koriste izrazi veoma širokog zna-

6 Prema nekim objašnjenjima, Republičko javno tužilaštvo se protivilo uvođenju novog oblika silovanja, smatrajući da bi to u kontekstu postojeće sudske prakse, u stvari, vodilo do ublažavanja kaznene politike u odnosu na ovo krivično delo, jer bi sudovi bili skloni da u dilemi (koja je očigledno problem u praksi), u odnosu na (ne)primenjenu prinudu u pogledu obljube ili sa obljubom izjednačenog čina, bili skloni(ji), rezonovanju da prinude nije bilo, odnosno da se ona ne može efektivno dokazati, ali da nije bilo ni saglasnosti pasivnog subjekta, što bi se svelo na lakši oblik silovanja, koji je bio propisan Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (član 178. stav 2. KZ).

čenja, a pre svega termin „seksualni odnos“, koji se ne ograničava samo na „prodiranje penisa u vaginu“, odnosno drugu vrstu penetracije muškog polnog organa, kao i uvođenje odgovarajućih alternativno propisanih radnji izvršenja silovanja, poput prinudne obljube ili prinudnog sa obljubom izjednačenog čina, kao što je to na primer, učinjeno u KZ-u Srbije, a slično je na primer i u KZ-u Austrije; te

3. termin seksualni odnos se u nekim krivičnim zakonodavstvima dodatno određuje atributom „protivpravni“, kojem se takođe nekada pripisuje i veoma široko značenje, te se i na takav način pojam protivpravni seksualni odnos izrazito proširuje.⁷

Ovaj veoma širok pristup definisanju silovanja je u velikoj meri posledica znatno povećanog društvenog angažmana žena u drugoj polovini 20. veka, a posebno organizovanih napora raznih ženskih pokreta, pre svega u zemljama „zapada“, a posebno u SAD, gde se još osamdesetih godina zaključuje da „zločin silovanja postaje krivično delo o kome se u toj državi najviše diskutuje“.⁸ Nesporno je da je i u tom pogledu bio izuzetno snažan i značaj uticaj nekih feminističkih pokreta u SAD, a onda potom i širom sveta.⁹ Ipak, neki američki autori skloniji tradicionalnom krivičnompravnom rezonovanju, zaključuju da se u „novim zakonima“ prilikom definisanja silovanja upotrebljava „frazá“ *seksualni odnos* tj. „polno opštenje“ (*sexual intercourse*), čime se zamenjuje ranije veoma uobičajeni jezički izraz, koji se odnosio

7 R. J. Bonnie, A. M. Coughlin, J. C. Jefries, Jr., STR.W.Low /1997/: *Criminal Law*, The Foundation Press, Westbury, New York, 1997, pp. 270–271.

8 J. N. Gilbert /1980/: *Criminal Investigation*, Charles E. Merrill Publishing Company – A Bell & Howell Company, Columbus, Toronto, London, Sydney, p. 256.

9 Smatra se da je u tom pogledu, tj. u odnosu na promenu dominante svesti u SAD, a potom i širom sveta u odnosu na *osnovni sadržaj silovanja, uloge učinioca i žrtve*, ali i suštinsku *etiologiju* ovog krivičnog dela, ključna bila jedna danas već čuvena, pa čak i legendarna knjiga *Susan Brownmiller*, društveno veoma angažovane američke novinarkе i jedne od najistaknutijih feministkinja 20. veka, čija shvatanja, iako ona nije „školovani kriminolog“, danas predstavljaju obavezno „kriminološko štivo“, kada se radi o kriminološkom, posebno viktinološkom, a donekle i krivičnompravnom pogledu na seksualne delikte.

Ključna teza *Susan Brownmiller* u odnosu na silovanje, izražena je u njenoj veoma poznatoj knjizi „Protiv naše volje, muškarci, žene i silovanje“ (*Against our Will, Men, Women and Rape*). Ova knjiga je potom često doživljalo i sumarne verzije pod naslovom „Ne protiv naše volje“ (*No against our Will*), te brzo postaje i svojevrsni *feministički manifest*, ali konačno, što je posebno očigledno u promenama u odnosu na definiciju silovanja u mnogim nacionalnim krivičnompravnim sistemima pod uticajem Istanbulske konvencije dobija i svoj neposredan *krivičnompravni ishod*. Ta ključna teza *Susan Brownmiller* se svodi na striktan stav da se kod silovanja uopšte primarno ne radi o „seksualnom činu“, već je pre svega osnovni sadržaj silovanja (*fenomenološka komponenta*), ali i dominantni impuls za vršenje ovog krivičnog dela (*etiološka komponenta*) – zadobijanje i pokazivanje moći, pre svega „muškarca u odnosu na ženu“, te čak „držanje žena u vekovnoj potčinjenosti u odnosu na muškarce“ (što je naravno jedna izrazito dalekosežna i veoma radikalna feministička koncepcija), u čemu se ogleda i vrlo značajna *viktinološka komponenta* silovanja, ali i inače, seksualnih delikata. Takođe, ovde treba imati u vidu da pri tom, *Susan Brownmiller* i „homoseksualnu varijantu silovanja“, tj. silovanje muškarca, takođe tretira kao manifestaciju moći nekih muškaraca u odnosu na druge muškarce, tako da ona prinudne homoseksualne odnose ne posmatra kao prinudnu seksualnu aktivnost, već kao svojevrsni „čin moći“ ili „dokaz moći“ jednih muškaraca (učinioci) u odnosu na druge muškarce (žrtve). Više o tome: S. Brownmiller /1994/: *Gegen unseren Willen – Wergewaltigung und Männerherrschaft*, Fischer Verlag“, Frankfurt am Mein, pp. 16–17.

na „prinudnu obljubu“, ali pri tom, neki od tih autora zaključuju da između tih termina i nema suštinske razlike, jer se penetracija zahteva u oba slučaja,¹⁰ mada inače, saučesnik u silovanju može biti „oglašen krivim“ i bez dokazivanja penetracije.¹¹

Inače, u savremenoj američkoj teoriji, a naročito onoj koja je kriminološki orijentisana, a posebno pod uticajem određenih feminističkih shvatanja, vrlo je dominantan stav, da čak ni svrstavanje silovanja u seksualne delikte, načelno nije dobro i adekvatno, jer „mada silovanje jeste seksualno krivično delo, ono je i mnogo više od toga, ona pripada zločinu nasilja i manifestovanju moći“.¹² Čini se da je ovo shvatanje, naročito u pogledu razmatranja etiološke komponente silovanja, odnosno seksualni delikata uopšte,¹³ kao i bez obzira što inače, nije sporno da kod silovanja agresija predstavlja veoma upadljivu i čak često dominantnu fenomenološku karakteristiku, ipak u terminološkom pogledu suviše jednostrano, iako inače, agresivni karakter silovanja nije sporan, već je po pravilu, jedna od njegovih osnovnih fenomenoloških osobnosti.¹⁴

2. SUMARNI OSVRT NA ISTORIJSKI RAZVOJ INKRIMINACIJE SILOVANJA UOPŠTE I U JUGOSLOVENSKOM/SRPSKOM KRIVIČNOM PRAVU

Sam čin silovanja se na veoma različit način doživljavao od najranijih vremena, pa do savremene epohe, što bi se u kratkim crtama moglo svesti na sledeći sumarni hronološki prikaz:¹⁵

Kod različitih *primitivnih naroda* silovanje se kažnjavalo samo kao akt koji je smanjio prodajnu vrednost devojke.

U *srednjem veku* se silovanjem prvenstveno napadala čast žene koja nije primarno pripadala njoj, već njenoj porodici, a osnovni uslov za kažnjavanje silovatelja je bio nevinost žrtve, tako da silovanje žene bez stalnog boravišta, kao i onih koje su bile na lošem glasu, nije bilo kažnjivo, a od silovane žene se zahtevalo da se odmah nakon događaja, raščupane kose i pocepane odeće, požali prvoj osobi koju sretno.

10 Kao dokazi postojanja penetracije kod silovanja u jednom konkretnom slučaju iz američke krivičnopravne prakse, koji navodi citirani autor (*In Com. v. Coderre*, 360 Mass. 869, 277 H.E.2g 677 (1971)), tretirano je sledeće: 1) Žrtva je svedočila da je imala „odnos“ sa okrivljenim koji joj je pretio nožem; 2) jedan svedok očevidac je svedočio da je okrivljeni bio na žrtvi; 3) drugi svedok očevidac je izjavio da je video okrivljenog koji ima odnose sa žrtvom; 4) vaginalnim ispitivanjem u kratkom vremenu nakon izvršenog dela, utvrđeno je postojanje spermatozoida.

11 J. R. Nolan /1976/: *Criminal Law*, West Publishing CO, St. Paul, Minn, pp. 102–103.

12 F. Adler, O. W. Mueller and W. S. Laufer /1991/: *Criminal Law*, McGraw-Hill, New York, St. Louis etc., p. 239.

13 Više o tome: N. Lukić /2013/: Etiologija seksualnog kriminaliteta i recidivizma njegovih učinilaca – u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, Deo 3, (Đ. Ignjatović, ed.) Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, pp. 280–294.

14 Tako se na primer, u američkoj krivičnopravnoj, ali pre svega, kriminološkoj literaturi, koja inače tradicionalno poklanja mnogo pažnje seksualnim deliktima, ističe: „Zločin koji najviše plaši žene je silovanje (*forcible rape*), a to delo u mnogim slučajevima podrazumeva torturu, kao i teške povrede žrtve.“ S. T. Reid /2000/: *Crime and Criminology*, Ninth Edition, Mc Graw Hill, Boston, New York etc., p. 194.

15 Ž. Aleksić i M. Škulić /2016/: *Kriminalistika*, deveto izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, p. 283. Ипема: L. Vier i dr. /1985/: Izmišljeno silovanje, *Izbor*, br. 2–3/85, p. 229.

U doba *prosvetiteljstva* se vrlo ozbiljno sumnjalo u mogućnost da uopšte dođe do silovanja, ukoliko je žena pružila otpor, a akt silovanja se, shodno tome, kažnjavao jedino ako je u njemu učestvovalo više lica, ili ukoliko se žrtvi pretilo oružjem, odnosno ako je bila vezana.

Tek je u *XIX veku* eliminisan faktor nevinosti žrtve kao bitan momenat, tako da žrtva više nije morala biti isključivo devojka, udata žena ili udovica, odnosno ugledna žena, pa je stoga momenat diskriminacije žrtve potisnut u zadnji plan u odnosu na nasilno prodiranje u sferu tuđe volje.

U *savremenim društvima* i njihovim krivično-pravnim sistemima, žrtvom silovanja se smatra svaka žena prema kojoj je upotrebljeno nasilje te vrste, bez obzira na nevinost u polnom smislu, ili prethodno već stečeno seksualno iskustvo, dob i način života.

Pored toga, u *relativno novije vreme* inkriminacija silovanja u savremenim krivičnopravnim sistemima obuhvata i druge polne radnje, koje se izjednačuju sa obljubom (poput radnji koje su kod nas nekada bile radnje izvršenja, ranije postojećeg krivičnog dela – protivprirodnog bluda), te silovanje u većini varijanti (što se u izvesnoj meri razlikuje i u nacionalnim krivičnopravnim sistemima, koji prihvataju širi pojam silovanja), može postojati nezavisno od pola žrtve, tj. pasivnog subjekta silovanja, kao i pola učinioca ovog krivičnog dela.

Krivično delo silovanja je u nekadašnjem jugoslovenskom krivičnom pravu bilo definisano na klasičan i „tradicionalan“ način, kao *prinudna obljuba* koju muškarac vrši prema ženi sa kojom nije u bračnoj zajednici.¹⁶ To se ogledalo i u nekadašnjem članu 103. KZS, u okviru kojeg je silovanje sadržavalo sve bitne elemente ovog krivičnog dela, odavno manje-više uobičajene kod „tradicionalnog“ zakonskog opisa silovanja.

U našoj krivičnopravnoj teoriji je i dugo pre suštinskih promena u pogledu normativne konstrukcije krivičnog dela silovanja, ukazivano na mogućnost i potrebu ozbiljnijih izmena u pogledu ovog krivičnog dela.¹⁷ Prvu značajnu novinu u Srbiji, u pogledu bitnih modifikacija inkriminacije silovanja je uneo ZID KZ/02 proširujući ovo krivično delo i na silovanje žene sa kojom učinilac ne živi u bračnoj zajednici.¹⁸

Radikalna promena zakonske definicije silovanja stupa na scenu sa novim Krivičnim zakonikom Srbije iz 2005. godine,¹⁹ čija je primena započela 2006. godine.

16 U krivičnopravnoj teoriji se i tada (a to je bilo prihvaćeno i u sudskoj praksi), isticalo da bračnu zajednicu treba razlikovati od braka, što znači da je i u vreme važenja takve inkriminacije, bilo moguće da učinilac izvrši silovanje „i prema ženskom licu sa kojim se formalno nalazi u braku – pod uslovom da sa tim licem ne živi u bračnoj zajednici.“ Prema: D. Atanacković /1981/: *Krivično pravo – posebni deo*, Privredna štampa, Beograd, p. 267.

17 Više o tome: Z. Stojanović /1999/: *Seksualna krivična dela i predstojeća reforma krivičnog zakonodavstva – u: Zbornik radova sa međunarodnog simpozijuma: „Seksualnost, agresivnost, delinkventnost – medicinski, pravni i socijalni aspekti seksualne delinkvencije“*, Matica srpska, Novi Sad, pp. 87–93. i M. Cetinić /1995/: *Pogled na pitanje da li je potrebno preispitivanje inkriminacije silovanja, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, broj 2/1995, pp. 80–91.

18 Y vreme SFRJ, samo se jedno vreme u Krivičnom zakonu Slovenije nije zahtevalo da između učinioca i pasivnog subjekta silovanja (isključivo muškarac kao izvršilac i isključivo žena kao pasivni subjekt), ne postoji bračna zajednica.

19 *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005.

Osnovne karakteristike relativno nove zakonske definicije silovanja u krivičnom pravu Srbiji, svode se na sledeće konstatacije:

1. Izvršilac silovanja je definisan na „polno-neutralan način“, te može biti kako muškarac, tako i žena;
2. Pasivni subjekt silovanja se takođe označava u „polno-neutralnom smislu“, te i on može da bude kako žena (klasično silovanje), tako i muškarac;
3. Ne zahteva se da između aktivnog i pasivnog subjekta silovanja ne sme postojati određena specifična formalno-pravna i istovremeno i faktička veza specifične vrste,²⁰ tj. nije više neophodno da se radi o licima koja ne žive u bračnoj zajednici;²¹
4. Radnja izvršenja krivičnog dela silovanja definisana je kao određena prinudom iznuđena alternativna aktivnost: a) obljava ili b) sa obljubom izjednačen čin.

3. KRIVIČNO DELO SILOVANJA U POZITIVNOM SRPSKOM KRIVIČNOM PRAVU

Krivično delo silovanja se u svom osnovnom obliku sastoji u prinudi drugog na obljobu ili sa obljubom izjednačeni čin, upotrebom sile ili pretnjom da će se neposredno napasti na život ili telo tog lica ili njemu bliskog lica (član 178. stav 1. KZ).

Silovanje je u suštini *prinudna obljava* ili *prinudni sa obljubom izjednačeni čin*.

Otpor pasivnog subjekta je „samo sredstvo za dokazivanje da je upotrebljena sila“, tako da „postojanje otpora dokazuje silu, ali ne i obrnuto, tj. izostanak otpora ne mora da znači da sila nije upotrebljena.“²²

3.1. Radnja izvršenja krivičnog dela silovanja

Radnja izvršenja osnovnog oblika silovanja je formulisana kao prinuda, koja se realizuje bilo silom, bilo kvalifikovanom pretnjom,²³ putem koje se alternativno ostvaruje: 1) *obljava* ili 2) *sa obljubom izjednačeni čin*.

20 Takva specifična veza, koja je u vreme važenja takve „klasične“ definicije silovanja u našem krivičnom zakonodavstvu, isključivala mogućnost silovanja između muškarca i žene između kojih takva veza postoji, morala je ispunjavati određene uslove. To znači da je veza morala biti kumulativno – kako *formalno-pravna* (postojanje *braka* između muškarca i žene), tako i *faktička* (postojanje *bračne zajednice*). Iz ovoga proizlazi da samo po sebi, formalno egzistiranje braka (kada na primer, supružnici više uopšte ne žive zajedno u određenom relativno dužem vremenskom periodu, koji je *questio facti* u svakom konkretnom slučaju, a što se može, ali i ne mora manifestovati i mogućim pokretanjem postupka za razvod braka, nije bilo dovoljno za nemogućnost silovanja između lica u braku, odnosno silovanje žene od strane muža, ukoliko u isto vreme ne postoji i bračna zajednica, što podrazumeva odgovarajuću zajednicu života između supružnika, tj. muškarca i žene koji su u braku.

21 Kao što je prethodno već objašnjeno, ova novina nije unesena u naš krivičnopravni sistem tek novim Krivičnim zakonikom (koji je i sada, nakon brojnih novela na snazi i u primeni), već je ona prethodno bila sadržana u ZID KZ/02, kojim je noveliran tada važeći Krivični zakon Srbije.

22 Z. Stojanović i N. Delić /2013/: *Krivično pravo – posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Pravna knjiga, Beograd, p. 77.

23 Pretnja je u osnovnom obliku silovanja kvalifikovana tako što je usmerena na stavljanje u izgled neposrednog napada na život ili telo pasivnog subjekta ili lica bliskog njemu, dok je za drugi

3.1.1. Karakteristike prinude kod silovanja

Smatra se da je „preciziranje pojma prinude, tj. sile i pretnje kao dela radnje izvršenja silovanja, vezano za nekoliko specifičnih problema od kojih je najvažniji utvrđivanje potrebnog oblika i intenziteta prinude i povlačenje jasne granice između obljube ili drugih sa njom izjednačenih radnji protiv volje žrtve i onih uz pristanak lica prema kojim se preduzimaju, kao i rešavanje pitanja kakva prinuda pretpostavlja započinjanje radnje izvršenja u slučaju da nije došlo do obljube ili sa njom izjednačenog čina.“²⁴

U sudskoj praksi i krivičnopravnoj teoriji su razvijeni određeni kriterijumi za utvrđivanje koji oblik i kakav intenzitet prinude moraju da postoje, da bi se radilo o krivičnom delu silovanja, pri čemu se „obično ističe da kod silovanja može postojati bilo apsolutna, bilo kompulzivna sila“, dok se u pogledu intenziteta sile zahteva da je ona „podobna da slomi otpor žrtve“.²⁵

Prinudna obljuba ili prinudno ostvareni drugi sa obljubom izjednačeni čin, kao radnja izvršenja krivičnog dela silovanja predstavlja složenu radnju koja se kumulativno sastoji od: 1) prinude – koja ima dva oblika: a) upotreba sile i b) pretnja da će se neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica i 2) obljube ili čina koji je sa obljubom izjednačen.

U teoriji se ističe da je silovanje krivično delo sa dve kumulativne radnje izvršenja, a da pri tom treba imati u vidu da su te delatnosti čvrsto povezane i da jedna drugoj daju novi kvalitet, tako da nije reč o prostom zbiru obljube ili sa obljubom izjednačenog čina i prinude, nego o obljubi ili činu koji je sa obljubom izjednačen, što i o prinudi kojom se vrši obljuba ili sa obljubom izjednačeni čin.²⁶

U stvari, radnja izvršenja je prinudna obljuba ili prinudni sa obljubom izjednačeni čin, dakle obljuba ili čin koji je izjednačen obljubi, uz upotrebu sile ili određene kvalifikovane pretnje, tj. pretnje koja je funkcionalnog karaktera i ispoljava dva kumulativna uslova: 1) usmerena je alternativno: a) prema pasivnom subjektu ili b) prema njemu bliskom licu, te 2) sastoji se u stavljanju u izgled neposrednog napada na život ili telo.

Čini se da, kada je u pitanju radnja izvršenja silovanja, ipak i nije reč o dve kumulativne radnje izvršenja, već o jednoj posebno određenoj radnji izvršenja. U pitanju su svakako *dve kumulativne radnje*, ali to nisu kumulativno određene radnje izvršenja, jer jedna bez druge nemaju potreban krivičnopravni značaj. Radi se o jednoj radnji izvršenja koja je kumulativno određena, tj. definisana je kao zbir i određena kombinacija dve aktivnosti (radnje) učinioca ovog krivičnog dela. Pojam radnje u krivičnopravnom smislu je inače, jedno od važnijih pitanja u razvoju krivičnopravne dogmatike, koja je razvila niz shvatanja pojma radnje, poput „pret-

oblik silovanja (kod kojeg nikada nema primene efekrivne sile), karakteristična pretnja ucenji-vačkog karaktera, koja je usmerena na to da će se za pasivnog subjekta ili njemu blisko lice otkriti nešto što bi škodilo njegovoj časti ili ugledu ili se pasivnom subjektu preti drugim teškim zlom.

24 Z. Stojanović i O. Perić /2009/: *Krivično pravo – posebni deo*, XIII izdanje, Pravna knjiga, Beograd, p. 83.

25 Z. Stojanović /2017/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, p. 567.

26 Z. Stojanović i O. Perić: *op. cit.*, p. 171.

klasičnog pojma radnje“, „prirodnog (naturalističkog, kauzalnog) pojma klasičnog sistema“, „finalnog pojma radnje krivičnog dela“, „socijalnog pojma radnje“, te u novije vreme tzv. „negativnog pojma radnje krivičnog dela“, koji se zasniva na „mogućnosti izbegavanja radnje“, što znači da se „učiniocu može pripisati određena posledica, koju on nije izbegao, iako je to mogao i kada je takva posledica pravom zabranjena.²⁷ Naravno, kada je reč o radnji izvršenja krivičnog dela silovanja, onda se ovo shvatanje mora logički suziti, jer je to uvek po logici stvari, radnja koja predstavlja odgovarajuće činjenje. Ta radnja je složena i kombinovana, sastoji se u prinudi i obljubi ili prinudi i činu koji je sa obljubom izjednačen. Prinuda je praktično u funkciji sredstva kojim se izvršilac služi da bi zahvaljujući njemu ostvario obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin.

Naime, jedna od tih radnji (ako nije kumulativno praćena drugom) uopšte nije radnja izvršenja bilo kog krivičnog dela, već je u pitanju bilo normalna ljudska aktivnost održavanja seksualnih odnosa, tj. obljuba, čiji su akteri lica različitog pola, tj. muškarac i žena, bilo drugi čin koji je sa obljubom izjednačen, a na koji se obostrano pristaje od strane oba aktera takvog čina, koji u toj varijanti mogu da budu kako lica različitog pola, tako i osobe istog pola, dok je druga radnja – radnja izvršenja drugog krivičnog dela – prinude, mada ona zbog kvalifikovanosti pretnje i cilja prinuđavanja, ipak ne odgovara u potpunosti krivičnom delu prinude, kako je ono propisano u članu 135. Krivičnog zakonika.

Samo u svojoj određenoj kombinaciji koja je definisana u članu 178. stav 1. KZ i koja se svodi na prinudnu obljubu ili prinudni čin koji je sa obljubom izjednačen, ove dve kumulativno preduzete radnje, postaju jedna radnja izvršenja krivičnog dela silovanja, mada se u logičkom i faktičkom smislu svakako radi o dve radnje koje kumulativno preduzima učinilac, odnosno izvršilac krivičnog dela silovanja. Iz ovoga i proizlazi da silovanje nije složeno krivično delo jer nije sastavljeno od više krivičnih dela, već je samo njegova *radnja izvršenja složena*, ali tako da u jednom svom delu predstavlja deliktno ponašanje (prinuda), dok se u drugom segmentu ne radi o ponašanju koje je samo po sebi krivično delo (obljuba ili sa obljubom izjednačeni čin), ali u kombinaciji te dve radnje nastaje određena vrsta prinudne obljube, tj. krivično delo silovanja.

Ne postoji sticaj silovanja sa delom prinude iz člana 135. KZ, jer je prinuda „radnja izvršenja kod silovanja“, a preovlađuje shvatanje da nema idealnog sticaja ni sa lakom telesnom povredom, jer je ona konsumirana silovanjem.²⁸ U stvari, ovakvo shvatanje, iako u praksi praktično nije moguće uočiti krivično gonjenje u sticaju za silovanje i laku telesnu povredu, u striktno dogmatskom smislu, ipak nema potpunog opravdanja. Naime, moglo bi se podrazumevati da silovanje konsumira laku telesnu povredu ukoliko je ono ostvareno upotrebom sile, tj. određenim fizičkim delovanjem (tada bi naneta telesna povreda morala da se tretira kao otežavajuća okolnost), ali nema razloga da se smatra da silovanje apriorno konsumira

27 Више о томе: C. Roxin /2006/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, pp. 239–254.

28 Lj. Lazarević /2000/: *Krivično pravo – posebni deo*, Savremena administracija, Beograd, p. 108. Više o tome i: Đ. Lazin /1982/: *Prividni idealni sticaj krivičnih dela*, Privredna štampa, Beograd, pp. 69–70.

laku telesnu povredu ukoliko je do prinudne obljube došlo zahvaljujući kvalifikovanoj pretnji, jer takva vrsta prinude uopšte ne podrazumeva delovanje izvršioca na telo pasivnog subjekta, već je po pravilu reč o verbalnom izražavanju pretnje, mada se pretnja inače, na odgovarajući način može efektivno izraziti i faktički, tj. određenim konkludentnim radnjama, koje u konkretnim okolnostima imaju jasno i nedvosmisleno značenje, kao kada na primer, izvršilac pasivnom subjektu rukom, tj. šakom koju prevlači preko vrata, stavlja u izgled presecanje grla, odnosno ubistvo na takav način i sl. U praksi ovo pitanje i nema velikog značaja, naročito zbog toga što je silovanje daleko teže krivično delo, nego laka telesna povreda, te zbog toga što se osnovni oblik lake telesne povrede goni po privatnoj tužbi, a iz lako shvatljivih faktičkih razloga, teško da bi nekoj žrtvi silovanja u situaciji kada okrivljenog već krivično goni javni tužilac, palo na pamet da protiv istog okrivljenog, podnosi još i privatnu tužbu za krivično delo lake telesne povrede.

Prinuda u vidu sile ili pretnje treba da bude takvog intenziteta da slomi otpor žrtve. U pitanju je funkcionalna prinuda usmerena ka slamanju otpora žrtve ili potpunom onemogućavanju otpora. Atribut „funkcionalna“ u odnosu na ovu prinudu označava da je ona *ciljno usmerena* – s jedne strane osnovni njen cilj je vršenje obljube (ta obljuba i ima karakter prinudne obljube, pod uslovom da silovanje ne ostane na pokušaju), a s druge strane, cilj ove prinude je i slamanje otpora, odnosno demotivisanje žrtve da uopšte pruža otpor, čime se takođe omogućava prinudna obljuba. Ona sila koja je u konkretnom slučaju bila dovoljna da savlada ispoljeni otpor ili eliminiše mogućnost pružanja otpora, predstavlja silu dovoljnog intenziteta u konkretnom slučaju. Sila može biti apsolutna ili kompulzivna, mada je u praksi po logici stvari češća kompulzivna sila.

U nemačkoj krivičnopravnoj teoriji se problematika razlikovanja apsolutne i kompulzivne sile (*vis absoluta und vis compulsiva*), povezuje sa postojanjem ili nepostojanjem (nedostatkom) sposobnosti za preduzimanje radnje (*Handlungsfähigkeit und Fehlen der Handlungsfähigkeit*), koja ima odgovarajući „kvalitet“, što znači da se može smatrati radnjom činjenja krivičnog dela (*Handlungqualität*).²⁹ Tako se u literaturi navodi da; takav „kvalitet nedostaje kada je do radnje došlo usled prinude koja je postignuta neodoljivom silom.“³⁰ Ovo shvatanje koje se odnosi na problem radnje koja sama po sebi, predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela, ali koja to neće biti, jer se vrši pod uticajem apsolutne sile (kada bi pod određenim uslovima, takav čovek mogao da se samo smatra oruđem u rukama posrednog izvršioca), može da se na odgovarajući način primeni i u pogledu radnje izvršenja krivičnog dela silovanja. Naime, ako pasivni subjekt pod uticajem apsolutne sile (što bi kada se radi o silovanju, mogla da bude na primer, primena određenih psihoaktivnih supstanci), uopšte nema mogućnost bilo kakvog odupiranja obljubi ili sa obljubom izjednačenom činu, jer su mu volja i svest potpuno isključeni i sl., tada treba smatrati da je postojala nesposobnost pasivnog subjekta na preduzimanje bilo kakve radnje kojom bi izrazio svoje protivljenje obljubi ili obljubi izjednačenom činu.

29 J. Wessels und W. Beulke /2003/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und Ihr Aufbau*, 33, neu bearbeitete Auflage, C. H. Müller, Heidelberg, pp. 33–34.

30 J. Wessels und W. Beulke: *ibid.*, p. 34.

Smatra se da „upotreba sile radi izvršenja nasilne obljuje ne mora da bude uvek takva da ostavi i fizičke tragove u obliku telesne povrede na telu pasivnog subjekta, već je dovoljna sila takvog intenziteta kojom se i pored toga što ne ostavlja tragove, ipak savladava otpor oštećene“.³¹ Takođe prema stavu sudske prakse: „Nedostatak spermatozoida u brisu oštećene i telesnih povreda na telu oštećene ne mora da bude dokaz kojim bi se doveo u sumnju iskaz oštećene da je učinilac nad njom izvršio nasilnu obljudu. Da li će na napadaču ili žrtvi ostati neki tragovi koji bi ukazivali na otpor ženske osobe zavisi od čitavog spleta okolnosti koje bi ukazivale na otpor ženske osobe, uključujući tu i odnos snage između njega i oštećene i njegovu umešnost.“³²

Pod pojmom sile treba podrazumevati u smislu člana 112. stav 12. Krivičnog zakonika i primenu hipnoze ili omamljujućih sredstava, s ciljem da se neko protiv svoje volje dovede u nesvesno stanje ili onesposobi za otpor. U omamljujuća sredstva svakako spadaju alkohol, opojne droge i slični medikamenti.³³ Intenzitet sile koja je podobna da slomi otpor žrtve je *questio facti* i on se ne može određivati unapred i apriorno na apsolutan način, već u svakom konkretnom slučaju zavisi od fizičke snage učinioca i pasivnog subjekta, objektivnih okolnosti koje deluju na (ne)moćnost davanja otpora određenog intenziteta, subjektivnih okolnosti koje su postojale kod žrtve (npr. bolest iznemoglost i sl.) i kod učinioca (na primer, pijanstvo, delovanje drugih psihoaktivnih supstanci i sl.). Kada su u pitanju deca i maloletnici kao žrtve silovanja, onda se načelno može zaključiti da je za slamanje njihovog otpora po pravilu dovoljna sila manjeg intenziteta nego u odnosu na punoletnog pasivnog subjekta, mada se i to pitanje u svakom konkretnom slučaju mora rešavati u svetlu svih relevantnih subjektivnih i objektivnih okolnosti.

Pretnja kao „jedan od dva oblika prinude“ može u opštem krivičnopravnom smislu, da bude „sredstvo da se drugo lice prinudi da izvrši neko krivično delo, a može biti radnja izvršenja određenih krivičnih dela.“³⁴ Kada je reč o pretnji kao obliku prinude kod silovanja, ona predstavlja segment radnje izvršenja krivičnog dela, tako što se zahvaljujući pretnji, vrši obljudba ili sa obljudbom izjednačeni čin. Pretnja usled koje se ostvaruje prinudna obljudba mora da bude kvalifikovana na odgovarajući način, te da ima određeno konkretno ciljno usmerenje, tako da se odnosi na neposredni napad na život ili telo žrtve ili njoj bliskog lica. „Napadni objekti“ pretnje, odnosno dobra u odnosu na koja je pretnja usmerena su definisani *alterna-*

- 31 Odluka Vrhovnog suda Srbije Kž. br. 415/90. U ovoj odluci se integralno govori o telesnim povredama „ženskog lica“, jer je odluka doneta u vreme kada je u našem krivičnom zakonodavstvu silovanje bilo definisano na „klasičan“ način, kao „prinudna obljudba koju muškarac vrši nad ženom“, odnosno prema tadašnjoj zakonskoj terminologiji radilo se o obljudbi upotrebom sile ili pretnje da će se napasti na život ili telo pasivnog subjekta, ili njemu bliskog lica, pod uslovom da između učinioca i pasivnog subjekta ne postoji bračna zajednica.
- 32 Presuda Okružnog suda u Beogradu K. br. 79/81. I u ovoj presudi se u njenom izvornom obliku, a u kontekstu tada važećeg KZ-a, govori samo o „ženskoj osobi“, kao mogućem pasivnom subjektu krivičnog dela silovanja.
- 33 I. Simić i M. Petrović /2002/: *Krivični zakon Republike Srbije – praktična primena*, Službeni glasnik, Beograd, p. 105.
- 34 Z. Stojanović /2013/: O pojmu pretnje u krivičnom pravu, *Nauka, bezbednost, policija (NBP)*, broj 2/2013, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, p. 1.

tivno i to na dvostruki način: 1) život ili 2) telo i to: a) pasivnog subjekta (žrtve) ili b) njoj bliskog lica.

Kategorija „bliskih lica“, odnosno „bliskosti“ između pasivnog subjekta i lica u odnosu na koja je usmerena kvalifikovana pretnja, se određuje zavisno od faktičkih okolnosti, ali je načelno potrebno da se radi o licima koja su draga žrtvi, odnosno osobama koje sa žrtvom imaju poseban emocionalan odnos, utemeljen na srodstvu (na primer, deca, roditelji, brat ili sestra itd.), bliskom prijateljstvu i sl. I kod pretnje je potrebno da postoji određeni intenzitet, slično kao što je to objašnjeno u pogledu sile, mada je tu manje spornih pitanja. Pretnja je „nešto što se dešava pre svega u sferi psihičkog“, i „iako sam način na koji je pretnja upućena, može biti i fizički, ona je usmerena da deluje na voljni elemenat čovekovog ponašanja.“³⁵ Pretnja napadom na život ili telo treba da je neposredna, tako da nanošenje zla neposredno predstoji ako žensko lice (pasivni subjekt), ne pristane na obljubu (ili sa obljubom izjednačeni čin u kontekstu sada važećeg KZ-a); neće postojati silovanje ukoliko se prei nekim budućim, kasnijim napadom na život ili telo.³⁶ Smatra se da pretnja mora biti „ozbiljna i ostvariva“, a „pri oceni ozbiljnosti pretnje mora se voditi računa o tome da li je takva pretnja kod pasivnog subjekta objektivno moga stvoriti utisak da će biti realizovana, odnosno da li je pasivni subjekt imao osnova da poveruje da će pretnja biti ostvarena.“³⁷

Utvrđivanje potrebnog oblika i intenziteta prinude i postavljanje precizne granice između obljuje ili sa obljubom izjednačenog čina protiv volje žrtve i obljuje, odnosno sa njom izjednačenog čina, uz pristanak pasivnog subjekta predstavlja ključno pitanje kod krivičnog dela silovanja, a nastojanja teorije i prakse da se postave kriterijumi za rešavanje tog pitanja su vezana za otpor žrtve, pri čemu u teoriji i sudskoj praksi prevladuje stav da samo ona sila kojom je savladan ozbiljan, čvrst i stalan otpor žrtve, može da bude element krivičnog dela silovanja.³⁸ Pitanje kvaliteta i kvantiteta otpora žrtve se ne može rešavati šablonski, niti se u tom pogledu mogu utvrditi sasvim precizni kriterijumi. Naime, to pitanje je takođe izrazito faktičkog karaktera i ono je direktno povezano sa svim relevantnim *subjektivnim* i *objektivnim okolnostima* konkretnog događaja. Subjektivni faktori se mogu odnositi kako na žrtvu tako i na učinioca, a mogu se konkretno ispoljavati kao telesna snaga, psiho-fizičko stanje, uzrast itd. Objektivni faktori se odnose na mesto izvršenja silovanja (šuma, grad, otvoreni ili zatvoreni prostor itd.), vreme kada je delo izvršeno, tj. doba dana, način izvršenja (konkretan *modus operandi*), da li je radi realizacije sile ili realizacije/potkrepljenja pretnje, korišćeno određeno sredstvo poput podobnog oruđa ili nekog oružja i sl.

Samo pažljivom analizom svih subjektivnih i objektivnih činilaca mogu se utvrditi realne mogućnosti efektivne realizacije prinude, te pružanja otpora u odnosu na nju, pa u skladu sa tim treba izvesti i zaključak o (ne)postojanju prinudne obljuje ili

35 Z. Stojanović: *ibid.*, p. 2.

36 Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 213.

37 M. Babić i I. Marković /2013/: *Krivično pravo – posebni dio*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Banjoj Luci, Banja Luka, p. 133.

38 Z. Stojanović i O. Perić: *op. cit.*, p. 173.

sa obljubom izjednačenog čina tj. krivičnog dela silovanja. Neki apsolutan i krajnji otpor, uz „nepredavanje“ žrtve u bilo kom momentu obljube ili sa obljubom izjednačenog čina, tj. tokom celokupnog „toka“ silovanja, ne mora se uvek ispoljavati. Potrebno je da je žrtva imala čvrstu težnju za pružanjem otpora, te da nije dobrovoljno pristala na obljubu ili sa obljubom izjednačen čin, a čak iako ona nije taj otpor realno ispoljila, usled na primer, straha od realizacije pretnje koji je delovao parališuće, ili ako je shvatila da je svaki otpor uzaludan, a bojala se da će pružanjem otpora isprovocirati učinioca da preduzme neko veće zlo i sl., silovanje će postojati, ukoliko sve okolnosti ukazuju da je stav žrtve koja otpor nije pružala ili ga je pružala u relativno slabom intenzitetu bio opravdano motivisan svešću da bi on u svakom slučaju bio bezuspešan.

Pitanje otpora treba po pravilu, rešavati fleksibilnije i realnije, te uzeti da sila nije isključena u slučajevima kada su s obzirom na konkretne okolnosti postojali opravdani i razumljivi razlozi zbog kojih žrtva nije pružala nikakav otpor, ili je pružala otpor slabijeg intenziteta, a postojanje otpora se zahteva i zbog toga što se preuveličava značaj tzv. prividnog otpora (*vis haud ingrata*), ali takve slučajeve po pravilu nije teško utvrditi zato što obljuba nije rezultat primene sile ili kvalifikovane pretnje, tj. žena se sa obljubom saglašava.³⁹ Otpor se naročito fleksibilno mora tumačiti ako je žrtva silovanja maloletna, jer načelno lica mlađeg starosnog doba imaju relativno smanjene mogućnosti pružanja otpora, a njihov otpor i sila slabijeg intenziteta lakše može da slomi, isto kao što kvalifikovana pretnja po pravilu na njih teže deluje.

U stvari, ključan element kod silovanja je ipak u suštini „nedobrovoljnost“, tj. do obljube ne dolazi na osnovu saglasne volje njenih aktera, već učinilac koristi prinudu da bi sa žrtvom ostvario seksualni odnos u užem smislu, tj. da bi je obljubio ili sa njom ostvario čin koji je sa obljubom izjednačen. Ovo proizlazi iz definisanja silovanja kao prinudne obljube ili prinudnog sa obljubom izjednačenog čina. U tom smislu, sila i pretnja se upotrebljavaju da se pasivni subjekt prinudi na obljubu, što pretpostavlja, s jedne strane, pružanje otpora od strane pasivnog subjekta, a s druge strane takav intenzitet prinude kojim se može savladati otpor, tako da „nema ovog krivičnog dela ako žensko lice pristaje na obljubu ili se samo verbalno izjašnjava protiv obljube, ali iz njenog ponašanja proizlazi da se sa obljubom saglašava.“⁴⁰ S druge strane, treba uvažiti i shvatanje da je „otpor samo sredstvo za dokazivanje da je upotrebljena sila, tako da postojanje otpora dokazuje silu, ali ne i obrnuto, te stoga zahtev da otpor uvek postoji i to otpor jakog intenziteta predstavlja restriktivnog tumačenje pojma sile, te neopravdano dovodi do sužavanja kriminalne zone kod krivičnog dela silovanja.“⁴¹

U stvari u konkretnim krivičnim postupcima, često je ključan element dokazivanja baš usmerenost na posledice nastale usled primene sile i otpora toj sili, što u praksi po pravilu rezultira određenim telesnim povredama pasivnog subjekta.

39 Z. Stojanović i O. Perić: *ibid.*, p. 173.

40 Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 213. I u ovom citatu se naravno, jer je reč o radu pisanom u vreme važnje „klasične definicije“ silovanja u našem krivičnom pravu, govori samo o otporu „ženskog lica“.

41 Z. Stojanović i O. Perić: *op. cit.*, p. 173.

Nedobrovoljnost odnosa se lakše može dokazati ako je žrtva pretrpela određene povrede usled intenziteta primenjene sile, koji je u direktnoj vezi sa intenzitetom i vrstom pruženog otpora. To ne znači da nije moguće dokazati postojanje nasilne obljuje, odnosno prinudnog sa obljubom izjednačenog čina i kad je otpor, kao što je prethodno objašnjeno bio slabijeg intenziteta ili kad je on čak izostao, ali je ipak postojalo nedvosmisleno protivljenje žrtve seksualnom odnosu, ali je naravno, izvođenje takvog dokaznog zaključka znatno komplikovanije i teže. Sud tada mora da sa posebnom pažnjom utvrđuje sve relevantne činjenice, a prilikom donošenja konačnog dokaznog zaključka on se pre svega rukovodi principima slobodne ocene dokaza i slobodnog sudijskog uverenja, ali se može dogoditi i da postupa prema načelu *in dubio pro reo*.

Sa pitanjem otpora ne iscrpljuju se svi problemi vezani za postavljanje granice između obljuje ili sa obljubom izjednačenog čina, do čega dolazi korišćenjem prinude i dobrovoljne obljuje, odnosno dobrovoljnog sa obljubom izjednačenog čina, tako da je u konkretnim slučajevima vrlo teško utvrditi kada prestaje pristanak na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, a počinje prinuda, što znači da se „postavlja pitanje kada postoji pristanak koji isključuje prinudu, a kada prinuda koja negira pristanak?“⁴² Rešavanje ovog pitanja je posebno komplikovano ukoliko pasivni subjekt pristaje na određeni ljubavni odnosno seksualni kontakt, ali samo u određenim „granicama“, tako da ne želi obljubu, odnosno čin koji je sa obljubom izjednačen tj. na takvu aktivnost ne pristaje. U takvoj situaciji po pravilu nema nikakve sile odnosno prinude uopšte, sve dok su u pitanju ljubavne (seksualne) aktivnosti na koje lice prema kojem se te aktivnosti usmeravaju, pristaje, ali se od momenta jasnog manifestovanja nepristanka, može ispoljiti prinuda određenog intenziteta.

Ukoliko se u konkretnom dokaznom postupku nedvosmisleno utvrdi da je postojalo nepristajanje pasivnog subjekta na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, te da je ono jasno manifestovano, uz izražen otpor ili čak njegov nedostanak (ali uz postojanje prethodno objašnjenih okolnosti koje izostajanje otpora čine irelevantnim), silovanje će postojati, bez obzira na pristanak pasivnog subjekta na kontakt koji je hronološki prethodio obljubi. U stvari, tada je po pravilu forma i intenzitet ispoljene prinude drugačiji, nego kada pasivni subjekt od početka nije pristajao na bilo kakav kontakt, tako da je učiniocu prinudna obljava ili prinudni sa obljubom izjednačeni čin u izvesnoj meri olakšanja tim prethodnim ponašanjem žrtve, što je takođe podložno dokazivanju i što ponekad u praksi, usled postojanja određenih predrasuda, izaziva izvesne probleme prilikom izvođenja dokaznih zaključaka. Ukoliko je učinilac usled prethodnog pristajanja pasivnog subjekta na određeni vid kontakta, imao pogrešnu predstavu da on pristaje na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, to se pitanje rešava prema opštim pravilima koja se odnose na stvarnu zabludu,⁴³ a tada su u konkretnom slučaju takođe važni oblik, intenzitet i vrsta kako

42 Z. Stojanović i O. Perić: *ibid.*, p. 174.

43 Z. Stojanović /2012/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, pp. 145–148. Autor objašnjava da se u članu 28. stav 2. KZ., razlikuju *dve vrste stvarne zablude*. 1) zabluda o stvarnim obeležjima bića krivičnog dela i 2) zabluda o razlozima isključenja protivpravnosti, tj. o osnovama koje isključuju postojanje krivičnog dela, pri čemu se našoj literaturi inače, ove dve vrste stvarne zablude često nazivaju stvarnom zabludom u užem smislu (stvarna zabluda o obe-

otpora (odnosno načina protivljenja obljudi), tako i prinude usled koje je do obljudbe ipak došlo.

Za postojanje sile kao bitnog elementa krivičnog dela silovanja dovoljno je da je ona ima određeni stepen relevantnosti, što znači da je prema okolnostima konkretnog slučaja mogla dovesti do vršenja obljudbe ili sa obljudbom izjednačenog čina protiv volje pasivnog subjekta, pa je stoga, potrebno da je sila bila stvarni uzrok vršenja obljudbe ili sa obljudbom izjednačenog čina (tj. da bez njene primene obljudba ili sa njom izjednačeni čin ne bi mogli biti realizovani), ili je kod pokušaja do to moglo doći.⁴⁴ Sila primenjena u konkretnom slučaju mora da predstavlja *condicio sine qua non* u pogledu realizacije obljudbe ili sa obljudbom izjednačenog čina, tj. u pravcu uticanja na volju žrtve (najčešće izraženu pruženim otporom), koja se primenom sile isključuje ili se modifikuje, tako da zahvaljujući tome i dolazi do obljudbe ili sa obljudbom izjednačenog čina. U tom smislu je moguće da postoji silovanje i kada prvobitno primenjena sila nije bila upravljena u cilju ostvarenje prinudne obljudbe ili prinudnog sa obljudbom izjednačenog čina, ali je do toga zahvaljujući sili ipak došlo.

Ukoliko je učinilac silu primenio radi realizacije nekog drugog prvobitnog cilja, ali potom iskoristio efekat te sile radi ostvarenje obljudbe ili sa obljudbom izjednačenog čina, radiće se i tada, o krivičnom delu silovanja. Na primer, učinilac primeni silu radi izvršenja razbojništva, a onda koristeći efekat te iste sile, izvrši silovanje. Tada će postojati realni sticaj krivičnih dela razbojništva i silovanja. Kao što je prethodno objašnjeno i u ovakvim slučajevima, kao i inače u svim konkretnim situacijama, stepen intenziteta primenjene sile zavisi od konkretnih subjektivnih i objektivnih okolnosti kako u odnosu na sve elemente krivičnog dela (na primer, mesto izvršenja), tako i posebno u pogledu relevantnih fizičkih i psihičkih karakteristika, kako učinioca, tako i pasivnog subjekta. Slično prethodno objašnjenom, moguć je i sticaj pokušaja silovanja i nekog drugog krivičnog dela, pod uslovom da je silovanje sa umišljajem započeto, ali do prinudne obljudbe ili prinudnog sa obljudbom izjednačenog čina, ipak nije došlo. O ovome govori i sledeći primer iz sudske prakse:⁴⁵

ležjima bića krivičnog dela) i stvarnom zabludom u širem smislu (stvarna zabluda o osnovima isključenja protivpravnosti), što ovaj autor kritikuje smatrajući da je osnovna razlika između te dve vrste zablude u tome što prva vrsta deluje u odnosu na element predviđenosti dela u zakonu, a druga u odnosu na element protivpravnosti, te stoga, nema razloga da se jedna smatra stvarnom zabludom u užem, a druga u širem smislu.

U ranijoj vladajućoj jugoslovenskoj krivičnopravnoj teoriji (Grupa autora (red. N. Srzentić) /1986/: *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Savremena administracija, Beograd), se podela na ove dve vrste stvarne zablude, iz koje bi mogla *proizići krivična odgovornost* učinioca (**otklonjiva** stvarna zabluda), ili bi *krivična odgovornost učinioca bila isključena* (**neotklonjiva** stvarna zabluda), zasnivala na oceni postojanja ili nestojanja *krivice učinioca* u odnosu na zabludu, što je interesantno, jer *krivica* nije bila u to vreme striktan zakonski termin. Tako se konstatuje: „Stvarna zabluda može da bude otklonjiva ili neotklonjiva. Neotklonjiva stvarna zabluda postoji kada učinilac nije mogao niti je bio dužan da ima svest odnosno pravilnu predstavu o onome o čemu nije imao svest, odnosno o čemu je imao pogrešnu predstavu. Postojanje takve stvarne zablude istovremeno znači i odsustvo njegove krivice za zabludu u kojoj se nalazi.“ Više o tome i: I. Đokić /2012/: *Stvarna zabluda u krivičnom pravu –u: zbornik Kaznena reakcija u Srbiji, Deo 2.* (Đ. Ignjatović, ed.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, pp. 266–288.

44 Z. Stojanović i O. Perić: *op. cit.*, p. 175.

45 Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. br. 1501/95 od 25. maja 1993.

„Kada optuženi pokuša upotrebom sile i pretnje da prinudi na obljubu maloletnu oštećenu, a zatim joj naredi da skinje jaknu, što je oštećena i učinila, pa je tu jaknu uzeo i pobegao, čini, pored krivičnog dela silovanja u pokušaju i krivično delo razbojništva.“

U praksi se prilikom dokazivanja silovanja kao problem može pojaviti i vremenska distanca od momenta kada je do izvršenja dela došlo i prijave izvršenog dela od strane oštećene, kada odbrana po pravilu insistira da je sam protok vremena indicija da je prijava lažna. Međutim, to ne mora da bude tako, jer čitav niz okolnosti može dovesti do toga da oštećena/oštećeni tek nakon nekoliko dana prijavi silovanje, a sud će kasnije tokom postupka njen iskaz ceniti slobodno, kao i sve ostale dokaze, u skladu sa načelima slobodne ocene dokaza i slobodnim sudijskim uverenjem. O ovome govori i sledeći slučaj iz sudske prakse: „Prvostepenom presudom optuženi je oglašen krivim što je u noći između 24. i 25. aprila 1996. godine u selu L. upotrebom sile, prinudio na obljubu oštećenu, čime je izvršio krivično delo silovanja za koje je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od dve godine. Inače, oštećena je svojim roditeljima i policiji događaj prijavila 3. maja 1996. godine, dakle devet dana od događaja. Odbrana je insistirala da tome da iskaz oštećene nije istinit, da je ona dobrovoljno imala polni odnos sa optuženim kritičnom prilikom, a da je tako ukazuje okolnost što je oštećena silovanje prijavila devet dana posle kritičnog događaja. Iz iskaza svedoka S. J., a to je najbolja drugarica oštećene, vidi se da je ona po kritičnom događaju videla oštećenu i sa njom razgovarala, da je videla povrede kod oštećene a oštećena joj je rekla da je nju optuženi silovao i da mu je pružila bezuspešan otpor, da je bila uzbuđena i plakala dok je to govorila. Svedok Č. M. je izjavio da od ranije dobro poznaje oštećenu koja je po prirodi vesela osoba, ali da ju je video po kritičnom događaju kada je izgledala vidno neraspoložena... Da je iskaz oštećene istinit ukazuju i materijalni dokazi, odnosno pocepana odeća koju je oštećena nosila kritičnom prilikom, u koju je sud izvršio uvid...“⁴⁶

Pod pojam sile se kod silovanja, kao i inače, kada je reč o prinudi u krivičnom pravnom smislu, podvode i hipnoza, kao i određena omamljujuća sredstva, odnosno psihoaktivne supstance koje žrtvi onemogućavaju otpor, ili ga čine neefikasnim. Tu pre svega spadaju alkohol i razne opojne droge, ali specifično kada je reč o krivičnom delu silovanja, poseban značaj imaju i određene psihoaktivne supstance koje poseduju jaka afrodizijačka svojstva. Psihoaktivne supstance čijom se upotrebom omogućava prinudna obljuba ili sa obljubom izjednačeni čin (koja u ovakvim situacijama često ima i poseban element lukavosti, ali i podmuklosti), se prema kriterijumu njihovog dejstva mogu podeliti na dve vrste: 1) supstance koje žrtvu dovode u nesvesno stanje, odnosno stanje opijenosti u manjem ili većem stepenu, usled čega se smanjuju mogućnosti pasivnog subjekta u pogledu pružanja otpora i 2) materije koje svojim afrodizijačkim delovanjem bude kod žrtve neodoljivu seksualnu želju, čak i onda kada takve želje realno ne bi bilo, tako da tada otpora nema, ali ne što ga žrtva inače, u normalnim okolnostima ne bi pružila, već usled dejstva psihoaktivne supstance. Neophodno je da učinilac žrtvi takva sredstva da mimo njene slobodne volje, koristeći se prevarom ili upotrebljavajući prinudu. Interesantno je da se u re-

46 Presuda Okružnog suda u Valjevu, K. br. 36/96 od 3.10.1996.

lativno novije vreme u Zapadnoj Evropi registruje priličan broj takvih zloupotreba psihoaktivnih supstanci, naročito u odnosu na „tinejdžere“ kao žrtve. O ovome govori sledeći primer:⁴⁷ Jednu sedamnaestogodišnjakinju su trojica učinilaca prevarno doveli u nesvesno stanje, tako što su je dok je sa prijateljima sedela u jednom noćnom klubu, pozvali na piće, a kada se ona okrenula da popriča sa prijateljem, osetila je kako je neko stao iza nje i sipao joj na silu neku tečnost u usta. Nakon što je izgubila svest, učinioci su je izneli iz kluba, te taksijem odvezli do kuće u kojoj su je tokom dva dana više puta silovali.

3.1.1.1. Moguće varijante (ne)pristanka/(ne)pristajanja pasivnog subjekta na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin

Pristanak na obljubu ili pristanak na čin koji je sa obljubom izjednačen, automatski isključuje prinudu, u pitanju je dobrovoljna obljuba, odnosno dobrovoljan sa obljubom izjednačen čin i tada se ne radi o krivičnom delu silovanja.⁴⁸ Međutim pitanje (ne)postojanja pristanka na obljubu ili sa obljubom izjednačen čin, odnosno relevantnosti pristanka, s obzirom na momenat njegovog davanja u odnosu na radnju izvršenja krivičnog dela, zahteva šire objašnjenje, jer je u pitanju kompleksan krivičnopravni problem. Moguće su sledeće varijante:

- 1) Pasivni subjekt ne pristaje na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin neposredno pre započinjanja obljube ili sa obljubom izjednačenog čina i ne ispoljava pristanak tokom celokupnog trajanja obljube, odnosno sa obljubom izjednačenog čina;
- 2) Pasivni subjekt ne pristaje na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin pre započinjanja tih radnji, ali se tokom obljube ili sa obljubom izjednačenog čina započetih prinudno, sa tim naknadno i dok radnje traju, saglašava;
- 3) Pasivni subjekt pristaje na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin pre započinjanja takvih radnji, ali tokom obljube ili sa obljubom izjednačenog čina povlači svoj pristanak i počinje da pruža otpor;⁴⁹

47 T. Radović /2002/: *Metodika otkrivanja, razjašnjavanja i dokazivanja krivičnog dela silovanja sa bitnim kriminološkim obeležjima*, magistarski rad odbranjen na Pravnom fakultetu u Beogradu, Beograd, pp. 19–20.

48 Inače, u krivičnopravnoj teoriji je prisutno i shvatanje da iako „na prvi pogled, deluje da pristanak isključuje postojanje krivičnog dela silovanja, zato što on isključuje postojanje prinude kao bitnog elementa tog krivičnog dela, to ipak nije nesporno“, pa tako, „postoji mišljenje da pristanak ne mora uvek da isključuje prinudu, da i pored toga što neko pristaje na seksualni odnos, prinuda može biti primenjena, čime bi bili ostvareni bitni elementi bića krivičnog dela silovanja“, pa se zato zastupa stav da „pristanak ne isključuje samu predviđenost u zakonu, već protivpravnost.“ Prema: Z. Stojanović /2012/: *Značaj ponašanja pasivnog subjekta za postojanje krivičnog dela silovanja – u: Zbornik Razvoj pravnog sistema Srbije i Harmonizacija sa pravom EU – prilozi projektu* (S. Taboroši, ed.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, p. 44.

49 Ove su moguće i neke specifične (pod)varijante, svedene na odnos svojevrsnu „kumulaciju prinude i pristanka“, tj. *postojanja prinude i onda kada u isto vreme postoji pristanak na obljubu ili sa njome izjednačen čin*, što objašnjava Z. Stojanović: (*ibid.*, p. 45), kada u *prvoj varijanti* pasivni akter obljube ili sa njom izjednačenog čina, svojevolsno pristaje na odgovarajući oblik prinude, pa čak i samo pod uslovom da se prema njemu ispolji prinuda, pristaje na seksualni odnos (*mahozizam*), ili se u *drugoj varijanti*, radi o specifičnoj zabludi kod učinioca, odnosno aktivnog

- 4) Pasivni subjekt ne pristaje na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin pre započinjanja takvih radi i tokom njihovog celokupnog trajanja, ali se nakon završene obljube ili završenog sa obljubom izjednačenog čina, sa time saglašava.

U prvom slučaju je svakako reč o postojanju silovanja. Druga varijanta može da bude diskutabilna, pa se tako, smatra da neće postojati ovo krivično delo ako žensko lice pruža otpor na početku, ali kasnije, pre dovršenja dela, prihvati obljubu, jer u takvom slučaju obljuba nije izvršena upotrebom sile.⁵⁰ Međutim, u pravnologičkom smislu u ovakvom bi slučaju ipak postojalo silovanje, jer je obljuba započeta kao prinudna, a nesporno je da silovanje postoji i kada obljuba u fiziološkom smislu nije dovršena. Suprotan stav bi se dakle, mogao zasnivati isključivo na kriminalno-političkim razlozima, ali nikako ne i na pravnodogmatskom rezonovanju. Verovatno je da se ovakvo pitanje retko može pojaviti u praksi, jer „žrtva“ takvog silovanja delo ne bi prijavila, odnosno ne bi svedočila da je došlo do silovanja.

U trećoj varijanti je potpuno jasno da postoji silovanje, što proizlazi iz istog logičkog osnova i krivičnogpravnog rezonovanja kao u prethodnom slučaju, a u praksi se određeni problemi mogu pojaviti jedino prilikom izvođenja dokaza u vezi sa mogućnošću da je u pitanju fingirano krivično delo.

Silovanje postoji i u četvrtoj varijanti, mada je i tada verovatno da pasivni subjekt ne bi takvo delo ni prijavio, odnosno kasnije ne bi svedočio, ali je u krivičnompravnom smislu potpuno jasno da je u pitanju svršeno krivično delo silovanja.

3.1.2. Prinudna obljuba

Prinudna obljuba predstavlja klasično silovanje, koje nužno podrazumeva da su izvršilac i pasivni subjekt ovog krivičnog dela lica različitog pola. U praksi je naravno, skoro isključivo slučaj da muškarac ostvaruje prinudnu obljubu u odnosu na ženu, a veoma je retka obrnuta situacija.

Obljuba se tradicionalno u krivičnom pravu definiše kao prodiranje muškog polnog organa u ženski. Smatra se dovoljnim i delimično prodiranje muškog polnog organa u ženski, pa da se obljuba u krivičnompravnom smislu tretira kao započeta i dovršena, nezavisno od dužine trajanja takvog kontakta i fizioloških osobenosti tog seksualnog čina, koji u tom pogledu može ostati nedovršen.

Obljuba se smatra izvršenom kad su polni organi spojeni, tj. kad je započelo prodiranje muškog polnog organa u ženski polni organ, za postojanje svršenog dela nije dovoljno samo doticanje polnih organa, ali se ne traži ni izbacivanje semena

aktera seksualnog odnosa, koji primenjuje prinude smatrajući da samo tako može u odnosu na konkretnog pasivnog subjekta seksualnog odnosa, da ostvari obljubu ili sa njome izjednačeni čin, ali u stvari, lice prema kojem se prinuda primenjuje, pristaje na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, potpuno nezavisno od primenjene prinude, što bi se u praksi, uglavnom svelo na slučaj postojanja tzv. prividnog otpora seksualnom odnosu, koji učinilac, odnosno aktivni akter seksualnog odnosa pogrešno (u zabludi), poistovećuje sa stvarnim nepristajanjem na obljubu ili sa njom izjednačeni čin, te u stvari, pogrešno veruje da do obljube ili sa obljubom izjednačenog čina, dolazi zahvaljujući prinudi koju je primenio.

50 Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 214.

(*emissio seminis*) odnosno unošenje semena (*immisio seminis*).⁵¹ Ukoliko nije došlo bar do delimičnog prodiranja u vaginalni kanal žrtve ne može se raditi o silovanju, tj. zavisno od konkretnih okolnosti izvršenja, biće u pitanju pokušaj silovanja ili svršeno krivično delo nedozvoljenih polnih radnji (bludne radnje prema nekadašnjoj zakonskoj krivičnopravnoj terminologiji).

U nekim situacijama je moguće da dođe do prodiranja u polni organ žrtve, odnosno pasivnog subjekta, koji je ženskog pola i pre toga nije imao seksualne odnose (*virgo intacta*), a da to ipak ne bude praćeno i defloracijom, ukoliko je u pitanju izuzetno elastičan himen. Naravno i u takvom se slučaju svakako radi o svršenom krivičnom delu silovanja. Smatra se da je donekle sporno da li postoji penetracija i onda kada je došlo do prodiranja samo u spoljne delove ženskog polnog organa (tj. i kod neznatnog ulaženja uda između *labia majora*), a u teoriji se ističe da iako je u takvim slučajevima do izvesnog prodiranja u širem smislu došlo, ipak ne bi trebalo smatrati da postoji obljava.⁵²

Smatra se da je za izvršenje obljuje (*coitus*) dovoljan „spoj spolovila“ (*conjunctio membrorum*), tako da s jedne strane, nije dovoljan sam dodir polnih organa, ali s druge strane, nije potrebna ni (potpuna) *immissio penis in vaginam*, već je dovoljno da je došlo do spajanja polnih organa, a obljava je izvršena početkom prodiranja muškog polnog organa u ženski polni organ.⁵³ Mada ejakulacija nesporno ne predstavlja element silovanja, jer je za obljobu dovoljno da je došlo do makar početnog prodiranja muškog polnog organa u ženski, pronalaženje tragova sperme u vagini predstavlja važan dokaz u konkretnom krivičnom postupku, da je zaista postojala obljava, što još uvek ne mora da znači da je ona imala i prinudni karakter.

3.1.3. Drugi prinudni sa obljobom izjednačeni čin

S obzirom da je sada u istom krivičnom delu inkorporisano nekadašnje klasično silovanje (prinudna obljava) i nekadašnji protivprirodni blud (prinudavanje na određene posebne oblike seksualnog kontakta), zakonodavac je po svemu sudeći, mislio na radnje koje su se kod nas u praksi decenijama tretirale kao protivprirodni blud (nekada postojeće krivično delo), tj. oralni i analni seksualni kontakt do koga dođe prinudom ili kvalifikovanom pretnjom.

Međutim, upotrebljena formulacija po kojoj se radnja silovanja osim u obljobi može sastojati u „drugom sa obljobom izjednačenom činu“,⁵⁴ u stvari, znači da je u pitanju određena radnja koja do neke mere *liči* na obljobu, ali ipak nije obljava, jer nema sve njene osobine, odnosno bitne elemente (na primer, istopolni aktivni i pasivni akter silovanja), pa se stoga tretira samo kao sa obljobom izjednačena, a pri tom je sudskoj praksi prepušteno da u konkretnim slučajevima rešava da li se radi o takvoj radnji.

Ovakav način formulisanja ove radnje poprilično asocira na *analogiju*, jer se radi o radnji koja samim tim što je sa drugom striktno definisanom radnjom izjed-

51 Lj. Lazarević: *ibid.*, p. 214.

52 Z. Stojanović i O. Perić: *op. cit.*, p. 172.

53 B. Zlatarić /1958/: *Krivični zakonik u praktičnoj primeni*, Narodne novine, Zagreb, p. 223.

54 Veoma slična formulacija postoji u Krivičnom zakoniku Austrije.

načena, na nju liči, tako da su u konkretnom slučaju na temelju traganja za *sličnostima* između radnji o kojima se radi, rešava da li je u pitanju takva radnja koja se može smatrati radnjom kojom je izvršeno silovanje, naravno ako istovremeno postoje i prinuda odnosno kvalifikovana pretnja, zahvaljujući kojima je takva radnja i realizovana.

Ovde se ipak ne radi o pravnoj analogiji i ovakvim formulisanjem, tj. takvim konstruisanjem krivičnopravne norme nije narušeno načelo zakonitosti, ali je nesporno da sud prilikom tumačenja ovakve norme, odnosno njene primene na konkretan slučaj, mora rezonovati po „principu sličnosti“, ali ne među normama, već u odnosu na određene konkretne životne radnje. Stoga, to nije analogija u primeni ili stvaranju prava, već se tu radi o nekoj vrsti analogije u tumačenju elemenata životne stvarnosti, kada sud ocenjuje da li je određenom radnjom ostvareno konkretno krivično delo i na koji način.⁵⁵ To nije idealno rešenje, ali je s obzirom na osobenost i *ratio legis* nove (proširene) definicije silovanja, praktično nemoguće smisliti bolji pravno-tehnički način kreiranja norme, a da se to ne svede na besmisleno taksativno nabranjanje.⁵⁶

Konačno, neko ciničan bi čak mogao da zaključi da time što je zakonodavac definisao alternativno propisane radnje izvršenja silovanja u vidu *obljube* i *sa obljubom izjednačenog čina*, on privileguje određene učinioce, jer da je neko pre stupanja na snagu Krivičnog zakonika iz 2006. godine, pasivnog subjekta prinudio kako na klasičnu obljubu, tako i na neku radnju koja se sada može podvesti pod sa obljubom izjednačenim činom (na primer, oralni seksualni kontakt), on bi odgovarao za silovanje i za protivprirodni blud u *sticaju*, a u istoj situaciji bi se nakon stupanja na snagu KZ-a iz 2006. godine, radilo samo o prividnom sticaju po osnovu alternativiteta, tj. ne bi postojala dva krivična dela, već samo jedno silovanje.

U našoj krivičnopravnoj teoriji (Z. Stojanović), se ističe je osnovni problem prilikom uvođenja novih oblika radnje izvršenja kod krivičnog dela silovanja (*drugi sa obljubom izjednačeni čin*), sveden na problem preciziranja tih radnji, što se svodi na pitanje „koje su to radnje koje se po svom značaju mogu izjednačiti sa obljubom, a koje su to pak druge radnje seksualnog karaktera koje bi, ukoliko su preduzete korišćenjem prinude, predstavljale krivično delo nedozvoljenih polnih radnji.“⁵⁷ Pojam *drugog sa obljubom izjednačenog čina* je moguće shvatiti *restriktivno* i *ekstenzivno*, što znači da bi u prvom slučaju (*restriktivno shvatanje*), to bilo „samo prodiranje muškog polnog organa u analni ili oralni otvor pasivnog subjekta“, a to su i „dve vrste radnji koje su prema vladajućem shvatanju u našoj teoriji i sudskoj praksi bile obuhvaćene pojmom krivičnog dela protivprirodnog bluda“, sadržanog u nekadašnjem članu 110. stav. 1 KZS.⁵⁸ *Ekstenzivno shvatanje* bi, „pored te dve radnje, obu-

55 Više o tome: M. Škulić /2010/: Načelo zakonitosti u krivičnom pravu, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, broj 1/2010, Beograd, pp. 73–74.

56 M. Škulić /2017/: Načelo zakonitosti i princip krivice u krivičnom pravu kao segmenti pravne države, tradicionalna tematska međunarodna naučna konferencija – u: *zbornik Principi vladavine prava*, Udruženje za međunarodno krivično pravo i „Intermex“, Tara, p. 86.

57 Z. Stojanović i N. Delić /2013/: *Krivično pravo – posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Pravna knjiga, Beograd, p. 75.

58 Z. Stojanović /2017/: *op. cit.*, p. 436.

hvatalo i druge vrste penetracije“, pri čemu bi odlučujući kriterijum bio da se „te radnje na osnovu svestrane ocene njihovog ukupnog dejstva, oblika ispoljavanja i propratnim pojavama, mogu uporediti sa obljubom, tj. vaginalnim koitusom“, a taj se kriterijum na primer, prihvata u Austriji.⁵⁹

3. POL IZVRŠIOCA I PASIVNOG SUBJEKTA SILOVANJA

Iz definicije silovanja, odnosno iz alternativno propisanih radnji izvršenja ovog krivičnog dela, proizlazi da je ovo krivično delo sada definisano na *rodno neutralan način*, što znači da i učinilac, ali i pasivni subjekt silovanja, načelno mogu da budu kako muškog, tako i ženskog pola, što ipak, ne znači da je to moguće u svakoj „varijanti“ silovanja.

Ako se radi o prinudnoj obljubi, onda je reč o „klasičnoj“ varijanti silovanja, što znači da se tada aktivni i pasivni akter silovanja svakako polno razlikuju, ali mogu da budu u dijametralno različitim ulogama u krivičnopravnom smislu. Muškarac može da siluje ženu, što bi u praksi bilo tipično, ali je moguća i obrnuta situacija da je muškarac pasivni subjekt, a žena izvršilac.

Ukoliko je u pitanju prinuda na drugi sa obljubom izjednačeni čin, onda učinilac i pasivni subjekt ovog oblika (vrste) silovanja, mogu uvek da budu kako lica različitog pola, tako i osobe istog pola, ako bi se prihvatilo *ekstenzivno shvatanje drugog sa obljubom izjednačenog čina*, kao što je to na primer, slučaj u Austriji.

Ako bi se prilikom definisanja „drugog sa obljubom izjednačenog čina“, pošlo od *restriktnog shvatanja*, kao ipak adekvatnijeg rezonovanja, koje više odgovara „intenciji“ zakonodavca, naročito imajući u vidu „istoriju“ sada važeće inkriminacije silovanja, a u kontekstu nekadašnjeg krivičnog dela protivprirodnog bluda, tada bi se svakako moralo raditi o licima različitog pola, ili bi bila moguća samo „jedna istopolna varijanta“, što znači da bi se moglo raditi i o licima isključivo muškog pola.

Naime, kako restriktivno shvatanje drugog sa obljubom izjednačenog čina svakako podrazumeva da se radi prodiranju muškog polnog organa u analni ili oralni otvor, to znači da akteri ovakve radnje mogu alternativno da budu: 1) lica *različitog pola* ili 2) lica koja su oba *muškog pola*. Treća varijanta u ovom slučaju nije moguća. To znači da nije moguće da žena sa ženom ostvari drugi sa obljubom izjednačeni čin, ako se on shvati restriktivno kao „prodiranje muškog polnog organa u analni ili oralni otvor“.

Kako smo se već prethodno opredelili za restriktivno shvatanje „drugog sa obljubom izjednačenog čina“, kao što se za to shvatanje argumentovano zalaže Z. Stojanović,⁶⁰ a u prilog čega govori i prethodno objašnjeno načelno limitiranje preširokog tumačenja, principijelnim imperativom ispoljavanja pojačanog stepena opreznosti/uzdržanosti prilikom interpretiranja krivičnopravnih normi koje bi se suviše „približilo“ analogiji (načelo zakonitosti),⁶¹ smatramo da *nije moguć drugi*

59 Z. Stojanović: *ibid.*, p. 436.

60 Z. Stojanović: *ibid.*, pp. 436–437.

61 M. Škulić /2010/: *op. cit.*, pp. 73–74.

sa obljubom izjednačeni čin između dva lica ženskog pola. To dakle, znači da, ukoliko bi izvršilac ženskog pola drugu ženu prinudio na određeni seksualni čin, poput oralnog seksualnog odnosa, guranja nekog predmeta ili prstiju u vaginalni ili oralni otvor pasivnog subjekta, tada se ipak ne bi radilo o silovanju, već bi postojalo krivično delo nedozvoljenih polnih radnji propisano u članu 182. stav 1. Krivičnog zakonika.

4. OBLIK KRIVICE KOD SILOVANJA

Iz prirode silovanja kao krivičnog dela, proizlazi da se ono može izvršiti samo sa umišljajem i to isključivo sa direktnim umišljajem.

Kod učinioca mora postojati svest o prinuđavanju na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin tj. učinilac mora posedovati svest da pasivni subjekt ne pristaje na obljubu, odnosno ne pristaje na čin koji je sa obljubom izjednačen, već do toga dolazi protiv volje pasivnog subjekta. U starijoj krivičnopravnoj literaturi se ovo objašnjavalo na nešto drugačiji način: „Učinilac treba da zna da savlađuje otpor. Ukoliko mu se čini da otpor nije ozbiljan (*vis haud ingrata*), nema umišljaja.“⁶² U stvari, otpora kod silovanja i ne mora uvek i svakako da bude, mada on inače, u praksi najčešće postoji. Naime, ako se prinuda sastoji u pretnji, onda pasivni subjekt ne mora ni da ispolji bilo kakav otpor, već je dovoljno da ne pristaje na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, ali je takva njegova volja potom, modifikovana, odnosno promenjena delovanjem pretnje. Pretnja tada kao oblik prinude slama volju pasivnog subjekta i on se uopšte ni ne upušta u aktivno pružanje otpora. I onda kada je otpor prvobitno ispoljen, s njim se može prestati, bilo pod uticajem pretnje, bilo usled ispoljene sile, odnosno zahvaljujući primenjenoj prinudi, a do toga može doći i usled određenih psihofizičkih faktora, poput umora žrtve, gubljenja snage, osećaja bezizlaznosti i potpune bespomoćnosti i sl.

Učinilac krivičnog dela silovanja mora biti svestan svog dela i hteti njegovo izvršenje (direktni umišljaj), što znači da kod njega u konkretnoj situaciji mora postojati svest (*intelektualni element* direktnog umišljaja), da pasivni subjekt ne pristaje dobrovoljno na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, već da do toga dolazi usled primenjene prinude, a što učinilac i hoće (*voluntativni element* direktnog umišljaja). U subjektivnom smislu nije potrebno postojanje neke specifične namere izvršioca krivičnog dela silovanja, već je dovoljno da kod njega postoji direktni umišljaj.⁶³

62 J. Šilović i S. Frank /1929/: *Krivični zakonik za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca*, Jugoslavenska štampa D.D., Zagreb, p. 200.

63 Inače, u životnom i laičkom smislu često se *poistovećuju umišljaj*, a naročito *direktni umišljaj i namera*, ali se tu, kada je reč o srpskom krivičnopravnom sistemu, svakako *ne radi o sinonimima*. Više o tome: V. Bajović /2013/: *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, pp. 40–45.

Namera u srpskom krivičnom pravu podrazumeva jedno posebno ciljno usmeravanje u subjektivnom smislu, tako što se njome „pojačava“ i dodatno precizira direktan umišljaj, koji svakako mora postojati kada se radi o krivičnim delima čije je bitno obeležje i takav poseban subjektivan element, što naravno, nije slučaj kada je reč o krivičnom delu silovanja. U nekim krivičnim pravima ona predstavlja poseban oblik krivice, koji se najčešće poistovećuje sa umišljajem, kao što

5. POKUŠAJ SILOVANJA

U pogledu pokušaja krivičnog dela silovanja u praksi se javljaju značajni problemi, „pre svega u pogledu razgraničenja sa pripremnim radnjama (koje bi, inače, u određenim slučajevima mogle biti kažnjive kao krivično delo prinude)“, a u načelu je (naravno, ovde u kontekstu tada važeće inkriminacije „klasičnog silovanja“), prihvatljiv stav da „pokušaj postoji onda kada je upotrebljena sila ili kvalifikovana pretnja u cilju da se izvrši obljava.“⁶⁴ Ukoliko je potpuno jasno da je osnovna svrha upotrebljene sile ili pretnje bila usmerena na vršenje oblube ili sa obljubom izjednačenog čina (na primer, od pasivnog subjekta se zahteva da se skine, ili se ono nasilno skida, cepa mu se odeća, verbalno se izražava namera vršenja oblube, odnosno sa obljubom izjednačenog čina i t. sl.), u pitanju je naravno, funkcionalna prinuda usmerena na obljudu ili upravljena na čin koji je sa obljubom izjednačen i tada postoji pokušaj silovanja. Ovde se u stvari, termini „cilj“ ili „svrha“ u odnosu na obljudu ili sa obljubom izjednačeni čin, poistovećuje sa *voluntativnim elementom direktnog umišljaja*. To praktično znači da pokušaj silovanja postoji kada je umišljaj učinioca, koji započinje sa određenim radnjama prinude, tako što primenjuje silu ili pretnju da će neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta, ili njemu bliskog lica, usmeren na prinudno ostvarenje oblube ili sa obljubom izjednačenog čina. Prinuda se po pravilu, ne započinje u bilo kojem drugom cilju, već je svrha započete prinude da se zahvaljujući njoj u odnosu na pasivnog subjekta ostvari obljava ili sa obljubom izjednačeni čin.

Ukoliko je cilj započete ili već realizovane prinude proširen, tako da se ona istovremeno ili paralelno odnosi i na ostvarenje neke druge radnje, koja je bitni element nekog drugog krivičnog dela, poput na primer, oduzimanja tuđe pokretne stvari u nameri da se njenim prisvajanjem sebi ili drugom pribavi protivpravan imovinska korist (razbojništvo), ali se pri tom, u isto vreme prinudom teži i ostvarenju oblube ili sa obljubom izjednačenog čina i tada će se raditi o pokušaju silovanja. Ovo je tako naravno, ukoliko u ovom primeru do oblube ili sa obljubom izjednačenog čina nije došlo, a u ovom slučaju može postojati i sticaj pokušaja silovanja sa svršenim krivičnim delom razbojništva, odnosno postojaće bar sticaj pokušaja silovanja i pokušaja razbojništva.

Ukoliko sila ili pretnja nisu direktno usmerene na izvršenje prinudne oblube, odnosno prinudnog sa obljubom izjednačenog čina, tada treba razjasniti da li su

je na primer, od nedavno (čini se neporavdano), učinjeno u KZ-u Hrvatske. Suprotno ovome, u većini drugih evropskih krivičnih prava se, kao i našem krivičnom pravu, razlikuju *umišljaj* i *namera*. Tako se na primer u nemačkom krivičnom pravu, razlikuju kao posebni, mada naravno, usko povezani krivičnopravni pojmovi – *umišljaj (Vorsatz)* i *namera (Absicht)*.

Inače, namera se u nemačkom krivičnom pravu teorijski pretežno označava kao *posebna vrsta umišljaja*, odnosno *najteža forma umišljaja*, ili „umišljaj prvog stepena“. Neki autori razlikuju i nameru koja je oblik umišljaja (*Absicht*) i „specijalnu“ nameru koju označavaju kao posebnu nameru (*besondere Absicht*), a koja je imanentna pojedinim krivičnim delima (element njihovog „subjektivnog bića“), poput namere da se oduzeta stvar protivpravno prisvoji, kada je reč o krađi. Više o tome: J. Wessels und W. Beulke: *op. cit.*, pp. 77–78.

64 J. Šilović i S. Frank: *op. cit.*, p. 176.

bile u pitanju radnje upravljene na stvaranje uslova da se izvrši silovanje, ili da se olakša njegova realizacija, odnosno da se omogući prinudna obljuba ili prinudni sa obljubom izjednačeni čin – na primer, prinudno delovanje na pasivnog subjekta, njegovo vezivanje ili odvođene na neko izolovano i „kontrolisano“ mesto i sl., pa ukoliko se to utvrdi, postojaće pokušaj silovanja. Ključni element je ipak utvrđivanje postojanja odgovarajuće svesti učinioca i posebno njegove volje da takvim radnjama, tj. upotrebom takve sile ili pretnje, omogući sebi izvršenje obljube ili čina koji je sa obljubom izjednačen. U stvari, umišljaj učinioca, koji mora biti direktan, jer je nemoguće silovanje sa eventualnim umišljajem, treba da bude usmeren ka ostvarenju obljube ili čina koji je sa obljubom izjednačen, uz korišćenje određene prinude.

U sudskoj praksi se kao značajan problem postavlja razgraničenje pokušaja silovanja od izvršenja nedozvoljenih polnih radnji (nekadašnje bludne radnje). Načelno je potpuno jasan kriterijum razgraničavanja ova dva krivična dela i on se sastoji u određivanju umišljaja učinioca. Ako je umišljaj bio upravljen na prinudnu obljubu ili prinudni sa obljubom izjednačeni čin, radiće se o pokušaju silovanja, a ako se umišljaj odnosio na izvršenje nedozvoljene polne radnje, postojaće to krivično delo. Naravno, u praksi se to ne može uvek jasno razgraničiti, jer je u pitanju *questio facti* prilikom čijeg rešavanja se moraju uzeti u obzir i pažljivo analizirati sve subjektivne i objektivne okolnosti konkretnog slučaja.

6. POSEBAN OBLIK SILOVANJA – KADA SE PRINUDA SASTOJI U UCENJIVAČKOJ PRETNJI ILI PRETNJI DRUGIM TEŠKIM ZLOM

Poseban oblik silovanja, odnosno njegov drugi osnovni oblik postoji kada se radi o određenoj vrsti pretnje, koja je usmerena prema pasivnom subjektu u cilju njegovog prinuđavanja na obljubu ili sa obljubom izjednačen čin. Ovaj oblik silovanja je lakši oblik ovog krivičnog dela, koji predstavlja „modifikovano i sa novom koncepcijom silovanja usaglašeno, ranije krivično delo prinude na obljubu ili protivpravni blud iz člana 104. KZS“, gde razlika postoji „samo u pogledu oblika prinude koji se koristi da bi se izvršila obljuba ili sa njom izjednačeni čin.“⁶⁵

Pretnja kod posebnog oblika silovanja (član 178. stav 2. KZ-a), nije usmerena kao kod osnovnog oblika silovanja (član 178. stav 1. KZ-a), na život ili telo, bilo pasivnog subjekta, bilo njemu bliskog lica, već se u izgled stavljaju druge vrste zla, što alternativno može da bude: 1) pretnja da će se za pasivnog subjekta ili njemu blisko lice otkriti nešto što bi škodilo njegovoj časti ili ugledu (*ucenjivanje pasivnog subjekta*) ili 2) pretnja drugim zlom koje ima odgovarajući „kvalifikovani“ karakter, što znači da se može smatrati *teškim zlom*.

Prva varijanta posebnog oblika silovanja se realizuje specifičnom pretnjom, te se svodi na svojevrsnu ucenu. Ovaj oblik silovanja postoji ako je osnovni oblik silovanja učinjen pretnjom da će se pasivnog subjekta ili njemu blisko lice otkriti

65 Z. Stojanović /2017/: *op. cit.*, p. 441.

nešto što bi škodilo njegovoj časti ili ugledu. Na primer, izvršilac preti da otkrije nešto iz prošlosti pasivnog subjekta, ili uopšte iz njegovog života, a što bi ga degradiralo, ponizilo ili izložilo sramoti, poput bavljenja prostitucijom, odavanje nekim „porocima“ i sl.

Druga varijanta posebnog oblika silovanja postoji kada se pasivnom subjektu preti drugim teškim zlom. Ovo predstavlja „generalnu klauzulu“, koju „treba tumačiti tako da se, s jedne strane ne radi o onome čime se preti kod osnovnog oblika silovanja, a s druge strane, da se radi o pretnji takvim zlom koje je po svojoj težini podobno da prinudi pasivnog subjekta na obljubu ili neki drugi sa njom izjednačeni čin“, što znači da „to zlo, iako se ne odnosi na neposredan napad na život pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica, mora biti zlo koje nije u bitnoj meri manje teško.“⁶⁶ To može da bude i pretnja da će se napasti na život ili telo, „ali ne neposredno nego posle izvesnog vremena,“ a pri tom, „može se odnositi i na neka druga dobra pasivnog subjekta, poput imovine veće vrednosti“, kao kada „na primer, učinilac preti da će zapaliti kuću pasivnom subjektu.“⁶⁷

7. TEŽI OBLICI SILOVANJA

Krivično delo silovanja ima nekoliko težih oblika i jedan najteži oblik.

Teži oblik silovanja postoji kada je osnovni oblik ovog krivičnog dela izvršen uz postojanje neke od sledećih alternativno propisanih kvalifikatornih okolnosti:

- 1) nastupanje teže posledice – ako je usled dela izvršenja silovanja nastupila teška telesna povreda lica prema kojem je delo izvršeno,⁶⁸
- 2) sticaj izvršilaca – ako silovanje izvršeno od strane više lica,
- 3) posebno težak način izvršenja – ako je silovanje izvršeno na naročito svirep ili naročito ponižavajući način,
- 4) svojstvo pasivnog subjekta – ukoliko je silovanje izvršeno prema maloletnom licu ili
- 5) nastupanje posebne posledice – ako je silovanje imalo za posledicu trudnoću.

Najteži oblik silovanja postoji ako je usled dela nastupila smrt pasivnog subjekta ili je delo učinjeno prema detetu, tj. licu koje u vreme izvršenja nije navršilo 14 godina.

66 Z. Stojanović: *ibid.*, p. 441.

67 Z. Stojanović /2010/: *Komentar Krivičnog Zakonika Crne Gore*, Ministarstvo pravde Crne Gore i Misija OEBS-a u Crnoj Gori, Podgorica, p. 447.

68 Prema stavu sudske prakse (*Presuda Okružnog suda u Beogradu K. br. 139/83 i Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. br. 104/84*), karakter teške telesne povrede je imao i nasilan prekid prve trudnoće kada je oštećena prilikom nasilne oblube ostala gravidna, ne samo zbog otvaranja jednog organa, nego i zbog mogućih daljih posledica u pogledu mogućnosti sticanja potomstva. Inače, ovo pitanje je izgubilo svoj praktičan značaj već posle donošenja ZID KZ/02, jer je tada kao kvalifikatorna okolnost predviđeno i samo nastupanje trudnoće, što je potom zadržano i u novom sada važećem Krivičnom zakoniku Srbije.

7.1. *Oblik krivice izvršioca silovanja u pogledu nastupanja teže posledice i neki praktični problemi u odnosu na tešku telesnu povredu i smrt kao težu posledicu silovanja*

Uvek kada je kvalifikatorna okolnost kod silovanja nastupanje teže posledice, poput teške telesne povrede pasivnog subjekta ili njegove smrti, potrebno je da izvršilac u odnosu na težu posledicu ispolji nehat kao oblik krivice, a ako je postupao sa umišljajem, tada bi postojao sticaj silovanja i teške telesne povrede, odnosno silovanja i ubistva ili teškog ubistva.⁶⁹ Takođe se kao teška telesna povreda može ispoljiti i teško oštećenje duševnog zdravlja oštećene.⁷⁰

Već je objašnjeno da u slučajevima kada je kvalifikatorna okolnost sadržana u težoj posledici, neophodno je da u odnosu na nju kod učinioca postoji nehat, jer bi u suprotnom slučaju (ako bi kod učinioca postojao umišljaj), radilo bi se o sticaju silovanja i teške telesne povrede, odnosno sticaju silovanja i ubistva. U praksi su se javljale određene specifične situacije u pogledu utvrđivanja postojanja nehata u odnosu na težu posledicu (na primer, žrtva da bi izbegla silovanje skače sa sprata, ili iz vozila u pokretu zbog čega dolazi do njene smrti ili teške telesne povrede), a u takvim situacijama se teško može zauzeti generalni stav, već ih treba rešavati u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja, tj. treba utvrditi da li se teža posledica može pripisati nehata učinioca.⁷¹ Neophodno je nakon pažljive procene svih relevantnih okolnosti proceniti da li je učinilac mogao na određeni način predvideti reakciju svoje žrtve koja će dovesti do određene posledice (teške telesne povrede ili smrti), te da je kod njega u odnosu na tu posledicu postojao nehat.

U većini ovakvih situacija silovanje ostaje u pokušaju, mada je moguće da je ono bilo već i započeto. Ukoliko je došlo do pokušaja silovanja, a usled specifičnog načina otpora pasivnog subjekta, odnosno njegovog pokušaja da na primer, skakanjem sa sprata ili iskakanjem iz vozila u pokretu i t. sl., spreči silovanje, došlo do njegove telesne povrede ili smrti, postavlja se pitanje da li je moguće postojanje krivičnog dela kvalifikovanog težom posledicom ukoliko je osnovno krivično delo ostalo u pokušaju, ali je usled tog pokušaja došlo do teže posledice. Iako u teoriji postoje različita shvatanja, sudska praksa se opredelila za stav da je to moguće, što se može smatrati prihvatljivim (mada se može braniti i mišljenje da u takvim situacijama postoji sticaj između pokušaja silovanja i ubistva iz nehata, odnosno teške telesne povrede iz nehata).⁷² Tako na primer: „Kada oštećena, koju je učinilac počeo da tuče da bi je prinudio na obljubu, da bi se odbranila, iskoči iz stana učinioca kroz prozor i tom prilikom zadobije tešku telesnu povredu, radi se o pokušaju dela iz st. 2. čl. 103. KZS.⁷³ „ Optuženi je pokušao da prinudi na obljubu oštećenu upotrebom

69 M. Škulić /2003/: *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, Dosije, Beograd, pp. 421–423.

70 Presuda Okružnog suda u Beogradu K. br. 14/88.

71 Z. Stojanović i O. Perić: *op. cit.*, p. 176.

72 Z. Stojanović i O. Perić: *ibid.*, p. 177.

73 Prema tadašnjoj zakonskoj sistematici, ovde se radilo o težem obliku silovanja, gde je osnovni oblik silovanja kvalifikovan usled prouzrokovanja teže posledice u vidu nastupele teške telesne povrede kod pasivnog subjekta, tj. ženskog lica koje je prema tada važećem zakonskom rešenju, jedino i moglo biti pasivni subjekt krivičnog dela silovanja.

sile, tako što je oštećenu koju je od ranije poznao namamio u svoj stan, pa počeo da je tuče i zahteva da se skine da bi sa njom obavio polni odnos, a da bi se odbranila ona je iskočila kroz prozor na visini od 3 metra i pri tom zadobila prelom petne kosti, što je kvalifikovano kao teška telesna povreda. Takve radnje optuženog pravilno su kvalifikovane kao krivično delo silovanja u pokušaju iz člana 103. stav 2. u vezi člana 19. KZJ.⁷⁴ Čini se da je prethodno objašnjeni stav tadašnje sudske prakse imao svoje kriminalnopolitičko opravdanje, jer je teža posledica u ovakvim situacijama proizlazila iz pokušaja silovanja i nagonске potrebe žrtve da se tom pokušaju odupre na način koji je u datoj situaciji njoj izgledao kao najadekvatniji.

7.2. *Nastupela trudnoća kao teža posledica silovanja*

Kada se radi o trudnoći kao posledici silovanja, tada kod učinioca može postojati bilo koji relevantan oblik krivice, kako nehat, tako i umišljaj, to ništa ne menja sa stanovišta ispunjenosti uslova za postojanje ovog kvalifikovanog oblika silovanja, jer sama po sebi, prouzrokovanje trudnoće ne predstavlja krivično delo, ali ako je učinilac umišljajno doveo do trudnoće silovane žene, to bi svakako imalo značaj otežavajuće okolnosti.

Nastupela trudnoća usled prinudno ostvarene oblube, tj. kao jedan od ishoda silovanja, što je u smislu sada važeće inkriminacije, jedna od alternativno propisanih težih posledica ovog krivičnog dela, predstavlja veoma specifičan vid kvalifikatorne okolnosti. U pitanju je svakako posebna i veoma specifična teža posledica, koja po logici stvari, ostavlja teške psihičke posledice u odnosu na žrtvu silovanja. Naime, većina žena doživljava trudnoću i rađanje deteta kao poseban vid izražavanja svoje ženstvenosti i ispunjenja ličnosti, a ako se trudnoća javi kao posledica prinudne oblube, to u duši žrtve neminovno izaziva snažne psihičke lomove, koji se posebno potenciraju ukoliko se žrtva odluči da abortira, s tim da se sve posledice nasilnog prekida trudnoće u ovakvom slučaju, a naročito akutne ili hronične bolesti i posebno mogućnost steriliteta i sl., moraju tumačiti kao otežavajuće okolnosti prilikom odmeravanja kazne učiniocu silovanja.

Kao što je već objašnjeno važeća zakonska definicija silovanja u njegovom klasičnom obliku (prinudna obluba), omogućava kako onu varijantu koja je u praksi daleko najčešća, a to je kada muškarac siluje ženu, tako i drugu varijantu, u praksi svakako ekstremno retku (u Srbiji od 2005/2006. godine, tj. od stupanja na snagu i primene novog Krivičnog zakonika, do danas još uvek nezabeleženu), a to je da žena siluje muškarca. Postavlja se pitanje da li je u ovoj varijanti silovanja moguć teži oblik ovog krivičnog dela, kvalifikovan nastupanjem trudnoće usled prinudne oblube. Na prvi pogled i po logici stvari, tada se, ni ukoliko bi u takvom slučaju došlo do trudnoće žene koja je izvršila silovanje muškaraca, ipak ne bi radilo o težem obliku silovanja iz člana 178. stav 3. Krivičnog zakonika, već bi postojao samo osnovni oblik krivičnog dela silovanja.

74 Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. br. 1660/97 od 21. januara 1999. godine. U citiranoj odluci se navode relevantne odredbe nekadašnjeg Krivičnog zakona Srbije (inkriminacija težeg oblika silovanja) i Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije (pokušaj krivičnog dela).

Čini se da je i zakonodavac prilikom formulisanja ovog težeg oblika silovanja, odnosno nastupele trudnoće usled prinudne obljuje, pre svega, ako ne i isključivo, mislio na nastupelu bremenitost pasivnog subjekta silovanja, što znači isključivo žene koju je silovao muškarac. To bi proizašlo i iz relativno skorašnjeg „istorijata“ ove varijante težeg oblika silovanja, jer je ona uneta još u ranije važeći Krivični zakon Srbije (ZID KZ/02), kada je silovanje i inače bilo definisao na „klasičan“ način kao prinudna obljava koju muškarac vrši u odnosu na ženu.

Međutim, u čisto jezičkom smislu, ali i iz nekih drugih razloga, zasnovanih na logičkoj analizi ovakve situacije, te i na odgovarajućem kriminalno-političkom rezonu, ostaje prostor i za drugačije tumačenje, jer zakonodavac uopšte ne zahteva da je trudnoća nastupila kod pasivnog subjekta, već je dovoljno da je usled silovanja (a to u ovom slučaju, svakako mora biti isključivo prinudna obljava, a ne i sa obljobom izjednačeni čin), došlo do trudnoće. To bi značilo da je usled takve prinudne obljuje zatrudnela bilo žrtva silovanja, odnosno pasivni subjekt, bilo izvršilac ovog krivičnog dela, ako se radi o u praksi ekstremno retkoj varijanti da je *žena silovala muškarca*. Na prvi pogled, čini se da ipak nema razloga da u takvoj situaciji postoji teži oblik silovanja, ali bi se moglo smatrati i da neki razlozi ipak govore tome u prilog, odnosno da postoje ozbiljni argumenti u prilog shvatanju da bi i u ovom slučaju postojao teži oblik silovanja – kvalifikovan nastupelom trudnoćom i to ne pasivnog subjekta, već izvršioca ove vrste silovanja.

Naime, ako bi žena koja je na ovakav način zatrudnela, potom rodila dete (a to je čak i u ovoj situaciji, njeno neprikosnoveno pravo, bez obzira što je do trudnoće došlo zahvaljujući izvršenom krivičnom delu), onda bi silovani muškarac, koje je tako mimo svoje volje i „na silu postao i otac“, morao i bez obzira što je otac postao izvršenjem krivičnog dela i protiv svoje volje, da snosi i određene materijalne posledice takvog srodničkog odnosa, tj. bio bi dužan da snosi troškove izdržavanja deteta shodno pravilima porodično-pravnog zakonodavstva, a naročito u kontekstu prihvaćenog pravila da se poštuje *najbolji interes deteta*. Ovako tumačenje bi posebno imalo smisla ukoliko je u ovom slučaju do trudnoće došlo sa svešću i voljom izvršioca, a naročito ako je takav izvršilac (koji je ženskog pola u ovoj varijanti silovanja), krivično delo silovanja i izvršio *ciljno*, što znači da bi baš na takav način, tj. usled prinudne obljuje, došlo do trudnoće.

Inače, o ovom pitanju je već pisano u našoj krivičnopravnoj literaturi, pa se tako zaključuje da; „s obzirom da i žensko lice može izvršiti krivično delo silovanja nad muškarcem, moglo bi se postaviti pitanje da li postoji kvalifikovani oblik krivičnog dela ukoliko je trudnoća nastupila kod izvršioca ovog krivičnog dela“, te da „u odgovoru na ovo pitanje treba imati u vidu da zakonodavac za kvalifikovani oblik zahteva da je delo imalo za posledicu trudnoću, ne precizirajući čiju trudnoću, izvršioca ili pasivnog subjekta.“⁷⁵ Takođe se konstatuje i da „momentom začeca deteta, odnosno momentom nastanka trudnoće“ nastupaju i „neka porodična, odnosno nasledna prava sa kojima pasivni subjekt apsolutno nije saglasan, jer nije bio saglasan ni sa obljobom“, tako da i iz tih razloga treba smatrati da će postojati

75 V. Delibašić, *Krivično delo silovanje*, Arhiv za pravne i društvene nauke, broj 1–2, Beograd, 2009, pp. 75–76.

kvalifikovani oblik krivičnog dela silovanje i u slučaju da je delo imalo za posledicu trudnoću izvršioca,⁷⁶ koji je ženskog pola, a naravno, u takvoj varijanti silovanja, pasivni subjekt je svakako muškog pola.

7.3. Zarazna bolest kao teža posledica silovanja

Kada je u pitanju zarazna bolest kao teža posledica silovanja, tu se pre svega misli na polno prenosive bolesti (venerične bolesti), ali i sve druge teže zarazne bolesti koje se prenose seksualnim kontaktom (a naročito kontaktom telesnih tečnosti), ali i uopšte telesnim kontaktom do kojeg je došlo tokom izvršenja krivičnog dela silovanja.

Slično, kao što smo već objašnjavali (a što ima uporište u sudskoj praksi), smatramo da je ovaj teži oblik moguć i ukoliko je osnovni oblik izvršenja ostao u pokušaju, s tim da je i tada, neophodno utvrditi kauzalnu vezu između radnje pokušaja silovanja i nastupanja teže zarazne bolesti kao posledice tog pokušaja.

7.4. Način izvršenja silovanja kao kvalifikatorna okolnost

Po logici stvari svako silovanje predstavlja veliko poniženje za žrtvu, a ono podrazumeva i određeni stepen svireposti, jer se njegovim izvršenjem vrši snažan atak na pravo slobodnog izbora polnog partnera, odnosno partnera za obljudu ili čin koji je sa obljudom izjednačen, od strane pasivnog subjekta, te se svakako narušava važan aspekt slobode ličnosti u opštem smislu, uz po pravilu, istovremeno specifično povređivanje i telesnog integriteta i sl. Međutim, u nekim slučajevima su svirepost ili poniženje prilikom izvršenja silovanja, odnosno kao elementi načina izvršenja ovog krivičnog dela, prisutni u takvom stepenu, da postaju posebna kvalifikatorna okolnost.

Silovanje na naročito ponižavajući način postoji na primer, „kada se vrši u prisustvu drugih lica, a naročito u prisustvu članova porodice žrtve, kada se preko žrtve mokri ili se ona posipa prljavim tečnostima, kad se žrtva prinudava da pre započinjanja obljudbe ili sa obljudom izjednačenog čina,⁷⁷ peva, igra ili na drugi način „zabavlja“ učinioca dela i sl.“⁷⁸

8. SILOVANJE IZVRŠENO OD STRANE VIŠE LICA I NEKI ASPEKTI PROBLEMA SAUČESNIŠTVA KOD SILOVANJA

Kada je u pitanju kvalifikatorna okolnost koja se odnosi na broj izvršilaca krivičnog dela, potrebno je da silovanje izvrše najmanje dva izvršioca. Prema jednom shvatanju, pojam „više lica“ je „uži od pojma saizvršilaštva u smislu člana 22. KZ SRJ“ (nekada važeći Krivični zakon Jugoslavije), tako da se tu „ne traži saizvršilaš-

76 Ibidem.

77 Citirani autor ovde naravno, piše samo o „obljudbi“, jer to odgovara tadašnjoj zakonskoj definiciji silovanja, ali se ovaj stav, po logici stvari, a u kontekstu sada važeće zakonske definicije silovanja, može primeniti i u odnosu na čin koji je sa obljudom izjednačen.

78 Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 216.

tvo u obljudi, jer je obljudba po svojoj prirodi isključivo individualna⁷⁹ Po drugom shvatanju mora se svakako raditi o saizvršiocima, a pri tom je za ovaj kvalifikovani oblik silovanja dovoljno da svaki saizvršilac primenjuje samo deo radnje izvršenja.⁸⁰ Oba prethodno navedena shvatanja su iz vremena važenja ranijeg zakonskih rešenja, kako u odnosu na zakonsku definiciju silovanja, tako i u pogledu zakonskog rešenja koje se odnosilo na saizvršilaštvo. U kontekstu sadašnjih zakonskih rešenja, kako u odnosu na silovanje, tako i u pogledu zakonske definicije saizvršilaštva, moguća je i nešto drugačija „optika“ u odnosu na problem saučesništva uopšte, a posebno u pogledu saizvršilaštva kod krivičnog dela silovanja.

U stvari, čini se da ovo pitanje ipak nije u praksi preterano značajno, ali da iz analize relevantnih krivičnopravnih normi, kao i bića krivičnog dela silovanja mogu da se izvedu određeni zaključci kada u pogledu silovanja saizvršilaštvo postoji, odnosno može da postoji, a kada se ne radi o tom obliku saučesništva u širem smislu.

Saizvršilaštvo postoji prema članu 33. KZ Srbije, kada više lica, učestvovanjem u radnji izvršenja sa umišljajem ili iz nehata zajednički izvrše krivično delo, ili ostvarujući zajedničku odluku drugom radnjom sa umišljajem bitno doprinesu izvršenju krivičnog dela. Svako od tih lica se kažnjava kaznom propisanom za to delo.

Izvršilaštvo postoji pre svega ako neko lice preduzme radnju izvršenja krivičnog dela. Ako više lica preduzmu radnju izvršenja, oni se smatraju saizvršiocima, ali prema zakonskoj definiciji saizvršilaštvo može da postoji i kao odgovarajuće („izvršilačko“) učestvovanje na drugi način u krivičnom delu. To znači da saizvršilaštvo postoji u dva alternativno propisana slučaja: 1) kada više lica učestvovanjem u radnji izvršenja sa umišljajem ili ih nehata zajednički izvrše krivično delo i 2) kada više lica ostvarujući zajedničku odluku drugom radnjom (dakle radnjom, koja ne predstavlja radnju izvršenja), sa umišljajem bitno doprinesu izvršenju krivičnog dela.⁸¹ U oba slučaja je element brojnosti učinilaca, odnosno postojanja više lica prilikom realizacije krivičnog dela obavezan, ali u prvom slučaju ta lica učestvuju u radnji izvršenja krivičnog dela, dok u drugom slučaju, oni na neki drugi način, odnosno drugom radnjom, zajednički i sa umišljajem bitno doprinose izvršenju krivičnog dela, pri čemu to čine ostvarujući svoju zajedničku odluku.

Da bi kod silovanja postojalo saizvršilaštvo u smislu člana 33. Krivičnog zakona potrebno je da alternativno: 1) učinilac umišljajno (jer nema silovanja iz nehata), učestvuje u radnji izvršenja silovanja ili 2) na drugi način ostvarujući zajedničku odluku drugom radnjom, sa umišljajem bitno doprinese izvršenju krivičnog dela silovanja.

S obzirom na to da je, za razliku od nekadašnjeg zakonskog rešenja, kada je silovanje bilo definisano kao prinudna obljudba, sada silovanje moguće alternativno bilo kao prinudna obljudba, bilo kao drugi prinudni sa obljudom izjednačeni čin, gubi na značaju inače ispravna konstatacija da je „obljudba isključivo individualni

79 I. Simić i M. Petrović: *op. cit.*, p. 107.

80 Z. Stojanović i O. Perić: *op. cit.*, p. 177.

81 M. Škulić /2014/: Odnos organizovanog kriminaliteta u krivičnopravnom smislu i saučesništva, *NBP – nauka, bezbednost policija – žurnal za kriminalistiku i pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, broj 3/2014, Beograd, pp. 1–26.

čin“, te zbog toga u kontekstu ranije važećeg zakonskog rešenja, „nije moguće saizvršilaštvo kod silovanja“.⁸² Stoga, iako dva lica, po logici stvari, ne mogu zajednički učestvovati u radnji izvršenja koja je striktno – prinudna obljava, oni mogu da učestvuju u radnji izvršenja koja predstavlja drugi sa obljubom izjednačeni čin (na primer, zajedno primoravaju pasivnog subjekta na oralni seksualni odnos) ili da u isto vreme vrše kako prinudnu obljubu, tako i drugi prinudni sa obljubom izjednačeni čin (na primer, jedan (sa)izvršilac ostvaruje prinudnu obljubu, a drugi prinudni oralni seksualni odnos, što bi bio drugi sa obljubom izjednačeni čin), te na taj način deluju kao saizvršioci.

Da bi postojalo svršeno krivično delo silovanja, mora biti prinudno ostvarena bar jedna od dve alternativno propisane radnje; obljava ili sa obljubom izjednačen čin. Dakle u situaciji postojanja više učinilaca, tj. (sa)izvršilaca, bar jedan od njih mora koristeći silu ili pretnju da će se neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta, obljubiti pasivnog subjekta ili sa njim na takav način ostvariti drugi sa obljubom izjednačeni čin. Ostali akteri mogu biti odgovorni kao saizvršioci i onda kada oni sami nisu ostvarili ni obljubu, niti sa obljubom izjednačeni čin, već su (što je u skladu sa opštim krivičnopравnim pravilima koja se odnose na saizvršilaštvo – član 33. KZ-a), na drugi način ostvarujući zajedničku odluku drugom radnjom, sa umišljajem bitno doprineli izvršenju krivičnog dela silovanja.

Dakle takav saučesnik će se smatrati saizvršiocem silovanja, iako sam, tj. lično nije ostvario niti prinudnu obljubu, niti drugi prinudni sa obljubom izjednačeni čin, ako su kumulativno ispunjeni sledeći uslovi:

- 1) postojala je zajednička odluka svih (sa)izvršilaca da deluju na takav (sa) izvršilački način, što je *questio facti*, a mora se u subjektivnom smislu manifestovati i odgovarajućim oblikom tzv. (sa)izvršilačke volje;
- 2) konkretni saizvršilac je preduzeo radnju koja nije ni obljava ni sa obljubom izjednačeni čin,
- 3) tom radnjom se mora bitno doprineti izvršenju krivičnog dela silovanja, što bi po logici stvari, pre svega, bile radnje koje se sastoje u prinuđavanju pasivnog subjekta, odnosno delovanju na njega silom ili kvalifikovanom pretnjom, čime se omogućava da drugo lice kao izvršilac ostvari obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, ali bi u određenim situacijama (što bi se moralo veoma restriktivno tumačiti), pod opštim uslovima za postojanje saizvršilaštva preduzimanjem druge radnje, a ne radnje izvršenja, došle u obzir i neke druge radnje, te
- 4) saizvršilac mora postupati sa umišljajem, a po logici stvari, ovde bi se uvek radilo o direktnom umišljaju.

U praksi je često veoma teško razgraničiti slučajeve saizvršilaštva koji se ne svode na učestvovanje u radnji izvršenja od drugih oblika saučesništva – pre svega od pomaganja, a ponekad i od podstrekavanja. O ovom pitanju postoji više teorija u nekadašnjoj jugoslovenskoj krivičnopравnoj nauci, ali se jedna mešovita – objektiv-

no-subjektivna teorija, smatra najprihvatljivijom, kako u doktrini, tako i u sudskoj praksi.⁸³ Po njoj, ako je makar i delimično preduzeta radnja izvršenja, za postojanje saizvršilaštva se na subjektivnom planu zahteva jedino postojanje svesti o zajedničkom delovanju.

I u pogledu saizvršilaštva kod silovanja se mogu primeniti opšta zapažanja krivičnopravne teorije, pa tako, ukoliko neki od učesnika ne preduzimaju radnju izvršenja, već neke druge radnje kojima se omogućava delo, odnosno bitno doprinosi da delo nastane, smatraće se saizvršiocima ako kod njih postoji *volja da krivično delo zajednički izvrše*, a te radnje predstavljaju prirodnu i logičku celinu sa radnjama ostalih saizvršilaca. Smatra se da, ako neko nije preduzeo radnju izvršenja krivičnog dela, već neke druge radnje koje same po sebi, mogu biti radnje pomaganja, potrebno je da subjektivni element bude izražen „u jednoj intenzivnijoj formi“, pa čak i u formi izvršilačke volje“, kada je pri tom potrebno i postojanje zajedničke volje, a razlika između bitnog i običnog doprinosa, kada bi se radilo o pomaganju, temelji se na planu uzročne veze, tako da „običan doprinos“ nije *condicio sine qua non* za izvršenje krivičnog dela, dok *bitan doprinos* treba tako shvatiti.⁸⁴

Ovde se takođe može primeniti i klasično učenje nemačke krivičnopravne teorije, u kojoj se inače, saučesništvo objašnjava na nešto drugačiji način, nego u krivičnom pravu Srbije. U nemačkom krivičnom pravu se, kada je reč o učestvovanju više lica u jednom krivičnom delu, pravi razlika između *izvršilaštva* (*Täterschaft*) i *saučesništva* (*Teilnahme*), što znači da se „kao izvršilac krivičnog dela kažnjava onaj ko krivično delo izvrši sam (neposredno izvršilaštvo – *unmittelbare Täterschaft*) ili služeći se nekim drugim licem (posredno izvršilaštvo – *mittelbare Täterschaft*)“,⁸⁵ dok se onda kada se krivično delo učini (izvrši) zajednički od strane više lica, svaki takav učinilac, smatra saizvršiocem“ ili bukvalno prevedeno – saučiniocem (*Mittäter*).⁸⁶

83 Više o tome: Z. Stojanović /2014/: *Krivično pravo – opšti deo*, 21. izdanje, Pravna knjiga“ Beograd, pp. 268–270.

84 Z. Stojanović: *ibid.*, p. 269.

85 Našu krivičnopravnu terminologiju već duže vreme na svojevrsan način kvari ili čak osobeno „terminološki kontaminira“, baratanje najčešće u medijima, ali i od strane političara, pravnih laika, pa čak često i nedovoljno edukovanih (ili možda na nekim kursevima i tzv. treninzima „preedukovanih“), nosilaca pravosudnih funkcija, terminima koji nisu deo našeg pozitivnog krivičnog prava. Često se tako kod nas govori o „počiniocu“ krivičnog dela, iako naš zakonodavac ne poznaje termin „počinilac“, već pod „učiniocem“ podrazumeva izvršioca, saizvršioca, podstrekaca i pomagača.

Nemački termin „Täter“ se kod nas uobičajeno prevodi kao „učinilac“, mada bi u stvari, on mogao možda i adekvatnije da se prevede izrazom – „počinilac“, koji je kod nas praktično prodoro, verovatno pod uticajem nama jezički bliske hrvatske terminologije, koja se po tradiciji puno naslanja na germanizme. Inače, nemačka reč „begehen“, znači „počiniti“, što znači da „počinilac“ ni stoga nije idealan prevod nemačke reči „Täter“. U stvari, kako nemačka reč „Tat“ označava „delo“, odnosno „čin“, pravi prevod nemačke reči „Täter“ bi verovatno bio „delatnik“ (jer reči „činilac“ ili „čimbenik“ imaju drugo značenje u našem jeziku), što bi u stvari bio kroatizam, koji čak ni u hrvatskom jeziku (inače, veoma sklonom germanizmima), a kamoli u srpskom, nije uobičajen u krivičnopravnoj terminologiji. Izraz „počinilac“, ovde čak i prilikom prevođenja sa nemačkog ne koristimo, jer se sa stanovišta našeg prava, tu u stvari, a naročito kada je u pitanju podela na *neposredno* i *posredno* (učinilaštvo) tj. izvršilaštvo, radi o *izvršiocu* krivičnog dela, a u nekim situacijama bi u duhu naše krivičnopravne terminologije, pre u pitanju bio *učinilac*.

86 J. Wessels und W. Beulke: *op. cit.*, p. 170.

Sušтина ovog nemačkog pogleda na učestvovanje više lica u krivičnom delu, odnosno njegovom „ostvarenju“, je da se kod (sa)izvršilaštva radi o *sopstvenom* krivičnom delu, dok je kod saučesništva u pitanju odgovarajuće umišljajno doprinošenje *tuđem* krivičnom delu. Drugim rečima objašnjeno – „izvršilaštvo označava *sopstveno* ostvarenje bića krivičnog dela, što ne mora uvek biti i „svojeručno“ činjenje krivičnog dela (neposredno izvršilaštvo)“, već krivično delo može biti izvršeno i tako što se izvršilac „služi drugim licem“ (posredno izvršilaštvo), dok saučesništvo predstavlja učestvovanje u činjenju krivičnog dela nekog drugog lica, koji je tzv. glavni učinilac (*Haupttäter*).⁸⁷

Izvršilaštvo uvek podrazumeva *vlast nad delom* (*Tatherschaft*), što se odnosi kako na neposredno izvršilaštvo, tako i na posredno izvršilaštvo, kao jednu formu „izvršilaštva“.⁸⁸ Vlast (sa)izvršioca nad krivičnim delom je suština izvršilaštva u nemačkom pravu. Takva „vlast“ krivično delo čini „sopstvenim“, što je suština razlike između izvršilaštva, gde spada i saizvršilaštvo u smislu našeg pozitivnog prava i saučesništvo (što je u srpskom krivičnom pravu saučesništvo u užem smislu), u formi podstrekavanja ili pomaganja.

Shodno tome, saizvršiocom bi se se mogao smatrao i onaj (sa)učesnik silovanja, koji nije ostvario niti obljubu, niti sa obljubom izjednačeni čin, ali je umišljajno drugom radnjom, ostvarujući zajedničku odluku, doprineo izvršenju silovanja, što je i inače, zasnovano na zakonskom rešenju (član 33. KZ-a), u odnosu na saizvršilaštvo, a gde se u teorijskom smislu i uz oslonac na prethodno objašnjeno objašnjenje nemačke krivičnopravne teorije, može dodati, da je on, pri tom delo smatrao „svojim“, te na odgovarajući način „imao vlast nad delom“. To bi u stvari, bilo dodatno preciziranje zakonskih uslova koji se odnose, kako na *zajedničku odluku*, tako i na subjektivni odnos učinioca prema krivičnom delu, što se odnosi na umišljajno postupanje takvog saizvršioca. Kao što smo prethodno već objasnili, to bi po našem mišljenju, kada je reč o silovanju, ipak moralo biti primarno usmereno na radnje koje predstavljaju učešće u prinudi, tj. ispoljavaju se kao sila u odnosu na pasivnog subjekta ili pretnja da će se se neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica. Samo u određenim retkim situacijama bi u praksi došle u obzir i neke druge radnje, što znači one aktivnosti koje same po sebi, nisu oblici prinude, ali predstavljaju bitan doprinos izvršenju krivičnog dela, te se u odnosu na njih ispoljavaju i drugi neophodni uslovi da bi se one mogle smatrati saizvršilačkim radnjama. Druge radnje saučesnika, koje nemaju takav kvalitet, bi se pod određenim uslovima smatrale radnjama jednog oblika saučesništva u užem smislu, tj. bile bi najčešće radnje koje bi sa smatrale pomaganjem.

8.1. *Nekadašnje zakonsko rešenje i (ne)mogućnost saizvršilaštva kod silovanja definisanog na „klasičan“ način kao „prinudna obljuba“*

Saizvršilaštvo je prema odredbi člana 22. nekadašnjeg OKZ (a isto je bilo propisano decenijama u jugoslovenskom (saveznom) Krivičnom zakonu), postojalo kada više lica, učestvovanjem u radnji izvršenja ili na drugi način, zajednički učine krivič-

87 K. Kühl /2002/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Verlag Vahlen, München, p. 757.

88 H. H. Jescheck und T. Weigend /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, fünfte Auflage, Dundker & Humblot, Berlin, p. 663.

no delo. Da bi kod silovanja postojalo saizvršilaštvo u smislu člana 22. nekadašnjeg KZ SRJ, bilo bi potrebno da alternativno: 1) učinilac učestvuje u radnji izvršenja ili 2) da na drugi način zajednički sa drugim licem učini krivično delo.

Da li je bilo koji od tih (dva alternativno propisana) oblika bio moguć, s obzirom na prirodu silovanja u vreme važenja njegove „klasične“ definicije i karakter te inkriminacije? Čini nam se da to ipak nije bilo moguće, iako u našoj literaturi, postoje i suprotna shvatanja, koja su veoma uticajna i potiču od uglednih autora. Prihvatljivo je prethodno već objašnjeno shvatanje da je obljuba po svojoj prirodi isključivo individualna.⁸⁹ Naime, radnja izvršenja silovanja prema ranijem zakonskom rešenju nije bila ni prinuda sama po sebi, niti obljuba sama po sebi, već radnja koja kumulativno obuhvata obe te aktivnosti, tj. u pitanju je *prinudna obljuba*, odnosno *prinudni sa obljubom izjednačeni čin*.⁹⁰ Nije reč o prostom „zbiru obljuje i prinude“, nego o „obljubi izvršenoj korišćenjem prinude i o prinudi kojom se vrši obljuba“.⁹¹ Drugim rečima, prema radnji izvršenja, silovanje je „dvoaktno, nepravo složeno krivično delo koje obuhvata upotrebu prinude i vršenje obljuje“, tako da „između prinude i obljuje mora, postojati povezanost; prinuda treba da se vrši i cilju obljuje.“⁹² U opštem smislu, ovo proizlazi i iz pravila da učestvovanje više lica u izvršenju jednog krivičnog dela, stavlja pred teoriju krivičnog prava zadatak tačnog definisanja posebnih vidova tog učestvovanja, uz formulisane preciznih kriterijuma za nivoe međusobnog razgraničenja i razlikovanja.⁹³

Pošto je obljuba sama po sebi individualna aktivnost, odnosno radnja koja podrazumeva istovremeno učestvovanje samo dva lica (aktivnog i pasivnog aktera krivičnog dela), nije bilo moguće da u vreme važenja ranijeg zakonskog rešenja (silovanje kao *prinudna obljuba*), dva lica istovremeno sa trećim ostvare obljubu u njenom prirodnom (normalnom) smislu, već bi eventualno jedno lice moglo da bude akter obljuje, a drugo protivprirodnog bluda ili bludnih radnji i sl., što u ovom slučaju nije relevantno. Bilo je moguće i u vreme važenja ranijeg zakonskog rešenja, kao što je to u praksi slučaj kod ovog kvalifikovanog oblika silovanja, da jedno lice izvrši prinudnu obljubu, a da zatim to isto uradi i drugo lice, ili druga lica. Da li bi se oni mogli smatrati saizvršiocima u smislu nekadašnjeg člana 22. KZ SRJ? Smatramo da oni nisu bili saizvršiocci, jer njihove radnje izvršenja u krivičnompravnom smislu postoje samostalno i sukcesivno se smenjuju, a ne radi se o jednoj radnji izvršenja krivičnog dela, iz prostog razloga što je radnja izvršenja silovanja „prinudna obljuba“, a do takve obljuje u ovom slučaju dolazi više puta. Smatramo da je ovakva konstatacija ispravna bez obzira što je u pitanju isti događaj, jer te sukcesivne prinudne obljuje moraju u jednom logičkom smislu da budu vremenski pa i prostorno

89 H. H. Jescheck und T. Weigend: *ibid.*, p. 663.

90 Autori koje potom u ovom delu teksta citiramo, govore naravno, samo o odgovarajućoj *prinudnoj obljudi*, jer su oni o silovanju pisali u vreme kada je našem zakonodavstvu ovo krivično delo i bilo definisano suštinski kao obljuba do koje dolazi prinudno, dok su druge radnje (sada sa obljubom izjednačeni činovi), do kojih je došlo usled prinude, bile u vreme tada važećeg zakonodavstva, radnje izvršenja tadašnjeg krivičnog dela protivprirodnog bluda.

91 G. Marjanovik /1978/: *Predavanja po krivično pravo – Opšt del*, Novinsko izdavačka organizacija Studentski zbor, Skopje, p. 171.

92 Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 213.

93 G. Marjanovik: *op. cit.*, p. 221.

povezane, pošto bi u suprotnom postojalo više krivičnih dela silovanja, a ne kvalifikovani oblik jednog dela silovanja.

Čim se obavi prva prinudna obljuba postoji svršeno krivično delo silovanja, a sa svakom drugom takvom obljubom kod grupnog silovanja, postoji nova obljuba, ali u krivičnoppravnom smislu ne i novo krivično delo, već je tada u pitanju kvalifikovani oblik silovanja, gde je kvalifikatorna okolnost izvršenje krivičnog dela od strane više lica. Smatramo da ta lica strogo dogmatski posmatrano, iz objašnjenih razloga nisu saizvršioi, jer oni ipak ne učestvuju u istoj (istovetnoj) radnji izvršenja, bez obzira što je u pitanju jedno krivično delo silovanja, zbog čega se u zakonu i koristio termin „više lica“, koji ipak nije sinonim sa izrazom „saizvršioi“. Inače, čini se da u ovom slučaju ne postoji ni *nužno saizvršilaštvo*. Naime, nije sporno da je za ovaj teži oblik krivičnog dela silovanja neophodno da u ostvarenju krivičnog dela nužno učestvuje više lica (što prema shvatanju teorije predstavlja „nužno saizvršilaštvo“,⁹⁴ ali ne mogu da budu nužni saizvršioi,⁹⁵ učinioci koji (kako smo to prethodno objasnili) uopšte, s obzirom na karakter radnje izvršenja (njeno sukcesivno preduzimanje), nisu ni saizvršioi. Termin više lica u ovom slučaju ne označava da su oni saizvršioi, što znači da se ne može jednostavno zaključiti da „saizvršilaštvo postoji kada su dva ili više lica izvršioi krivičnog dela.“⁹⁶ U ovom slučaju dva ili više lica su izvršioi silovanja, ali oni, iz prethodno objašnjenih razloga, ne mogu da se smatraju saizvršiocima.

Da li je bilo moguće postojanje saizvršilaštva u njegovom drugom obliku propisanom u nekadašnjem članu 22. KZ SRJ – činjenje krivičnog dela zajedno sa drugim. Čini se da nije, a u tom pogledu postoji i čvrsto uporište u tadašnjoj sudskoj praksi, koja dosledno sve druge radnje kojima je neko učestvovao u silovanju, a koje ne predstavljaju obljubu (na primer, držanje žene tokom silovanja, pripremanje prostorije u kojoj će se delo odigrati, stavljanje automobila na raspolaganje i t. sl.),⁹⁷ tretira kao radnje pomaganja u izvršenju silovanja, odnosno kao radnje podstrekanja, ako su u pitanju aktivnosti kojima se kod izvršioca umišljajno izaziva ili

94 J. Tahović /1961/: *Krivično pravo – opšti deo*, Savremena administracija, p. 299.

95 Na prvi pogled izgleda da je u pitanju slučaj konvergentnog ili unilateralnog nužnog saizvršilaštva, kada se kod nekih krivičnih dela, delatnosti više lica u izvršenju jednog krivičnog dela kreću u istom pravcu, tako da svi „sudelovači“ teže istom cilju, kao na primer, kod pobune lica lišenih slobode, oružane pobune itd. Više o tome: J. Tahović: *ibid.*, p. 299.

96 M. Đorđević i Ž. Jovanović /1981/: *Krivično pravo – opšti deo*, Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd, p. 110.

97 U prilog ovome govori i jedan slučaj iz sudske prakse. Naime, lice koje je pomoglo maloletniku mlađem od 14 godina (dete) da izvrši silovanje, osuđeno je kao pomagač. U presudi Vrhovnog suda Srbije K. br. 31/95 od 23. februara 1996. godine ističe se: „Optuženi je krivično odgovoran kao saučesnik-pomagač u izvršenju krivičnog dela silovanja, bez obzira što maloletni izvršilac ovog krivičnog dela nije krivično odgovoran, jer odgovornost ne zavisi od toga da li je maloletni učinilac sam, bez njegove pomoći mogao to delo da izvrši. Pomagačke radnje kojima se tuđe delo pomaže, podržava ili olakšava njegovo izvršenje, predstavljaju doprinos ostvarivanju dela i ne moraju biti sa njim u kauzalnom odnosu, koji podrazumeva da bez tih radnji delo ne bi bilo realizovano. U konkretnom slučaju optuženi je nesumnjivo olakšao maloletnom učiniocu izvršenje dela i njegova radnja je zato predstavljala pomaganje u smislu tada važećeg člana 24. KZ SRJ, bez obzira da li bi maloletni učinilac i bez pomoći optuženog uspeo da delo izvrši, pa su žalbeni navodi optuženog i njegovog branioca i u tom pogledu lišeni svakog osnova.“

učvršćuje volja da izvrši silovanje. Dakle potrebno je da umišljaj takvog učinioca bude usmeren na podstrekavanje ili pomaganje, a ako je on primenjivao prinudu da bi i sam služeći se silom ili pretnjom ostvario obljubu, postojaće pokušaj silovanja.

Stoga nam se čini pogrešnim stav po kome „lica koja vrše prinudu ostvaruju jednu od radnji krivičnog dela, a ne pripremnu radnju“,⁹⁸ jer oni „to čine uglavnom radi zadovoljenja svog polnog nagona obljubom ili na drugi način, npr. voajerstvom, tako da „svaki od učesnika u prinudi i onda kada ne učestvuje ili ne može da učestvuje u obljubi izživljava neke senzacije u aktu silovanja i zato je saizvršilac, a ne pomagač.“⁹⁹ Ovakav stav nije imao svoje utemeljenje u nekada važećim zakonskim rešenjima koja su se odnosila, kako na radnju izvršenja silovanja, tako i na radnje koje se odnose na pomaganje, a posebno u odnosu na umišljaj lica koje preduzima određenu radnju. Kada bi se taj stav apriorno prihvatio, to bi značilo da kod silovanja praktično nisu mogući drugi oblici saučesništva, osim saizvršilaštva. Konačno, kada se kaže zadovoljenje polnog nagona „na drugi način“, time se praktično eliminiše mogućnost da takav učinilac odgovara za silovanje kao svršeno delo ili u pokušaju (osim kao pomagač ili podstrekač), jer njegov umišljaj nije upravljen na prinudnu obljubu, već ostvarenje drugog oblika seksualnog zadovoljstva. Tada bi se u stvari, u najvećem broju slučajeva, onda kada ne bi bili ispunjeni uslovi za postojanje saučesništva u silovanju, ostvarili bitni elementi krivičnog dela bludnih radnji.

Naime, radnja izvršenja silovanja u smislu nekadašnjeg zakonskog rešenja nije bila izolovano ni *prinuda*, niti naravno *obljuba*, već zajedno *prinudna obljuba*, a lice koje je primenilo prinudu, ali ni na koji način nije pristupilo obljubi zahvaljujući primenjenoj prinudi (sili ili kvalifikovanoj pretnji), moglo je da odgovara za pokušaj silovanja jedino ukoliko je njegov umišljaj bio upravljen na ostvarenje silovanja, te je iz tih razloga on prinudu i primenio (*funkcionalna prinuda*), ali iz nekog razloga do obljube ipak nije došlo. Ako je umišljaj tog lica bio isključivo usmeren ka pomaganju, odnosno pripremnim radnjama, ili eventualno podstrekavanju, on ne može da odgovara kao saizvršilac, te naravno, ne može da odgovara ni za pokušaj silovanja. Stav citiranih autora je posebno diskutabilan jer oni čak ističu da lica koja doprinose silovanju, a nisu izvršila obljubu, to čine „ugavnom“¹⁰⁰ radi zadovoljenja svog polnog nagona“, pa se kao primer ističe „voajerstvo“, te se na temelju toga, između ostalog, zasniva stav, da oni treba da odgovaraju kao saizvršioци.¹⁰¹ Međutim, to nije logično i čak bi u krajnjoj liniji bilo apsurdno, jer lice čiji umišljaj nije bio upravljen ka ostvarivanju prinudne obljube koju će sam (lično)

98 Nije u stvari, jasno ni zašto bi se ovde uopšte i govorilo o „pripreмноj radnji“, jer ako prinudu primenjuje lice koje samo „namerava“ da zahvaljujući prinudi, potom ostvari obljubu, tada bi postojao pokušaj, ukoliko uprkos što je realizovana prinuda, do obljube ipak nije došlo, a ako bi u ovom primeru prinudu ostvarivalo drugo lice (u kontekstu ranije važećeg KZ-a), da bi time omogućilo da neko drugi ostvari obljubu, ni tada se ne bi radilo o „pripreмноj radnji“, već bi takvo lice (prinudivač) postupalo kao pomagač.

99 Lj. Jovanović i D. Jovašević /2002/: *Krivično pravo – posebni deo*, Policijska akademija, Beograd, p. 158.

100 Podvukao M. Š.

101 Lj. Jovanović i D. Jovašević: *op. cit.*, p. 158.

ostvariti, nikako ne bi moglo sa stanovišta ranije važećeg zakonskog rešenja, da bude izvršilac odnosno saizvršilac, već bi odgovaralo po drugom krivičnopravnom osnovu (kao što je to prethodno objašnjeno), ukoliko su za to ispunjeni svi potrebni normativni uslovi. Pored toga, oblik njegove krivice, odnosno cilj preduzimanja određene radnje se ne može uopšteno i ovlaš određivati (atributom „uglavnom“), jer je reč o pitanjima koja imaju presudan krivičnopravni značaj u svakom konkretnom slučaju, te direktno utiču na određivanje krivičnopravnog svojstva učiniooca odnosno oblika njegovog učestvovanja u krivičnom delu, pa se kao takva uvek moraju precizno definisati.

U sudskoj je praksi, odnosno prema stavu najvišeg organa sudske vlasti na teritoriji Srbije (Vrhovni sud Srbije u vreme važenja nekadašnjeg ustavnog/zakonskog rešenja), inače jednostavnim tumačenjem (zasnovanom na osnovnom *kvantitativnom kriterijumu*, rešeno pitanje krivičnopravnih pojmova „više lica“, „grupa“ i „veći broj ljudi“, na sledeći način: „Kada se u krivičnom zakonu u opisu obeležja krivičnog dela upotrebljavaju izrazi „više lica“ i „veći broj ljudi“ onda treba podrazumevati: *više lica* kao najmanje dva lica; *grupa*, kao najmanje tri lica; *veći broj ljudi*, kao najmanje deset lica.¹⁰²

Inače, u našoj sudskoj praksi je prilikom utvrđivanja (ne)postojanja saizvršilaštva, još uvek veoma uticajna i koncepcija o „podeli rada“, pri čemu se poklanja posebna pažnja pitanju postojanja „prethodnog dogovora“ lica koje vrše krivično delo, uz uzimanje u obzir i stava određenog učesnika u događaju – saučesnika odnosno saizvršiooca, u pogledu toga da li delo „prihvata kao svoje“. Ilustrovaćemo to sledećim primerom: „...On je po prethodnom dogovoru sa ostalim učinioocima na bazi podele uloga preduzeo radnje koje su van bića ovog krivičnog dela, ali su bitni deo procesa njegovog izvršenja, pri čemu je samo izvršenje dela hteo kao svoje i kao zajedničko, tako da se njihovo svojstvo saizvršiooca ne može dovoditi u pitanje.“¹⁰³ Kao što smo prethodno objasnili, ovo zbog prirode silovanja koje shodno nekadašnjem zakonskom rešenju sadrži obljubu kao individualan čin koji se ostvaruje prinudno, po pravilu nije moguće, a u prethodnim primerima koje smo kritikovali, nije ni moguće prihvatiti da je lice koje je na primer, samo posmatralo silovanje i pri tom doživljavalo seksualno uzbuđenje, samim tim to delo doživelo kao svoje. Takođe, kada je u pitanju „prethodna podela uloga“ kod silovanja u kontekstu ranije važećeg KZ-a (kada je silovanje bilo definisano kao prinudna obljuba) ali bi isto bilo i sada kada se silovanje svodi na prinudnu obljubu ili prinudni sa obljubom izjednačeni čin, tada lica koja ne vrše obljubu, već je svojim radnjama pomažu (na primer, čuvajući stražu ili držeći pasivnog subjekta i t. sl.), u stvari prethodno preduzimaju ulogu pomagača, tj. saučesnika, tako da ni po tom osnovu, kao ni zbog prirode silovanja, ne mogu da budu tretirani kao saizvršiooci. U sudskoj praksi se u vezi ovoga, takođe zaključuje: „Zakon nabraja radnje pomaganja primera radi, tako da će sud u svakoj konkretnoj situaciji procenjivati koje radnje zaista potpomažu, omogućuju i olakšavaju izvršenje krivičnog dela.“¹⁰⁴

102 Pravno shvatanje Krivičnog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 31. maja 1993. godine.

103 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 1482/99 od 6.4.2000.

104 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 1711/98 od 18.5.1999.

9. NOVI OBLIK SILOVANJA – OBLJUBA BEZ PRINUDE, ALI I BEZ RELEVANTNE SAGLASNOSTI PASIVNOG SUBJEKTA – KOJI JE BIO PREDVIĐEN U NACRTU ZAKONA O IZMENAMA I DOPUNAMA KRIVIČNOG ZAKONIKA

Silovanje bez prinude, ali koje je pri tom, izvršeno i bez relevantnog pristanka pasivnog subjekta, nije u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, bilo formulisano kao novo posebno krivično delo protiv polne slobode, već je u pravno-tehničkom smislu, ono tada bilo definisao kao jedan poseban oblik silovanja.

U odnosu na ovakvo pravno-tehničko rešenje, moguće je navesti kako određene razloge koji ga favorizuju, tako i neke koji više idu u prilog formulisanju posebnog krivičnog dela ove vrste, koje bi se svelo na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, protivno volji pasivnog subjekta, odnosno žrtve takvog delikta.

9.1. *Razlozi koji idu u prilog svrstavanja „nevoljne obljube“ u vrstu silovanja (poseban/lakši oblik osnovnog krivičnog dela)*

U prilog svrstavanja „nevoljne obljube“ u vrstu silovanja može se navesti jednostavnost takve zakonske sistematike, pa i izbegavanje da se ovoj vrsti krivičnog dela, odredi konkretan zakonski naziv, što verovatno ne bi bilo sasvim jednostavno, niti nesporno.

Pored toga, na takav način se ne daje ni preveliki značaj takvom delu za koje se realno može očekivati da će iz niza razloga, svakako biti prilično retko u praksi, naročito u smislu „dokazanog krivičnog dela“.

9.2. *Razlozi koji idu u prilog postojanja posebne inkriminacije obljube ili sa obljubom izjednačenog čina bez izričitog pristanka pasivnog subjekta*

U prilog postojanja posebne inkriminacije obljube ili sa obljubom izjednačenog čina, bez saglasnosti pasivnog subjekta, moglo bi se navesti da se ovde ipak, a po logici stvari, pa čak i u osnovnom jezičkom smislu, suštinski ne radi o „pravom“, odnosno „klasičnom“ silovanju.

Za razliku od nekih zakonodavstava (poput na primer krivičnog prava SAD, koje između ostalog poznaje tzv. statusno silovanje), gde se na primer, obljuba nad detetom formalno smatra vidom silovanja, naše krivično zakonodavstvo tradicionalno pravi jasnu razliku između tih vidova krivičnih dela protiv polne slobode i „klasičnog silovanja“.

Konačno, u korenu termina *silovanje*, je reč *sila*, što znači da bi se tu primarno, moralo raditi o nasilju, odnosno o relevantnoj prinudi u krivičnopravnom smislu, a takve prinude nema kod obljube koja se vrši bez adekvatne saglasnosti pasivnog subjekta.

Takođe, svojevremeno je u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika donekle neuobičajeno definisan i odnos osnovnog oblika silovanja i ovog

posebnog oblika, jer je za osnovni oblik bila propisana (što je logično, jer se tu radi o efektivnoj primeni prinude), teža kazna, nego za poseban oblik, koji je u stvari, formulisan kao drugi osnovni oblik.

Sa stanovišta klasičnog rezona pravne tehnike bilo bi logičnije da se nekonsensualna obljava definiše kao osnovni oblik silovanja, a da onda jedan od težih oblika, postoji kada se obljava izvrši primenom relevantne prinude.

U članu 10. Nacrta Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, bio je propisan novi i veoma specifičan oblik silovanja, koji se u sadržinskom smislu svodio na *obljebu bez prinude*, ali i bez relevantne saglasnosti pasivnog subjekta, odnosno protivno njegovoj volji.

Ovaj oblik silovanja (član 178. stav 2. KZ – član 10. Nacrta), bi činio onaj ko nad drugim izvrši obljobu ili sa njom izjednačen čin i pored jasno izraženog protivljenja pasivnog subjekta, a pri tom, nisu ostvarena obeležja osnovnog oblika silovanja. Za ovaj oblik silovanja je u Nacrtu bila predviđena kazna zatvora od šest meseci do pet godina.

Da bi postojao oblik silovanja predviđen u članu 10. Nacrta Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (član 178. stav 2. KZ), potrebno je da se kumulativno ispune sledeći uslovi:

- 1) mora postojati odgovarajuća aktivnost *učinioca*, koji preuzima radnju izvršenja, što alternativno može da bude: a) obljoba ili b) sa obljobom izjednačeni čin,
- 2) neophodno je da postoji odgovarajuće „voluntativno držanje“ pasivnog subjekta, odnosno mora se ispoljiti određena manifestacija njegovog stanja volje u vidu jasno izraženog protivljenja obljobi ili sa obljobom izjednačenom činu, te
- 3) mora postojati odnos *supsidijariteta* u pogledu „klasičnog silovanja“, što znači da ne sme biti upotrebljen bilo koji vid relevantne prinude od strane učinioca.

Već same odredbe Istanbulske konvencije koje zahtevaju inkriminisanje *nevoljnog* (nedobrovoljnog) seksualnog odnosa, ukazuju da je shvatanje nekih radikalnih feminističkih organizacija da „neželjeni seksualni odnos“ uvek predstavlja vid prinude i samim tim silovanja, u suštini ipak preterano.¹⁰⁵

Sadašnje zakonsko rešenje u pogledu krivičnog dela silovanja svakako zahteva postojanje određenog vida prinude da bi postojalo silovanje, što znači da se obljoba ili sa njom izjednačen čin vrši putem prinude, odnosno zahvaljujući njoj.

Prinuda je sredstvo za realizaciju obljobe ili sa obljobom izjednačenog čina. Nova formulacija, svojevremeno sadržana u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, je u tom pogledu, tj. u odnosu na sadašnje pozitivno zakonsko rešenje, bila *radikalna*, odnosno bitno drugačija, jer se uopšte više nije zahtevao bilo koji vid prinude, već je bilo dovoljno da pasivni subjekt nije pristao na obljobu ili sa njom izjednačeni čin, odnosno da je takvo svoje nepristajanje jasno izrazio.

105 Više o tome: Z. Stojanović /2016/: Usklađivanje KZ Srbije sa Istanbulskom konvencijom – u: *zbornik Udruženja tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije*, konferencija na Kopaoniku april 2016, p. 16.

Kod krivičnog dela silovanja je i do sada osnovni problem bio postavljanje jasnije granice između dobrovoljnog seksualnog odnosa i onog koji se vrši putem prinude, pa je u tom pogledu u praksi uvek bilo značajno ponašanje samog pasivnog subjekta.¹⁰⁶ Iz ovoga proizlazi da bi nova definicija silovanja, odnosno njegov novi poseban oblik – „nedobrovoljan seksualni odnos“, „seksualni odnos protiv volje pasivnog subjekta“ i sl., u praksi i kao predmet konkretnih krivičnih postupaka neminovno bila skopčana sa ozbiljnim dokaznim problemima, jer bi bilo veoma teško dokazati da pasivni subjekt nije pristao na seksualni odnos (obljebu ili sa njom izjednačeni čin), ako prema njemu nije upotrebljena bilo kakva vrsta prinude, a pri tom, nije bilo ni otpora, koji se (kao što je prethodno objašnjeno), ni inače ne zahteva kao uslov da se smatra da je u pitanju prinudna obljava ili sa njom izjednačeni čin (kod klasičnog silovanja), ali koji onda kada postoji, u svakom slučaju značajno olakšava dokazivanje primenjene prinude.

Pored toga, u nekim uobičajenim slučajevima izostanak otpora u odnosu na prinudu se ipak može objašnjavati određenim specifičnim okolnostima, koje imaju potreban stepen relevantnosti, poput straha žrtve od ozbiljne pretnje, teškog psihofizičkog stanja pasivnog subjekta i sl., tako da se nesporno u nekim situacijama i pored izostajanja aktivnog otpora, može zaključiti da je došlo do prinudne oblube ili sa obljubom izjednačenog čina. To bi bilo značajno drugačije kada se radi o novom obliku silovanja kod kojeg po definiciji ni nema prinude, pa je onda prilično teško objasniti izostanak bilo kakvog otpora pasivnog subjekta, odnosno potencijalnog oštećenog u krivičnom postupku koji tvrdi da se nije striktno saglasio sa obljubom ili sa obljubom izjednačenim činom. To praktično znači, da kako kod ovog oblika silovanja ni inače ne postoji prinuda, dokazivanje bi i iz tog razloga svakako bilo veoma otežano i često bi se suštinski i u praksi svodilo na „reč protiv reči“.

10. PRIMER LATENTNE PRINUDE – IZ RELATIVNO NOVIJE SUDSKE PRAKSE, NASTALE U VREME VAŽENJA „KLASIČNE“ DEFINICIJE SILOVANJA (KAO PRINUDNE OBLJUBE) U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU SRBIJE¹⁰⁷

U predmetu Višeg suda u Beogradu K. 509/11 od 3. 11.2012. godine,¹⁰⁸ sud je oglasio krivim trojicu okrivljenih za krivično delo silovanja učinjeno 14.12.1996. godine. Oštećena je u vreme izvršenja krivičnog dela bila maloletna, tj. imala je 16 go-

106 Više o tome: V. Delibašić /2016/: Usklađivanje krivičnog zakonodavstva sa Istanbulskom konvencijom – u: *zbornik Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu*, savetovanje na Zlatiboru, septembar 2016, Beograd, pp. 186–187 i V. Delibašić i M. Nikolić /2017/: Ispunjene i neispunjene obaveze prema Istanbulske konvenciji – u: *zbornik: Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu dana posle) – krivičnopravni aspekti*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, pp. 216–217.

107 Neobjavljena sudska praksa – slučaj uzorak – uočen pregledom prakse Ustavnog suda Srbije.

108 Prvostepena presuda je potvrđena odlukom Apelacionog suda u Beogradu – KŽ1 2099/2013 od 3.7.2013, a presudom Vrhovnog kasacionog suda (Kzz 622015 od 28.1.2015. godine), odbijen je zahtev za zaštitu zakonitosti podnesen protiv presude apelacionog suda, od strane jednog od saokrivljenih i njegovog branioca, dok je zahtev za zaštitu zakonitosti koji je preko branioca podneo drugi saokrivljeni, odbačen.

dina, a krivično delo se odigralo tako što je oštećena čekala autobus na autobuskoj stanici u malom mestu u okolini Beograda, kada je na nagovor svog bivšeg dečka ušla u automobil u kojem su osim bivšeg dečka, bila još dvojica muškaraca, koji su svi bili mlađa punoletna lica. Prema oštećenoj nije primenjena prinuda radi ulaska u automobil, ali je sud našao da ona u toj situaciji, tj. nakon što se našla u vozilu, nije mogla slobodnom voljom da odluči da ga napusti. Već u toku vožnje, jedan od učinilaca pokušava u automobilu, takođe bez izrazitije ispoljene prinude, ali ipak „vukući je za kosu“, da oštećenu navede na oralni seksualni odnos, što ona odbija. Automobil se zaustavlja „po nalogu“ prvooptuženog (bivšeg dečka oštećene), u jednoj obližnjoj šumici. Prvooptuženi izvodi oštećenu iz automobila, iako je ona plakala i molila da je pusti, nasilno joj otvara usta u koja stavlja svoj polni organ i pomerajući joj glavu, primorava je na oralni seksualni odnos, da bi se zatim odnos nastavio kao vaginalni, čemu se pridružuje drugooptuženi, koji sa oštećenom u isto vreme obavlja oralni seksualni odnos, da bi nakon toga, prvooptuženi i drugooptuženi zamenili uloge.

Trećeoptuženi nakon toga pokušava da i sam ostvari vaginalni seksualni odnos, ali je kontakt sa oštećenom trajao veoma kratko, a u postupku je donekle bilo i sporno da li je taj trećeoptuženi uopšte uspeo u prodiranju u ženski polni organ. Sud je opak zaključio da su sva trojica ostvarila seksualni odnos i da nije relevantno što je seksualni odnos trećeoptuženog trajao veoma kratko i praktično, bilo „imperfektan“.¹⁰⁹ Interesantno je stanovište suda koji se određuje u odnosu na izjavu oštećene, koja je u jednoj fazi postupka rekla: „kada je oštećena upitana tokom postupka da li je neko njoj pretio, da li je tukao, da li je primenjena fizička sila, ista je odgovorila da nije“. Oštećena je takođe izjavila da je „predmetne večeri niko od okrivljenih nije udarao, da joj niko nije pretio da će je ubiti ili naneti kakvo zlo, navodeći da je bila uplašena u trenutku kada je ušla u predmetno vozilo...“

Oštećena nije imala bilo kakvu povredu na telu, svi akteri događaja, kako učinioci, tako i oštećena, su se nakon izvršenja dela, vratili u automobil, oštećenu dovezli do njene kuće gde su se rastali, a krivično delo je prijavljeno tek posle nekoliko dana i to tako što je oštećena ispričala jednoj svojoj drugarici šta se dogodilo, drugarica je to prenela svojoj majci zaposlenoj u lokalnom SUP-u, koja je potom to zvanično prijavila.

Sa stanovišta koncepcije o nekoj vrsti „latentne prinude“ ili posebne i specifične vrste prinude koja nastaje u uslovima celokupne situacije, uloga aktera događaja i njihovog subjektivnog odnosa prema konkretnim radnjama, interesantan je stav suda koji zaključuje ne samo da oštećena koja je u vreme izvršenja krivičnog dela imala 16 godina i 50 kg, te samim tim „nije mogla da pruži ozbiljan, čvrst i stalan fizički otpor okrivljenima“, već je „plakala, molila samo da je puste“, već i da je „kod oštećene nastupila blokada“ (što se temelji i na nalazu i mišljenju sudskog veštaka – kliničkog

109 Sama oštećena je u krivičnom postupku izjavila da taj (treće)optuženi uopšte nije ni ostvario seksualni odnos s njom, a on sam je u jednoj izjavi rekao da je „stavio penis u vaginu oštećene“, ali ga je odmah izvukao i rekao da „neće to da radi“.

Sud u tom delu nije poklonio veru iskazu same oštećene, zaključujući da je njen iskaz „usmeren na umanjenje krivice“ okrivljenog, zbog njegovog „očiglednog naknadnog pokajanja, kao i njegov ličnog doživljaja prema kritičnom događaju“, jer ona „očigledno polni odnos povezuje sa dužinom njegovog trajanja“, a što sud zaključuje iz dela njenog iskaza u kome je navela da je okrivljeni – „samo započeo, ali u tome nije uspeo.“

psihologa), te da su u vezi s tim, „kritičnom prilikom sa oštećenom bila tri okrivljena, koja su sigurno fizički jača od nje“. Sud konstatuje da u konkretnom slučaju „nije od uticaja ni činjenica da oštećena nije imala ni jednu povredu na telu, kao i da joj ni jedan odevni predmet koji je na sebi imala tom prilikom, nije iskidan.“

Moglo bi se zaključiti da je sud u prethodno objašnjenom primeru i u vreme kada u srpskom krivičnom pravosuđu, a verovatno i u krivičnopravnoj teoriji, malo kome padala na pamet, mogućnost da silovanje može postojati bez aktuelne prinude, ali *protivno izričito izraženoj volji pasivnog subjekta*, primenio rezon koji se suštinski svodi na jedno *veoma ekstenzivno tumačenje postojanja prinude*.

Naime, prave prinude u smislu relevantne sile ili pretnje, ovde praktično nije ni bilo, ali je sud pod pojam prinude suštinski „podveo“ celokupnu situaciju, uzimajući u obzir vreme izvršenja, broj učinilaca, mesto izvršenja i posebno, stanje oštećene, za koju je smatrao da se našla u svojevrsnoj „blokad“i“, te se stoga, praktično nije ni opirala, mada bi u logičkom smislu opiranje praktično bilo teško zamislivo i kada u stvari, nema efektivne prinude.

Drugim rečima objašnjeno, sud je ovde formalno konstatovao postojanje prinude, jer seksualni odnos ostvaren bez prinude, kako u vreme izvršenja krivičnog dela (1996. godine), tako i nakon stupanja na snagu novela Krivičnog zakonika iz novembra 2016. godine (jer se od te varijante silovanja, svojevremeno predviđene u Nacrtu Zakona o izmenam i dopunama KZ-a, u međuvremenu odustalo), ne bi nikako mogao da bude krivično delo silovanja, ali je sud u stvari, faktički kao pošao od toga da oštećena nije pristala na seksualni odnos, tj. da se njome izričito protivila. To je još tada prihvaćeno kao ključni argument, da je postojalo silovanje, koje u ovom primeru u stvari, više predstavlja slučaj nevoljne oblube, nego klasične prinudne oblube. Ovo je u stvari, očigledan primer da je naša sudska praksa (bar u ovom konkretnom slučaju), čak daleko pre unošenja takvog oblika silovanja u naše krivično zakonodavstvo (što još uvek nije učinjeno, ali će do toga zahvaljujući Istanbulskoj konvenciji, pre ili kasnije, verovatno doći), i sama počela da donekle razvija koncept silovanja bez prinude, što je naravno, činjeno samo faktički, tako što je formulisan pojam neke vrste „latentne prinude“, koja neposredno utiče na „blokadu oštećene“, odnosno dovodi do nemogućnosti pružanja otpora, ali se formalno, po logici stvari, ne spominje bilo kakva mogućnost postojanja silovanja bez prinude, a protivno volji pasivnog subjekta, jer bi to, bilo neposredno protivzakonito.

11. ZAKONSKO POOŠTRAVANJE KAŽNJAVANJA (POOŠTRAVANJE ZAKONSKE KAZNENE POLITIKE) ZA OSNOVNI OBLIK SILOVANJA

Do stupanja na snagu poslednjih novela Krivičnog zakonika Srbije, za osnovni oblik silovanja je bila propisana kazna zatvora od tri do dvanaest godina.

Zakonodavac sada propisuje da je minimalna kazna za osnovni oblik silovanja – kazna od pet godina zatvora, a zakonski maksimum ostaje dvanaest godina.

U izvornim odredbama Krivičnog zakonika Srbije iz 2005. godine (koji je stupio na snagu 1. januara 2006. godine), za osnovni oblik silovanja je bila propisana

kazna od *dve do deset godina zatvora*, a kasnije je novelama Krivičnog zakonika iz 2009. godine, došlo do povišenja, kako zakonskog minimuma (tri godine), tako i zakonskog maksimuma – 12 godina zatvora, dok se poslednjim novelama KZ-a iz 2016. godine, zakonski minimum povećava na *pet godina zatvora*. U vreme važenja krivičnog zakonodavstva SFRJ, dugo je u tadašnjim republičkim/pokrajinskim krivičnim zakonima, zakonski minimum za silovanje bila *jedna godina zatvora*.

Novi značajno viši zakonski minimum za osnovni oblik silovanja je i izvorno bio propisan u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika i ta novela Krivičnog zakonika, je „opstala“ za razliku od „nedobrovoljne obljuje ili sa obljubom izjednačenog čina“, kao novog (lakšeg) oblika silovanja, od čega se u „finitu“ noveliranja našeg krivičnog zakonodavstva, ipak odustalo.

Nije sasvim jasan *ratio legis* ovakvog *zakonskog* pooštavanja kaznene politike za krivično delo silovanja, ali poslednjih nekoliko godina je kod nas i inače, veoma uočljiv trend pooštavanja kazni u Krivičnom zakoniku, a što se veoma dobro može ilustrovati baš primerima krivičnih dela protiv polne slobode, te naravno, primerom silovanja kao tipičnog krivičnog dela ove vrste.

Prema nekim komentarima u sredstvima javnog informisanja, laičkoj javnosti je pogrešno predstavljeno da **zakonski minimum od tri godine, ne omogućava kažnjavanje za pokušaj silovanja**, što naravno, **nije tačno**, jer je pokušaj silovanja uvek bio kažnjiv, bez obzira na to koliki je bio zakonski minimum kažnjavanja za to krivično delo.

Naravno, ovde kao i inače, važi pravilo kod pokušaja mora postojati *umišljaj učinioca*, što znači da je „u potpunosti ostvareno subjektivno biće krivičnog dela.“¹¹⁰ Silovanje, kao i ostala krivična dela protiv polne slobode se naravno, mogu izvršiti samo sa umišljajem.¹¹¹

Naime, prema članu 30. stav 1. Krivičnog zakonika Srbije, za pokušaj krivičnog dela se kažnjava ako se radi o krivičnom delu za koje se po zakonu *može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna*, dok je pokušaj drugog krivičnog dela ka-

110 Z. Stojanović /2017/: *op. cit.*, p. 165.

111 Interesantno je da se u važećem Zakoniku o krivičnom postupku, implicitno „tvrđi“ da *ipak postoje* i neka krivična dela protiv polne slobode koja se mogu izvršiti iz nehata. Tako se u članu 141. stav 2. tačka 2. Zakonika o krivičnom postupku, navodi da u odluci o izricanju krivične sankcije koja se sastoji u lišenju slobode, prvostepeni sud može po službenoj dužnosti odrediti da se uzorak za forenzičko-genetičku analizu, između ostalog, uzme i od – „okrivljenog koji je oglašen krivim za umišljajno krivično delo protiv polne slobode“ (*sic*).

Kada ovde kao uslov navodi da se mora raditi o *umišljajnom krivičnom delu protiv polne slobode*, zakonodavac pravi grubu i skoro neverovatnu *laičku grešku*, jer su krivična dela protiv polne slobode u srpskom krivičnom zakonodavstvu po definiciji **isključivo umišljajna**.

Na primer, kada je reč o najtipičnijem (klasičnom) krivičnom delu protiv polne slobode, *nemoguće je zamisliti silovanje koje bi se izvršilo iz nehata*, bar ne u kontekstu pozitivnog krivičnog zakonodavstva Srbije. Uporedi: M. Škulić /2017/: *Krivično procesno pravo*, deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, p. 242. Više o tome i: M. Škulić i G. Ilić /2012/: *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – jedan korak napred, dva koraka nazad*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Pravni fakultet u Beogradu i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd. Adresa za preuzimanje teksta sa sajta: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>.

žnjiv, samo kada je to zakonom izričito propisano. Bez obzira koliki je bio zakonski minimum za osnovni oblik krivičnog dela silovanja (dve ili tri godine zatvora itd.), uvek je zakonski maksimum bio preko pet godina zatvora, što znači naravno, da je za osnovni oblik silovanja pokušaj *uvek bio kažnjiv*.

ZAKLJUČAK

Uvođenje novog i vrlo specifičnog oblika silovanja (što je bilo predviđeno u Zakonu o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, a od čega se u međuvremenu odustalo), a koje bi postojalo kada je izvršena obljuba ili sa obljubom izjednačeni čin, bez postojanja relevantno izražene saglasnosti pasivnog subjekta (nekonsensualni seksualni odnos), ali i bez prinude, koja je inače tipična/neophodna za klasično silovanje, može imati određeni *ratio legis* i nezavisno od Istanbulske konvencije čije su odredbe bile formalni osnov za svojevremenu ideju za takvu izmenu/dopunu inkriminacije silovanja u našem Krivičnom zakoniku.

Zakonodavstva koja već relativno duže vreme poznaju krivično delo silovanja bez prinude a protivno volji pasivnog subjekta, omogućavaju rešavanje i nekih u praksi značajnih slučajeva, te i krivičnopravna teorija tih država daje svoj doprinos rešavanju mnogih aktuelnih pitanja u odnosu na takvo prilično specifično krivično delo. Međutim, ipak ne može biti sporno da bi, ako bi se u budućnosti naš zakonodavac odlučio za usvajanje takve novele, to potencijalno u manjoj ili većoj meri dovodilo i do određenih dokaznih problema u praksi.

Naime, iako, kao što je to već objašnjeno u prethodnom tekstu, otpor pasivnog subjekta ni u odnosu na klasičnu prinudnu obljubu (tipično/klasično silovanje), odnosno sa obljubom izjednačeni čin, nije neophodan da bi se smatralo da je izvršeno silovanje, već (ne)postojanje otpora ima samo odgovarajući dokazni značaj.

Dakle, nije sporno da ni klasično silovanje u praksi često nije jednostavno dokazati, onda kada uopšte nije ispoljen bilo kakav otpor, čak ni u nekom najnižem stepenu, što je realno nekada moguće ako se žrtva od straha potpuno parališe, naročito usled pretnje upotrebom oružja, ili ako je pasivni subjekt u nekom specifičnom psiho-fizičkom stanju, naročito kada se radi o maloletnom licu, ili se silovanje odvija na nekom krajnje izolovanom mestu, gde realno nema šansi da neko pruži pomoć žrtvi i sl.

Iz ovoga proizlazi i da je sasvim jasno da bi po definiciji bilo izuzetno teško dokazati oblik silovanja kod kojeg ni prema zakonskoj formulaciji uopšte nema, niti je neophodno da bude bilo kakvog oblika prinude, već se samo zahteva postojanje jasno manifestovanog protivljenja pasivnog subjekta. Tada bi se po pravilu, postavilo pitanje načina na koji je iskazano takvo protivljenje pasivnog subjekta, da li je ono usled toga uopšte bilo „jasno“, te zašto nije ispoljen bilo kakav otpor u odnosu na obljubu ili sa obljubom izjednačen čin, kada bilo kakve prinude uopšte nije ni bilo.

Naime, ne može biti sporno da je otpor uvek realno više moguć kada prinude nema, nego kada prinuda postoji. Otpor ne zahteva postojanje prinude, on se čak jednostavnije i lakše ispoljava kada prinude nema, ali pri tom, nema ni konsensualnog odnosa između aktera obljube ili sa obljubom izjednačenog čina.

U nekim situacijama bi se moglo postaviti i pitanje da li je izvršilac dobro shvatio i uopšte realno bio u prilici da pravilno shvati i razume, relevantno protivljenje pasivnog subjekta, koji osim samog protivljenja, čak i kada je ono sasvim jasno izraženo, potom nije ispoljio bilo kakav, pa ni najmanji otpor u odnosu na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin. Ovo bi se pitanje moralo tada rešavati u kontekstu pravila o stvarnoj zabludi u krivičnopravnom smislu. Time se ipak, ne dovodi u pitanje načelna mogućnost da u nekim, verovatno veoma retkim situacijama, može doći do „nevoljne obljube“, odnosno „nevoljenog seksualnog kontakta“, tj. obljube ili sa obljubom izjednačenog čina, uprkos jasno izraženom protivljenju pasivnog subjekta, iako zaista nije lako zamisliti realnu situaciju da se pasivni subjekt nesporno protivio obljubi ili obljubom izjednačenom činu, a zatim ne ispolji bilo kakav vid otpora, kada obljuba ili sa obljubom izjednačeni čin neposredno predstoji, ili tokom njih. Takvih primera naravno, može biti i oni se redovno mogu sresti i u uporednom krivičnom pravu, u onim krivičnopravnim sistemima koji već poznaju takvu varijantu silovanja, ali nije sporno da je takvo silovanje znatno teže dokazati u praksi, nego „klasično“ silovanje, kada se radi o prinudnoj obljubi ili prinudnim sa obljubom izjednačenim činom.

Dokazivanje „nedobrovoljnog silovanja“, odnosno silovanja bez prinude, a protivno volji pasivnog subjekta, bi se u praksi, po logici stvari, verovatno najčešće svodilo na po definiciji uvek izuzetno mučnu situaciju – „reč protiv reči“. To inače, može biti slučaj i kada se radi o polnom uznemiravanju, onda kada je relevantna radnja preduzeta samo u prisustvu aktivnog i pasivnog aktera krivičnog dela, odnosno bez bilo kakvih svedoka, ili bez postojanja nekih drugih relevantnih dokaza, poput snimaka ili pisanog materijala, ako je polno uznemiravanje izvršeno na primer, slanjem sms poruke, mail-a, ili na drugi način koji podrazumeva „ostavljanje“ i neke vrste „materijalnih“ dokaza.

...

LITERATURA

- Adler, F Mueller, O. w. and W. S. Laufer /1991/: *Criminal Law*, McGraw-Hill, New York and St. Louis.
- Aleksić Ž. i Škulić M. /2016/: *Kriminalistika*, deveto izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Atanacković, D. /1981/: *Krivično pravo – posebni deo*, Privredna štampa, Beograd.
- Babić M. i Marković I. /2013/: *Krivično pravo – opšti dio*, 4. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Banjoj Luci, Banja Luka.
- Bajović V. /2013/: *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Bonnie R. J., Coughlin A. M., Jefries J. C. Jr., STR. W. Low /1997/: *Criminal Law*, The Foundation Press, Westbury, New York.
- Brownmiller S. /1994/: *Gegen unseren Willen – Wergewaltigung und Männerherrschaft*, Fischer Verlag, Frankfurt am Mein.

- Cetinić M. /1995/: Pogled na pitanje da li je potrebno preispitivanje inkriminacije silovanja, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, broj 2/1995, Beograd.
- Gilbert J. N. /1989/: *Criminal Investigation*, Charles E. Merrill Publishing Company – A Bell & Howell Company, Columbus, Toronto, London, Sydney.
- Grupa autora (red. N. Srzentić) /1986/: *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Savremena administracija, Beograd.
- Hagan F. E. /2008/: *Introduction to Criminology – Theories, Methods and Criminal Behavior*, 6th Edition, Sage Publications, Thousand Oaks, California.
- Delibašić, V. /2009/ Krivično delo silovanje, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, broj 1–2, Beograd.
- Delibašić V. /2016/: Usklađivanje krivičnog zakonodavstva sa Istanbulskom konvencijom – u: *Zbornik Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu*, savetovanje na Zlatiboru, septembar, 2016., Beograd.
- Delibašić V. i Nikolić M. /2017/: Ispunjene i neispunjene obaveze prema Istanbulskoj konvenciji – u: *zbornik: Reformski procesni i poglavlje 23 (godinu dana posle) – krivičnopravni aspekti*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor.
- Đokić I. /2012/: Stvarna zabluda u krivičnom pravu – u: *zbornik Kaznena reakcija u Srbiji, Deo 2.* (Đ. Ignjatović, ed.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Đorđević M. i Jovanović Ž. /1981/: *Krivično pravo – opšti deo*, Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd.
- Zlatarić B. /1958/: *Krivični zakonik u praktičnoj primeni*, Narodne novine, Zagreb.
- Jescheck H. H. und Weigend T. /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, fünfte Auflage, Dundker & Humblot, Berlin.
- Jovanović Lj. i Jovašević D. /2002/: *Krivično pravo – posebni deo*, Policijska akademija, Beograd.
- Kühl K. /2002/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Verlag Vahlen, München.
- Marjanovik G. /1978/: *Predavanja po krivično pravo – Opšt del*, Novinsko izdavačka organizacija Studentski zbor, Skopje.
- Nolan J. R. /1976/: *Criminal Law*, West Publishing CO., St. Paul, Minn.
- Lazarević Lj. /2000/: *Krivično pravo – posebni deo*, Savremena administracija, Beograd.
- Lazin Đ. /1982/: *Prividni idealni sticaj krivičnih dela*, Privredna štampa, Beograd
- Lukić N. /2013/: Etiologija seksualnog kriminaliteta i recidivizma njegovih učinilaca – u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Deo 3.* (Đ. Ignjatović, ed.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Reid S. T. /2000/: *Crime and Criminology*, Ninth Edition, Mc Graw Hill, Boston, New York etc.
- Roxin C. /2006/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München.
- Stojanović Z. i Perić O. /2009/: *Krivično pravo – posebni deo*, XIII izdanje, „Pravna knjiga“, Beograd.
- Stojanović Z. i Kolarić D. /2012/: Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Republike Srbije, *Bezbednost*, broj 3/2012, Beograd.
- Stojanović Z. i Delić N. /2013/: *Krivično pravo – posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Pravna knjiga“, Beograd.
- Stojanović Z. /1981/: *Kriterijum određivanja inkriminacija – uopšte i u sferi seksualnih odnosa*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Ljubljani, Ljubljana.

- Stojanović Z. /1999/: Seksualna krivična dela i predstojeća reforma krivičnog zakonodavstva – u: *zbornik radova sa međunarodnog simpozijuma: Seksualnost, agresivnost, delinkventnost – medicinski, pravni i socijalni aspekti seksualne delinkvencije*, „Matica srpska“, Novi Sad.
- Stojanović Z. /2009/: *Krivično pravo*, CID, Podgorica.
- Stojanović Z. /2010/: *Komentar Krivičnog Zakonika Crne Gore*, Ministarstvo pravde Crne Gore i Misija OEBS-a u Crnoj Gori, Podgorica.
- Stojanović Z. /2012/: *Komentar Krivičnog zakonika*, šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd.
- Stojanović Z. /2012/: Značaj ponašanja pasivnog subjekta za postojanje krivičnog dela silovanja – u: Zbornik (S. Taboroši, ed.): *Razvoj pravnos sistema Srbije i Harmonizacija sa pravom EU – prilozi projektu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Stojanović Z. /2013/: O pojmu pretnje u krivičnom pravu, *Nauka, bezbednost, policija* („NBP“), broj 2/2013, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd.
- Stojanović Z. /2014/: *Krivično pravo – opšti deo*, 21. izdanje, Pravna knjiga, Beograd.
- Stojanović Z. /2016/: Usklađivanje KZ Srbije sa Istanbulskom konvencijom – u: *Zbornik Udruženja tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije*, konferencija na Kopaoniku, april, 2016., Beograd.
- Stojanović Z. /2017/: *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, Beograd.
- Stojanović Z. /2017/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd.
- Simić I. i Petrović M. /2002/: *Krivični zakon Republike Srbije – praktična primena*, Službeni glasnik, Beograd.
- Šilović J. i Frank S. /1929/: *Krivični zakonik za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca*, „Jugoslavenska štampa“ D.D., Zagreb.
- Škulić M. i Ilić G. /2012/: *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – jedan korak napred, dva koraka nazad*, *Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije*, Pravni fakultet u Beogradu i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd
Adresa za preuzimanje teksta sa sajta: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>.
- Škulić M. /2003/: *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, Dosije, Beograd.
- Škulić M. /2010/: Načelo zakonitosti u krivičnom pravu, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, broj 1/2010., Beograd.
- Škulić M. /2014/: Odnos organizovanog kriminaliteta u krivičnopravnom smislu i saučesništva, *NBP – nauka, bezbednost policija – žurnal za kriminalistiku i pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, broj 3/2014, Beograd.
- Škulić M. /2016/: Proganjanje i polno uznemiravanje, *Tužilačka reč*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, broj 31/2016., Beograd.
- Škulić M. /2016/: Silovanje bez prinude, proganjanje i polno uznemiravanje – nove buduće inkriminacije, *Bilten Višeg suda u Beogradu*, broj 87/2016, Beograd.
- Škulić M. /2017/: Načelo zakonitosti i princip krivice u krivičnom pravu kao segmenti pravne države, tradicionalna tematska međunarodna naučna konferencija – u: *zbornik: Principi vladavine prava*, Udruženje za međunarodno krivično pravo i „Intermex“, Tara,
- Škulić M. /2017/: *Krivično procesno pravo*, deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Tahović J. /1961/: *Krivično pravo – opšti deo*, Savremena administracija, Beograd.
- Vier L. i dr. /1985/: *Izmišljeno silovanje*, *Izbor*, br. 2–3/85, Zagreb.

Vuković I. /2015/: Dečja pornografija i krivično pravo – međunarodni ugovori i član 185 Krivičnog zakonika – u: zbornik: „Međunarodna krivična dela, Udruženje za međunarodno krivično pravo i „Intermex“ Tara.

Wessels J. und Beulke W. /2003/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und Ihr Aufbau*, 33., neu bearbeitete Auflage, C. H. Müller, Heidelberg.

Milan Škulić

Constitutional Court of Serbia and
Faculty of Law, University of Belgrade

CRIMINAL OFFENSE OF RAPE IN THE CRIMINAL CODE OF SERBIA – CURRENT AMANDMENTS, SOME DISSCUTABLE QUESTIONS AND POSSIBLE FUTURE MODIFICATIONS

SUMMARY

In the paper are explained the essential characteristics of rape as the basic criminal offense against sexual freedom. The author explains summarly the historical development of the incrimination of rape, both in general point of view and in Serbian criminal law and in the former Yugoslav criminal law legislation too. The paper contains appropriate general considerations on the criminal law essence of the rape, and the classic normative-dogmatic analysis of all the important elements of the criminal offense of rape.

In the paper is also analyzed a relatively new form of rape too, which was previously prescribed in the Draft Code on Amendments to the Criminal Code from 2016, from which, in the meantime, the legislator renounced, which would exist when a sexual intercourse or an equal act as sexual intercourse, was realized without coercion, but contrary to the strictly expressed will of the passive subject, which in practice can be confused with serious evidence problems. In this paper, some examples show that our practice and otherwise, in some situations, accepted the appropriate relatively “flexible” interpretation of the existence of coercion, which the author refers to as the so-called latent compulsions on sexual intercourse or an equal act as sexual intercourse.

Author conclude that, although the possible new incrimination of rape, i.e. the new form of the rape without coercion but in any case against the will of the victim (without consent), has its obvious *ratio legis*, it will be in the practice connected with some serious difficulties, especially ih the evidencial sphere during the concrete criminal procedure.

Keywords: Rape, Involuntary Sexual Intercourse, Coercion, an Equal act as Sexual Intercourse, Serbian Criminal Code.