

SILOVANJE BEZ PRINUDE
Usaglašavanje KZ Srbije sa članom 36
Istanbulske konvencije

Zoran Stojanović¹

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Sažetak: Uobičajeno shvatanje pojma silovanja podrazumeva upotrebu prinude. Od tog stava polazi i Krivični zakonik Srbije. I u primeni krivičnog dela silovanja najvažniji problemi se javljaju u vezi sa preduzimanjem sile ili kvalifikovane pretnje. Jedno od centralnih pitanja u vezi s tim jeste značaj pristanka lica prema kome se preduzimaju radnje seksualnog karaktera. U teoriji i sudskoj praksi se ustalilo mišljenje da je za nepostojanje pristanka ključno to da je pružen otpor od strane pasivnog subjekta. Otpor se, međutim, može koristiti kao kriterijum samo pod uslovom da se on šire shvati, tj. ako se uzme da je dovoljno njegovo postojanje i u formi unutrašnjeg otpora koji se na neki način ispoljio kao i izjednačavanjem očekivanog sa pruženim otporom. Time se izbegava uska primena inkriminacije silovanja koja nije u skladu sa ciljevima krivičnopravne zaštite u ovoj oblasti. Odbacivanje stava da se traži krajnji i po svaku cenu pruženi fizički otpor, ipak ne vodi zaključku da je za postojanje krivičnog dela silovanja dovoljno samo nepristajanje pasivnog subjekta. To otvara *de lege ferenda* pitanje da li je opravdano proširiti krivičnopravnu zaštitu i na slučajeve u kojima nema pristanka pasivnog subjekta iako nije korišćena sila ili pretnja, a nije reč o nemoćnom licu. Povod za jedno takvo preispitivanje je odredba člana 36 stav 1 Istanbulske konvencije. S druge strane, mora se

1 Redovni profesor, zorans@ius.bg.ac.rs

voditi računa i o tome da krivično delo silovanja, počev od svog tradicionalnog naziva, podrazumeva upotrebu sile (ili pretnje), da je prinudni seksualni akt jezgro ovog krivičnog dela i da bi došlo do određenog „rasplinjavanja“ koje bi umanjilo i težinu tog akta ako bi se on izjednačio sa svim situacijama u kojima je, iz bilo kojih razloga, odsutan pristanak drugog lica. I kriminološki posmatrano, silovanje spada u nasilnički kriminalitet, odnosno u seksualnu agresiju, a eventualna sasvim nova inkriminacija koja ne bi zahtevala primenu prinude obuhvatila bi po svojoj prirodi heterogena ponašanja. Iako i pri postojećem rešenju pristanak pasivnog subjekta (odnosno njegovo odsustvo) ima veliki značaj za postojanje krivičnog dela silovanja, nije opravdano celo krivično delo silovanja vezivati samo za nepostojanje pristanka pasivnog subjekta i na tome zasnovati njegov zakonski opis. Rešenje bi trebalo tražiti u predviđanju novog (od silovanja lakšeg) krivičnog dela, ili pak novog lakšeg oblika krivičnog dela iz člana 178 KZ koji bi obuhvatio određene radnje seksualnog karaktera koje, iako nisu preduzete upotrebom prinude, predstavljaju povredu polne slobode zbog toga što ne postoji pristanak lica prema kome se te radnje preduzimaju.

Ključne reči: silovanje, prinuda, pristanak, istanbulska konvencija.

Uvod

Iako je donošenjem Krivičnog zakonika 2005. godine Srbije odredbama člana 178 uglavnom uspešno oblikovano krivično delo silovanja, u njegovoj primeni i dalje postoje određeni problemi. Oni su, na neki način, imanentni ovom krivičnom delu i nijedno zakonsko rešenje ih ne može u potpunosti izbeći. Osnovni problem jeste postavljanje jasne granice između dobrovoljnog seksualnog akta i onog koji se vrši upotrebom prinude. U vezi s tim, ponašanje pasivnog subjekta od čijeg odbijanja ili prihvatanja da učestvuje u seksualnom činu zavisi postojanje krivičnog dela, dolazi u centar pažnje. Značaj ovog pitanja je naročito naglašen usvajanjem Istanbulske konvencije (Konvencija SE o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici) koju je Srbija ratifikovala krajem 2013. godine („Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori“ br. 12/2013). Ta konvencija odustaje od toga da se prinuda posmatra kao konstitutivni element krivičnog dela silovanja i polazi od toga da je ono (i drugi oblici seksualnog nasilja) moguće i bez primene prinude. Umesto prinude, u prvi plan se stavlja nepostojanje pristanka prilikom preduzimanja

seksualnog akta² Osim već postojećih problema u primeni, zbog toga je nužno da se preispita i zakonsko rešenje krivičnog dela silovanja u KZ Srbije.³

I pored nekih spornih situacija,⁴ pristanak kod silovanja isključuje predviđenost u zakonu, a ne protivpravnost. Zauzimanjem ovog načelnog stava nisu, međutim, rešena brojna pitanja koja se u vezi sa pristankom mogu javiti kod krivičnog dela silovanja. Osim načelnog pitanja kakvo je dejstvo, odnosno domašaj pristanka kod krivičnog dela silovanja, pristanak je od velikog praktičnog značaja za utvrđivanje da li je u konkretnom slučaju prisutan elemenat prinude, tj. da li je obljuba ili sa njom izjednačen čin izvršen primenom prinude. Za rešavanje tog pitanja veliki značaj ima i otpor pasivnog subjekta. Dok pristanak isključuje primenu prinude, otpor to potvrđuje. U ovom radu će biti analizirani oni aspekti radnje izvršenja krivičnog dela silovanja koji su u tesnoj vezi sa postojanjem otpora odnosno pristanka. Pažnju zaslužuje i pitanje kako rešiti situaciju kada je nastupila teža posledica, a postojanje osnovnog oblika je sporno zbog izostanka otpora pasivnog subjekta, zbog naknadnog pristanka pasivnog subjekta ili zbog „povlačenja“ tog pristanka.

Jedno od centralnih pitanja kojim se rad bavi jeste koliko se prinuda može široko tumačiti u cilju obuhvatanja svih situacija u kojima pasivni subjekt ne pristaje na seksualni čin. Pošto i na prvi pogled može da se uoči da nepristajanje na seksualni čin nije uvek isto što i prinuđavanje upotrebom sile ili pretnje na taj čin, neophodno je preispitati postojeću inkriminaciju iz člana 178 KZ i de lege ferenda. Iako nijedno teleološko tumačenje koje vodi računa o zaštitnom objektu kao i o stavu Saveta Evrope zauzetom u Istanbulskoj konvenciji (pa i praksi Evropskog suda za ljudska prava),⁵ ne može da vodi takvom širokom tumačenju, to još nužno ne znači da postojeće krivično delo iz člana 178 KZ treba menjati. Naime, obuhvatanje i onih slučajeva preduzimanja seksualnog

2 U članu 36 stav 1 pomenute konvencije (naziv tog člana je: seksualno nasilje, uključujući silovanje) kaže se da će članice preduzeti neophodne zakonodavne odnosno druge mere kako bi obezbedile da budu inkriminisana sledeće umišljajne radnje:

a. vaginalna, analna ili oralna penetracija seksualne prirode na telu drugog lica bez njenog/njegovog pristanka korišćenjem bilo kog dela tela ili predmeta;

b. druge seksualne radnje sa licem bez njenog/njegovog pristanka;

c. navođenje drugog lica na seksualne radnje sa trećim licem bez njenog/njegovog pristanka.

3 Mišljenje da silovanje ne treba ograničiti samo na primenu prinude, već ga treba šire shvatiti kao preduzimanje radnji seksualnog karaktera bez pristanka lica prema kojem se preduzimaju nije novo. Međutim, ono je uglavnom sa određenim argumentima bilo odbacivano, a nisu ga uvažavala ni krivična zakonodavstva većine zemalja. Vid. Z. Stojanović, *Kriterijumi određivanja inkriminacija – uopšte i u sferi seksualnih odnosa*, Ljubljana, 1981, str. 264-265.

4 O tome više Z. Stojanović, Značaj ponašanja pasivnog subjekta za postojanje krivičnog dela silovanja, Između otpora i pristanka. U: *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*, Beograd, 2012, str. 44-46.

5 Vid. pre svega presudu Evropskog suda za ljudska prava *M. C. protiv Bugarske* (predstavka broj 39272/98) od 4. decembra 2003. godine.

akta bez pristanka drugog lica u kojima nije došlo do prinude (ako se proceni da je to kriminalnopolitički opravdano), moguće je uvođenjem nove inkriminacije bilo kao posebnog stava u okviru već postojećeg člana 178, bilo kao posebnog člana. Eventualna procena o nedovoljnoj širini kriminalne zone kod krivičnog dela silovanja sa aspekta zaštitnog objekta sama po sebi ne opravdava radikalnu izmenu njegovog zakonskog opisa. Štaviše, postoje jaki argumenti u prilog tome da se nedobrovoljni seksualni odnosi upotrebom prinude i oni u kojima do toga nije došlo (a nije reč o nemoćnom licu) kvalitativno razlikuju po svom stepenu neprava što bi, naravno, moralo da nađe i svoj odraz u zaprećenoj kazni.

Ovaj rad se ne bavi drugim pitanjima usaglašavanja Krivičnog zakonika Srbije sa Istanbulsom konvencijom. Više je takvih pitanja, a neka od njih se takođe odnose na silovanje ili srodna krivična dela iz iste glave KZ Srbije. Složenost i značaj pitanja koje je predmet ovog rada opravdavaju to što se on ograničava samo na to pitanje.

1. Prinuda kao deo radnje izvršenja krivičnog dela silovanja

Radnja izvršenja krivičnog dela silovanja se sastoji iz dva akta: prinude i oblube, odnosno sa njom izjednačenog čina.⁶ To su dve vrste delatnosti, ali delatnosti koje su čvrsto povezane i koje jedna drugoj daju novi kvalitet. Nije reč o njihovom prostom zbiru, već tu postoji obluba (ili drugi sa njom izjednačeni čin) izvršena korišćenjem prinude i prinuda kojom se vrši ta obluba, odnosno sa njom izjednačeni čin. Između prinude i oblube objektivno mora postojati uzročna veza, a subjektivno ciljna usmerenost, odnosno finalna veza.⁷

Bliže određivanje pojma prinude, tj. sile i pretnje kao jednog od dva akta radnje izvršenja silovanja vezano je za nekoliko specifičnih problema od kojih je najvažniji njen odnos sa drugim aktom tj. sa obljubom ili sa njom izjednačenom radnjom, kao i rešavanje pitanja kakva prinuda predstavlja

⁶ Shvatanje o dvoaktnoj prirodi krivičnog dela silovanja je već dugo vladajuće u teoriji i zakonodavstvu evropskih zemalja. Tek u novije vreme javlja se i shvatanje o njegovoj jednoaktnoj prirodi koje je zastupano upravo od nekih zagovornika proširivanja silovanja i na nedobrovoljne seksualne akte. Tako se, na primer, Hernle (Hörnle) koja dvoaktnost krivičnog dela silovanja u nemačkom KZ naziva „konstrukcionom greškom“ zalaže za njegovo postavljanje kao jednoaktnog krivičnog dela. Up. T. Hörnle, Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4/2015, str. 208–209. Kritički odgovor na taj stav vid. kod: T. Fischer, Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention, *Entgegnung auf Hörnle*, ZIS 4/2015, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 6/2015, str. 313–315.

⁷ Tako, na primer, W. Perron, J. Eisele. In: Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Auflage, München, 2010, str. 1645.

započinjanje radnje izvršenja u slučaju da nije došlo do obljube ili sa njom izjednačenog čina. Sudska praksa i teorija su postavile izvesne kriterijume za utvrđivanje oblika i intenziteta prinude koji treba da postoje da bi se radilo o krivičnom delu silovanja. Obično se ističe da kod silovanja može postojati bilo apsolutna, bilo kompulzivna sila.⁸ U pogledu intenziteta sile traži se da je ona takva da je podobna da slomi pruženi ili očekivani otpor žrtve.⁹ Zahteva se i gore spomenuta objektivna i subjektivna veza između dva akta. Bez te finalne veze i usmerenosti nema silovanja.¹⁰ Prinuda mora da neposredno predstoji vršenju obljube ili sa njom izjednačenog čina, te nema krivičnog dela silovanja ukoliko je prinuda bila primenjena nekom drugom prilikom znatno pre vršenja obljube.¹¹ Prinudavanje na oblubu pretnjom uglavnom ne zadaje veće teškoće mada i tu postoje izvesni problemi. To je, pre svega, problem da li je obluba bila omogućena stvarnim dejstvom pretnje. Postoje u praksi slučajevi da pasivni subjekt pogrešno procenjuje da postoji pretnja neposrednog napada na život ili telo. Taj problem se javlja onda kada pretnja nije eksplicitna već pasivni subjekt iz cele situacije i ponašanja učinioa zaključuje da će on da primeni silu, pa zbog toga ne izražava, ili ne izražava dovoljno svoje protivljenje. Iako pretnja ne mora biti eksplicitna, ona mora biti u vezi sa seksualnim činom, tj. i ona se kao i sila ukazuje kao sredstvo izvršenja istog. Ukoliko, na primer, pasivni subjekt zaključi da je učinilac sklon primeni sile zato što je ranije u nekim drugim prilikama koristio silu pa usled toga ne pruži otpor, krivično delo silovanja neće postojati jer se pretnja ne ukazuje kao sredstvo za izvršenje obljube ili sa njom izjednačenog čina.

Utvrđivanje potrebnog oblika i intenziteta prinude ključno je pitanje za postojanje krivičnog dela silovanja. Tu se mogu razlikovati tri situacije između kojih bi se morala postaviti precizna granica. Prva je obluba (ili sa njom izjednačeni čin) koja je rezultat primene prinude, druga je obluba (ili sa njom izjednačeni čin) koja je izvršena protiv volje žrtve ali bez primene prinude

8 Tako Peron (Perron) i Ajzele (Eisele) konstatuju da sila može biti apsolutna koja neposredno omogućava seksualne radnje, i kompulzivna kojom se utiče na žrtvu da odustane od daljeg otpora. Up. *ibid.*, str. 1645.

9 Otpor ne mora biti pružen, dovoljno je da je sila upotrebljena da se spreči očekivani otpor. *Ibid.*, str. 1646.

10 I u slučaju sadističkih radnji koje uvek u sebi sadrže silu, ta finalna usmerenost može da nedostaje te sama činjenica da je prilikom njihovog preduzimanja upotrebljena sila ne mora da znači i postojanje krivičnog dela silovanja. Vid. U. Kindhäuser, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 3. Auflage, Baden-Baden, 2006, str. 602.

11 To shvatanje je zastupano i u našoj sudskoj praksi. Potvrđujući stav prvostepenog suda da u konkretnom slučaju nema obeležja krivičnog dela silovanja, Apelacioni sud u Nišu navodi: „Činjenica je da optuženi nije preduzeo, iako je neposredno uputio pretnje i primenio silu prema oštećenoj, nijednu radnju usmerenu na vršenje obljube, do koje je došlo znatno kasnije i na drugom mestu, bez upotrebe sile ili pretnje.“ Isti sud ukazuje da je pogrešan stav iznet u žalbi Tužilaštva da je „navodno, oštećena sve vreme bila u strahu, te tako i prinuđena na naredne obljube“ (Kž I 1228/10 od 15. 3. 2010).

i najzad može se govoriti i o trećoj situaciji kada postoji njen pristanak. Samo u prvoj situaciji može postojati krivično delo silovanja, dok u trećoj silovanja, naravno, nema. Druga situacija može biti de lege ferenda sporna i predstavlja ono što pokriva član 36 Istanbulske konvencije, ali ne i KZ Srbije (kao ni većina evropskih krivičnih zakonodavstava). I ponašanje žrtve je od presudnog značaja za postojanje (ili nepostojanje) radnje izvršenja krivičnog dela silovanja. Od njenog pristajanja ili nepristajanja zavisi da li će se ona moći nazvati žrtvom i da li je izvršeno krivično delo silovanja. Moglo bi se tvrditi da je to tako i kod drugih (složenih) krivičnih dela čiji se deo radnje izvršenja sastoji u prinudi. Međutim, kada su u pitanju radnje seksualnog karaktera, postoji važna specifičnost. Naime, brojna istraživanja su pokazala da se pristajanje ili nepristajanje na te radnje u većini slučajeva ne daje eksplicitno, već se to čini na implicitan način koji najčešće nije verbalan.¹² Osim toga, ni verbalno protivljenje ne podrazumeva uvek odsustvo pristanka, niti ukazuje na upotrebu prinude. Iako se danas kod silovanja, naročito od strane određenih krugova i pojedinaca koji se zalažu za efikasniju pravnu zaštitu polne slobode (naročito žena), insistira na stavu da „ne uvek znači ne“, to ipak u stvarnosti nije tako. Postoje i slučajevi u kojima je teško postaviti granicu između pristajanja i nepristajanja. Ta činjenica vodi tome da se u primeni krivičnog dela silovanja javljaju veoma složeni pravnodogmatski problemi, kao i problemi na planu dokazivanja. Realno je očekivati da bi u slučaju proširivanja kriminalne zone na sve nedobrovoljne seksualne odnose ti problemi bili još više izraženi.

2. Značaj pristanka i otpora žrtve za postojanje prinude

Nastojanja teorije i prakse da se postave kriterijumi za utvrđivanje upotrebe prinude, vezana su za otpor žrtve.¹³ Zahteva se, osim kada se radi o nemoćnom licu,¹⁴ da se nepristajanje izrazi u obliku otpora. U teoriji i sudskoj praksi i

12 Up. D. Husak, *Rapes Without Rapist: Consent and Reasonable Mistake*. In: *The Philosophy of Criminal Law*, selected Essays, Oxford University Press, 2010, str. 240–243.

13 Taj stav je proširen u krivičnom pravu većine zemalja bez obzira da li one pripadaju evropsko-kontinentalnom ili anglosaksonskom pravnom sistemu. Osim Engleske (i Velsa), gde je relativno skoro usvojen najširi pojam silovanja bez postavljanja uslova da je primenjena prinuda (vid. nap. 37), u drugim zemljama koje pripadaju anglosaksonskom pravnom sistemu otporu se kod silovanja pridaje isti značaj kao i u zemljama evropskog kontinentalnog sistema. Tako se u SAD u krivičnom pravu svih saveznih država od početka devetnaestog pa sve do pedesetih godina prošlog veka za postojanje silovanja zahtevao otpor po svaku cenu, tj. krajnji otpor (*utmost resistanc*). U sudskoj praksi je postepeno taj stav ublažen usvajanjem pravila o razumnom otporu (*reasonably resistance rul*) koje polazi od toga da se pruženi otpor uvek mora ceniti s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja i situaciju u kojoj se žrtva našla. Vid. J. Samaha, *Criminal Law*, Belmont, 2011, str. 334–335.

14 U tom slučaju bi se moglo raditi o krivičnom delu obljube nad nemoćnim licem iz člana 179 KZ Srbije.

dalje je prisutan stav da samo ona sila kojom je savladan ozbiljan, čvrst i trajan otpor žrtve može da bude elemenat krivičnog dela silovanja.¹⁵ Nepostojanje otpora određenog intenziteta vodi zaključku o nepostojanju sile. Dok jedan deo sudske prakse i dalje insistira na apsolutnom, krajnjem otporu, u novije vreme dolazi do izražaja shvatanje da otpor treba shvatiti u relativnom smislu i da odsustvo fizičkog otpora, ili otpora određenog intenziteta ne isključuje uvek postojanje silovanja. Polazi se od toga da li je žrtva prema konkretnim okolnostima i u kojoj meri mogla da pruža fizički otpor.¹⁶ Ovaj stav je, bez sumnje, ispravniji. Ukoliko su postojali opravdani razlozi zbog kojih žrtva nije pružala nikakav, ili je pružala otpor slabijeg intenziteta, nije samim tim isključena primena prinude.¹⁷ Postojanje otpora se zahteva i zbog toga što se preuveličava značaj tzv. prividnog otpora (*vis haud ingrata*).¹⁸ Niti je pružanje prividnog otpora toliko često kako se to obično misli, niti ga je teško razlikovati od onih slučajeva kada žena pruža otpor zato što ne pristaje na seksualni akt.¹⁹

Zahtev da fizički otpor, i to jakog intenziteta, mora uvek da postoji, predstavlja restriktivno tumačenje pojma sile koje neopravdano sužava kriminalnu zonu kod krivičnog dela silovanja. Postojanje otpora ukazuje na to da je upotrebljena sila, ali ne i obrnuto: izostanak otpora ne znači da sila nije upotrebljena. Otpor se ne traži kod drugih krivičnih dela koja se vrše upotrebom sile, što bi mogao da bude argument da nema opravdanja da se

15 Tako, na primer Apelacioni sud u Beogradu konstatuje da je „silovanje prinudna obluba, što pretpostavlja pružanje otpora od strane pasivnog subjekta i takav intenzitet prinude kojim se može savladati otpor... Takođe, otpor treba da je stvaran, ozbiljan i trajan. Ozbiljan je i stvaran otpor kada se lice suprotstavlja oblubi, i kada se sa njom ne saglašava, brani se od napadača ili na neki drugi način izražava svoje protivljenje oblubi. Otpor je trajan kada se pruža od momenta kada je upotrebljena prinuda, pa do momenta kada je ovo delo svršeno.“ (Kž. 350/2010 od 31. 3. 2010. godine).

16 Iako se i dalje zahteva postojanje otpora, u novijoj sudskoj praksi je preovladao stav da je dovoljno da žrtva pruži otpor „u granicama svojih mogućnosti, odnosno karakteristika svoje ličnosti“ (presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. I 880/2005 od 7. 7. 2005. godine).

17 Preduzeta istraživanja pokazuju da je visok procenat žena koje svoje nepristajanje na seksualni odnos ne izražavaju direktno i eksplicitno. Prema jednom istraživanju (rezultati su slični i kod drugih istraživanja) jedna trećina žena smatra da odbijanje treba izraziti na indirektnan način. Ta kategorija uključuje i 10% žena koje smatraju da je najbolje da se nepristajanje izrazi samo pasivnim držanjem. Up. D. Husak, *op. cit.*, str. 241–242.

18 To je bio slučaj naročito u starijoj literaturi. Tako, Tahović naglašava da ne postoji silovanje ako se žensko lice „ne opire ozbiljno, ili se opire samo prividno, koliko da sačuva dobro mišljenje, ili još bolje samo da izazove strast muškog lica“ te zaključuje da „kod silovanja uvek treba ispitati da li je otpor bio ozbiljan i stalan“. Up. J. Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 1957, str. 397.

19 U našoj starijoj sudskoj praksi polazilo se od pretpostavke da je uobičajeno da žena pruža prividan otpor, te je za postojanje silovanja bilo potrebno da se utvrdi da je taj otpor u toj meri bio ozbiljan da podrazumeva i nanošenje telesnih povreda. Na primer, Okružni sud u Nišu (K. br. 117/70 od 11. 5. 1971) uzeo je da ne postoji krivično delo silovanja jer u konkretnom slučaju žensko lice „niti je zadobilo kakve povrede, niti je pak nanela povrede optuženom, niti je pak vikala i pozivala u pomoć“, ističući: „možda je oštećena davala samo prividan otpor koji je uobičajen kod svih žena u ovakvoj situaciji“.

kod silovanja pravi izuzetak.²⁰ Iako taj argument ima određenu težinu, kod drugih krivičnih dela ne postoje specifičnosti koje su vezane za seksualne odnose koje to pitanje čine znatno složenijim. Ali, te specifičnosti nisu takve da opravdavaju da se zahteva trajan i jak otpor žrtve i to po svaku cenu. Za pojam sile ili pretnje bitno je da su one upravljene na to da se onemogući voljno delanje nekog lica, da ono nešto čini ili trpi protiv svoje volje. Ukoliko je fizički otpor izostao, neophodno je da postoji unutrašnji otpor koji se može ispoljiti na razne načine, između ostalog i kroz postojanje odbrambene volje.

I očekivani otpor je u krajnjoj liniji vrsta unutrašnjeg otpora. U slučajevima kada je otpor izostao, a obljuba ili drugi sa njom izjednačeni čin je izvršena bez pristanka pasivnog subjekta, može se raditi o krivičnom delu obljube nad nemoćnim licem (član 179 KZ). Kriterijum za razgraničenje jeste da li je upotrebljena prinuda, ili je iskorišćeno stanje nemoći pasivnog subjekta. Takođe, kod obljube nad nemoćnim licem po pravilu ne postoji odbrambena volja pasivnog subjekta.

Može se razlikovati spoljašnji i unutrašnji otpor koji uglavnom odgovara podeli na fizički i psihički otpor.²¹ U literaturi i sudskoj praksi je prihvaćeno da je dovoljan i očekivani otpor, tj. da nije potrebno da je otpor pružen ukoliko se on mogao očekivati.²² Ako se ostane pri stavu da je neophodno postojanje otpora (to, inače, nije nužno jer nije reč o obeležju bića krivičnog dela), dovoljno je da kod žrtve postoji stvarni unutrašnji otpor koji se na neki način manifestovao. I u slučaju da se pojam otpora ovako shvati, on nije isto što i nepristajanje. Ako bi se otpor izjednačio sa nepristajanjem, on bi jedva mogao da ima neki značaj prilikom utvrđivanja da li je upotrebljena prinuda. Unutrašnji otpor je nešto više od nepristajanja. Nepristajanje se može sastojati u potpuno pasivnom držanju, dok unutrašnji otpor podrazumeva izvesne radnje kroz koje se ispoljava. On se može ispoljiti verbalno, gestovima, pogledom, plačom, molbom i sl. U stvari, on obuhvata sve ono što ne predstavlja spoljašnji fizički otpor koji se neposredno suprotstavlja primenjenoj sili. Za utvrđivanje postojanja prinude, prema tome, relevantan je onaj unutrašnji otpor čije se

20 Ističe se da se ne može pravdati to što je, za razliku od drugih krivičnih dela kod kojih je dovoljno da se utvrdi da nema pristanka oštećenog, kod silovanja potrebno da se žrtva „na bojnopolju“ izbori za krivičnopravnu zaštitu rizikujući nepovredivost svog tela i života. Up. G. Balbi, *Violenza e abuso sessuale*. In: *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I (a cura di D. Pulitanò), Torino, 2011, str. 261.

21 Kil (Kühl) razlikuje spoljašnji i unutrašnji otpor, zauzimajući stav da prestanak spoljašnjeg otpora sam po sebi ne okončava unutrašnji otpor. Neophodno je postojanje ozbiljnog unutrašnjeg otpora do momenta dok krivično delo silovanja nije dovršeno. Up. K. Kühl, in: Lackner-Kühl, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München, 2011, p. 823.

22 Ističe se da sila pojmovno mora biti upravljena na to da slomi pruženi, ili spreči očekivani otpor. Up. W. Perron, J. Eisele, *op. cit.*, str. 1646. U domaćoj literaturi još T. Živanović ističe da nije potrebno da je otpor pružen, „dovoljno je za pojam sile, da se je isti mogao očekivati“. T. Živanović, *Osnovi Krivičnog prava, Opšti deo*, Beograd, 1922, str. 252.

postojanje na bilo koji način ispoljilo kroz ponašanje žrtve i koji ukazuje na postojanje odbrambene volje žrtve.

Sa pitanjem otpora ne iscrpljuju se svi problemi vezani za utvrđivanje prinude kao bitnog obeležja silovanja. Pristanak na obljubu se može stepenovati, a postoje i situacije u kojima se pasivni subjekt dvoumi. Nije retkost da se kod žrtve silovanja javljaju ambivalentna osećanja i motivi, da se ona nekad rukovodi i iracionalnim razlozima, odnosno da vodi računa i o određenim društvenim i moralnim normama koje regulišu oblast seksualnog života. Samoj seksualnosti je svojstveno da njenom ispoljavanju često nedostaje eksplicitnost. Osim toga, kao i na svaku drugu aktivnost, i na seksualnu aktivnost se iz različitih razloga može pristati i onda kada je subjekt koji na nju pristaje ne želi.²³ Pogrešno je učestvovanje u neželjenom seksualnom činu izjednačiti sa prinudnim seksualnim činom.²⁴ Zbog toga što u stvarnosti nema jasne i odsečne granice između željene i prinudne seksualne aktivnosti, i sam izvršilac se zbog toga može naći u situaciji u kojoj nije svestan toga da je prešao granicu dozvoljenog i da se našao u kriminalnoj zoni.²⁵

Pristanak na druge radnje seksualnog karaktera, ali ne i na samu obljubu odnosno sa njom izjednačen čin ne isključuje postojanje krivičnog dela silovanja ako je pri tome upotrebljena prinuda. To samo po sebi nije sporno. Međutim, sam oblik i intenzitet prinude je u takvim situacijama po pravilu drugačiji zato što je nasilna obljava olakšana dobrovoljnim pristajanjem na određene radnje seksualnog karaktera. Takođe, teže je utvrditi u konkretnom slučaju na šta je pasivni subjekt pristao, a na šta nije. Dok je navedena situacija načelno nesporna, izvesna dilema se javlja u pogledu rešavanja situacije u kojoj pasivni subjekt pristaje na jednu od tri vrste seksualnog akta koja je predviđena kao radnja izvršenja (npr. na obljubu), ali izvršilac koristeći prinudu izvrši radnju za koju ne postoji pristanak pasivnog subjekta (npr. analni koitus). Trebalo bi uzeti da je nepostojanje pristanka na preduzet seksualni čin relevantno,

23 Empirijska istraživanja pokazuju da je to veoma često slučaj. Up. D. Husak, *op. cit.*, 244–246.

24 Ubedljive argumente protiv mišljenja da je neželjena seksualna aktivnost ekvivalentna prinudnom seksualnom činu, a koje zastupaju neki feministički orijentisani pisci, navodi Husak. Up. D. Husak, *ibid.*, str. 245. Međutim, danas to nije više stav koji zastupaju samo oni koji pripadaju toj orijentaciji, to je postao osnovni polazni stav Istanbulske konvencije koja proizvodi i određene međunarodnopravne obaveze. Ipak, ne bi se moglo tvrditi da Istanbulska konvencija u potpunosti izjednačava ove dve situacije. Ustanovljavajući obavezu zemalja potpisnica da inkriminišu i seksualne aktivnosti bez pristanka u kojima nije primenjena prinuda, ona se ne izjašnjava u pogledu toga da li u pogledu težine tu situaciju treba izjednačiti sa onom koja se uobičajeno podrazumeva pod pojmom krivičnog dela silovanja.

25 Onore (Honoré) ističe da seksualni akt započinje i odvija se kroz telesne pokrete, dodirivanja i reči „koje sigurno da nisu u formi rimske stipulacije“, te da muškarac prosuđuje ženin odgovor kroz njeno celokupno držanje u čemu može lako da pogreši. Up. T. Honoré, *Sex Law*, London, 1978, str. 77.

odnosno činjenica da je upotrebljena prinuda, a to bi značilo da i u tom slučaju postoji krivično delo silovanja.

Što se tiče forme pristanka, on ne mora biti dat na izričit način. Pristanak isključuje krivično delo ako je dat pre ili u toku vršenja obljube (ili sa njom izjednačenog čina). Ne postoji krivično delo ukoliko je pristanak dat pre započinjanja vršenja obljube, čak i onda kada je došlo do upotrebe sile ili pretnje, jer takva obljuba nije rezultat upotrebljene sile ili pretnje. Međutim, ako je korišćenjem sile ili pretnje obljuba već započeta, pa se žensko lice u toku vršenja obljube sa njom saglasi, sporno je da li postoji dovršeno krivično delo. Jer, pre nego što je pristanak dat, krivično delo je u potpunosti dovršeno, pa bi se pristanak u toku obljube mogao uzeti u obzir samo kao okolnost prilikom odmeravanja kazne. Još je više sporna suprotna situacija, tj. kada žensko lice u toku obljube povuče svoj pristanak i počne da daje otpor, a učinilac koristeći prinudu savlada taj otpor i dovrši započetu obljubu. Upotreba sile ili pretnje do koje je došlo u toku vršenja obljube ne stoji u uzročnoj vezi sa obljubom do koje je došlo uz saglasnost ženskog lica, prinuda je upotrebljena samo da se dobrovoljno započeta obljuba i u fiziološkom smislu dovrši.²⁶ Drugačija je situacija ako je dobrovoljna obljuba dovršena, a učinilac protiv volje ženskog lica istom prilikom koristeći prinudu izvrši još jednu obljubu ili sa njom izjednačen čin.

Za postojanje sile kao bitnog elementa krivičnog dela silovanja dovoljno je da je ona bila takva da je omogućila preduzimanje drugog dela radnje izvršenja krivičnog dela silovanja protiv volje pasivnog subjekta. Sila mora da bude stvarni uzrok vršenja obljube ili sa njom izjednačenog čina, ili je kod pokušaja to mogla biti. Zato, nije presudna ni njena prvobitna usmerenost. Tako, ako je učinilac započeo sa primenom sile u nekom drugom cilju ali je iskoristio njeno dejstvo i izvršio obljubu ili sa njom izjednačen čin, postojaće krivično delo silovanja. I upotreba snage manjeg intenziteta može u nekim slučajevima da bude dovoljna da se neko lice prinudi na obljubu ili sa njom izjednačen čin. Pošto je upotreba sile često praćena pretnjom da će se napasti na život ili telo, ocena da li je primenjena sila bila dovoljna za vršenje prinudnog seksualnog čina, mora se zasnivati i na dejstvu pretnje gde, po pravilu, dolazi ne do kumulativnog, već do sinergijskog dejstva sile i pretnje na volju žrtve. Ako primenjena sila nije bila dovoljna da se žrtva prinudi na seksualni čin, tj. ako je žrtva pružila efikasan otpor može postojati pokušaj silovanja.

Pasivni subjekt krivičnog dela jeste bilo koje lice bez obzira na njegov status i svojstva (osim što su isključena deca i maloletnici kod osnovnog oblika silovanja). Istraživanja pokazuju da je u većini slučajeva izvršilac lica sa kojim

²⁶ Suprotno shvatanje zastupa Balbi ističući da pristanak mora postojati za sve vreme dok traje seksualna aktivnost, te da onaj ko vrši seksualni akt mora da prekine akt u slučaju povlačenja pristanka partnera, jer u protivnom akt postaje krivičnopravno relevantan. Up. G. Balbi, *op. cit.*, str. 264.

je žrtva bila u bliskim odnosima, a ne nepoznato lice.²⁷ I ta činjenica ukazuje na značaj pristanka, odnosno otpora jer kada je u pitanju žrtvi nepoznato lice onda je pretpostavka da je seksualni akt izvršen bez njenog pristanka vrlo verovatna. I prostitutka može biti pasivni subjekt. Ukoliko ona u konkretnom slučaju pristaje na seksualni čin samo uz prethodno davanje novčane naknade, a izvršilac je umesto toga prinudi na taj čin, postojaće silovanje. Suprotno tome, ako posle izvršenog čina ne plati dogovorenu naknadu, postoji pristanak što isključuje silovanje. Irelevantno je za postojanje silovanja što se pristanak zasnivao na zabludi. Sa aspekta postojeće inkriminacije to važi i za ostale situacije u kojima se lice navedeno na seksualni odnos našlo u zabludi. Nema silovanja ukoliko je neko lice navedeno na seksualni čin dovođenjem ili održavanjem u zabludi u pogledu neke činjenice. Na primer, nije od značaja zabluda u pogledu identiteta izvršioca, postojanja braka sa izvršiocom, preduzimanja seksualnih radnji pod plaštom lečenja itd. Dovođenje ili održavanje u zabludi ne može predstavljati radnju izvršenja krivičnog dela silovanja jer ona uvek zahteva primenu sile ili kvalifikovane pretnje. Ti slučajevi bi bili obuhvaćeni eventualnim uvođenjem nove inkriminacije čije bi centralno obeležje bilo nepostojanje pristanka pasivnog subjekta, pa i onda kada nije došlo do primene prinude.

Umišljaj izvršioca mora da obuhvati i svest da se obljuba ili drugi sa njom izjednačen čin vrši protiv volje pasivnog subjekta upotrebom sile ili pretnje. Moguća je stvarna zabluda u pogledu ovog elementa. Krivica je isključena i kod otklonjive stvarne zablude. Za postojanje krivice dovoljan je i eventualni umišljaj. Eventualni umišljaj postoji onda kada je učinilac dozvoljavao mogućnost da je otpor žrtve ozbiljan, čime je preuzeo rizik ostvarivanja bića krivičnog dela. To je slučaj skoro uvek kada je žrtva na bilo koji način izrazila svoje protivljenje, a nije dala povoda učiniocu da zaključi da pristaje na seksualni čin.²⁸ Čisto psihološki shvaćen eventualni umišljaj, u smislu pristajanja kao psihološke činjenice, vodio bi ovde kriminalnopolitički neprihvatljivim rešenjima. Nije prihvatljivo da se „zažmuri“ pred problemom stvarne zablude kod silovanja, a još manje da se donose oslobađajuće presude zbog isključenja krivice (ako se eventualni umišljaj shvati isključivo

27 Odavno su istraživanja, odnosno podaci o izvršenim silovanjima pokazali da nije tačno dosta prošireno uverenje da silovanje najčešće vrši lice koje žrtva ne poznaje. Vid. u našoj literaturi J. Stojanović, T. Đorđević, *Silovanje primenom fizičke sile. U: Seksualnost, agresivnost, delinkventnost*, Novi Sad, 1999, str. 236–237. U navedenom radu, koji se zasniva na obavljenim sudsko medicinskim veštačenjima, u 80% obrađenih slučajeva u kojima je došlo do upotrebe sile, izvršilac je bio poznat žrtvi. Ne samo da se pretežno radi o licima koje žrtva poznaje, već pojedina istraživanja pokazuju da je u skoro 70% slučajeva izvršilac muž, verenik ili lice sa kojim žrtva živi u vanbračnoj zajednici. Tako za Italiju vid. G. Balbi, *op. cit.*, str. 255.

28 Tako K. Kühl, *op. cit.*, str. 828.

psihološki).²⁹ Pogotovo nije opravdano mišljenje da se silovanje može izvršiti samo sa direktnim umišljajem.³⁰ To bi vodilo nepostojanju krivičnog dela uvek onda kada izvršilac nije želeo da seksualni čin izvrši upotrebom prinude protivno volji pasivnog subjekta.

I lakši oblik silovanja (član 178 stav 2) podrazumeva da je korišćena prinuda. Dok se kod osnovnog oblika silovanja prinuda manifestuje u sili ili kvalifikovanoj pretnji, ovde se radi o pretnji da će se za pasivnog subjekta ili za njemu blisko lice otkriti nešto što bi škodilo njegovoj časti ili ugledu, ili o pretnji nekim drugim teškim zlom. U prvom slučaju radi se o svojevrsnom obliku ucene, dok u drugom slučaju zakon koristi generalnu klauzulu „neko drugo teško zlo“. Taj pojam treba tumačiti tako da se, iako nije reč o kvalifikovanoj pretnji, radi o pretnji takvim zlom koje je po svojoj težini podobno da prinudi pasivnog subjekta na obljubu ili neki drugi sa njom izjednačen čin. To može biti i pretnja da će se napasti na život i telo, ali ne neposredno nego posle izvesnog vremena, a može se odnositi i na neka druga dobra pasivnog subjekta kao što je imovina veće vrednosti. Ako zlo kojim se pretilo nije dovoljno teško, neće postojati ni ovaj lakši oblik silovanja ni onda kada je pasivni subjekt pod uticajem takve pretnje bio prinuđen na obljubu ili sa njom izjednačeni čin (može postojati krivično delo prinude).³¹ I ovde, kao i kod osnovnog oblika, pristanak pasivnog subjekta isključuje postojanje krivičnog dela.

3. Značaj pristanka u slučaju nastupanja težih posledica

Najvažnije pitanje koje se u vezi sa temom ovog rada postavlja kod težih oblika krivičnog dela silovanja jeste kako rešiti slučajeve u kojima je postojao pristanak u pogledu osnovnog oblika, ali ne i u odnosu na težu posledicu, ili način izvršenja. Bilo bi opravdano zauzeti stav da konstrukcija krivičnog

29 O potrebi da se eventualni umišljaj zasniva i na normativnim, a ne samo psihološkim kriterijumima i korisnosti da se teorija pristajanja dopuni teorijom prihvatanja rizika (i pored izvesnih prigovora), vid. Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2011, 151–152.

30 Za razliku od nemačke literature, u kojoj nije sporno da je za silovanje na subjektivnom planu dovoljan eventualni umišljaj (K. Kühl, *op.cit.*, str. 828; T. Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 60. Auflage, München, 2013, str. 1200), u domaćoj literaturi je i takvo mišljenje zastupano. Tako B. Kraus, pozivajući se na prirodu krivičnog dela silovanja. U: *Komentar krivičnih zakona Sr Srbije, SAP Kosova, SAP Vojvodine* (grupa autora pod redakcijom N. Srzentića), Beograd, 1981, str. 316.

31 Ajzele navodi slučaj u kome je izvršilac pretio svojoj poznanici da će joj baciti mačku sa četvrtog sprata ako mu ne dozvoli da izvrši obljubu. Pod uticajem te pretnje ona je popustila i odustala od toga da zove pomoć. Ni po nemačkom KZ ovde silovanje ne bi moglo da postoji. Vid. J. Eisele, *Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages*, Tübingen, 2015, str. 3–4.

dela kvalifikovanog težom posledicom ne može postojati u tom slučaju. To bi značilo da pristanak isključuje postojanje ne samo osnovnog oblika, nego i težih oblika krivičnog dela silovanja. Naravno, ako se nastupanjem teže posledice ostvaruje biće nekog krivičnog dela, postojaće to krivično delo. Međutim, kod nekih kvalifikatornih okolnosti, zbog njihove prirode i činjenice da često predstavljaju celinu sa osnovnim oblikom, ipak se dovodi u pitanje takvo rešenje. Tako, problem predstavlja situacija u kojoj pasivni subjekt upravo zbog ostvarivanja određene kvalifikatorne okolnosti „povlači“ svoj pristanak zato što ona i sam seksualni akt na koji je dat pristanak čini bitno drugačijim. Na primer, pristane da ima seksualni odnos sa jednim, ali ne i sa više lica. Ili, pristajanje pasivnog subjekta na seksualni akt ne znači i to da je pristao da on bude izvršen na naročito svirep ili naročito ponižavajući način. Konstrukciju krivičnog dela kvalifikovanog težom posledicom bi kod rešavanja ovog pitanja trebalo posmatrati kao celinu. Ako neko pristaje na seksualni akt, to ne znači da je pristao na taj akt pod bilo kakvim uslovima, tj. da tom prilikom bude ponižavan, zlostavljan, teško telesno povređen, ili da u tome učestvuje više lica. Zato u slučajevima kada je kvalifikatorna okolnost tesno povezana sa vršenjem seksualnog čina i kada zbog toga pasivni subjekt promeni svoju odluku, postoji krivično delo kvalifikovano težom posledicom, iako je pasivni subjekt prvobitno dao pristanak u pogledu samog seksualnog čina. To ipak zavisi i od prirode kvalifikatorne okolnosti. Tako, ne bi se moglo uzeti da postoji teži oblik silovanja samo zato što je dobrovoljna obljuba kao posledicu imala za žrtvu neželjenu trudnoću.

4. Opravdanost inkriminisanja seksualnih radnji preduzetih bez pristanka pasivnog subjekta

Kao što se iz dosadašnjih izlaganja vidi, postojanje krivičnog dela silovanja značajno zavisi i od ponašanja i stava žrtve. Pristanak lica prema kome se preduzimaju radnje seksualnog karaktera predviđenih u zakonskom opisu krivičnog dela silovanja uvek isključuju prinudu kao bitno obeležje. Kod krivičnog dela silovanja, prema postojećem rešenju, primena prinude je centralni element. Međutim, za utvrđivanje da je korišćena prinuda nije opravdano koristiti suviše visoke standarde. Postojanje sile nije isključeno ni u slučaju unutrašnjeg otpora koji je žrtva na bilo koji način ispoljila. Potrebno je da se iz njenog ponašanja moglo zaključiti da ne pristaje na seksualni čin (dovoljno bi bilo i da verbalno izrazi svoje protivljenje). Bez zahtevanja takvog ponašanja žrtve iz kojeg bi se moglo zaključiti da ne pristaje na seksualni čin, ne samo da bismo se suočili sa nerešivim problemima na planu stvarne zablude, već bi teško uopšte bilo govoriti o silovanju u situaciji gde se iz ponašanja žrtve

nikako nije moglo zaključiti da se protivi seksualnom činu. I davanje većeg značaja očekivanom otporu ima svoje opravdanje. Iako literatura, naročito u vezi sa opštim pojmom sile, poznaje očekivani otpor, njemu se kod krivičnog dela silovanja ne pridaje dovoljan značaj. Ako se otpor široko shvati, tj. ako se postave minimalni uslovi za njegovo postojanje u formi unutrašnjeg otpora, a takođe i davanjem istog značaja očekivanom kao i pruženom otporu, olakšava se utvrđivanje primene prinude. Takvo shvatanje je više u skladu sa zaštitnim objektom ovog krivičnog dela, a time i sa smislom i razlogom postojanja ove inkriminacije. Iako u tom slučaju razgraničenje sa krivičnim delom iz člana 179 KZ postaje teže, to ne bi predstavljalo nerešiv problem jer je kod tog krivičnog dela pasivni subjekt lice koje nije sposobno da pruži fizički ili psihički otpor.

Jedno šire tumačenje pojma prinude ipak nije dovoljno da se obuhvate i slučajevi u kojima, iako nije upotrebljena prinuda, pasivni subjekt ne pristaje na seksualni čin. Nepostojanje pristanka ne podrazumeva uvek i upotrebu prinude. Pristanak može izostati i iz drugih razloga. Da li zakonski opis krivičnog dela silovanja proširiti i na slučajeve kada nema pristanka ali nije upotrebljena prinuda (a nije reč ni o nemoćnom licu)? Da li bi se onda jedno takvo krivično delo uopšte moglo i dalje nazivati silovanjem? To mogu biti dosta različite situacije: počev od iznenadnog preduzimanja seksualnih radnji kada pasivni subjekt i nema vremena da izrazi svoje nepristajanje pa čak ni da formira odluku o tome,³² pa do nepružanja otpora usled sramote, rezignacije ili zablude pasivnog subjekta o prisutnosti trećeg lica koje bi mu pomoglo ili usled straha ili preteranih obzira prema učiniocu. Tu su i neke druge situacije kada nije primenjena sila dovoljnog intenziteta, kada se ne preti nekim dovoljno teškim zlom, kada se koristi zabluda pasivnog subjekta, kada nema uzročne veze između preduzete prinude i izvršenog seksualnog akta itd.³³ Ono što je zajedničko za sve te međusobno različite situacije, jeste da nema dobrovoljnog

32 U nemačkoj literaturi se kao primer za tu situaciju navodi jedan slučaj iz novije sudske prakse. Naime, izvršilac je nagovorio četrnaestogodišnju devojkicu da mu pozira za crtež, pa pošto je ona pristala rekao joj je da se okrene licem ka zidu, raširi noge a ruke nasloni na zid. Zatim joj je neopaženo prišao s leđa sa erigiranim penisom, spustio trenerku i izvršio obljudbu. Savezni sud je zauzeo stav da iskorišćavanje momenta iznenađenja ne predstavlja prinudu te da nema krivičnog dela silovanja. Vid. Renzikowski, J., *Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht*, Halle, 2015 str. 7–8.

33 Isfen (Isfen) svrstava sve te slučajeve u pet grupa. Reč je o slučajevima i situacijama koji su navođeni u živoj diskusiji koja se razvila u Nemačkoj u vezi sa implementacijom člana 36 Istanbulske konvencije krajem 2014. i tokom 2015. godine. On, inače, smatra da zakonsko rešenje krivičnog dela silovanja (kao i kvalifikovani oblik prinude koji se odnosi na radnje seksualnog karaktera) ne pokazuje istinske praznine te da bi moglo da, pri jednom drugačijem stavu sudske prakse, obuhvati i te slučajeve. Pošto ocenjuje da nema izgleda da sudska praksa u toj meri promeni svoj stav, i on se priključuje većinskom mišljenju da je opravdana izmena nemačkog Krivičnog zakonika. Up. O. Isfen, *Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten*, Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4/2015, str. 218–220, 227, 232.

pristanka pasivnog subjekta. Međutim, one se razlikuju i po tome što su neke vrlo blizu granici koju postavlja zakonski opis silovanja i koje bi se drugačijim tumačenjem mogle obuhvatiti tim opisom, dok je za druge sasvim jasno da ih postojeći zakonski opis ne može obuhvatiti ni pri jednom širem tumačenju, a i u pogledu svoje težine izazivaju dilemu da li je opravdano njihovo inkriminisanje. Prilikom procene da li postoje dovoljni kriminalnopolitički razlozi da se svaki seksualni čin bez pristanka lica prema kome se preduzima inkriminisanje, mogu se istaći razlozi pro i contra. Značaj objekta krivičnopravne zaštite mogao bi da opravda krivičnopravnu intervenciju i u pogledu drugih načina napada na njega, a ne samo onda kada se koristi prinuda. S druge strane, moglo bi se tvrditi da je od tih drugih oblika napada koji ne podrazumevaju upotrebu prinude pojedinac, po pravilu, sam sposoban da se odbrani, te da u skladu sa supsidijarnim karakterom krivičnog prava i načelom ultima ratio krivičnopravna reakcija tu ne bi bila dovoljno opravdana. Od dalje rasprave o eventualnim razlozima za i protiv ovom prilikom se odustaje imajući u vidu stav od kojeg polazi Istanbulska konvencija i međunarodnopravne obaveze koja proizlazi iz činjenice da je Srbija ratifikovala tu konvenciju. Iako Istanbulska konvencija sama po sebi ne može da obezbedi legitimnost inkriminisanja svih nedobrovoljnih seksualnih aktivnosti,³⁴ ona je ipak važan razlog koji bi uz činjenicu da nisu svi oblici napada na seksualnu slobodu zaštićeni krivičnim pravom, bio odlučujući u donošenju odluke da se ta zaštita proširi. To širenje vodi ne samo tome da se proširi kriminalna zona kod krivičnog dela silovanja čija radnja je obluba ili sa njom izjednačeni čin (što bi obuhvatilo u životu ne tako česte situacije jer vršenje oblube protiv volje nekog lica de facto najčešće podrazumeva upotrebu prinude), već i tome da se proširi i krivično delo nedozvoljenih polnih radnji gde su faktičke mogućnosti da se neka radnja preduzme bez saglasnosti drugog lica skoro neograničene. Naime, Istanbulska konvencija u članu 36 predviđa obavezu inkriminisanja i drugih seksualnih radnji bez pristanka, a ne samo radnji koje podrazumevaju penetraciju.

U ispunjavanju obaveze koja proizlazi iz Istanbulske konvencije moguća su dva puta. Jedan je radikalna reforma krivičnih dela protiv polne slobode iz Glave osamnaeste KZ i potpuno odustajanje od pojma krivičnog dela silovanja, odnosno odustajanje od toga da se upotreba prinude unosi u zakonski opis

34 Fišer (Fischer) smatra da Istanbulska konvencija, iako je treba ozbiljno shvatiti, nije podoban legitimacijski osnov za izmene nemačkog krivičnog zakonodavstva. Po njemu ne postoje opravdani razlozi da se odustane od koncepcije od koje to zakonodavstvo u oblasti seksualnih krivičnih dela polazi, a to je pravljenje razlike između prinude koja je u osnovi krivičnog dela silovanja kao dvoaktnog krivičnog dela i zloupotrebe od koje polaze neka druga krivična dela u ovoj oblasti. Kritikujući stav da je za postojanje krivičnog dela silovanja irelevantno to da li je upotrebljena prinuda već da je dovoljno da je seksualna radnja preduzeta protivno volji žrtve, on konstatuje da, ako bi se isti princip sproveo u oblasti nekih drugih krivičnih dela, onda bi svaka krađa bila razbojništvo. Up. T. Fischer, *op. cit.* u nap. 5, str. 317–318.

ovog krivičnog dela. Drugi način, koji i na prvi pogled izgleda prihvatljiviji, jeste da se seksualni akti preduzeti bez pristanka, a bez korišćenja sile ili pretnje, inkriminišu kao zasebno krivično delo, ili kao posebni oblik krivičnog dela silovanja. Po težini se ti slučajevi ne mogu izjednačiti sa onima u kojima je došlo do upotrebe sile ili (kvalifikovane) pretnje. Uostalom, i sadašnje rešenje pravi tu razliku onda kada se koristi pretnja nekim drugim teškim zlom (a ne kvalifikovana pretnja), kao i onda kada se učenom neko lice navodi na obljubu ili sa njom izjednačen čin. Ako nema prinude, a nema ni pristanka pasivnog subjekta, postavlja se pitanje šta je izvršiocu omogućilo vršenje obljuje ili sa njom izjednačenog čina. Inkriminisanje korišćenja nekog drugog sredstva (a ne prinude) ili neke situacije da se protivno volji nekog lica izvrši seksualni čin, zahtevalo bi bliže određivanje i unošenje u zakonski opis krivičnog dela njegovih bitnih obeležja. S jedne strane, to nalaže načelo određenosti kao važan segment načela zakonitosti, a s druge strane, ne bi bilo opravdano da postojanje krivičnog dela zavisi samo od unutrašnjeg stava pasivnog subjekta. Naime, nešto što objektivno samo po sebi nije radnja krivičnog dela postaje to ukoliko tako odluči pasivni subjekt. Ne treba posebno ni upozoravati na probleme u vezi sa dokazivanjem, kao ni na situacije kada je do nepristajanja došlo posle čina. Ako nema prinude, utvrđivanje nepristajanja postaje znatno teže. I na planu pokušanog krivičnog dela bi se javili dodatni problemi koje bi bilo vrlo teško rešavati u praksi. Međutim, takav pristup koji je načelno opravdan, suočio bi se sa teško savladivim problemima prilikom formulisanja zakonskog opisa tog krivičnog dela. Koji su to sve slučajevi, odnosno situacije? Čak i ako bi se svi oni mogli identifikovati, takva odredba bi bila preterano kazuistička sa navođenjem većeg broja slučajeva.³⁵ Zato je, iako ne sasvim u skladu sa postulatom *lex certa*, lakše i jednostavnije predvideti odredbu kojom bi se inkriminiralo preduzimanje obljuje i sa njom izjednačenog čina bez pristanka lica prema kome se preduzima, pod uslovom da nisu ispunjena obeležja krivičnog dela silovanja ili krivičnog dela obljuje nad nemoćnim licem. To bi, dakle, krivično delo bilo supsidijarno u odnosu na postojeće krivično delo silovanja, tj. primenjivalo bi se samo u onim slučajevima u kojima nije došlo do primene prinude (ili se ne radi o nemoćnom licu). Izostanak prinude ide i u prilog tome da se za to krivično delo propiše osetno blaža kazna. Budući da krivično delo nedozvoljenih polnih radnji nema svoje

³⁵ Pokušaj takvog pozitivnog regulisanja ovog novog krivičnog dela, a ne negativnog kod kojeg bi postojanje krivičnog dela zavisilo od nepostojanja određene okolnosti (pristanka pasivnog subjekta) čini Ajzele. Iako uspeva da izbegne kazuistiku, njegov predlog rešenja ovog problema proširivanjem zakonskog opisa prinuđavanja nekog lica na seksualne radnje iskorišćavanjem njegovog položaja bespomoćnosti (to je, prema postojećem rešenju u nemačkom KZ jedan od oblika silovanja: § 177 stav 1 tačka 3) ipak ne deluje sasvim ubedljivo. I jedno takvo rešenje ima svoje slabosti, čega je svestan i sam autor smatrajući da ih je lakše rešiti nego u slučaju da se pođe od negativnog modela, tj. zasnivanja inkriminacije na nepostojanju pristanka. Vid. bliže J. Eisele, *op. cit.* u nap. 29, str. 11–13.

samostalno biće i da je ono vezano za krivično delo silovanja (kao i za krivična dela iz čl. 179–181) ono bi, naravno, bilo vezano i za ovo novo krivično delo. Imajući u vidu prirodu i razlike u pogledu radnje izvršenja, kod krivičnog dela nedozvoljenih polnih radnji bi se u praksi još češće javljale situacije u kojima pasivni subjekt nije pružio otpor. Tu je sasvim moguće da se koristi iznenađenje pasivnog subjekta, kao i neke posebne situacije koje su, same po sebi socijalno adekvatne (npr. telesni kontakt koji je u vozilima gradskog saobraćaja ili na drugim javnim mestima ponekad neizbežan). Za razliku od obljube ili sa njom izjednačenog čina, propisivanje blaže kazne samo zato što pasivni subjekt nije ni imao vremena da manifestuje svoje protivljenje izaziva sumnju u opravdanost takvog rešenja, što znači da nema dovoljno ubedljivih argumenata da se u okviru krivičnog dela iz člana 182 za ovaj slučaj propiše blaža kazna.

Najzad, određeni značaj ima i pitanje da li, prilikom propisivanja nove inkriminacije koja bi obuhvatila vršenje seksualnih akata bez pristanka lica prema kome se preduzimaju, uneti u zakonski opis nepostojanje pristanka ili zahtevati postojanje protivljenja pasivnog subjekta. To ipak nije isto i te dve formulacije mogu da obuhvate donekle različitu kriminalnu zonu. I sa aspekta utvrđivanja ostvarenosti bitnih elemenata krivičnog dela, odnosno dokazivanja činjenica na kojima se zasniva njihova ostvarenost, određene razlike mogu da postoje. Iako i pristanak ne mora biti izričit, tj. njegovo postojanje može da se zasniva na celokupnom ponašanju lica prema kojem se seksualni akt preduzima, tu je potrebno utvrditi jednu negativnu činjenicu, tj. odsustvo pristanka. Pristanak nema uvek onda kada on nije dat na bilo koji način, pa ni implicitno. Iako nepostojanje pristanka ne znači saglasnost, ni njegovo odsustvo ne znači nužno protivljenje. Naprotiv, vršenje seksualnih akata protivno volji drugog lica podrazumeva da se ta volja na određeni način ispoljila, odnosno da postoji protivljenje. U tom pogledu ovaj drugi način se čini nešto užim, pa i preciznijim. Razlika ipak nije presudna, tim pre što će to zavisiti od stava sudske prakse u primeni te inkriminacije.

Zaključak

Izvesno je da se, i pri širem tumačenju pojma prinude, odnosno i u slučaju da se odustane od prevelikih očekivanja od pasivnog subjekta u pogledu pružanja otpora, postojeće rešenje iz člana 178 KZ Srbije ne može primeniti na sve slučajeve u kojima je izostao pristanak, odnosno kada nema konsenzualnog seksualnog odnosa. Iako jedno takvo tumačenje (imajući u vidu i postojanje krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem) ne ostavlja van kriminalne zone ozbiljnije napade na zaštitni objekt, uvođenju nove inkriminacije bi mogli da

idu u prilog i neki načelni razlozi kao što je šira krivičnopravna zaštita slobode u seksualnoj sferi. Međutim, postoje i razlozi kojima bi se ta opravdanost mogla dovesti u pitanje. Slučajevi seksualnih akata koji se preduzimaju protivno volji pasivnog subjekta bez korišćenja prinude međusobno su dosta različiti. Dok su neki relativno retki (npr. korišćenje iznenađenja pasivnog subjekta, zatim dovođenje u zabludu pasivnog subjekta ili korišćenje dejstva ranije primenjene prinude na volju pasivnog subjekta koja nije u uzročnoj vezi sa seksualnim činom), drugi su, naprotiv, toliko česti i uobičajeni da upravo iz tog razloga ne zaslužuju da budu inkriminirani, tj. nisu dovoljno teški da bi zasluživali krivičnopravnu reakciju. Kako god da se postavi zakonski opis te nove inkriminacije, teško je izbeći da budu obuhvaćeni i slučajevi koji su uobičajeni pa čak i socijalno adekvatni.³⁶ I sama konstrukcija jednog takvog budućeg krivičnog dela pokazuje određene slabosti koje bi i u primeni došle do izražaja. I pri postojećem rešenju kod kojeg je pristanak (ili njegovo odsustvo) samo kriterijum da se utvrdi da li je primenjena prinuda (kao konstitutivni element krivičnog dela) mogu se uočiti brojni složeni problemi. Oni i pored nastojanja teorije i prakse da se nađu rešenja, ukazuju na to da je reč o nesigurnom kriterijumu. Iako problemi na planu dokazivanja ne bi trebalo da utiču na to da se u krivičnom pravu predvide ili ne predvide određena rešenja, taj aspekt se ne može zanemariti. I primena postojećeg krivičnog dela silovanja često se zasniva samo na iskazima okrivljenog i pasivnog subjekta. Ukoliko se ne bi zahtevala primena prinude, bilo bi još teže dokazivati učinjeno krivično delo. Da je to ipak moguće, pokazuju ona malobrojna strana krivična prava u kojima to rešenje postoji.³⁷

36 Na to upozorava i Ajzele navodeći kao primer muža koji dolazi kući umoran zbog čega odbija seksualne zahteve svoje supruge. I pored njegovog protivljenja ona ga seksualnim stimulisanjem navodi na to da on ipak na kraju pristane na seksualni odnos. Pošto kasniji pristanak ne može u krivičnom pravu imati povratno dejstvo, krivično delo bi već bilo dovršeno. Time bi socijalno uobičajeno ponašanje bilo inkriminirano pri čemu bi žene *de facto* bile osetno više obuhvaćene krugom izvršilaca. Up. J. Eisele, *ibid.*, str. 8.

37 Na primer, u Engleskoj i Velsu važi *Sexual Offences Act* iz 2003. godine kojim se predviđa (Part 1 Sexual Offences, 1 Rape) da silovanje vrši lice (A) koje sa umišljajem izvrši penetraciju svojim penisom u vaginu, anus ili usta drugog lica (B), da B ne pristaje na penetraciju i da A nema osnovanog razloga da veruje (*does not reasonable believe*) da B na to pristaje. Dakle, zahtevaju se tri kumulativna uslova: penetracija, nepostojanje pristanka, nepostojanje razloga na osnovu kojih bi izvršilac sa osnovom mogao da zaključi da pristanak postoji. No, koliko bi ovo rešenje moglo da posluži kao uzor, pitanje je. Ajzele, razmatrajući eventualno uvođenje nove inkriminacije u cilju usaglašavanja nemačkog KZ sa Istanbulskom konvencijom, upozorava na to da je to rešenje uslovljeno specifičnim procesnim pravilima u engleskom pravu i da ono ne nudi rešenje spornih pitanja u vezi sa dobrovoljnošću pristanka. Up. *ibid.*, str. 10. Od retkih zemalja koje pripadaju evropskom kontinentalnom sistemu koje poznaju takvo rešenje treba istaći Belgiju (član 375 KZ). Tu je i Hrvatska, čiji novi KZ, osim silovanja, predviđa i krivično delo obljube bez pristanka. Kakve se sve teškoće mogu očekivati u primeni ovog krivičnog dela može se videti i iz stava tamošnje sudske prakse (on je iznet i u Obrazloženju uz predlog hrvatskog KZ) da je u pogledu postojanja pristanka teret dokazivanja na okrivljenom. Vid. Š. Pavlović,

Najvažniji argument koji ide u prilog uvođenju nove inkriminacije jeste Istanbulska konvencija, koja ne ostavlja nacionalnom zakonodavcu mogućnost za preispitivanje legitimnosti jednog takvog rešenja. On se, donoseći zakon o njenom potvrđivanju, već izjasnio u tom pogledu.³⁸ Međutim, Konvencija ne predstavlja smetnju da se zadrži i nepromenjeno krivično delo silovanja za čije je postojanje neophodna primena prinude, a ostavlja i značajan slobodan prostor za to kako će pojedine zemlje realizovati svoju obavezu.³⁹ Nema nikakvog osnova da se tvrdi da iz odredbe člana 36 Istanbulske konvencije proizlazi obaveza izmene postojećeg zakonskog opisa krivičnog dela silovanja. S druge strane, jasno je da ona nalaže inkriminisanje svih nedobrovoljnih seksualnih akata a ne samo onih koji se preduzimaju upotrebom prinude. Ona je prilično eksplicitna u tom pogledu. Dakle, uz zadržavanje člana 178 KZ,⁴⁰ potrebno je

Kazneni zakonik, 3. izdanje, Rijeka, 2015, str. 748. To je potpuno neprihvatljivo jer nije reč o osnovu isključenja protivpravnosti u pogledu kojeg bi se takav stav eventualno mogao braniti, već je u pitanju bitno obeležje bića krivičnog dela, i to centralno obeležje na kome počiva ova inkriminacija. Osim ovih retkih zemalja, ostaje tek da se vidi da li će i kako evropske zemlje usaglašavati svoje krivično zakonodavstvo sa Istanbulsom konvencijom u pogledu ovog pitanja.

38 Drugo je pitanje što se zakonodavac prilikom ratifikacije međunarodnih ugovora, po pravilu, ne upušta u njihovu sadržinu i što u postupku usvajanja nema rasprave već se usvajanje zakona o potvrđivanju svodi na puku formalnost. Između ostalog, moglo bi se postaviti pitanje da li ima smisla pozivati se, makar deklarativno, na toliko puta istican stav o tome da je krivično pravo *ultima ratio*. Iako zakonodavac ni inače nije sklon da poštuje ovo načelo, novije međunarodne konvencije ga sasvim odbacuju. Međunarodni ugovori u sve većoj meri nameću državama potpisnicama obavezu propisivanja novih krivičnih dela i širenja postojećih. I u pogledu krivičnopravne intervencije u oblasti seksualnih odnosa u tom pogledu se zapaža regres: dok je do pre nekoliko decenija u toj oblasti bio zastupan liberalan stav, kao i stav o nepoželjnosti uticaja seksualnog morala na krivično pravo, stvari su se na početku dvadeset prvog veka bitno promenile. Iako se širenje represije u toj oblasti nastoji da opravda širom zaštitom slobode pojedinca u ovoj sferi a posebno dece, to ne deluje ubedljivo već se čini da je i tu, u značajnoj meri, došao do izražaja kazneni populizam. Time se istovremeno negira i fragmentarni karakter krivičnog prava jer se teži sveobuhvatnoj zaštiti koju krivično pravo niti treba niti može da pruži.

39 Imajući u vidu kako je formulisana odredba člana 36, kao i obrazloženje uz Istanbulsku konvenciju (*Explanatory Report*), taj prostor se ne odnosi na ono što je u celoj stvari najvažnije, a to je da države ugovornice mogu da odlučuju o tome da li će ili neće da inkriminišu određene seksualne akta preduzete bez slobodno datog pristanka drugog lica. To je razumljivo, jer bi u suprotnom bio obesmišljen član 36 Konvencije. Ipak, od država zavisi kako će zakonski opis biti formulan, i u kojim slučajevima će se smatrati da je isključena dobrovoljnost pristanka. O tome više L. Blume, K. Wegner, *Reform des § 177 StGB? – Zur Vereinbarkeit des deutschen Sexualstrafrecht mit Art. 36 der „Istanbul-Konvention“*, HRSS 8–9/2014, str. 358.

40 Obaveza da se inkriminišu svi seksualni akti bez pristanka lica koja u njemu učestvuju može se ispuniti i propisivanjem novog krivičnog dela uz zadržavanje nepromenjenog krivičnog dela silovanja. Naravno, ta se obaveza može ispuniti i izmenom zakonskog opisa krivičnog dela silovanja što, iz više razloga, ne smatramo opravdanim. I oni koji predlažu proširivanje kriminalne zone u cilju usaglašavanja nacionalnog zakonodavstva sa članom 36 IK, po pravilu polaze od tog stava nastojeći da rešenje nađu u propisivanju novog, lakšeg krivičnog dela od silovanja. Tako J. Renzikowski, *op. cit.*, str. 8–9.

propisati i novo krivično delo koje bi, s obzirom da nije primenjena prinuda, bilo lakše od krivičnog dela silovanja. Manje je važno kako bi se ono zvalo (npr. obluba bez pristanka, ili seksualno, odnosno polno nasilje), pogotovo što bi legislativno-tehnički bilo moguće da ono ne bude predviđeno u zasebnom članu Krivičnog zakonika, već kao lakši oblik krivičnog dela silovanja. Najzad, treba primetiti i sledeće. Istanbulska konvencija se odnosi na zaštitu žena od svih vidova nasilja. Međutim, pasivni subjekt krivičnog dela silovanja može biti i muškarac, kako u heteroseksualnom, tako i u homoseksualnom odnosu. Neprihvatljivo bi bilo da se, kada je u pitanju žena kao pasivni subjekt, predvidi šira kriminalna zona, odnosno novo krivično delo koje bi se uvelo pre svega zbog poštovanja obaveze u vezi sa implementacijom Istanbulske konvencije (kod kojeg se ne bi zahtevala primena prinude), nego onda kada je u pitanju muškarac. U tom pogledu se to krivično delo ne bi razlikovalo od postojećeg krivičnog dela silovanja. Zato, iako to nije cilj Istanbulske konvencije, novu inkriminaciju treba proširiti i na slučajeve kada se kao pasivni subjekt javlja muškarac, pa bi kao i kod silovanja i izvršilac i pasivni subjekt mogla biti lica oba pola. U vezi s tim i sama odredba člana 36 Istanbulske konvencije ide dalje od svog cilja i naziva.

Literatura

1. Balbi, G; *Violenza e abuso sessuale. In: Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I (a cura di D. Pulitanò), Torino, 2011.
2. Blume, L; Wegner, K; Reform des § 177 StGB? – Zur Vereinbarkeit des deutschen Sexualstrafrecht mit Art. 36 der „Istanbul-Konvention“, *HRSS* 8-9/2014.
3. Eisele, J; *Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages*, Tübingen, 2015.
4. Fischer, T; *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 60. Auflage, München, 2013.
5. Fischer, Th; Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention, Entgegnung auf Hörnle, *ZIS* 2015, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 6/2015.
6. Honoré, T; *Sex Law*, London, 1978.
7. Hörnle, T; Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4/2015.
8. Husak, D; Rapes Without Rapist: Consent and Reasonable Mistake. In: *The Philosophy of Criminal Law*, selected Essays, Oxford University Press, 2010.

9. Isfen, O; Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten, Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4/2015.
10. Kindhäuser, U; *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 3. Auflage, Baden-Baden, 2006.
11. *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova, SAP Vojvodine* (grupa autora pod redakcijom N. Srzentića), Beograd, 1981.
12. Lackner-Kühl; *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München, 2011.
13. Pavlović, Š; *Kazneni zakonik*, 3. izdanje, Rijeka, 2015.
14. Renzikowski, J; *Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht*, Halle, 2015.
15. Samaha, J; *Criminal Law*, Wadsworth, Belmont, 2011.
16. *Sexual Offences Act 2003*, Printed in the UK by The Stationery Office Limited, 2003.
17. Schönke-Schröder (Perron, W., Eisele, J); *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Auflage, München, 2010.
18. Stojanović, J., Đorđević, T; Silovanje primenom fizičke sile. U: *Seksualnost, agresivnost, delinkventnost*, Novi Sad, 1999.
19. Stojanović, Z; *Kriterijumi određivanja inkriminacija – uopšte i u sferi seksualnih odnosa*, Ljubljana, 1981.
20. Stojanović, Z; Značaj ponašanja pasivnog subjekta za postojanje krivičnog dela silovanja, Između otpora i pristanka. U: *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*, Beograd, 2012
21. Stojanović, Z; *Krivično pravo, Opšti deo*, 18. izd., Beograd, 2011.
22. Tahović, J; *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 1957.
23. Živanović, T; *Osnovi Krivičnog prava, Opšti deo*, Beograd, 1922.

RAPE WITHOUT COERCION

Implementation of Art. 36 of the Istanbul Convention

Zoran Stojanovic

University of Belgrad, Faculty of Law

Summary: One could conclude that the existence of the crime of rape is largely dependent on the behavior and the attitude of the victim. While in some cases, this behavior can be a circumstance that is relevant to sentencing for the crime of rape, the consent

of the person against whom a sexual act is undertaken excludes element of coercion. While the consent excludes coercion, resistance confirms. If the internal resistance of the victim was in any way expressed, the existence of force is confirmed. Without requiring the victim of such behavior from which one may conclude that she or he rejects sexual acts, not only that we would be faced with insoluble problems connected to error (*error facti*), but in general it would be difficult to talk about rape in a situation where from the behavior of the victim nobody could conclude that he or she opposed the sexual act. But it is not justified to require always the existence of firm physical resistance, especially not utmost resistance. In that sense, it is important to give the internal resistance and expected resistance the greater importance. If the notion of resistance is broadly understood in the form of internal resistance, and also as giving the greater importance to expected resistance, the use of force would be confirmed in the cases where the firm physical resistance did not take place as well. This view is more consistent with the object of protection of this offence (sexual liberty), and therefore with the meaning and the reason for the existence of these offence. Although in this case the boundary with a criminal offense under Article 179 CC becomes more difficult, it is not an insurmountable problem because the passive subject of that crime is the person who is incapable of any physical or mental resistance.

Analysis of problems related to the implementation of rape (Article 178 of the Criminal Code of Serbia) opens *de lege ferenda* question whether it is justified to extend criminal law protection to cases of sexual acts without use of force or threat but where there is no consent of the victim. Such widening arises from the provisions of Article 36, paragraph 1 of the Istanbul Convention. The argument in favor of this expansion would be the great importance of the freedom of the individual in the sexual sphere, which deserves wider protection of criminal law. On the other hand, account must be taken of the fact that this crime of rape, ranging from its traditional name, involves the use of force (or threats) and that forced sexual act is core of this crime. It would minimize the severity of the act if it were equal to all situations where, for whatever reason, consent of the other person is absent. Although the consent of the victim (or its absence) is of great importance for the crime of rape, it would not be justified to make dependent the existence of the crime of rape only on the consent of the victim establishing primarily on that fact the legal

definition. The solution how to implement the provision of Article 36 of the Istanbul Convention author sees in the prescribing of the new criminal offense or a new form of criminal offense under Article 178 of the Criminal Code (or 179), with retention of the existing offence of rape. This new, lesser offense of rape, should comprise certain sexual acts that constitute a violation of sexual freedom although no coercion occur because there is no consent of the person against whom the act is done.

Keywords: Rape, Coercion, Consent, Istanbul Convention.