

OD ZAŠTITE DOSTOJANSTVA LIČNOSTI I MORALA DO ZAŠTITE SPOLNIH SLOBODA¹

Uvod:

Kaznena djela protiv spolnih sloboda doživjela su velike izmjenu u zadnjih šest desetljeća možda i najveće u usporedbi s drugim Glavama Kaznenog zakona.

Krivični zakonik koji je stupio na snagu 1. srpnja 1951. zaštititi spolnih sloboda bila je posvećena posebna glava zakona koja je nosila naziv: Krivična djela protiv dostojanstva ličnosti i morala.

Slijedeća velika izmjena kaznenog zakonodavstva desila se 1977. godine kada Krivični zakonik promijenio ime u Krivični zakon, no naziv glave koja je bila posvećena spolnim slobodama nije mijenjana.

Kazneni zakon koji je stupio na snagu 1. siječnja 1998. zaštititi spolnih sloboda je posvetio glavu pod nazivom: Kaznena djela protiv spolne slobode i ćudoređa.

Novi Kazneni zakon koji je u primjeni od 1. siječnja 2013. izmijenio je naziv Glave na taj način da je spolno ćudoređe izostavljeno, a ostala je samo zaštita spolnih sloboda.

Međutim, tim zakonom kaznena djela koja se tiču spolne zlouporabe djece su smještena u posebnu glavu zakona pod nazivom: Kaznena djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta.

Već iz naziva pojedinih glava Kaznenih zakona vidimo kako se mijenjala pravna priroda kaznenih djela protiv spolnih sloboda. Do 1998. godine štitilo se dostojanstvo ličnosti i moral, nakon toga spolne slobode i ćudoređe, a na kraju samo spolne slobode.

S izmjenama naziva glava kaznenih zakona u kojima su propisana kaznena djela protiv spolnih sloboda mijenjala su se i zakonska bića kaznenih djela, neka kaznena djela su ispuštena, mnoga su manje ili više izmijenjena, a neka nova kaznena djela su dodana.

Tako je npr. kazneno djelo zavođenja koje je uneseno u zakon 1951. godine iz zakona ispušteno u Kaznenog zakona iz 1977. godine, a kazneno djelo protuprirodnog bluda je ostalo kao kazneno djelo sve do donošenja Kaznenog zakona iz 1998. godine kojim je uvedena spolna neutralnost. Potpuno nova kaznena djela su spolni odnošaj bez pristanka i spolno uznemiravanje koji su uneseni Kaznenim zakonom iz 2013. godine.

¹ Novine u kaznenom zakonodavstvu 2017. - Seminar u Opatiji 2017.

2. Krivični zakonik (stupio na snagu 1. srpnja 1951.)

U Krivičnom zakoniku koji je stupio na snagu 1951. godine kaznena djela protiv spolnih sloboda bila su smještena u glavi zakona koja je nosila naziv: Krivična djela protiv dostojanstva ličnosti i morala.

To je bio prvi cjeloviti zakon koji je imao i Opći i Posebni dio zakona, a prije toga imali smo Krivični zakonik iz 1947. godine koji je imao samo Opći dio, a kaznena djela su bila propisana drugim zakonima.

U ovom zakonu Glava VI. bila je posvećena krivičnim djelima protiv dostojanstva ličnosti i morala. Osnovno krivično djelo, silovanje iz čl. 179. KZ propisivalo je da silovana može biti samo ženska osoba koja ne živi u braku s počiniteljem koji je prema toj osobi primijenio silu ili prijetnju i na taj način je prisilio na obljubu. Za kvalificirani oblik djela, uz prisilu na obljubu tražilo se nastupanje teške tjelesne ozljede ili smrti ženske osobe.

Ovaj zakon je u čl. 185. KZ predviđao i kazneno djelo zavođenja koje će ostvariti onaj počinitelj koji lažnim obećanjem braka navede na obljubu žensku osobu koja je navršila 14 godina života.

Za kazneno djelo zavođenja kazneni progon je pokretan po privatnoj tužbi, a propisana kazna je bila od tri mjeseca do dvije godine.

Kako je kazneni progon pokretan privatnom tužbom u sudskoj praksi toga vremena postavilo se pitanje od kada počinje teći rok za podnošenje tužbe. U svojoj odluci² iz toga vremena rok za podnošenje tužbe počinje teći od dana saznanja žrtve da su obećanja braka bila u stvari lažna.

Ovo kazneno djelo je u Krivičnom zakonu iz 1977. godine brisano.

U čl. 186. KZ bilo je propisano kazneno djelo protuprirodnog bluda između muških osoba za to je bila predviđena kazna zatvora do dvije godine, no kazneni progon je poduziman po službenoj dužnosti, a ne privatnom tužbom kao kod kaznenog djela zavođenja iako je maksimalno propisana kazna bila jednaka, a kazneno djelo zavođenja je imalo propisan i posebni minimum predviđene kazne od tri mjeseca, dok za kazneno djelo protuprirodnog bluda nije bio propisan posebni minimum kazne, nego je vrijedio opći minimum, a on je tada za kaznu zatvora bio tri dana.

Možda je korisno spomenuti da je Krivični zakonik iz 1951. godine imao čak sedam vrsti kazne, no izmjenama i dopunama iz 1959. godine broj propisanih kazni je smanjen na pet. Novelom zakona iz 1959. godine kazneno djelo iz čl. 184. KZ – javnog vršenja bluda je brisano, a kazneno djelo protuprirodnog bluda iz čl. 186. KZ je izmijenjeno, taj članak je dobio dva stavka, u prvom stavku je propisan protuprirodni blud uz uporabu sile ili prijetnje s propisanom kaznom strogoga zatvora do 10 godina dok je u stavku dva kao kazneno djelo predviđen dragovoljni protuprirodni blud između osoba muškoga spola s propisanom kaznom zatvora do jedne godine.

² Kz-23/66 od 6. travnja 1966.

U vrijeme važenja Kaznenog zakonika kazneno djelo protuprirodni blud između osoba muškoga spola tumačila je vrlo usko on se odnosio samo na *coitus per anum* dok su svi drugi vidovi zadovoljavanja spolnog nagona pravno označavani kao bludne radnje.³

Kasnije, tijekom šezdesetih godina sudska praksa je kazneno djelo protuprirodnog bluda tumačila šire, a zatim ponovno uže, o čemu će kasnije biti više govora.

3. Krivični zakon (stupio na snagu 1. srpnja 1977.)

Krivični zakonik koji je stupio na snagu 1977. godine kazneno djelo silovanja je znatno izmijenio, krivično djelo zavođenja je iz zakona brisano, a krivično djelo protuprirodnog bluda je također znatno izmijenjeno.

U ovom zakonu Glava IX. bila je posvećena krivičnim djelima protiv dostojanstva ličnosti i morala.

U osnovnom krivično djelo, silovanju iz čl. 79. (83) KZ bilo je propisano da silovana može biti samo ženska osoba koja ne živi u braku s počiniteljem koji je primijenio silu ili prijetnju da će neposredno napasti na njezin život ili tijelo ili na život ili tijelo njoj bliske osobe i na taj način je prisilio na obljubu.

Kao što vidimo primjena sili ili prijetnje da će neposredno napasti na život ili tijelo može biti ne samo prema žrtvi nego i prema osobama koje su žrtvi bliske.

Kako se kazneno djelo silovanja tada moglo ostvariti samo ako je silovana ženska osoba s kojom počinitelj ne živi u braku bilo je u praksi pokušaja, doduše neuspjelih, dokazivanje postojanja braka zbog postojanja faktične zajednice života nakon razvoda braka.⁴

U članku 84. (88) bilo je propisano kazneno djelo protuprirodnog bluda koje je znatno izmijenjeno i prošireno u usporedbi s odredbom iz članka 186. KZ/51 koja je imala samo sva stavka dok je članka 84. imao pet stavaka jer je bio obuhvaćen i protuprirodni blud s muškim djetetom.

Kazneno djelo protuprirodnog bluda prema sudskoj praksi uglavnom je obuhvaćala *immissio in anus* između osoba muškoga spola, a ostale radnje koje su usmjerene na zadovoljavanje pohote, pravno su kvalificirane kao bludne radnje. Tako je u sudskoj praksi tumačen protuprirodni blud sve do šezdesetih godina prošlog stoljeća.

Kasnije, krajem šezdesetih i početkom sedamdesetih godina došlo je do promjene sudske prakse, protuprirodni blud je tumačen šire, pa je tako u jednoj odluci VSH⁵ navedeno da se protuprirodnim bludom treba, a ne bludnom radnjom, tumačiti svaka radnja s kojom počinitelj na tijelu druge osobe zadovoljava svoj spolni nagon, na način koji je sličan obljudi (optuženik je maloljetnika uspio nagovoriti da uđe u njegov stan, a zatim tražio da se skine gol, kad je on to odbio, udarao ga je šakom po glavi, penisom po stražnjici, a zatim mu gurnuo penis u usta).

³ Pod protuprirodnim bludom između osoba muškoga spola podrazumijeva se samo *per anum*, a ne i ostale radnje koje idu za time da se zadovoljava spolna pohota, koje se imaju ocijeniti samo kao bludne radnje. S obzirom da je hvatanje dječaka koji je navršio 14 godina za spolni ud i onaniranje te traženje dječaka da i on to učini predstavljaju samo vršenje bludne radnje koje Krivični zakonik ne inkriminira kao krivično djelo budući da nisu vršene pod uvjetima predviđenim u čl. 183. KZ odnosno čl. 179. do 182. KZ već se takva djelatnost tretira kao prekršaj protiv javnoga reda i morala. (Iz odluke VSH, Kž-295/63 od 1. ožujka 1963.

⁴ Iz odluke VSRH, Kž-421/92 od 2. rujna 1992.

⁵ Iz odluke Vrhovnog suda Hrvatske, Kž-364/69

U drugoj odluci⁶ kao protuprirodni blud suđeno je ponašanje optuženika koji je oštećenicu silio na spolni odnos, a kad u tome nije uspio ugurao joj prst u vaginu, da provjeri dali je nevina, pa kad se u to uvjerio, ugurao penis u usta oštećenice, a kad je ona počela povraćati pustio je da ode kući.

Međutim, u nekim kasnijim odlukama, kao npr. u odluci VSH⁷ ovako široko tumačenje protuprirodnog bluda je napušteno, pa sud u citiranoj odluci zaključuje da stavljanje penisa oštećenoj maloljetnici u usta ne predstavlja kazneno djelo spolnog odnošaja ili protuprirodnog bluda, nego samo kazneno djelo bludne radnje, jer prema vladajućem shvaćanju pod protuprirodnim bludom podrazumijeva se samo *immissio in anus*, a ne i *immissio in os*.

4. Kazneni zakoni (stupio na snagu 1. siječnja 1998.)

Kazneni zakon iz 1997. godine koji je stupio na snagu 1998. godine u glavi XIV. propisivao je kaznena djela protiv spolne slobode i čudoređa.

Tim zakonom, ne samo da je izmijenjen naziv ove glave zakona u kojoj se prvi puta spominju spolne slobode nego su i sva kaznena djela u toj glavi izmijenjena, a neke izmjene su i suštinske.

Osnovno kazneno djelo, silovanje iz članka 188. KZ/97 je izmijenjen na način da je uvedena spolna neutralnost što znači da počinitelj može biti muškarac ili žena, a silovana osoba također može biti žena ili muška, jer se u stavku 1. članak 188. KZ/97 navodi: Tko drugu osobu uporabom sile ili prijetnje da će izravno napasti na njezin život ili tijelo ili na život ili tijelo njoj bliske osobe prisili na spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju, a kad zakonodavac kaže tko onda se misli na svakoga i bilo koga.

Postojanje ili nepostojanje braka se ne spominje što znači da ono za ovo kazneno djelo više nije odlučno.

To su dvije najznačajnije izmjene kaznenog djela silovanja, a treća je da počinitelj uporabom sile ili prijetnje da će izravno napasti na život ili tijelo silovane osobe ili na život ili tijelo njoj bliske osobe.

Nakon ovakvih izmjena zakonskog bića kaznenog djela silovanja prestala je potreba za postojanjem kaznenog djela protuprirodnog bluda koje je u ovom zakonu brisano.

5. Otpor žrtve

Ni u jednom kaznenom zakonu u zakonskom biću kaznenog djela silovanja ne spominje se otpor žrtve, no kroz sve vrijeme sudovi su utvrđivali i tražili postojanje otpora jer su u stvari izostanak otpora tumačili kao pristajanje žrtve što je teško prihvatljivo.

Koliko daleko se išlo u utvrđivanju otpora žrtve silovanja vidimo iz primjera koji slijede, a u nekima primjerima iz sudske prakse sudovi su naširoko obrazlagali otpor žrtve čak i onda kada je bilo više nego očito da pristanka na spolni odnošaj nema.

⁶ Iz odluke Vrhovnog suda Hrvatske, KŽ-549/69

⁷ Iz odluke VSH, KŽ-1055/73 od 16. srpnja 1973.

Tako je sud u jednom slučaju naveo da je optuženik tako snažno šakama izudarao oštećenicu da joj je izbio devet zuba, a u presudi se navodi da je oštećenica pružala otpor koji je bio dostatan da ona optuženikovo ponašanje ne želi niti na njega pristaje.

U drugom odluci⁸ se navodi da je otpor oštećenice bio ozbiljan i stalan, da je ona vrištala, molila optuženika da je ostavi na miru, gurala ga od sebe čime je jasno pokazala svoje protivljenje, te mu je pružala otpor. Razumljivo je i prihvatljivo objašnjenje oštećenice da nije pružala još eventualno i izraženiji otpor jer ju je bilo strah jer se sve zbivalo usred noći na osamljenom mjestu pa nitko nije mogao čuti njezino zapostavljanje u zatvorenom prostoru niti je mogla bježati. Pri tome treba imati na umu da je oštećenica znala da je optuženik osuđivan, pričalo se da je pobjegao s izdržavanja kazne iz čega proizlazi da je očito bila prestrašena i u strahu za vlastiti život.

I u novijoj sudskoj praksi nailazimo na slučajeve u kojima je sud optuženika oslobodio optužbe zbog toga što se žrtva nije pružala otpor. Međutim Vrhovni sud je tu odluku ukinuo⁹, a u obrazloženju je naveo odluku je naveo da treba ukazati na uočeno pogrešno rasuđivanje prvostupanjskog suda, radi pravilnog postupanja ubuduće. Naime, prvostupanjski sud navodi da je „silovanje... grub i bezobziran akt nasilja do kojeg dolazi baš zbog toga što se žrtva opire i što neće spolni akt, što se brani na sve moguće načine“. Točno je da je silovanje grub i bezobziran akt, ali je potpuno pogrešno da do silovanja dolazi „baš zbog toga što se žrtva opire i što neće spolni akt, što se brani na sve moguće načine“. Do silovanja ne dolazi zbog (ne)aktivnosti žrtve, zato što se žrtva opire i što ne želi spolni odnos jer bi to podrazumijevalo da je žrtva „kriva“ za silovanje. Do silovanja dolazi zato što počinitelj(ica) napada na spolnu slobodu žrtve, a pritom nije nužno da je to učinjeno „u cilju zadovoljenja spolne pohote“ jer takav cilj, odnosno namjera nije sastavnica kaznenog djela silovanja. Također nije potrebno niti da se žrtva „brani na sve moguće načine“ jer je to protivno razlogu propisivanja kaznenog djela silovanja koje je kao takvo određeno upravo da se u sferi spolnosti u potpunosti zaštiti sloboda u odlučivanju s kim, kada i kako se osoba upušta u seksualni odnos. U tom smislu jedno jasno i odlučno „ne“ je sasvim dovoljno da osoba izrazi svoje protivljenje spolnom odnosu, a ne traži se da se „brani na sve moguće načine“. Zato je poimanje silovanja u pobijanoj presudi očito zasnovano na pogrešnim rodnim predrasudama pa nije prihvatljivo. S tim u vezi, za sada nije prihvatljivo niti utvrđenje prvostupanjskog suda da „iz iskaza same oštećene, nedvojbeno proizlazi da se ona praktički uopće nije branila“ te da „nije na bilo koji način jasno manifestirala protivljenje seksualnom odnosu“. Naime, iz višekratnih iskaza oštećenice proizlazi da je ona jasno rekla optuženiku da ne želi vezu sa starijim muškarcem, da je, kad je optuženik primio za dojkicu, viknula glasno „Ne“, da se opirala i vikala da je ostavi i da ga je molila da joj to ne radi. Stoga je nejasno otkud prvostupanjski sud izvlači zaključak da se oštećenica „praktički uopće nije branila“ i da „nije na bilo koji način jasno manifestirala protivljenje seksualnom odnosu“ jer iz iskaza oštećenice proizlazi upravo suprotno.

Danas, kod kaznenog djela silovanja više nije riječ o povredi dostojanstva ličnosti i morala niti o povredi ćudoređa, niti o zadovoljavanju spolnoga nagona uporabom sili ili prijetnje nego je riječ o povredi spolne slobode na što upućuje i naziv Glave novog Kaznenog zakon.

Utvrđivanje da je riječ o zadovoljavanju spolnoga nagona naprijed moglo bi biti od utjecaja samo onda kada se optuženik uvjerljivo brani da je bio u zabludi u pogledu suglasnosti žrtve s obljubom.

⁸ Iz odluke VSRH, K-328/92 od 8. srpnja 1992.

⁹ Iz odluke VSRH, Kž-922/11 od 16. rujna 2014.

6. Radnje izjednačene sa spolnim odnošajem

Spolni snošaj u širem smislu (*coitus*), prema medicinskoj enciklopediji, jest svaki spolni čin pri kojem muškarac uvodi erigirani penis u neku tjelesnu šupljinu svom ženskog ili muškog seksualnog partnera i tamo izvodi snošajne kretnje. Ta šupljina može biti vagina, kada govorimo o vaginalnom snošaju, ili snošaju u užem smislu, anus, kada imamo analni snošaj, ili usna šupljina kada postoji oralni snošaj.¹⁰

6.1. *Immissio in os*

Od donošenja Kaznenog zakona iz 1997. koji je stupio na snagu 1. siječnja 1998. *immissio in os* (uvlačenje muškog spolnog organa u usta žrtve) tumače se kao radnje izjednačene sa spolnim odnošajem.

Prije stupanja na KZ/97 *felacio* je različito tumačen u optužnicama i u presudama, ponekad je takvo ponašanje bilo pravno označeno kao bludna radnja, ponekad kao kvalificirana bludna ranja, a ponekad i kao kvalificirani oblik silovanja ako je počinitelj uz nasilnu obljubu prisilio žrtvu na *felacio*.

Tako je u jednoj odluci Vrhovni sud naveo da je djelomično osnovana žalba javnog tužioca zbog povrede krivičnog zakona. U pravu je javni tužilac kad tvrdi da je prvostepeni sud pogrešno primijenio krivični zakon u odnosu na opt. B. M. kad ga je oglasio krivim zbog krivičnog djela bludne radnje iz čl. 89. st. 1. KZH. Naime, sudska praksa je već odavno zauzela stajalište da se u slučajevima kad učinilac žrtvi nasilno, protiv njezine volje, ugura spolni organ u usta, ejakulira joj u usta i zatim ejakulat penisom razmazuje po grudima, radi o izvršenju krivičnog djela na naročito ponižavajući način, te je ovo djelo trebalo pravno označiti kao krivično djelo iz čl. 89. st. 3. KZH, kao u izreci ove presude.¹¹

U drugoj odluci sud navodi da ponašanje optuženika koji prisiljava oštećenicu da njegov penis drži u ustima kako bi se spolno zadovoljio predstavlja ostvarenje kaznenog djela bludne radnje i to osnovni oblik djela.¹²

¹⁰ Medicinska enciklopedija, Dopunski svezak, Zagreb, 1974.

¹¹ Iz odluke VSH, KŽ-617/90 od 5. rujna 1990.

¹² Budući da je aktivnost optuženika prema oštećenici bila nesumnjivo usmjerena na zadovoljenje njegovog seksualnog nagona i to upotrebom sile, a i prijetnje, to postupanje gledano sasvim uopćeno ima karakter kontinuiranih događanja, ali gledano s pravnog aspekta to se djelovanje sastoji od dvije faze, koje su ne samo vremenski, nego donekle i prostorno odijeljene, kako je to također već naglašeno u ukidnom rješenju ovog Vrhovnog suda. Zato druga faza primjene sile prema oštećenici radi zadovoljenja spolnog nagona, kada oštećenica biva primorana od strane optuženika, koji joj potiskuje glavu i drži je za kosu, da njegov spolni organ drži u ustima i tako ga zadovoljava, predstavlja u ovom slučaju zamjenu za prvobitno namjeravano silovanje, kako je to na temelju svih utvrđenih pojedinosti događaja ispravno utvrdio prvostepeni sud. Utvrđeno je, naime, na temelju iskaza same oštećenice da je optuženik dobrovoljno odustao od nasilne oblube, kako je to već izneseno, a zatim prinudio oštećenicu, gurajući joj glavu prema sporne spolovilu, da ga drži u ustima kako bi i se zadovoljio, a takvo njegovo ponašanje nosi sve karakteristike bludne radnje iz čl. 89. st. 1. KZH, kako je to ispravno ocijenila pobijana presuda, što u konkretnom slučaju ne može predstavljati okolnost koja bi pokušaju silovanja dala karakter onog izvršenog na naročito ponižavajući način, kako to neprihvatljivo smatra javni tužitelj u žalbi, a time ni do kvalifikacije pokušaja: silovanja po čl. 83. st. 2. KZH, za što se zalaže žalitelj. (Iz odluke VSH, KŽ-710/92 od 13. svibnja 1992.)

U tome pravcu ide i slijedeća odluka Vrhovnog suda u kojoj se navodi da protivno stajalištu izraženom u žalbi državnog odvjetnika, Vrhovni sud prihvaća razloge kojima se rukovodio sud prvog stupnja kad je to djelo optuženika pravno označio kao krivično djelo silovanja iz čl. 79. st. 1. KZRH. Naime, i prema stajalištu ovog suda drugog stupnja, u konkretnom slučaju, s obzirom na sve okolnosti uz koje je djelo počinjeno, napose imajući u vidu da je optuženik mentalno retardirana osoba na nivou debiliteta, bez obzira što je optuženik neposredno prije obljube prisilio oštećenicu na *felacio*, ta okolnost, sama po sebi, uz izostanak drugih aktivnosti koje bi u subjektivnom pogledu (izuzetna upornost, drskost ili bezobzirnost) tom djelu optuženika dale značaj pojačano društveno opasnog djela u smislu naročito ponižavajućeg načina oštećenice, koji bi nadilazio onaj, tom krivičnom djelu imanentan, stupanj ponižavanja, uz pravilnu primjenu zakona, još ne opravdava pravnu kvalifikaciju optuženikova djela po čl. 79. st. 2. KZRH.¹³

Ponekad su sudovi zbog utvrđenja da je osim obljube počinitelj žrtvu prisilio na *felacio*, time ostvario kvalificirani oblik silovanja pa se tako u jednoj odluci navodi da je optuženik nakon što je izvršio obljubu nad oštećenicom (starom 74 godine), ovoj ugurao spolovilo u usta svjestan da je takvo njegovo ponašanje ponižavajuće za oštećenicu, i da na taj način vrijeđa njeno dostojanstvo.¹⁴

Međutim, nakon stupanja na snagu KZ/97 od 1. siječnja 1998. *immissio in os* su radnje izjednačene sa spolnim odnošajem, a ne više bludne radnje.

6.2. *Immissio in anus*

Sve do stupanja na snagu KZ/97 *immissio in anus* su uglavnom bile pravno označavane kao protuprirodni blud između osoba muškoga spola.

Međutim, kod kaznenog djela protuprirodnog bluda sudska praksa nije bila u potpunosti izjednačena. U početku je protuprirodni blud tumačen vrlo usko, samo *immissio in anus*, zatim je kasnih šezdesetih godina prošloga stoljeća, tumačenje bilo nešto šire, da bi se kroz neko vrijeme praksa ponovno vratila na uže tumačenje.

Tako Vrhovni sud navodi da se pod protuprirodnim bludom osoba muškoga spola podrazumijeva samo *coitus per anum* tj. *immissio in anus*, a ne i ostale radnje koje idu za time da se zadovolji spolna pohota, koje se imaju cijeliti samo kao bludne radnje. S obzirom na to hvatanje dječaka, koji je navršio 14 godina za spolni ud i onaniranje te traženje od dječaka da i on to učini predstavlja samo vršenje bludne radnje koje Krivični zakonik ne inkriminira kao krivično djelo budući da nisu izvršene pod uvjetima predviđenim u čl. 183. KZ odnosno čl. 179. do 182. KZ već se takva djelatnost tretira kao prekršaj.¹⁵

¹³ Iz odluke VSH, KŽ-393/94 od 7. lipnja 1994.

¹⁴ Svako silovanje je ponižavajuće postupanje nad oštećenicom. Međutim, ovim oblikom silovanja obuhvaćeni su oni slučajevi koji učinioca eksponiraju kao bezobzirnog, ili bez moralnih skrupula, u nastojanju da tijelo i ličnost oštećenice stavi u položaj koje značajno povređuju njeno dostojanstvo. Točni su navodi u žalbi da samo stavljanje spolovila u usta oštećenice ne znači da bi se, samo zbog te okolnosti, ostvarilo biće ovoga krivičnog djela. Međutim, ovdje se radi o postupku optuženika koji je izvan ponašanja koje predstavlja prinudu potrebnu radi obljube. Optuženik je, naime, nakon što je izvršio obljubu nad oštećenicom (starom 74 godine), ovoj ugurao spolovilo u usta svjestan da je takvo njegovo ponašanje ponižavajuće za oštećenicu, i da na taj način vrijeđa njeno dostojanstvo. (Iz odluke VSH, KŽ-617/90 od 5. rujna 1990.)

¹⁵ Iz odluke Vrhovnog suda Hrvatske, KŽ-295/63 od 7. ožujka 1963,

Kasnije imamo dvije odluke iz 1969. godine u kojima je protuprirodni blud tumačen šire i to na taj način da je u jednoj odluci kao protuprirodni blud suđeno guranje penisa u usta, a u drugoj guranje prsta u vaginu.

Iz ovih primjera vidimo koliko su sudovi već tada imali problem oko pravne oznake ponašanja i radnji koje se nisu mogle podvesti pod obljubu n pod protuprirodni blud, a sudovi su smatrali da je kriminalna količina tolika da je opravdanja da se takva ponašanja označe samo kao bludne radnje.

6.3. Penetracije predmetima u spolne organe žrtve

Jesu li radnje izjednačene sa spolnim odnošajem penetracije predmetima u spolne organe žrtve sudovi su se bavili sporadično.

U dvije odluke iz 2007. godine VSRH se bavio penetracijom predmetima u spolne organe žrtve. Bila je riječ o tzv. pasivnom silovanju što je sudska praksa prihvaćala i takve radnje smatrala radnjama koje se mogu izjednačiti sa spolnim odnošajem.

U prvoj odluci sud je utvrdio da su dvojica počinitelja ostvarili kvalificirani oblik silovanja na naročito okrutan i ponižavajući način jer je prema istoj žrtvi ostvareno više silovanja na naročito okrutan i ponižavajući način, a osim obljube i *felacija* ostvarili su u tzv. pasivno silovanje jer su žrtvu prisilili na samozadovoljavanje vratom pivske boce.¹⁶

U drugoj odluci sud je također zaključio da je riječ o tzv. pasivnom silovanja kada je utvrdio da je više počinitelja ostvarilo kvalificirani oblik kaznenog djela silovanja jer su između ostalog, prisilili oštećenicu da u svoje spolovilo uvlači smotane novine i prst.¹⁷

¹⁶ U postupanju žalitelja u cijelosti je sadržano biće kaznenog djela silovanja iz čl. 188. st. 2. KZ, sa ostvarena dva kvalifikatorna elementa, jer je predmetno kazneno djelo počinjeno na naročito okrutan i naročito ponižavajući način i jer je istom prigodom prema istoj žrtvi počinjeno više silovanja od strane više počinitelja, pa je na utvrđeno činjenično stanje pravilno primijenjen kazneni zakon. Naime, prema istoj žrtvi počinjeno je više spolnih odnošaja i sa spolnim odnošajem izjednačenih spolnih radnji od strane više počinitelja, obzirom da je nesporno da je oštećenica žalitelju vršila *felacio* i da ju je žalitelj obljubio, čime je počinio dvije radnje kojima se ostvaruje biće kaznenog djela silovanja, te se na kraju morala samozadovoljavati pivskom bocom zbog sile i prijetnje primijenjenih od strane opt. D., što predstavlja sa spolnim odnošajem izjednačenu spolnu radnju, i što također udovoljava biću kaznenog djela silovanja (tzv. pasivno silovanje). Kako su sve te radnje izvršene uz višestruke prijetnje smrću, uvrede, udaranje šakama i rezanjem nožem oštećenice, te da je oštećenica nakon svega istjerana gola na ulicu, to je nedvojbeno da se istovremeno radi i o ostvarenju kaznenog djela na naročito okrutan i naročito ponižavajući način. (Iz odluke VSRH, I Kž-920/07 od 11. prosinca 2007.)

¹⁷ Naime, prvostupanjski sud i u činjeničnom opisu presude gdje su opisane nedopuštene radnje optuženika kao i u obrazloženju presude jasno razgraničava počinjenje osnovnog kaznenog djela silovanja počinjenog radnjom koja je izjednačena sa obljubom (uvlačenjem smotanih novina u spolovilo oštećenice te njenih prstiju u njeno spolovilo) od kvalifikatornih elemenata koja tom silovanju daju karakter počinjenog na naročito okrutan i ponižavajući način. Okolnost prisile oštećenice da sama uvlači smotane novine u njenu vaginu pred više osoba koje viču „Dublje, dublje“, da bi ju se nakon toga prisiljavalo da gola trči pred njima i pri tome pjeva dok ju neki gađaju novčićima, nakon čega prisutni po njoj mokre i prisiljavaju je, da se valja po toj mokraći, odnosno drugog dana nakon pjevanja prisiljava da nastavi sa radnjom samozadovoljavanja pred svima njima, ali sada prstima, pri čemu se svi prisutni, kako to utvrđuje prvostupanjski sud, tijekom tih radnji izruguju oštećenici, očigledno sadrži potrebne kvalifikatorne elemente u samom činjeničnom opisu koji nadilaze osnovna obilježja kaznenog djela. Također, i u samom obrazloženju prvostupanjski sud nalazi utvrđenim ova postupanja kao ono koje nadilazi uobičajenu okrutnost i poniženje koje prati kazneno djelo silovanja. U odnosu na subjektivnu komponentu kod svakog od supočinitelja kaznenog djela pod točkom 1. izreke prvostupanjske presude, prvostupanjski sud ispravno utvrđuje njih kao supočinitelje te za to svoje utvrđenje daje i valjane razloge koje prihvaća i Vrhovni sud kao sud drugog stupnja. (Iz odluke VSRH, I kž-103/07 od 17. travnja 2007.)

Nakon stupanj na snagu KZ/11, od 1. siječnja 2013. objašnjenja tzv. pasivnog silovanja više nisu potrebna jer je zakonsko biće kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka, a time i u kazneno djelo silovanja dopunjeno tako da obuhvaća i takvo ponašanje kada žrtva bez pristanka sama nad sobom izvrši sa spolnim odnošajem izjednačenu spolnu radnju.

7. Kazneni zakonik (stupio na snagu 1. siječnja 2013.)

Kazneni zakon iz 2011. godine koji je stupio na snagu 2013. godine u glavi XVI. propisivao je kaznena djela protiv spolne slobode, a sva kaznena djela na štetu djece smještena su u posebnu Glavu XVII. pod nazivom: Kaznena djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta.

Glava XVI. zakona je u cijelosti izmijenjena tako da ona danas ima šest kaznenih djela protiv spolnih sloboda, od kojih su dva kaznena djela nova i to kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka i kazneno djelo spolnog uznemiravanja dok su ostala djela više ili manje izmijenjena.

7.1. Spolni odnošaj bez pristanka - članak 152. KZ/11

Ovdje je riječ o novom kaznenom djelu koje u takvom obliku nije postojalo ni u jednom Kaznenom zakonu. Međutim, ono ipak djelomice odgovara kaznenom djelu – Spolnog odnošaja s nemoćnom osobom iz članku 189. stavku 1. KZ/97 - Prisile na spolni odnošaj članku 190. KZ/97, Spolnom odnošaju zlorabom položaja iz članku 191. stavku 1. KZ/97 i Zadovoljavanjem pohote pred djetetom ili maloljetnom osobom iz članku 194. KZ/97.

Kazneno djelo iz članak 152. stavka 1. ovoga članka ostvaruje onaj počinitelj koji bez pristanka:

- s drugom osobom izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju;
- navede drugu osobu da s trećom osobom izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju;
- nad samim sobom izvrši sa spolnim odnošajem izjednačenu spolnu radnju što može biti penetracija dijelova tijela ili predmetima u vlastite spolne organe.

U prijašnjim zakonima ova odredba nije postojala pa je u odlukama sudova ovakvo ponašanje označavano kao tzv. pasivno silovanje o čemu je naprijed već bilo govora.

Stavak 2. članka 152. KZ/11 bavi se pitanjima otklonjive zablude, pa će počinitelj odgovarati iako je bio u zabludi u pravcu postojanja pristanka, ako je prema objektivnim okolnostima i svojim osobnim svojstvima morao i mogao znati da pristanka nema.

Opće je pravilo da počinitelj koji je prilikom počinjenja kaznenoga djela bio u zabluda koja je neotklonjivo nije kriv, a ako je zabluda bila otklonjiva odgovara za nehajni oblik ostvarenja kaznenoga djela ali ne uvijek nego samo onda kada je to kazneno djelo kažnjivo i ako je počinitelj postupao iz nehaja.

Kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka može se počiniti samo s namjerom, međutim zakonodavac je ipak predvidio odgovornost i za nehaj ako je počinitelj bio u otklonjivoj zabludi glede postojanja pristanka.

U sudskoj praksi gotova da i nema pozivanja na zabludu iz stavka 2. članka 152. KZ/11. U jednoj odluci¹⁸ optuženik se u obrani pozivao na to da je bio u zabludi u pogledu pristanka žrtve, međutim sud je takvu obranu optuženika otklonio, a u obrazloženju je naveo da je oštećenica jasno izrazila svoje protivljenje pa o zabludi o pristanku na spolni odnošaj ne može biti govora.¹⁹

Zakonodavac je u stavku 3. članka 152. KZ/11 definirao da pristanak postoji ako je neka osoba svojom voljom odlučila stupiti u spolni odnošaj ili s njime izjednačenu spolnu radnju i bila je sposobna donijeti i izraziti takvu odluku, a pristanak na spolni odnošaj nema ako je spolni odnošaj ili s njom izjednačena spolna radnja izvršen:

- uz uporabu prijetnje, u slučaju kada je počinitelj ranije imao spolne odnose sa žrtvom koje je snimao, a kasnije je žrtvu prisiljavao na spolne odnose prijeteci da ako ne pristane da će objaviti njezine gole fotografije, a sam i čin spolnoga odnosa.²⁰

- prijevarom;

- zlouporabom položaja prema osobi koja se nalazi u položaju zavisnosti;

- iskorištavanjem stanja osobe koja nije sposobna izraziti odbijanje, s tim da je u praksi sudova najveći broj ovakvih primjere spolnog odnošaja bez pristanka. Tako je sud utvrdio da je riječ o spolnom odnošaju bez pristanka:

- kada je žrtva bila u tolikoj mjeri alkoholizirana da nije bila u stanju izraziti svoje protivljenje spolnom odnošaju, a počinitelj je tu činjenicu iskoristio;²¹

- u slučaju kada je počinitelj kod žrtva razvio emocionalni odnos zaljubljenosti, svjestan njene nedovoljne mentalne i emocionalne razvijenosti, zbog čega nije bila sposobna za slobodno odlučivanje o spolnom aktu:

- obluba nad 69-godišnjom oštećenicom na način da su počinitelji noću ušli u kuću oštećenice dok je ona spavala i iskoristili njezinu bunovnost, alkoholiziranost i znatno narušeno psihičko stanje.

- nad osobom kojoj je protupravno oduzeta sloboda, s tim da nam nije poznato da bi ovakav slučaj bio zabilježen u sudskoj praksi.

¹⁸ Iz odluke Županijskog suda u Šibeniku, KŽ-70/16 od 25. veljače 2016.

¹⁹ Suprotno žalbenim navodima branitelja opt. M. L., vezanih za sadržaj iskaza oštećene S. D., te žalbenu tvrdnju branitelja da bi optuženik bio u zabludi oko pristanka oštećene u odnosu na spolni odnos, ovaj sud nalazi da je oštećena utuženog događaja, u trenutku kada je optuženik pritiskom ruke u tijelo pogurao u poluležeći položaj, a prethodno spustio sjedalo suvozača, riječima „nemoj“, što ponovila u više navrata, jasno i nedvojbeno izrazila svoje nepristajanje na spolni odnos, što je optuženik sasvim sigurno razumio, prepoznao, te zaključio da oštećena nije voljna imati sa istim spolni odnos, da oštećena na isti ne pristaje, a koje ponašanje, te jasno izraženo protivljenje oštećene, nije zaustavilo optuženika, već isti nastavlja sa daljnjim radnjama, činjenično opisanim u izreci pobijane presude, u cilju ostvarenja spolnog odnošaja protiv volje oštećene S. D. U tom pravcu, neosnovani su i neprihvatljivi žalbeni navodi branitelja, da bi se optuženik utuženog događaja nalazio u zabludi oko pristanka oštećene na spolni odnos, neovisno od činjenice ranijeg ponašanja oštećene, dok se sa optuženikom nalazila u klubu „R“ u Zagrebu, s istim plesala „na intimniji način“, da su se dodirivali tijelima, spremnost oštećene da sa istim razmijeni i poljupce, s obzirom da navodi da joj se optuženik svojom fizičkom pojavom svidio, ali isto tako, decidirano tvrdi, da joj nije bila namjera „sa istim stupiti u seksualni odnos. (Iz odluke Županijskog suda u Šibeniku, KŽ-70/16 od 25. veljače 2016.)

²⁰ Iz odluke Općinskog kaznenog suda u Zagrebu, K-802/15 od 22. rujna 2015. – odluka nepravomoćna

²¹ Iz odluke VSRH, I KŽ-89/15 od 22. travnja 2015.

7.2. Silovanje

Kazneno djelo silovanja iz članka 153. KZ/11 koncepcijski je drukčije uređeno jer ga ostvaruje onaj počinitelj koji ostvari kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka uporabom sile ili prijetnje da će izravno napasti na život ili tijelo silovane ili druge osobe.

Uspoređujući kazneno djelo silovanja iz ovoga članka s onim iz članka 188. KZ/98 uočavamo veliku podudarnost. Jedina je razlika u tome što je prema KZ/98 uporaba prijetnje da će se napasti na život ili tijelo bila usmjerena prema žrtvi ili njoj bliskoj osobi, a prema KZ/11 može biti riječ o bilo kojoj osobi na koji način je kriminalna zona proširena.

Novija sudska praksa bavila se pitanjima je li zadovoljavanje spolnoga nagona sastavnica kaznenog djela silovanja ili nije. U više sudskih odluka bilo je govora o tome da državni odvjetnici u činjenični opis kaznenog djela silovanja navode da je počinjeno u nakani zadovoljavanja spolnoga nagona, što sud smatra nepotrebnim, pa tako u jednoj odluci navodi da treba ukazati na to da činjenični opisi pobijane presude koji se odnose na kaznena djela protiv spolne slobode sadrže nepotrebnii dio koji se odnosi na okolnosti koje nisu sastavnice tih kaznenih djela pa je na to potrebno ukazati, radi pravilnog postupanja ubuduće. Naime, u točkama 1. i 2. izreke pobijane presude navedeno je da je optuženik kaznena djela počinio „u nakani zadovoljenja svojeg spolnog nagona“. Do ostvarenja obilježja kaznenih djela protiv spolnih sloboda dolazi zato što počinitelj(ica) napada na spolnu slobodu žrtve, a pritom nije nužno da je to učinjeno „u nakani zadovoljenja svojeg spolnog nagona“ jer takav cilj, odnosno namjera nije sastavnica tih kaznenih djela (I Kž-922/11.). Štiti se sloboda odlučivanja u sferi spolnosti, počinitelj napada upravo na tu slobodu, a pravno je neodlučna okolnost „zadovoljenja spolnog nagona“. Zato činjenični opisi ne trebaju sadržavati taj ili sličan dio koji bespotrebno opterećuje i otvara mogućnost raspravljanja i dokazivanja okolnosti koje prema zakonu ne treba utvrđivati. Stoga, ako ovlašteni tužitelj takav dio postavi u činjenični opis, onda ga sud, ako optuženika proglašava krivim, treba ispustiti iz činjeničnog opisa.²²

Da zadovoljavanje spolnoga nagona nije element kaznenoga djela silovanja proističe i iz zakonskoga bića kaznenoga djela ratnoga zločina iz članka 91. stavka 2. točke 22. KZ/11 gdje se silovanje pojavljuje kao oblik ratne osvete, kako navodi VSRH u svojoj odluci od 15. veljače 2016. I Kž-554/15²³

²² Iz odluke VSRH, I Kž-471/15 od 27. listopada 2015.

²³ Vrhovni sud Republike Hrvatske, kao sud drugog stupnja, razmotrio je po prvostupanjskom sudu izrečene kazne zatvora u svjetlu po tom sudu utvrđenih olakotnih i otegotnih okolnosti za obojicu optuženika, te zaključio da su te okolnosti u adekvatnoj mjeri došle do izražaja u kazni zatvora u trajanju od deset godina, izrečenoj opt. L.J. R., odnosno u kazni zatvora u trajanju od pet godina izrečenoj opt. V. G. Ovaj drugostupanjski sud također smatra da protek vremena od počinjenja djela nepobitno ima znatno manji značaj kod ovakvih kaznenih djela, te da je takvo rezoniranje u skladu s pravilom o nezastarijevanju kaznenih djela ratnih zločin. Opisani postupci obojice optuženika doista odražavaju čin silovanja kao oblik ratne osvete, psihičke i fizičke dominacije nad ženskim pripadnicima druge nacionalnosti, u kojem kontekstu je ispravno navedeno da je i opt. G. pokazao iznimnu upornost i bezobzirnost, uzimajući učešća u jednom takvom postupku u kojem su jednu žensku osobu - oštećenicu istom prilikom silovala tri muškarca, čega je on nepobitno bio svjestan. Stoga, iako je postupanje opt. V. G. ispravno pravno označeno po odredbama novog Kaznenog zakona, kao djelo iz čl. 91. st. 2. KZ/11, za koje je zapriječen niži zakonski minimum nego što je to bilo prema čl. 120. st. 1. OKZRH, nije bilo mjesta blažem kažnjavanju od onog odmjerenog po prvostupanjskom sudu. S druge strane, opravdano je opt. L.J. R. odmjereni kazna zatvora u trajanju od deset godina koja u pravoj mjeri odražava značajno veću kriminalnu količinu sadržanu u postupcima i radnjama zbog kojih je on proglašen krivim, te njegovu ulogu idejnog začetnika i faktičkog zapovjednika. Izrečene kazne su i po ocjeni ovog drugostupanjskog suda podobne za ostvarenje svrhe kažnjavanja i postizanje opće svrhe izricanja kaznenih sankcija.

Kazneno djelo silovanja danas je kazneno djelo protiv spolne slobode pa se može ostvariti i onda kada počinitelj nije imalo za cilj zadovoljavanje svoga spolnoga nagona, ovdje je odlučno da se krše prava žrtve na slobodni odabir partnera i dragovoljnost spolnog odnosa i radnji s kojima se može izjednačiti.

7.3. Supočiniteljstvo i sukcesivno supočiniteljstvo

Kada govorimo o kaznenom djelu silovanja i supočiniteljstvu u tome djelu moramo reći da se sudska pravca u tome mijenjala, od toga da supočiniteljstvo kod ovog kaznenog djela nije moguće, pa do toga da optuženik kazneno djelo silovanja može počiniti ne samo kao počinitelj nego i kao supočinitelj.

Dok je kazneno djelo silovanja bilo propisano među krivičnim djelima kojima se štiti dostojanstvo ličnosti i moral (KZ/51) sudska praksa je bila neujednačena, a i pravni teoretičari se nisu slagali oko toga je li kod kaznenog djela silovanja moguće supočiniteljstvo ili nije moguće.

U jednoj odluci iz 1953. godine²⁴ Vrhovni sud je rekao da je supočiniteljstvo kod silovanja moguće, no prof. Zlatarić je u svojoj knjizi Krivični zakonik u praktičnoj primjeni takav stav izvrgao oštroj kritici navodeći da je počinitelj samo onaj tko primjeni silu ili prijetnju i ostvari obljubu dok su svi ostali pomagatelji ili eventualno poticatelji jer po prirodi stvari ne može se obljuba drugoga htjeti kao svoja.

Već tada u pojedinim odlukama sudova ovakav stav prof. Zlatarića nije bio prihvaćen, pa je tako Vrhovni sud u svojoj odluci²⁵ naveo da učesnici i radnji izvršenja zajedničkog umišljajnog djela silovanja odgovaraju svi kao suizvršitelji, bez obzira u kojoj formi i u kojem opsegu svaki od njih sudjeluje. Kad je izvršena obljuba, pa samo i jednog od njih uz učestvovanje i drugih pri upotrebi sile odgovaraju kao suizvršitelji dovršenog djela silovanja. S druge strane izvršioци obljube odgovaraju samo za dovršeno djelo silovanja, a ne i posebno još i kao pomagači u vršenju obljube drugih.

U drugoj odluci²⁶ Vrhovni sud navodi da kada je utvrđeno da su dvojica učinilaca prema ženskoj osobi s kojom nisu u bračnoj zajednici uporabili silu u namjeri da je prinude na obljubu (odvukli je silom u šumu i silom skinuli odjeću) onda se imaju obojica smatrati kao suizvršitelji bez obzira što jedan od nije uspio da i on obljubu izvrši. Svojim ponašanjem i taj drugi optuženik pridonio je da se obljuba izvrši i obljubu je želio kao zajedničko djelo.

Danas se supočiniteljstvo kod kaznenog djela silovanja u optužnicama utužuje, a sudovi smatraju da je ono moguće jer je riječ o kaznenom djelu kojim se štite slobode (spolne), a one se ne moraju povrijediti isključivo osobno. Međutim, kod razgraničenja je li neko ponašanje učesnika u silovanju supočiniteljska radnja ili je riječ o pomaganju odlučuje su od slučaja do slučaja.

Na pitanje je li sukcesivno supočiniteljstvo kod kaznenoga djela silovanja moguće sudska praksa je odgovorila potvrdno. Naime, sukcesivno supočiniteljstvo postojati će onda kada se jednoj osobi dok ostvaruje kazneno djelo, prije nego ga je dovršila, priključi druga osoba kao počinitelj/supočinitelj.

²⁴ Vrhovni sud NRH, KŽ-253/53 od 10. ožujka 1953

²⁵ KŽ-353/53 Zbirka odluka Vs II/1954 – odluka 46

²⁶ VSH, KŽ-79/66 od 22. ožujka 1966.

Bitan elemenat kaznenog djela silovanja je uporaba sile ili prijetnje, međutim ne moraju svi optuženici, da bi bili supočinitelji, primijeniti silu spram oštećenice, nego se mogu i naknadno priključiti pri čemu je odlučno da imaju vlast nad djelom da bi bila riječ o sukcesivnom supočiniteljstvu.²⁷

7.4. Pomaganje kod silovanja

Kada je riječ o supočiniteljstvu, a kada o pomaganju kod kaznenoga djela silovanja, kao uostalom i kod drugih kaznenih djela uvijek je *questio facti*.

Starija sudska praksa bavila se pitanjima pomaganja kod kaznenog djela silovanja na način da je u više odluka optuženika oslobodio od optužbe jer pomaganje nije moguće učiniti iz nehaja, a prema utvrđenjima suda namjera pomagača nije bila dokazana.²⁸

Novija praksa se također bavila pitanjima postojanja pomaganja kod kaznenog djela silovanja pa je tako Vrhovni sud u jednoj odluci²⁹ naveo žalitelj pogrešno smatra da se pomagateljem u smislu čl. 22. OKZRH može smatrati samo ona osoba koja je poduzela takve radnje koje su nužni uvjet da neposredni počinitelj ostvari elemente krivičnog djela. Pomaganjem u smislu naprijed navedene odredbe smatra se svako podupiranje izravnog počinitelja u počinjenju krivičnog djela poduzimanjem radnji kojim se izvršenje kaznenog djela olakšava ili ubrzava. Prijevoz trojice optuženika iz ugostiteljskog objekta u kojemu su dogovorili odlazak kući oštećenice predstavlja radnju kojom se olakšava i ubrzava izvršenje krivičnog djela koje su namjeravali počinuti ti optuženici, pa suprotno mišljenju žalitelja, radnja prevoženja predstavlja pomagačku radnju u izvršenju kaznenog djela za koje su ostali optuženici proglašeni krivim.

U drugoj odluci³⁰ Vrhovni sud je odbio žalbu optuženice koja je osuđena za pomaganje u silovanju navodeći da je promašena tvrdnja ove optuženice da njezine radnje otkopčavanja hlača ni na koji način nisu pomagačke u konkretnom slučaju, jer je u pitanju izjednačena spolna radnja, sa spolnim odnošajem tj. *felacio*. Naime, ova optuženica svakako olakšava optuženiku da obavi sa spolnim odnosom izjednačenu spolnu radnju jer nastoji skinuti oštećenicu dok se ona tome opire i pri tome počinitelju svakako olakšava da skrši otpor koji oštećenica pruža. Radi se o tipičnoj radnji pomaganja iz čl. 38. st. 2. KZ, tako da je i u ovom dijelu žalba optužene neosnovana.

²⁷ U odnosu na točka 2. izreke pobijane presude, ocjena je ovoga suda da je i tom slučaju oštećenica bez svoje volje prisiljena da ima višestruke spolne odnose sa optuženicima M. Š., G. I. i V. K., kojom prilikom je ponovno dovedena u stanje omamljenosti drogom MDPV, a zatim, kao što to potvrđuju i sami optuženici, vođena na više skrivenih lokacija gdje su sa njom imali višestruke spolne odnose i s njim izjednačene spolne radnje, time da ista zbog stanja u kojem se nalazila, nije mogla pružiti otpor i potražiti pomoć. Stoga nisu u pravu žalitelji G. I. i V. K., kada u svojim žalbama ističu da oni nisu prema oštećenici primjenjivali nikakvu silu, jer ih niti sama oštećenica ne tereti za takav način postupanja, jer je i prema ocjeni ovoga suda, pravilno prvostupanjski sud okvalificirao optuženike kao supočinitelje, pri čemu dogovor među njima ne mora biti izričit, već može biti prešutan ili temeljiti na konkludentnim radnjama, pa je moguće da se pojedini supočinitelj priključuje za vrijeme počinjenja kaznenog djela, kao što je to u konkretnom slučaju pristupio optuženik V. K., zbog čega se u tom slučaju radi o sukcesivnom supočiniteljstvu koje je moguće sve dok kazneno djelo nije materijalno dovršeno. Dakle, i G. I. i V. K., znali su da je oštećenica K. B. omamljena drogom MDPV, jer osim što su je i sami kritične zgođe konzumirali, iz iskaza oštećenice proizlazi da su joj tijekom silovanja podizali glavu i prisiljavali da ušmrkava tu drogu. (Iz odluke VSRH, I Kž-741/14-4 od 14. travnja 2016.)

²⁸ Iz odluke VSRH, I kž-485/91 od 3. listopada 1991.

²⁹ Iz odluke VSRH, I Kž-787/10 od 6. travnja 2011.

³⁰ Iz odluke VSRH, I Kž-401/11 od 23. studenoga 2011.

Ovakve radnje optuženice, po našem mišljenju, ne samo da predstavljaju pomaganje u ostvarenju kaznenoga djela nego su vrlo blizu supočiniteljskim radnjama.

7.5. Spolno uznemiravanje

Spolno uznemiravanje iz članka 156. KZ/11 je potpuno novo kazneno djelo koje raniji kazneni zakoni nisu poznavali nego je za takvo ponašanje postojala mogla eventualno postojati prekršajna odgovornost.

U stavku 1. članka 156. KZ/11 navodi se zakonsko biće kaznenog djela spolnog uznemiravanja, a u stavku 2. istoga članka definicija što je spolno uznemiravanje.

Definicija spolnog uznemiravanja ustvari je preuzeta iz članka 3. stavka 2. Zakona o suzbijanju diskriminacije s nazivom: Uznemiravanje i spolno uznemiravanje koja glasi: „*Spolno uznemiravanje je svako verbalno, neverbalno ili fizičko neželjeno ponašanje spolne naravi koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobi, koje uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.*“

Kako utvrditi je li riječ o kaznenoj ili prekršajnoj odgovornosti, a da se ne povrijedi načelo *ne bis in idem* nije uvijek jednostavno.

Praksa sudova je razliku pronalazila u gramatičkom tumačenju odredbe iz stavka 1. članka 156. KZ/11 u kojoj se govori „Tko spolno uznemirava drugu osobu ...“ kao trajnom glagolu što znači da je za postojanje kaznenoga djela potrebno utvrditi opetovano spolno uznemiravanja, kada bi bila riječ o kaznenom djelu, a ako toga nema onda bi počinitelj odgovarao za istovjetni prekršaj.

Tako je sud utvrdio da je riječ o kaznenom djelu, a ne o prekršaju kada je počinitelj rekao oštećenici da želi vidjeti ožiljak na bedru njezine noge i da se žali s oštećenicom "poseksati", a nakon tjedan dana ponovno rekao da oštećenica može napredovati ako bude odlična u poslu, što ne može bez njega, ili da skine gaće.³¹

³¹ Prvostupanjski sud je pozorno ocijenio iskaz opt. A. K., koji ne osporava da je u vrijeme počinjenja djela bio direktor trgovačkog društva L. A. T. d.o.o. O., u kojem je oštećena D. D. bila njemu podređena radnica, ali osporava da bi, u vrijeme i na mjestu kako je to opisano u točki 1. i 2. izreke pobijane presude, rekao oštećenici da želi vidjeti ožiljak na bedru njezine noge i da se žali s oštećenicom "poseksati", a nakon tjedan dana ponovno rekao da oštećenica može napredovati ako bude odlična u poslu, što ne može bez njega, ili da skine gaće, te takav iskaz optuženika ocijenio nevjerodostojnim, samo u dijelu u kojem optuženik osporava da je oštećenici u dva navrata uputio naprijed navedene riječi. Nasuprot toga, prvostupanjski sud je iskaz ošt. D. D. koja navodi da joj je optuženik u dva navrata, uputio naprijed navedene riječi, ocijenio vjerodostojnim. Dovodeći u vezu iskaz oštećenice s iskazima naprijed navedenih svjedokinja, prvostupanjski sud je utvrdio da je optuženik u dva navrata oštećenici uputio riječi navedenog sadržaja. Stoga prvostupanjski sud zaključuje da je opt. A. K. kao direktor svojoj podređenoj radnici opt. D. D. uputio u dva navrata riječi kojima ili izravno (želi s njom poseksati) ili neizravno (da skine gaće) iskazuje želju da s oštećenicom ima spolni odnos. Takva utvrđenja prvostupanjskog suda kao potpuna i pravilna prihvaća i ovaj drugostupanjski sud. O tome je prvostupanjski sud naveo iscrpne razloge na koje se upućuje radi izbjegavanja nepotrebnog ponavljanja. Međutim, ispitujući pobijanu presudu, u povodu žalbe optuženika, po službenoj dužnosti shodno čl. 476. st. 1. ZKP/08 ovaj drugostupanjski sud je utvrdio da je na štetu opt. A. K. povrijeđen kazneni zakon u odredbi čl. 469. toč. 4. ZKP/08 jer je prvostupanjski sud djela opisana u točki 1. i 2. izreke prvostupanjske presude pravno kvalificirao kao stjecaj dva kaznena djela protiv spolne slobode – spolno uznemiravanje iz čl. 156. st. 1. KZ/11. Međutim, da bi se radilo o kaznenom djelu spolnog uznemiravanja, za razliku od prekršaja, potrebno je da se spolno uznemiravanje ponovi. Stoga, kada je opt. A. K. 9. listopada 2013., koristeći kao direktor odnos nadređenosti prema radnici ošt. D. D. rekao da želi vidjeti ožiljak na bedru njezine noge i da želi s njom imati spolni odnos, a potom 16. listopada 2013., u istom svojstvu i istom odnosu prema ošt. D. D., ponovio riječi kojima izražava takvu spolnu želju, tek je s takvom ponovljenom radnjom

U drugoj odluci³² sud je vrijednosno ocjenjivao provedene dokaze pa je utvrdio da nisu ostvareni elementi kaznenog djela spolnoga uznemiravanja kada je optuženik kao nastavnik u srednjoj Tehničkoj školi u četiri navrata tražio od 17-godišnje učenice da ostane za vrijeme odmora u učionici kako bi joj pregledao vježbe pa kada je ostala sama jednom ju je uhvatio za nogu, drugi puta ju je zagrlio, treći puta zamahnuo rukom da je udari po stražnjici i četvrti puta rekao da je treba istući i udario je po stražnjici iz čega je sud zaključio da nije riječ o kaznenom djelu spolnog uznemiravanja nego samo o nepristojnom i nedoličnom ponašanju okrivljenika.

ostvario kazneno djelo (jedno) spolnog uznemiravanja iz čl. 156. st. 1. KZ/11. (Iz odluke Županijskog suda u Osijeku, Kž-256/15-4 od 21. svibnja 2015.)

³² Osnovano se u žalbi optuženika ističe da je na njegovu štetu povrijeđen kazneni zakon, jer u njegovom postupanju, kako je ono opisano u izreci prvostupanske presude, nisu ostvarena obilježja kaznenog djela spolnog uznemiravanja iz čl. 156. st. 1. i 2. KZ/11, za koje je pobijanom presudom proglašen krivim. Optuženiku se stavlja na teret da je kao nastavnik u srednjoj Tehničkoj školi u četiri navrata tražio od 17-godišnje učenice da ostane za vrijeme odmora u učionici kako bi joj pregledao vježbe pa kada je ostala sama jednom ju je uhvatio za nogu, drugi puta ju je zagrlio, treći puta zamahnuo rukom da je udari po stražnjici i četvrti puta rekao da je treba istući i udario je po stražnjici. Odredba čl. 156. st. 2. KZ/11 opisuje spolno uznemiravanje kao svako verbalno, neverbalno ili fizičko neželjeno ponašanje spolne naravi koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobi, koje uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Radi se, dakle, o nepristojnom i nedoličnom ponašanju sa spolnim konotacijama, koje osobu dovodi u krajnje neugodan i ponižavajući položaj. U konkretnom slučaju opisane radnje optuženika koji je zagrlio učenicu dok su izlazili iz učionice, primio ju za nogu, zamahnuo rukom da je udari po stražnjici i jednom je udario po stražnjici nisu, po ocjeni ovoga vijeća, spolne naravi u tom smislu da bi povrijedile dostojanstvo učenice i dovele ju u ponižavajući položaj. Očito je da se maloljetna učenica zbog takvog ponašanja nastavnika nije osjećala ugodno, što je njen subjektivni doživljaj koji je, obzirom na karakteristike njezine osobnosti (povučena, introvertirana, nedruželjubiva) opravdan i razumljiv, ali objektivno poduzete radnje optuženika ne predstavljaju grubo zadiranje u sferu seksualnosti niti su mogle u toj mjeri povrijediti dostojanstvo i moral maloljetne oštećenice da bi se njima ostvarila zakonska obilježja kaznenog djela spolnog uznemiravanja. Dakle, kod navedenog kaznenog djela, koje ne mora nužno uključivati fizički kontakt, radnje počinitelja moraju biti izrazito spolne naravi u toj mjeri da vrijeđaju dostojanstvo druge osobe ili imaju taj cilj i dovode ju u krajnje neugodan i ponižavajući položaj. Opisano postupanje optuženika nema takav značaj jer, koliko god za učenicu takvo ponašanje nastavnika, koji ju je zagrlio i udario po stražnjici, bilo neprihvatljivo i neprimjereno, ono u sebi ne sadrži spolnu konotaciju niti je imalo za cilj vrijeđanje dostojanstva učenice i dovođenje u ponižavajući položaj. Stoga je u pravu žalitelj kada tvrdi da se postupanje optuženika, za koje se tereti, ne može cijeliti kao ozbiljnije zadiranje u intimu oštećenice, sa spolnim predznakom, kako to pogrešno zaključuje prvostupanski sud. Pri tome valja imati u vidu da niti jedan drugi učenik nije prijavio optuženika zbog sličnog ponašanja ili sumnje u njegovo nedolično spolno ponašanje, već su mu svi učenici, uz kolege nastavnike, generalno dali podršku da se vrati na posao i nastavi raditi kao nastavnik. (Iz odluke Županijskog suda u Bjelovaru, Kžm-32/14-3 od 15. siječnja 2015.)