

Milan Škulic*

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

KRIVIČNO DELO OBLJUBE NAD NEMOĆNIM LICEM – NORMATIVNA KONSTRUKCIJA, NEKA SPORNA PITANJA I MOGUĆE BUDUĆE MODIFIKACIJE

Apstrakt: U radu se objašnjavaju pojam i osnovni elementi normativne konstrukcije krivičnog dela obljuje nad nemoćnim licem, kao jednog od krivičnih dela protiv polne slobode u Krivičnom zakoniku Srbije. Detaljno se analiziraju osnovni oblik i teži oblici obljuje nad nemoćnim licem, mogući oblik krivice kada se radi o ovom krivičnom delu, kao i sva druga bitna obeležja obljuje nad nemoćnim licem u kontekstu pozitivnog krivičnopravnog rešenja. Autor posebnu pažnju poklanja objašnjenju odnosa silovanja kao osnovnog krivičnog dela protiv polne slobode i obljuje nad nemoćnim licem. Posebno se analizira kada može postojati sticaj između silovanja i obljuje nad nemoćnim licem. U tekstu se zaključuje da ako se silovanje u našem krivičnom zakonodavstvu nekim budućim novelama definiše tako da obuhvati ne samo prinudnu obljubu ili prinudni sa njom izjednačen čin, već svaku takvu radnju protivno volji pasivnog subjekta (što je zahtev sadržan u Istanbulskoj konvenciji) to će svakako dovesti i do potrebe za odgovarajućim redefinisanjem inkriminacije obljuje nad nemoćnim licem, a ovaj zaključak je propraćen i konkretnim predlozima u *de lege ferenda* smislu.

Ključne reči: obljava nad nemoćnim licem, krivična dela protiv polne slobode, silovanje, Krivični zakonik, Istanbulska konvencija.

1. UVODNA RAZMATRANJA

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

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

1 Z. Stojanović /2009/: *Krivično pravo*, „CID“, Podgorica, str. 442.

potrebi reagovanja na nove oblike kriminaliteta i sl., mora s vremena na vreme, a nekada i prilično često, u određenoj meri modifikovati, (pre)velike i radikalne promene krivičnog zakonodavstva, a naročito „suviše učestale modifikacije“, ipak nisu poželjne.

Veliki broj „novih“ odredbi sadržanih u novelama Krivičnog zakonika iz novembra 2016. godine, odnosi se na neka potpuno nova krivična dela u sferi zaštite polne slobode, poput polnog uznemiravanja,² kao i još neka krivična dela suštinski povezana sa krivičnim delima protiv polne slobode, koja su naravno, proistekla iz dejstva Istanbulske konvencije, gde spadaju sakaćenje ženskih polnih organa i prinudno zaključenje braka. Te promene za sada nisu obuhvatile krivično delo obljube nad nemoćnim licem, ali će promene i u odnosu na to krivično delo svakako biti neophodne kada naše krivično zakonodavstvo u sferi krivičnih dela protiv polne slobode bude potpuno/potpunije usklađeno sa zahtevima iz Istanbulske konvencije, što se pre svega odnosi, na inkriminisanje „nedobrovoljne obljube/sa obljubom izjednačenog čina, što se u pravno-tehničkom smislu može postići bilo posebnim krivičnim delim, bilo formulisanjem takve inkriminacije kao oblika (osnovnog ili posebnog), krivičnog dela silovanja.

2. POJAM I ZAKONSKI NAZIV KRIVIČNOG DELA OBLJUBE NAD NEMOĆNIM LICEM

Krivično delo obljube nad nemoćnim licem (član 179. KZ Srbije), sastoji se u izvršenju obljube ili sa njom izjednačenog čina, tako što se iskorišćava duševno oboljenje, zaostali duševni razvoj, druga duševna poremećenost, nemoć ili kakvo dugo stanje pasivnog subjekta, usled kojeg ono nije sposobno za otpor.

Zakonski naslov krivičnog dela, propisanog u članu 179. Krivičnog zakonika (*obljuba nad nemoćnim licem*), nije sasvim adekvatan i on je na neki način „zaostao“ i potekao iz vremena kada je i silovanje bilo definisano isključivo kao „prinudna obljuba“, a u sada važećem krivičnom zakonodavstvu Srbije se i kod silovanja, ali i kod ovog krivičnog dela, što je isto i u pogledu drugih krivičnih dela čiji je osnovni sadržaj nekada bila isključivo *obljuba* (poput obljube sa detetom i obljube zloupotrebom položaja),³ može raditi kako o obljudi, tako i o činu koji je sa obljubom izjednačen.⁴

2 U našoj krivičnopravnoj literaturi se i inače, posebno obraća pažnja na objašnjenje kriminalno-političkih „motiva“ zakonodavca kada se radi o ovom krivičnom delu, uz isticanje da se „pod seksualnim uznemiravanjem generalno podrazumeva neželjeno ponašanje sa seksualnom konotacijom vezano za pol, koje vređa dostojanstvo drugoga“. I. Đokić /2017/: *Kriminalnopolitička opravdanost inkriminisanja polnog uznemiravanja u Republici Srbiji*, zajedničko izdanje Crimen-a i Revije za kriminologiju i krivično pravo, broj 2–3/2017, Beograd, str. 543.

3 Naravno, ni obljuba (prema nekadašnjem zakonskom rešenju), kao ni sa obljubom izjednačeni čin (prema sada važećem rešenju Krivičnog zakonika iz 2006. godine), sami po sebi ne mogu biti radnja izvršenja ovog krivičnog dela, niti njegov jedini sadržaj u pogledu samog akta (radnje), pa zato i govorimo o „osnovnom sadržaju“ inkriminacije, već je potrebno da se takva radnja ostvaruje zahvaljujući nekoj drugoj radnji, poput primene sile ili kvalifikovane pretnje (prinuda), kod silovanja ili korišćenja određenih posebnih okolnosti u pogledu izvršioca krivičnog dela, kao

Naime, u zakonskom nazivu se navodi samo *obljuba*, ali ne i *sa obljubom izjednačeni čin*, iako sada (što je u neposrednoj vezi i sa promjenjenom zakonskom koncepcijom u odnosu na silovanje kao osnovno krivično delo protiv polne slobode), postoje dve moguće varijante radnje izvršenja ovog krivično dela; jedna je *obljuba*, a druga je *sa njom izjednačen čin*, pri čemu se ne koristi prinuda (jer bi tada postojalo silovanje), već se iskorišćava odgovarajuće stanje *nemoći* pasivnog subjekta krivičnog dela.

Treba naravno, imati u vidu da je naslov krivičnog dela u ovom slučaju (član 179. KZ), ipak kao i inače, jedno u osnovi pravno-tehničko pitanje, što znači da se u naslovu navodi samo „obljuba“ a ne i „sa obljubom izjednačeni čin“, jer tako naslov s jedne strane, nije predugačak, dok se s druge strane, *obljuba* i inače češće dešava u praksi, a time se konačno i naravno, ne redukuje radnja izvršenja, koja je samom zakonskom opisu inkriminacije definisana alternativno, kao *obljuba* ili sa njom izjednačen čin.

Pored toga, u zakonskom nazivu inkriminacije iz člana 179. Krivičnog zakonika, se kao pasivni subjekt ovog krivičnog dela, navodi samo „nemoćno lice“, iako se u samom zakonskom opisu krivičnog dela *obljube* nad nemoćnim licem, kao pasivni subjekt nabrajaju i određene kategorije koje nisu nemoćna lica u klasičnom smislu i značenju tog termina. Ipak, treba smatrati da je u ovom pogledu zakonski naziv iz člana 179. Krivičnog zakonika, sasvim adekvatan, ne samo zbog pravno-tehničke potrebe za adekvatnom upotrebom određene kraće i uopštene formulacije, već i stoga, što iz samog zakonskog opisa ovog krivičnog dela, proizlazi da u pogledu svake kategorije lica koja mogu biti pasivni subjekt ovog krivično dela, mora postojati osnovna osobenost, a to je da se lice nalazi u odgovarajućem stanju usled kojeg nije sposoban za pružanje otpora, što drugim rečima objašnjeno, znači da se radi o licu koje je u „nemoćnom stanju“, odnosno pasivni subjekt je *nemoćno lice*.

3. OSNOVNI SEGMENTI NORMATIVNE KONSTRUKCIJE OBLJUBE NAD NEMOĆNIM LICEM

Krivično delo *obljube* nad nemoćnim licem ima jedan *osnovni oblik* i *dva kvalifikovana oblika*, koja postoje kada je krivično delo alternativno učinjeno:

- 1) pod određenim posebnim okolnostima koje imaju kvalifikatorni karakter,
- 2) u odnosu na određene posebne starosne kategorije pasivnih subjekata što krivično delo čine težim, ili

kada je u pitanju *obljuba* zloupotrebom položaja, korišćenja posebnog stanja (*nemoći/nesposobnosti za otpor*) pasivnog subjekta itd.

- 4 S druge strane, ovo je i inače sasvim uobičajeno, jer i nekada dok je u našem zakonodavstvu decenijama važila klasična definicija silovanja, te u vreme postojanja i posebnog krivičnog dela protivprirodnog bluda (član 105. nekadašnjeg KZ Srbije), koje je u osnovi obuhvatalo prinudno izvršenje radnji koje sada, tj. prema važećem KZ-u Srbije (član 178. stav 1), spadaju u silovanje (*drugi sa obljubom izjednačeni čin*), ovo krivično delo je imalo isti zakonski naslov – *obljuba* nad nemoćnim licem, iako je u zakonskom opisu krivičnog dela, osim *obljube*, u radnju izvršenja, spadao i protivprirodni blud.

- 3) ukoliko su izvršenjem osnovnog oblika obljube nad nemoćnim licem, prouzrokovane određene teže posledice koje imaju kvalifikatorni karakter.

3.1. Osnovni oblik obljube nad nemoćnim licem

Dva su bitna elementa osnovnog oblika krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem . To su:

- 1) *radnja izvršenja*, koja se definiše kao spoj jedne specifične „latentne“ radnje (iskorišćavanje stanja nemoći) i zahvaljujući tome, alternativnog ostvarenja obljube ili sa njom izjednačenog čina, te
- 2) *pasivni subjekt*, koji se nalazi u određenom posebnom stanju usled kojeg nije sposoban za pružanje otpora.

3.2. Radnja izvršenja krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem

Radnja izvršenja krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem je propisana alternativno kao: 1) obljava ili 2) sa obljubom izjednačeni čin, do čega dolazi iskorišćavanjem posebnog stanja pasivnog subjekta, usled kojeg on nije sposoban za otpor. Obljebu ili sa obljubom izjednačeni čin, treba posmatrati isto kao što se to čini i kad je u pitanju silovanje, koje predstavlja osnovno krivično delo protiv polne slobode.⁵

Iako na prvi pogled deluje kao da su radnja izvršenja obljube nad nemoćnim licem samo i isključivo određene alternativno propisane aktivnosti – obljava ili sa obljubom izjednačeni čin, koje su preduzete u odnosu na lice koje se smatra nesposobnim za otpor, predstavljaju radnje izvršenja krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem, same te radnje, po sebi nisu dovoljne, već je potrebno da postoji radnja *iskorišćavanja* određenog stanja nemoći pasivnog subjekta, zahvaljujući čemu učinilac u odnosu na pasivnog subjekta vrši obljubu ili sa njom izjednačeni čin.

Samo „iskorišćavanje“ stanja nemoći u kojem se nalazi pasivni subjekt, ipak nije tipična radnja, već predstavlja neku vrstu „latentne radnje“, jer je ono u stvari, donekle implicitno sadržano u samoj obljubi ili sa njom izjednačenom činu u odnosu na lice koje se nalazi u stanju usled kojeg nije sposobno za otpor, a koje izvršilac i iskorišćava za vršenje obljube ili sa njom izjednačenog čina u odnosu na pasivnog subjekta u takvom stanju. Na tragu ovog shvatanja je i stav po kojem „sam pojam iskorišćavanja treba shvatiti kao *objektivnu*, odnosno unutrašnju vezu između obljube ili neke druge polne radnje, sa uslovima u kojima se ona događa“, kao što je „na primer, besvesno stanje pasivnog subjekta“.⁶

5 M. Škulić /2017/: *Krivično delo silovanja u krivičnom pravu Srbije – aktuelne izmene, neka sporna pitanja i moguće buduće modifikacije*, posebno izdanje časopisa „Crimen“ i „Revija za kriminologiju i krivično pravo, (posvećeno prof. dr Zoranu Stojanoviću), br. 2–3/2017, Beograd, str. 411–414.

6 M. Babić i I. Marković /2013/: *Krivično pravo – posebni dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, str. 141.

Moglo bi se poći i od toga da iskorišćavanje u stvari, uopšte nije radnja učinioca, već da se radi isključivo o radnjama obljuje ili sa njom izjednačenog čina u odnosu na lice koje se nalazi u određenom stanju nemoći. Ovo tumačenje bi se zasnivalo na činjenici da obljava ili sa njom izjednačen čin proizlaze iz stanja nesposobnosti za otpor u kojem se nalazi pasivni subjekat, a pri tom, sam izvršilac nije nekom svojom *prethodnom radnjom* (na primer, onesveščavanjem udarcem u glavu ili davanjem nekog psihoaktivno sredstva i sl.), pasivnog subjekta doveo u stanje „nemoći“, jer bi se tada radilo o silovanju. U takvom slučaju bi radnje izvršioca kojima je pasivni subjekt doveden u stanje nesposobnosti za pružanje otpora, bile smatrane primenjenom silom, kao vidom prinude, što je bitno obeležje krivičnog dela silovanja. Stoga bi obljava ili sa njom izjednačeni čin do čega je došlo u takvim okolnostima, predstavljale prinudne seksualne aktivnosti, odnosno radilo bi se o silovanju, a ne o obljudi nad nemoćnim licem.

Međutim, treba imati u vidu i da sam zakonodavac striktno navodi *iskorišćavanje* kao bitno obeležje krivičnog dela obljuje nad nemoćnim licem, tj. ne ograničava se na obljudu ili sa obljudom izjednačen čin u odnosu na lice koje se nalazi u odgovarajućem stanju koje ga čini nesposobnim za otpor, već posebno zahteva da se takvo stanje od strane učinioca *iskorišćava*, pa to predstavlja osnovni argument da se i samo takvo „iskorišćavanje“ smatra posebnom vrstom radnje izvršioca ovog krivičnog dela, koja po logici stvari, ima izvestan „latentni karakter“. Zbog toga se takva radnja i može smatrati specifičnom *latentnom radnjom* izvršenja krivičnog dela, koja pored toga ima i *inkluzivan karakter*, jer je sadržinski neodvojiva od odgovarajućeg stanja pasivnog subjekta, kao suštinske karakteristike krivičnog dela obljuje na nemoćnim licem.

Latentni, ali i *inkluzivni* karakter iskorišćavanja kao radnje izvršenja obljuje nad nemoćnim licem proizlazi iz nemogućnosti da se samo iskorišćavanje odvoji od obljuje ili sa obljudom izjednačenog čina koji se vrše u odnosu na pasivnog subjekta koji je nesposoban za otpor. Iskorišćavanje je praktično neposredno „sadržano“ u obljudi ili sa njom izjednačenom činu u odnosu na pasivnog subjekta koji je nesposoban za pružanje otpora, ali pri tom i obrnuto, radnje obljuje ili sa njom izjednačenog čina, čak ni u odnosu na pasivnog subjekta koji je inače, nesposoban za otpor, same po sebi neće predstavljati radnju izvršenja krivičnog dela obljuje nad nemoćnim licem, ukoliko izvršilac nije prilikom vršenja takve radnje/tih radnji, *iskoristio* stanje u kojem se nalazi pasivni subjekt. Na ovome se suštinski temelji stav da je i samo iskorišćavanje stanja pasivnog subjekta, specifična „latentna“ radnja izvršenja krivičnog dela obljuje nad nemoćnim licem.

Kako su iskorišćavanje stanja nemoći i sama obljava, ili sa njom izjednačeni čin ostvaruju u isto vreme i praktično prepliću, radi se o aktivnostima koje su funkcionalno povezane i logički neodvojive na neki mehanički način, a samo iskorišćavanje nije toliko očigledno kao neka posebna (izolovana) aktivnost, već ona neposredno proizlazi iz stanja pasivnog subjekta u pogledu kojeg učinilac ostvaruje obljudu ili sa njom izjednačen čin. Stoga se iskorišćavanje posebnog stanja nemoći pasivnog subjekta, kao što je prethodno donekle već objašnjeno, ovde i označava kao specifična i *latentna radnja* zahvaljujući kojoj se ostvaruju obljava ili sa obljudom izjednačeni čin.

Inače, u pravno-tehničkom smislu bilo bi moguće da se ovo krivično delo definiše i bez navođenja „iskorišćavanja“ stanja pasivnog subjekta kao posebne radnje, već da se samo koristi formulacija koja bi podrazumevala obljubu ili sa njom izjednačen čin u odnosu na lice koje se nalazi u stanju nemoći.⁷ Ovo međutim ne bi bilo adekvatno, pa ni suštinski potpuno legitimno, jer bi se svelo na apsolutnu zabranu seksualnih odnosa sa određenim kategorijama lica, kao što su duševno bolesna lica, osobe zaostale u duševnom razvoju, lica koja su na drugi način duševno poremećena, odnosno mentalno deficitarna i uopšte osobe koje su u određenom nemoćnom stanju, čak i onda kada ta lica (naravno, u granicama svojih mentalnih kapaciteta kada se radi o duševno bolesnim osobama i sl.), pristaju na seksualni odnos.

Iz ovoga i proizlazi da, bez obzira na formulaciju u članu 179. stav 1. KZ-a, u kojoj se samo navodi „nesposobnost za otpor pasivnog subjekta“, ovde se i sada (bez obzira što još uvek važi klasična definicija silovanja kao prinudne, a ne nedobrovoljne obljube/sa obljubom izjednačenog čina), suštinski radi o obljubi ili sa njom izjednačenom činu protivno volji nemoćnog lica ili u odnosu na nemoćno lice koje zbog stanja u kojem se nalazi, uopšte nije sposobno da izrazi svoju slobodnu volju. Stoga i mora postojati *iskorišćavanje* stanja nemoći u kojem se pasivni subjekt nalazi, jer ako takvog iskorišćavanja realno nema, onda pod određenim uslovima, neće ni postojati ovo krivično delo, bez obzira što se lice u pogledu kojeg je izvršena obljuba ili sa obljubom izjednačen čin, nalazilo u određenom stanju propisanom u članu 179. stav 1. KZ-a (duševno oboljenje, zaostali duševni razvoj itd.), ali je i pored toga, to lice, imalo dovoljan mentalni kapacitet da se može smatrati sposobnim za relevantan pristanak na obljubu ili sa njom izjednačen čin.

Naravno, stvar je fakticiteta (*questio facti*) u praksi, uzimanje u obzir svih relevantnih okolnosti, prilikom procene da li je postojalo krivično-pravno relevantno iskorišćavanje odgovarajućeg stanja lica sa kojim se ostvario seksualni odnos, tj. obljuba ili sa njom izjednačen čin. U praksi ovo nekada može biti neposredno skopčano i sa sličnim stanjem samog učinioca, kao na primer, kada se radi o seksualnim odnosima ljudi koji su duševno bolesni, zaostali u duševnom razvoju i sl. Tada je po pravilu, nemoguće smatrati da se radi o nekakvom „uzajamnom i obostranom iskorišćavanju“ stanja u kojem se nalaze kako aktivni, tako i pasivni akter takvog seksualnog odnosa.

Na temelju svega prethodno objašnjenog, jasno je da je osnovna karakteristika krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem „vezana za pasivni subjekt“, a iz čega proizlazi da se u ovoj situaciji radi o tome da „pasivni subjekt, iako nije primenjena prinuda, ne pristaje na te akte“,⁸ odnosno ne saglašava se sa obljubom ili sa obljubom izjednačenim činom.

7 Inače, ovakvo normativno rešenje je prisutno u nekim uporednim krivičnopravnim zakonodavstvima, kao što je to na primer, slučaj u nekim državama SAD. Više o tome: T. J. Gardner and V. Manian /1980/: *Criminal Law – Principles, Cases and Readings*, „West Publishing Company“, Second Edition, St.Paul, New York, Los Angeles, San Francisco, str. 435–436.

8 Z. Stojanović /2018/: *Komentar Krivičnog zakonika*, sedmo izmenjeno izdanje, „Službeni glasnik“, Beograd, str. 574.

3.3. Osnovne karakteristike pasivnog subjekta obljuje nad nemoćnim licem

Nepristajanje pasivnog subjekta na obljubu ili sa njom izjednačen čin, kada se radi o krivičnom delu obljuje nad nemoćnim licem (član 179. KZ), se ne temelji na primenjenoj prinudi prema pasivnom subjektu,⁹ već se zasniva na stanju u kojem se nalazi, a koje učinilac ovog krivičnog dela iskorišćava, te zahvaljujući tome ostvaruje obljubu ili sa obljubom izjednačen čin u odnosu na pasivnog subjekta. Radi se o sledećim alternativno (opciono) propisanim stanjima: 1) duševno oboljenje, 2) zaostali duševni razvoj, 3) druga duševna poremećenost, 4) nemoć ili 5) kakvo drugo stanje tog lica usled kojeg pasivni subjekt ovog krivičnog dela nije sposoban za pružanje otpora.

S obzirom na vrstu stanja nesposobnosti za otpor/nemoći, u kojem se nalazi pasivni subjekt, moguće je, kada se radi o krivičnom delu obljuje nad nemoćnim licem (član 179. KZ), razlikovati i nekoliko osnovnih kategorija pasivnog subjekta ovog krivičnog dela: 1) duševno bolesno lice, 2) lice zaostalo u duševnom razvoju, 3) duševno poremećeno lice, 4) nemoćno lice, te 5) lice koje se nalazi u kakvom drugom stanju usled kojeg nije sposobno za otpor, što predstavlja neku vrstu „opšte formulacije“ i „generalne klauzule“.

Nesposobnost za otpor pasivnog subjekta usled određenog stanja u kojem se nalazi, predstavlja *ključnu osobenost* krivičnog dela obljuje nad nemoćnim licem. Takva karakteristika ovog krivičnog dela je suštinski u neposrednoj vezi sa „klasičnom“ definicijom silovanja u krivičnom zakonodavstvu Srbije, kao *prinudne obljuje* ili *prinudnog sa obljubom izjednačenog čina* (član 178. stav 1. KZ).

Osnovni *ratio legis* normativne konstrukcije krivičnog dela obljuje nad nemoćnim licem, se svodi na nesposobnost za otpor pasivnog subjekta, što je učinjeno korelativno sa zakonskom definicijom silovanja kao prinudne obljuje, ili prinudnog sa obljubom izjednačenog čina. Dakle, kako se u pogledu silovanja, striktno zahteva da do obljuje ili sa obljubom izjednačenog čina dođe upotrebom sile ili pretnje da će se neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta, to podrazumeva da je *pasivni subjekt silovanja sposoban za otpor*. Samo tada, a u kontekstu sada važećeg zakonskog rešenja u odnosu na silovanje (prinudna obljava/prinudni sa obljubom izjednačeni čin), je radi ostvarivanja obljuje ili sa njom izjednačenog čina, potrebno koristiti prinudu u odnosu na pasivnog subjekta sposobnog za otpor.

Obrnuto, kada se radi o licu koje je nesposobno za otpor usled stanja u kojem se nalazi, a u koje nije doveden nekom radnjom samog izvršioca, obljava ili sa njom izjednačen čin se mogu ostvariti i bez prinude, već samim iskorišćavanjem stanja u kojem se takav pasivni subjekt nalazi. Kao što ćemo to detaljnije objašnjavati u daljem tekstu, čini se da u o određenim okolnostima ipak nije nemoguće da lice nesposobno za otpor bude silovano, mada to u kontekstu sadašnje zakonske formulacije u članu 179. stav 1., ipak teorijski nije nesporno.

9 Ovo je tako, jer je pasivni subjekat i inače, nesposoban za pružanje otpora, stoga što se nalazi u specifičnom stanju „nemoći“.

U stvari, kada se radi o obljubi nad nemoćnim licem, zakonodavac implicitno ipak pretpostavlja postojanje nepristajanja pasivnog subjekta na seksualni odnos, kada se radi o licu koje se nalazi u određenom posebnom fizičkom stanju nemoći/nesposobnosti za otpor, a kada su u pitanju duševno bolesna lica ili privremeno poremećena lica, kao i lica koja se nalaze u posebnom stanju nemoći (usled npr. teške alkoholisanosti, odnosno uticaja drugih psihoaktivnih supstanci), njihova volja i ako se izrazi u formi pristajanja nema potrebnu pravnu relevantnost, zbog čega se seksualni odnos sa njima u takvom stanju, svodi na posebnu vrstu zloupotrebe.

Drugim rečima objašnjeno, zakonodavac implicitno negira mogućnost izražavanja slobodne volje od strane određenih lica, jer ona zbog uzrasta (potpuno *objektivni/apsolutni kriterijum*) ili stanja u kojem se nalaze (*relativni kriterijum podložan proceni* u svakom konkretnom slučaju), ne poseduju neophodan psihički kapacitet.

Kada je reč o krivičnom delu obljube nad detetom, tu se radi o apsolutnoj neoborivoj zakonskoj pretpostavci da osoba tog starosnog uzrasta ne može svojom slobodnom voljom pristati na seksualni odnos,¹⁰ a ukoliko su u pitanju određene kategorije lica u posebnom psihičkom stanju (neka duševno bolesna lica, lica koja su u relevantnom stepenu zaostala u duševnom razvoju itd.), a koja imaju navršenih četrnaest godina, tada se pod određenim uslovima, može raditi o osobama koje se smatraju nesposobnim za otpor u kontekstu zakonske formulacije iz člana 179. stav 1. KZ-a.¹¹ U svakom konkretnom slučaju neophodna je pomoć lekara veštaka prilikom utvrđivanja da li je oštećeni „bio u takvom stanju koje se odlikovalo pasivnošću i nemoćnošću, te je usled toga bio lišen mogućnosti pravog i zdravog razmišljanja i zaključivanja“.¹² Na činjenici da postoji takva očigledna zloupotreba tuđeg teškog stanja temelji se u suštini i osnovni *ratio legis* ove inkriminacije, te njena odgovarajuća moralna komponenta.

Sva stanja iz člana 179. stav 1. KZ, (duševno obolenje, zaostali duševni razvoj itd.), navedena su u *egsempli causa* smislu, jer se potom navodi da u obzir alternativno dolazi i kakvo drugo stanje usled kojeg lice nije sposobno za otpor.

10 M. Škulić /2002/: *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, „Dosije“, Beograd, str. 437–438.

11 Ovde je od značaja i veoma interesantno i originalno teorijsko shvatanje D. Atanckovića, koji u okviru svoje doktrinarne podele krivičnih dela protiv dostojanstva ličnosti i morala (raniji zakonski naziv relevantne glave Krivičnog zakona Srbije), posebno razlikuje između ostalog, *krivična dela protiv slobode odlučivanja u polnom životu*, među koja svrstava krivična dela *iskorišćavanja stanja nesposobnosti za otpor*, gde to stanje deli na: 1) stanje psihofizičke nesposobnosti za pružanje otpora i 2) stanje čisto psihičke nesposobnosti za otpor. Krivično delo obljube nad nemoćnim licem se, prema ovoj teorijskoj sistematici D. Atanackovića, svrstava u kategoriju *stanja psihofizičke nesposobnosti za pružanje otpora*, dok u drugu kategoriju „čisto psihičke nesposobnosti za otpor“, spadaju krivična dela „obljube ili protivprirodnog bluda sa licem koje nije navršilo četrnaest godina“ (sadašnje krivično delo obljube sa detetom) i krivično delo obljube ili protivprirodnog bluda zloupotrebom položaja“ (sadašnje krivično delo obljube zloupotrebom položaja“). D. Atanacković /1981/: *Krivično pravo – posebni deo*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Privredna štampa“, Beograd, str. 268.

12 Z. Stojanović, (*Komentar*), *op. cit.*, str. 100.

3.3.1. Osnovne teorijske kategorije stanja pasivnog subjekta koje ga čini nesposobnim za otpor

Stanja pasivnog subjekta navedena u članu 179. stav 1. KZ-a, koja se svode na nesposobnost pasivnog subjekta za otpor, mogu da se teorijski podele na dva osnovna načina, a prema svakom od tih načina na *dve osnovne kategorije*:

Prema kriterijumu trajanja/trajnosti stanja nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta, postoje dve osnovne vrste takvih stanja:

1. to mogu da budu ona stanja koja su po pravilu, *permanentna*, što znači da i inače, konstantno postoje kod lica koje postaje pasivni subjekt krivičnog dela obljuje nad nemoćnim licem, ili
2. može se raditi o stanjima koja su „temporalna“, odnosno postoje samo *privremeno* i u određenom vremenskom momentu, koji svakako mora obuhvatati *vreme izvršenja krivičnog dela*, kada izvršilac baš u tom momentu koristi takvo stanje pasivnog subjekta i nad njim vrši krivično delo, tako što ostvaruje obljudu ili sa njom izjednačen čin.

Permanentna stanja su, na primer, stanje duševne bolesti koje je urođeno kod pasivnog subjekta, trajnog je karaktera ili se u dužem vremenskom periodu pasivni subjekt nalazi u takvom stanju. To može da bude i neka fizička bolest, poput nekih oblika mišićne distrofije, paralize tela, odnosno pojedinih delova tela i sl., što pasivnog subjekta permanentno čini nesposobnim za otpor. U ovom smislu se pod „permanentnošću“ stanja pasivnog subjekta podrazumeva da takvo stanje (nemoći/nesposobnosti za otpor), kod njega postoji pre izvršenja krivičnog dela, u toku izvršenja krivičnog dela, te i nakon što je nad njim izvršeno krivično delo obljudu nad nemoćnim licem.

Pasivni subjekt može biti i samo u privremenom stanju nemoći, kada je bitno da to stanje postoji baš u vreme izvršenja krivičnog dela obljudu nad nemoćnim licem u odnosu na njega. Do toga može doći kako usled određenih privremenih duševnih poremećaja, tako i kada se radi o posebnim psihičkim stanjima, poput potpune paralisnosti strahom osoba koje su u posebnom duševnom stanju u određenim okolnostima ili se može raditi o stanju nesvesti, odnosno teškoj alkoholisanosti, kao i kada je pasivni subjekt pod uticajem određenih psihoaktivnih supstanci, koje ga „otupljuju“, parališu, onemoćavaju itd.

Onda kada se obljudu ili sa njom izjednačen čin ostvaruje u odnosu na lice koje nije sposobno za otpor usled stanja u kojem se nalazi (duševna bolest, duševna zaostalost itd.), te baš zato što učinilac *koristi* to stanje, neće se raditi o silovanju, već o krivičnom delu obljudu nad nemoćnim licem.¹³

13 Naravno, ako je sam izvršilac pasivnog subjekta umišljajno doveo u stanje nesposobnosti za otpor (na primer, davanjem nekih psihoaktivnih supstanci), onda bi se takva radnja izvršioca, smatrala primenjenom silom, kao krivičnopravno relevantnim vidom prinude, te ukoliko bi potom, izvršilac, nad takvim pasivnim subjektom (kojeg je sam „onesposobio“, tj. učinio nesposobnim za otpor), izvršio obljudu ili sa njom izjednačen čin, radilo bi se o silovanju, a ne o obljudi nad nemoćnim licem.

Prema uzročnom karakteru stanja iz kojeg proizlazi nesposobnost za otpor pasivnog subjekta, odnosno prema etiološkom kriterijumu, takva stanja mogu da se podele na *dve osnovne vrste*:

1. stanja koja se zasnivaju na određenim poremećajima/nedostacima psihičkih funkcija pasivnog subjekta, odnosno određenim biološko-etiološkim osnovima, gde spadaju 1) duševno oboljenje, 2) zaostali duševni razvoj, te 3) druga duševna poremećenost, kao i
2. stanja koja mogu biti uzrokovana određenim fizičkim nedostacima pasivnog subjekta, gde spadaju „opšte zakonske formulacije“, kao što su nemoć ili kakvo drugo stanje tog lica usled kojeg pasivni subjekt ovog krivičnog dela nije sposoban za pružanje otpora.

Kada je reč o određenim poremećajima psihičkih funkcija pasivnog subjekta, u našoj krivičnopravnoj teoriji se uobičajeno objašnjava da takve „izraze“ treba tumačiti u skladu sa odredbama Krivičnog zakon(ik)a, koje se odnose na „trajnu ili privremenu duševnu bolest i privremenu duševnu poremećenost, kao biološke osnove neuračunljivosti, odnosno bitno smanjene uračunljivosti.“¹⁴ Treći oblik koji se odnosi na biološko-etiološke osnove svodi se na relevantno umanjeno psihičkih kapaciteta, a to je mentalna zaostalost, odnosno zaostali duševni razvoj, nekada nije postojao striktno propisan u našem zakonodavstvu, te je tek naknadno uveden, a njega takođe treba tumačiti u skladu sa identičnim osnovom neuračunljivosti, i bitno smanjene uračunljivosti.

Stanje nesposobnosti za otpor vršenju obljube, odnosno sa njom izjednačenog čina, ipak „nije identično sa stanjem neuračunljivosti za vršenje krivičnih dela“, jer se „uračunljivost uvek procenjuje u odnosu na konkretno krivično delo, pa stoga jedno lice može da bude nesposobno za otpor“ (u smislu krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem), a da bude uračunljivo, iako u bitno smanjenom stepenu za izvršenje određenog krivičnog dela, i obrnuto potpuna neuračunljivost za izvršenje određenog krivičnog dela, ne mora istovremeno značiti i nesposobnost za pružanje otpora“ u kontekstu krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem.¹⁵

Sudska praksa je, kada su u pitanju psihičke smetnje pasivnog subjekta, sklona da formuliše odgovarajuću kombinaciju faktora iz kojih proizlazi da se konkretno lice može smatrati nemoćnim licem u smislu člana 179. KZ-a. Tako se konstatuje da „usled zaostalog duševnog razvoja oštećene i njene emocionalne nezrelosti koja odgovara stepenu njene duševne zaostalosti, zatim njenog nekritičkog prihvatanja tuđih stavova i telesne slabosti i nemoći, te postojanja alkoholisanosti, kod nje je prouzrokovana psihofizička nemoć, usled koje oštećena nije bila u mogućnosti da pruži otpor“. Sud u ovom primeru takođe konstatuje da usled svih prethodno spomenutih faktora, oštećena nije mogla da pruži „ni psihički otpor koji podrazumeva procenu situacije¹⁶, izbegavanje situacije“, kao i da nije mogla da

14 Grupa autora (red. N. Srzentić), deo koji je pisao B. Kraus /1981/: *Komentar Krivičnih zakona SR Srbije, SAP Vojvodine i SAP Kosova*, „Savremena administracija“, Beograd, str. 325.

15 *Ibid.*, str. 325–326.

16 Ovde u stvari, sud implicitno pod *psihičkim otporom*, očigledno podrazumeva striktno verbalno opiranje seksualnom odnosu, odnosno *nepristanak na obljubu ili sa njom izjednačen čin*, iz

„prozre namere drugih“, a „fizički otpor je mogla da pruži u smislu da odgurne nekog ili slično, ali sve je to bilo beznačajno i minimalno“.¹⁷

3.3.1.1. Stanja nemoći/nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta obljube nad nemoćnim licem, propisana odredbama Krivičnog zakonika

U članu 179. stav 1. KZ-a se sledeća stanja pasivnog subjekta, alternativno propisuju kao stanja usled kojih kod njega ne postoji sposobnost za otpor:

- 1) duševno oboljenje,
- 2) zaostali duševni razvoj,
- 3) druga duševna poremećenost,
- 4) nemoć ili
- 5) kakvo drugo stanje tog lica usled kojeg pasivni subjekt ovog krivičnog dela nije sposoban za pružanje otpora.

3.3.1.1.1. Duševno oboljenje pasivnog subjekta

Kao i ostali biološko-etioološki osnovi stanja koje pasivnog subjekta čini nesposobnim za otpor i duševno oboljenje pasivnog subjekta treba primarno tumačiti u skladu sa pravilima Krivičnog zakonika koja se odnose na veoma sličan, odnosno skoro identičan biološko-etioološki osnov neuračunljivosti. Za razliku od odredbe člana 23. stav 2. KZ, u kojoj se govori o „trajnoj ili privremenoj duševnoj bolesti“, u članu 179. stav 1. KZ-a se navodi samo „duševno oboljenje“, koje takođe po logici stvari, može biti trajnog ili privremenog karaktera. Izrazi „duševna bolest“ iz člana 23. stav 2. KZ-a i „duševno oboljenje“ (član 179. stav 1 KZ-a), su praktično *sinonimi*.

Mogu postojati različite vrste duševnih bolesti koja pasivnog subjekta čini nesposobnim za otpor, ali se po pravilu radi o duševnim oboljenjima koje bitno „pasiviziraju“ i „otupljuju“ pasivnog subjekta, značajno mu slabe volju i životnu vitalnost, ili ga čine toliko nekoordinisanim, da nije sposoban za smišljen, usmeren i uopšte efikasan otpor i sl. Tu bi na primer, mogla spadati teška depresija i uopšte psiho-patološka stanja koja se manifestuju relevantnim gubitkom životne energije, značajnim umanjnjem opšte vitalnosti i sl.

Samo u nekim slučajevima se može raditi i o duševnim oboljenjima koje se kod pasivnog subjekta ispoljavaju kao posebno euforično stanje, kao kada su u pitanju

čega praktično proizlazi da se pod nesposobnošću za pružanje otpora (i bez obzira na sadašnje zakonsko rešenje koje je „korelativno“ definisanju silovanja kao prinudne obljube/prinudnog sa obljubom izjednačenog čina“), u sudskoj praksi, a tako je i u delu naše krivičnopravne teorije (što je objašnjeno u prethodnom tekstu), velika pažnja prilikom definisanja konkretne osobe kao nemoćnog lica u smislu člana 179 stav 1. KZ-a, poklanja nesposobnosti pasivnog subjekta da svojom slobodnom voljom pristane na obljubu ili sa njom izjednačen čin, što je naravno i po logici stvari, posebno tipično za lica koja imaju ozbiljne mentalne smetnje, ili su u stanju teške alkoholisanosti, pod dejstvom opojnih droga i sl., kao i kada se radi o kombinaciji relevantnih faktora, što je slučaj u presudi čiji se pojedini delovi ovde citiraju.

17 Prvostepena presuda Višeg suda u Novom Pazaru, K.br. 9/17, od 7. 7. 2017. godine, potvrđena u pogledu oglašavanja krivim odnosno postojanja krivice optuženih, a preinačena u odnosu na izrečenu kaznu, drugostepenom presudom Apelacionog suda u Kragujevcu – Kž.1.-1013/17 od 17. 10. 2017. godine. (neobjavljena sudska praksa, pribavljena u Ustavnom sudu Srbije).

mentalne bolesti koje se odlikuju nastupanjem manije. Takvi bolesnici su naprotiv, za razliku od ljudi obolelih od teške depresije i uopšte, od mentalnih bolesnika sa značajno umanjenim „voljnim kapacitetima“, uglavnom puni energije, ali kada je ona kod njih pogrešno usmerena, ili kada ih manično ponašanje preterano fizički iscrpi i sl, i takvi mentalni bolesnici (realno retko u praksi), mogu biti u kategoriji lica nesposobnih za otpor u smislu člana 179. stav 1 KZ-a.

Takođe postoje duševne bolesti koje u stvari, praktično ne dovode do realne fizičke nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta, ali bolesnik ima takav poremećaj nagona koji ne može da kontroliše te se stoga smatra nemoćnim licem. U stvari se ovo svodi na nemogućnost slobodno voljnog pristanka na seksualni odnos, što je donekle suprotno kako klasičnoj definiciji silovanja (prinudna obljuba/prinudni sa obljubom izjednačeni čin), tako i silovanju korelativno delu – obljubi nad nemoćnim licem, koje formalno-pravno podrazumeva nesposobnost pružanja otpora, a ne nesposobnost slobodnog izražavanja pristanka/nepristanka na obljubu ili sa njom izjednačeni čin. Tako se u jednoj presudi Vrhovnog suda Srbije konstatuje: „Psihijatrijskim veštačenjem je utvrđeno da je oštećena zbog duševne bolesti šizofrenije, bila psihički nemoćno lice i da se njena psihička nemoć ogleda u pojačanom seksualnom nagonu koji nije mogla da kontroliše i usmerava, niti je bila u mogućnosti da pruži otpor licu koje želi da sa njom stupi u polni odnos. Ovaj pojačani seksualni nagon kod oštećene u vreme kritičnog događaja po mišljenju veštaka psihijatra bio je posledica sumanutih ideja o seksualnoj privlačnosti i oštećena ga nije mogla kontrolisati, bez obzira što sam polni odnos za nju nije predstavljao doživljaj zadovoljstva“.¹⁸

Uvek je od ključne važnosti da usled duševnog oboljenja pasivni subjekt nije sposoban za otpor, što je ipak *questio facti*, koji se mora rešavati u kontekstu svih relevantnih okolnosti konkretnog slučaja, ali je načelno i prema iskustvima iz prakse, takvo stanje duševno bolesnog lica, posebno karakteristično za duševna oboljenja usled kojih je pasivni subjekt na izvestan način „umrtvljen“ i paralisiran, što je naročito upadljivo kod onih duševnih bolesti koje se ogledaju u stanju „stupora“, tj. potpune fizičke ukočenosti duševnih bolesnika.

3.3.1.1.2. Zaostali duševni razvoj pasivnog subjekta

Kao što je prethodno objašnjeno, treći oblik koji se odnosi na biološko-etiološke osnove, svodi se na relevantno umanjenje bitnih psihičkih kapaciteta, a to je zaostali duševni razvoj, nekada nije postojao striktno propisan u našem zakonodavstvu, ali se i tada smatralo da mentalna zaostalost svakako može biti relevantna prilikom definisanja „nemoćnog lica“, te da se relevantan zaostali duševni razvoj može podvesti, pod „drugom stanje, usled kojeg lice nije sposobno za otpor“.¹⁹

Zaostali duševni razvoj pasivnog subjekta mora postojati u određenom ozbiljnijem stepenu. Nije opravdano da se lica koja su duševno zaostala u relativno blagoj formi, odnosno malom stepenu, apriorno tretiraju kao nemoćne osobe, jer

18 Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž.1.1367/88 od 30. septembra 1989. godine. Izvor: <https://sirius.rs/cyr/praksa/wLObJQ>, dostupno 20. marta 2018. u 16.35.

19 Grupa autora (red. N.Srzentić), deo koji je pisao B Kraus, (*Komentar*), op. cit., str. 325.

kod takvih lica, s obzirom na stepen inteligencije koju poseduju, po pravilu ipak postoji očuvana sposobnost posedovanja i izražavanja slobodne volje u pogledu (ne)pristajanja na seksualni odnos.

Samo se lica koja su teže mentalno retardirana mogu smatrati nemoćnim osobama, mada se u svakom konkretnom slučaju svakako mora utvrditi stepen njihove duševne zaostalosti, te konkretna uzročna veza između niskog stepena inteligencije i nesposobnosti pasivnog subjekta da svojom slobodnom voljom pristane na obljubu ili sa njom izjednačeni čin. Stoga, lica zaostala u duševnom razvoju, samo eventualno treba smatrati nemoćnim licima u smislu inkriminacije iz člana 179. stav 1. KZ, što u svakom pojedinačnom slučaju predstavlja *questio facti*. To pitanje se u konkretnim situacijama mora rešavati na temelju odgovarajućih stručnih veštačenja, ali i u sklopu svih drugih dokaza, odnosno relevantnih indikacija koje objašnjavaju na koji način takvo lice funkcioniše u životu, te kako se ispoljava njegova duševna zaostalost, a na bazi čega je i moguće zaključiti da li je u pitanju osoba koja se smatra nemoćnom, odnosno lice koje zbog svog stanja nije bilo u prilici da pruža otpor.

3.3.1.1.3. Druga duševna poremećenost pasivnog subjekta

I kod izraza „druga duševna poremećenost“, kada se radi o pasivnom subjektu obljube nad nemoćnim licem, treba u osnovi poći od zakonske koncepcije koja je sadržana u biološko-etiološkim osnovama neuračunljivosti/bitno smanjene uračunljivosti (član 23. stav 2. KZ), s tim da ovde, za razliku od zakonskog rešenja koje se odnosi na neuračunljivost, dolaze u obzir kako privremena, tako i trajna duševna poremećenost, te duševna poremećenost uopšte, a ne samo „kakva druga teža duševna poremećenost“.

Kada je reč o privremenoj duševnoj poremećenosti prema u krivičnom pravu uobičajenim kriterijumima koji se odnose na formulaciju iz člana 23. stav 2. KZ-a, tu se radi ređe o nekim normalnim stanjima, kao što su iscrpljenost, pospanost itd., a češće o nekim patološkim stanjima, koja su prolaznog, privremenog karaktera, poput jakih afekata, intoksikacije usled uzimanja alkohola ili droga, prolaznih poremećaja svesti izazvanih nekim organskim bolestima i dr.²⁰

Formulacija „druga teža duševna poremećenost“, sadržana u članu 23. stav 2. KZ-a je „dosta neodređena“, a „jasno je da tu spadaju one forme duševne poremećenosti, koje se ne mogu podvesti pod prethodne tri u zakonu izričito navedene forme, kao i da se mora raditi o težem obliku duševne poremećenosti“, gde bi se na primer, „mogle svrstati psihopatije, duševne poremećenosti usled povrede mozga, teške neuroze, teški poremećaji nagona, neke posledice hroničnog alkoholizma i dr., a u praksi će ovaj biološki osnov pre doći u obzir da bude primenjen kod bitno smanjene uračunljivosti, nego kod neuračunljivosti“.²¹

Kada određena *druga duševna poremećenost* može biti smatrana faktorom koji dovodi do stanja nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta (ili što je češće, utiče na njegovu nesposobnost voljnog prihvatanja obljube/sa obljubom izjednačenog

20 Z. Stojanović, (Komentar), *op. cit.*, str. 129.

21 *Ibidem*.

čina), predstavlja *questio facti*, koji se u praksi po logici stvari, rešava primarno na temelju nalaza i mišljenja veštaka određene struke, a to je u ovom slučaju pre svega, psihijatar. Kao što je prethodno objašnjeno, ovde u obzir dolaze po pravilu, teži oblici duševne poremećenosti (što je slično zakonskom rešenju iz člana 23. stav 2 KZ-a), kako privremenog, tako i trajnog karaktera, što predstavlja razliku u odnosu na zakonsku formulaciju iz člana 23. stav 2. KZ-a. Teško je zamisliti da poremećaj ličnosti, odnosno psihopatija bude ovakav osnov, a neki oblici teških neuroza, kao i teških poremećaja nagona, bi u odgovarajućim životnim okolnostima mogli da dovedu i do nesposobnosti lica (bolesnika/duševno poremećene osobe), za otpor u smislu zakonske formulacije iz člana 179. stav 1. Krivičnog zakonika.

3.3.1.1.4. Nemoć pasivnog subjekta

Sušтина nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta i jeste u njegovoj *nemoći*, što se jasno ogleda već u samom zakonskom nazivu krivičnog dela iz člana 179. Krivičnog zakonika.

Po pravilu, stanje nemoći pasivnog subjekta proizlazi iz nekog od drugih striktno u Zakoniku navedenih osnova, poput prethodno objašnjene primera sa stanjem „stupora“ ili nekom vrstom paralisnosti i oduzetosti lica koje boluje od nekih vrsta duševnih bolesti ili se u nekim okolnostima nalaze u posebnom patološkom duševnom stanju, naročito kada se radi o ljudima koji pate od raznovrsnih teških *fobija*, poput nekontrolisanih napada panike zbog patološkog straha od otvorenog prostora, ili obrnuto teških oblika klaustrofobije i sl.

Nemoć može nastupiti u određenim okolnostima i kod psihički i fizički, inače potpuno zdravih lica, što bi na primer, mogao biti slučaj nastupanja stanja nemoći usled nekog ogromnog prethodnog fizičkog napora i potpune iscrpljenosti i iznemoglosti pasivnog subjekta, ili usled paralisnosti strahom i sl.

3.3.1.1.5. Kakvo drugo stanje usled kojeg pasivni subjekt nije sposoban za pružanje otpora?

Izraz „kakvo drugo stanje usled kojeg pasivni subjekt nije sposoban za pružanje otpora, predstavlja veoma široku formulaciju, donekle i „kaučuk“ karaktera, koja omogućava da se svaka druga moguća vrsta „nemoći“ pasivnog subjekta, koja u konkretnom slučaju ima dovoljan stepen relevantnosti i ozbiljnosti, podvede pod stanje njegove nesposobnosti za otpor, u smislu zakonske formulacije iz člana 179. stav 1. KZ-a.

Pasivni subjekt može biti u stanju nesposobnosti za pružanje otpora i usled prethodnih radnji izvršilaca nekog drugog krivičnog dela, bilo druge inkriminacije protiv polne slobode, bilo nekog potpuno drugog krivičnog dela.

Na primer, pasivni subjekt koji je već silovan od strane više izvršilaca, se usled toga, a posebno usled svog prethodnog otpora, preživljenim povredama, prethodno primenjenoj sili i sl., nalazi u stanju potpune iscrpljenosti i „nemoći“, što ga čini nesposobnim za otpor, pa se naredne obljube ili sa njima izjednačeni činovi, više ne svode na silovanje (teži oblik ovog krivičnog dela – silovanje od strane više lica – član stav KZ-a), već se tada radi o obljubi nad nemoćnim licem. U ovom primeru, koji

se inače, često navodi u literaturi i komentarima sudske prakse,²² radi se o prethodno izvršenom krivičnom delu protiv polne slobode (osnovno krivično delo te vrste – silovanje), a do donekle slične situacije, može doći i usled prethodnog izvršenja nekog drugog krivičnog dela, tj. neke inkriminacije koja uopšte ne spada u seksualna krivična dela. Na primer, izvršioc razbojništva, ostavljaju žrtvu nakon izvršenog krivičnog dela, vezanu u stanu, gde je tu zatiče lice koje nad pasivnim subjektom koji se nalazi u stanju nesposobnosti za otpor, jer je vezan, vrši obljubu ili sa njom izjednačeni čin.

Drugo stanje nesposobnosti za otpor može nastupiti i nezavisno od bilo kojeg krivičnog dela, tj. kao posledica nekog slučaja ili više sile. Na primer, pasivni subjekt se sam i slučajno, zaglavi na spravi za vežbanje u teretani u položaju koji omogućava obljubu ili sa obljubom izjednačen čin u odnosu na njega, pa to iskoristi izvršilac koji u tim okolnostima ostvari obljubu ili sa njom izjednačen čin u odnosu na lice nesposobno za otpor.

3.4. Teži oblici obljube nad nemoćnim licem

Krivično delo obljube nad nemoćnim licem ima *dva kvalifikovana oblika*, koja postoje kada je krivično delo opciono učinjeno: 1) pod određenim posebnim okolnostima koje imaju kvalifikatorni karakter, 2) u odnosu na određene posebne starosne kategorije pasivnih subjekata što krivično delo čine težim, ili 3) ukoliko su izvršenjem osnovnog oblika obljube nad nemoćnim licem, prouzrokovane određene teže posledice koje imaju kvalifikatorni karakter.

Prvi teži oblik obljube nad nemoćnim licem (član 179. stav 2. KZ), postoji kada su u odnosu na osnovni oblik ovog krivičnog dela, ispoljene odgovarajuće kvalifikatorne okolnosti, koje se dele na *četiri kategorije*. 1) nastupanje određene teže posledice, 2) način izvršenja krivičnog dela, 3) saizvršilaštvo, te 4) uzrast pasivnog subjekta obljube nad nemoćnim licem.

Teža posledica izvršenja osnovnog oblika ovog krivičnog dela, usled čega postoji teži oblik obljube nad nemoćnim licem, alternativno može da bude: 1) nastupanje teške telesne povrede pasivnog subjekta ili 2) ako je delo imalo za posledicu trudnoću.

Način izvršenja osnovnog oblika obljube nad nemoćnim licem predstavlja posebnu kvalifikatornu okolnost – ukoliko je delo izvršeno na naročito svirep ili naročito ponižavajući način.

Posebnu kvalifikatornu okolnost predstavlja izvršenje obljube nad nemoćnim licem u saizvršilaštvu, što znači kada delo izvrši više lica.

Posebnu kvalifikatornu okolnost predstavlja i odgovarajuće posebno „svojstvo“ (uzrast) pasivnog subjekta obljube nad nemoćnim licem, tj. kada se radi o pasivnom subjektu koji je u vreme izvršenja dela navršio četrnaest godina, a još nema osamnaest (član 112. stav 9. KZ) – ukoliko je delo učinjeno prema maloletniku.

Drugi teži oblik krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem je najteži oblik ovog krivičnog dela i on alternativno postoji (član 179. stav 3. KZ-a):

22 Z. Stojanović /2008/: *Krivično pravo*, „CID“, Podgorica, str. 454.

- 1) ako je usled izvršenja osnovnog oblika ovog krivičnog dela ili njegovog prvog težeg oblika, nastupila smrt lica prema kojem je delo izvršeno (teža/najteža posledica kao kvalifikatorna okolnost) ili
- 2) ako je delo učinjeno prema detetu, što znači prema pasivnom subjektu koji u vreme izvršenja krivičnog dela, nije imao navršenih četrnaest godina života (uzrast pasivnog subjekta obljube nad nemoćnim licem kao kvalifikatorna okolnost).

Kako su kvalifikatorne okolnosti obljube nad nemoćnim licem, koje osnovni oblik ovog krivičnog dela „kvalifikuju“ da postane teži ili najteži oblik, suštinski iste ili veoma slično formulisane, kao u pogledu težih oblika silovanja, koje je osnovno krivično delo protiv polne slobode, uobičajeni rezoni jezičko-logičkog i normativnog tumačenja tih okolnosti, teorijski stavovi, kao i stavovi sudske prakse, koji se odnose na teže oblike silovanja, važe i u odnosu na teže oblike obljube nad nemoćnim licem.²³

4. PROBLEM RAZGRANIČENJA OSNOVNOG OBLIKA OBLJUBE NAD NEMOĆNIM LICEM I (NAJ)TEŽEG OBLIKA OVOG KRIVIČNOG DELA, KADA JE NJEGOV PASIVNI SUBJEKT DETE

U teoriji se smatra da kod oblika iz člana 179. stav 3., „kada je u pitanju dete, postoje teškoće u pogledu razgraničenja sa osnovnim oblikom ovog krivičnog dela“²⁴ Ovde se u stvari, ipak ni ne radi „o teškoćama“, već o jednoj logičkoj kontradikciji, koja se veoma teško može rešiti čisto „dogmatsko-normativnim rezonovanjem“, već se moraju donekle uzeti u obzir i određeni kriminalno-politički razlozi.

Naime, samim tim što je zakonodavac izvršenje obljube nad nemoćnim licem inkriminisao kao (naj)teži oblik ovog krivičnog dela (jedna od dve alternativno propisane kvalifikatorne okolnosti), on tako implicitno utvrđuje da se praktično nikada ne mogu poistovetiti dete i nemoćno lice, odnosno lice nesposobno za otpor, što znači da dete nikada ne spada u kategoriju iz člana 179. stav 1 KZ.

Iz ovoga bi proizišlo da će se dete svakako smatrati pasivnim subjektom najtežeg oblika obljube nad nemoćnim licem (član 179. stav 3. KZ), kada se ne radi o drugom krivičnom delu protiv polne slobode, čiji je pasivni subjekt dete, što znači da moraju kumulativno postojati dve osnovne situacije

- 1) Ne smeju biti ispunjena bitna obeležja drugog krivičnog dela protiv polne slobode čiji je pasivni subjekt dete, a koje suštinski podrazumeva *nekon-sensualnu obljubu* ili *nekon-sensualni sa obljubom izjednačeni čin*, što znači da se ne radi o nekom od druga dva relevantna krivična dela protiv polne slobode, u čije radnje izvršenja spadaju prinudna obljuba ili sa njom izjed-

23 Ovo se detaljnije objašnjava u delu knjige posvećenom težim oblicima silovanja. Više o tome: M. Škulić (*Silovanje...*), *op. cit.*, str. 418 – 422.

24 Z. Stojanović (*Komentar*), *op.cit.*, str. 577.

načeni čin, ili obljava/sa njom izjednačeni čin zloupotrebom položaja, čiji pasivni subjekt, takođe može biti dete, a tu spadaju:

- *silovanje* (član 178. stav 4. KZ), što znači da se radi o detetu koje je zbog svog uzrasta ili u kombinaciji sa uzrastom i drugim okolnostima iz člana 179. stav 1. KZ, *potpuno nesposobno za otpor*, te se samim tim, podrazumeva i da takvo dete ne pristaje na obljudu, pa u odnosu na dete nije primenjena sila, niti pretnja da će se neposredno napasti na njegov život ili život njemu bliskog lica, niti se radi o tzv. ucenjivačkom/iznuđivačkom silovanju deteta (član 178. stav 2. KZ), te stoga ne može biti reči o silovanju deteta, kao najtežem obliku krivičnog dela silovanja (član 178. stav 4. KZ),
 - *obljava zloupotrebom položaja* (član 181. stav 3. KZ), što znači da nije u pitanju krivično delo koje se sastoji u izvršenju obljudbe ili sa njom izjednačenog čina prema detetu od strane nastavnika, vaspitača, staroca, usvojioca, roditelja, očuha, maćehe ili drugog lica koje zloupotrebom svog položaja ili ovlašćenja izvrši obljudu ili sa njom izjednačeni čin sa detetom koje mu je povereno radi učenja, vaspitanja, staranja ili nege.
- 2) Ne sme biti u pitanju drugo krivično delo protiv polne slobode koje podrazumeva konsensualnu obljudu ili konsensualni sa obljudom izjednačeni čin u odnosu na dete, što je moguće samo ako je dete na temelju svog uzrasta, dostignute zrelosti i drugih relevantnih okolnosti, sposobno da relevantno izrazi svoju volju, tako da se ne radi o krivičnom delu obljudbe sa detetom (član 180. KZ), jer se *dete nije saglasilo sa obljudom ili činom koji je sa obljudom izjednačen*.

To praktično znači da u kontekstu pojma lica nesposobnog za otpor (član 179. stav 1 KZ), te uslova pod kojima postoje druga relevantna krivična dela protiv polne slobode (čl. 178, 180. i 181. KZ), samim tim što zakonodavac, dete svrstava u kategoriju „posebnog pasivnog subjekta“ iz člana 179. stav 3 KZ-a, on implicitno, ali prilično jasno (čak i ako to nije zaista bila „želja“ zakonodavca, te bez obzira što je to možda teorijski sporno), potpuno isključuje mogućnost da dete uopšte i bude pasivni subjekt osnovnog oblika obljudbe nad nemoćnim licem (član 179. stav 1. KZ).

Iz ovoga proizlazi i da će se svakako raditi o najtežem obliku obljudbe nad nemoćnim licem, onda (*uvek*), kada je pasivni subjekt dete, a pri tom, ne postoji neko drugo (*konkurentno*) krivično delo protiv polne slobode, izvršeno prema detetu, koje bi primarno postojalo, te eventualno, potpuno konsumiralo obljudu nad detetom kao „nemoćnim licem“.

Dakle, čini se da ovde u stvari, onda kada je dete pasivni subjekt krivičnog dela protiv polne slobode koje podrazumeva obljudu/sa njom izjednačeni čin, ni ne može postojati osnovni oblik krivičnog dela obljudbe nad nemoćnim licem (član 179. stav 1. KZ), čija je žrtva dete, već će se tada uvek (osim kada se radi o silovanju, obljudbi sa detetom ili obljudbi zloupotrebom položaja – što je moguće pod prethod-

no navedenim uslovima), uvek raditi o težem obliku obljube nad nemoćnim licem iz člana 179. stav 3. KZ.²⁵

5. STICAJ KVALIFIKATORNIH OKOLNOSTI

Kada postoji *sticaj kvalifikatornih okolnosti*, ali tako da je bar jedna od njih dovoljna za konkretan teži, odnosno najteži oblik obljube nad nemoćnim licem, postojaće samo taj jedan (naj)teži oblik ovog krivičnog dela. Tada se radi o prividnom sticaju po osnovu *alternativiteta*, ali samo kada se radi o otežavajućim okolnostima koje su alternativno formulisane za isti teži oblik krivičnog dela. Takav će slučaj na primer da bude, ukoliko je obljuba nad nemoćnim licem izvršena od strane više lica, a pri tom je nastupila teška telesna povreda pasivnog subjekta,²⁶ kada će postojati samo jedan teži oblik obljube nad nemoćnim licem iz člana 179. stav 2. KZ-a.

Obrnuto, ako je obljuba nad nemoćnim licem izvršena uz neku otežavajuću okolnost koja konstituiše najteži oblik ovog krivičnog dela (član 179. stav 3. KZ-a), na primer, pasivni subjekt je dete, a istovremeno postoji i otežavajuća okolnost propisana za teži oblik iz člana 179. stav 2. KZ-a (na primer, krivično delo je izvršeno na naročito svirep ili naročito ponižavajući način), tada najteži oblik konsumira teži oblik, te postoji samo najteži oblik obljube nad nemoćnim licem (član 179. stav 3. KZ-a).

6. OBLIK KRIVICE KOD OBLJUBE NAD NEMOĆNIM LICEM

Oblik krivice izvršioca (a to može da bude lice bilo kojeg pola), je u pogledu osnovnih oblika ovog krivičnog dela samo umišljaj, koji treba da obuhvati saznanje izvršioca u pogledu zdravstvenog stanja nemoćnog lica, odnosno drugog stanja pasivnog subjekta, usled kojeg to lice nije bilo sposobno za otpor. Izvršilac mora biti svestan da je pasivni subjekat lice koje nije sposobno za otpor.

Ukoliko je izvršilac imao pogrešnu predstavu da se pasivni subjekt ne nalazi u takvom stanju, usled kojeg nije sposoban za otpor, to se pitanje rešava prema opštim krivičnopravnim pravilima koja se odnose na stvarnu zabludu.²⁷ U pogledu svesti i

25 Pitanje je koliko je ovo opravdano u striktno normativnom smislu, pa donekle i u kriminalno-političkom pogledu, ali je veoma teško navedenu situaciju, odnosno moguću „konkurenciju“ osnovnog i težeg oblika obljube nad nemoćnim licem, te u kontekstu „konkurencije“ drugih krivičnih dela protiv polne slobode čiji pasivni subjekt može biti dete, a koje se sastoji u obljubi ili sa obljubom izjednačenom činu, rešiti/tumačiti na drugi način.

26 Naravno, do nastupanja teže posledice, koja je sama po sebi, tj. inače, bitno obeležje drugog krivičnog dela (u ovom slučaju krivično delo teške telesne povrede), mora da dođe usled nehata izvršioca, jer bi se u suprotnom (ako se takva teža posledica može pripisati umišljaju izvršioca), radilo o sticaju teške telesne povrede i osnovnog oblika obljube nad nemoćnim licem.

27 U ovom slučaju se radi o zabludi u pogledu nekih stvarnih obeležja *bića krivičnog dela*. Ovakva zabluda (*Tatbestandsirrtum*) postoji prema shvatanju nemačke krivičnopravne teorije (*die Irrtumslehre*) kada „neko prilikom činjenja krivičnog dela, nije svestan nekog zakonskog

volje izvršioca naša sudska praksa uglavnom prihvata da je dovoljno da je učinilac svestan mogućnosti da se radi o nemoćnom licu, te da pristaje da iskoristi takvo stanje pasivnog subjekta, radi izvršenja obljube ili sa njom izjednačenog čina. Dakle, sama obljuba ili sa njom izjednačen čin su umišljajne radnje i u pogledu njih po logici stvari, izvršilac uvek ima direktan umišljaj, ali kada se radi o iskorišćavanju stanja nesposobnosti za otpor, dovoljno je da izvršilac u pogledu toga (što se svodi na postojanje/nepostojanje svesti da je pasivni subjekt lice koje je nesposobno za pružanje otpora), postupa sa eventualnim umišljajem. Tako se u jednoj odluci Vrhovnog suda Srbije konstatuje: „Učinilac krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem je krivično odgovoran i kada nije siguran da lice prema kome preduzima delo, usled psihičke nemoći nije u stanju da izrazi svoju volju u pogledu vršenja polnog odnosa,²⁸ ali je svestan te mogućnosti i uprkos tome, izvršio je obljubu.“²⁹

Kod težih oblika krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem, kod kojih je kvalifikatorna okolnost nastupela teža posledica, izvršilac treba da u odnosu na tu posledicu postupi nehatno.

Kada je reč o težim oblicima kod kojih je kvalifikatorna okolnost *uzrast žrtve/pasivnog subjekta* (maloletnik ili dete), odnosno izvršenje dela od strane više lica (*sticaj izvršilaca*), kao i posebno težak način izvršenja obljube nad nemoćnim licem, što se svodi na vršenje krivičnog dela na naročito svirep ili naročito ponižavajući način, učinilac mora da bude svestan tih stvarnih obeležja, koja konstituišu teže oblik krivičnog dela.

7. ODNOS ZAKONSKE KONCEPCIJE SILOVANJA KAO PRINUDNE OBLJUBE/SA OBLJUBOM IZJEDNAČENOG ČINA I ZAKONSKE KONCEPCIJE OBLJUBE NAD NEMOĆNIM LICEM

S obzirom na koncepciju silovanja kao osnovnog krivičnog dela protiv polne slobode, gde se u inkriminaciji ne spominje „stanje volje“ pasivnog subjekta, odnosno nepostojanje pristanka na obljubu ili sa njom izjednačen čin, što se u

činjeničnog obeležja (*gesetzlichen Tatbestand*) koje pripada krivičnom delu.“ Više o tome: J. Wessels /1996/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau*, 26. neubearbeitete Auflage, „C.F. Müller Verlag“, Heidelberg, str. 121–122; U teoriji se ističe da je stvarna zablude „pogrešna predstava o nekom zakonskom činjeničnom obeležju krivičnog dela, te da lice koje tako postupa ne čini delo umišljajno, tako da se takvom „greškom“ isključuje intelektualni element umišljaja“. C. Roxin /1997/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenlehre*, 3. Auflage, „C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung“, München, str. 405.

28 Ova odluka je interesantna i stoga se što se u njoj pre svega, striktno govori o „nesposobnosti izražavanja volje“, a ne o „nesposobnosti za otpor“, pri čemu se u stvari, te „dve vrste nesposobnosti“ po svom delovanju izjednačavaju, a što je donekle nespojivo sa i tada (u vreme klasične definicije silovanja), kao i sada u kontekstu važećeg Krivičnog zakonika, važeće definicije silovanja kao neke vrste „korelativnog“ krivičnog dela u odnosu na obljubu nad nemoćnim licem, shodno čemu silovanje nije definisano kao obljuba ili sa njom izjednačen čin protivno volji pasivnog subjekta, već kao prinudna obljuba ili prinudni sa obljubom izjednačeni čin.

29 Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž.1.1367/88 od 30. septembra 1989. godine. Izvor: <https://sirius.rs/cy/praksa/wLObJQ>, dostupno 20. marta 2018. u 16.35.

stvari, na implicitan način pretpostavlja, samim tim što je primenjena prinuda u cilju realizacije obljube ili sa njom izjednačenog čina,³⁰ i u inkriminaciji iz člana 179. stav 1. KZ-a, se navodi samo „nesposobnost za otpor“, a uopšte se ne spominje (ne)pristanak pasivnog subjekta na obljudu ili sa njom izjednačen čin.

Ukoliko bi u budućnosti u krivičnom zakonodavstvu Srbije došlo do promene koncepcije silovanja, tako što bi silovanje postojalo kada se obljudu ili sa njom izjednačen čin, ostvari bez saglasnosti/pristanka pasivnog subjekta, tj. uprkos njegovom izričitom protivljenju, odnosno protivno njegovoj volji,³¹ onda bi u pravno-tehničkom, ali i suštinskom smislu, bile potrebne određene promene i u zakonskom opisu krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem. Tada više ne bi bilo adekvatno korišćenje formulacije koja ukazuje da se radi o licu koje usled svog stanja *nije sposobno za otpor*, već bi bilo potrebno ukazati da je u pitanju lice koje usled stanja u kojem se nalazi *nije sposobno da slobodno i svojom voljom pristane na obljudu ili sa njom izjednačen čin*, odnosno bila bi adekvatna neka slična formulacija (što je stvar pravne tehnike), čija je suština da pasivni subjekt nema sposobnost slobodnog odlučivanja/pristanka na relevantni seksualni akt, tj. obljudu ili sa obljudom izjednačen čin.

Naravno, ako bi „nedobrovoljni seksualni odnos“, odnosno obljudu ili sa njom izjednačen čin, bili definisani kao posebno krivično delo,³² odnosno specifična varijanta „silovanja“, a ne kao osnovni oblik silovanja, tada bi jedan od težih oblika silovanja, morao da postoji ako je do obljube ili sa njom izjednačenog čina, došlo

30 Ovdje treba imati u vidu da iz zakonske formulacije koju naš zakonodavac koristi u članu 178. stav 1. KZ-a, proizlazi da bi silovanje u krivičnopravnom smislu postojalo i u slučaju da je prema pasivnom subjektu upotrebljena prinuda (sila ili kvalifikovana pretnja), radi izvršenja obljube ili sa njom izjednačenog čina, iako on, tj. pasivni subjekt inače, pristaje na obljudu ili sa njom izjednačen čin. Do ovoga primarno može doći kada učinilac pogrešno smatra da pasivni subjekt ne pristaje na obljudu ili sa njom izjednačen čin, pa u cilju da ostvari obljudu ili sa obljudom izjednačen čin, primenjuje prinudu. Takva situacija nekada može da nastane i kada se radi o slučajevima mazohizma (mada bi se tada, po pravilu, radilo o isključenju protivpravnosti, usled pristanka povređenog), što se takođe, detaljnije objašnjava u delu teksta koji se odnosi na silovanje. Naravno, ne samo što bi ovakvi slučajevi, u praksi ipak morali biti ekstremno retki, već bi se u praksi verovatno u najvećem broju takvih slučajeva, ispoljila nemogućnost dokazivanja takvog silovanja, a naročito zato što oštećeni/pasivni subjekt („žrtva“), s obzirom da je u stvari, pristao na obljudu ili sa njom izjednačen čin, po pravilu, ne bi ni smatrao da je „zaista“ silovan, odnosno realno ne bi imao „interesa“ da krivično delo prijavljuje, ili da se u krivičnom postupku pojavljuje kao svedok/oštećeni.

31 U ovom su pogledu moguće različite formulacije, a suština je da pasivni subjekat ne pristaje na obljudu/sa obljudom izjednačen čin, što se detaljnije objašnjava u prethodnim izlaganjima koja se odnose na krivično delo silovanja, a posebno u odnosu na jednu specifičnu *novelu* (novo krivično delo protiv polne slobode, koje bi se svelo na obljudu ili sa njom izjednačen čin do čega dolazi bez prinude, ali i bez izričite saglasnosti pasivnog subjekta), od koje je u međuvremenu srpski zakonodavac odustao, a koja je inače, bila planirana na temelju relevantnih odredbi Istanbulske konvencije.

32 Ovakvo rešenje (što se detaljnije objašnjava u prethodnom delu teksta u kojem se analizira krivično delo silovanja), bilo je sadržano u poslednjem Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Srbije (novele iz novembra 2016. godine), ali je u međuvremenu zakonodavac od takve novele odustao, što se sve detaljnije objašnjava u delu teksta posvećenom krivičnom delu silovanja.

usled prinude.³³ Iz ovoga proizlazi i da bi tada bilo potrebno da se u zakonskom opisu krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem ispolje određene „paralelne formulacije“. To znači da bi bilo potrebno da se zadrži formulacija o „stanju tog lica usled kojeg ono nije sposobno za otpor“, ali da se pored toga alternativno propiše i mogućnost da se radi o „stanju pasivnog subjekta usled kojeg on nije sposoban da se slobodnom voljom izjasni o (ne)pristajanju na obljubu ili sa njom izjednačeni čin“.

8. ODNOS SILOVANJA I OBLJUBE NAD NEMOĆNIM LICEM

Kada je reč o odnosu krivičnih dela silovanja i obljube nad nemoćnim licem, bitne su *dve osnovne situacije*:

- 1) slučaj kada izvršilac u odnosu na pasivnog subjekta koji se inače, nalazi u stanju nesposobnosti za otpor, primenjuje prinudu karakterističnu za silovanje,³⁴ što znači. silu ili pretnju da će neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica; te
- 2) slučaj kada je izvršilac svojim radnjama sam doveo pasivnog subjekta u stanje nesposobnosti za otpor, pri čemu su ovde krivičnopravno relevantne *dve osnovne varijante*:
 - a) kada izvršilac umišljajno svojom aktivnošću pasivnog subjekta dovodi u stanje nesposobnosti za otpor i
 - b) kada izvršilac pasivnog subjekta bez umišljaja (što ovde znači bilo iz nehata, bilo slučajem), nekom sopstvenom aktivnošću dovodi u stanje nesposobnosti za pružanje otpora.

U prvoj osnovnoj situaciji će se najčešće raditi o krivičnom delu silovanja, ali nekada može biti u pitanju i obljuba nad nemoćnim licem, što zavisi od konkretnih okolnosti koje se mogu ili ne mogu podvesti pod bitna obeležja jednog ili drugog od ovih krivičnih dela protiv polne slobode. U drugoj osnovnoj situaciji će u prvoj varijanti biti u pitanju krivično delo silovanja, dok će se u drugoj raditi o obljubi nad nemoćnim licem.

Činjenica da je pasivni subjekat bio u stanju „nemoći“ u smislu člana 179. stav 1. KZ-a, a da je uprkos tome ili nezavisno od toga, u odnosu na njega ipak bila upo-

33 Ovakvo pravno-tehničko rešenje, koje je inače, veoma logično sa stanovišta klasičnih dogmatsko-normativnih kriterijuma, iako donekle zvuči nelogično jer osnovni oblik silovanja postaje obljuba ili sa njom izjednačen čin, a do čega ne dolazi „silom“, tj. obljuba ili sa njom izjednačeni čin se realizuju *bez prinude* (ali *protivno volji pasivnog subjekta*), je inače, skorašnjim novelama prihvaćeno u Krivičnom zakoniku Nemačke.

34 Primena prinude je u ovom slučaju *nepotrebna*, jer izvršilac, s obzirom da je pasivni subjekat lice nesposobno za otpor i bez prinude, može da ostvari obljubu ili sa njom izjednačeni čin, što ipak, zavisno od konkretnih okolnosti, koje su od značaja za pravnu kvalifikaciju krivičnog dela, odnosno odnose se na (ne)postojanje jednog ili drugog od ovih krivičnih dela protiv polne slobode, ne znači da se i tada ne radi, odnosno da se ne može raditi o prinudnoj obljubi ili prinudnom činu koji je sa obljubom izjednačen, tj. silovanju, a ne o obljubi nad nemoćnim licem.

trebljena prinuda, te tako izvršena obljuba ili sa njom izjednačen čin, bi nezavisno od toga da li se radi o silovanju ili obljubi nad nemoćnim licem, u konkretnom slučaju, svakako bila ili mogla biti cenjena kao posebna otežavajuća okolnost.

8.1. *Prva osnovna situacija koja se tiče odnosa silovanja i obljube nad nemoćnim licem*

Ukoliko bi učinilac u odnosu na pasivnog subjekta koji se nalazi u stanju usled kojeg nije sposoban za otpor (zbog duševnog oboljenja, zaostalog duševnog razvoja itd.), primenio prinudu, tj. ispoljio silu ili pretnju da će neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica, te tako izvršio obljubu ili sa njom izjednačeni čin u odnosu na takvog pasivnog subjekta, određeno krivično delo protiv polne slobode svakako postoji, ali od konkretnih okolnosti zavisi koje će krivično delo biti u pitanju. Tada će u nekim situacijama postojati krivično delo silovanja iz člana 178. KZ-a, ne obljuba nad nemoćnim licem propisana u članu 179. KZ-a, dok će u drugim situacijama ipak biti u pitanju obljuba nad nemoćnim licem.

To znači da se u prvoj osnovnoj situaciji koju prethodno teorijski navodimo može raditi o:

- 1) silovanju koje konsumira obljubu nad nemoćnim licem ili
- 2) samo obljubi nad nemoćnim licem.

Kod ove prve osnovne situacije suština je u proceni da li izvršilac iskorišćava ili ne iskorišćava stanje u kojem se nalazi pasivni subjekt, te da li je do obljube ili sa njom izjednačenog čina došlo isključivo usled iskorišćavanja stanja nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta.

Moguće je po pravilu, razlikovati *dva osnovna slučaja*; jedan kada izvršila pogrešno smatra da bez prinude ne može ostvariti obljubu ili sa njom izjednačeni čin i drugi, kada izvršilac zna da se radi o nemoćnom licu, odnosno osobi koja je nesposobna za otpor, pa uprkos tome, iz određenih razloga, poput sadističkih motiva, primenjuje prinudu i u odnosu na takvog pasivnog subjekta.

U oba ova slučaja će postojati obljuba nad nemoćnim licem, a ne silovanje, ukoliko izvršilac obljubu ili sa njom izjednačen čin ostvaruje, tako što *iskorišćava stanje* nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta, što znači da do obljube/sa obljubom izjednačenog čina ne dolazi usled primenjene prinude. Tada je prinuda neka vrsta „dodatne aktivnosti“ izvršioca, ali ona ne predstavlja *sredstvo* kojim se izvršilac služi da bi ostvario obljubu ili sa njom izjednačen čin, te je u stvari, „nepotrebna“ radi izvršenja obljube ili sa njom izjednačenog čina. Prinuda je suvišna u ovoj situaciji, jer izvršilac obljubu ili sa njom izjednačen čin realizuje, tako što iskorišćava stanje koje pasivnog subjekta čini nesposobnim za otpor, a ne tako što prinudom pasivnog subjekta primorava na obljubu/sa obljubom izjednačen čin. To znači i da prinuda u ovom slučaju uopšte nije u funkciji obljube ili sa njom izjednačenog čina, već služi nekim drugim porivima izvršioca, što naravno, može imati značaj posebne otežavajuće okolnosti.

Radiće se o obljudi nad nemoćnim licem, a ne o silovanju, onda kada izvršilac *iskorišćava stanje* pasivnog subjekta usled kojeg nije sposoban za otpor, čega je izvršilac svestan, a prinudu primenjuje iz nekih drugih motiva, a ne da bi zahvaljujući njoj ostvario obljudu ili sa njom izjednačen čin, jer i inače, te radnje može da izvrši s obzirom da se radi o licu koje nije sposobno za otpor. U ovom slučaju se realno ne može govoriti o *primoravanju* pasivnog subjekta na obljudu ili sa obljudom izjednačeni čin jer nikakva prinuda nije potrebna, pošto se radi o pasivnom subjektu koji je nesposoban za otpor, a izvršilac je toga svestan, te se stoga neće raditi o silovanju, već o krivičnom delu obljudbe nad nemoćnim licem, a primena prinude (iz drugih motiva izvršioca, a ne radi primoravanja pasivnog subjekta na obljudu/sa obljudom izjednačeni čin), bi se svakako, tretirala kao otežavajuća okolnost u konkretnom slučaju.

Biće u pitanju silovanje, a ne obljudba nad nemoćnim licem, ukoliko izvršilac *primenjujući prinudu*, vrši obljudu ili sa njom izjednačen čin, ali pri tom, uopšte *ne iskorišćava stanje* nesposobnosti za otpor u kojem se nalazi pasivni subjekt, te vrši prinudnu obljudu ili sa njom izjednačeni čin, potpuno nezavisno od stanja „nemoć“ pasivnog subjekta.

Naime, obljudba ili sa njom izjednačeni čin, ipak *mogu suštinski biti prinudni*, čak i onda kada prinuda u konkretnim okolnostima, uopšte realno nije bila potrebna radi realizacije obljudbe ili sa obljudom izjednačenog čina. U takvom slučaju ipak postoji silovanje, a ne obljudba nad nemoćnim licem. Na primer, izvršilac vezuje pasivnog subjekta, koji je inače, lice nesposobno za otpor i tako nad vezanim pasivnim subjektom ostvaruje obljudu ili sa njom izjednačen čin. U prilog ovom tumačenju govore i kriminalno-politički razlozi, jer nije logično da nesporno primenjena prinuda na obljudu ili sa njom izjednačeni čin, ne bude tretirana kao klasično/najklasičnije i tradicionalno krivično delo protiv polne slobode, a to je silovanje.

Kao što je prethodno već objašnjeno, u praksi je verovatno teško zamislivo da se radi o licu potpuno nesposobnom za otpor u odnosu na koje izvršilac primenjuje prinudu da bi tako ostvario obljudu ili sa njom izjednačeni čin, a češće bi po logici stvari, bilo da je u pitanju lice koje je samo donekle nesposobno za otpor, odnosno ne može zbog stanja u kojem se nalazi da pruži potpun i efikasan otpor, a onda i tu dodatno smanjenu ili osujećenu mogućnost otpora, izvršilac „slama“ ili potpuno eliminiše, korišćenjem prinude. U takvom slučaju se, naravno, svakako radi o silovanju, a takva situacija je u praksi i (naj)očiglednija. Naime, tada prinuda sa staništa izvršioca ima i svojevrstan svrsishodan karakter, te se bar delimično nalazi u funkciji realizacije obljudbe/sa obljudom izjednačenog čina, jer pasivni subjekt u ovom slučaju ipak ima sposobnost za otpor u odgovarajućem relevantnom stepenu.

Dakle, iako načelno smatramo da su prinudna obljudba ili sa obljudom izjednačeni čin, tj. silovanje, mogući pod određenim uslovima (kao u prethodno navedenom primeru) i kada se radi o licu koje je potpuno nesposobno za otpor, u praksi bi ovo svakako primarno bio slučaj, onda kada ipak ne postoji neka apsolutna nesposobnost pasivnog subjekta za otpor, već je on zbog stanja u kojem se nalazi, samo

bitno osujećen u svojim mogućnostima otpora. To inače, najčešće i jeste slučaj u praksi, kada je u pitanju primena prinude u odnosu na lice koje je u stanju „bitne, ali ne i apsolutne osujećenosti mogućnosti otpora“.³⁵

U ovoj situaciji silovanje s jedne strane, konsumira obljubu nad nemoćnim licem, u delu ove inkriminacije koji se odnosi na radnju izvršenja – obljuba ili sa njom izjednačeni čin, a s druge strane, ne samo što su u ovom slučaju ispunjena sva bitna obeležja krivičnog dela silovanja, već nisu ni inače, u potpunosti ostvarena bitna obeležja inkriminacije obljuje nad nemoćnim licem, s obzirom da učinilac uopšte *aktivno ne iskorišćava* stanje u kojem se pasivni subjekat nalazi, a usled kojeg nije sposoban za otpor, već primenjujući prinudu vrši obljubu ili sa njom izjednačeni čin. Praktično, izvršilac uopšte ne koristi stanje nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta, da bi zahvaljujući takvom stanju pasivnog subjekta ostvario obljubu ili sa njom izjednačeni čin, već primenjuje prinudu i tako vrši obljubu ili sa njom izjednačeni čin, čime ostvaruje bitne elemente krivičnog dela silovanja.

Ovde čak i nije od značaja za postojanje silovanja da li izvršilac primenjuje prinudu, pogrešno smatrajući da je ona neophodna da bi izvršio obljubu ili sa njom izjednačeni čin, tj. kada izvršilac uopšte nije svestan da se radi o pasivnom subjektu koji nije sposoban za otpor ili je toga svestan, ali iz određenih sopstvenih motiva, poput sadizma, nesposobnosti da se na drugi način seksualno uzbudi, dodatne patološke seksualne stimulacije itd., primenjuje prinudu, mada „za tim u stvari, nije bilo potrebe“. U obe ove situacije će postojati krivično delo silovanja, a ne obljuba nad nemoćnim licem, ukoliko izvršilac *ne iskorišćava stanje pasivnog subjekta*, a *primenjuje prinudu* prema njemu, te tako vrši obljubu ili sa njom izjednačeni čin. Motivi izvršioca u drugoj situaciji, odnosno primena prinude u odnosu na nemoćno lice i onda kada je izvršilac svestan da se radi o licu koje je nesposobno za otpor, bi pri tom, mogli biti tretirani kao otežavajuća okolnost u konkretnom slučaju.

U ovom slučaju bi se zavisno od konkretnih okolnosti, moglo raditi i o težem obliku silovanja (član 178. stav 3. KZ-a), a naročito ako je u pitanju maloletno lice ili je delo izvršeno na naročito ponižavajući način (što je posebno moguće s obzirom na stanje u kojem se pasivni subjekat nalazi), a mogao bi biti u pitanju i teži oblik silovanja iz člana 178. stav 4. KZ-a, ako se radi o detetu kao pasivnom subjektu ovog krivičnog dela.

Naravno i kada se radi o težim oblicima silovanja u ovim situacijama, neophodno je da učinilac primenjujući prinudu, tj. zahvaljujući sili ili pretnji da će neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta, u pogledu kojeg inače, postoji odgovarajuće stanje (duševno oboljenje zaostali duševni razvoj itd.), u odnosu na njega ostvari obljubu ili sa njom izjednačeni čin.

To znači da ukoliko postoji kombinacija bitnih faktora, odnosno *sredstava/nadžina realizovanja prinude* (sila ili kvalifikovana pretnja) i *relevantnog stanja nemo-*

35 To zaista najčešće i jeste slučaj, a sam izvršilac po pravilu, ne mora ni da bude svestan u kojem stepenu je pasivni subjekt, zaista realno (ne)sposoban za otpor, pa tako na primer, u primeru koji se navodi u osnovnom tekstu, a koji se odnosi na lice u nesvesti, nije izvesno koliko će gubitak svesti da traje, te da li će i u kojoj meri pasivni subjekt, koji je došao svesti, tada biti sposoban za otpor, da li će otpor ispoljiti, u kojoj meri bi to moglo biti efikasno i sl.

ći pasivnog subjekta (duševno oboljenje, zaostali duševni razvoj itd.), koji učinio u omogućavaju obljubu ili sa njome izjednačeni čin, tako da on koristi prinudu u tom cilju, ali u isto vreme i *kombinovano*, iskorišćava i stanje nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta (u smislu člana 179. stav 1. KZ-a), tada će se takođe, raditi o krivičnom delu silovanja (član 178. KZ), a ne o obljudi nad nemoćnim licem (član 179. KZ).

Čak i kada je učinilac primenio prinudu, pogrešno smatrajući da samo tako može ostvariti obljubu ili sa njom izjednačeni čin u odnosu na pasivnog subjekta, u pogledu kojeg prinuda uopšte i nije bila potrebna, jer se nalazio u stanju nesposobnosti pružanja otpora, postojaće krivično delo silovanja, jer su i tada ostvarena sva bitna obeležja inkriminacije iz člana 178. stav 1. Krivičnog zakonika. Naime, tada se radi o prinudnoj obljudi ili sa njom izjednačenom činu, jer postoji *sticaj i prinude i odgovarajuće seksualne radnje* kod učinioca (obljuba ili sa obljudom izjednačeni čin), kao što se to i prema zakonskom opisu, zahteva za postojanje inkriminacije iz člana 178. KZ-a, bez obzira što u ovom slučaju, prinuda uopšte i nije bila potrebna da bi se realizovala obljuba ili sa njom izjednačeni čin. Takođe, kako u takvoj situaciji učinilac uopšte i nema svest da ostvaruje obljubu ili sa obljudom izjednačeni čin u odnosu na nemoćno lice, odnosno pasivnog subjekta koji usled duševnog oboljenja, zaostalog duševnog razvoja itd., nije u stanju koje ga čini sposobnim za otpor, već pogrešno veruje da vrši prinudnu obljubu/sa obljudom izjednačeni čin, ne može se smatrati da takav učinilac uopšte i iskorišćava takvo stanje „nemoći“, tj. nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta, već se tada radi o učiniocu koji vrši prinudnu obljubu ili sa njom izjednačeni čin, što znači da će u ovakvom slučaju biti u pitanju krivično delo silovanja, a ne obljudi nad nemoćnim licem. Naravno, i već spominjani kriminalno-politički razlozi idu u prilog ovakvom tumačenju.

Silovanje će postojati u ovakvoj situaciji, jer su ispunjena sva bitna obeležja ovog krivičnog dela – izvršilac primenjuje silu ili pretnju da će neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta, ili njemu bliskog lica, te vrši obljubu ili sa njom izjednačen čin.

Naravno, ovde treba imati u vidu da pretnja kao oblik prinude, po pravilu nema krivičnopravno relevantni značaj kada se radi o pasivnom subjektu nesposobnom za otpor, kao na primer, kada je reč o toliko mentalno zaostalom licu da ono uopšte ne shvata značaj konkretne pretnje ili ukoliko se pretnja upućuje licu koje je i inače, u potpuno nesvesnom stanju. To znači da bi se prinuda u ovoj prvoj situaciji koja se tiče odnosa između silovanja i obljudi nad nemoćnim licem, po pravilu, ispoljavala kao sila, poput prethodno navedenog primera, vezivanja pasivnog subjekta.

8.2. *Druga osnovna situacija koja se tiče odnosa silovanja i obljudi nad nemoćnim licem*

Ukoliko je sam izvršilac pasivnog subjekta umišljajno doveo u stanje nesposobnosti za otpor, tako što mu je na primer, davao neke psihoaktivne supstanci,

odnosno opojne droge,³⁶ ili to učinio na neki drugi relevantan način,³⁷ onda bi se takva „prethodna“ radnja izvršioca, smatrala primenjenom silom, kao vidom prinude, te ako bi potom, izvršilac nad takvim pasivnim subjektom (kojeg je sam „učinio nesposobnim za otpor“), izvršio obljubu ili sa njom izjednačen čin, radilo bi se o silovanju, a ne o obljubi nad nemoćnim licem.

Potrebno je da izvršilac prinudu primenjuje umišljajno, jer i inače, silovanje, kao i druga krivična dela protiv polne slobode, mogu biti samo umišljajna,³⁸ kada je reč o njihovom subjektivnom aspektu, odnosno mogućem obliku krivice. To u ovom primeru znači da je izvršilac sa umišljajem primenio određeno sredstvo kojim pasivnog subjekta „onesposobio“, tj. učinio nesposobnim za otpor, te potom u odnosu na njega izvršio obljubu ili sa njom izjednačeni čin.

Ukoliko je izvršilac pasivnog subjekta nekom svojom aktivnošću doveo u stanje nesposobnosti za otpor, ali to nije učinio umišljajno, što bi na primer, bilo moguće ako bi mu iz nehata dao neko psihoaktivno sredstvo koje ga čini nesposobnim za otpor ili je to čak učinio potpuno slučajno, te potom pasivnog subjekta „u stanju nemoći“, obljubio ili nad njim izvršio drugi sa obljubom izjednačeni čin, tada se neće raditi o silovanju. Ne može postojati silovanje u ovoj situaciji, jer prinuda (sila kao

- 36 Primenu određenih psihoaktivnih u odnosu na pasivnog subjekta silovanja od strane izvršioca, koji time sebi sa umišljajem omogućava izvršenje obljube ili sa njome izjednačenog čina u odnosu na pasivnog subjekta, treba smatrati *vidom sile*, što je u krivičnopravnom smislu oblik prinude. Kada je reč o primeni takvih sredstava u kontekstu krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem, onda za razliku od njihove primene kod silovanja (kao vid prinude, odnosno sile), u obzir dolaze samo ona psihoaktivna sredstva koja pasivnog subjekta „onesposobljavaju“, tj. čine ga *nesposobnim za otpor*, tako što ga uspavljaju, parališu itd, a ne i psihoaktivna sredstva koja deluju afrodisijajski, tj. snažno/neizdrživo seksualno stimulišu lice kojem se daju. Takva sredstva mogu da se koriste od strane izvršioca kao vid prinude, kada se radi o krivičnom delu silovanja, ali ona ne mogu da budu način dovođenja pasivnog subjekta u stanje nesposobnosti za otpor, što je jedno od bitnih obeležja krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem.
- 37 Nije lako pronaći neke primere takvog „drugog načina“ činjenja pasivnog subjekta nesposobnim za otpor, osim primene određenih psihoaktivnih supstanci, a moglo bi se na primer (što se naravno, legitimno može navoditi u teorijskom smislu, ali je to u praksi ipak ekstremno retko, ali je ikada i zabeleženo), raditi o primeni hipnoze, kojom se pasivni subjekt „otupljuje“, parališe i sl., odnosno čini nesposobnim za otpor.
- 38 Interesantno je da se u važećem Zakoniku o krivičnom postupku, implicitno „tvrdi“ da *ipak postoje* i neka krivična dela protiv polne slobode koja se mogu izvršiti iz nehata. Tako se u članu 141. stav 2. tačka 2. Zakonika o krivičnom postupku, navodi da u odluci o izricanju krivične sankcije koja se sastoji u lišenju slobode, prvostepeni sud može po službenoj dužnosti odrediti da se uzorak za forenzičko-genetičku analizu, između ostalog, uzme i od – „okrivljenog koji je oglašen krivim za umišljajno krivično delo protiv polne slobode“ (*sic*). Kada ovde kao uslov navodi da se mora raditi o *umišljajnom krivičnom delu protiv polne slobode*, zakonodavac pravi grubu i skoro neverovatnu *laičku grešku*, jer su krivična dela protiv polne slobode u srpskom krivičnom zakonodavstvu po definiciji *isključivo umišljajna*. Na primer, kada je reč o najtipičnijem (klasičnom) krivičnom delu protiv polne slobode, *nemoguće je zamisliti silovanje koje bi se izvršilo iz nehata*, bar ne u kontekstu pozitivnog krivičnog zakonodavstva Srbije. Uporedi: M. Škulić /2017/: *Krivično procesno pravo*, deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017., str. 242. Više o tome i: M. Škulić i G. Ilić /2012/: *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – jedan korak napred, dva koraka nazad*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Pravni fakultet u Beogradu i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, Adresa za preuzimanje teksta sa sajta: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>.

jedan od njenih oblika), nije primenjena umišljajno od strane izvršioca. To znači da izvršilac, kada se radi o nesvesnom nehatu ili slučaju, uopšte nije svestan da pasivnog subjekta svojom radnjom dovodi u stanje nesposobnosti za otpor (intelektualni element), kada kod njega, po logici stvari, ne može postojati ni voluntativni element umišljaja, ili je toga svestan, ako postupa sa svesnim nehatom, ali olako drži da do nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta neće doći ili će to moći da spreči, što znači da ni tada, nema relevantnog voluntativnog elementa umišljaja.

To znači da čak i da je izvršilac postupio sa svesnim nehatom u pogledu dovođenja pasivnog subjekta u stanje nesposobnosti za otpor, tako što mu je na primer, dao određenu opojnu drogu ili alkoholno piće u nekoj većoj količini, svestan da će to dovesti ili bi moglo dovesti do „onesposobljavanja“ tog lica, ali bez htenja/pristanja na to, neće se raditi o prinudi kao elementu silovanja, jer i nju, kao naravno i obljudu ili sa njom izjednačeni čin (što praktično „u zbiru“ čini silovanje), izvršilac mora primeniti umišljajno, pa bi i u ovakvom slučaju postojalo krivično delo obljudbe nad nemoćnim licem.

Naravno, u obe ove prethodno objašnjene situacije, kada izvršilac pasivnog subjekta svojom radnjom čini nesposobnim za otpor, ali to ne čini umišljajno, zbog čega se ne radi o silovanju, za postojanje obljudbe nad nemoćnim licem, mora postojati određeni neophodni subjektivni element. To znači da je neophodno da kod izvršioca u odnosu na tako izvršenu obljudbu ili sa obljudbom izjednačeni čin, postoji odgovarajući oblik krivice, a to je umišljaj, što je i inače, neophodno u pogledu svih krivičnih dela protiv polne slobode. Izvršilac naravno, mora biti svestan i da obljudbu/sa obljudbom izjednačeni čin vrši u odnosu na lice koje je nesposobno za otpor, te da to čini protiv volje pasivnog subjekta, kada se radi o pasivnom subjektu koji s obzirom na stanje u kojem se nalazi, može imati relevantnu volju.

8.3. *Mogućnost/nemogućnost sticaja između silovanja i obljudbe nad nemoćnim licem*

Silovanje i obljudba nad nemoćnim licem nikada ne mogu biti u *idealnom sticaju*, jer kada se radi o jednoj obljudbi ili jednom sa obljudbom izjednačenom činu, bilo da je reč o prinudnoj obljudbi ili prinudnom sa obljudbom izjednačenom činu ili kada je u pitanju jedna obljudba ili sa njom izjednačen čin do čega dolazi iskorišćavanjem stanja nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta, svakako postoji ili jedno ili drugo krivično delo protiv polne slobode, što znači, jedno silovanje ili jedna obljudba nad nemoćnim licem.³⁹ Kao što je prethodno već objašnjeno, u nekim situacijama silovanje konsumira obljudbu nad nemoćnim licem, pa bi se tada radilo o prividnom idealnom sticaju, po osnovu konsumpcije. U našoj teoriji se i inače, smatra da silovanje konsumira i neka druga krivična dela poput lake telesne povrede,⁴⁰ mada se to stanovište inače, više zasniva na nekim uobičajenim praktičnim razlozima i rezonima, nego na čisto normativno-dogmatskom kriterijumu.⁴¹

39 Uporedi: Z. Stojanović, M. Škulić i V. Delibašić /2018/: *Osnovi krivičnog i krivičnog procesnog prava*, Advokatska komora Srbije, Beograd, str. 168.

40 Đ. Lazin /1982/: *Prividni idealni sticaj krivičnih dela*, „Privredna štampa“, Beograd, str. 143–144.

41 Naime, čini se da je u najvećem broju slučajeva ipak moguć sticaj između lake telesne povrede i silovanja, što je posebno jasno (tada i nema izuzetka) ukoliko se prinuda ispoljavala u

Silovanje i obljava nad nemoćnim licem po pravilu, ne mogu biti ni u *realnom sticaju*, tako što bi u istoj ili vremenski bitno povezanoj situaciji, isti izvršilac izvršio oba ova krivična dela prema istom pasivnom subjektu. To znači da će se zavisno od konkretnih okolnosti koje se odnose na bitna obeležja jednog ili drugog od ovih krivičnih dela protiv polne slobode, u praksi skoro uvek, ali ipak ne i isključivo, postojati bilo silovanje, bilo obljava nad nemoćnim licem.

Realni sticaj između silovanja i obljube nad nemoćnim licem, je ipak moguće zamisliti u određenim veoma specifičnim situacijama, što bi po logici stvari, svaka-ko moralo/moglo biti ekstremno retko u praksi.

Naime, ako se pasivni subjekat krivičnog dela nalazi u određenom permanentnom stanju nesposobnosti za otpor,⁴² onda će se raditi o krivičnom delu obljube nad nemoćnim licem, ako izvršilac iskoristi takvo stanje pasivnog subjekta, pa u odnosu na njega izvrši obljudu ili sa njom izjednačen čin. Ukoliko je u odnosu na takvog subjekta izvršilac primenio silu ili kvalifikovanu pretnju (pretnju da će napasti na život tog lica ili njemu bliskog lica),⁴³ te ostvario prinudnu obljudu ili sa obljudom izjednačen čin, onda samo pod određenim uslovima (detaljno objašnjenim u prethodnom tekstu),⁴⁴ može biti reč o krivičnom delu silovanja, a ne o obljudi nad nemoćnim licem, bez obzira što se pasivni subjekat inače nalazi u stanju nesposobnosti za otpor.⁴⁵

Međutim, kada je u pitanju pasivni subjekt koji inače, nije u permanentnom/konstantom i nepromenljivom stanju nesposobnosti za otpor, već je on samo u određenom privremenom stanju koje ga onemogućava u potencijalnom otporu, moguće je zamisliti i da u odnosu na njega učinilac izvrši u sticaju, kako obljudu nad nemoćnim licem, tako i silovanje.

kvalifikovanoj pretnji, koja dakle, ne obuhvata primenu direktne sile, pa samim tim ne može biti ispoljena ni u bilo kakvoj povredi. Po pravilu se međutim, ne preduzima krivično gonjenje i za silovanje i za laku telesnu povredu nanetu prilikom izvršenja silovanja. U većini slučajeva bi se to moglo smatrati rezonovanjem da postoji prividni sticaj po osnovu inkluzije, ali smo mi mišljenja da je tada u stvari reč o postupanju po principu oportuniteta koji je faktičke prirode, a u praksi je ovde naravno, od posebnog značaja i to što se za laku telesnu povredu goni po privatnoj tužbi, a teško je zamisliti da bi se oštećeni krivičnim delom silovanja, još „dodatno“ upuštao i u krivično gonjenje podnošenjem svoje privatne tužbe, kada i inače za daleko teže i oficijelno krivično delo, krivično goni javni tužilac. Više o tome: M. Škulić, (*Silovanje...*), *op. cit.*, str. 402–403.

- 42 U prethodnom delu teksta je objašnjena *teorijska podela* stanja nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta prema kriterijumu *trajanja/trajnosti stanja* nesposobnosti za pružanje otpora, a po kojem se takva stanja dele na permanentna (konstantna) i povremena (vremenski ograničena i „temporalna“) stanja te vrste, što je ovde, tj. prilikom analize odnosa silovanja i obljube nad nemoćnim licem, od posebnog značaja.
- 43 Ovde u obzir, kao i inače, kada se prinuda kod silovanja ispoljava u obliku pretnje, dolazi u obzir i tzv. ucenjačko/iznuđivačko silovanje, tj. pretnja izvršioca da će se za pasivnog subjekta ili njemu blisko lice otkriti nešto što bi škodilo njegovoj časti ili ugledu („ucena“ pasivnog subjekta), ili pretnja drugim teškim zlom („*iznuda*“ u odnosu na pasivnog subjekta).
- 44 Ovo teorijski ipak nije sasvim nesporno, te mogu se isticati i određeni teorijski kontraargumenti, mada se takvo tumačenje ipak čini ispravnim, a ono je svakako očigledno opravdano iz kriminalno-političkih razloga.
- 45 U delu teksta koji se tiče odnosa krivičnih dela silovanja i obljube nad nemoćnim licem, detaljnije se objašnjavaju uslovi pod kojima je moguća ovakva pravna kvalifikacija.

Sticaj između silovanja i obljuje nad nemoćnim licem je moguć kada su kumulativno ispunjena *tri uslova*:

- 1) mora postojati *više obljava ili sa obljubom izjednačeni činova*, koje isti izvršilac vrši u odnosu na *istog pasivnog subjekta*, te uz postojanje i odgovarajućeg vremenskog razmaka između takvih relevantnih seksualnih radnji, odnosno više obljava ili sa obljubom izjednačenih činova,
- 2) neophodno je da postoji *relevantna promena stanja pasivnog subjekta*, tako da je on u vreme izvršenja jedne obljuje/sa obljubom izjednačenog čina, bio sposoban za pružanje otpora, dok u vreme izvršenja druge obljuje ili sa njom izjednačenog čina od strane istog izvršioca, pasivni subjekat, nije bio sposoban za pružanje otpora, ili je obrnuto pasivni subjekat prvo bio sposoban za pružanje otpora, a kasnije je ta sposobnost nestala, te
- 3) potrebno je da *nesposobnost pasivnog subjekta za pružanje otpora, nije nastupila usled delovanja izvršioca*, tj. da se ne može smatrati primenjenom silom od strane izvršioca, ili ishodom sile koju je primenio izvršilac.

Ovo se može ilustrovati određenim primerima, koji se odnose na dve osnovne situacije:

- 1) kada je pasivni subjekat *prvo bio sposoban za otpor*, a *potom* je tu sposobnost, potpuno nezavisno od delovanja izvršioca, pasivni subjekat izgubio i
- 2) kada je pasivni subjekat *prvo bio nesposoban za otpor* (takođe, potpuno nezavisno od delovanja izvršioca), a *nakon toga*, je pasivni subjekat povratio/zadobio sposobnost pružanja otpora.

Na primer, izvršilac primeni prinudu i izvrši obljubu ili sa njom izjednačen čin u odnosu na pasivnog subjekta, koji je inače bio sposoban za otpor, a potom kada je pasivni subjekat bio u nesvesti (do čega nije došlo usled delovanja izvršioca, već potpuno nezavisno od njega, na primer, usled epileptičnog napada), što znači da je pasivni subjekat nesposoban za otpor, izvršilac iskoristi takvo stanje pasivnog subjekta, te bez ikakve prinude u odnosu na njega izvrši (ponovo) obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin. U ovom primeru je pasivni subjekat, prvo bio u stanju koje ga čini sposobnim za otpor, a potom se našao u stanju nesposobnosti za otpor, tj. tek kasnije nakon prve obljuje ili sa njom izjednačenog čina, uz primenu prinude (silovanje), pasivni subjekat gubi sposobnost za otpor, te je u vreme izvršenja druge obljuje/sa obljubom izjednačenog čina on u (promenjenom) statusu lica koje nije sposobno za otpor, te stoga tada postoji obljuba nad nemoćnim licem.

Obrnuto u odnosu na prethodni primer, moguće je da se pasivni subjekat nalazi u stanju teže alkoholisanosti ili je pod uticajem opojnih droga i sl., te usled toga nije sposoban za otpor, pa takvo stanje pasivnog subjekta iskoristi izvršilac i u odnosu na njega izvrši obljubu ili sa njom izjednačen čin, ostvarujući tako bitna obeležja krivičnog dela obljuje nad nemoćnim licem. Potom se pasivni subjekat „osposobljuje“ za otpor, tj. trezni se ili prestaje/umanjuje se dejstvo alkoholisanosti i sl., te tada izvršilac ponovo vrši obljubu/sa obljubom izjednačeni čin, ali pri tom,

ovog puta u odnosu na pasivnog subjekta koji je sada sposoban za otpor, izvršilac primenjuje prinudu, što znači da tada postoji krivično delo silovanja.

Inače, ove prethodno objašnjene obe moguće varijante realnog sticaja između silovanja i obljube nad nemoćnim licem, podrazumevaju „smenu ova dva krivična dela“ u odnosu na pasivnog subjekta „u promenjenom stanju (ne)sposobnosti za otpor“. To znači da se u odnosu na pasivnog subjekta, pod određenim uslovima, prvo vrši silovanje, pa potom obljuba nad nemoćnim licem ili obrnuto, prvo silovanje, pa zatim, obljuba nad nemoćnim licem, tako da se na taj način „kombinuju ova dva krivična dela protiv polne slobode“, što ne treba poistovećivati sa slučajem *prethodnog pristanka* pasivnog učesnika seksualne radnje, tj. obljube ili sa obljubom izjednačenog čina. Tu se može raditi o privremenoj duševnoj poremećenosti, izazvanoj „delatnostima same žrtve“ (poput teškog opijanja ili uzimanja opojnih droga), kada „neće postojati obljuba nad nemoćnim licem, ako je pristanak na obljubu dat pre dovođenja u stanje privremene duševne poremećenosti, a obljuba je izvršena dok se žensko lice nalazilo u ovom stanju“.⁴⁶

9. ZAKLJUČAK

Obljuba nad nemoćnim licem je jedno od „tradicionalnih“ krivičnih dela protiv polne slobode u krivičnom zakonodavstvu Srbije, koje je na suštinski istovetan način postojalo decenijama u našem zakonodavstvu, a promena koncepcije silovanja u pozitivnom Krivičnom zakoniku, koja se svela na alternativno definisane radnje izvršenja, te omogućavanje da, kako aktivni akter, tj. izvršilac, tako i pasivni subjekat ovog krivičnog dela, budu bilo muškog, bilo ženskog pola, je naravno, prihvaćena na odgovarajući način i u zakonskoj koncepciji obljube nad nemoćnim licem.

Ako se silovanje u našem krivičnom zakonodavstvu nekim budućim novelama definiše tako da obuhvati ne samo prinudnu obljubu ili prinudni sa njom izjednačen čin, već svaku takvu radnju protivno volji pasivnog subjekta (što je zahtev sadržan u Istanbulske konvenciji),⁴⁷ to će svakako dovesti i do potrebe za odgovarajućim redefinisanjem inkriminacije obljube nad nemoćnim licem, tako što će se pasivni subjekt definisati alternativno:

- 1) bilo kao lice koje je nesposobno za otpor (kao što je to i sada u članu 179. stav 1. KZ),

46 LJ. Lazarević /2010/: *Krivično pravo – posebni deo*, 10. izmenjeno izdanje, „Savremena administracija“, Beograd, str. 222.. Citirani autor (LJ. Lazarević), u kontekstu ranije važećeg zakonskog rešenja (kada je autor i pisao), govori o pristanku „na obljubu“, te samo o „ženskom licu“ kao pasivnom subjektu/žrtvi obljube nad nemoćnim licem, a treba imati u vidu da prema sada važećem Krivičnom zakoniku u obzir dolazi kako obljuba, tako i sa njom izjednačeni čin, dok pasivni subjekt (kao i izvršilac), može biti kako žensko lice, tako i lice muškog pola.

47 Ovde nije od značaja da li će se raditi o novoj/modifikovanoj definiciji silovanja, tako što će se ovakva inkriminacija svesti na jedan poseban oblik krivičnog dela silovanja ili će se raditi o novom posebnom krivičnom delu protiv polne slobode. To pitanje je relevantno samo u pravno-tehničkom smislu i sa stanovišta zakonske sistematike, ali ne i suštinski sa stanovišta zahteva iz Istanbulske konvencije, koji se u ovom pogledu svode na inkriminisanje svakog vida nedobrovoljnog seksualnog čina.

- 2) bilo kao lice koje zbog stanja u kojem se nalazi, ne može da izrazi svoje nepristajanje na obljubu ili sa njom izjednačen čin.

I sada, što znači već u kontekstu važećeg zakonskog rešenja u članu 179. KZ-a, bez obzira što se u zakonskom opisu krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem, pasivni subjekt definiše samo kao lice koje nije sposobno za otpor (što se u suštini čini „korelativno“ važećoj zakonskoj definiciji silovanja kao prinudne obljube/prinudnog sa obljubom izjednačenog čina), u delu krivičnopravne teorije, kao i u sudskoj praksi, najčešće se prihvata da je suštinska osobenost obljube nad nemoćnim licem u mnogim situacijama u praksi, da pasivni subjekt koji je u stanju nesposobnosti za otpor, zbog stanja u kojem se nalazi, nije u mogućnosti da izrazi relevantan pristanak na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, odnosno *ne pristaje* na obljubu ili sa njom izjednačen čin.

Iz ovoga proizlazi da kod nas već dugo, kako krivičnopravna teorija, tako i sudska praksa, donekle „idu ispred“ zakonskog rešenja, kada se radi o odnosu silovanja (definisanog u Krivičnom zakoniku kao prinudna obljuba/sa obljubom izjednačeni čina i obljube nad nemoćnim licem, odnosno nesposobnosti pasivnog subjekta tog krivičnog dela da svojom slobodnom voljom izrazi (ne)saglašavanje sa obljubom ili sa njom izjednačenim činom.

LITERATURA

- Atanacković, D., *Krivično pravo – posebni deo*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Privredna štampa“, Beograd, 1981.
- Babić, M. i Marković, I., *Krivično pravo – posebni dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2013.
- Wessels J., *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau*, 26. neubearbeitete Auflage, „C.F. Müller Verlag“, Heidelberg, 1996.
- Gardner, T.J. and Manian, V., *Criminal Law – Principles, Cases and Readings*, „West Publishing Company“, Second Edition, St. Paul, New York, Los Angeles, San Francisco, 1980.
- Grupa autora (red. N. Srzentić), deo koji je pisao B Kraus, *Komentar Krivičnih zakona SR Srbije, SAP Vojvodine i SAP Kosova*, „Savremena administracija“, Beograd, 1981.
- Đokić, I., *Kriminalnopolitička opravdanost inkriminisanja polnog uznemiravanja u Republici Srbiji*, zajedničko izdanje Crimen-a i Revije za kriminologiju i krivično pravo, broj 2–3/2017, Beograd, 2017.
- Lazarević, LJ., *Krivično pravo – posebni deo*, 10. izmenjeno izdanje, „Savremena administracija“, Beograd, 2010.
- Lazin, Đ., *Prividni idealni sticaj krivičnih dela*, „Privredna štampa“, Beograd, 1982.
- Roxin, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Auflage, „C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung“, München, 1997.
- Stojanović Z., *Krivično pravo*, „CID“, Podgorica, 2008.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, sedmo izmenjeno izdanje, „Službeni glasnik“, Beograd, 2018.
- Stojanović Z. i Perić, O., *Krivično pravo – posebni deo*, 14. izdanje, „Pravna knjiga“, Beograd, 2011.

- Stojanović, Z. i Delić, N., *Krivično pravo – posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Pravna knjiga“, Beograd, 2013.
- Stojanović, Z., Škulić, M., i Delibašić, V., *Osnovi krivičnog i krivičnog procesnog prava*, Advokatska komora Srbije, Beograd, 2018.
- Škulić, M., *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, „Dosije“, Beograd, 2002.
- Škulić, M. i Ilić, G., *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – jedan korak napred, dva koraka nazad*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Pravni fakultet u Beogradu i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012. Adresa za preuzimanje teksta sa sajta: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>.
- Škulić, M., *Krivično procesno pravo*, deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017.
- Škulić, M., *Krivično delo silovanja u krivičnom pravu Srbije – aktuelne izmene, neka sporna pitanja i moguće buduće modifikacije*, posebno izdanje časopisa „Crimem „ i „Revija za kriminologiju i krivično pravo, (posvećeno prof. dr Zoranu Stojanoviću), br. 2–3/2017, Beograd, 2017.

Milan Škulić

Faculty of Law, University of Belgrade
Judge in the Constitutional Court of Serbia

THE CRIMINAL OFFENSE OF A SEXUAL INTERCOURSE WITH A HELPLESS PERSON – NORMATIVE CONSTRUCTION, SOME DISCUTABLE QUESTIONS AND POSSIBLE FUTURE MODIFICATIONS

Summary

In the paper are explained the concept and basic elements of the normative construction of the criminal offense of Sexual intercourse with a helpless person, as one of the criminal offenses against sexual freedom in the Serbian Criminal Code. There are in the text analyzes in detail the basic form and the more severe forms of the sexual intercourse with a helpless Person, the possible form of guilt (*mens rea*), when it comes to this criminal act, as well as all other important features of the sexual intercourse with a helpless person in the context of a positive criminal justice solution.

The author explains especially the relationship between the two sexual crimes: the rape as the basic criminal offense against sexual freedom and the sexual intercourse with a helpless person. It is especially analyzed when there can be a joinder of criminal offenses, connected to the relations between the criminal offence of a rape and the sexual intercourse with a helpless person.

In the article there is a conclusion that if the criminal offence of a rape in the Serbian criminal legislation would be defined in some future novelties, so as to cover not only compulsory sexual actions, but any such (sexually) act, perpetrated a contrary to the will of the passive subject (which is the request contained in the Istanbul Convention), this

will certainly also leads to the need for a proper redefinition of the incrimination of the sexual intercourse with a helpless person, and this conclusion is accompanied by concrete proposals in *de lege ferenda* sense.

Key words: Sexual Intercourse with a Helpless Person, Criminal Offenses against Sexual Freedom, Rape, Criminal Code, Istanbul Convention.