

Igor Vuletić*

Pravni fakultet, Sveučilište J. J. Štrosmajera u Osijeku

SPOLNI ODOŠAJ BEZ PRISTANKA U HRVATSKOM KAZNENOM PRAVU

Apstrakt: *Spolni odnošaj bez pristanka je novo kazneno djelo u hrvatskom kaznenom pravu, uvedeno Kaznenim zakonom koji je donesen 2011., a stupio na snagu 2013. godine. Ovo kazneno djelo u sebi objedinjuje više ranijih kaznenih djela, ali ide i korak dalje pa u hrvatsko kazneno pravo uvodi nove, kontroverzne koncepte poput prijevarnog spolnog odnošaja bez pristanka te nehajnog spolnog odnošaja bez pristanka. U ovom radu, autor će analizirati zakonsko uređenje novog kaznenog djela te će se osvrnuti na spomenute novine i dati svoje kritičko mišljenje, uzimajući pritom u obzir relevantne slučajeve iz hrvatske sudske prakse.*

Ključne riječi: *silovanje, spolni odnošaj, namjera, nehaj, zabluda, prijevara, sila, prijetnja, zlorporaba, posredno počiniteljstvo*

1. UVOD

Za hrvatsko kazneno pravo posljednjih dvadesetak godina je, kada su u pitanju seksualni delikti, karakterističan dvostruki trend. S jedne strane, primjećuje se stalna liberalizacija kroz dekriminalizaciju određenih ponašanja (život u izvanbračnoj zajednici, sužavanje kažnjivosti incesta itd.). S druge strane, zamjetno je konstantno i zaoštavanje represije u ovom području, što se očituje kroz uvođenje novih pojava oblika kaznenih djela te pooštavanje kaznenih okvira.

Kaznena djela protiv spolne slobode su u Kaznenom zakonu iz 2011. godine pretrpjela vrlo značajne izmjene u odnosu na raniji zakonodavni model. Prije svega, izmijenjen je i sam naziv ove glave (Glava XVI.) na način da je iz naslova izbačen pojam spolnog ćudoređa kao zastario i neadekvatan. Naime, ćudoređe ili moral mogu se i zlorabiti za ograničavanje spolne slobode, kao što je u prošlosti bilo primjerice kod kažnjavanja homoseksualnih odnosa. S druge strane, naglašavanje ćudoređa može kod žrtve doprinijeti osjećaju srama i dodatne stigmatizacije, što opet može imati pojačani utjecaj na sekundarnu viktimizaciju.¹ Stoga su autori novog

* docent, ivuletic@pravos.hr

1 Tako Turković/Maršavelski /2010/: Nacrt posebnog dijela novog Kaznenog zakona – pregled pet glava, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 17, br. 2, str. 513.

zakonskog teksta zauzeli stajalište da „naslov pojedine glave ne mora sadržavati sve zaštitne objekte pa je opravdano primijeniti načelo *pars pro toto*”.²

Nova glava obuhvaća zaštitu od nedobrovoljnih spolnih radnji, spolnog uznemiravanja i financijskog iskorištavanja u svezi sa spolnim radnjama. Spolno čudoređe je i dalje obuhvaćeno u sklopu šireg pojma spolne nepovredivosti, dok je spolno iskorištavanje i zlostavljanje djece izdvojeno u posebnu glavu (Glava XVII.). Uvedena su teška kaznena djela protiv spolne slobode i kazneno djelo spolnog uznemiravanja.³

Jedna od najvažnijih promjena je uvođenje novog kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka. Njime su djelomično obuhvaćena ranija kaznena djela silovanja, spolnog odnošaja s nemoćnom osobom, prisile na spolni odnošaj i spolnog odnošaja zlouporabom položaja. U ovakvoj koncepciji, kazneno djelo silovanja normirano je zapravo kao kvalificirani oblik kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka. Iz tog proizlazi da je spolni odnošaj bez pristanka predviđen kao stožerno kazneno djelo pa smo zato odlučili pozornost posvetiti upravo tom djelu. Naime, u suvremenom kaznenom pravu naglašena je težnja za inkriminiranjem svih spolnih odnošaja i izjednačenih radnji koje su počinjene bez pristanka. U tom smjeru se razvija i praksa te zakonodavstvo zapadnoeuropskih zemalja te Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) pa su tvorci Kaznenog zakona držali opravdanim te trendove implementirati i u hrvatsko kazneno pravo.⁴

Novo kazneno djelo otvara više spornih pravnih pitanja: od tumačenja pojedinih obilježja koja tvore biće ovog kaznenog djela i kriminalizacije spolnog odnošaja prijevarom te prebacivanja tereta dokazivanja na okrivljenika do kažnjivosti otklonjive zablude o biću. Tim ćemo se problemima baviti u nastavku ovog teksta. Najprije ćemo obraditi zakonske pretpostavke kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka. Potom ćemo se posebno osvrnuti na problem zablude o biću kod ovog kaznenog djela. Zaključno, dati ćemo svoju ocjenu uspješnosti novog zakonskog rješenja.

2. ZAKONSKE PRETPOSTAVKE SPOLNOG ODNOŠAJA BEZ PRISTANKA

Spolni odnošaj bez pristanka reguliran je čl. 152. KZ-a. U st. 1. predviđeno je da ovo kazneno djelo čini onaj „*tko s drugom osobom bez njenog pristanka izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju ili navede drugu osobu da bez svog pristanka s trećom osobom izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju ili da bez svog pristanka nad samom sobom izvrši sa spolnim odnošajem izjednačenu spolnu radnju*”. Iz ovakve definicije proizlaze tri konstitutivna obilježja ovog kaznenog djela: spolni odnošaj ili s njim izjednačena spolna radnja, modaliteti počinjenja, te izostanak pristanka oštećenika. Njih ćemo analizirati u nastavku.

2 Usp. Turković i dr. /2013/: *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb, str. 205.

3 V. Turković u Derenčinović (ur.) /2013/: *Posebni dio kaznenog prava*, Prvo izdanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, str. 157–158.

4 *Ibid*, str. 161.

2.1. Spolni odnošaj ili s njim izjednačena spolna radnja

Spolni odnošaj se u hrvatskoj teoriji kaznenog prava i sudskoj praksi definira kao uvlačenje muškog spolnog organa u ženski (*imissio penis in vaginam*), pri čemu je za dovršeno kazneno djelo dovoljan početak prodiranja (*coniunctio membrorum*), a ne traže se i daljnje radnje poput primjerice izbacivanja sjemena.⁵

Nešto je kompliciranija situacija sa spolnim radnjama izjednačenim sa spolnim odnošajem. Hrvatska literatura definira te radnje kao sve one radnje koje su „po svom učinku i popratnim pojavama usporedive sa spolnim odnošajem”.⁶ Pod tim se podrazumijeva prodiranje dijelovima tijela u tjelesne otvore žrtve, prodiranje spolnog organa žrtve u tjelesne otvore počinitelja, prodiranje predmetima ali i radnje bez penetracije, poput ejakulacije u usta žrtve bez prethodnog prodiranja.⁷ Možemo primijetiti da pomalo zbunjuje termin „spolna” radnja jer bi njegovom gramatičkom interpretacijom mogli doći do zaključka da je potrebno da uvijek bude uključen spolni organ, bilo žrtve ili počinitelja. Da tome nije tako, jasno govori niže spomenuta okolnost da sudovi pod ovaj pojam redovito podvode penetraciju predmetima u tjelesne otvore žrtve. Stoga smatramo da bi bilo bolje govoriti o „radnji” izjednačenoj sa spolnim odnošajem umjesto o „spolnoj radnji”.

Spolne radnje izjednačene sa spolnim odnošajem ponekad je teško razgraničiti od bludnih radnji iz čl. 155. KZ-a. Takvo razgraničenje je vrlo važno zbog toga što bludne radnje sadrže manju kriminalnu količinu te, samim time, predstavljaju znatno blaže kazneno djelo. U tom se pogledu u hrvatskoj literaturi upućuje na stajalište austrijske sudske prakse, prema kojoj je ključan intenzitet poduzete radnje. Prema tom kriteriju, radnja će se kvalificirati kao spolna radnja izjednačena sa spolnim odnošajem ako je prema svom ukupnom djelovanju i popratnim pojavama usporediva sa spolnim odnošajem. Tim se kriterijem očigledno rukovodi i Vrhovni sud Republike Hrvatske (dalje: VSRH), kada već spomenutu situaciju ejakulacije u usta žrtve podvodi pod spolnu radnju izjednačenu sa spolnim odnošajem.⁸ Također, VSRH u razgraničenju ovih kaznenih djela često poseže i za subjektivnim kriterijem. Tako u slučaju počinitelja koji je s neukrućenim spolnim organom, s kojim nije mogao ostvariti penetraciju, dirao oštećenicu po grudima i spolnom organu, ocjenjuje da se radi o spolnoj radnji izjednačenoj sa spolnim odnošajem jer je počinitelj postupao u „namjeri prisile na obljubu”, dok je bludna radnja samo ona radnja koja je „poduzeta iz razbludnih pobuda, tj. u namjeri zadovoljenja ili pobuđivanja pohote” (VSRH, I Kž 125/1991–4 od 16. 4. 1991.).

2.2. Modaliteti počinjenja

Zakon predviđa tri moguća modaliteta počinjenja spolnog odnosa ili s njim izjednačene spolne radnje. Prvi je da počinitelj (osobno) *izvrši* navedene radnje.

5 Usp. Turković u Novoselec (ur.) /2011/: *Posebni dio kaznenog prava*, Drugo, neizmijenjeno izdanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, str. 149.

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*, str. 150.

Ovaj oblik nije sporan. Njega je regulirao i stari Zakon pa se na ovom mjestu neće-mo njime detaljnije baviti.

Drugi je da *navede* žrtvu da bez pristanka izvrši takve radnje *s trećom osobom*. Ovakav oblik spominje, primjerice, i § 177. st. 1. njemačkog StGB-a. U komentaru te odredbe upozorava se da ovaj oblik treba jasno razgraničiti od prisile na prostituciju koja predstavlja zasebno kazneno djelo,⁹ pa to *mutatis mutandis* treba primijeniti i na hrvatsko kazneno pravo. To znači da će se, ako počinitelj *navede* žrtvu na bavljenje prostitucijom bez njenog pristanka, raditi o kaznenom djelu prostitucije iz čl. 157. KZ-a.

Treći modalitet je da počinitelj *navede* žrtvu da *sama nad sobom* izvrši spomenute radnje. Iz tog je vidljivo da zakon ne inkriminira samo situacije u kojima se počinitelj javlja kao neposredni izvršitelj radnji, nego i situacije u kojima nastupa kao tzv. posredni počinitelj. Izričito propisivanje ovog modaliteta počinjenja kritizira se u hrvatskoj literaturi. *Rittosa* i *Martinović* smatraju da kažnjivost onog koji žrtvu navodi da sama na sebi izvodi spolne radnje ionako proizlazi iz pravilnog tumačenja odredaba općeg dijela o sudioništvu.¹⁰ Ipak moramo upozoriti na to da bi ovaj modalitet trebalo tumačiti na način da počinitelj mora postupati s ciljem zadovoljenja svoje ili tuđe pohote. U protivnom, radilo bi se samo o kaznenom djelu prisile iz čl. 138. KZ-a. Potonje predstavlja blaže kazneno djelo za koje se progoni po privatnoj tužbi (čl. 138. st. 2. KZ).¹¹

Kao povod ovako preciznom reguliranju modaliteta počinjenja najvjerojatnije je poslužio jedan vrlo zanimljiv slučaj iz novije hrvatske sudske prakse, koji je komentiran u literaturi i korišten u udžbenicima. Radilo se o optuženiku A koji je zapovijedio oštećenici, prijeteći joj nožem i udarajući je šakama, da se skine i oralno zadovolji optuženika B. Zatim je pozvao B-a da s njom izvrši spolni odnos, što je ovaj i učinio. Potom je A oštećenici dao pivsku bocu i zapovijedio joj da se pred njima njome zadovoljava, što je ona učinila. Nakon toga ju je još fizički maltretirao i izbacio golu na ulicu. Obojica su osuđeni kao supočinitelji u silovanju na osobito okrutan i osobito ponižavajući način uz počinjenje više spolnih odnošaja i s njim izjednačenih spolnih radnji istom prilikom prema istoj žrtvi (Županijski sud u Zagrebu, K-204/05 od 14. 6. 2007.). U komentaru te odluke se, među ostalim, navodi da je prisiljavanje žrtve na samozadovoljavanje jedan oblik posrednog počiniteljstva. Konkretno, radi se o posrednom počiniteljstvu korištenjem sredstva koje ne ostvaruje obilježja kaznenog djela. U pogledu pitanja može li se raditi o počiniteljskom

9 V. Eisele u Schönke/Schröder /2014/: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Auflage, C. H. Beck, München, § 177, rub. br. 12.

10 Rittossa/Martinović /2014/: Spolni odnošaj bez pristanka i silovanje – teorijski i praktični problemi, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 21, br. 2, str. 531–532.

11 Ovdje valja ukazati na tumačenje iz njemačkog prava, prema kojem je u pravilu nužno da počinitelj ili treća osoba sa žrtvom ostvaruju seksualni kontakt. Radnje koje žrtva poduzima sama na sebi bez svog pristanka udovoljavat će pretpostavkama kaznenog djela iz § 177. samo ukoliko i počinitelj u njima tjelesno sudjeluje „na odgovarajući način”, a u ostalim slučajevima samo ako one služe „isključivo u svrhu kako bi ga seksualno uzbudile ili zadovoljile”. U suprotnom, došlo bi u obzir samo opće kazneno djelo prisile iz § 240. StGB – a. Usp. Eisele u Schönke/Schröder /2014/: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Auflage, C. H. Beck, München, § 177, rub. br. 12.

doprinosu kod A, koji primjenjuje silu i omogućuje drugom spolni odnošaj ali sam u njemu ne sudjeluje, daje se pozitivan odgovor pozivom na teoriju o vlasti nad djelom prema kojoj je potrebno da svaki supočinitelj ima bitnu funkciju za izvršenje zajedničkog plana.¹² Naime, moderna hrvatska sudska praksa napustila je zastarjelo shvaćanje prema kojem se „obljuba drugog ne može htjeti kao svoja vlastita”.¹³

Može se postaviti pitanje u kojem trenutku započinje pokušaj ovog kaznenog djela, posebice kada se radi o druga dva modaliteta počinjenja koja ovdje spominjemo. Treba uzeti da pokušaj počinje u trenutku kada je počinitelj izvršio svoju radnju navođenja na spolni odnošaj. Od tog trenutka pa sve dok spolni odnošaj ili s njim izjednačena radnja ne budu izvršeni je moguć i dobrovoljni odustanak od pokušaja i to na način da počinitelj poduzme aktivnu radnju kojom će spriječiti dovršenje djela.¹⁴ U tom smislu, valja odstupiti od načelnog stajališta zauzetog u hrvatskoj literaturi prema kojem je kod silovanja (a time i kod spolnog odnošaja bez pristanka) moguć samo nedovršeni pokušaj, što podrazumijeva odustanak pukim prekidom daljnje djelatnosti.¹⁵

2.3. Izostanak pristanka

Izostanak pristanka je možda i najkontroverznije obilježje ovog kaznenog djela. Naime, rukovodeći se suvremenim kaznenopravnim trendovima, tvorci Kaznenog zakona koncipirali su ovo djelo na način da je kažnjiv svaki spolni odnošaj ili s njim izjednačena radnja na koju žrtva nije dala svoj pristanak. Pritom se zakonodavac upustio u definiranje pristanka pa je u čl. 152. st. 3. propisao sljedeće: „Pristanak iz stavka 1. ovog članka postoji ako je osoba svojom voljom odlučila stupiti u spolni odnošaj ili s njime izjednačenu spolnu radnju i bila je sposobna donijeti i izraziti takvu odluku. Smatra se da takvog pristanka nema osobito ako je spolni odnošaj ili s njime izjednačena spolna radnja izvršena uz uporabu prijetnje, prijevare, zloupotrebom položaja, prema osobi koja se prema počinitelju nalazi u odnosu zavisnosti, iskorištavanjem stanja osobe zbog kojeg ona nije bila sposobna izraziti svoje odbijanje, ili nad osobom kojoj je protupravno oduzeta sloboda.”

Ova odredba utjelovljuje tzv. „pristanak plus” koncept, prema kojem su za postojanje pravno relevantnog pristanka koji isključuje biće ovog kaznenog djela potrebna tri elementa: postojanje samog pristanka, slobodno donesena odluka te

12 Novoselec /2008/: Sudska praksa: Supočiniteljstvo, posredno počiniteljstvo i jedinstvo radnje kod silovanja, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 15, br. 1, str. 446–447.

13 To stajalište zastupao je Zlatarić. V. Zlatarić /1956/: *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni*, I. Svezak, Zagreb, str. 108.

14 Novoselec i Bojanić ističu da je kod posrednog počiniteljstva pokušaj započet u trenutku kad je posredni počinitelj izvršio svoju radnju, osim u iznimnim slučajevima kada i nakon toga zadržava vlast nad neposrednim počiniteljem. Ipak, i tada je za odustanak potrebna aktivna radnja sprječavanja izvršenja djela od strane neposrednog počinitelja. Usp. Novoselec/Bojanić /2013/: *Opći dio kaznenog prava*, Četvrto, izmijenjeno izdanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, str. 302–303.

15 To stajalište iznosi npr. Turković. V. Turković u Novoselec (ur.) /2011/: *Posebni dio kaznenog prava*, Drugo, neizmijenjeno izdanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, str. 155.

sposobnost za donošenje odluke.¹⁶ Ideja zakonopisaca bila je da se u ovakvim slučajevima teret dokazivanja prebaci s optužbe na obranu na način da optužba mora dokazati spolni odnos ili s njim izjednačenu radnju te postojanje jedne od navedenih okolnosti, a obrana potom mora dokazivati postojanje pristanka. Pritom se vodilo računa i o čl. 6. st. 2. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (pretpostavka nevinosti) pa je dano tumačenje da se ovdje radi o klasičnoj podjeli tereta dokazivanja.¹⁷

Ipak, ovakvo zakonsko rješenje pokazuje se kao vrlo sporno. *Rittosa i Martinović* s pravom primjećuju da je i do sada u hrvatskoj teoriji i sudskoj praksi bilo nesporno da pristanak oštećenika isključuje biće pa to nije bilo potrebno posebno isticati u zakonskom tekstu. Spomenuti autori kritiziraju potrebu isticanja svojevolsnosti pristanka kao zasebnog elementa jer smatraju da se na taj način previše proširuje zona kažnjivosti. Navode primjer iz novije hrvatske sudske prakse u kojem se oštećenica, nakon ljubljena s okrivljenikom i razodijevanja, prebacila na stražnje sjedište automobila i dopustila mu da s njom izvrši spolni odnošaj zato što je prilikom premještanja alata sa zadnjeg sjedišta uočila da on ima nož. To je kod nje izazvalo strah ali ona to ni na koji način nije manifestirala nego je sud o tome donio zaključak na temelju njenog ponašanja nakon počinjenog djela, kada je već bila u krugu svojih ukućana. Prema ranijem zakonodavstvu i praksi, skriveno (unutarne) nepristajanje na spolni odnošaj nije bilo kažnjivo, no u ovom slučaju je sud, vodeći se novim Zakonom, donio osuđujuću presudu. Nadalje, autori ističu da ovakva koncepcija pristanka povlači za sobom neživotan zaključak da se svaka radnja smije izvršiti samo uz prethodno jasno artikuliranu suglasnost, premda se to u zakonskom tekstu izričito ne traži. Takvo tumačenje, pak, može dovesti u pitanje ustavnost osobnih sloboda hendikepiranih osoba koje nisu u stanju jasno izraziti pristanak. Autori zaključuju da je Zakon očigledno dao prednost državi da u konkretnom slučaju procjenjuje što je bolje za interese građana, nego samim građanima. Takav koncept je zastario i pretjerano patronistički.¹⁸

Mi se u potpunosti pridružujemo iznesenim kritikama. Držimo da je novi koncept kažnjavanja svakog spolnog odnošaja bez pristanka suviše strog te će u praksi jamačno imati štetne posljedice za određene kategorije osoba. To će posebno doći do izražaja kod osoba čija je poslovna sposobnost ograničena ili isključena pa ne mogu samostalno donositi odluke s valjanim pravnim učinkom. Možemo zamisliti situaciju u kojoj bi osoba oduzete poslovne sposobnosti inicirala spolni odnos s poslovno sposobnom osobom, ali bi vještak poslije utvrdio da ona (zbog mentalne retardacije ili drugih razloga) nije bila u stanju donijeti valjan pristanak. Tada bi se automatski radilo o kaznenom djelu iz čl. 152., bez obzira na činjenicu da je do spolnih radnji došlo na inicijativu oštećenika. U takvoj situaciji postavljamo pitanje nije li ovim kaznenim djelom zapravo ograničeno, ako ne i uskraćeno pravo na slo-

16 Usp. Turković/Maršavelski /2010/: Nacrt posebnog dijela novog Kaznenog zakona – pregled pet glava, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 17, br. 2, str. 514.

17 Turković i dr. /2013/: *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb, str. 207.

18 Rittossa/Martinović /2014/: Spolni odnošaj bez pristanka i silovanje – teorijski i praktični problemi, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 21, br. 2, str. 534–536.

bodan izbor seksualnih partnera kod mentalno oboljelih osoba? Nadalje, znači li to da svako stupanje u spolni odnošaj s takvom osobom dovodi do kažnjivosti? Stvara li takvo tumačenje pravnu nesigurnost te ne širi li se time kaznena zona previše? Konačno, tko je onda ovlašten dati pristanak za spolni odnošaj kod takvih osoba: njihov skrbnik, Centar za socijalnu skrb, sud ili netko treći?

Po našem mišljenju, izričito definiranje pristanka na opisani način bilo je suvišno. I ranije je, kako je već istaknuto, bilo jasno da otpor žrtve nije nužna pretpostavka kažnjivosti nego da je suština u nepostojanju pristanka.¹⁹ Različite situacije mogle su se svesti na tri osnovne: nepostojanje pristanka (kod silovanja i prisile na spolni odnošaj), nesposobnost za davanje pristanka (kod spolnog odnošaja s nemoćnom osobom) te iznuđivanje pristanka (kod spolnog odnošaja zlouporabom položaja). Sve navedeno bilo je kažnjivo u okviru postojećih inkriminacija. Zato držimo da novo uređenje predstavlja pretjerano i u osnovi nepotrebno zaoštavanje kaznene represije, koje pritom uzrokuje i značajnu pravnu nesigurnost. Čini nam se da se hrvatsko pravo u tom smislu ovom reformom suviše udaljilo od uobičajenih germanskih uzora²⁰ te približilo vrlo strogom angloameričkom konceptu seksualnih delikata.²¹

Zakon izričito nabraja situacije u kojima će se (oborivo) presumirati da pristanak ne postoji. Ovo nabranje nije taksativno. U pitanju su sljedeće situacije: uporaba prijetnje, prijevare, zlouporabe položaja prema osobi koja se prema počinitelju nalazi u odnosu zavisnosti, iskorištavanje stanja osobe zbog kojeg ona nije bila sposobna izraziti svoje odbijanje, ili nad osobom kojoj je protupravno oduzeta sloboda (čl. 152. st. 3. KZ). Većina ovih modaliteta bila je i dosada obuhvaćena kroz kaznena djela spolnog odnošaja zlouporabom položaja, spolnog odnošaja s nemoćnom osobom i prisile na spolni odnošaj. Ovdje ćemo posvetiti nešto više pozornosti uporabi prijetnje i prijevare.

Uporaba prijetnje podrazumijeva prijetnju koja nije obilježje silovanja iz 153. KZ-a. Kako kod silovanja Zakon izričito propisuje da se radi o prijetnji izravnim napadom na život ili tijelo silovane ili druge osobe (tzv. kvalificirana prijetnja), *argumentum a contrario* proizlazi da se pod ovim podrazumijevaju drugi oblici prijetnji. To će, prije svega, biti prijetnje nekim drugim zlom (poput objave za žrtvu kompromitirajućih sadržaja i sl.) ili prijetnje za život ili tijelo ali kod kojih nedostaje element istodobnosti. U tom smislu, ovo djelo odgovara starom kaznenom djelu prisile na spolni odnošaj. Tom zaključku u prilog ide i ista propisana kazna kao za staro kazneno djelo (šest mjeseci do pet godina).

19 Usp. npr. Turković u Novoselec (ur.) /2011/: *Posebni dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, str. 153 i dalje.

20 Njemačko pravo, primjerice, kod kaznenih djela spolne prisile i silovanja (njem. *Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung, §177*) ne sadrži takvu odredbu, nego to pitanje prepušta općem dijelu. Za iscrpan prikaz njemačkog prava v npr. Eisele u Schönke/Schröder /2014/: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Auflage, C. H. Beck, München, § 177, rub. br. 2–36.

21 U poredbenoj literaturi zamjećuje se preispitivanje opravdanosti koncepta pojačane zaštite „ranjivih” skupina kod seksualnih delikata, bez da se podrobnije definira njihova ranjivost. Usp. Munro, *Sexual Autonomy* u Dubber/Hörnle /2014/: *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, str. 765.

U pogledu prijevare, situacija je nešto kompleksnija. Navođenje ovog modaliteta predstavlja novost u hrvatskom kaznenom pravu. U literaturi je poznatije pod nazivom prijevarno silovanje (engl. *rape by deception*). Kao primjeri ovakvog kaznenog djela navode se slučajevi insceniranog sklapanja braka da bi se stupilo u spolni odnos, pogrešnog prikazivanja identiteta i sl. Zanimljivo je i da je kazneno djelo u ovakvom obliku regulirao čl. 271. Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije,²² koji je u st. 1. propisivao kažnjivost za onoga tko „izvrši obljubu sa ženskim licem, koje je prethodno uvjerio da je sa njime u braku”.²³

U poredbenoj praksi zabilježeno je nekoliko ovakvih slučajeva. Jedan od najpoznatijih je svakako slučaj *Kashour v. State of Israel*, u kojem je gospodin Kashour iz Jeruzalema osuđen za silovanje počinjeno tako što se lažno predstavio žrtvi kao židovski neženja, dok je u stvarnosti bio Arap i oženjen čovjek. Žrtva je s njim stupila u spolni odnošaj zato što je smatrala da je neoženjen i zainteresiran za ljubavnu vezu. Ovaj oblik počinjenja spolnog odnošaja bez pristanka je vrlo sporan. Prije svega, nije jasno treba li svako prijevarno prikazivanje činjenica biti tumačeno kao obilježje ovog kaznenog djela. Sami autori zakonskog teksta prepoznaju na taj problem kad ističu da se lažno prikazivanje etničke ili vjerske pripadnosti ne bi smjelo tretirati kao prijevarno jer bi u suprotnom to predstavljalo jedan oblik vjerske ili etničke diskriminacije. Oni se stoga zalažu da se tumačenje ovog obilježja prepusti sudu s obzirom na okolnosti svakog konkretnog slučaja.²⁴ Neki autori sugeriraju slučaj počinitelja koji se predstavlja kao netko drugi tko je inače osobno poznat žrtvi kao tipičan primjer.²⁵

Smatramo kako ovakva neodređenost zakonskog teksta ipak nije prihvatljiva jer se njome krši načelo zakonitosti. Postojeće rješenje previše proširuje zonu kažnjivosti na način da ostavlja mogućnost sudu da bilo koje lažno prikazivanje ili prikriivanje činjenica tretira kao obilježje ovog kaznenog djela. Osim toga, nije jasno predstavlja li ovdje kazneno djelo samo (aktivno) dovođenje u žrtve u zabludu ili je, analogijom s općim kaznenim djelom prijevare, moguće i nečinjenje (održavanje u zabludi u koju je žrtva dovedena bez počiniteljeve krivnje). Iz tih razloga, držimo da bi prijevaru kao način počinjenja, ako se ona želi zadržati u zakonskom tekstu, *de lege ferenda* trebalo precizno odrediti u pogledu činjenica na koje se ona odnosi te u pogledu načina njenog počinjenja (činjenjem ili nečinjenjem).

22 Ritossa i Martinović ističu da je paralela sa Zakonom iz 1929. neprihvatljiva jer se taj Zakon zasnivao na zastarjelim kriminalnopolitičkim ocjenama u sferi seksualnosti. Stoga se ovi autori zalažu za brisanje prijevare kao oblika počinjenja. V. Rittossa/Martinović /2014/: Spolni odnošaj bez pristanka i silovanje – teorijski i praktični problemi, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 21, br. 2, str. 541.

23 O svemu tome v. Više kod Turković i dr. /2013/: *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb, str. 207.

24 *Ibid.*

25 Kurtović Mišić/Garačić /2010/: Kaznena djela protiv spolne slobode i spolnog ćudoređa, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 17, br. 2, str. 601.

3. ZABLUDA O BIĆU I NEHAJNI OBLIK

Poseban kuriozitet i veliku novost predstavlja inkriminiranje zablude o biću, kako kod kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka, tako i kod kaznenog djela silovanja. Hrvatsko kazneno pravo sadrži odredbu općeg dijela kojom regulira zabludu o biću.²⁶ Načelno, zabluda o biću se može odnositi na svako od obilježja koja tvore biće nekog kaznenog djela. Ona uvijek isključuje namjeru, a počinitelja će se kazniti za nehaj ako je zabluda otklonjiva i ako je kod konkretnog kaznenog djela propisan nehajni oblik (čl. 30. KZ).

Do donošenja novog Kaznenog zakona seksualne delikte u hrvatskom kaznenom pravu nije bilo moguće počinuti iz nehaja. Novi Zakon je uveo tu mogućnost, s tim da je domet zablude sveo na okolnost postajanja pristanka.²⁷ U tom smislu, ovdje se radi o svojevrsnoj ograničenoj mogućnosti zablude o biću. Ona je propisana ne samo kod kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka iz čl. 152., nego i kod kaznenog djela silovanja iz čl. 153. To, drugim riječima, znači da je u hrvatskoj inkriminirano i nehajno silovanje.

Ovakvo rješenje ne postoji u većini kontinentalnih kaznenopravnih sustava koji su inače uzor hrvatskom kaznenom pravu. Ono je osmišljena po uzoru na paragraf 1 (1) (c) engleskog Sexual Offences Act iz 2003. godine, koji kao uvjet kažnjivosti propisuje da počinitelj nerazumno vjeruje da postoji pristanak žrtve.²⁸ U hrvatskom pravu počinitelj će kazneno odgovarati za nehaj ako je prema objektivnim okolnostima i svojim osobnim sposobnostima morao i mogao znati da postupa bez pristanka.²⁹

Nije jasno što su predlagatelji htjeli postići. Naime, ako se pođe od činjenice da je cilj uvođenja kaznenog djela iz čl. 152. bio u inkriminiranju nedobrovoljnih spolnih radnji, tada logično proizlazi zaključak da upravo namjera, koja obuhvaća i nepostojanje pristanka, mora biti konstitutivno obilježje tog kaznenog djela. Rečeno vrijedi još više za kazneno djelo silovanja, kod kojeg se traži da počinitelj uporabi silu ili izravnu prijetnju na život ili tijelo pa onda uopće nije jasno kako bi životno bilo moguće da nije svjestan nepostojanja pristanka! *Ritossa* i *Martinović* uočavaju i daljnje nelogičnosti, kad navode da nije jasno zašto ovo pravilo vrijedi samo kod seksualnih delikata te da se njime „remeti logička koherentnost općeg i posebnog dijela kaznenog prava”. Ako je intencija bila da se umanjí manevarski prostor obrane

26 Čl. 30. KZ:

(Zabluda o biću)

(1) Ne postupa s namjerom tko u vrijeme počinjenja djela nije bio svjestan nekog njegovog zakonskog obilježja.

(2) Ako je zabluda iz stavka 1. ovoga članka bila otklonjiva, počinitelj će se kazniti za nehaj kad zakon za počinjeno djelo propisuje kažnjavanje i za nehaj.

27 Čl. 152. st. 2.:

(1) Počinitelj koji je bio u otklonjivoj zabludi glede postojanja pristanka iz stavka 1. ovog članka, kaznit će se kaznom zatvora do tri godine.

28 Turković/Maršavelski /2010/: Nacrt posebnog dijela novog Kaznenog zakona – pregled pet glava, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 17, br. 2, str. 514, fusnota 25.

29 Turković i dr. /2013/: *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb, str. 207.

okrivljenika, koji može tvrditi da nije znao da nema pristanka, tada je i to bilo nepotrebno s obzirom da hrvatska sudska praksa ionako gotovo nikad ne uvažava zablude. Zato ovi autori sugeriraju povratak ka kontinentalnoj kaznenopravnoj tradiciji.³⁰ S iznesenim se stajalištem u potpunosti slažemo. Smatramo da navedeno zakonsko rješenje u prevelikoj mjeri ograničava seksualne slobode i stvara veliku dozu pravne nesigurnosti. Želimo upozoriti i na još jednu nelogičnost, a ta je da zabluda o biću nije inkriminirana kod teških kaznenih djela protiv spolne slobode iz čl. 154. KZ–a, premda se radi o kvalificiranim oblicima spolnog odnošaja bez pristanka i silovanja. Iz tog proizlazi da je zakonodavac za blaža djela predvidio nehajni oblik, a za teža nije!

4. ZAKLJUČAK

U radu smo prikazali novo kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka. Ovo kazneno djelo uvedeno je u hrvatsko kazneno pravo velikom reformom seksualnih iz 2011. godine. Njime su objedinjena stara kaznena djela prisile na spolni odnošaj, spolnog odnošaja s nemoćnom osobom i spolnog odnošaja zlouporabom položaja. Uvođenjem ovog djela, izričito je normirana koncepcija prema kojoj je suština ovih kaznenih djela u nepostojanju pristanka žrtve, a ne u pružanju otpora.

Smatramo kako iz analiziranih obilježja ovog kaznenog djela, kao i iz prijedornih pitanja koja smo u tekstu raspravili, nedvojbeno proizlazi zaključak da je uvođenjem spolnog odnošaja bez pristanka nastavljena kontinuirana tendencija pooštrenja kaznenopravne represije u području seksualnih delikata. Ta je tendencija prisutna u hrvatskom kaznenom pravu već dugi niz godina, kako kroz permanentno uvođenje novih pojava oblika kaznenih djela iz ove glave i širenja zone kažnjivosti, tako i kroz pooštavanje zapriječenih kazni. Ipak, smatramo da se posljednjom reformom otišlo korak predaleko. Ovo naše mišljenje zasnivamo prvenstveno na neopravdanom inkriminiranju zablude o biću kod kaznenih djela spolnog odnošaja bez pristanka i silovanja. U prirodi je tih kaznenih djela upravo svijest i htijenje (ili barem pristajanje) počinitelja da postupa bez pristanka žrtve pa stoga nije niti životno niti logično propisati kažnjivost za nehajni oblik. Takvom zakonskom regulacijom previše se širi zona kažnjivosti, a hrvatsko kazneno pravo se suviše udaljuje od svoje tradicije i približava anglo-američkim modelima, čija se kaznenopravna dogmatika ipak nalazi na znatno nižem stupnju razvoja.

Nadalje, držimo da se zaoštavanje represije može prepoznati i kroz inkriminiranje prijevare kao sredstva dobivanja pristanka kod žrtve kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka. Ovakvo rješenje prati suvremene trendove u kaznenopravnoj zaštiti seksualnosti pa ga stoga ne treba *a priori* otkloniti. Međutim, nije prihvatljivo definirati ga na način kako je to učinjeno u postojećem zakonskom tekstu jer takva podnormiranost neminovno dovodi do pravne nesigurnosti i nejednakosti svih pred zakonom. Stoga je potrebno *de lege ferenda* precizno i nedvosmisleno definirati što podrazumijeva prijevara kod kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka.

30 Rittossa/Martinović /2014/: Spolni odnošaj bez pristanka i silovanje – teorijski i praktični problemi, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 21, br. 2, str. 533–534.

LITERATURA:

- Derenčinović (ur.), *Posebni dio kaznenog prava*, Prvo izdanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013.
- Kurtović Mišić/Garačić, Kaznena djela protiv spolne slobode i spolnog ćudoređa, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 17, 2/2010, str. 597–618.
- Munro, Sexual Autonomy u Dubber/Hörnle, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014., str. 747–768.
- Novoselec (ur.), *Posebni dio kaznenog prava*, drugo, neizmijenjeno izdanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2011.
- Novoselec, Sudska praksa: Supočiniteljstvo, posredno počiniteljstvo i jedinstvo radnje kod silovanja, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 15, 1/2008, str. 446–447.
- Novoselec/Bojanić, *Opći dio kaznenog prava*, Četvrto, izmijenjeno izdanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013.
- Rittossa/Martinović, Spolni odnošaj bez pristanka i silovanje – teorijski i praktični problemi, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 21, 2/2014, str. 509–548.
- Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Auflage, C. H. Beck, München, 2014.
- Turković i dr., *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb, 2013.
- Turković/Maršavelski, Nacrt posebnog dijela novog Kaznenog zakona – pregled pet glava, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 17, 2/2010, str. 503–551.
- Zlatarić, *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni*, I. Svezak, Zagreb, 1956.

Dr. sc. Igor Vuletić

Faculty of Law, University of Osijek

NON-CONSENSUAL SEXUAL INTERCOURSE IN CROATIAN CRIMINAL LAW

SUMMARY

Non-consensual sexual intercourse is a new criminal offence in Croatian criminal law, introduced by new Criminal Code, which was adopted in 2011 and started to apply at the beginning of 2013. This criminal offence combines different offences from the old Criminal Code, but also moves one step further by introducing new and controversial concepts such as sexual intercourse by deception and negligent sexual intercourse. These concepts are new to the Croatian criminal law. In this paper the author will analyse legislative structure of this new criminal offence and he will also give his critical overview. He will take into consideration relevant cases from Croatian case-law.

Key words: Rape, sexual intercourse, intent, negligence, error, deception, force, threat, misuse, indirect perpetration.