

SILOVANJE KAO MEĐUNARODNI ZLOČIN: RAZVOJ DEFINICIJE SILOVANJA U PRAKSI *AD HOC* TRIBUNALA ZA RUANDU I BIVŠU JUGOSLAVIJU*

Ivana Živković**

Pregledni znanstveni rad

UDK: 341.48/49:343.54(689.1:497.1)

341.48/49:355.01(689.1:497.1)

Rad primljen: 20. veljače 2020.

Rad prihvaćen: 5. ožujka 2020.

Sažetak

Nepostojanje definicije silovanja u vrijeme početaka suđenja za zločine počinjene u Ruandi i bivšoj Jugoslaviji predstavljalo je jedan od najvećih izazova s kojima su se međunarodni suci susreli. Kako je silovanje i drugo seksualno nasilje za vrijeme tih sukoba bilo široko rasprostranjeno, pronalazak definicije silovanja pokazao se prijeko potrebnim za osudu počinitelja. Autorica u ovom radu, kroz kritičku analizu ključnih presuda ad hoc tribunala za Ruandu i bivšu Jugoslaviju, prikazuje i ocjenjuje razvoj definicije silovanja kao međunarodnog zločina. Pritom se posebna pažnja posvećuje ocjeni adekvatnosti svake pojedine definicije i isticanju potrebe usvajanja definicije koja je prikladna za okolnosti međunarodnih zločina. Nadalje, kako je praksa ad hoc tribunala imala velik utjecaj pri stvaranju stalnog Međunarodnog kaznenog suda (MKS), autorica rad zaokružuje kratkim prikazom inkriminacije silovanja i drugog seksualnog

* Rad je temeljen na radu Ivane Živković „Silovanje kao međunarodni zločin: ocjena razvoja definicije silovanja kroz analizu ključnih presuda *ad hoc* tribunala za Ruandu i bivšu Jugoslaviju“, izrađenom pod mentorstvom izv. prof. dr. sc. Maje Munivrane Vajde i nagrađenom Rektorovom nagradom Sveučilišta u Zagrebu i Dekanovom nagradom Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu za ak. god. 2018./2019.

** Ivana Živković, mag. iur., e-mail: ivanazivkovic17@gmail.com

nasilja u dokumentima MKS i kritičkom analizom definicije silovanja koja je ondje usvojena. Na samom se kraju daje konačna ocjena razvoja definicije silovanja pri čemu autorica izražava vrijednost konceptualnog pristupa kao najprikladnijeg za okolnosti međunarodnih zločina.

Ključne riječi: *definicija silovanja, seksualno nasilje, međunarodni zločin, Međunarodni kazneni sud za Ruandu, Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju.*

1. UVOD

Silovanje i drugo seksualno nasilje oduvijek su predstavljali dio ratnih sukoba. To se, među ostalim, očituje iz činjenice da su neke od najranijih zabrana silovanja u vrijeme rata postojale već u 14. i 15. st. u dekretima kraljeva Richarda II. (1385.) i Henryja V. (1419.).¹ Prva modernija zabrana silovanja u ratu, američki *Lieber Code*, datira još iz 1863. g.² Ipak, iako su takve zabrane u vrijeme Drugog svjetskog rata postojale i na međunarodnoj razini,³ seksualno nasilje počinjeno od strane pripadnika oružanih snaga tijekom tog je rata bilo veoma često i okrutno. Tako transkripti sa suđenja u Nürnbergu sadrže svjedočenja o masovnim silovanjima i drugim teškim seksualnim zlostavljanjima poput unakaženja spolnih organa.⁴ Međutim, seksualno nasilje bilo je daleko od središta zanimanja tijekom suđenja u Nürnbergu i Tokiju te je uglavnom bilo

¹ Vidi Peat, D., *Interpretation and Domestic Law: The Prosecution of Rape at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, Vol. 3, br. 1, 2017., str. 106. Generalno o toj temi vidi Meron, T., *Henry's Wars and Shakespeare's Laws: Perspectives on the Law of War in the Later Middle Ages*, Oxford: Clarendon Press, 1994., poglavlja 6. i 8.

² General Orders No. 100: *The Lieber Code, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, 1863., čl. 44., 47.

³ Vidi primjerice *Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, and Annex to the Convention: Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land (Hague Convention IV)*, 1907., Odjeljak III., čl. 46. gdje se određuje da tijekom vojne okupacije „obiteljska čast (...) mora biti poštovana“ (*“family honour ... must be respected”*).

Implicitnu zabranu silovanja sadrži i *Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, 27/07/1929, čl. 3. (*“Prisoners of war have the right to have their person and their honour respected. Women shall be treated with all the regard due to their sex.”*).

⁴ Vidi Eriksson, M., *Defining Rape: Emerging Obligations for States under International Law?*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011., str. 4.

zanemarivano u želji za progonom i osudom zločina koji su smatrani težima.⁵ Takav se pristup promijenio nakon izbijanja sukoba na području bivše Jugoslavije (1991.), a kasnije i Ruande (1994.). Vijesti o masovnim zločinima, među kojima se isticalo i seksualno nasilje, obišle su svijet,⁶ a najznačajnija reakcija uslijedila je u obliku osnivanja dvaju tribunala: Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju (dalje: MKSJ) i Međunarodnog kaznenog suda za Ruandu (dalje: MKSR). Njihovi su statuti eksplicitno inkriminirali silovanje kao zločin protiv čovječnosti,⁷ a u slučaju MKSR i kao povredu čl. 3. zajedničkog svim Ženevskim konvencijama.⁸ Međutim, i dalje je nedostajala sama definicija zločina silovanja te su stoga različiti oblici definicije nastali u sudskoj praksi spomenutih tribunala.

1.1. Ciljevi, metodologija i plan rada

Glavni cilj ovog rada je, kroz kritičku analizu ključnih presuda MKSR i MKSJ, prikazati i ocijeniti razvoj definicije silovanja kao međunarodnog zločina.⁹ Pritom su specifični ciljevi ocjena adekvatnosti svake pojedine definicije i isticanje nužnosti odabira one definicije koja je primjerena okolnostima međunarodnih zločina.

U tu se svrhu u drugom poglavlju najprije ističe važnost inkriminacije i progona svih oblika seksualnog nasilja na međunarodnoj razini. To se čini predstavljanjem triju faktora koji ukazuju na specifičnost seksualnog

⁵ Vidi *ibid.* Za više informacija vidi i Contemporary Forms of Slavery, Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices During Armed Conflict, Final report submitted by Ms. J. McDougall, Special Rapporteur to the Economic and Social Council: Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22/06/1998.

⁶ Vidi primjerice Sudetic, C., *Serbs Expel 4,000 from Bosnian Town*, The New York Times, 07/02/1993; Jehl, D., *Officials Told to Avoid Calling Rwanda Killings Genocide*, The New York Times, 10/06/1994.

⁷ Vidi čl. 5. Statuta MKSJ, dostupno na: <http://www.icty.org/en/documents/statute-tribunal> [pristup: 28. travnja 2019.] i čl. 3. Statuta MKSR, dostupno na: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ict_r_EF.pdf [pristup: 28. travnja 2019.].

⁸ Vidi čl. 4. Statuta MKSR, *ibid.*

⁹ Termin „međunarodni zločin“ u smislu ovog rada obuhvaća djela inkriminirana Statutima MKSR i MKSJ, kao i Statutom stalnog Međunarodnog kaznenog suda (čak i kada se drugačije nazivaju, suštinski se radi o istim kaznenim djelima). Iznimka je zločin agresije, u odnosu na koji je Međunarodni kazneni sud postao stvarno nadležan 2018. i u okviru kojeg se seksualno nasilje nikada nije problematiziralo. Stoga taj zločin nije razmatran u ovom radu.

nasilja počinjenog u okviru međunarodnih zločina. Na taj način drugo poglavlje omogućuje shvaćanje cjelokupnog konteksta u kojem se odvija seksualno nasilje koje je predmet međunarodnog kaznenog prava. Razumijevanje tog konteksta posebice je bitno s obzirom na ideju o nemogućnosti stvaranja kvalitetne definicije silovanja bez poimanja okolnosti koje su, prema shvaćanju autorice, inherentno prisilne.

Glavni dio rada bavi se ključnim presudama MKSR i MKSJ koje su, svaka na određen način, predstavljale prekretnicu u definiranju silovanja kao međunarodnog zločina. Radi se o presudi MKSR u predmetu *The Prosecutor v. Akayesu*¹⁰ (dalje: *Akayesu*) i presudama MKSJ u predmetima Tužitelj protiv Furundžije¹¹ (dalje: *Furundžija*) i Tužitelj protiv Kunarca, Kovača i Vukovića¹² (dalje: *Kunarac*). U radu se u odnosu na svaki od predmeta najprije prikazuje činjenično stanje, a zatim definicija za koju se Sud odlučio te obrazloženje odabira konkretne definicije. Nakon toga slijedi kritička analiza svakog pojedinog elementa definicije i relevantnih dijelova sudskog obrazloženja, uz ocjenu njihove prikladnosti za specifične okolnosti međunarodnih zločina. Neka od pitanja koja se problematiziraju su opravdanost stvaranja definicije koja je šira od onih uvriježenih u nacionalnim sustavima i eventualna povreda načela zakonitosti, prikladnost zahtjeva penetracije u definiciji silovanja i mogućnost stvarnog pristanka u okolnostima međunarodnih zločina.

Naposljetku se u zaključku daje ocjena razvoja definicije i zauzima konačni stav o *Akayesu* definiciji kao najprikladnijoj za specifične okolnosti međunarodnih zločina.

2. VAŽNOST INKRIMINACIJE I PROGONA SEKSUALNOG NASILJA NA MEĐUNARODNOJ RAZINI

Seksualno nasilje počinjeno u okviru međunarodnih zločina pojava je koja zaslužuje najoštriju osudu, kako društvenu tako i pravnu. Nekoliko faktora upućuje na posebnu dimenziju takvog seksualnog nasilja i na njegovu različitost u odnosu na seksualno nasilje počinjeno u mirna vremena.¹³ Ti

¹⁰ *The Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, 02/09/1998 (TC), 01/06/2001 (AC).

¹¹ *The Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, 10/12/1998 (TC), 21/06/2000. (AC).

¹² *The Prosecutor v. Kunarac, Kovač, Vuković*, IT-96-23 i IT-96-23/1-A, 22/01/2001 (TC), 12/06/2002 (AC).

¹³ Prilikom uporabe izraza „mirna vremena“ i njemu sličnih izraza u ovome radu, ne misli se samo na razdoblja bez oružanog sukoba, već na razdoblja bez počinjenja bilo kojeg

faktori su: uporaba seksualnog nasilja kao oružja rata, masovnost seksualnog nasilja počinjenog u okviru međunarodnih zločina i specifičnost situacija u kojima dolazi do počinjenja takvog nasilja. Svaki od tih faktora zasebno, kao i svi zajedno, ukazuju na važnost inkriminacije i progona svih oblika seksualnog nasilja na međunarodnoj razini. U ovom se poglavlju naglasak stavlja na događaje iz bivše Jugoslavije, s obzirom na to da su istrage s tog područja najviše pridonijele rasvjetljavanju zločina seksualnog nasilja i poimanju njihove ozbiljnosti na međunarodnoj razini.

2.1. Uporaba seksualnog nasilja kao oružja rata

Seksualno nasilje je integralni dio, a ne tek produkt sukoba. Ono se koristi kao oružje rata, odnosno kao sredstvo za postizanje željenih ciljeva te su sukladno tom obrascu i silovanja na prostorima bivše Jugoslavije bila masovna, organizirana i korištena kao dio ratne taktike, jednako kao ubojstva ili mučenja.¹⁴ Navedeno je izuzetno bitno za shvaćanje ozbiljnosti i specifičnosti takvog nasilja. Naime, ne radi se o „usputnim“ kaznenim djelima koja su počinili odmetnuti pojedinci, već o obrascu ponašanja koje se koristi za počinjenje međunarodnih zločina i koje se kao takvo treba i procesuirati na međunarodnoj razini.

Opisana sustavnost seksualnog nasilja prepoznata je i u sudskoj praksi MKSR i MKSJ gdje je utvrđeno da silovanje, kao jedan od oblika seksualnog nasilja, može biti modalitet počinjenja svih međunarodnih zločina. Iako Statut MKSJ silovanje izričito navodi samo kao zločin protiv čovječnosti, u presudama je zaključeno kako ono može predstavljati tešku

međunarodnog zločina. Naime, prema Statutima MKSJ, MKSR i MKS genocid može biti počinjen i kada ne postoji oružani sukob, a Statut MKSR ne zahtijeva postojanje oružanog sukoba ni kod zločina protiv čovječnosti.

¹⁴ Vidi: Moshan, B. S., *Women, War, and Words: The Gender Component in the Permanent International Criminal Court's Definition of Crimes Against Humanity*, *Fordham International Law Journal*, Vol. 22, br. 1, 1998., str. 158: "*Rape was an important part of a carefully conceived strategy of war in the former Yugoslavia, one of many military tactics utilized primarily by Serbian soldiers against Bosnian and Croatian women*"; Vidi također Ray, A. E., *The Shame of It: Gender-Based Terrorism in the Former Yugoslavia and the Failure of International Human Rights Law to Comprehend the Injuries*, *American University Law Review*, Vol. 46, br. 3, 1997., str. 803: "*Rape was used as part of a carefully conceived plan to terrorize entire communities, driving them from their homes and demonstrating the power of the invading forces noting that rape was used as weapon of war to create climate of terror and to drive Croatian or Bosnian population from their villages*".

povredu Ženevskih konvencija i povredu pravila i običaja ratovanja (čl. 2. i 3. Statuta)¹⁵, kao i mučenje¹⁶ i porobljavanje¹⁷ (modaliteti počinjenja zločina protiv čovječnosti¹⁸). Osim toga, MKSR je u presudi *Akayesu* utvrdio da silovanje može nanijeti tešku tjelesnu i duševnu bol koja, uz potrebnu posebnu namjeru (*dolus specialis*), može dovesti do genocida.¹⁹

Međunarodni zločini su djela takve prirode da negiraju same temelje ljudskosti i morala. Radi se o zločinima koji nisu samo nečovječni, već i protučovječni. Činjenica da mogu biti počinjeni silovanjem i drugim seksualnim nasiljem jedan je od faktora koji ukazuje na surovost zlodjela seksualne naravi i istinsku potrebu njihove osude na međunarodnoj razini. Kako međunarodni zločini ugrožavaju čovječanstvo u cjelini, njihovi počinitelji trebaju odgovarati pred licem cijele međunarodne zajednice. Seksualno nasilje kao sustavni fenomen tijekom počinjenja takvih zločina pritom ne smije biti okarakterizirano kao usputni eksces pojedinaca jer ono to naprosto nije.

2.2. Masovnost seksualnog nasilja počinjenog u okviru međunarodnih zločina

Daljnji faktor koji ukazuje na specifičnost seksualnog nasilja kao modaliteta počinjenja međunarodnih zločina je njegova masovnost. Agencije Ujedinjenih naroda procjenjuju da je za vrijeme genocida u Ruandi, u samo 3 mjeseca 1994. g., silovano između 100.000 i 250.000 žena.²⁰ Tijekom oružanih sukoba koji su se u to vrijeme odvijali na području bivše Jugoslavije, procjenjuje se da je silovano oko 20.000 žena.²¹ Ta brojka u stvarnosti obuhvaća područje Hrvatske i Bosne i Hercegovine, s naglaskom na potonju. Podaci za razdoblje jugoslavenskih sukoba se, iz dva glavna razloga, temelje isključivo na procjenama. Prvi

¹⁵ Vidi primjerice *The Prosecutor v. Tadić (TC, Sentencing Judgment)*, IT-94-1-Tbis-R117, 11/11/1999.

¹⁶ Vidi primjerice *The Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić i Landžo (Mucić et al.) (TC)*, IT-96-21-T, 16/11/1998.

¹⁷ Vidi primjerice *Kunarac, op. cit.* u bilj. 12.

¹⁸ Vidi čl. 5. st. 1. t. (c) i (f) Statuta, *op. cit.* u bilj. 7.

¹⁹ Vidi *Akayesu (TC)*, *op. cit.* u bilj. 10, para. 731. – 734.

²⁰ Report of Special Rapporteur of the Commission of Human Rights on the situation of human rights in Rwanda, 29/01/1996, para. 16.

²¹ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1670 (2009): Sexual violence against women in armed conflict, adopted on 29 May 2009, para. 6.

razlog je činjenica da je pristup informacijama zbog ratnog stanja sam po sebi bio otežan ili, u većini slučajeva, onemogućen, a drugi se odnosi na odbijanje žrtava da progovore o zločinima seksualne naravi. Naime, takvi zločini žrtve uglavnom ispunjavaju sramom, osjećajem manje vrijednosti i strahom od društvene osude.²² Također, mnoge žrtve su tijekom rata napustile svoje države, a s prolaskom vremena nestajala je i inicijativa za prijavljivanje počinjenih zločina. Tome je tako ponajviše zbog toga što su žrtve često smatrale da bi prijavljivanje bilo uzaludno ili su pak izražavale osjećaj nepovjerenja prema međunarodnoj zajednici.²³ Osim procjena o konkretnim brojkama, u prilog tvrdnji o masovnosti seksualnog nasilja govori i činjenica da je zgroženost njegovom pojavom već 1992. g. izrazilo i Vijeće sigurnosti u Rezoluciji 798 osvrćući se na izvješća o „masovnom, organiziranom i sustavnom zatvaranju i silovanju žena, osobito bosanskih muslimanki u Bosni i Hercegovini“.²⁴ S obzirom na stanje koje je užasavalo kako Vijeće sigurnosti, tako i čitav svijet,²⁵ ni reakcije drugih tijela nisu izostale. UN-ova Komisija za ljudska prava na svojim je sjednicama 1993., 1994., 1995. i 1996. stalno iznova izražavala duboku zabrinutost za silovane i zlostavljane žene u bivšoj Jugoslaviji.²⁶ Godine 1996. donesena je i Rezolucija 1996/71 u kojoj je Komisija izrazila „zgroženost strašnom, namjernom i sustavnom primjenom silovanja kao oružja rata u Bosni i Hercegovini“.²⁷

²² Vidi Report of the Secretary-General, Rape and abuse of women in the territory of former Yugoslavia, Fiftieth session of Commission on Human Rights, 30/06/1993, para 7. Vidi i Final Report of the United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), Annex IX: Rape and Sexual Assault, 1994., para. 6.: “*Some victims feel shame and embarrassment and fear ostracization by their communities--this is especially true in Muslim society (...)*”.

²³ Annex IX, *ibid.*, para. 6 (d) (e) (f).

²⁴ Security Council Resolution 798: Bosnia and Herzegovina, S/RES/798, 18/12/1992.

²⁵ Neki od naslova novinskih članaka bili su: *Serbian 'rape camps': Evil Upon Evil* (Srpski logori za silovanje: zlo na zlu), *The Miami Herald*, 18/12/1992 i *Serben vergewaltigen auf obersten Befehl* (Srbi siluju po najvišim naredbama; *Serbs rape on highest orders*), *Die Welt*, 01/10/1992. Citirano u *Women 2000: Sexual Violence and Armed Conflict: United Nations Response*, 1998.

²⁶ Report of the Secretary-General, Rape and abuse of women in the areas of armed conflict in the former Yugoslavia, Fifty-first session of General Assembly, 25/10/1996.

²⁷ Vidi Commission on Human Rights resolution 1996/71, Situation on human rights in the Republic of Bosnia and Herzegovina, the State of Bosnia and Herzegovina, the Republic of Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), , 23/04/1996, str. 3.

Pred MKSJ je podignuta optužnica protiv 161 osobe od čega se njih 78 (48%), između ostalog, teretilo i za seksualno nasilje. Naposljetku je na temelju individualne odgovornosti za neki oblik seksualnog nasilja osuđeno 36 osoba, dok su još 4 osobe osuđene na temelju zapovjedne odgovornosti zbog propusta sprječavanja ili kažnjavanja počinitelja zločina.²⁸ Toliki broj optužnica dodatno govori u prilog svim tvrdnjama i procjenama o masovnosti seksualnog nasilja, a slika o tome još je jasnija kada se uzme u obzir činjenica da su pred MKSJ u najvećem broju slučajeva procesuirane osobe na višim vojnim ili državnim položajima. Kako mnogi neposredni počinitelji nikada nisu pronađeni, određen je broj seksualnih zlostavljanja ipak prošao bez osude.

2.3. Specifičnost situacija u kojima dolazi do seksualnog nasilja u okviru međunarodnih zločina

Situacije u kojima je počinjeno seksualno nasilje koje predstavlja međunarodne zločine nadalje ukazuje na ozbiljnost tog nasilja, ali i na njegovu različitost u odnosu na seksualno nasilje počinjeno u mirna vremena. Najprije, da bi osoba uopće bila optužena pred nekim međunarodnim kaznenim sudom (*ad hoc* ili stalnim), mora, dakako, postojati sumnja da je počinjen neki međunarodni zločin (ili više njih) za koji je taj sud nadležan. Dakle, da bi seksualno nasilje bilo procesuirano u okviru takvog postupka, potrebna je sumnja da je njime počinjen genocid, zločin protiv čovječnosti ili ratni zločin.²⁹ Sama ta činjenica ukazuje na to u kakvim se okolnostima seksualno nasilje mora odvijati da bi bilo

²⁸ Optužnice su povučene u odnosu na petoricu optuženih, devetorica su umrla prije početka suđenja ili dovođenja pred MKSJ, šestorica su upućena na suđenje u nacionalnom postupku, 16 je oslobođeno, a žalbeni postupak u odnosu na Mladića je još u tijeku. Detaljni podaci dostupni na: <http://www.icty.org/en/features/crimes-sexual-violence> [pristup: 15. travnja 2019.]. Oni su, međutim, zadnji put obnovljeni 2016., a brojevima u ovom radu su pridodane i osobe koje su u međuvremenu pravomoćno osuđene ili oslobođene za zločine seksualnog nasilja.

²⁹ Djela koja se u Statutu MKS nazivaju „ratni zločini“ suštinski su obuhvaćena čl. 3. Statuta MKSR (povreda čl. 3. zajedničkog Ženevskim konvencijama i dodatnog protokola II.) te čl. 2. i 3. Statuta MKSJ (teške povrede Ženevskih konvencija iz 1949. i povrede pravila i običaja ratovanja), *op. cit.* u bilj. 7.

Od 2018. godine, stalni Međunarodni kazneni sud nadležan je za procesuiranje zločina agresije kao četvrtog najtežeg međunarodnog zločina (tzv. *core crimes*) koji zločin, međutim, nije relevantan za ovaj rad.

inkriminirano i procesuirano na međunarodnoj razini. Specifičnost tih okolnosti prepoznalo je i Tužiteljstvo MKSJ-a koje je na temelju presuda tog tribunala ukazalo na dvije „glavne“ vrste situacija u kojima se seksualno nasilje tijekom sukoba odvijalo. Prvu skupinu identificiranih situacija čini seksualno nasilje tijekom preuzimanja vlasti i prisilnog premještanja stanovništva,³⁰ a drugu seksualno nasilje u zatočeništvu (zatvorskom okruženju).³¹ Opisane situacije uvelike se razlikuju od bilo kojih zabilježanih tijekom mirnih vremena. Predmeti MKSJ-a odražavaju sliku prema kojoj se najveći broj delikata seksualnog nasilja odvijao u drugoj skupini situacija, odnosno u zatvoru ili nekom drugom obliku zatočeništva.³² Mnogo donesenih presuda utvrđuje brutalna izživljavanja vojnika, čuvara, pripadnika paramilitarnih organizacija i drugih osoba na (službenim ili neslužbenim) pozicijama moći nad zatočenicima. Žrtve su uglavnom bile žene, ali nipošto se ne smije zanijekati postojanje seksualnog zlostavljanja muškaraca. Jedan od okrutnijih takvih primjera onaj je iz logora Čelebići, gdje je stražar natjerao braću da jedan drugom vrše *fellatio* pred drugim zatvorenicima.³³ Slično seksualno zlostavljanje, čije su žrtve također bila braća, dogodilo se i u srpskom logoru Luka u Brčkom.³⁴ Također, dok su u većini zatvorskih objekata zatvorenici bili izloženi seksualnom nasilju, još više zapanjuje činjenica da su neki od njih bili organizirani upravo i isključivo sa svrhom provođenja seksualnog zlostavljanja (tzv. logori za silovanje ili *rape camps*).³⁵ Osim navedenog, za počinjenje međunarodnih zločina karakteristično je i seksualno ropstvo,

³⁰ Primjer takve situacije predstavljaju događaji tijekom preuzimanja vlasti u općini Prijedor kada je Vojska Republike Srpske napala selo Hambarine. Tada su vojnici, uz ubojstva stanovnika i palež kuća, činili i silovanja. Zbog takvog je napada 400 ljudi, među kojima su se nalazili uglavnom stariji, djeca i žene, napustilo svoje domove. Vidi *The Prosecutor v. Stakić (TC)*, IT-97-24-T, 31/07/2003, para. 133. Slično vidi i u *The Prosecutor v. Prlić, Stojić, Praljak, Petković, Ćorić, Pušić (Prlić et al.) (TC)*, IT-04-74-T, 29/05/2013, tom 2, para. 876.

³¹ Vidi Verrall, S., Slika seksualnog nasilja u sukobima na teritoriji bivše Jugoslavije kroz presude MKSJ, u: *Procesuiranje zločina seksualnog nasilja u nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju* (ur. Brammert, S., Jarvis, M.), Oxford University Press, Oxford 2017., str. 319 – 353.

³² U prilog tome govori i Annex IX, *op. cit.* u bilj. 22, gdje se navodi da je od 1.100 tada prijavljenih delikata seksualnog nasilja, 600 bilo počinjeno dok su žrtve bile zatočene.

³³ Mucić *et al.*, *op. cit.* u bilj. 16, para. 1065.- 1066.

³⁴ Vidi *The Prosecutor v. Češić (Sentencing Judgment)*, IT-95-10/1-S, 11/03/2004, para. 4., 13. – 14., 25. - 36. Optuženi Ranko Češić izjasnio se krivim u odnosu na svih 12 točaka optužnice priznajući, među ostalim, da je braći pod prijetnjom pištoljem prvo naredio da se međusobno udaraju, a onda ih natjerao na oralni seks.

³⁵ Verrall, *op. cit.* u bilj. 31, str. 326; tako i Annex IX, *op. cit.* u bilj. 22.

oblik zatočeništva za koji je MKSJ osudio Kunarca, Kovača i Vukovića (porobljavanje kao zločin protiv čovječnosti).³⁶

Mogućnost tako jasnog i lakog prepoznavanja obrasca postupanja govori u prilog tvrdnji o organiziranosti i sustavnosti počinjenja delikata seksualnog nasilja za vrijeme međunarodnih sukoba, a ukupnost svih navedenih faktora pokazuje suštinsku razliku seksualnog nasilja počinjenog u okviru međunarodnih zločina u odnosu na ono koje postoji u mirna vremena.

3. DEFINICIJE SILOVANJA AD HOC TRIBUNALA

Ovo se poglavlje bavi trima glavnim definicijama stvorenima u sudskoj praksi MKSR i MKSJ. U nastavku se najprije u odnosu na svaki predmet izlaže činjenično stanje, a zatim definicija koja je u njemu usvojena i sudsko obrazloženje njezinog usvajanja. Nakon toga slijedi dubinska analiza izloženog, s kritičkim osvrtom na svaki element definicije i obrazloženja te se naposljetku daje ocjena definicije u cijelosti.

3.1. *Akayesu* – konceptualna definicija silovanja

3.1.1. Činjenično stanje

Akayesu je bio prvi predmet pred nekim međunarodnim tribunalom u kojem se odlučivalo o djelima silovanja i drugog seksualnog nasilja. Optuženi *Jean-Paul Akayesu* bio je najviši dužnosnik u općini Taba u Ruandi, a pred MKSR je optužen za genocid, zločine protiv čovječnosti i povredu čl. 3. zajedničkog svim Ženevskim konvencijama i Protokola II. (povreda čl. 3. Ženevskih konvencija), s time da su silovanje i seksualno nasilje u optužnicu uključeni naknadno, nakon što je jedna svjedokinja ispričala kako su trojica pripadnika *Interahamwe*³⁷ silovali njezinu šestogodišnju kćer. Povodom tog svjedočenja pokrenute su daljnje istrage koje su rezultirale optužbom za silovanje kao zločin protiv čovječnosti i kao povredu članka 3. Ženevskih konvencija.³⁸ Seksualno nasilje koje se

³⁶ Vidi *Kunarac (AC)*, *op. cit.* u bilj. 12.

³⁷ Paramilitarna organizacija *Hutu*.

³⁸ Definicija povrede čl. 3. Ženevskih konvencija u Statutu MKSR, *op. cit.* u bilj. 7, na engleskom jeziku glasi:

nije moglo podvesti pod silovanje bilo je kvalificirano kao „druga nečovječna djela“ (*other inhumane acts*) i podvedeno pod zločine protiv čovječnosti. *Akayesu* je u konačnici proglašen krivim u odnosu na svih 15 točaka optužnice te je proglašen individualno odgovornim za sva kaznena djela koja su mu se stavljala na teret. Osim što je njime prvi put uvedena definicija silovanja, važnost ovog predmeta ogleda se i u činjenici da je prepoznata mogućnost počinjenja genocida silovanjem iako ono nije eksplicitno navedeno kao modalitet počinjenja genocida.³⁹ Naime, Sud je utvrdio da se silovanjem može nanijeti teška tjelesna i duševna bol koja, udružena s genocidnom namjerom, dovodi do genocida.⁴⁰

3.1.2. Definicija

Pri susretu s optužbama za silovanje, sudsko se vijeće našlo u položaju u kojem je moralo definirati silovanje i radnje koje bi bilo primjereno i ispravno podvesti pod to kazneno djelo. Sud je tako u ovoj presudi iznio svoje viđenje silovanja i stvorio definiciju prema kojoj je „silovanje tjelesna invazija seksualne prirode, počinjena prema osobi pod prisilnim okolnostima“.⁴¹

Takva definicija nesumnjivo je široka, a kasnije će biti kritizirana i kao preširoka. Međutim, MKSR je svjesno postupio tako, smatrajući izabranu definiciju najprikladnijom. Jedna od sutkinja objasnila je da ju je na

The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed serious violations of Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II there to of 8 June 1977. These violations shall include, but shall not be limited to (...) (e) Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault.

Inkriminiranje silovanja i u okviru ovog kaznenog djela, a ne samo zločina protiv čovječnosti, nedvojbeno predstavlja korak unaprijed u odnosu na MKSJ.

³⁹ Čl. 2. Statuta MKSR, *op. cit.* u bilj. 7, na engleskom:

Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; (e) Forcibly transferring children of the group to another group.

⁴⁰ Vidi *Akayesu (TC)*, *op. cit.* u bilj. 10, para. 731. – 734.

⁴¹ *Ibid.*, para. 688.: “*The Tribunal defines rape as a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive*”.

preispitivanje tradicionalne definicije potaknulo svjedočenje JJ, žrtve silovanja koju je Tužitelj stalno iznova ispitivao je li pri svakom od silovanja koja je opisivala došlo do penetracije. Svjedokinja je na to odgovorila: „To nije bila jedina stvar koju su mi učinili; oni su bili mladići, a ja sam majka (...). Riječi koje su mi uputili su ono što ne mogu zaboraviti“. ⁴² Takav iskaz nagnao je sutkinju da preispita pravnu percepciju doživljenog seksualnog nasilja tijekom oružanog sukoba i njegovih posljedica, a samim time i ispravnost definicija uvriježenih u nacionalnim pravnim sustavima. ⁴³

Iako u presudi nije navedeno koji pravni sustavi su konzultirani, očito je da je Sud proveo neku vrstu istraživanja jer je konstatirao kako je silovanje kroz povijest u nacionalnim sustavima bilo definirano kao seksualni odnos bez pristanka (*non-consensual sexual intercourse*). Napomenuto je, međutim, da postoje odstupanja i da neke nacionalne definicije uključuju umetanje predmeta i/ili korištenje tjelesnih otvora (*use of bodily orifices*) koji se ne smatraju intrinzično seksualnima. ⁴⁴ Činjenica da među nacionalnim definicijama ne postoji konsenzus, uz druge specifičnosti međunarodnog prava, govorila je u prilog potrebi stvaranja zasebne definicije u okviru međunarodnog kaznenog prava.

Sud je u okviru ovoga predmeta također izrazio shvaćanje da je silovanje oblik agresije (*form of aggression*) i da glavni elementi tog zločina ne mogu biti obuhvaćeni mehaničkim opisom predmeta i dijelova tijela. ⁴⁵ Naime, mnoge su žrtve tijekom svjedočenja izrazile nelagodu kada su trebale anatomske opisivati pretrpljeno seksualno zlostavljanje, a na čemu su često inzistirali i obrana i tužitelji kako bi utvrdili što točno žrtva smatra silovanjem i je li doista bila silovana kao što navodi. ⁴⁶

Sud je, nadalje, odlučio silovanje suprotstaviti seksualnom nasilju (*sexual violence*) kao pojmu koji uključuje i silovanje te pritom i njega odrediti. Tako je seksualno nasilje definirano kao „bilo koji akt seksualne prirode

⁴² Pillay, N., Equal Justice for Women: A Personal Journey, *Arizona Law Review*, Vol. 50, br. 1, 2008., str. 666 – 667: “*That was not the only thing they did to me; they were young boys and I am a mother and yet they did this to me. It’s the things they said to me that I cannot forget*”.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Akayesu (TC)*, *op. cit.* u bilj. 10, para. 686.

⁴⁵ *Ibid.*, para. 687.: “*(...) the central elements of the crime of rape cannot be captured in a mechanical description of objects and body parts*”.

⁴⁶ *Ibid.*, para. 686. – 687.

koji je počinjen nad osobom pod prisilnim okolnostima“.⁴⁷ Seksualno nasilje, prema shvaćanju MKSR-a, nije ograničeno na tjelesnu invaziju ljudskog tijela i može obuhvaćati djela koja ne uključuju penetraciju, pa čak ni tjelesni dodir. Osim toga, Sud je smatrao da je drugo seksualno nasilje obuhvaćeno pojmovima „druga nečovječna djela“ (modalitet počinjenja zločina protiv čovječnosti), „gruba povreda ljudskog dostojanstva“ (modalitet počinjenja povrede članka 3. Ženevskih konvencija) i „teška tjelesna ili duševna povreda“ (modalitet počinjenja genocida). Sudsko vijeće je pojasnilo što bi se trebalo smatrati seksualnim nasiljem te je u tu svrhu kao primjer navelo događaj prilikom kojeg je *Akayesu* naredio pripadnicima *Interahamwe* da svuku jednu studenticu i prisile ju da izvodi gimnastičke vježbe gola u dvorištu općinskog ureda, pred okupljenim mnoštvom.⁴⁸

Silovanju i drugim oblicima seksualnog nasilja prema ovoj je definiciji zajedničko da su počinjeni pod prisilnim okolnostima (*coercive circumstances*), s time da je Sud naglasio da takve okolnosti u ovom kontekstu ne trebaju biti iskazane kao fizička sila. Rečeno je da prijetnje, zastrašivanje, iznuda i drugi oblici prinude (*duress*) koji vrebaju na strah i očaj mogu konstituirati prisilu (*coercion*), kao i da prisila može biti inherentna određenim okolnostima, kao što su oružani sukob ili prisutnost vojske.⁴⁹

3.1.3. Analiza definicije

Definicija silovanja ponuđena u predmetu *Akayesu* nesumnjivo odstupa od određenja koja poznaje većina nacionalnih pravnih sustava. Najočitija karakteristika definicije promatrane u cijelosti je u tome što ona ne nudi mehanički opis silovanja, već stvara tzv. konceptualnu definiciju. Takva definicija u ovom se slučaju odlikuje izostankom opisivanja anatomskih pojedinosti i uporabom širih, apstraktnijih pojmova pri određivanju

⁴⁷ *Ibid.*, para. 688.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, citat u originalu: “*The Tribunal notes in this context that coercive circumstances need not be evidenced by a show of physical force. Threats, intimidation, extortion and other forms of duress which prey on fear or desperation may constitute coercion, and coercion may be inherent in certain circumstances, such as armed conflict or the military presence of Interahamwe among refugee Tutsi women at the bureau communal*”.

elemenata silovanja. Nekoliko je posebnosti kojima se definicija odlikuje te će svaka od njih biti predstavljena i analizirana u nastavku.

3.1.3.1. Tjelesna invazija seksualne prirode

Prvi element koji mora postojati da bi se uopće moglo govoriti o silovanju je „tjelesna invazija seksualne prirode“. Kako bi se shvatilo značenje tog elementa, bitno je najprije razumjeti značenje pojma „invazija“. Sinonime tog pojma u hrvatskom jeziku čine pojmovi „upad“, „napad“ i „prodor“.⁵⁰ Kao sinonim engleskog glagola *to invade* spominje se i glagol *to penetrate*, dok definicija tog glagola uobičajeno glasi: *to enter forcefully as an enemy* ili *to enter as if to take possession*.⁵¹ Riječ *invasion* definirana je, između ostalog, i na sljedeći način: *an action or process that affects someone's life in an unpleasant and unwanted way*.⁵² Zanimljivo je primijetiti i da se riječ „invazija“ najčešće koristi u okviru ratnih događanja kada se opisuje nasilni upad vojske u neprijateljsku zemlju, odnosno prodiranje u tuđi teritorij.

Iako je vijeće u ovom predmetu stvorilo definiciju u kojoj nema detaljnog, anatomskeg opisa načina počinjenja silovanja, teško je oteti se dojmu da je Sud odabirom termina „invazija“ silovanje mnogo više približio penetraciji nego ijednom drugom načinu počinjenja. Naime, ako je namjera Suda bila u definiciji istaknuti postojanje i drugih modaliteta počinjenja tjelesnog napada seksualne prirode, na raspolaganju su mu stajali izrazi poput *attack* ili *assault* koji, uz to što su uobičajeniji i uvrženiji, ne sadrže konotacije prodiranja. Nedvojbeno je da se pojam „invazija“ koristi i u smislu napada, ali problem se nalazi upravo u tome da je napad samo jedno, a ne jedino značenje invazije. Zbog navedenog čudi što Sud nije odabrao pojam koji će odvratiti od poistovjećivanja silovanja s penetracijom. U prilog shvaćanju o naglašenosti povezanosti silovanja i penetracije govori i način definiranja drugog seksualnog nasilja. Tako je Sud istaknuo da „seksualno nasilje nije ograničeno na tjelesnu invaziju“ očito želeći time istaknuti razliku u odnosu na silovanje. Nadalje, Sud je naveo da (s obzirom na iznesenu razliku) „seksualno nasilje može obuhvaćati i akte koji ne uključuju penetraciju pa čak ni tjelesni dodir“.

⁵⁰ Vidi <https://hr.glosbe.com/en/hr/invasion> [pristup: 10. travnja 2019.].

⁵¹ Vidi <https://www.thesaurus.com/browse/invasion>, <https://www.merriam-webster.com/thesaurus/invasion> [10. travnja 2019.].

⁵² Vidi <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/invasion> [10. travnja 2019.].

Činjenica da Sud mogućnost počinjenja seksualnog nasilja i bez penetracije spominje na mjestu gdje ističe razliku između silovanja i seksualnog nasilja ponovo navodi na shvaćanje prema kojem se silovanje zapravo sastoji od penetracije. To nije netočno jer nema sumnje da bi svaka penetracija seksualne prirode trebala predstavljati silovanje. Međutim, postoji opasnost da bi, prema takvoj definiciji i vodeći se navedenim objašnjenjem o razlici silovanja i seksualnog nasilja, moglo doći do shvaćanja da, kako bi djelo bilo kvalificirano kao silovanje, mora postojati penetracija. Takav ishod ne bi bio u skladu s izraženom namjerom stvaranja šire, konceptualne, umjesto uske, mehaničke definicije. Iako je moguće je da je invazija, kao pojam koji može označavati i upad i napad, korištena u definiciji baš kako bi se potaknuo i osigurao progon svih oblika tjelesnog napada, upitno je koliko je to uporabom tog pojma postignuto. Naime, kako se penetracija tradicionalno smatra modalitetom počinjenja silovanja, dodatno „osiguranje“ progona u tome smjeru nije bilo potrebno. Ono što je bilo potrebno je eksplicitno odmicanje od poistovjećivanja silovanja jedino s penetracijom, čemu bi snažnije pridonio odabir pojma koji jednoznačno označava napad.

Ovdje se, međutim, ne želi osporiti vrijednost i važnost konstrukcije šireg modaliteta počinjenja silovanja. Međunarodno kazneno pravo zaslužuje određenje silovanja koje je primjereno specifičnostima međunarodnih zločina. Pristup u predmetu *Akayesu* velikim dijelom nudi upravo takvu, primjerenu definiciju. Stvaranjem sintagme „tjelesna invazija seksualne prirode“ (čak i s opisanim nedostacima) Sud je omogućio da silovanjem bude obuhvaćen širok spektar radnji⁵³ što je poželjno u nepredvidivim, hektičnim i strahovitim okolnostima međunarodnih zločina. Tako je usvajanjem ovakve definicije omogućeno da u kontekstu silovanja bude razmatran, primjerice, oralni seks počinjen u odnosu na žensku osobu pri čemu očito nema elementa penetracije, kao i *fellatio* počinjen na muškarcu-žrtvi i onda kada dolazi do penetracije usne šupljine počinitelja, a ne isključivo žrtve.⁵⁴ Nijedna kasnija definicija silovanja u okviru međunarodnog prava ne samo da ne nudi takvu mogućnost već eksplicitno

⁵³ Naravno, pod pretpostavkom da se prednost da tumačenju pojma „invazija“ koje je šire od pukog prodiranja.

⁵⁴ Vidi i Cole, A., *Prosecutor v. Gacumbitsi: The New Definition for Prosecution Rape Under International Criminal Law*, *International Criminal Law Review*, Vol. 8, br. 1, 2008., str. 81.

Kako je navedena radnja isključena iz dosega definicije u Furundžiji, za više također vidi *infra* 3.2.3.1.

svojim sadržajem isključuje navedene i druge radnje koje bi morale predstavljati silovanje.⁵⁵

Međutim, kako usvajanjem ovako široke definicije ne bi došlo do toga da svako seksualno nasilje bude okarakterizirano kao silovanje, zadaća sudaca trebala bi biti da ocijene je li počinjeni akt u svakom konkretnom slučaju dosegao zahtjeve potrebne za tjelesnu invaziju, odnosno tjelesni napad. Naime, izraz „tjelesni napad“ očito predstavlja veći stupanj agresivnosti i intruzivnosti pa bi taj element činio granicu između silovanja i oblika seksualnog nasilja koji npr. ne uključuju dodir (pa nije zadovoljen element tjelesnosti) ili uključuju dodir, ali takav koji ne predstavlja napad. Jamstvo da neće svaki seksualni delikt predstavljati silovanje tako je dano već u samoj definiciji, bez potrebe da se u njoj navode točne radnje koje čine silovanje. Te bi radnje suci imali priliku konkretizirati kroz praksu.⁵⁶

3.1.3.2. Rodna i spolna neutralnost

Prednost *Akayesu* definicije je i u tome što je ona rodno i spolno neutralna. Osobe muškog i ženskog spola, kao i osobe bilo kojeg roda, mogu biti i počinitelji i žrtve. Po tome se ta definicija razlikuje od tradicionalnog *common law* pristupa prema kojem samo muškarac može silovati ženu, s mogućnošću osude žene kao supočiniteljice.⁵⁷ *Akayesu* presuda je, stoga, učinila prekretnicu i po pitanju mogućnosti bivanja žrtvom, odnosno počiniteljem tog zločina. Vijeće je postupilo ispravno i odlučilo se za definiciju koja se razlikovala od one koju je pronašlo u nacionalnim sustavima i koja je, pogotovo za to doba, bila izuzetno moderna.

3.1.3.3. Prisilne okolnosti

Drugi dio *Akayesu* definicije pobliže određuje okolnosti izvršenja tjelesne invazije koje su pretpostavka postojanja silovanja. Za razliku od većine

⁵⁵ Više vidi u analizi Furundžije, *infra* 3.2.3.1.

⁵⁶ Više na tu temu vidi na kraju ocjene definicije, *infra* 3.1.3.5.

⁵⁷ Tradicionalna *common law* definicija silovanja nije uključivala napade na muškarce ili seksualne napade predmetima, kao ni druge radnje osim seksualnog odnošaja. Vidi Spohn, C., *The Rape Reform Movement: The Traditional Common Law and Rape Law Reforms*, *Jurimetrics*, Vol. 39, br. 2, 1999., str. 122.; Weiner, P., *The Evolving Jurisprudence of the Crime of Rape in International Criminal Law*, *Boston College Law Review*, Vol. 54, br. 3, 2013., str. 1210.

nacionalnih i kasnijih međunarodnih definicija (*op. a.* koje su se zapravo oslanjale na nacionalne), ovdje su u središtu zanimanja okolnosti koje počinitelj stvara ili čije postojanje iskorištava umjesto da se razmatranje sužava na čin unutarnjeg pristanka žrtve.⁵⁸ Osim toga, korištenjem sintagme „prisilne okolnosti“ umjesto primjerice „počinjeno pod prisilom“, pozornost se odmiče s počinitelja jer, iako on načelno u svakom trenutku može stvoriti prisilne okolnosti, u međunarodnom kaznenom pravu je mnogo bitnije da one mogu postojati i neovisno od njega, odnosno da on može zloupotrijebiti njihovo postojanje. Stoga ne čudi da je Sud naglasio kako su prisilne okolnosti inherentne situacijama kao što je oružani sukob. Međutim, prisilne okolnosti inherentne su svakoj situaciji koja potakne sumnju na to da je počinjen međunarodni zločin. Drugim riječima, kada postoji sumnja da je silovanje modalitet počinjenja nekog međunarodnog zločina i kada na temelju takve sumnje bude podignuta optužnica, izvjesno je da je prisilnost okolnosti prisutna i onda kada ne postoji oružani sukob. Dakako, moguće je da postojanje npr. sustavnog i raširenog napada protiv civila kasnije ne bude dokazano van svake razumne sumnje te da i osuda za silovanje kao zločin protiv čovječnosti izostane. Međutim, dokle god govorimo o silovanju u okviru bilo kojeg međunarodnog zločina, s ili bez oružanog sukoba, prisilnost okolnosti je inherentna.

3.1.3.4. Zabrana agresije seksualne prirode kao cilj inkriminacije silovanja

Sud je u ovom predmetu zauzeo stajalište da je središnji cilj međunarodnog prava pri inkriminaciji silovanja: zabrana agresije seksualne prirode.⁵⁹ Kod predmeta *Akayesu*, naglasak definicije općenito je stavljen na nasilje i, prema riječima sutkinje *Pillay*, na pojam silovanja počinjenog tijekom masovnog nasilja.⁶⁰ To pokazuje da su suci zbilja prepoznali fundamentalnu razliku između silovanja počinjenih u miru i onih koja su dio masovnih zločina. Naime, nemoguće je primjenjivati definiciju nacionalnog prava u okolnostima gdje postoji širok i sustavan napad protiv

⁵⁸ Hayes, N., *Creating a Definition of Rape in International Law: The Contribution of the International Criminal Tribunals*, u: *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals* (ur. Darcy, S. i Powderly, J.), Oxford University Press, 2010., str. 134; o pitanju pristanka i izostanka istog više vidi *infra* 3.3.3.

⁵⁹ Eboe-Osuji, C., *Rape as Genocide: Some Questions Arising*, *Journal of Genocide Research*, Vol. 9, br. 2, 2007., str. 253.

⁶⁰ *Pillay, op. cit.* u bilj. 42, str. 666.

civilnog stanovništva ili namjera da se uništi neka nacionalna, etnička, religijska ili rasna skupina. Više koncepata domaćeg prava, a posebice element pristanka, tada postaju upitni.⁶¹ Glavno obilježje međunarodnih zločina je golemo nasilje, surovost i krajnja neljudskost. Stoga se po pitanju silovanja i drugog seksualnog nasilja mogu očekivati dva ishoda. Prvo, velika je vjerojatnost da će ti zločini biti izvršavani još brutalnije no što je to uobičajeno (pritom ne negirajući činjenicu da je apsolutno svaki slučaj seksualnog nasilja upravo ono što mu ime govori – nasilje). Drugo, izvjesno je da će čak i oni oblici seksualnog nasilja koji se u nacionalnim sustavima uobičajeno smatraju lakšima, u svjetlu svih zbivanja, biti obilježeni većim stupnjem okrutnosti. Uzevši navedeno u obzir te imajući uvijek na umu atmosferu masovnih zločina, realno je za očekivati da će žrtvama biti nanijete dugotrajne traume kakve bi možda u drugačijim okolnostima bilo moguće izbjeći. Naime, žrtva seksualnog nasilja u mirnodopskim okolnostima u pravilu ima na raspolaganju liječničku skrb, pristup psihologu, mogućnost obraćanja policiji, pomoć i podršku obitelji i prijatelja, dom, sigurnost. Okolnosti masovnih zločina često negiraju svaku od navedenih stavki koje bi žrtvi mogle pomoći pri oporavku. Toga su svjesni i počinitelji koji mahom iskorištavaju stanje opće panike, straha, nemoći i inferiornosti koje je takvim situacijama naprosto inherentno. Stoga je za takve zločine opravdano proširiti definiciju silovanja kako bi ona obuhvaćala kaznena djela koja u nacionalnom pravu možda ne bi predstavljala silovanje.

3.1.3.5. Ocjena definicije

Iako ovu definiciju odlikuju mnoge prednosti, ona je relativno brzo napuštena. Nakon nje stvorene su definicije u predmetima Furundžija i Kunarac, od kojih je potonja prihvaćena u najvećem broju presuda *ad hoc* tribunala.⁶² Kritike o prevelikoj apstraktnosti i širini nadvladale su činjenicu da je *Akayesu* definicija najprikladnija u kontekstu međunarodnih zločina. Međutim, točno je da su manjkavosti definicije mogle i trebale biti otklonjene već u samoj presudi, primjerice oblikovanjem testa na temelju kojeg bi bilo moguće zaključiti o stupnju

⁶¹ Više vidi *infra* 3.3.3.

⁶² Vidi, *inter alia*, *Prosecutor v. Semanza (TC)*, ICTR-97-20-T, 15/05/2003, para. 344.-346.; *The Prosecutor v. Kamuhanda (TC)*, ICTR-95-54A-T, 22/01/2004, para. 705.-709.; *The Prosecutor v. Taylor (TC, Special Court for Sierra Leone)*, SCSL-03-01-T, 18/05/2012, para. 415.

intruzivnosti potrebnom da bi se radnja smatrala tjelesnom invazijom ili navođenjem (neiscrpane) liste radnji koje bi bile primjeri onoga što se smatra takvom invazijom. Takva razrada predmetne definicije pridonijela bi njezinoj uvjerljivosti te time i otklanjanju kritika na račun njezine apstraktnosti, a što bi nadalje utjecalo i na mogućnost trajnog prihvaćanja konceptualne definicije silovanja kao međunarodnog zločina.

Međutim, bez obzira na to što je argumentacija trebala biti detaljnija i čvršća, mnoge prednosti ove definicije ipak govore u prilog potrebi njenog usvajanja. Osobita vrijednost definicije iskazuje se u činjenici njezinog odmicanja od penetracije i omogućavanja drugih modaliteta počinjenja silovanja. Osim toga, značajnost *Akayesu* definicije očituje se i u mogućnosti njene prilagodbe situacijama koje se tek trebaju pojaviti, umjesto stvaranja definicije koja se isključivo odnosi na predmet o kojem se u danom trenutku odlučuje.⁶³ Prepoznavanjem prisilnih okolnosti i odbacivanjem nacionalnih definicija koje se bave pitanjem izostanka pristanka, Sud je u ovom predmetu pokazao da razumije razliku između okolnosti međunarodnog i nacionalnog kaznenog prava i postupka. Osim toga, u prilog stvaranju šire definicije silovanja govori i činjenica da je silovanje jedini oblik seksualnog nasilja eksplicitno naveden u Statutima MKSJ i MKSR.⁶⁴ Iz takvog odabira proizlazi zaključak da bi se ipak trebalo raditi o silovanju u nekom širem smislu, odnosno onome koje obuhvaća i radnje koje nisu penetracija.

3.2. Furundžija – uvođenje mehaničke definicije silovanja

3.2.1. Činjenično stanje

Anto Furundžija bio je lokalni zapovjednik specijalne jedinice vojne policije HVO-a poznate kao „Džokeri“ koji je s vojnikom iz svoje jedinice proveo ispitivanje jedne žene, u postupku nazvane svjedokinja A. Tijekom tog ispitivanja, žrtvi su prelazili nožem po unutrašnjoj strani nogu i prijetili joj da će joj, ako ne bude govorila istinu, nož staviti u vaginu. Osim toga, svjedokinja je bila natjerana na oralni i vaginalni seks sa spomenutim vojnikom, čemu je Furundžija prisustvovao bez da je poduzeo išta kako bi

⁶³ Vidi kritiku Furundžije po tom pitanju *infra* 3.2.3.5. Uvođenje elementa izostanka pristanka u Kunarcu je također bilo uvjetovano činjeničnim stanjem u kojem nije bilo izričite prisile (vidi *infra* 3.3.1.).

⁶⁴ Iznimku donekle predstavlja Statut MSKR koji inkriminira prisilnu prostituciju, ali samo u okviru povrede čl. 3. zajedničkog Ženevskim konvencijama.

spriječio ili zaustavio taj čin. U konačnici je pred MKSJ osuđen kao supočinitelj mučenja i kao poticatelj i pomagatelj u počinjenju grube povrede osobnog dostojanstva, uključujući silovanje (*outrages upon personal dignity, including rape*), koja djela potpadaju pod čl. 3. Statuta (povreda pravila i običaja ratovanja).

3.2.2. Definicija

Kao što je ranije spomenuto, vijeće je u ovom predmetu odlučilo odstupiti od *Akayesu* definicije te je, nakon provođenja vlastitog istraživanja nacionalnih sustava, zaključilo da je silovanje:

I. seksualna penetracija, bez obzira koliko neznatna

- a) vagine ili anusa žrtve penisom počinitelja ili bilo kojim predmetom kojim se počinitelj poslužio; ili
- b) usta žrtve penisom počinitelja;

II. uz upotrebu prinude ili sile ili pod prijetnjom sile protiv žrtve ili treće osobe.⁶⁵

Vijeće je zaključilo da definicija silovanja u međunarodnom pravu ne postoji, ali da je usprkos tome moguće razaznati neke općenite indikacije. Te se indikacije posebno odnose na činjenicu da čl. 27. Četvrte Ženevske konvencije, čl. 76. st. 1. Protokola I. i članak 4. st. 2. t. e) Protokola II. zabranjuju i silovanje i „bilo koji drugi oblik nedoličnog nasrtaja“ na žene. Vijeće je stoga smatralo opravdanim zaključiti da međunarodno pravo izričito zabranjuje i silovanje i druge oblike seksualnog nasilja, s time da se silovanje smatra najtežim oblikom seksualnog delikta. Prema mišljenju Suda, takvo je stajalište i potvrđeno činjenicom da čl. 5. Statuta MKSJ izričito spominje silovanje, dok su ostali, manje teški vidovi seksualnog delikta implicitno obuhvaćeni pojmom „druga nečovječna djela“ iz čl. 5. st. 1. t. i).⁶⁶

Pri stvaranju definicije silovanja, u ovom je predmetu zaključeno kako se, osim gore navedenih elemenata, iz međunarodnog konvencijskog ili običajnog prava ne može razaznati ništa više. Pribjegavanje općim načelima međunarodnog ili međunarodnog kaznenog prava je također

⁶⁵ *Furundžija (TC)*, *op. cit.* u bilj. 11, para. 185.

⁶⁶ *Ibid.*, para. 175.

ocijenjeno uzaludnim. Naime, vijeće je smatralo da je, kako bi se stvorila definicija koja je u skladu s načelom zakonitosti, potrebno pozvati se na načela kaznenog prava koja su zajednička svim velikim pravnim sustavima svijeta. Pritom je zaključilo kako se ta načela, uz dužnu pažnju, mogu izvesti iz nacionalnih zakona.⁶⁷ Vijeće je navelo da je, kad god neki pojam kaznenog prava nije definiran međunarodnim kaznenim pravom, opravdano osloniti se na nacionalno zakonodavstvo. Takvo oslanjanje, međutim, ima svoja pravila. Prvo, ne treba se pozivati samo na jedan nacionalni pravni sustav, npr. samo na *common law* ili samo na *civil law* (osim ako u međunarodnom pravilu nije drugačije navedeno), već se zaključci trebaju crpiti iz općih pojmova i instituta zajedničkih svim velikim pravnim sustavima svijeta. To pretpostavlja proces identifikacije zajedničkih nazivnika u tim pravnim sustavima kako bi se utvrdilo koji su im temeljni pojmovi zajednički. Drugo, s obzirom na to da međunarodna suđenja pokazuju brojne odlike po kojima se razlikuju od nacionalnih kaznenih postupaka, pri korištenju pojmova iz nacionalnog prava mora se uzeti u obzir posebnost međunarodnih kaznenih postupaka.⁶⁸

Vijeće je, nadalje, naglasilo da se nacionalna zakonodavstva mnogih država odlikuju tendencijom proširenja definicije silovanja tako da ona obuhvaća i radnje koje su prije bile označene kao relativno manje ozbiljni zločini. Sud je zaključio kako sada sve više seksualnih delikata nosi stigmu silovanja, ali samo pod uvjetom da je došlo do prisilne tjelesne penetracije.⁶⁹ Vijeće je ispitalo 18 nacionalnih sustava i zaključilo da, usprkos neizbježnim razlikama, većina pravnih sustava silovanje definira kao prisilnu seksualnu penetraciju ljudskog tijela penisom ili prisilno uvođenje bilo kojeg drugog predmeta u vaginu ili anus.⁷⁰

Razlika koju je vijeće smatralo bitnom bilo je pitanje inkriminacije prisilne oralne penetracije, koja je u nekim državama potpadala pod *sexual assault*, a u drugima pod silovanje.⁷¹ Kako se vidi iz gore navedene definicije, vijeće je prisilnu oralnu penetraciju inkriminiralo u okviru silovanja. Takva odluka obrazložena je činjenicom da se radi o izuzetno ponižavajućem nasrtaju na ljudsko dostojanstvo, a da je bit čitavog međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnog prava o ljudskim

⁶⁷ *Ibid.*, para. 177.

⁶⁸ *Ibid.*, para. 178.

⁶⁹ *Ibid.*, para. 179.

⁷⁰ *Ibid.*, para. 181.

⁷¹ *Ibid.*, para. 182.

pravima zaštita dostojanstva svake osobe, bez obzira na njezin spol.⁷² Svrha poštivanja ljudskog dostojanstva nalazi se u zaštiti od oskrvuća tog dostojanstva, bez obzira je li oskrvuće počinjeno protupravnim napadom na tijelo ili, pak, ponižavajućim obeščašćenjem ili napadom na samopoštovanje ili duševnu dobrobit osobe. Prisilna oralna penetracija je, prema viđenju Suda, toliko teško oskrvuće da se mora kvalificirati kao silovanje.⁷³ Problem se, međutim, potencijalno nalazio u činjenici da je u zakonodavstvu BiH, čiji je Furundžija bio državljanin, prisilna oralna penetracija bila okarakterizirana samo kao bludna radnja (*sexual assault*), a ne kao silovanje. Ipak, Sud je sam odlučio riješiti pitanje opravdanosti optuživanja Furundžije za silovanje te je zaključio kako to nije protivno načelu zakonitosti. Naime, prema mišljenju vijeća, s obzirom na narav zločina u kojima MKSJ ima nadležnost suditi, u predmetima pred tim Sudom prisilna oralna penetracija uvijek će biti teži seksualni napad (*aggravated sexual assault*). Nadalje, objašnjava vijeće, dok god je optuženi osuđen u skladu sa Statutom i Pravilnikom o postupku i dokazima,⁷⁴ on nije nepovoljno pogođen činjenicom uvrštavanja prisilne oralne penetracije pod silovanje. Jedini prigovor koji bi Furundžija mogao imati je, prema mišljenju Suda, činjenica da bi kao osuđeni silovatelj mogao biti stigmatiziran u većoj mjeri nego kad bi ga se osudilo kao seksualnog prijestupnika (*sexual assailant*). Sud je, međutim, smatrao da je upitno takvo viđenje po kojem bi osuda za prisilni vaginalni seks trebala nositi veću stigmiju od osude za prisilni oralni seks. Osim toga, vijeće je navelo da, s obzirom na to da su i silovanje i drugi teški oblici seksualnog napada zabranjeni međunarodnim pravom, primarna važnost razlike između kategorija je pri izricanju kazne, misleći pritom da će za silovanje kazna biti viša (op. a.).⁷⁵ Sud je na takav način, vodeći se načelom zaštite ljudskog dostojanstva, opravdao opisano proširenje definicije silovanja.⁷⁶

⁷² *Ibid.*, para. 183.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Rules of Procedure and Evidence (ICTY), adopted on 11 February 1994, last version from 8 July 2015. Dostupno na: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf [pristup: 28. travnja 2019.].

⁷⁵ *Furundžija (TC)*, op. cit. u bilj. 11, para. 186.

⁷⁶ *Ibid.*, para. 184.

3.2.3. Analiza definicije

Predmet *Furundžija* u međunarodno je pravo uveo mehaničku definiciju silovanja. S obzirom na to da je ona utemeljena na definicijama koje je vijeće spoznalo provodeći istraživanje nacionalnih sustava, radi se o jednom od najboljih primjera oslanjanja na nacionalno pravo koji postoji u međunarodnom pravu.⁷⁷ Sud je pri istraživanju nacionalnih sustava stvorio pravila o potrebi konzultiranja kako *common law* tako i *civil law* sustava, kao i o potrebi dužne pažnje pri prijenosu nacionalnih pravnih načela u međunarodni postupak. Što se tiče poštivanja prvog pravila, može se zaključiti da se Sud zbilja upoznao s različitim pravnim sustavima.⁷⁸ Drugo pravilo, međutim, propušta uzeti u obzir različitost okolnosti u kojima su počinjeni zločini o kojima se sudi, a koju važnost naglašava ovaj rad. Upravo okolnosti počinjenja masovnih zločina predstavljaju okosnicu potrebe za autonomnom definicijom silovanja u međunarodnom pravu. Sama potreba stvaranja definicije u predmetu *Furundžija* proizašla je iz shvaćanja Suda o nepostojanju definicije silovanja u međunarodnom pravu. Nejasno je zašto je vijeće iznijelo takvu tvrdnju s obzirom na to da je *Akayesu* definicija predstavljala barem supsidijarno sredstvo određivanja međunarodnih pravila.⁷⁹

3.2.3.1. Zahtjev penetracije i njegovi nedostaci

Prvi dio definicije u predmetu *Furundžija* sastoji se od zahtjeva penetracije vagine ili anusa penisom počinitelja ili nekim drugim predmetom, odnosno penetracije usta žrtve penisom počinitelja.

Tako uređen modalitet počinjenja manjkav je u nekoliko pogleda. Prvo, ako izuzmemo mogućnost da žena upotrijebi predmet za penetraciju vagine ili anusa žrtve, počinitelj prema ovoj definiciji može biti jedino muškarac.⁸⁰ Čak i da u definiciji nema eksplicitnog navođenja penetracije tjelesnih šupljina penisom, ostaje činjenica da je penis jedini spolni organ kojim može biti počinjena penetracija. Stoga je zapravo već samim uvođenjem zahtjeva penetracije profil počinitelja sužen na muškarca. Žena

⁷⁷ Peat, *op. cit.* u bilj. 1, str. 111.

⁷⁸ Konzultirani su čileanski, kineski, japanski, austrijski, talijanski, francuski, južnoafrički, nizozemski, engleski i velški, bosanski i drugi zakoni. Vidi *Furundžija (TC)*, *op. cit.* u bilj. 11, para. 180. s pripadajućim fusnotama.

⁷⁹ Vidi čl. 38. st. 1. t. d. Statuta Međunarodnog suda pravde.

⁸⁰ Vidi Weiner, *op. cit.* u bilj. 57, str. 1211.

bi se mogla pojaviti samo kao sudionik (poticatelj ili pomagatelj) ili kao neposredni počinitelj u slučaju penetracije vagine ili anusa žrtve nekim predmetom.⁸¹

Nadalje, osim što je djelomično sužen profil počinitelja, odabir izraza u prvom dijelu definicije znatno smanjuje i broj radnji koje bi mogle biti okarakterizirane kao silovanje. Tako, zbog zahtjeva penetracije penisom ili predmetom, oralni seks počinjen na ženskom spolnom organu ne bi mogao biti obuhvaćen silovanjem. Naime, iako je takav čin zasigurno ekvivalentan oralnom seksu počinjenom na muškom spolnom organu, pri njemu u pravilu ne dolazi do penetracije. Čak i kada bi zahtjev penetracije bio ispunjen, definicija uključuje samo penetraciju penisom ili „nekim drugim predmetom“ te prisilni oralni seks na ženskom spolnom organu ne bi mogao biti obuhvaćen definicijom silovanja. Isti razlog onemogućava da se silovanjem smatra penetracija anusa ili vagine prstom.⁸² Naime, upitno je može li se dio tijela poput jezika ili prsta smatrati predmetom. Čak i ako je vijeće imalo to na umu, ta je namjera trebala biti jasnije izražena te je za opisivanje dijela tijela trebao biti upotrijebljen primjeren izraz. Osim toga, prisilan odnos između dviju žena pri kojem dolazi do dodirivanja vagina (i koji je stoga suštinski jednak spolnom odnošaju između žene i muškarca), zbog izostanka penetracije ne može se smatrati silovanjem. Također, kako prema definiciji mora doći do penetracije anusa, vagine ili usta žrtve, ne bi se moglo raditi o silovanju kada bi žrtva primjerice bila prisiljena penetrirati svojim penisom usta počinitelja. Prisiljavanje osobe da nekim predmetom penetrira vlastiti anus ili vaginu također ne bi predstavljalo silovanje, s obzirom na to da definicija zahtijeva da je počinitelj taj koji se služi predmetom. Posljedično, iz svih opisanih primjera vidljivo je da usvajanje ovakve definicije dovodi do toga da radnje jednakog stupnja invazivnosti kao prisilni spolni odnošaj žene i muškarca ne predstavljaju silovanje samo zbog toga što se ne uklapaju u uski okvir postavljen od strane sudskog vijeća u predmetu *Furundžija*.

Osim toga, iz navedenog se očituje da je zahtjev penetracije, i u pogledu mogućih počinitelja i u pogledu radnji koje mogu predstavljati silovanje, diskriminatoran. Nedopustivo je da penetracija bude odrednica na temelju koje će neke radnje moći biti okarakterizirane kao silovanje, a druge, iako jednako intruzivne, ne. Zanimljivo je i da Završno izvješće posebnog izvjestitelja Potkomisije za sprječavanje diskriminacije navodi kako

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

povijesni fokus na čin penetracije proizlazi iz preokupacije muškaraca očuvanjem ženskog djevičanstva i utvrđivanjem očinstva djeteta.⁸³ Takav argument snažno govori u prilog potrebi da se u okviru silovanja prepoznaju radnje koje su po svojoj biti izjednačene s prepoznatim radnjama penetracije.

3.2.3.2. Nedostaci obrazloženja uključivanja prisilne oralne penetracije u definiciju

Iako je Sud u Furundžiji odbacio *Akayesu* definiciju opravdavajući to potrebom poštivanja načela zakonitosti, sam je u definiciju odlučio uvesti prisilnu oralnu penetraciju. Na taj je način Furundžija bio osuđen za silovanje iako tako nije bilo određeno ni u nacionalnom sustavu njegove države ni u mnogim drugim nacionalnim pravnim sustavima. Iako je određivanje prisilne oralne penetracije kao silovanja nedvojbeno potrebno i poželjno, opravdanje inkorporacije te radnje u definiciju u ovom je slučaju manjkavo. Najprije, dubiozan je argument prema kojem je jedini razlog za razgraničenje silovanja od drugih oblika seksualnog nasilja činjenica različitosti težine kazne. Naime, Sud je izgleda želio reći da, kako njegovim Statutom nisu unaprijed propisane točne kazne za djela za koja se pred njime sudi, ionako nije bitno hoće li se nešto kategorizirati kao silovanje ili seksualno nasilje. Međunarodni tribunal će kaznu odrediti sukladno težini radnje, bez obzira na to kako ona bila nazvana. Pred nacionalnim sudovima bi to, naprotiv, bilo bitno jer bi za silovanje zakonom bila propisana veća kazna. Međutim, Sud u tom smislu zanemaruje činjenicu da je težina kazne u nacionalnim sustavima uvijek određena težinom kaznenog djela i nije opravdan argument koji na ovaj način pokušava umanjiti važnost razlikovanja kaznenih djela. Manje kazne se ne propisuju (ili se bar ne bi trebale propisivati) arbitrarno, već na temelju činjenice da se radi o djelu koje u manjoj mjeri ugrožava ili povređuje pravno dobro kojem se pruža zaštita. Dakle, ozbiljnost sadržaja kaznenog djela prethodi određivanju kazne koja se može izreći za njegovo počinjenje. Iako je u ovom slučaju ispravno tvrditi da je prisilna oralna penetracija jednako težak čin kao prisilna vaginalna penetracija, autorica smatra pravno neodgovornim na ovaj način odbaciti razlikovanje između težih i lakših kaznenih djela. Uostalom, tom logikom ne bi uopće postojao razlog za odvajanje kaznenih djela unutar Statuta. Isto tako ne bi postojao

⁸³ Contemporary Forms of Slavery, *op. cit.* u bilj. 5, para. 24.

ni razlog za smještanje radnje prisilne oralne penetracije pod silovanje kada bi vijeće moglo prepoznati njezinu težinu i izreći kaznu koju smatra primjerenom bez obzira na ime koje radnji dodijeli.

3.2.3.3. Upotreba prinude, sile ili prijetnje silom

Drugi element definicije zahtijeva da penetracija bude izvršena uz upotrebu prinude (*coercion*) ili sile (*force*) ili pod prijetnjom sile protiv žrtve ili treće osobe. Kako je u ovom predmetu bila upotrijebljena neposredna fizička sila, vijeće u presudi nije posebno obrazlagalo ovaj element. Osim toga, ovdje se suštinski ne odstupa od zahtjeva iz predmeta *Akayesu* s obzirom na to da obje definicije traže neku vrstu prisile.⁸⁴ Jedino što je drugačije je činjenica da se u *Furundžiji* naglasak stavlja na počinitelja i na činjenicu njegove uporabe prinude, sile, odnosno prijetnje, dok *Akayesu* izričito prepoznaje prisilne okolnosti koje mogu postojati neovisno od počinitelja. Utoliko je *Akayesu* definicija prikladnija za okolnosti međunarodnih zločina.

3.2.3.4. Zaštita ljudskog dostojanstva kao cilj inkriminacije silovanja

Dok je vijeće u predmetu *Akayesu* kao cilj inkriminacije silovanja istaknulo zabranu agresije seksualne prirode, jedan od središnjih interesa ovog predmeta predstavlja zaštita ljudskog dostojanstva. To je načelo koje se koristi i za opravdanje proširenja definicije na prisilnu oralnu penetraciju. Nema sumnje da svaki oblik seksualnog nasilja predstavlja napad na ljudsko dostojanstvo. Često je cilj seksualnog nasilja upravo želja za poniženjem druge osobe, a u kontekstu međunarodnog prava i čitave skupine. Silovanje je definitivno oblik agresije, ali ono što ga razlikuje od mnogih drugih nasilnih kaznenih djela je upravo usmjerenost nasilja na degradaciju i obeščašćenje žrtve. Stoga se zabrana agresije seksualne prirode i zaštita ljudskog dostojanstva čine kao nerazdvojni, jednako legitimni ciljevi koji se postižu inkriminacijom silovanja i osudom počinitelja tog djela.

⁸⁴ Vidi Schomburg, W., Peterson, I., Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 101, br. 1, 2007., str. 133.

3.2.3.5. Ocjena definicije

Sagledana u cijelosti, definicija u ovom predmetu neprikladna je za međunarodno kazнено pravo jer nepotrebno sužava *actus reus* silovanja, ne uzimajući u potpunosti u obzir okolnosti počinjenja zločina na koje će se definicija primjenjivati. Iako inkriminacija prisilne oralne penetracije naizgled predstavlja korak unaprijed i bez sumnje je pozitivan aspekt ove definicije, s obzirom na prethodno postojanje predmeta *Akayesu*, u ovom se slučaju radi o odabiru manje prikladne opcije. Definicija isključuje mnoge radnje koje su u svojoj biti izjednačene sa spolnim odnošajem te odabir uskog, mehaničkog pristupa unaprijed onemogućuje primjenu definicije na jednako teške čine s kojima se sudovi možda još nisu susreli. Još je jedan problem činjenica da je definicija očito uvjetovana predmetom o kojem je Sud odlučivao. Naime, sama definicija naočigled je inspirirana tradicionalnijim pristupom, osim u dijelu u kojem kao modalitet počinjenja uvodi prisilnu oralnu penetraciju, radnju koja je u predmetu *Furundžija* bila središte zanimanja. Isto će se moći vidjeti u predmetu *Kunarac*, gdje je uveden element nepostojanja pristanka jer definicija oblikovana u *Furundžiji* nije bila dostatna za osudu okrivljenika kao silovatelja. Takav očit utjecaj konkretnog činjeničnog stanja na stvaranje definicije (koja bi trebala biti uopćena) ne pridonosi dojmu postojanja visokog stupnja pravne sigurnosti, objektivnosti Suda i zaštite prava okrivljenika. Stoga je i to jedan od razloga koji umanjuje kvalitetu definicije usvojene u ovom predmetu.

3.3. *Kunarac* – izostanak pristanka kao element silovanja

3.3.1. Činjenično stanje

Presuda u predmetu *Kunarac* treća je presuda koja je učinila prekretnicu po pitanju shvaćanja silovanja u međunarodnom pravu. Okrivljeni u tom predmetu bili su Dragoljub *Kunarac*, Radimir Kovač i Zoran Vuković, bosanski Srbi koje se teretilo za silovanje kao zločin protiv čovječnosti i kao povredu pravila i običaja ratovanja.⁸⁵ Utvrđeno činjenično stanje pokazalo je da su na području općine Foča razni stanovi, škole, školske dvorane i slični objekti korišteni za zarobljavanje žrtava i višestruka silovanja. Za stvaranje definicije u ovom predmetu posebno je bitan događaj koji se zbilo u jednom od takvih stanova. Ondje je jedna od

⁸⁵ Vidi *Kunarac (TC)*, *op. cit.* u bilj. 12.

zatočenih djevojaka inicirala spolni odnošaj s Kunarcem nakon što joj je drugi vojnik prijetio da će ju ubiti ako „ne zadovolji potrebe njegovog zapovjednika“.⁸⁶ Kunarac je tijekom suđenja priznao da je do spolnog odnošaja došlo, ali je tvrdio kako je mislio da se djevojka za to odlučila svojom slobodnom voljom.⁸⁷ On je, dakle, tvrdio da je na njenoj strani postojao pristanak. S obzirom na takvo činjenično stanje, Raspravno je vijeće odlučilo u jednom dijelu preispitati definiciju iz Furundžije, smatrajući da izostanak pristanka mora biti element kaznenog djela silovanja.

3.3.2. Definicija

Iako je Sud zaključio da je definicija iz Furundžije bila prikladna za činjenično stanje tog predmeta, smatrao je da je u jednom dijelu sročena uže no što to zahtijeva međunarodno pravo.⁸⁸ Prvi dio definicije zato je ostao jednak onome iz Furundžije, ali zahtjev postojanja prinude, sile ili prijetnje silom proširen je tako da je inkriminirana penetracija počinjena bez pristanka žrtve.⁸⁹ Takav pristanak mora biti dan dobrovoljno kao rezultat slobodne volje, uzimajući u obzir postojeće okolnosti.⁹⁰ *Mens rea* silovanja se posljedično sastoji od namjere da se izvrši seksualna penetracija i znanja da do nje dolazi bez pristanka žrtve. Element izostanka pristanka uveden je kao posljedica shvaćanja da je pravi cilj inkriminacije silovanja: zaštita seksualne autonomije.⁹¹

Posljedično, definicija usvojena u Kunarcu određuje da je silovanje:

I. seksualna penetracija, bez obzira koliko neznatna

- a) vagine ili anusa žrtve penisom počinitelja ili bilo kojim predmetom kojim se počinitelj poslužio; ili
- b) usta žrtve penisom počinitelja;

II. kada do takve penetracije dođe bez pristanka žrtve.⁹²

⁸⁶ *Ibid.*, para. 219.

⁸⁷ *Ibid.*, para. 219., 644., 645., 646.

⁸⁸ *Ibid.*, para. 438.

⁸⁹ *Ibid.*, para. 460.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*, para. 440., 441.; vidi također Eboe-Osuji, *op. cit.* u bilj. 59, str. 254.

⁹² *Ibid.*, para. 460.

3.3.2.1. Isticanje potrebe pronalaska načela zajedničkog većini pravnih sustava

Presuda u ovom predmetu detaljnije nego ijedna prije nje objašnjava zašto je Sud odabrao pojedine elemente. Kao rezultat istraživanja nacionalnih sustava, vijeće je prepoznalo tri kategorije ponašanja za koje se generalno smatra da predstavljaju silovanje:

1. ponašanja koja uključuju silu ili prijetnju silom,
2. ponašanja koja odlikuje izostanak pristanka žrtve i
3. ponašanja koja uključuju „različite specifične okolnosti koje su žrtvu učinile posebno ranjivom ili ju onemogućile da informirano odbije“.⁹³

Svaka od tih kategorija je u presudi detaljno potkrijepljena odredbama pronađenima u pravima različitih država. Stoga je evidentno je da je pri stvaranju ove definicije učinjeno isto što i u Furundžiji – vijeće je odgovor o najprikladnijem odabiru potražilo u domaćim zakonima. Sud je smatrao da je vrijednost domaćih izvora u tome da mogu otkriti opće ideje (*general concepts*) i pravne institute koji, ako su zajednički širokom spektru nacionalnih pravnih sustava, ukazuju na međunarodni pristup određenom pravnom pitanju. U presudi se naglašava da se ne radi o ispitivanju nacionalnih sustava radi utvrđivanja konkretne pravne norme koju većina njih prihvaća, već radi pronalaženja temeljnih načela ili tzv. zajedničkih nazivnika koje bi trebalo prihvatiti u međunarodnom kontekstu.⁹⁴ Kako opća pravna načela priznata od civiliziranih naroda predstavljaju jedan od izvora međunarodnog prava,⁹⁵ ovdje se zapravo željelo naglasiti da Sud uporište za svoju definiciju pronalazi u jednoj od priznatih skupina izvora međunarodnog prava. Time se željela istaknuti i sukladnost definicije načelu zakonitosti.

Iako je vijeće u Kunarcu priznalo da su elementi prinude, sile i prijetnje silom relevantni u promatranim nacionalnim definicijama, ipak je smatralo da je zajednički nazivnik svih sustava načelo kažnjavanja narušavanja

⁹³ Vidi *ibid.*, para. 442. i Grewal, K., *The Protection of Sexual Autonomy under International Criminal Law: The International Criminal Court and the Challenge of Defining Rape*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, br. 2, 2012., str. 379.

⁹⁴ *Ibid.*, para. 439.

⁹⁵ Čl. 38. st. 1. t. c. Statuta Međunarodnog suda pravde, *op. cit.* u bilj. 79

seksualne autonomije.⁹⁶ To se načelo izvodi iz, po mišljenju vijeća, osnovnog obilježja svih promatranih pravnih sustava: postojanja silovanja kada je penetracija počinjena bez istinske volje ili pristanka žrtve.⁹⁷ Dakle, kada prilikom penetracije izostane pristanak, nužno dolazi do povrede seksualne autonomije žrtve. Pojam seksualne autonomije, koji je ovom presudom prvi put uveden u međunarodno kazneno pravo, podrazumijeva pravo svake osobe da sama odlučuje o tome s kim će, kako i kada stupati u seksualne odnose.⁹⁸ Izostanak pristanka je tako postao element samog kaznenog djela. Taj element može, među ostalim, biti ispunjen i ako se dokaže postojanje prinude, sile ili prijetnje silom ili, pak, nemogućnosti žrtve da se odupre (primjerice zbog dobi, mentalnih poteškoća i slično).⁹⁹ Dakle, prema shvaćanju Suda, sve tri ranije navedene kategorije ponašanja karakterizira izostanak pristanka, odnosno posljedična povreda seksualne autonomije.

3.3.2.2. Pravilo 96: pristanak kao obrana

Tužiteljstvo je u ovome predmetu tvrdilo kako pristanak može biti relevantan jedino kao obrana i to u određenim, propisanim slučajevima.

Naime, Pravilo 96 Pravilnika o postupku predviđa da se u slučajevima seksualnog delikta pristanak ne može upotrijebiti kao obrana ako je žrtva:

- a) bila izložena nasilju, prisili, lišenju slobode ili psihičkom pritisku, ili joj se istim prijetilo, ili je imala razloga od istoga strahovati, ili ako je
- b) razumno vjerovala da bi, ako se ne pokori, netko drugi mogao biti tome izložen, ili bi mu se moglo prijetiti ili ga zastrašivati.¹⁰⁰

⁹⁶ *Kunarac (TC)*, *op. cit.* u bilj. 12, para. 440.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Vidi Grewal, *op. cit.* u bilj. 93.

⁹⁹ *Kunarac (TC)*, *op. cit.* u bilj. 12, para. 458.

¹⁰⁰ Pravilo 96 Pravilnika o postupku i dokazima, *op. cit.* u bilj. 74.

Relevantan dio teksta Pravila 96 u originalu glasi: *consent shall not be allowed as a defence if the victim (a) has been subjected to or threatened with or has reason to fear violence, duress, detention or psychological oppression, or (b) reasonably believed that if the victim did not submit, another might be so subjected, threatened or put in fear.*

Tužiteljstvo je smatralo da takvo određenje situacija u kojima pristanak ne može biti obrana upućuje na zaključak da pristanak nije element definicije silovanja, već eventualno može predstavljati obranu optuženog.¹⁰¹

Sud je, međutim, naglasio da se u Pravilniku ne govori o pristanku u tehničkom smislu. Naime, kada nacionalni zakoni u definiciji silovanja spominju pristanak, općenito se smatra da je izostanak pristanka (a ne pristanak) element kaznenog djela silovanja.¹⁰² Prema mišljenju Suda, termin „obrana“ u Pravilniku nije korišten u tehničkom smislu na način da implicira premještanje tereta dokazivanja na optuženog. Tome u prilog govori i činjenica da Pravilo 67 uređuje obranu alibijem koji također ne predstavlja obranu u tehničkom smislu. Naime, okrivljenik ne mora van svake razumne sumnje dokazati da nije bio u prilici počinuti kazneno djelo za koje ga se tereti, već se isticanjem alibija jednostavno stavlja zahtjev prema tužitelju da eliminira razumnu mogućnost istinitosti istoga.¹⁰³

S obzirom na navedeno, Sud je smatrao da Pravilo 96 samo egzemplifikativno navodi neke situacije u kojima će se presumirati da pristanak ne postoji.¹⁰⁴ Posljedično, ne postoji prepreka da izostanak pristanka bude element definicije silovanja, što znači da je Tužiteljstvo to koje ga treba dokazati.

3.3.2.3. Presuda Žalbenog vijeća

Presuda Raspravnog vijeća u predmetu Kunarac bila je prva presuda u odnosu na koju je usvojena definicija silovanja preispitivana u žalbenom postupku. Naime, obrana je u žalbi tvrdila da su prinuda i sila, a ne izostanak pristanka, temeljni elementi silovanja. Tužiteljstvo je smatralo da je definicija ispravna.

Žalbeno je vijeće odlučilo objasniti svoje shvaćanje definicije te je odgovorilo da Raspravno vijeće nije odstupilo od ranije prakse iz Furundžije, već je jednostavno „objasnilo vezu između sile i pristanka“. Ta se veza navodno očituje u činjenici da sila ili prijetnja silom pružaju neoboriv dokaz izostanka pristanka, ali same po sebi ne čine element

¹⁰¹ *Kunarac (TC)*, *op. cit.* u bilj. 12, para. 461.

¹⁰² *Ibid.*, para. 463.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*, para. 463.

silovanja.¹⁰⁵ Međutim, Žalbeno je vijeće istovremeno istaknulo da okolnosti kojima se bavi ovaj predmet, kao i većina predmeta gdje su djela kvalificirana kao ratni zločini ili zločini protiv čovječnosti, gotovo uvijek karakterizira prisilnost. Vijeće je nakon toga zaključilo kako u takvom slučaju istinski pristanak nije moguć.¹⁰⁶

3.3.3. Analiza i ocjena definicije - mogućnost stvarnog pristanka u svjetlu počinjenja međunarodnih zločina

S obzirom na to da je prvi dio definicije analiziran i ocijenjen u okviru Furundžije, u ovom se dijelu rada provodi kritička analiza definicije u dijelu koji se odnosi na izostanak pristanka te se ocjenjuje prikladnost uvrštavanja izostanka pristanka kao elementa silovanja.

Iako je definicija koja obuhvaća izostanak pristanka u većini slučajeva prikladna za nacionalno pravo, upravo su okolnosti počinjenja kaznenih djela ono po čemu se nacionalno i međunarodno pravo osobito razlikuju. Kako su žrtve silovanja u domaćim postupcima uglavnom braćni drugovi i romantični partneri počinitelja,¹⁰⁷ dokazivanje nepostojanja pristanka je često potrebno i primjereno. Međutim, pristanak i izostanak istog ne mogu se tretirati na jednak način kada je u tijeku kampanja progona, genocidna kampanja ili sustavan napad na civile. Mogućnost stvarnog pristanka u takvim okolnostima postaje upitna, a vjerojatnost postojanja takvog pristanka drastično se smanjuje. Dok je u svakodnevnim uvjetima racionalno pretpostaviti da je osoba pristala na spolni odnošaj i zahtijevati dokazivanje suprotnog, pretpostavka pristanka ne čini se razumnom u kontekstu genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina.¹⁰⁸

Ad hoc tribunali su u više presuda isticali situacije koje negiraju pristanak. Raspravno je vijeće u Furundžiji zaključilo da bilo kakva vrsta

¹⁰⁵ *Kunarac (AC)*, *op. cit.* u bilj. 12, para. 129.

¹⁰⁶ *Ibid.*, para. 130.

¹⁰⁷ Vidi Mamula, M., *Počinitelji seksualnog nasilja, Seksualno nasilje u Hrvatskoj 2000. - 2010.*, Ženska soba, Zagreb, 2011., str. 21 (istraživanje provedeno na 99 muškaraca pokazalo da su 96 posto žrtava bile žene i djevojke počinitelja).

¹⁰⁸ U prilog toj tvrdnji vidi izvještaj *Contemporary Forms of Slavery*, *op. cit.* u bilj. 5, para. 25.: “*The manifestly coercive circumstances that exist in all armed conflict situations establish a presumption of non-consent and negate the need for the Prosecution to establish lack of consent as an element of the crime*”.

zatočeništva isključuje pristanak.¹⁰⁹ Žalbena vijeće u Kunarcu se osvrnulo na postojanje nacionalnih propisa koji predviđaju objektivnu odgovornost (*strict liability*) kada se radi o odnosima čuvara i zatvorenika i zaključilo o potrebi presumiranja nepostojanja pristanka u takvim situacijama. Međutim, bez obzira na relevantnost takvog zaključka za činjenično stanje u predmetu Kunarac,¹¹⁰ izostanak pristanka zadržan je u definiciji silovanja. Nadalje, iako je Žalbena vijeće u predmetu *Gacumbitsi* prihvatilo definiciju iz Kunarca, objasnilo je da je dopušteno zaključiti o nepostojanju pristanka na temelju popratnih okolnosti kao što su kampanja genocida ili zatočeništvo.¹¹¹ Raspravno vijeće u predmetu *Muhimana* zaključilo je da će u većini postupaka međunarodnog kaznenog prava gotovo univerzalno postojati prisilne okolnosti (*coercive circumstances*) koje će negirati pristanak.¹¹²

S obzirom na to da je silovanje u međunarodnom pravu moguće promatrati samo kao modalitet počinjenja međunarodnih zločina, element izostanka pristanka u definiciji silovanja ne čini se prikladnim. Naime, na ovaj se način tužiteljstvo dovodi u situaciju da, bez obzira na inherentnost prisilnih okolnosti međunarodnim zločinima, u svakom postupku mora ulagati aktivan napor u dokazivanje da žrtva nije pristala. S obzirom na masovni broj silovanja tijekom međunarodnih zločina, takav teret je nerazmjerno velik u odnosu na malu vjerojatnost pristanka. Teret tužiteljstva u konačnici se prebacuje na žrtve, s obzirom na to da je njihov iskaz u postupcima silovanja redovito jedini dokaz. Žrtve su tada primorane uvjeravati Sud da je pristanak zbilja izostao iako je vjerojatnost njihovog pristanka od samog početka vrlo mala. Takav pristup dovodi do usredotočivanja na ponašanje žrtve, a ne počinitelja i do izloženosti žrtava novoj patnji i generalno sekundarnoj viktimizaciji.¹¹³

¹⁰⁹ *Furundžija (TC)*, *op. cit.* u bilj. 11, para. 271.

¹¹⁰ S obzirom na to da je Kunarčeva žrtva bila u zatočeništvu.

¹¹¹ *The Prosecutor v. Gacumbitsi (TC)*, ICTR-2001-64-T, 17/06/2004, para. 155.

¹¹² *The Prosecutor v. Muhimana (TC)*, ICTR-95-1B-T, 28/04/2005, para. 546.

Radi se o presudi u kojoj je vijeće usvojilo definiciju iz predmeta *Akayesu*, dok je istovremeno pokušalo pomiriti gledišta iz tog predmeta i predmeta Kunarac, smatrajući da konceptualna definicija obuhvaća elemente sadržane u Kunarcu (para. 551). Međutim, odnos između očito različitih elemenata tih dviju definicija nije podrobnije objašnjen, vidi Weiner, *op. cit.* u bilj. 57, str. 1216.

¹¹³ Vidi de Brouwer, A.-M., *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*, Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2005., str. 121 – 122.

Ipak, navedeno ne znači da je mogućnost pristanka potrebno ignorirati. Ne smije se negirati da osobe i tijekom počinjenja masovnih zločina mogu dobrovoljno stupati u odnose seksualne prirode.¹¹⁴ Međutim, kako je vjerojatnost za to sama po sebi manja, bilo bi bolje izostanak pristanka izdvojiti iz strukture kaznenog djela i umjesto toga omogućiti upotrebu pristanka kao obrane. Naime, kada je nepostojanje pristanka element kaznenog djela, zadaća je tužiteljstva dokazati van svake razumne sumnje da pristanka nije bilo.¹¹⁵ S druge strane, kada pristanak predstavlja tzv. *affirmative defence*, okrivljenik će moći dokazom o pristanku uvjeriti sud da je seksualna aktivnost bila zakonita. Pritom ne dolazi do prebacivanja tereta dokazivanja na okrivljenika, već bi se njegov argument o postojanju pristanka trebao cijeliti s obzirom na odnos vjerojatnosti (*balance of probabilities*).¹¹⁶ Radi se, dakle, o potrebi da okrivljenik učini vjerojatnim da pristanak postoji, a ne da isto dokaže van svake razumne sumnje.

U prilog shvaćanju o pristanku kao nekoj vrsti obrane govori i način na koji je sročeno Pravilo 96.¹¹⁷ MKSJ je u Kunarcu tvrdio da su prisiljavajuće situacije istaknute u tom pravilu samo kao primjeri, da postoje i druge okolnosti koje bi mogle negirati pristanak i da je stoga ispravno da izostanak pristanka bude dio definicije silovanja.¹¹⁸ Međutim, iako bi druge okolnosti poput maloljetnosti, duševne nerazvijenosti i sl., također isključivale pristanak, one ne bi bile toliko relevantne u okviru međunarodnog prava. Naime, kako je za utvrđenje silovanja kao međunarodnog zločina (npr. zločina protiv čovječnosti) potrebno da je utvrđen i krovni zločin (npr. postojanje sustavnog i rasprostranjenog napada protiv civila), sve upućuje na sigurno postojanje prisilnih okolnosti.¹¹⁹ One stoga negiraju pristanak pa nam postojanje drugih okolnosti koje bi eventualno također isključivale pristanak nije bitno za zaključak o počinjenju silovanja kao zločina protiv čovječnosti. Stoga je

¹¹⁴ Vidi Schomburg, Peterson, *op. cit.* u bilj. 84, str. 125.

¹¹⁵ Osim u situacijama kada će se izostanak pristanka presumirati (npr. zatočeništvo). Međutim, iako su se slagala oko nekih pitanja, vijeća *ad hoc* tribunala ipak nisu imala uniformno shvaćanje o tome koje okolnosti automatski negiraju mogućnost pristanka.

¹¹⁶ Schomburg, Peterson, *op. cit.* u bilj. 84, str. 124; tako i Eboe-Osuji, *op. cit.* u bilj. 59, str. 271, fusnota 51.

¹¹⁷ Vidi *supra* 3.3.2.2.

¹¹⁸ Vidi *Kunarac (TC)*, para. 464. i *Kunarac (AC)*, para. 129. i 130., *op. cit.* u bilj. 12.

¹¹⁹ Shvaćanje autorice o inherentnosti prisilnih okolnosti međunarodnim zločinima vidi *supra* 3.1.3.3.

ispravnije da silovanje kao međunarodni zločin sadrži element prisilnih okolnosti.

To je još očitije u postupcima pred MKSJ s obzirom na to da je prema Statutu MKSJ-a za silovanje kao zločin protiv čovječnosti potrebno ustanoviti da je ono bilo usmjereno protiv civilnog stanovništva tijekom oružanog sukoba. Kako se ne može zanijekati da oružani sukob stvara prisilne okolnosti, ponovno je primjereno silovanje vezati uz postojanje takvih okolnosti, s time da je moguće isticati pristanak kao svaku drugu obranu. S druge strane, ako npr. ne postoji oružani sukob, za međunarodno je pravo irelevantno postojanje drugih okolnosti koje su u konkretnom predmetu negirale pristanak. Čak i ako je osoba bila maloljetna i nesposobna izraziti pristanak, time će se baviti nacionalni pravni sustavi sukladno domaćim definicijama kaznenih djela.

Slijedom navedenog, izostanak pristanka nije primjeren dio definicije silovanja. Mnogo je prikladnije silovanje povezati s prisilnim okolnostima, a postojanje pristanka koristiti kao obranu koja u konkretnom slučaju ukazuje na nepostojanje takvih okolnosti.

4. POGLED U BUDUĆNOST: STALNI MEĐUNARODNI KAZNENI SUD

S obzirom na to da MKS predstavlja budućnost kaznenog progona na međunarodnoj razini, u ovom se dijelu rada ukratko prikazuje kako su silovanje i drugo seksualno nasilje inkriminirani u dokumentima tog suda. Nakon toga se analizira usvojena definicija silovanja i utjecaj koji su na nju imale presude *ad hoc* tribunala za Ruandu i bivšu Jugoslaviju.

4.1. Inkriminacija silovanja i drugog seksualnog nasilja

Što se tiče definicije silovanja i seksualnog nasilja, najvažniji dokumenti MKS-a su Rimski statut (dalje: Statut)¹²⁰ i Elementi zločina (dalje: EZ).¹²¹

¹²⁰ UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010), 17/07/1998. Dostupno na: <https://www.icc-cpi.int/Publications/Rome-Statute.pdf> [pristup: 2. travnja.2019.].

¹²¹ International Criminal Court, Elements of Crimes, 2011. Dostupno na: <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/336923d8-a6ad-40ec-ad7b-45bf9de73d56/0/elementsofcrimeseng.pdf> [pristup: 28. travnja 2019.].

Potonji dokument pomaže Sudu u interpretaciji i primjeni odredaba Statuta koje se odnose na međunarodne zločine (čl. 6. – 8. *bis* Statuta).¹²²

Već sam Statut kao modalitete počinjenja zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina navodi silovanje, ali i druge oblike seksualnog nasilja, konkretno: seksualno ropstvo, prisilnu prostituciju, prisilnu impregnaciju, prisilnu sterilizaciju ili bilo koji drugi oblik seksualnog nasilja usporedive težine.¹²³ Svaki od navedenih pojmova nadalje je detaljno definiran odredbama EZ-a. U svjetlu svega navedenog u prethodnom poglavlju, očito je da takav potez predstavlja važan korak unaprijed.

4.1.1. Analiza i ocjena definicije silovanja

Kako opseg ovog rada ne dopušta analizu svakog navedenog oblika seksualnog nasilja, ovaj se dio rada bavi isključivo definicijom silovanja.

Prema EZ-u, elementi potrebni da bi bilo počinjeno silovanje su sljedeći:

1. počinitelj je invadirao tijelo osobe ponašanjem koje je rezultiralo u penetraciji (makar neznatnoj) spolnim organom bilo kojeg dijela tijela žrtve ili počinitelja, ili analnog ili genitalnog otvora žrtve bilo kojim predmetom ili drugim dijelom tijela;¹²⁴
2. invazija je bila počinjena uporabom sile ili prijetnje silom ili prinudom (primjerice strahom od nasilja, zatočeništva, psihološkom opresijom ili zloupotrebom moći prema žrtvi ili drugoj osobi), iskorištavanjem prisilne okoline, ili ako je invazija bila počinjena u odnosu na osobu koja ne može izraziti stvarni pristanak (npr. osoba koja je u nemogućnosti dati pristanak zbog prirodnih ili vanjskih utjecaja ili je nemogućnost izražavanja pristanka povezana s uzrastom).¹²⁵

¹²² Vidi čl. 9. Rimskog statuta, *op. cit.* u bilj. 120.

¹²³ Vidi *ibid.* čl. 7. st. 1. (g) i čl. 8. st. 2. (b) (xxii) i (c) (vi).

¹²⁴ Vidi čl. 7. st. 1. (g), čl. 8. st. 2. (b) (xxii)-1 i čl. 8. t. 2. (e) (vi)-1 EZ, *op. cit.* u bilj. 121. “*The perpetrator invaded the body of a person by conduct resulting in penetration, however slight, of any part of the body of the victim or of the perpetrator with a sexual organ, or of the anal or genital opening of the victim with any object or any other part of the body*”.

¹²⁵ Vidi *ibid.* “*The invasion was committed by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or another person, or by taking advantage of a*

Navedena definicija predstavlja splet elemenata iz presuda MKSR i MKSJ.

Utjecaj predmeta *Akayesu* očituje se iz uporabe pojma „invazija“. Međutim, iako taj termin asocira na stvaranje konceptualne definicije, to ovdje ipak nije bio slučaj. Naime, s obzirom na to da ovdje invazija mora rezultirati penetracijom, suštinski ne postoji istovjetnost sa shvaćanjem invazije zauzetim u presudi *Akayesu*.¹²⁶ Osim navedenog, modalitet počinjenja inspiriran je predmetom *Akayesu* i u dijelu koji se odnosi na zloupotrebu prisilne okoline (*coercive environment*).

Definicija MKS-a ipak je najvećim dijelom inspirirana Furundžijom. Međutim, u odnosu na Furundžiju postoji napredak koji se očituje u prepoznavanju mogućnosti penetracije prstom ili nekim drugim dijelom tijela, kao i u dijelu u kojem je u definiciju uvedena penetracija na tijelu počinitelja.¹²⁷

Drugi dio definicije zahtijeva da je penetracija počinjena na jedan od sljedećih načina: „uporabom sile“, „prijetnjom silom ili prinudom“, „zloupotrebom prisilne okoline“ ili „u odnosu na osobu koja ne može izraziti stvarni pristanak“. Prve dvije okolnosti u potpunosti odgovaraju uređenju iz Furundžije. Značenje zloupotrebe prisilne okoline pojašnjeno je u predmetu *Bemba* gdje je rečeno da stvaranju takve okoline doprinosi prisutnost neprijateljske vojske, a osim toga i čimbenici poput broja ljudi uključenih u počinjenje zločina ili činjenica počinjenja silovanja tijekom ili neposredno nakon bitke.¹²⁸ Vidljivo je da je taj element zapravo jednak prisilnim okolnostima iz predmeta *Akayesu*. Međutim, podjela se ipak čini boljom od one u predmetu *Akayesu* jer istovremeno naglašava činjenicu mogućnosti aktivne uporabe prisile i mogućnosti zloupotrebe okolnosti koje postoje neovisno o počinitelju. Jedini osvrt na pitanje pristanka dan je kroz prepoznavanje činjenice da neke osobe ne mogu izraziti pristanak.¹²⁹ Međutim, izostanak pristanka u ovom slučaju nije element kaznenog

coercive environment, or the invasion was committed against a person incapable of giving genuine consent”. U fusnoti je navedeno: “*It is understood that a person may be incapable of giving genuine consent if affected by natural, induced or age related incapacity*”.

¹²⁶ *Akayesu* definicija omogućava interpretaciju pojma invazija koja je šira od puke penetracije. Vidi *supra* 3.1.3.1.

¹²⁷ Kritiku Furundžije u tom aspektu vidi *supra* 3.2.3.1.

¹²⁸ Vidi *The Prosecutor v. Bemba Gombo (TC)*, ICC-01/05-01/08, 21/03/2016, para. 104.

¹²⁹ Vidi *Kunarac (AC)*, *op. cit.* u bilj. 12, para. 129. i 130. gdje se naglašava da, osim sile, postoje i druge okolnosti koje negiraju pristanak.

djela.¹³⁰ Postojeće uređenje tek smjera zaštiti osoba za koje se smatra da zbog razloga poput maloljetnosti ili mentalnih poteškoća nikada nisu u mogućnosti izraziti pristanak.¹³¹

Promatranjem svega navedenog, očito je kako ova definicija po pitanju određenja silovanja nije uvela ništa potpuno novo. Naime, sve njome obuhvaćene radnje bile su prepoznate još u predmetu *Akayesu*. Međutim, promjene koje su uvedene u odnosu na definiciju iz Furundžije nedvojbeno su pozitivne. Osim toga, iako se čini nelogičnim u ovakvu definiciju uvoditi pitanje pristanka u bilo kojoj ulozi, pozitivna je činjenica da izostanak pristanka ne predstavlja element kaznenog djela.¹³²

5. ZAKLJUČAK

Stvaranje definicije silovanja može se smatrati jednim od najvećih dostignuća *ad hoc* tribunala za Ruandu i bivšu Jugoslaviju. Međutim, čini se da razvoj definicije nije bio linearan. Naime, u *Akayesu* je stvorena definicija koja je u potpunosti bila prikladna za međunarodno kazneno pravo i prirodu nekolicine najtežih zločina kojima se ta grana prava bavi. Ta je definicija prepoznala da se bit modaliteta počinjenja silovanja sastoji u napadu na tijelo osobe koji je neodvojivo povezan s nekim vidom seksualnosti. Osim toga, definicija je prepoznala potrebu, ali i nužnost da se taj napad odvija u prisilnim okolnostima omogućavajući da počinitelj bude osoba koja takve okolnosti stvara ili, što je još važnije, zloupotrebljava. MKSR je očito prepoznao da je za prirodu međunarodnih zločina važno i relevantno pitanje prisile, a ne pristanka. Osim toga, suci su stvaranjem konceptualne definicije prepoznali da je silovanje seksualna agresija, a da su za počinjenje takve agresije anatomske detalji manje bitni. MKSJ je, međutim, samo 3 mjeseca kasnije donio presudu u predmetu Furundžija koja je, neopravdanim oslanjanjem na uređenje nacionalnih

¹³⁰ Presuda u predmetu *Bemba* eksplicitno navodi da izostanak pristanka nije element kaznenog djela i da, posljedično, ne postoji obveza tužitelja da dokazuje izostanak pristanka žrtve. Vidi *Bemba*, *op. cit.* u bilj. 128, para. 105.

¹³¹ Više vidi primjerice u Clark, J. N., *The First Rape Conviction at the ICC. An Analysis of the Bemba Judgment*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, br. 3, 2016., str. 677 i 678.

Razloge protiv usvajanja takvog pristupa vidi *supra* 3.3.3. Takav se pristup pogotovo ne čini logičnim u definiciji poput ove koja, uz aktivnu uporabu sile, prepoznaje i mogućnost iskorištavanja postojeće prisiljavajuće okoline.

¹³² Razloge protiv uvođenja izostanka pristanka kao elementa silovanja vidi *supra* 3.3.3.

sustava, preuzela u potpunosti mehanički pristup. Onemogućavanjem da definicijom bude obuhvaćen velik broj radnji i sužavanjem mogućeg opsega počinitelja, MKSJ je u Furundžiji postupio neprikladno, ali i diskriminatorno te pokazao nedostatke koje za međunarodno pravo nosi oslanjanje na nacionalne sustave. Poštivanje načela zakonitosti i preuzimanje definicija iz nacionalnih odredaba nisu istoznačnice te s obzirom na to da sudska praksa služi bližem određenju ostalih izvora međunarodnog prava i uzimajući u obzir činjenicu da je zabrana silovanja bila dio običajnog prava, MSKR nije pogriješio kada je pobliže odredio tu zabranu bez slijepog praćenja nacionalnih normi. S druge strane, baš je vijeće u Furundžiji, pokušavajući ispraviti navodnu povredu, stvorilo definiciju koja je, zbog mnogih nedostataka analiziranih u ovom radu, predstavljala korak unazad. Narušavanju razvoja dodatno je pridonijelo uvođenje elementa izostanka pristanka u predmetu Kunarac. Naime, kako međunarodni sudovi sude u postupcima za najteže zločine, nedopustivo je stvaranje definicije koja očito ignorira te okolnosti i zahtijeva od tužitelja da, uz određene iznimke, u svakom konkretnom slučaju dokazuje da je pristanak žrtve izostao. Iako je moguće da tijekom oružanog sukoba i generalno masivnog nasilja dođe do dobrovoljnih odnosa seksualne prirode, okolnosti o kojima će u međunarodnim postupcima nužno biti riječ ipak govore u prilog prisilnim okolnostima kao elementu zločina silovanja. Bez obzira na to što je definicija MKS donijela neke pozitivne promjene, i dalje ostaje činjenica da je prva usvojena definicija imala najviše potencijala i predstavljala najbolji odabir za ovu granu prava.

POPIS LITERATURE

KNJIGE

1. de Brouwer, A.-M., *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*, Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2005.
2. Eriksson, M., *Defining Rape: Emerging Obligations for States under International Law?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011.
3. Mamula, M., *Počinitelji seksualnog nasilja, Seksualno nasilje u Hrvatskoj 2000. - 2010.*, Ženska soba, Zagreb, 2011.

4. Meron, T., *Henry's Wars and Shakespeare's Laws: Perspectives on the Law of War in the Later Middle Ages*, Oxford: Clarendon Press, Oxford, 1994.

PUBLIKACIJE

1. Clark, J. N., The First Rape Conviction at the ICC. An Analysis of the Bemba Judgment, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, br. 3, 2016.
2. Cole, A., Prosecutor v. Gacumbitsi: The New Definition for Prosecution Rape Under International Criminal Law, *International Criminal Law Review*, Vol. 8, br. 1, 2008.
3. Eboe-Osuji, C., Rape as Genocide: Some Questions Arising, *Journal of Genocide Research*, Vol. 9, br. 2, 2007.
4. Grewal, K., The Protection of Sexual Autonomy under International Criminal Law: The International Criminal Court and the Challenge of Defining Rape, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, br. 2, 2012.
5. Hayes, N., Creating a Definition of Rape in International Law: The Contribution of the International Criminal Tribunals u: *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals* (ur. Darcy, S. i Powderly, J.), Oxford University Press, Oxford, 2010.
6. Moshan, B. S., Women, War, and Words: The Gender Component in the Permanent International Criminal Court's Definition of Crimes Against Humanity, *Fordham International Law Journal*, Vol. 22, br. 1, 1998.
7. Peat, D., Interpretation and Domestic Law: The Prosecution of Rape at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, Vol. 3, br. 1, 2017.
8. Pillay, N., Equal Justice for Women: A Personal Journey, *Arizona Law Review*, Vol. 50, br. 1, 2008.
9. Ray, A. E., The Shame of It: Gender-Based Terrorism in the Former Yugoslavia and the Failure of International Human Rights Law to Comprehend the Injuries, *American University Law Review*, Vol. 46, br. 3, 1997.
10. Schomburg, W., Peterson, I., Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 101, br. 1, 2007.

11. Spohn, C. C., The Rape Reform Movement: The Traditional Common Law and Rape Law Reforms, *Jurimetrics*, Vol. 39, br. 2, 1999.
12. Verrall, S., Slika seksualnog nasilja u sukobima na teritoriji bivše Jugoslavije kroz presude MKSJ u: Procesuiranje zločina seksualnog nasilja u nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (ur. Brammertz, S., Jarvis, M.), Oxford University Press, Oxford, 2017.
13. Weiner, P., The Evolving Jurisprudence of the Crime of Rape in International Criminal Law, *Boston College Law Review*, Vol. 54, br. 3, 2013.

PRAVNI IZVORI

1. Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, and Annex to the Convention: Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land (Hague Convention IV), 1907.
2. General Orders No. 100: The Lieber Code, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, 1863.
3. Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, 27/07/1929;
4. International Criminal Court, Elements of Crimes, 2011., dostupno na: <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/336923d8-a6ad-40ec-ad7b-45bf9de73d56/elementsofcrimeseng.pdf>
5. Rules of Procedure and Evidence (ICTY), adopted on 11/02/1994, last version from 08/07/2015, dostupno na: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf
6. UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010), 17/07/1998, dostupno na: <https://www.icc-cpi.int/Publications/Rome-Statute.pdf>

SUDSKA PRAKSA

1. *The Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, 02/09/1998 (TC), 01/06/2001 (AC).
2. *The Prosecutor v. Bemba Gombo* (TC), ICC-01/05-01/08, 21/03/2016.
3. *The Prosecutor v. Češić (sentencing judgment)*, IT-95-10/1-S, 11/03/2004.

4. *The Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić i Landžo (Mucić et al.) (TC)*, IT-96-21-T, 16/11/1998.
5. *The Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, 10/12/1998 (TC), 21/06/2000 (AC).
6. *The Prosecutor v. Gacumbitsi (TC)*, ICTR-2001-64-T, 17/06/2004.
7. *The Prosecutor v. Kamuhanda (TC)*, ICTR-95-54A-T, 22/01/2004.
8. *The Prosecutor v. Kunarac, Kovač, Vuković*, IT-96-23 i IT-96-23/1-A, 22/01/2001; (TC), 12/06/2002 (AC).
9. *The Prosecutor v. Muhimana (TC)*, ICTR-95-1B-T, 28/04/2005.
10. *The Prosecutor v. Prlić, Stojić, Praljak, Petković, Čorić, Pušić (Prlić et al.) (TC)*, IT-04-74-T, 29/05/2013.
11. *The Prosecutor v. Semanza (TC)*, ICTR-97-20-T, 15/05/2003.
12. *The Prosecutor v. Stakić (TC)*, IT-97-24-T, 31/07/2003.
13. *The Prosecutor v. Tadić (TC, Sentencing Judgment)*, IT-94-1-Tbis-R117, 11/11/1999.
14. *The Prosecutor v. Taylor (TC, Special Court for Sierra Leone)*, SCSL-03-01-T, 18/05/2012.

NOVINSKI ČLANCI

1. Sudetic, C., *Serbs Expel 4,000 From Bosnian Town*, The New York Times, 07/02/1993.
2. Jehl, D., *Officials Told to Avoid Calling Rwanda Killings Genocide*, The New York Times, 10/06/1994.
3. *Serbian 'rape camps': Evil Upon Evil*, The Miami Herald, 18/12/1992.
4. *Serben vergewaltigen auf obersten Befehl*, Die Welt, 01/10/1992.

MREŽNI IZVORI

1. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/invasion>, [10. travnja 2019.].
2. <https://hr.glosbe.com/en/hr/invasion>, [pristup: 10. travnja 2019.].
3. <http://www.icty.org/en/features/crimes-sexual-violence>, [pristup: 15. travnja 2019.].
4. <https://www.merriam-webster.com/thesaurus/invasion>, [10. travnja 2019.].
5. <https://www.thesaurus.com/browse/invasion>, [10. travnja 2019.].

OSTALI IZVORI

1. Commission on Human Rights resolution 1996/71, Situation on human rights in the Republic of Bosnia and Herzegovina, the State of Bosnia and Herzegovina, the Republic of Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), 23/04/1996.
2. Contemporary Forms of Slavery, Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices During Armed Conflict, Final report submitted by Ms. J. McDougall, Special Rapporteur to the Economic and Social Council: Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22/06/1998.
3. Final Report of the United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), Annex IX: Rape and Sexual Assault, 1994.
4. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1670 (2009): Sexual violence against women in armed conflict, adopted on 29 May 2009.
5. Report of Special Rapporteur of the Commission of Human Rights on the situation of human rights in Rwanda, 29/01/1996.
6. Report of the Secretary-General, Rape and abuse of women in the areas of armed conflict in the former Yugoslavia, Fifty-first session of General Assembly, 25/10/1996.
7. Report of the Secretary-General, Rape and abuse of women in the territory of former Yugoslavia, Fiftieth session of Commission on Human Rights, 30/06/1993.
8. Security Council Resolution 798: Bosnia and Herzegovina, S/RES/798, 18/12/1992;
9. Women 2000: Sexual Violence and Armed Conflict: United Nations Response, 1998.

RAPE AS INTERNATIONAL CRIME: DEVELOPMENT OF THE DEFINITION OF RAPE THROUGH JUDGMENTS OF THE AD HOC TRIBUNALS FOR RWANDA AND THE FORMER YUGOSLAVIA

Ivana Živković

Summary

Absence of the definition of rape constituted one of the biggest challenges for international judges when proceedings for the crimes committed in Rwanda and the former Yugoslavia started. As rape and other sexual violence were wide-spread during those conflicts, creation of the definition of rape was essential for conviction of the perpetrators. Through critical analysis of landmark judgments of ad hoc tribunals for Rwanda and the former Yugoslavia, the author presents and evaluates the development of the definition of rape as international crime. In doing so, the author gives particular attention to the evaluation of each definition and emphasises the importance of finding the definition which is appropriate for circumstances of international crimes. Then, considering that the case law of the ad hoc tribunals had a great influence on the definition of rape later adopted by the International Criminal Court, the author presents and analyses the ICC definition and points out similarities and difference between that definition and the ones created earlier. Lastly, the author gives final evaluation of the development of the definition of rape and underlines the value of the conceptual approach as being the most suitable for circumstances of international crimes.

Keywords: *definition of rape, sexual violence, international crime, International Criminal Tribunal for Rwanda, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.*