

ZAKONSKI POJAM SILOVANJA U SVETLU ISTANBULSKE KONVENCIJE I NOVIJIH SUDSKIH ODLUKA

Sažetak

Članak je posvećen razmatranju pojma radnje krivičnog dela silovanja u srpskom krivičnom zakonodavstvu, odnosno oceni usaglašenosti naše legislative sa Istanbulskom konvencijom. Zakonski opis silovanja se značajno menjao, počev od ZID KZ iz 2002. godine. Ipak, tumačenje pojedinih elemenata zakonskog opisa krivičnog dela iz čl. 178 KZ izaziva nedoumice. Autori nastoje da pruže doprinos ukazujući na stvarno značenje odgovarajućih odredaba Istanbulske konvencije. Autori posebno analiziraju presudu Vrhovnog kasacionog suda iz 2019. godine, koja bi, po njihovom mišljenju, mogla da predstavlja uzorni obrazac za buduću sudsku praksu.

Ključne reči: krivično delo silovanja, Istanbulska konvencija, seksualno nasilje, obljava, izjednačen polni čin.

* Javni tužilac, Više javno tužilaštvo u Beogradu.

E-mail: milosevic@fb.bg.ac.rs

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8978-3475>

** Redovni profesor, Univerzitet u Beogradu – Fakultet bezbednosti.

E-mail: lvp19071974@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-7905-4514>

THE LEGAL CONCEPT OF RAPE IN THE LIGHT OF ISTANBUL CONVENTION AND RECENT COURT DECISIONS

Summary

The authors analyze the concept of the criminal offense of rape in Serbian criminal legislation. The focus is put on the objective elements of the crime, especially the *actus reus*. Authors seek to examine the compliance of our legislation with the Istanbul Convention, but also to consider the standings and interpretations of domestic court practice. The legal description of this crime has changed significantly, starting with the amendments from 2002. Legislative changes reflected contemporary criminal law trends and are positively evaluated by domestic jurisprudence. Nevertheless, the interpretation of certain elements of the legal description of the criminal offense from Art. 178 of Criminal Code (CC) causes practical problems and misunderstanding. Theoretical analysis is of great importance for solving these dilemmas, especially considering their practical importance. The authors aim to provide a contribution by pointing out to the real meaning of the respective provisions of the Istanbul Convention. The authors argue that the current understanding of the scope of this legislative concept (the concept of the *actus reus* of the crime of rape) is not fully in accordance with the text and meaning of this important act of international law. Compliance with the Convention, however, does not require legislative changes, but an adapted interpretation of *actus reus* as an objective element of the legal description of this incrimination. The authors analyze court practice, and in particular one judgment of the Supreme Court from 2019, which, in their opinion, could represent an exemplary model for future court practice.

Keywords: the crime of rape, Istanbul Convention, sexual violence, sexual acts equaled with rape.

1. Uvod

Zakonski opis krivičnog dela silovanja u srpskom zakonodavstvu je pretrpeo značajne izmene poslednjih godina. Najvažnije promene su nastupile donošenjem Krivičnog zakonika Republike Srbije 2006. godine (Krivični zakonik Republike Srbije, 2006; u daljem tekstu: KZ), mada je već 2002. godine (Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakona Srbije, 2002; u daljem tekstu: ZID KZ/2002) došlo do prve važnije izmene prema kojoj učinilac ovog krivičnog dela može da bude i supružnik pasivnog subjekta. „Prema ranijim rešenjima, izvršilac ovog dela je mogao da bude samo muškarac, a pasivni subjekat osoba ženskog pola, i to pod uslovom da nisu u bračnoj zajednici. Silovanje je obuhvatalo samo prinudnu obljudu, shvaćenu isključivo kao seksualni čin između muškarca i žene, koji se odvija penetracijom muškog polnog uda u ženski polni organ, dok su obljudi slični polni činovi potpadali pod druga krivična dela.” (Milošević, 2022, p. 73).

Navedene promene su odraz savremenih shvatanja i uporednih trendova. Naziv glave KZ u kojoj je krivično delo silovanja takođe je izraz promenjenih gledišta na seksualni kriminalitet. Višedecenijski zaštitni objekat „dostojanstvo ličnosti i moral” (Stojanović, 1981, p. 163; Srzentić *et al.*, 1986, p. 331; Tahović, 1961, p. 167) zamenjen je pojmom „polne slobode”. Uostalom, važne zakonodavne promene u oblasti zaštite polne slobode ogledaju se i u inkriminacijama vezanim za polnu slobodu maloletnih lica i dečju pornografiju (Vuković, 2015, 513).

Positivnopravni pojam osnovnog oblika krivičnog dela silovanja ispoljava dve suštinske razlike u odnosu na raniju koncepciju. Prvo, izvršilac i žrtva mogu da budu lica oba pola (na primer žena može da siluje ženu, kao i muškarca; muškarac ženu ili muškarca). Drugo, osim „klasičnog” seksualnog akta, radnja silovanja obuhvata i druge akte polnog karaktera koje zakonodavac naziva izjednačenim polnim činovima.

„Novo” krivično delo silovanja je, dakle, objedinilo elemente nekada različitih krivičnih dela. Krivično delo prinude na bludne radnje i protivprirodni blud nije dekriminalizovano već je prisajedinjeno preformulisanim krivičnom delu silovanja (Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz 247/14 od 3. 6. 2014. godine; Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Kž1 590/13 od 22. 10. 2014. godine). Radnja krivičnog dela silovanja je time postala kompleksnija jer obuhvata različite seksualne činove. Ipak, zakonski izraz „izjednačen polni čin” izaziva dileme jer zakonodavac nije posebnom odredbom utvrdio njegovo značenje.

U domaćoj teoriji nije sporno da radnja silovanja, osim „klasične” obljudbe (penetracije muškog uda u vaginalni kanal žene), podrazumeva i prodiranje polnog uda u oralni ili analni otvor (Čejović, 2008, p. 322; Stojanović, 2016a, p. 28). „Ove seksualne radnje se mogu upodobiti obljudbi i zaista je opravdano da budu

uvrštene u pojam izjednačenog polnog čina” (Milošević, 2023: 74). Šta je sa ostalim seksualnim radnjama koje su usmerene na zadovoljavanje polnog nagona, odnosno gde je granica između radnji krivičnih dela iz čl. 178 i 182 KZ? (Čejović, 2008, p. 322; Milošević, 2023, p. 74).

Odgovor na ovo pitanje je prepušten sudskoj praksi i jurisprudenciji. Međutim, ne sme se izgubiti iz vida da taj odgovor mora da bude usklađen i sa ratifikovanim međunarodnim ugovorima koji su, shodno Ustavu (čl. 16), sastavni deo domaćeg pravnog poretka: „opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije” (Ustav Republike Srbije, 2006).

2. Krivično delo silovanja u svetlu Istanbulske konvencije

Pravilno tumačenje pojma izjednačenog polnog čina zahteva ispravno razumevanje smisla odgovarajućih odredaba važnog međunarodnopravnog akta – Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, 2013; u daljem tekstu: Istanbulska konvencija/Konvencija) – koji neposredno tretira pitanja od suštinskog značaja za interpretaciju objektivnih elemenata krivičnog dela silovanja.

Ova konvencija je od velikog značaja za sprečavanje i kažnjavanje nasilja nad ženama i za inkriminisanje različitih oblika seksualnih radnji bez pristanka žrtve. Konvencija posebno ističe značaj preventivnih mera (Grans, 2018, p. 133). Njena implementacija predstavlja ozbiljan korak ka unapređenju zaštite žena u nacionalnim zakonodavstvima (De Vido, 2016, p. 89). Rodno zasnovano nasilje i nasilje nad ženama su u fokusu Konvencije i velika pažnja je posvećena definisanju ključnih pojmova u tom svetlu (Niemi & Sanmartin, 2020, p. 77). Kako se u literaturi ističe: „Iako je Konvencija nastala pod okriljem Saveta Evrope, ona ima globalni značaj, jer postavlja savremene pravne standarde i otvorena je za pristupanje ne-članicama Saveta Evrope” (Gasmi & Prlja, 2024, p. 103).

U smislu Konvencije, pojam nasilja nad ženama označava: „kršenje ljudskih prava i oblik diskriminacije nad ženama i predstavlja sva dela rodno zasnovanog nasilja koja dovode do ili mogu da dovedu do: fizičke, seksualne, psihičke, odnosno finansijske povrede ili patnje za žene, obuhvatajući i pretnje takvim delima, prinudu ili proizvoljno lišavanje slobode, bilo u javnosti bilo u privatnom životu” (član 3a Konvencije). Član 12, stav 1 Konvencije obavezuje potpisnice da preduzmu odgovarajuće normativne mere u cilju promene određenih kulturnih obrazaca i stereotipa. Ovo je posebno značajno kada se ima u vidu da faktori

poput straha, osude i nerazumevanja sredine utiču na žene da trpe i ne prijavljuju seksualno nasilje (Čović, 2013, p. 280).

Član 36 Konvencije, pod naslovom „seksualno nasilje, uključujući silovanje”, izričito određuje: „Strane se obavezuju da preduzmu neophodne zakonodavne ili druge mere i obezbede da sledeći vidovi namernog ponašanja budu inkriminirani: a) vaginalna, analna ili oralna penetracija seksualne prirode na telu drugog lica bez njenog, odnosno njegovog pristanka, korišćenjem bilo kog dela tela, odnosno predmeta [podvukli autori]; b) druge seksualne radnje sa licem bez njenog, odnosno njegovog pristanka; c) navođenje drugog lica na pokušaj seksualnih radnji sa trećim licem bez njenog, odnosno njegovog pristanka”.

U stavu 2 se naglašava: „Pristanak mora da bude dobrovoljan i nastao kao ishod slobodne volje lica procenjene u kontekstu datih okolnosti.” Stav 3 istog člana se odnosi na obavezno inkriminisanje seksualnog nasilja kada je pasivni subjekt bivši ili sadašnji supružnik, odnosno partner.

Obljuba i sa njom izjednačeni polni činovi se sastoje iz delimične ili potpune penetracije u telesne otvore žrtve. Pojam seksualne penetracije koji Konvencija uvodi ne dozvoljava pravljenje razlike između delova tela, odnosno sredstava koja se koriste za prodiranje u vaginalni, analni ili oralni otvor pasivnog subjekta. Svaka seksualna penetracija, bez obzira na telesni otvor i korišćeni deo tela, odnosno upotrebljeni predmet, predstavlja radnju seksualnog nasilja, uključujući i silovanje.

Srpsko krivično zakonodavstvo uglavnom inkriminiše navedene radnje (Ćorović, 2018, p. 4; Škulić, 2016a, p. 15). Ali da li je podvođenje različitih seksualnih radnji pod opise pojedinih krivičnih dela protiv polne slobode u sudskim odlukama vršeno shodno definicijama iz Konvencije?

Ovo pitanje se postavlja i u drugim evropskim zemljama, jer je očigledno da Konvencija kreće putem šireg shvatanja pojma silovanja u odnosu na dosadašnja teorijska i praktična shvatanja (Soloviova, 2021, p. 205).

Nas prvenstveno interesuju implikacije usvojenog značenja pojma penetracije na tumačenje i primenu odgovarajućih odredaba domaćeg krivičnog zakonodavstva. Da li se nakon ratifikacije Konvencije i dalje možemo voditi ranijim sudskim odlukama i teorijskim shvatanjima ili je došlo do rekonceptualizacije radnje krivičnog dela silovanja? Posmatrano iz aspekta teme ovog rada, suštinsko pitanje je da li se posredna definicija radnje silovanja koju odredba čl. 36 Konvencije sadrži podudara sa vladajućom interpretacijom te odredbe u domaćoj literaturi i judikaturi.

3. Shvatanja radnje silovanja u domaćoj pravnoj nauci i sudskoj praksi

Član 36 Konvencije jasno utvrđuje obeležja krivičnog dela koje bi nacionalno zakonodavstvo trebalo da inkriminiše na relevantan način i u sklopu odgovarajuće inkriminacije. Dakle, s obzirom na to da je reč o seksualnim radnjama koje u najvećoj meri narušavaju polnu slobodu žrtve i uglavnom se poklapaju sa opisom klasične inkriminacije pod nazivom silovanje, nema sumnje da su donosioci Konvencije imali nameru da zakonodavcima daju smernice za oblikovanje upravo tog krivičnog dela u njihovim krivičnopravnim sistemima.

U domaćoj judikaturi je nesporno da se radnja silovanja sastoji iz prinude i oblube ili izjednačenog polnog čina. Radnja se vrši sa umišljajem, po pravilu direktnim, mada se u literaturi ističe da je moguć i eventualni umišljaj, kada učinilac uviđa da je otpor možda i stvaran ali na to pristaje i izvršava seksualni čin (Stojanović, 2016, p. 11; suprotno: Čejović, 2008, p. 324).

Ali, pojam prinude i sa njom povezan problem otpora pasivnog subjekta izaziva nedoumice i različita tumačenja (Stojanović, 2016a, p. 27; Lazarević & Škuljić, 2017, 132). Naravno, „kada se silovanje ostvaruje upotrebom kvalifikovane pretnje (pretnje da će se neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica) nije sporno da žrtva ne mora da pruža aktivan otpor jer je on već slomljen predočavanjem pretnje (na primer, ako je izvršilac stavio žrtvi nož pod grlo i naredio joj da skinе odeću, ne može se očekivati da pasivni subjekat nastavlja da se aktivno suprotstavlja)” (Milošević, 2022, p. 73).

Međutim, kada se obluba, odnosno izjednačeni polni čin vrše uz pomoć prinude, otpor se koristi kao svojevrsan dokaz prinude, jer ako pasivni subjekat nije ni pokušao da spreči oblubu (u granicama svojih mogućnosti i shodno okolnostima), ne može se tvrditi da je polni akt bio rezultat prisile.

Praktične probleme je izazivao fenomen prividnog otpora (Tahović, 1957, p. 359), a naročito se postavljalo pitanje kriterijuma ozbiljnosti, konstantnosti i čvrstine otpora pasivnog subjekta. Međutim, došlo je do određenih promena u stavovima sudske prakse tako da se, iako se i dalje zahteva postojanje vidljivog otpora, dozvoljava da on bude „u granicama mogućnosti žrtve uzimajući u obzir njene fizičke sposobnosti, okolnosti događaja, upotrebljena i dostupna sredstva itd.” (Milošević, 2022, pp. 74-75). Čvrstina i ozbiljnost otpora utvrđuju se s obzirom na okolnosti slučaja i mogu veoma da variraju. Smatra se i da postojanje prinude dokazuje ne samo pružanje fizičkog već i psihičkog otpora od strane žrtve. Psihički otpor mora da bude jasno iskazan (Stojanović, 2016, pp. 8- 9; Milošević, 2022, p. 74).

Važno je napomenuti da sudska praksa ne zahteva postojanje otpora kao dokaza prinude kod drugih krivičnih dela kojima je ona jedno od zakonskih obeležja, poput razbojništva ili razbojničke krađe (Stojanović, 2016, p. 8). Zahtevi

Istanbulske konvencije idu u smeru inkriminisanja seksualnih akata bez pristanka žrtve, bez obzira na postojanje otpora. Ipak, situacija u kojoj se vrši obljava bez pristanka pasivnog subjekta ali i bez prinude, u većini evropskih zakonodavstava, uključujući i srpsko, ne predstavlja krivično delo silovanja. Suštinsko pitanje koje je Konvencija nametnula je da li bi pojam silovanja trebalo proširiti na sve seksualne odnose u kojima je isključena dobrovoljnost, to jest ne postoji pristanak druge strane na polni čin.

U literaturi se pominju različiti primeri nedobrovoljnih seksualnih odnosa izvedenih bez prinude: „ako učinilac iskoristi iznenađenje subjekta ili ga dovede u zabludu, npr. lažno se predstavljajući kao drugo lice, sa kojim bi pasivni subjekt pristao na polni odnos” (Milošević, 2022, p. 74); odnosno kada otpor izostaje „usled sramote, rezignacije ili zablude ili usled straha ili preteranih obzira prema učiniocu” (Stojanović, 2016, p. 14). Takođe, „ovde bi se mogle podvesti situacije u kojima neko pristaje na polni odnos nevoljno, a prinuda je relativno slaba – na primer preti se napadom na pravno dobro male vrednosti ili se upotrebljava sila kojom ne može da se savlada otpor žrtve, ali se ona ipak uplaši i prestane da se suprotstavlja” (Milošević, 2022, p. 74).

Stojanović zaključuje: „Rešenje bi trebalo tražiti u predviđanju novog (od silovanja lakšeg) krivičnog dela, ili pak novog lakšeg oblika krivičnog dela iz člana 178 KZ koji bi obuhvatio određene radnje seksualnog karaktera koje, iako nisu preduzete upotrebom prinude, predstavljaju povredu polne slobode zbog toga što ne postoji pristanak lica prema kome se te radnje preduzimaju” (Stojanović, 2016, p. 2; videti i: Presuda Evropskog suda za ljudska prava M. C. protiv Bugarske, predstavka broj 39272/98 od 4. decembra 2003. godine). Takvi predlozi su postojali u Nacrtu zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, ali se nisu našli i u konačnom tekstu propisa. (Škulić, 2017, p. 394). Ipak, ovo pitanje, iako značajno, nije fokus našeg rada.

Ključno pitanje je da li se obljudi može upodobiti i polni čin koji se izvodi korišćenjem drugih delova tela ili predmeta. Domaći pravni teoretičari su ranije bili saglasni u stavu da korišćenje predmeta ili drugih delova tela za penetraciju ne predstavlja radnju silovanja (to jest čin upodobljen obljudi) već, po pravilu, delo iz čl. 182 KZ (Čejović, 2008: 324; Stojanović, 2018; p. 586). U prilog tom stavu idu i ranije sudske odluke (Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž. Br. 454/05 od 14. 3. 2005. godine).

S druge strane, u novijoj literaturi se „ne smatra opravdanim stav teorije i sudske prakse po kom se radnja izvršioca kojom se radi zadovoljenja seksualnog nagona izvrši penetracija u telesni otvor žrtve, ali ne polnim udom već drugim delom izvršiočevog tela (npr. pesnicom, rukom) ili predmetom (npr. flašom) ne smatra izjednačenim polnim činom. Sa stanovišta žrtve ove radnje su

podjednako traumatične i predstavljaju ozbiljno narušavanje njene polne slobode i dostojanstva ličnosti. U tom smeru ide i novija odluka Vrhovnog kasacionog suda, u kojoj se opravdano ističe da penetracija seksualne prirode na telu drugog lica bez njegovog pristanka, uz upotrebu sile ili kvalifikovane pretnje, predstavlja radnju silovanja” (Milošević, 2022, p. 74; Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Kzz 1174/2019, od 19. 11. 2019. godine).

4. Analiza presude Vrhovnog kasacionog suda Kzz 1174/2019, od 19. 11. 2019. godine

Vrhovni kasacioni sud je postupao po zahtevu za zaštitu zakonitosti koji je podneo Republički javni tužilac (Ktz 902/19 od 30. 10. 2019. godine) protiv presuda Višeg suda (Presuda Višeg suda u Beogradu K 212/16 od 16. 10. 2018. godine) i Apelacionog suda (Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž1 1238/18 od 29. 1. 2019. godine) i, u skladu sa čl. 493 Zakonika o krivičnom postupku (Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije, 2011) doneo utvrđujuću presudu, kojom je konstatovao da je povređen zakon u korist okrivljenog.

Presudom Višeg suda, koju je potvrdio Apelacioni sud, utvrđeno je da je izvršeno krivično delo iz čl. 182, st. 1 KZ, time što je optuženi „u uračunljivom stanju, svestan svog dela i njegove zabranjenosti, čije je izvršenje hteo, [...] radi zadovoljenja svog seksualnog nagona zatražio od oštećenog da podigne nogavicu trenerke kako bi video mišiće nogu oštećenog [...], te kada je oštećeni to učinio okrivljeni ga je najpre poljubio u koleno, a zatim krenuo da ga poljubi u usta, pa kada mu je oštećeni rukom odgurnuo glavu okrivljeni mu je u cilju otklanjanja otpora uputio pretnju 'Nemoj da me guraš, ja sam jači od tebe', što je kod oštećenog deteta, s obzirom na [...] izazvalo strah, a sposobnost oštećenog za pružanje otpora bila umanjena, nakon čega je okrivljeni skinuo svu garderobu sa sebe i rukom se dodirivao po svom polnom organu, tražio od oštećenog da ga dodiruje po polnom organu, što oštećeni nije učinio odgovorivši mu da nije homoseksualac, a zatim je okrivljeni zavukao ruku ispod trenerke i gaćica oštećenog i protivno volji oštećenog prst svoje ruke gurnuo u analni otvor oštećenog, ali je oštećeni počeo da vrišti i plače, pa je okrivljeni izvukao ruku, a oštećeni je pokušao da pobjegne.” (Presuda Višeg suda u Beogradu K 212/16 od 16. 10. 2018. godine).

Oštećeni je bio starosti devet godina. Izvršilac ga je vozio svojim automobilom i dao mu da pije sok u koji je potajno ubacio lek sa hipnotičko-sedativnim dejstvom, a zatim preduzeo opisane radnje. U svojoj Inicijativi za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti, Viši javni tužilac ističe da Viši sud (što je potvrdio i Apelacioni) nije smatrao da su ispunjena obeležja krivičnog dela silovanja,

pozivajući se na teorijska shvatanja i sudsku praksu (presudu iz 2005. godine), prema kojima se penetracijom smatra isključivo prodiranje polnog uda u jedan od telesnih otvora žrtve (vaginalni, analni ili oralni) dok se ostali vidovi penetracije u cilju seksualnog zadovoljenja kvalifikuju kao druge nedozvoljene polne radnje. Viši javni tužilac, međutim, ističe da analiza sudske prakse pokazuje kako se pod drugim polnim radnjama, po pravilu, podrazumevaju radnje poput dodirivanja, maženja, onanisanja, ljubljenja, pritiskanja polnog organa uz telo žrtve preko garderobe ili dodirivanja polnog uda i sl. Tužilac drži da penetracija ne može da bude radnja inkriminacije iz čl. 182 KZ i ispravno naglašava da je suština krivičnog dela silovanja u povredi polne slobode, a ne u seksualnom zadovoljenju izvršioca, ali dodaje da je u konkretnom slučaju postojalo i zadovoljavanje polnog nagona iako na neuobičajen način. On to naglašava i zaključkom da ukoliko penetracija može da se odvija isključivo polnim udom, to implicira da naše pravo ne priznaje mogućnost da žena izvrši silovanje osobe istog pola, što je suprotno ideji polno neutralnog silovanja (Inicijativa Višeg javnog tužioca za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti protiv presude Višeg suda u Beogradu K 212/16 od 16. 10. 2018. godine i presude Apelacionog suda u Beogradu Kžl 1238/18 od 29. 1. 2019. godine, Kto br. 134/16 od 11. 7. 2018. godine).

Poslednji argument je ubedljiv jer je zakonodavčeva volja nesporno bila da i slučaj „žensko-ženskog” silovanja podvede pod čl. 178 KZ. Suženi pojam penetracije na kom se ranije insistiralo učinio bi ovo krivičnopravno nemogućim. Ali ako se prihvati da je pravno moguće silovanje žene od strane druge žene, ekstenzivni pojam penetracije je logička neminovnost.

Konačno, u inicijativi se ističe da je prvostepenom i drugostepenom odlukom povređen Krivični zakon jer su očigledno zanemarene odredbe Konvencije. Stavom da kratkotrajna penetracija prstom u analni otvor oštećenog ne predstavlja izjednačeni polni čin u smislu krivičnog dela silovanja, konstatuje Viši javni tužilac, sud je pogrešno primenio zakon, to jest postupio je suprotno izričitoj zakonskoj odredbi. Tužilac kritikuje i propuštanje suda da utvrdi usmerenost umišljaja, kao i uvođenje kriterijuma „kratkotrajnosti penetracije”, jer njeno trajanje nema uticaja na kvalifikaciju dela (Inicijativa Višeg javnog tužioca za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti protiv presude Višeg suda u Beogradu K 212/16 od 16. 10. 2018. godine i presude Apelacionog suda u Beogradu Kžl 1238/18 od 29. 1. 2019. godine, Kto br. 134/16 od 11. 7. 2018. godine).

Viši i Apelacioni sud ipak nisu prihvatili stav Višeg javnog tužioca. Međutim, Vrhovni kasacioni sud je utvrdio da je stanovište tužilaštva ispravno, čime je načinjena svojevrsna prekretnica u sudskoj praksi. U presudi se ispravno obrazlaže: „U članu 36. Zakona o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju nasilja i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, pored ostalog,

propisano je da penetracija seksualne prirode može biti učinjena korišćenjem bilo kog dela tela, odnosno predmeta. [...] Prema članu 16. Ustava RS opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije” (Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Kzz 1174/2019, od 19. 11. 2019. godine). Sud dodaje: „zavlačenje ruke ispod trenerke i gaćica oštećenog i protivno njegovoj volji guranje prsta ruke u analni otvor oštećenog, radi zadovoljenja seksualnog nagona, uz upotrebu pretnje, nedvosmisleno ukazuje da se u konkretnom slučaju radi o penetraciji seksualne prirode i da ova kva radnja okrivljenog predstavlja ‘sa obljubom izjednačen čin’, na koju kvalifikaciju ne utiče ni trajanje penetracije ni njen intenzitet, a ne drugu polnu radnju [...] pogrešno je pravno stanovište prvostepenog suda, prihvaćeno od strane drugostepenog suda da se u inkriminiranim radnjama okrivljenog, koje je preduzeo na telu maloletnog oštećenog u cilju zadovoljenja svog seksualnog nagona stiču sva zakonska obeležja krivičnog dela nedozvoljene polne radnje iz člana 182. stav 1. KZ” (Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Kzz 1174/2019, od 19. 11. 2019. godine).

Ipak, treba imati u vidu da se ovaj stav još uvek nije učvrstio, čak ni u praksi Vrhovnog kasacionog suda. Indikativna je presuda iz iste godine u kojoj se zaključuje da je okrivljeni izvršio krivično delo silovanja u pokušaju tako što je: „u ugostiteljskom objektu u kom je oštećena radila kao [...], a okrivljeni kao [...], iskoristio trenutak kada je, posle završene svoje smene, oštećena ušla u garderobu da se presvuče, ušao za njom sa raskopčanim pantalonama i fizičkom snagom je gurnuo na zid, počeo da je ljubi po vratu, na šta je oštećena pokušala da ga odgurne, ali u tome nije uspela, jer je bio jači, potom je držao priljublenu uza zid, zavukao ruku ispod njene bluze i hvatao je za grudi, povukao joj radne pantalone na lastiš i gaćice nadole i gurnuo joj prste u polni organ [podvukli autori]” (Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Kzz. 886/19 od 4. 12. 2019). Sud nije uvažio činjenicu da je došlo do penetracije drugim delom tela koju bi trebalo smatrati svršenim delom silovanja, bez obzira na kratkotrajnost. Ovo nije u skladu sa prethodno analiziranom presudom.

5. Zaključna razmatranja

Ratifikacija Istanbulske konvencije i sudska odluka kojom je uvažen uporno zastupan i potpuno opravdan stav tužilaštva predstavljaju važne momente u tumačenju zakonskog pojma radnje krivičnog dela silovanja i zahtevaju teorijsku analizu i eksplikaciju.

Smatramo da interpretacija odgovarajuće odredbe KZ mora da se zasniva na čl. 36 Konvencije, imajući u vidu njenu obaveznost u domaćem pravnom poretku. Stoga smo mišljenja da sudska praksa (što je uostalom nesporno u kontinentalnim

pravnim sistemima kojima pripada i naš) ne treba da bude vezana za ranije presude (i teorijska shvatanja) jer se u pozitivnom pravu „pojavi” novi pravni izvor koji neposredno i izričito utvrđuje značenje jednog od objektivnih obeležja krivičnog dela silovanja. Prema tome, razlozi poštovanja principa zakonitosti, odnosno harmonizacije pravnog sistema, ubedljivo potvrđuju stanovište Vrhovnog kasacionog suda.

Kriminalno-politički argumenti za navedeno tumačenje su takođe ozbiljni i uverljivi. Prvo, treba imati u vidu da je pasivni subjekt jednako traumatizovan kada se penetracija izvodi drugim sredstvom osim polnim udom. Zamislimo situaciju u kojoj izvršilac zbog nepostizanja erekcije, nezadovoljan i besan, penetrira u vaginalni otvor žrtve rukom ili predmetom i time se seksualno zadovoljava. Da li je pasivnom subjektu time na manje surov način narušena polna sloboda? Ima li suštinske razlike u odnosu na situaciju u kojoj je obljuba, u potpunosti ili delimično, ostvarena polnim udom?

Ili, da se poslužimo primerom iz tužiočeve Inicijative – šta ako bi se penetracija izvela pištoljem, pendrekom, motkom? (Inicijativa Višeg javnog tužioca za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti protiv presude Višeg suda u Beogradu K 212/16 od 16. 10. 2018. godine i presude Apelacionog suda u Beogradu Kž1 1238/18 od 29. 1. 2019. godine, Kto br. 134/16 od 11. 7. 2018. godine). Kakve bi bile štetne posledice i da li bi se iko usudio da kaže kako je reč o manje traumatičnim radnjama ili nižem stepenu narušavanja polne slobode u odnosu na silovanje vaginalnom obljubom? Ili je ipak obrnuto?

Drugo, čak i ukoliko prihvatimo gledište da se penetracija drugim delovima tela ili predmetima ne može upodobiti obljudi zbog same prirode seksualnog čina, čime bismo opravdali enormnu razliku u kažnjavanju između dela kvalifikovanog po čl. 182 i dela koje potpada pod čl. 178 KZ? Zaprećena kazna za osnovni oblik krivičnog dela nedozvoljenih polnih radnji je novčana kazna ili zatvor do tri godine (što uvodi i mogućnost izricanja alternativnih krivičnih sankcija). Kazna za delo iz čl. 178, st. 1 KZ je od pet do dvanaest godina zatvora. Čak i ako pođemo od pretpostavke da bi penetracija predmetom ili delom tela mogla da bude kvalifikovana po čl. 182, st. 3, opet zapažamo veliku razliku u zaprećenoj kazni (od dve do deset naspram pet do dvanaest godina zatvora). Doduše, činjenica da je ovaj način izvršenja često ponižavajući, i u slučaju da ga kvalifikujemo kao radnju silovanja ukazivala bi na ispunjenost obeležja oblika iz čl. 178, st. 3 (gde je zaprećena kazna od pet do petnaest godina zatvora). Razlika u kažnjavanju koja je posledica različitih pravnih kvalifikacija istog čina je izuzetno velika.

Da li je kriminalno-politički i etički opravdano da slučajevi seksualnog nasilja iz pomenutih hipotetičkih primera budu u tolikoj meri različito tretirani? Smatramo da su autori Konvencije imali u vidu težinu posledica i stepen narušavanja

polne slobode kada su eksplicitno izjednačili vaginalnu, oralnu i analnu penetraciju polnim organom sa onom koja je učinjena drugim sredstvom.

Treće, da li treba privilegovati izvršioce koji se, iz određenih razloga, služe drugim sredstvom? Da li ovakvo privilegovanje postoji kod drugih krivičnih dela? Ako je zaštitni objekat polna sloboda i ukoliko je ista surovo povređena jednim ili drugim sredstvom i to prema identičnom objektu radnje, ne postoje dobri razlozi za nejednak krivičnopravni tretman. Sredstvo kojim se penetracija vrši ne bi smelo da bude presudan argument za kvalifikovanje te radnje.

Međutim, treba imati u vidu i argumentaciju koja se zasniva na pravno-dogmatskim razlozima. Karakter izjednačene polne radnje je, po nama, takođe nesporan, jer se ona, po pravilu, vrši u cilju seksualnog zadovoljenja. Ali čak i kada to nije slučaj (na primer ukoliko bi penetracija predmetom bila vršena bez volje da se izvršilac polno zadovolji) zaključak bi ostao isti jer *ratio legis* nije u kažnjavanju zadovoljavanja nagona na društveno neprihvatljiv način, već u inkriminisanju ugrožavanja ili povrede sfere polne slobode pojedinca, bez obzira na pobude izvršioca.

U prilog interpretaciji za koju se zalažemo govori i činjenica da srpski zakonodavac eksplicitno dozvoljava mogućnost izvršenja krivičnog dela silovanja od strane izvršioca ženskog pola (polno neutralna koncepcija silovanja). Silovanje žene od strane osobe istog pola, po prirodi stvari, nije moguće izvesti vaginalnom, oralnom ili analnom penetracijom shvaćenom na tradicionalan način. Jedina mogućnost je penetracija drugim delom tela ili predmetom. Ako zakonodavac dopušta da izvršilac krivičnog dela silovanja žene može da bude druga osoba ženskog pola, on implicitno prihvata i da je penetracija drugim delom tela ili predmetom izjednačeni polni čin. Drugačije tumačenje bi bilo *contra legem*.

Tradicionalno shvatanje obljuje, bludnih radnji i protivprirodnog bluda, u koje se ne uklapa radnja penetracije drugim delom tela ili predmetom ipak predstavlja nezaobilazan argument. Može se braniti stanovište da Konvencija ne zahteva da krivično delo silovanja obuhvati i ovu vrstu penetracije jer se u tekstu eksplicitno pominje „seksualno nasilje, uključujući silovanje”. Ova formulacija dopušta da se penetracija o kojoj raspravljamo podvede i pod drugo krivično delo, uključujući i inkriminaciju iz čl. 182 KZ. Ali nesrazmera u kažnjavanju je prevelika i dovodi do nejednakog krivičnopravnog tretmana radnji koje suštinski istovetno povređuju polnu slobodu žrtve. Mišljenja smo da bi trebalo, u slučaju da se ostane pri ranijem tumačenju opsega pojma radnje silovanja (kao što je učinio Vrhovni kasacioni sud u drugoj navedenoj presudi iz iste godine), da na potezu bude zakonodavac tako što bi izmenama i dopunama KZ formulisao novi oblik nekog od postojećih dela (možda baš nedozvoljenih polnih radnji) koji bi pravilno izrazio apstraktnu društvenu opasnost navedenog ponašanja.

Dakle, smatramo da postoje snažni pravno-dogmatski i kriminalno-politički argumenti koji podupiru tumačenje iz utvrđujuće presude Vrhovnog kasacionog suda i da je zadatak domaće krivičnopravne teorije da dalje doprinese eksplikaciji i pravilnoj interpretaciji zakonskog pojma radnje silovanja, u svetlu odluke kojoj je posvećen ovaj rad i uz uvažavanje činjenice da sudska praksa i dalje nema jedinstven stav po ovom pitanju.

Literatura

- Čejović, B. 2008. Krivično pravo u sudskoj praksi, III izdanje. Kragujevac: Lion Mark.
- Čović, A. 2013. Značaj ratifikacije Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici. *Strani pravni život*, 3(1), pp. 279-292.
- Ćorović, E. 2018. Krivično delo sakaćenja ženskog polnog organa iz člana 121a Krivičnog zakonika Srbije. *Naučne publikacije Državnog univerziteta u Novom Pazaru*. Serija B, Društvene & humanističke nauke, 1(1), pp. 4-13.
- Gasmi, G. & Prlja, D. 2024. Istanbulska konvencija Saveta Evrope i Srbija – pravni aspekti primene konvencije u Srbiji na polju suzbijanja rodno zasnovanog i seksualnog nasilja prema ženama. *Strani pravni život*, 68(1), pp. 83-107. https://doi.org/10.56461/SPZ_24105KJ
- Grans, L. 2018. The Istanbul Convention and the Positive Obligation to Prevent Violence. *Human Rights Law Review*, 18(1), pp. 133-155. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngx041>.
- De Vido, S. 2016. The Ratification of the Council of Europe Istanbul Convention by the EU: A Step Forward in the Protection of Women from Violence in the European Legal System. *European Journal of Legal Studies*, 9(2), pp. 69-102. Dostupno na: <https://hdl.handle.net/1814/46069> (5. 1. 2024).
- Delić, N. 2021. Krivično pravo – posebni deo. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Đorđević, Đ. & Kolarić, D. 2020. Krivično pravo – posebni deo. Beograd: Kriminalističko-policijski univerzitet.
- Lazarević, J. & Škulić, M. 2017. Nove inkriminacije protiv polne slobode u Krivičnom zakoniku Srbije. *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, 2. Beograd: Intermex, pp. 122-153.
- Lazarević, Lj. 2011. Komentar Krivičnog zakonika. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union.
- Milošević, M. 2022. Krivično pravo – opšti deo: izabrane inkriminacije za studije nauka bezbednosti. Beograd: Univerzitet u Beogradu-Fakultet bezbednosti.
- Mrvić-Petrović, N. 2019. Krivično pravo – posebni deo. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union i JP Službeni glasnik.
- Niemi, J. & Sanmartin, A. V. 2020. The Concepts of Gender and Violence in the Istanbul Convention. In: Niemi, J., Peroni, L. & Stoyanova, V. (eds.). *International Law and Violence Against Women*. Routledge, pp. 77-94.

- Pisani, Y. 2016. Redefining Rape: In Light of the Istanbul Convention. Bachelor's thesis. University of Malta.
- Soloviova, A. 2021. Rethinking Concept of Rape under the Istanbul Convention: Ukrainian Experience. *Balkan Social Science Review*, 18(18), pp. 205-219. <https://doi.org/10.46763/BSSR2118205s>.
- Stojanović, Z. 1981. Kriterijumi određivanja inkriminacija – uopšte i u sferi seksualnih odnosa. Doktorska disertacija. Ljubljana: Pravni fakultet u Ljubljani.
- Stojanović, Z. 2012. Značaj ponašanja pasivnog subjekta za postojanje krivičnog dela silovanja – između otpora i pristanka. U: Ignjatović, Đ. (ur.), *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*. Beograd: Pravni fakultet, pp. 42-59.
- Stojanović, Z. 2016a. Silovanje bez prinude – usaglašavanje KZ Srbije sa članom 36 Istanbulske konvencije. *NBP - Žurnal za kriminalistiku i pravo*, 1, pp. 1-23. <https://doi.org/10.5937/NBP1601001S>
- Stojanović, Z. 2016b. Usaglašavanje KZ Srbije sa Istanbulskom konvencijom. U: *Dominantni pravci razvoja krivičnog zakonodavstva i druga aktuelna pitanja u pravnom sistemu Srbije*. Beograd: Udruženje tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, pp. 27-28.
- Stojanović, Z. 2018. *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd: Službeni glasnik.
- Stojanović, Z. & Perić, O. 2011. *Krivično pravo – posebni deo*, 14. izdanje. Beograd: Pravna knjiga.
- Srzić, N., Stajić, A., Kraus, B., Lazarević, Lj. & Đorđević, M. 1986. *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*. Beograd: Savremena administracija.
- Škulić, M. 2016a. Silovanje bez prinude, proganjanje i polno uznemiravanje – nove buduće inkriminacije. *Bilten Višeg suda u Beogradu*, 87, pp. 101-124.
- Škulić, M. 2016b. *Proganjanje i polno uznemiravanje*. *Tužilačka reč*, 31, pp. 14-22.
- Škulić, M. 2017. *Krivično delo silovanja u krivičnom pravu Srbije – aktuelne izmene, neka sporna pitanja i moguće buduće modifikacije*. *Crimen (Beograd)*, 8(3), pp. 393-441.
- Tahović, J. 1957. *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd.
- Vuković, I. 2015. *Dečja pornografija i krivično pravo – međunarodni ugovori i član 185 Krivičnog zakonika*. U: *Međunarodna krivična dela*. Tara: Udruženje za međunarodno krivično pravo i „Intermex“, pp. 513-528.

Pravni izvori

- Inicijativa Višeg javnog tužioca za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti protiv presude Višeg suda u Beogradu K 212/16 od 16. 10. 2018. godine i presude Apelacionog suda u Beogradu Kž1 1238/18 od 29. 1. 2019. godine, Kto br. 134/16 od 11. 7. 2018. godine.
- Krivični zakonik Republike Srbije. Službeni glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.
- Zahtev za zaštitu zakonitosti Republičkog javnog tužioca, Ktz 902/19 od 30. 10. 2019. godine

Zakonik o krivičnom postupku, Službeni glasnik RS, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - US, 62/2021 - US).

Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori, br. 12/2013.

Sudska praksa

Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž1 1238/18 od 29. 1. 2019. godine.

Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Kž1 590/13 od 22. 10. 2014. godine.

Presuda Evropskog suda za ljudska prava M. C. protiv Bugarske, predstavka broj 39272/98 od 4. decembra 2003. godine. Tekst dostupan na: <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0354-8872/2016/0354-88721601001S.pdf> (10. 9. 2023).

Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž. 454/05 od 14. 3. 2005. godine.

Presuda Višeg suda u Beogradu K 212/16 od 16. 10. 2018. godine.

Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz 247/14 od 3. 6. 2014. godine.

Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Kzz 1174/2019, od 19. 11. 2019. godine.

Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz 886/19 od 4. 12. 2019. godine.

