

Dr. sc. Ivana Radačić*

KAZNENO DJELO SILOVANJA: PITANJA DEFINICIJE, (NE)ODGOVORNOSTI ZA OTKLONJIVU ZABLUDU O PRISTANKU I POSTOJANJE RODNIH STEREOTIPA U SUDSKOM POSTUPKU NA PRIMJERU PRAKSE ŽUPANIJSKOG SUDA U ZAGREBU¹

Ovaj članak pruža kritičku analizu kaznenog djela silovanja u hrvatskom zakonodavstvu na primjeru slučajeva Županijskog suda u Zagrebu u recentnom četverogodišnjem periodu. U svjetlu feminističkih razmatranja o silovanju, analiza je usredotočena na pitanja definicije silovanja, (ne)odgovornosti za otklonjivu zabludu i postojanja rodni stereotipa i mitova u silovanju u sudskim odlukama. Članak identificira probleme u hrvatskom zakonodavstvu i praksi te temeljem feminističkih istraživanja, a u skladu s međunarodnopravnim standardima zaštite ljudskih prava, predlaže određene promjene, uspoređujući ih s rješenjima novog Kaznenog zakona koji će stupiti na snagu 1. siječnja 2013. Predložene reforme odnose se na konceptualizaciju silovanja kao nedobrovoljnog seksualnog odnosa, uspostavu odgovornosti za skrivljenu zabludu te inkorporaciju tema ljudskih prava (žena), feminizma i nasilja nad ženama u kurikulume pravnih fakulteta, pravosudne i odvjetničke akademije.

1. UVOD

Zakoni i sudska praksa u području silovanja već su godinama predmet feminističkih razmatranja. U središtu tih rasprava su ova pitanja: definicija silovanja (radnja i centralni element – sila ili nedobrovoljnost), odgovornost

* Doc. dr. sc. Ivana Radačić, znanstvena suradnica, Institut društvenih znanosti Ivo Pilar

¹ Rad je nastavak istraživanja koje je bilo prikazano na međunarodnoj Jean Monnet znanstvenoj konferenciji *Nevidljive manjine* (Rijeka, 14. i 15. listopada 2011.), a koje će u izmijenjenom obliku pod naslovom: *Invisible Minorities: Stories of Raped Women before the County Court in Zagreb* biti objavljeno na engleskom jeziku u: Bodiroga Vukobrat, N., Sander, G. i Barić, S. (ur.), *Invisible Minorities* (Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2012).

za otklonjivu zabludu o biću kaznenog djela odnosno pogrešno vjerovanje u pristanak te postojanje rodnih predrasuda i mitova o silovanju u sudskoj praksi.² Te su rasprave potaknule mnogobrojne reforme kaznenog prava u mnogim zemljama radi učinkovitog progona silovanja kao i osiguranja dostojanstva i ljudskih prava žrtava. U Republici Hrvatskoj, međutim, ta se pitanja razmatraju rijetko, posebice iz feminističke perspektive. S druge strane, promjene društvenih normi, potaknute članstvom Republike Hrvatske u međunarodnim organizacijama, kao i pristupanjem Europskoj uniji te aktivizmom ženskih nevladinih udruga, dovele su do reformi Kaznenog zakona u području silovanja.³ No, s obzirom na nedostatak teorijskih promišljanja i empirijskih istraživanja o tim pitanjima, postavlja se pitanje o učinkovitosti reformi.⁴

U ovom članku kritički ću razmotriti kazneno djelo silovanja⁵ na primjeru dostupnih slučajeva Županijskog suda u Zagrebu pravomoćno okončanih do 29. veljače 2012. u kojima je optužnica podignuta nakon 1. siječnja 2008. Usredotočit ću se na postojanje problema definicije silovanja, odgovornosti za otklonjivu zabludu i postojanja rodnih stereotipa u sudskim odlukama, u svjetlu feminističkih istraživanja i međunarodnih standarda zaštite ljudskih prava.

S obzirom na ograničeno područje istraživanja, članak nema namjeru pružiti sveobuhvatnu analizu sudske prakse, već poslužiti kao studija slučaja najvećeg županijskog suda Republike Hrvatske u jednom recentnom razdoblju. Iako dakle istraživanje sudske prakse nije sveobuhvatno, rezultati zajedno s do sada provedenim analizama upućuju na određene probleme u hrvat-

² Vidi npr. McGlynn, C. i Munro, V. (ur.), *Rethinking Rape Law – International and Comparative Perspectives* (London: Routledge, 2010.).

³ Nakon osamostaljenja Republike Hrvatske, materijalno kazneno zakonodavstvo doživjelo je dvije izmjene: 1997. i 2011. godine. Kaznenim zakonom iz 1997. (NN 110/97), koji je stupio na snagu 1. siječnja 1998., silovanje je definirano kao rodno neutralno kazneno djelo, a kriminalizirano je prvi put silovanje u braku. Kaznenim zakonom iz 2011. (NN 125/11), koji će se primjenjivati od 1. siječnja 2013., nije se mijenjala definicija silovanja, no uvedene su neke konceptualne promjene u definiciji seksualnih delikata. Tako je osnovno kazneno djelo definirano kao spolni odnošaj bez pristanka, dok pristanak postoji ako je osoba svojom voljom odlučila stupiti u spolni odnošaj ili s njime izjednačenu spolnu radnju i bila je sposobna donijeti i izraziti takvu odluku (čl. 152.). Zakon također nabroja okolnosti u kojima se presumira da pristanak nema. Pored tog djela i silovanja, Zakon poznaje još jednu vrstu djela: teška kaznena djela protiv spolne slobode (čl. 154.). Turković, K. i Maršavelski A., Nacrt posebnog dijela kaznenog zakona – pregled pet glava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 17, br. 2. (2010.), str. 505.-57.; Kurtović Mišić, A. i Garačić, A., Kaznena djela protiv spolne slobode i čudoređa, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 1., br. 2 (2010.), str. 597.-618.

⁴ Iako autori/ce ovog dijela Kaznenog zakona smatraju rekonceptualizaciju seksualnih delikata velikom promjenom, upitno je koliko je reforma zaista radikalna, budući da je riječ o kompromisnom rješenju između shvaćanja seksualnih delikata kao nasilnih kaznenih djela i kaznenih djela protiv seksualne autonomije, o čemu će biti govora u dijelu 7. ovog članka.

⁵ Ovdje ću se ograničiti samo na materijalno kazneno zakonodavstvo, iako bi za ocjenu rodne osjetljivosti zakonodavstva bilo nužno ispitati i kazneno procesno pravo.

skom zakonodavstvu i praksi. Cilj je ovog članka identificirati te probleme i predložiti rješenja u skladu s međunarodnim standardima, a utemeljena na feminističkim teorijama i istraživanjima.

U članku se prvo opisuje zakonska definicija silovanja kako je interpretirana u sudskoj praksi. Nakon toga, u trećem dijelu, analizira se interpretacija definicije silovanja u slučajevima Županijskog suda u Zagrebu (Sud). Posebice se razmatraju slučajevi u kojima je Sud razmatrao otpor i pristanak, bilo u ocjeni primjene sile/prijetnje, bilo u ocjeni stanja svijesti počinitelja. U četvrtom dijelu razmatraju se kazne te otegotne i olakotne okolnosti, a posebice se analiziraju slučajevi Suda u kojima su prilikom ocjenjivanja olakotnih i otegotnih okolnosti vidljivi rodni stereotipi. Nadalje, u petom djelu detaljno se razmatra pitanje rodnih stereotipa kao i mitova u silovanju. U šestom dijelu identificiraju se problemi, dok se u posljednjem dijelu, temeljem feminističke literature i međunarodnih standarda ljudskih prava i međunarodnog kaznenog prava, iznose prijedlozi reforme.

2. DEFINICIJA KAZNENOG DJELA SILOVANJA

Kazneno djelo silovanja nalazi se u glavi XIV. Kaznenog zakona pod nazivom: Kaznena djela protiv spolne slobode i čudoređa,⁶ a čini ga “tko drugu osobu uporabom sile ili prijetnje da će izravno napasti na njezin život ili tijelo ili na život ili tijelo njoj bliske osobe prisili na spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju”.⁷ *Actus reus* silovanja ima dva elementa: spolni odnošaj i s njime izjednačenu radnju te silu ili prijetnju, dok *mens rea* zahtijeva namjeru. Definicija je spolno neutralna, a postojanje braka je irelevantno.

⁶ U toj glavi nalaze se sljedeća kaznena djela: silovanje, spolni odnošaj s nemoćnom osobom, prisila na spolni odnošaj, spolni odnošaj zlouporabom položaja, spolni odnošaj s djetetom, bludne radnje, zadovoljenje pohote pred djetetom ili maloljetnom osobom, podvođenje, upoznavanje djece s pornografijom, dječja pornografija na računalnom sustavu ili mreži, rodo-skrnuće. Ta su kaznena djela obično klasificirana kao: kaznena djela koja štite spolnu slobodu; kaznena djela koja štite seksualni integritet djece; kaznena djela koja štite od financijske eksploatacije u vezi sa seksualnim djelima; kaznena djela koja štite moral. Silovanje, zajedno sa spolnim odnošajem s nemoćnom osobom, prisilom na spolni odnošaj, spolnim odnošajem zlouporabom položaja i bludim radnjama, spada u prvu kategoriju. Kaznena djela seksualnog nasilja u doba rata, kao i međunarodna prostitucija i trgovina ljudima nalaze se u glavi XIII.: Kaznena djela protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom. Za klasifikaciju vidi Turković, K., Kaznena djela protiv spolne slobode i čudoređa, u: Novoselec, P. (ur.), *Posebni dio kaznenog prava* (Sveučilišna tiskara, 2007.).

⁷ Čl. 188. st. 1. Kaznenog zakona (NN 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 113/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11).

2.1. *Actus reus*

Spolni odnošaj definiran je u praksi kao spajanje seksualnih organa heteroseksualnih osoba, pri čemu nije dovoljno samo dodirivanje.⁸ Djela izjednačena sa spolnom radnjom su ona koja su po svojoj prirodi, učinku i popratnim pojavama usporediva sa spolnim odnošajem. Prema sudskoj praksi, tu spadaju penetrativne radnje: prodiranje genitalijama u tjelesne otvore žrtve; prodiranje dijelovima tijela u genitalije žrtve; penetracija spolnog organa žrtve u tjelesni otvor počinitelja; prodiranje predmetima u tjelesne otvore žrtve.⁹ Međutim, ne postoji konsenzus u vezi s nepenetrativnim spolnim radnjama, pa tako nije jasno kada će određena seksualna radnja koja nije penetrativne naravi biti kvalificirana kao radnja izjednačena sa spolnim odnošajem, kada kao pokušaj spolnog odnošaja, pa tako i silovanja, a kada kao bludna radnja,¹⁰ s različitim zapriječenim kaznama i simboličkom značenjima djela.¹¹

Kod kaznenog djela silovanja cilj upotrebe sile mora biti navođenje na spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju, odnosno sila je sredstvo za prevladavanje volje radi ostvarenja spolnog odnošaja ili s njime izjednačene spolne radnje. Između primjene sile i spolnog odnošaja odnosno s njim izjednačene spolne radnje mora postojati uzročna veza – koja se mora posebno dokazivati ako između tih dviju radnji postoji duži vremenski razmak. Sila mora biti usmjerena prema osobi, a ne prema stvarima.¹² Sila koja se odnosi na druge osobe, a ne samu žrtvu, ima karakter psihičke sile prema žrtvi. Prijeporno je što se sve smatra silom, a u pojedinim slučajevima javlja se restriktivno tumačenje sile, što će se pokazati i u analizi slučajeva Županijskog suda u Zagrebu.

Prijetnja kao element kaznenog djela silovanja označava svaku radnju kojom se žrtvi nagovještava napad na njezin život ili tijelo odnosno na život ili tijelo njoj bliske osobe radi ostvarenja točno određenog cilja – prisile na

⁸ Turković, supra, bilješka 6, str. 149.

⁹ Ibid.

¹⁰ Kazneno djelo bludnih radnji (čl. 193. st. 1.) čini tko u slučajevima iz čl. 188. do 191. (tj. kada je primijenio silu ili prijetnju ili je iskoristio nemoć žrtve ili je zloupotrebio položaj) počini samo bludnu radnju, a da nije počinjen ni pokušaj tih kaznenih djela. U odnosu na kaznena djela iz čl. 188. do 191. bludne radnje su supsidijarno kazneno djelo koje postoji tek ako nije počinjeno niti jedno drugo kazneno djelo iz ove glave, pa čak ni u pokušaju. Bludne radnje su stoga blaže kazneno djelo u odnosu na primarna kaznena djela, pa je za njih propisana i blaža kazna (zatvor od tri mjeseca do tri godine).

¹¹ Turković, supra, bilješka 6, str. 149-150

¹² Ako je sila usmjerena prema stvarima, tada je zapravo riječ o prijetnji, pa ako ta prijetnja ima karakter teškog zla, djelo se tada karakterizira kao prisila na spolni odnošaj jer se kod tog djela ne traži da prijetnja bude usmjerena prema životu ili tijelu osobe. Turković, supra, bilješka 6, str. 152.

spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju.¹³ Prijetnja mora biti ozbiljna – takva da je svojim sadržajem i okolnostima pod kojima je izražena objektivno pogodna kod žrtve izazvati strah za njezin život ili tjelesni integritet odnosno za život ili tjelesni integritet njoj bliske osobe.

Prietnja se mora odnositi na napad na život ili tijelo osobe ili njoj bliske osobe. Prijetnja nekim drugim zlom, npr. oduzimanjem slobode, uništenjem stvari, otkrivanjem nečega što bi moglo naškoditi časti ili ugledu žrtve ili njoj bliske osobe, nije dostatna za postojanje kaznenog djela silovanja.¹⁴ Bliskost osobe ocjenjuje se prema konkretnom slučaju. U nekim slučajevima ta će se bliskost presumirati (u slučaju bliskih krvnih srodnika kao što su roditelji, djeca, braća i sestre, bračni drug ako nije dokazano da su odnosi poremećeni), dok će se u drugima morati dokazivati (dugotrajno prijateljstvo, starateljstvo i sl.). Počinitelj mora prijetiti da će izravno napasti na život ili tijelo žrtve ili njoj bliske osobe. Izravnost pretpostavlja istodobnost napada ili napad koji predstoji u vrlo bliskoj budućnosti, odmah nakon izražene prijetnje.

Iako pružanje otpora ne traži tekst čl. 188. st. 1. Kaznenog zakona, u sudskoj praksi nerijetko se razmatra je li i kakav je otpor žrtva pružala kao dokaz da nije postojao pristanak na spolni odnošaj odnosno da počinitelj nije znao da pristanka nema. Često se susreće i zastarjelo tumačenje prema kojem silovanje postoji samo ako žrtva pruža jak, ozbiljan i stalan otpor, pa se nijeće silovanje ako je primijenjena *vis haut ingrata* (sila koja baš nije neugodna, tj. protiv koje je i sam otpor tobožnji).¹⁵ Također se navodi da “otpor žrtve može izostati samo ukoliko je strah žrtve veći od predodžbe o zlu koje će nastati (prisilna obljava)”.¹⁶

Pristanak žrtve isključuje protupravnost. Pristanak se mora odnositi na buduće činjenje ili nečinjenje te mora biti iskren i vrijedi do opoziva. Međutim, u praksi se javilo shvaćanje da pristanak na seksualne odnose isključuje protupravnost prvog, nasilnog seksualnog odnosa.¹⁷

2.2. *Mens rea*

Kazneno djelo silovanja može se počinuti samo s namjerom. Namjera mora obuhvatiti svijest o primjeni sile ili prijetnje te svijest o izostanku pristanka žrtve na spolni odnošaj ili s njom izjednačenu spolnu radnju. Dovoljna je i neizravna namjera kad u vrijeme primjene nasilja ili prijetnje počinitelj ozbilj-

¹³ Ibid.

¹⁴ U tim slučajevima bit će riječ o kaznenom djelu prisile na spolni odnošaj (čl. 190.).

¹⁵ Turković, supra, bilješka 6, str. 153.

¹⁶ VSRH, KŽ-445/92, citirano u Turković, ibid., str. 154.

¹⁷ VSRH, I KŽ-387/91, citirano u: Turković, ibid.

nost otpora žrtve smatra mogućim, pa pristaje na poduzimanje spolne radnje i pod cijenu da je otpor ozbiljan, odnosno pod cijenu da žrtva ne pristaje na spolni odnošaj.¹⁸

Ako počinitelj misli da postoji pristanak žrtve, a stvarno ga nema, bit će u zabludi o biću kaznenog djela koja će isključivati krivnju i kad je bila otklonjiva jer nehaj kod kaznenog djela silovanja nije kažnjiv. Tako se čak ni onaj počinitelj koji je u otklonjivoj zabludi po hrvatskom zakonodavstvu neće moći kazniti.

3. INTERPRETACIJA DEFINICIJE SILOVANJA U PRAKSI ŽUPANIJSKOG SUDA U ZAGREBU

U razdoblju od 1. siječnja 2008. do 29. veljače 2012. bilo je dostupnih 29 pravomoćno okončanih presuda u kojem je u prvom stupnju sudio Županijski sud u Zagrebu. Suprotno mitovima prema kojima su silovatelji najčešće stranci, u analiziranim slučajevima većina žrtvi i počinitelja se zna. U čak u deset slučajeva riječ je o bračnim ili izvanbračnim partnerima odnosno intimnim vezama, dok je u samo jednom slučaju riječ o napadu potpunog stranca na cesti.¹⁹ U svim slučajevima počinitelji su bili muškarci, a žrtve žene, a u većini slučajeva predsjednici vijeća u prvom stupnju su muškarci.²⁰

U pet slučajeva počinitelji su optuženi za pokušaj, dok je u ostalim slučajevima bila riječ o optužbama za silovanje, s time da se u dva predmeta radilo o kvalificiranom obliku – više počinitelja istom prilikom na ponižavajući način te silovanje na ponižavajući način. U jednom slučaju optužnica je osim silovanja uključivala spolni odnošaj s nemoćnom osobom i protupravno oduzimanje slobode, a u jednom trgovinu ljudima. Šest slučajeva okončano je oslobađanjem od optužbe (od čega se u dva slučaja radilo o braku odnosno izvanbračnoj zajednici), a u tri slučaja državno odvjetništvo odustalo je od optužnice (u jednom slučaju bila je riječ o silovanju u braku, a u jednom o navodnoj vezi).

¹⁸ Turković, *ibid.*, str. 154. No, neki teoretičari i praktičari smatraju da je silovanje moguće počinuti samo s izravnom namjerom. Vidi npr. Bačić, F. i Pavlović, Š., Komentar Kaznenog zakona, (Organizator, 2004.), str. 676.

¹⁹ U dva slučaja riječ je o vezama koje imaju karakteristike seksualnog ropstva i trgovanja ljudima; u dva slučaja riječ je o susjedima, u jednom o prijateljskim odnosima, u jednom o odnosu poslodavca i zaposlenice, u dvanaest je riječ o površnim poznanstvima (žrtve su konobarice ili su radile u sportskoj kladionici ili su gošće kafića ili imaju zajedničke poznanike) te u pet o strancima. Pored navedenog slučaja napada potpunog stranca, u jednom slučaju žrtva je prostitutka/seksualna radnica, u jednom je žrtva okrivljenicima poznata osoba iz susjedstva iako se s njom nisu nikada formalno upoznali, a u jednom je žrtvi prijateljica predstavila počinitelja kao potencijalnog poslodavca.

²⁰ Mogući utjecaj spolne pripadnosti nije istraživan u ovom članku.

Radnje su kod dovršenih djela, osim vaginalnog spolnog odnošaja, uključivale *fellatio*, analni odnos, guranje prsta u vaginu, guranje prsta u anus, dok su radnje pokušaja silovanja uključivale ljubljenje, diranje prstima po vagini i pokušaj penetracije seksualnim organom u vaginu žrtve.

Primjena sile uključivala je sljedeće radnje: prisilno ljubljenje i diranje, ležanje na žrtvi, sprečavanje da izađe iz automobila, držanje za ruke, za struk, za vrat, za ramena, guranje, čupanje za kosu, šamaranje, udaranje u zid, ležanje na tijelu žrtve, polaganje žrtve potrbuške na krevet, širenje nogu, udarci šakama, vučenje po podu, stavljanje marame u usta, zaključavanje vrata, vezanje ruku. Primjena prijetnji uključivala je sljedeće radnje: prijetnje da će žrtva i njezina obitelj biti ubijeni, da će žrtvi razbiti zube, da će napasti žrtvu i djecu, da će baciti bombu i raznijeti žrtvu, da će je rastrgati, da će žrtvi otkazati ugovor o radu.²¹ Međutim, sudska praksa nije konzistentna.

3.1. Sila i otpor

Dok su suci u većini slučajeva smatrali da držanje žrtve za ruku i njezino guranje konstituira relevantnu silu, u slučaju K 183/08, koji je završio oslobađajućom presudom, te činjenice nisu bile dovoljne. U tom predmetu Sud je kao dokazane uzeo činjenice o kojima je iskazivala oštećena da su je optuženik i njegovi prijatelji, prijatelji vlasnika kafića u kojem je radila, ponudivši je odvesti kući, tri sata bez njezina pristanka vozili po nenaseljenim mjestima, tijekom koje vožnje ju je okrivljenih dirao po vagini te joj gurnuo prst u vaginu, nakon čega ju je odveo u kamion te je počeo ljubiti državši joj ruke.²² Sud je utvrdio da “optuženi nije započeo niti upotrijebio silu prema oštećenici, s ciljem izvršenja obljuje, niti je oštećenica pružala ozbiljan i trajan otpor niti je bila u takvom stanju straha zbog kojeg bi trebao izostati svaki otpor”.²³ Naime, Sud je smatrao da pri guranju prsta u vaginu uopće nije bilo primjene sile, bez obzira na to što je oštećena protiv svoje volje bila u automobilu, dok držanje za ruke nije bila sila “tog intenziteta da bi se oštećenici onemogućio otpor ... jer je odgurnula optuženika, dakle muškarca, kao fizički

²¹ Iako se ova prijetnja ne odnosi na napad na život ili tijelo žrtve (odnosno bliske joj osobe), navedena je u dispozitivu presude u predmetu K 138/04. Osim toga, u tom slučaju bila je primjenjivana i sila koja se sastojala od odguravanja, pritiskanja tijelom, primanja za ramena.

²² Penetracija vagine nije se kvalificirala kao silovanje jer je u vrijeme počinjenja djela u rujnu 1995. godine na snazi bio Osnovni krivični zakon Republike Hrvatske prema kojem je jedina radnja silovanja bio spolni odnošaj, dok je penetracija prstom u vaginu bila kvalificirana kao bludna radnja. Međutim, osumnjičeni nije mogao biti kažnjen za to kazneno djelo zbog nastupanja zastare.

²³ Presuda od 25. ožujka 2009., str. 6.

jaču i snažniju osobu, udarila nogom u vrata kamiona i pobjegla.”²⁴ Sud nije pridao važnost iskazu žrtve da je mislila da je bolje da se nasilno ne odupire kako ne bi situacija eskalirala u nasilje te da se na taj korak odlučila tek kad ju je okrivljenik odveo u kamion.

Presudu je potvrdio Vrhovni sud.²⁵ Sud je smatrao dokazanim da je žrtva bila podvrgnuta “seksualnom i psihološkom zlostavljanju” te da je optuženi počinio bludne radnje dirajući njezinu vaginu protivno njezinoj volji, za koje djelo je nastupila apsolutna zastara. Također je smatrao da je držanjem za ruke oštećene u kamionu primijenjena sila. Međutim, zaključio je da namjera počinjenja silovanja nije dokazana, jer “da tijekom događanja u automobilu i potom u kamionu optuženik nije jasno, bilo riječima ili pak konkludentnim radnjama, manifestirao upravo nakanu obavljanja spolnog odnosa”.²⁶ Naime, Vrhovni sud je naglasio da nisu postojali indiciji namjere, kao npr. skidanje žrtve ili eksplicitno traženje spolnog odnošaja, već da je samo dokazano da je okrivljeni oštećenu ljubio protivno njezinoj volji. Sud je smatrao da je taj zaključak potvrđen odgovorom žrtve na pitanje kako bi karakterizirala ponašanje okrivljenika, koji je glasio “kao tinejdžera koji se upucava ženi”.²⁷

3.2. Sila, otpor i naknadni pristanak

U slučaju K 195/09 okrivljeni, koji je bio u braku sa žrtvom, ali zbog raspada veze nije s njom živio, prijetio je žrtvi da će je baciti kroz prozor te ju je šakom udario u glavu prije spolnog odnošaja. Međutim, Sud je smatrao da ne postoji relevantna sila jer otpor žrtve nije bio dovoljno ozbiljan i trajan, unatoč tome što je odguravala okrivljenika i verbalno se protivila odnošaju. Pozornost je usmjerio na izjavu žrtve da nije bila dovoljno ustrajna u otporu, smatrajući da se u takvim slučajevima ne može govoriti o silovanju. Naime, Sud je smatrao da takvo ponašanje oštećene ni optuženi nije mogao shvatiti kao protivljenje spolnom odnošaju jer oštećena nije izrazila protivljenje “na posve jasan i nedvosmislen način”.²⁸ Osvrćući se na navode odvjetnice oštećene da ju je bilo strah zbog prijetnji, Sud je smatrao da se “nedvojbeno nije radilo o strahu takvog intenziteta da bi kod nje izazvao psihološku blokadu i zakočio svaki njen otpor”.²⁹ Konačno, naglasak je stavio na izjavu

²⁴ Ibid., str. 7.

²⁵ Presuda Vrhovnog suda od 23. svibnja 2010., Kž 437/09-5.

²⁶ Str. 2. presude Vrhovnog suda, ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Presuda od 8. prosinca 2009., str. 5.

²⁹ Ibid., str. 6.

oštećene da je tijekom odnosa naposljetku pristala na odnošaj, smatrajući da se radi o naknadnom pristanku koji isključuje protupravnost djela.

Vrhovni sud usredotočio se na otpor držeci da je žrtva propustila odgurati se, čak i ako nije željela odnos.³⁰ Nije jasno je li vijeće time mislilo da nije bilo sile ili da nije postojala namjera čak i u slučaju primjene sile jer je okrivljenik smatrao da je spolni odnošaj dobrovoljan.

3.3. Sila, otpor i protok vremena

U slučaju K 229/08 žrtva je tvrdila da spolni odnošaj s njezinim bivšim izvanbračnim partnerom nije bio dobrovoljan te da ga je pokušala odgurnuti i rekla mu da ne želi odnošaj. Priznala je da neposredno prije odnošaja optuženi nije bio fizički nasilan, osim što joj je raširio noge, te da joj nije prijetio. Međutim, nekoliko sati prije odnošaja okrivljeni ju je ošamario, došavši u kafić u kojem je radila, te ju je vrijeđao, na kraju je prisilivši da ode s njim u automobil, što je Sud smatrao dokazanim. Nakon što su nekoliko sati boravili u kafiću, žrtva je pristala prespavati kod optuženog. Iako je žrtva imala problem kvalificirati djelo kao silovanje, izrekavši da je “na jedan način silovana, ali da se nije odupirala,” nije odustala od svoje izjave da odnošaj nije bio dobrovoljan, jer ju je prije toga vrijeđao i šamario.

Sud je prvo objasnio kako se “pod silom ... podrazumijeva uporaba fizičke snage protiv neke osobe, uslijed čega je ova primorana nešto činiti (ne činiti ili trpjeti), a koja mora biti takvog intenziteta da osobu u potpunosti spriječi u njenom slobodnom odlučivanju”.³¹ Prihvatio je da je žrtva optuženog odgurnula, time manifestirajući otpor, ali je smatrao da otpor nije bio trajan, odnosno da oštećena nije ustrajala u otporu. Također je smatrao relevantnim to što žrtva nije vikala, iako su roditelji optuženog bili u drugoj sobi, te nije nazvala policiju ili pobjegla iz kuće. Sud je naglasak stavio na to što je u konačnici sama skinula najlonke te zaključio da nije bila primijenjena ni sila ni prijetnja.

Vrhovni sud složio se sa žrtvom da je “odnošaj bio protiv njezine stvarne volje”, no smatrao je da “nije bila primijenjena sila kojoj bi se oduprijela, niti prijetnje kojom bi se prisilila na odnošaj.”³² Sud je prihvatio da je okrivljenik bio fizički nasilan prema žrtvi tijekom noći, ali je smatrao da se to ne može dovesti u izravnu vezu sa spolnim odnošajem, budući da je od toga događaja do spolnog odnošaja proteklo vrijeme, nakon čega je žrtva imala prilike spriječiti to što joj se dogodilo.

³⁰ KŽ 150/10-03.

³¹ Presuda od 20. svibnja 2009., str. 3.

³² Presuda od 11. svibnja 2010., broj KŽ 703/09-3, str. 2.

3.4. Otpor i krivnja

U predmetu K 198/08 nedostatak otpora nije se razmatrao u ocjeni primjene sile, već stanja svijesti počinitelja. U tom slučaju žrtva i okrivljeni, susjedi, imali su spolni odnošaj tijekom posjeta okrivljenika žrtvi kojom prilikom su pili alkoholna pića. Žrtva je tvrdila da spolni odnošaj nije bio dobrovoljan. Navodila je da ju je okrivljenik gurnuo na stol i držao joj ruke, no nije mogla reći je li se verbalno odupirala ili ga odguravala, iako je bila sigurna da ga je odgurnula nakon odnošaja. Također je naglasila da mu je rekla, nakon što joj je rekao da mu se sviđa, kako bi mu mogla biti majka.

Županijski sud smatrao je da okrivljeni nije mogao znati da žrtva ne želi odnošaj, već je mislio da je odnošaj bio dobrovoljan pa je stoga okrivljenika oslobodio krivnje, a to je potvrdio i Vrhovni sud.³³

4. KAZNE, OTEGOTNE I OLAKOTNE OKOLNOSTI

Za osnovno djelo silovanja propisane su kazne od 3 do 10 godina, dok su za kvalificirane oblike propisane kazne od 3 do 15 godina zatvora.³⁴ Kvalificirani oblici odnose se na modalitet radnje i svojstvo žrtve (osobito okrutan način, ponižavajući način, više počinitelja, žrtva je maloljetna osoba) ili posljedice (smrt, teška tjelesna ozljeda ili narušenje zdravlja, trudnoća žrtve).³⁵

Pri odmjeravanju kazne suci ocjenjuju olakotne i otegotne okolnosti, koje u slučajevima silovanja pokazuju neke specifičnosti. Tako suci često kao olakotne okolnosti razmatraju prethodni spolni život žrtve, bavljenje žrtve prostitucijom, način na koji je žrtva odjevena ili gdje se nalazila u vrijeme počinjena djela (disko-klub, autostopiranje), doba dana, to da se žrtva prije nasilnog spolnog odnošaja s počiniteljem ljubila ili da je dragovoljno otišla na mjesto gdje je počinjeno silovanje, preljub žrtve, razočaranje prekidom veze, smatrajući to "doprinosom žrtve", dok se kao posebna otegotna okolnost ponekad ističe to da žrtva nije dala povoda počinitelju za silovanje.³⁶

³³ KŽ 173/09-3.

³⁴ Minimalna kazna povećana je s jedne na tri godine izmjenama i dopunama Kaznenog zakona iz 2006. godine (NN 71/06). Razlog tome bio je taj što su suci vrlo često izricali niske kazne zatvora te ublažavali kazne ispod zakonskog minimuma. Vidi Garačić, A., Zakonska i sudska politika kažnjavanja županijskih sudova u Republici Hrvatskoj za kaznena djela silovanja i zlouporaba droga, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 2. (2004.), str. 475.-486.

³⁵ Ako je silovanje počinjeno nekim od tih modaliteta i prouzročilo neke od posljedica koje su predviđene kao kvalifikatorne, bit će riječ o posebno teškom kaznenom djelu silovanja za koje je zapriječena kazna od najmanje pet godina zatvora.

³⁶ Turković, supra, bilješka 6, str. 160.

U navedenim predmetima izrečene su kazne u rasponu od uvjetne kazne zatvora do 9 godina bezuvjetnog zatvora. Uvjetna osuda (9 mjeseci zatvora, na rok kušnje od dvije godine) izrečena je u slučaju silovanja u braku u kojem je utvrđeno više od 30 incidenata silovanja, u kontekstu dugogodišnjeg nasilja u obitelji.³⁷ Najveća kazna izrečena je okrivljeniku već više puta osuđivanom zbog istovrsnih djela koji je zloporabeći položaj povjerenja četiri sata maltretirao oštećenu, vrlo mladu osobu koja je bolovala od shizofrenije i čije se stanje iznimno pogoršalo nakon događaja.³⁸ Kazna zatvora od 7 godina izrečena je višestrukom počinitelju silovanja³⁹ koji je žrtvu napao u pothodniku, prijetio joj nožem te joj oduzeo slobodu.

U jednom slučaju izrečena je kazna od četiri godine, u četiri slučaja izrečene su kazne zatvora od tri godine, u jednom dvije i pol godine, u četiri slučaja kazne zatvora od dvije godine, u tri godinu i pol, u tri slučaja kazne zatvora od jedne godine i u jednom kazna zatvora od 8 mjeseci. Za kvalificirane oblike izrečene su kazne zatvora od dvije godine i četiri godine,⁴⁰ dok su za pokušaj izrečene kazne zatvora od tri godine,⁴¹ jedne godine⁴² i 8 mjeseci.⁴³ Zanimljivo je da je u slučaju K 134/08 u kojem je poslodavac, direktor tvrtke, u razdoblju od 9 mjeseci uporabom sile seksualno zlostavljao zaposlenicu, čistačicu, ucjenjujući je i prijeteći joj, što je na kraju kulminiralo njezinim pokušajem ubojstva, Županijski sud izrekao uvjetnu kaznu od 10 mjeseci na rok kušnje od tri godine. No, tu je kaznu preinačio Vrhovni sud, dosudivši okrivljeniku trogodišnju kaznu zatvora.⁴⁴

U analiziranim slučajevima sljedeće okolnosti razmatrane su kao olakotne: očinstvo, brak, slabo imovno stanje, nezaposlenost, loše zdravlje, dobro ponašanje tijekom postupka, protek vremena od počinjenja djela, problematično djetinjstvo, starija dob, oprost žrtve, kajanje, sudioništvo u ratu. U slučaju K 189/08, u kojem je bivši nevjenčani suprug protupravno oduzeo slobodu žrtvi, tukao je, prijetio joj nožem, Županijski sud u obzir je uzeo ljutnju i ljubomoru okrivljenika, navodeći:

...osnovni pokretač svih njegovih inkrimiranih radnji ... bila je ljutnja i ljubomora na bivšu izvanbračnu suprugu. On jednostavno nije mogao podnijeti činjenicu da je ostavljen i da oštećena s njim nije željela ponovo uspostaviti izvanbračnu zajednicu. To njegovo stanje se protekom vremena sve više kumuliralo i intenziviralo

³⁷ K 216/08.

³⁸ K 252/10.

³⁹ U prvom stupnju 4 g. i 7 mj.

⁴⁰ K 36/10 i K 28/08.

⁴¹ K 19/08.

⁴² K 189/08. Okrivljeni i oštećena bili su u braku.

⁴³ K 94/08.

⁴⁴ Kž 731/09-6.

dok nije odlučio poduzeti radnje zbog kojih je kazneni postupak vođen ... upravo to stanje, po mišljenju suda, uz prethodno navedene olakotne okolnosti predstavlja one osobito izražene olakotne okolnosti koje opravdavaju utvrđivanje ublažene kazne.⁴⁵

Ljubomora je kao olakotna okolnost uzeta i u slučaju K 195/09, dok su u slučaju K 134/08 kao olakotne okolnosti razmatrane čak i dob i društveni status počinitelja kao direktora tvrtke.

S druge strane, u slučaju Kž 152/11-04 (K 184/10) Vrhovni sud odbio je prihvatiti navode okrivljenika da je žrtva pridonijela silovanju jer je došla u okrivljenikov stan, s njime se tamo družila, pila i ljubila, držeći da "oštećena ima potpunu slobodu u sferi seksualnosti te nije okrivljeni taj koji može uporabom sile ostvarivati spolni odnošaj s oštećenom, smatrajući da na to ima pravo jer ga je ona imala i s drugom osobom".⁴⁶

Kao otegotne Županijski sud je navodio sljedeće okolnosti: prethodne osude, trajnost, upornost, brutalnost, bahatost, kombinirana uporaba sile i prijetnje, oduzimanje slobode, višestruki spolni odnošaj, teške posljedice djela, nezakonit boravak u Republici Hrvatskoj, sklonost činjenju kaznenih djela, način počinjenja kaznenog djela. U predmetu K 59/08 kao otegotna okolnost uzeta je činjenica braka sa žrtvom, što je iznimka s obzirom na inače relativno niže kazne za silovanje u braku odnosno relativno velik broj odustanaka i oslobađajućih presuda u tim slučajevima.⁴⁷

5. RODNI STEREOTIPI I MITOVI O SILOVANJU

Rodni stereotipi i mitovi o silovanju, osim pri razmatranju otegotnih i olakotnih okolnosti, pojavljuju se u raznim fazama kaznenog postupka – ponajprije u ocjeni je li postojao pristanak odnosno je li počinitelj mogao znati da pristanak ne postoji. Vidljivi su u gotovo svim analiziranim slučajevima. Najčešće se njima koristi obrana okrivljenika, no vrlo često iznose ih i suci, a na predrasude nisu imuni ni državni odvjetnici.

⁴⁵ Prva prvostupanjska presuda bila je oslobađajuća (K 185/07, presuda od 12. studenoga 2007.) Sud je smatrao da optuženi u trenutku kada je tražio spolni odnos nije oštećenoj prijetio te da je odustao kada je ona odbila odnos.

⁴⁶ Presuda od 30. ožujka 2011., I Kž 152/11-4, str. 3.

⁴⁷ U tom je slučaju Županijski sud u Zagrebu izrekao kaznu zatvora u trajanju od dvije godine, no Vrhovni sud preinačio je kaznu u godinu i pol. U vrijeme počinjenja djela minimalna kazna iznosila je jednu godinu. Od ostala četiri slučaja silovanja bračnog druga, jedan je završio oslobađajućom presudom (K 216/08), u jednom je državno odvjetništvo odustalo od progona (62/09), dok su u ostalima izrečene uvjetna kazna (K 59/08), godina i pol za drugi incident silovanja (K 170/09) te godina i pol zatvora (K 59/08).

Na primjer, u slučaju K 134/09 obrana je pokušavala prikazati oštećenu kao psihotičnu osobu koja je projicirala svoja iskustva seksualnog zlostavljanja u djetinjstvu od strane oca na okrivljenika te izmislila da ju je on tijekom devet mjeseci zlostavljao.⁴⁸ Osim toga, pokušavali su i poljuljati vjerodostojnost iskaza o seksualnoj traumi iz djetinjstva, navodeći da joj majka nije dala podršku. U slučaju K 216/08 obrana je pak pokušavala poljuljati vjerodostojnost oštećene postavljajući pitanja zašto nije odmah prijavila silovanje, a u tom slučaju čak je i državno odvjetništvo postavljalo pitanja o otporu žrtve.

Nadalje, nerazumijevanje iskustva silovanih žena od strane državnog odvjetništva vidi se i u predmetu K 232/09 u kojem ono odustaje od optužbe zbog nekonzistentnosti psihički izrazito traumatizirane osobe koja je prema okrivljenom moguće razvila tzv. "stockholmski sindrom" (sindrom emocionalne veze i identifikacije s napadačem).

Županijski je sud pak u slučaju K 195/09, u kojem je muž oštećene upao u njezin stan te je nakon prijetnji i fizičkog napada s njom imao spolni odnošaj, smatrao da "ponašanje [oštećenog] nije bilo usmjereno da skrši otpor oštećene, već ponašanje ljubomornog muža", a također je relevantnim smatrao to što su nakon odnošaja pili kavu i to što je žrtva tek (!) sutradan prijavila silovanje. U predmetu K 19/08, u kojem je bila riječ o pokušaju silovanja radnice u kladiionici od klijenta koji ju je trebao odvesti kući, žrtvi je sutkinja postavila pitanje zašto je išla s njim u automobil te jesu li bili u ljubavnoj vezi. U već spomenutom slučaju Kž 703/09-3 (K 229/08) Vrhovni sud napravio je razliku između stvarne volje oštećenice kao pravno irelevantne kategorije i pukog odustajanja od otpora kao pravno relevantne okolnosti zbog koje nije postojala okrivljenikova odgovornost. U slučajevima K 189/08 i K 195/09, kao što je već spomenuto, kao olakotne okolnosti uzete su ljubomora i razočaranje u prekid veze.

Postoje, međutim, i pozitivni primjeri u kojima su pojedini suci i sutkinje odbili prihvatiti rodne stereotipe i mitove o silovanju. Tako u svim presudama određenog suca Županijskog suda u Zagrebu možemo naći sljedeći opis ugrožavajućeg dobra:

...kod silovanja riječ je o moći jedne osobe nad drugom kojom se povređuje spolnost i spolna sloboda druge osobe. Dijelom se negira pravo druge osobe na slobodu u području seksa. Pokazuje se supremacija i time uništava sloboda spolnog odlučivanja osobe.⁴⁹

Isti sudac u predmetu K 184/10, u kojem je riječ o relativno bliskim osobama koje su se u nekim prilikama ljubile, nije prihvatio da ta bliskost automatski isključuje silu, odnosno odbacio je navode obrane o doprinosu žrtve,

⁴⁸ Oštećena je bila akutno psihotična samo kad je primljena u bolnicu nakon pokušaja samoubojstva. Vještakinja je iskazivala o tome da oštećena pati od PTSP-a.

⁴⁹ Na primjer K 22/08.

smatrajući: "...ako se i dopusti da je bilo bliskosti, ili čak na neki način intimnosti, to još ne znači da je oštećena pristala na spolni odnošaj".⁵⁰ Osim toga, iako je žrtva bila pijana prema nalazu alkotesta, Sud to nije ocijenio kao činjenicu koja pobija njezinu vjerodostojnost, kako se često događa u praksi, već kao relevantnu činjenicu pri ocjeni otpora žrtve. U vezi s time Sud je naveo da je ta okolnost "uz nedvojbeno utvrđenu činjenicu da je oštećena fizički slabija od optuženika (niža i lakša), smanjila mogućnost da se oštećena aktivnije fizički odupre optuženiku, ali kao što je navedeno iz njenog iskaza nedvojbeno proizlazi da mu je verbalno jasno dala do znanja prije spolnog odnosa da ona taj odnos ne želi".⁵¹ Za Sud nije bilo ključno niti to što oštećena nije zvala upomoć iako je majka okrivljenog bila u stanu, za razliku od slučaja K 229/09. Nadalje, iako se oštećena nije dobro sjećala događaja, Sud nije smatrao da neosnovano tereti okrivljenika.

U predmetu K 22/08 Sud nije prihvatio navode obrane da je vjerodostojnost oštećene poljuljana time što nije izašla iz automobila kad se okrivljenik nalazio u kući prijatelja kojeg je odveo kući, vjerujući okrivljenoj da u tom trenutku nije posumnjala u njegove loše namjere. Također Sud nije smatrao problematičnim to što je oštećena nakon silovanja tražila da je okrivljeni odveze u disko-klub Sokol, a ne kući, prihvaćajući njezin argument da nije željela da zna gdje stanuje. Konačno, za Sud nije bilo problematično ni to što oštećena nije odmah prijavila silovanje prihvaćajući da ju je bilo strah.

Konačno, kao što je navedeno, u predmetu Kž 152/11-04 Vrhovni sud nije prihvatio navode o doprinosu žrtve smatrajući da "oštećena ima potpunu slobodu u sferi seksualnosti te da nije okrivljeni taj koji može uporabom sile ostvarivati spolni odnos s oštećenom, smatrajući da na to ima pravo jer ga je ona imala i s drugom osobom." U predmetu Kž 828/10-5 pak Vrhovni sud ističe kako navode da se promiskutetnu osobu kao što je oštećena ne može silovati te da zato i policija sedam godina nije postupala po njezinoj prijavi, treba odbaciti.

6. PROBLEMI U ZAKONU I PRAKSI

Već se iz same zakonske definicije silovanja vide određeni problemi s klasifikacijom silovanja, centralnim elementima kaznenog djela i odgovornosti u slučaju skrivene zablude.⁵² Ti su problemi potvrđeni i u praksi Županijskog suda u Zagrebu.

⁵⁰ Presuda od 14. prosinca 2010., str. 10.

⁵¹ Ibid.

⁵² Za kritiku vidi Radačić, I. i Turković, K., *Rethinking Croatian Rape Laws: Force, Consent and the 'Contribution of Victim'*, u: McGlynn, C. i Munro, V. (ur.), *Rethinking Rape Law – International and Comparative Perspectives* (London: Routledge, 2010.), str. 167.-182.

Klasifikacija silovanja kao djela protiv spolne slobode i ćudoređa problematična jer stigmatira žrtve na način da ostavlja dojam kako je silovanjem okrnjen moral žrtve te se na nju prebacuje odgovornost. Također, definiranjem silovanja kao kaznenog djela protiv ćudoređa umanjuje se ozbiljnost tog djela i učinci koje ima na fizički i psihološki integritet, kao i na autonomiju žrtve.

Iako silovanje u hrvatskom pravu unutar glave XIV. spada u potkategoriju seksualnih delikata protiv spolne autonomije,⁵³ glavni elementi definicije silovanja u Kaznenom zakonu su sila ili prijetnja, a ne nedobrovoljnost. Međutim, u praksi se osim sile i prijetnje zahtijeva i nedobrovoljnost jer se u nedostatku otpora seksualni odnošaj često smatra dobrovoljnim, bez obzira na silu ili prijetnju. Nadalje, sila i prijetnja definirane su restriktivno te se nekonzistentno tumače u praksi, što se vidi i iz navedenih primjera. Osim toga, Zakonom nisu obuhvaćena sva nedobrovoljna seksualna djela jer spolni odnošaj ostvaren obmanom, strahom ili prijevarom nije kriminaliziran.⁵⁴ Nadalje, iako se to pitanje nije postavilo u razmatranim primjerima, problematična je i nedefiniranost sa spolnim odnošajem izjednačene radnje, odnosno nejasna razgraničenost s bludnim radnjama i pokušajem spolnog odnosa.

Kao što je navedeno, silovanje je namjerno kazneno djelo pa ne postoji odgovornost ni u slučaju skrivljene zablude budući da takva odgovornost postoji samo za nehajna kaznena djela. Analizirani primjeri pokazuju da u slučaju nedostatka otpora, pa čak kada je i primijenjena sila ili prijetnja, sudovi katkad smatraju da nema krivnje budući da okrivljeni nije znao da ne postoji dobrovoljnost. S druge strane, nije jasno kada je nedostatak "ozbiljnog i stalnog" otpora relevantan za analizu je li primijenjena sila (*actus reus*), a kada za ocjenu svijesti počinitelja (*mens rea*).

Konačno, velik su problem rodni stereotipi i mitovi o silovanju koji su prisutni u ocjeni sile, tj. dobrovoljnosti, ocjeni dokaza i u fazi kažnjavanja pri odmjeravanju olakotnih i otegotih okolnosti.

7. PRIJEDLOZI REFORME

7.1. Klasifikacija i definicija silovanja

Postoje dva pristupa silovanju – jedan koji ga definira kao nasilno kazneno djelo i prema kojem je dobrovoljnost irelevantna kada postoji sila ili prijetnja te drugi prema kojem je silovanje kazneno djelo protiv spolne slobode te prema

⁵³ Turković, supra, bilješka 6, str. 146.

⁵⁴ U slučajevima ekstenzivnog tumačenja sile neki od tih oblika mogli bi se definirati kao silovanje.

kojem je centralni element silovanja nedobrovoljnost.⁵⁵ Zadnji pristup danas prevladava. Naime, feminističke kritike, kao i međunarodni standardi zaštite ljudskih prava, govore protiv restriktivnog definiranja silovanja kroz silu i prijetnju. Feministkinje i pravници koji se bave ljudskim pravima već godina-ma upozoravaju da “ne znači ne” te da se za postojanje silovanja ne zahtijeva fizički, aktivni otpor, odnosno fizička sila. Nadalje, sve je više prihvaćan standard prema kojem “samo da znači da” koji zahtijeva stvarni pristanak te ispituje proces odlučivanja i komuniciranja u odnosu, a ne zadovoljava se samo nedostatkom otpora.⁵⁶

Na primjer, Europski sud za ljudska prava u predmetu *M.C. protiv Bugarske* još je 2003. godine naznačio da je centralni element silovanja dobrovoljnost, a ne primjena sile, te državama nametnuo obvezu da učinkovito gone sve oblike nedobrovoljnih seksualnih delikata, pa i kad izostane otpor.⁵⁷ Isti standard postavljen je i u Preporuci Vijeća Europe (2002) 5 o zaštiti žena od nasilja kao i u Konvenciji Vijeća Europe o borbi protiv nasilja nad ženama i obiteljskog nasilja.⁵⁸ Nadalje, sudbeno vijeće Međunarodnog kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju u slučaju *Kunarac, Kovač i Vuković* definiralo je silovanje kao nedobrovoljnu seksualnu penetraciju, odnosno kršenja seksualne autonomije, odbivši ga definirati kroz silu, prijetnju ili prisilu, smatrajući da su to samo neki od primjera nedobrovoljnosti.⁵⁹ Iako Elementi kaznenih djela Međunarodnog kaznenog suda ne prate taj pristup, definirajući silovanje kao djelo počinjeno silom, prijetnjom ili prisilom, te se okolnosti tumače široko, a kao primjeri navode se prisila uzrokovana strahom od nasilja, nuždom, pritva-

⁵⁵ U feminističkoj literaturi jedna od najprominentnijih zastupnica prvog pristupa je C. A. MacKinnon, a drugog pristupa S. Estrich. Vidi: MacKinnon, C. A., *Towards a Feminist Theory of the State* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989.); Estrich, S., *Real Rape* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987.).

⁵⁶ Takav se pristup još naziva i pristup afirmativnog pristanka, odnosno komunikativni model. Munro, V., *Constructing Consent: Legislating Freedom and Legitimizing Constraint in the Expression of Sexual Autonomy*, *Akron Law Review* 41 (2008.), str. 923.-956. Gotell, L., *Rethinking Affirmative Consent in Canadian Sexual Assault Law: Neoliberal Sexual Subjects and Risky Women*, *Akron Law Review* 41 (2008.), str. 865.-898.

⁵⁷ Za analizu slučajeva silovanja Europskog suda za ljudska prava vidi Radačić, I., *Rape Cases in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *European Human Rights Law Review* 3 (2008), str. 357.-375. i Londono, P., *Defining Rape under the European Convention on Human Rights: Torture, Consent and Equality*, u: Munro, V. i McGlynn, C. (ur.), *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives* (Routledge, 2010.).

⁵⁸ Preporuka (2002) 5 Odbora ministara Vijeća Europe državama članicama o zaštiti žena od nasilja, 30. travnja 2002.; Konvencija Vijeća Europe o prevenciji i suzbijanju nasilja nad ženama i obiteljskog nasilja, CETS No. 210.

⁵⁹ Pristanak mora biti rezultat stvarne volje žrtve ocijenjen u svjetlu relevantnih okolnosti. Raspravno vijeće MKSLJP, *Kunarac, Kovač, Vuković*, IT-96-23, presuda od 22. veljače 2001.

ranjem, psihološkom opresijom, zlouporabom moći, iskorištavanjem prisilnog okoliša te upotrijebljena prema osobi koja ne može dati stvaran pristanak.⁶⁰

Primjena tih međunarodnopravnih standarda zahtijeva redefiniranje silovanja na način da centralni element postane nedostatak iskrenog, stvarnog i slobodnog pristanka. Pristanak je iskren, stvaran i slobodan kada je osoba svojom voljom odlučila stupiti u spolni odnošaj ili s njime izjednačenu spolnu radnju i bila sposobna donijeti i izraziti takvu odluku. Postojanje određenih okolnosti predstavlja presumpciju nedobrovoljnosti. Ne zahtijeva se neposrednost sile/prijetnje, a dobrovoljnost mora postojati u vrijeme počinjenja djela.

Novi Kazneni zakon (NN 125/11) koji će stupiti na snagu 1. siječnja 2013. prihvatio je u određenoj mjeri ovu rekonceptualizaciju. Ponajprije, seksualni delikti definiraju se kao kaznena djela protiv spolne slobode, a izbačen je termin "spolno ćudoređe". Zaštita spolne slobode kao ugrožavajućeg dobra očituje se u definiciji osnovnog kaznenog djela – spalnog odnošaja bez pristanka (čl. 152.) – u kojem se naglasak stavlja na nedobrovoljnost, a ne na (pri)silu. Nadalje, Zakon (čl. 153. st. 3.) navodi okolnosti u kojima se presumira da pristanak nema: ako je spolni odnošaj ili s njime izjednačena spolna radnja izvršena uz uporabu sile ili prijetnje, prijevara, zlouporabom položaja prema osobi koja se prema počinitelju nalazi u odnosu zavisnosti, iskorištavanjem stanja osobe zbog kojeg ona nije bila sposobna izraziti svoje odbijanje ili nad osobom kojoj je protupravno oduzeta sloboda, a propušteno je navesti i obmanu.

Međutim, u Zakonu je zadržano i shvaćanje prema kojem je silovanje nasilno kazneno djelo pa se sama definicija silovanja ne mijenja: silovanje zahtijeva silu ili prijetnju za život ili tijelo žrtve ili druge osobe (čl. 154.). Nadalje, Zakon u čl. 155. navodi još jednu kategoriju seksualnih delikata: teška kaznena djela protiv spolne slobode. Naime, Zakon propisuje da će se počinitelj djela iz čl. 153. i čl. 154. teže kazniti u slučajevima kada su ona počinjena: prema članu obitelji, prema žrtvi posebno ranjivoj zbog njezine dobi, bolesti, ovisnosti, trudnoće, invaliditeta, teške tjelesne ili duševne smetnje, na osobito okrutan ili osobito ponižavajući način, iz mržnje, zajedno s jednim ili više počinitelja, pri čemu je prema istoj osobi izvršeno više spolnih odnošaja ili s njim izjednačenih spolnih radnji, uz uporabu oružja ili opasnog oruđa, te na način da je silovana osoba teško tjelesno ozlijeđena ili je ostala trudna ili je umrla.

No, razgraničenje djela nije potpuno jasno. Naime, nije jasan odnos između određenih izraza nedobrovoljnosti navedenih u tri kaznena djela. Na primjer, ako počinitelj iskoristi stanje osobe, kao dob, zbog kojeg nije bila sposobna izraziti odbijanje, hoće li se to djelo klasificirati kao spolni odnošaj bez pristanka iskorištavanjem stanja osobe zbog kojeg ona nije bila sposobna izraziti

⁶⁰ Međunarodni kazneni sud, Elementi kaznenih djela, čl. 7. st. 11, t. (g)-1 Zločin protiv čovječnosti – silovanje, UN. Doc. PCNICC/2000/1/add.2 (2000).

svoje odbijanje i time kazneno djelo iz čl. 153. Kaznenog zakona ili kao spolni odnošaj bez pristanka počinjen prema posebno ranjivoj žrtvi (temeljem dobi) te time teško kazneno djelo iz čl. 155.? Nadalje, je li za klasifikaciju djela kao teškog kaznenog djela protiv spolne slobode dovoljno samo da je spolni odnošaj ostvaren s ranjivom žrtvom ili je potrebno da se taj njezin položaj iskoristi, a ako se traži potonje, koja je razlika između tog djela i temeljnog djela protiv spolne slobode?

S obzirom na to da bi rekonceptualizacijom silovanja kao nedobrovoljnog odnosa nestala potreba za drugim kaznenim djelima, postavlja se pitanje što se željelo postići ovim zakonskim rješenjem i nije li ono izraz ustaljenosti shvaćanja seksualnih delikata kao prisilnih kaznenih djela. Stječe se dojam da se radi o kompromisnom rješenju između dvaju pristupa konceptualizaciji seksualnih delikata: kao nasilnog spolnog odnošaja (i s njim izjednačene radnje) i nedobrovoljnog spolnog odnošaja (i s njim izjednačene radnje).

Prihvatanje standarda "pristanak plus", prema kojem sam odustanak od otpora ne znači pristanak, zahtijeva i promjenu pravila o zabludi kako bi se moglo kažnjavati u slučajevima kada je zabluda o dobrovoljnosti nerazumna, odnosno skrivljena.

7.2. *Mens rea* i otklonjiva zabluda o pristanku

Historijsko pravilo prema kojem se nije odgovaralo za silovanje u slučajevima zablude o dobrovoljnosti, opravdano idejom da nitko ne može odgovarati ako nije moralno odgovoran, tijekom godina rezultiralo je oslobađanjem mnogih odgovornih okrivljenika čija se krivnja sastojala u "promišljenom izboru upustiti se u spolni odnošaj uz subjektivno znanje jedne ili više činjenica koje su razumno nekonzistentne s dobrovoljnom komunikacijom valjanog stvarnog pristanka od strane druge osobe."⁶¹

Kao odgovor na taj problem, mnoge su jurisdikcije odbile prihvatiti svako pogrešno vjerovanje u pristanak kao okolnost koja otklanja kaznenu odgovornost, postavljajući zahtjev da to vjerovanje ne smije biti nerazumno, odnosno da ne smije biti rezultat nemara, intoksikacije ili dobrovoljnog zanemariivanja činjenica koje upućuju na to da stvarna dobrovoljnost ne postoji. Kod takvih zakonskih rješenja koja kvalificiraju kada nema odgovornosti u slučaju pogrešnog uvjerenja, od okrivljenika se traži da poduzme korake kako bi se uvjerio da postoji dobrovoljnost, a okolnosti na temelju kojih se predmnijeva da ne postoji dobrovoljnost također dovode do presumpcije nerazumnosti vjere u dobrovoljnost odnosno otklonjivosti zablude. Taj bi standard trebalo

⁶¹ Vandervort, L., *Honest Beliefs, Credible Lies and Culpable Awareness: Rhetoric, Inequality and Mens rea*, *Osgoode Hall Law Journal* 42 (2004.), str. 625.-660.

uvesti i u hrvatsko pravo. To bi pak značilo uvesti odgovornost za nehaj, što je i učinjeno novim Kazenim zakonom.

7.3. Radnja silovanja

Također bi zbog pravne sigurnosti valjalo jasno definirati što se smatra sa spolnim odnošajem izjednačenom radnjom. Povijesno, samo se penilna penetracija vagine smatrala silovanjem. Međutim, suvremeni su zakoni mnogih država u definiciju uključili i oralnu i analnu penetraciju, a neki su kriminalizirali sva nedobrovoljna djela seksualne prirode u opću kategoriju seksualnih delikata.

Elementni MKS-a definiraju silovanje kao invaziju tijela osobe radnjom koja rezultira penetracijom, koliko god ona bila slaba, bilo kojeg dijela tijela žrtve ili počinitelja seksualnim organom, ili analnih ili genitalnih otvora žrtve bilo kojim predmetom ili dijelom tijela.⁶² Slična je i definicija koju je usvojilo Žalbeno vijeće Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) u slučaju *Kunarac*.⁶³ Definicija silovanja u hrvatskom zakonu nije ograničena na te akte. Ne ulazeći u raspravu o težini i značenju penetrativnih i nepenetrativnih spolnih radnji, predlaže se da se radi pravne sigurnosti i jednakosti pred zakonom ista definicija primijeni u hrvatskom pravu.

7.4. Mitovi o silovanju i rodne predrasude

Ponašanje žrtve često je u fokusu sudskog procesa, najčešće u ocjeni (ne)dobrovoljnosti odnosa i stanja svijesti počinitelja. Sudovi se često oslanjaju na pogrešnu pretpostavku da su žene, a ne počinitelji, odgovorne za silovanje.⁶⁴ Rodni stereotipi i mitovi o silovanju, kao na primjer da se siluju samo "lake i loše" žene, da žene misle "da" kad kažu "ne" i da često lažno optužuju, onemogućuju pravdu te stigmatiziraju i ponižavaju žrtve.⁶⁵ Kako bi smanjile postojanje tih mitova, mnoge jurisdikcije donijele su posebna procesna pravila, kao na primjer pravilo da se žrtve ne smije ispitivati o

⁶² Međunarodni kazneni sud, Elementi kaznenih djela, čl. 7. st. 11, t. (g)-1 Zločin protiv čovječnosti – silovanje, UN. Doc. PCNICC/2000/1/add.2 (2000).

⁶³ Djela su: seksualna penetracija, koliko god bila slaba: a) vagine ili anusa žrtve penisom počinitelja ili bilo kojim predmetom kojim se koristi počinitelj; ili b) usta žrtve penisom počinitelja. *Kunarac, Kovač i Vuković* ICTY-96-23 (presuda Žalbenog vijeća od 12. lipnja 2002.), t. 132.

⁶⁴ Torrey, M., *When Will We Be Believed? Rape Myths and the Idea of Fair Trial in Rape Prosecutions*, University of California Davis Law Review 24 (1991.), str. 1013-1071.

⁶⁵ Vandervort, supra, bilješka 61.

njihovu prijašnjem seksualnom životu, da je dovoljan iskaz žrtve, ograničenja unakrsnog ispitivanja i mogućnosti uporabe tehničkih sredstava prilikom svjedočenja, kao i prava žrtve na pravnu i psihološku pomoć te uporabu vještačenja o sindromu traume silovanja.

U Republici Hrvatskoj predrasude i mitovi vidljivi su u sudski kreiranom institutu "doprinosa žrtve", pri ocjeni dokaza te pri procjeni sile i stanja svijesti počinitelja.⁶⁶ Osim posebnih procesnih pravila, pored onih koja postoje u Zakonu o kaznenom postupku,⁶⁷ trebalo bi uključiti mogućnost žrtve da o nastavku progona ne mora odlučiti odmah, prije nego kontaktira odvjetnika, a za minimiziranje utjecaja predrasuda i stereotipa iznimno je važno da Vrhovni sud pošalje poruku o njihovoj neprihvatljivosti. Konačno, bitnu ulogu ima obrazovanje i obuka sudaca. Ljudska prava, ženska ljudska prava i feminističke teorije svakako bi trebale postati dio kurikuluma pravnih fakulteta kao i programa stručnog usavršavanja sudaca, s time da bi se suci trebali susresti i sa stručnjakinjama i stručnjacima drugih struka.

8. ZAKLJUČAK

U ovom članku razmatrala sam probleme u Kaznenom zakonu i sudskoj praksi u području silovanja na primjerima pravomoćno okončanih slučajeva Županijskog suda u Zagrebu u kojima je optužnica podignuta nakon 1. siječnja 2008. Temeljem feminističke literature o silovanju, međunarodnih standarda, kao i već identificiranih problema u hrvatskim zakonima i praksi, analiza se usredotočila na klasifikaciju i definiciju silovanja, odgovornost za skrivljenu zabludu te postojanje rodni stereotipa i predrasuda.

Rezultati analize upozorili su na ove probleme:

1. klasifikacija silovanja kao djela protiv spolne slobode i ćudoređa i definiranje silovanja kao prisilnog i nedobrovoljnog kaznenog djela, s obzirom na to da Kazneni zakon zahtijeva silu ili prijetnju, a u praksi se pored toga traži i otpor kao manifestacija nedobrovoljnosti;
2. neodgovornost u slučaju zablude o pristanku pa i kada je otklonjiva;

⁶⁶ Predrasude su također vidljive u odlukama o odustanku od progona, koje nisu razmatrane u ovom članku zbog manjka prostora.

⁶⁷ Novi Zakon o kaznenom postupku dao je žrtvama određena prava, uključujući pravo sudjelovati u postupku i pravo na djelotvornu psihološku i drugu stručnu pomoć. Pored prava koja imaju sve žrtve, žrtva seksualnog nasilja ima sljedeća prava: prije ispitivanja razgovarati sa savjetnikom, na teret proračunskih sredstava, da je u policiji i državnom odvjetništvu ispituje osoba istog spola, uskratiti odgovor na pitanja koja se odnose na njezin strogo osobni život, zahtijevati da bude ispitana putem audio-video uređaja, na tajnost osobnih podataka, zahtijevati isključenje javnosti s rasprave (čl. 45.). NN 152/08, 76/09, 80/11 i 121/11.

3. usredotočenje na ponašanje žrtve, posebice pri ocjeni postojanja sile ili prijetnje te olakotnih okolnosti, kao i nerazumijevanje njezinih iskustava.

Kako bi se ti problemi riješili u svjetlu feminističkih istraživanja i međunarodnopravnih standarda zaštite ljudskih prava, predlažu se sljedeće promjene:

1. klasificirati silovanje kao djelo protiv spolne slobode i definirati ga kao nedobrovoljni spolni odnošaj (i s njim izjednačenu radnju), s time da dobrovoljnost ne znači nedostatak otpora, već traži slobodno dan i izražen pristanak, u kojem slučaju nestaje potrebe za drugim kaznenim djelima protiv spolne slobode (osim bludnih radnji kod kojih je radnja izvršenja drukčija);
2. predvidjeti kaznenu odgovornost za skrivljenu zabludu;
3. ukinuti institut "doprinos žrtve" te obrazovati suce o ženskim ljudskim pravima i feminizmu.

Novi Kazneni zakon koji će na snagu stupiti 1. siječnja 2013. inkorporirao je neka od predloženih rješenja, no ostala je nejasna konceptualizacija silovanja odnosno gradacija i odnos između različitih kaznenih djela protiv spolne slobode. No, pored zakonskih promjena, za promjenu sudske prakse apsolutno je nužna promjena svijesti i obuka sudaca i sutkinja.

Summary

THE CRIMINAL OFFENCE OF RAPE: THE ISSUE OF THE DEFINITION OF RAPE, (LACK OF) RESPONSIBILITY FOR MISTAKEN BELIEF IN CONSENT, AND THE PRESENCE OF GENDER STEREOTYPES IN THE CASE LAW OF THE COUNTY COURT IN ZAGREB

This paper offers a critical analysis of Croatian rape law taking the example of the case law of the County Court in Zagreb in a recent four-year period. In light of feminist scholarship on rape, the analysis focuses on the following issues: the definition of rape, mistaken belief in consent, gender stereotypes, and rape myths. The paper identifies problems in the Croatian rape laws and practice and, on the basis of feminist research and in accordance with international human rights standards, proposes certain changes, comparing them with the solutions of the new Criminal Code that will enter into force on 1 January 2013. The proposed reforms concern the following: the re-conceptualisation of rape as a non-consensual sexual act; establishing responsibility for unreasonable mistake in consent; and the inclusion of the topics of human rights (of women), feminism and violence against women in the curricula of law schools and training academies for judges and attorneys-at-law.

