

Žrtev kaznivega dejanja: Nevidno središče kazenskega prava*

Rok Svetlič

POVZETEK

V tem članku obravnavamo anomalije v slovenskem kaznovalnem sistemu, ki jih prepoznamo v dveh okoliščinah. Najprej v pomanjkljivi in enostranski teoriji kaznovanja, ki že desetletja dominira v našem izobraževalnem sistemu. Ta odvzem pravice do kaznovanja iz rok žrtve in njeno zaupanje javni oblasti razume narobe, skozi načela zasebnega in ne javnega prava. Zato je potrebno razlikovati med dvema emanacijama volje, med voluntas in arbitrium: kaznovanje nikoli se sme postati arbitraren odnos. Druga anomalija pa je nereflektirano vnašanje elementov krščanske morale v diskurz kazenskega prava. Tako caritas kot odpuščanje s tem povsem spremenita svoj značaj in namesto izraza spoštovanja do človeka postaneta njegovo ponižanje. Članek pokaže, da je žrtev nevidno središče kazenskega sistema, ki zahteva dosledno načelno obravnavo.

Ključne besede: filozofija prava, kazen, nemška klasična filozofija, žrtev kaznivega dejanja

Victim of criminal act: the invisible center of criminal law

ABSTRACT

This article deals with anomalies in the Slovenian penal system, which we recognize in two circumstances. Firstly, in the flawed and one-sided theory of punishment that has dominated our edu-

*Ta članek je rezultat raziskovalnega dela na projektu J5-9342, ki ga financira ARRS.

cation system for decades. Consequently, the transfer of the right to punishment from the victim's hands to the public authority is misunderstood, and interpreted through the principles of private rather than public law. On that ground it is necessary to distinguish between two emanations of will, between voluntas and arbitrium: punishment must never become arbitrary attitude. Another anomaly is the non-reflected introduction of elements of Christian morality into the discourse of criminal law. Both, the caritas and the forgiving, thus completely change their character and become his humiliation instead of expressing respect to the human being. The article shows that the victim remains the invisible center of the penal system, which requires consistent and principle-based approach.

Keywords: philosophy of law, punishment, German classical philosophy, victim criminal act

Naslednje vrstice so namenjene kritični oceni slovenske kaznovalne politike, ki je rezultat dolgoročnih trendov. Težko bi dovolj izpostavili pomen *Kazenskega zakonika* za demokratično kulturo neke skupnosti. Ob hipertrofiji etiškega diskurza, ob nešteti sklicevanjih na vrednote, na človekove pravice in pozivih k njihovi zaščiti, je pomenljivo, da ob tem praktično nikoli ne slišimo omembe *Kazenskega zakonika* in učinkovitosti kazenske justice. Zdi se, da diskurz o etiki, morali, človekovih pravicah itd. dosledno ločujemo od kazenskega prava.

Z vso odgovornostjo lahko rečemo, da je *Kazenski zakonik* najpomembnejša etična knjiga v državi. Iz dveh razlogov. Prvič, v njem se nahajajo opredelitve najpomembnejših vrednot skupnosti (nedotakljivost življenja, telesa, časti, lastnine itd), ki hkrati uživajo najvišjo stopnjo pripoznanosti. Eni etični teoriji vedno stoji nasproti druga, tretja, četrta. Kazenski zakon pa je sprejel Državni zbor in s tem sloni na najvišji ravni družbenega konsenza. In drugič, tu so temeljne vrednote neke skupnosti operacionalizirane.¹ To pomeni, da jih ščiti – po uradni dolžnosti – edini subjekt, ki jih tako sme kot zmore ščititi: država kot monopolist fizičnega prisi-

¹ Operacionalizacija prinaša tudi garantno funkcijo kazenskega prava, ki se začne z domnevo nedolžnosti in načelom *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, vodi preko natančnega opisa znakov kaznivega dejanja in se steka v niz procesnih jamstev. Če pregreta javnost v imenu politične korektnosti nekomu zlahka pavšalno očita nestrpnost, x-fobijo, to v imenu kazenskega prava nikakor ni mogoče.

ljevanja. Posamezniki in nevladne organizacije tega ne zmorejo. Zlasti pa ne smejo.

Opisani okoliščini ustvarjata tvegano situacijo: na eni strani kazensko pravo predstavlja etično sidro neke skupnosti, na drugi strani pa (kritična) javnost to v celoti spregleduje. Etiko išče čisto drugje, v aktivizmu posameznikov in društev, v snovanju alternativnih filozofskih konceptov itd. Zato ob defekti kazenskega sistema nihče ne opazi, da gre za *eo ipso* infekcijo etičnega obličja² celotne skupnosti. Desetletja poučevanja anti-demokratskega ali vsaj a-demokratskega pojmovanja prava in države na fakultetah je oblikovalo nevarno predstavo, da se, povedano na kratko, država in človekove pravice izključujejo: več države, manj (človekovih) pravic; manj države, več pravic in svobode. O teoretski naivnosti³ tega idelologema nima smisla izgubljati besed. To pa ne pomeni, da ne povzroča izjemne škode, katere poglavitni del je odsotnost imunskega odziva skupnosti na defekte kazenskega sistema. Ni si mogoče zamisliti, da bi tolerirali tako teptanje človekovega dostojanstva, kot je vgrajeno v naš kazenski sistem, v katerem koli drugem segmentu življenja naše skupnosti.

Ta članek je posvečen osvetljevanju etičnih defektov vgrajenih v kazenski sistem, ter razlogov zanje. Vrstijo se signali, ki bi nas lahko streznili: vse od ekscesnega deleža pogojnih obsodb, do slovitih izjav pripadnikov tujega podzemlja, ki radi Slovenijo izberejo za svoje aktivnosti prav zaradi »blagega« kaznovalnega sistema. Toda tudi če bi nas ti signali spravili v zadrego, je to le prvi korak. Potrebna je teoretska analiza stanja.

1. Imanentna kršitev *Kazenskega zakonika*

Naj začnemo z ugotovitvijo, da v nobeni drugi pravni panogi ne prihaja do negacije namena zakonodajalca v takem obsegu kot v kazenskem pravu. Pretežni delež kazni je izrečenih pod zakonskim minimumom, odstotek pogojnih obsodb je dosegel že 80%. Povedano z drugimi besedami: v veliki večini kazenskih primerov, tudi ko je krivda pravnomočno ugotovljena, ni izrečena sankcija, ki jo je zakonodajalec predvidel ob *opisu kaznivega dejanja*.

²Dworkin moralno podobo države primerja z moralno podobo posameznika: »(Integriteta, op. R. S.) predpostavlja, da je lahko skupnost kot celota zavezana načelom (...), kakor so na nek način analogno posamezniki zavezani prepričanjem ali idealom.« (Dworkin, 2000, str. 167)

³Naj zadostuje zgolj opozorilo na Hobbesovo analizo družbe, iz katere umaknemo pravo in državo. Več o tem: Svetlič, 2008, Filozofija človekovih pravic.

Ne gre le za eksces pogojnih obsodb, za nameček se soočamo s strmim porastom⁴ posegov v tisti delež, v katerem je sankcija izrečena v obsegu, ki ga predvidi *opis kaznivega dejanja*. Gre za uvedbo ti. vikend zapora, hišnega zapora ali družbeno-koristnega dela. Ni si mogoče predstavljati na področju, denimo, civilnega, delovnega, gospodarskega prava, da bi sodišča 1) ugotovila sovpadanje dejanskega stanu in *premise maior*, v razsodbi bi pa izreklo 2) nekaj drugega, kar bi povsem deformiralo primarni institut.

Seveda je pogojna obsodba, če začnemo z njo, predvidena v samem *Kazenskem zakoniku* (58. čl. KZ-1). Morda se zdi, da bi na osnovi tega lahko zavrnilo tezo, da v večini primerov kazenska justica krši voljo zakonodajalca, rekoč, da je pogojna obsodba urejana v istem pravnem viru kot kazen. Toda sklicevanje na okoliščino, da so take kazenske sankcije vendarle izrečene v skladu s *Kazenskim zakonikom*, ne bi bilo nič drugega kot pravni sofizem. Poglejmo zakaj.

Za laični pogled je značilno prepričanje, da pravo enoznačno opredeljuje tisto ravnanje, ki velja kot zakonito. Toda podrobno branje pravnega reda nas hitro izžene, če parafraziramo F. Nietzscheja, iz »pravnega raja«. Pravni red ne le ne opredeljuje zakonitega dejanja enoznačno, vanj je vgrajena z logiškega stališča najbolj neugodna situacija: ob vsakem dejanskem stanu pravo dopušča kot zakoniti dve, *izključujoči se* ravnanji. Pogodba velja, *razen* če ne velja: če se ugotovi zmota, sila ali prevara. Potek roka prinese prekluzijo, *razen* če je ne: če se odobri vrnitev v prejšnje stanje. Gospodarska družba mora izpolniti obveznost, *razen* če ji tega ni treba: če se ugotovi *rebus sic stantibus*. In tako dalje.

Kljub temu pa pravni red ne potone v tako dezorinetacijo, kot je značilna za kazensko pravo, saj je interpretirano na strokoven način. Toda zavedati se moramo, da pravni red ne more določiti načina svoje interpretacije.⁵ Za kaj takega bi moralo preskočiti lastno senco in sprejeti zakon o tem, kaj pomeni zakon in tako naprej. Zato je ireduktibilna sestavina prava *teoretsko ozadje*, s katerega pravo interpretiramo – na tej točki stoji in pade tudi strokovnost pravika. R. Dworkin razlikuje med koncepti, ki so zapisani v pravni red, in koncepcijami (teorijami), ki dajejo pomen

⁴ Leta 2007 sta bila izrečena zgolj dva ti. vikend-zapora, leta 2016 že 118.

⁵ Avtentična razlaga zakona sicer naredi prav to, toda s tem opisan problem le prestavimo za en korak naprej. Vprašanje interpretacije zakona se zdaj nanaša na interpretacijo avtentične razlage.

konceptom.⁶

Koncepcije nikoli ne morejo biti zapisane, saj bi pri takem poskusu neizogibno zdrsnili v kaskado slabe neskončnosti: napisati definicijo definicije definicije (...) pač ni mogoče. Enako, kot sprejeti zakon o pomenu zakona. Zato pravo ireduktibilno ostaja pomensko odprto. To ni njegova pomanjkljivost, to je njegova narava. Z Dworkinovimi besedami: »*Navada imenovati klavzule kot »nejasne» (vague) (...) temelji na zmoti. Klavzule so nejasne le, če jih razumemo kot skrpane, nepopolne ali shematske poskuse opredelitve neke koncepcije. Če pa jih jemljemo kot sklicevanje na moralne pojme, potlej ne morejo postati bolj jasne, tudi če bi jih definirali bolj natančno.*«⁷

Možnost, da razsojevalec v izjemnem primeru razsodi v nasprotju s smotrom pravnega instituta, na katerega je primarno napoten, je v pravni red vnesena z dobrim razlogom. Pravo želi razsojevalcu ob soočenju z izjemnimi življenjskimi okoliščinami dati možnost, da razsodi v duhu tistega, kar Aristotel imenuje *epieikeia*, in v imenu pravičnosti naredi izjemo. Toda tega, ali bo sodišče dopustilo vrnitev v prejšnje stanje v vseh primerih ali v nobenem; ali bo ugotovilo napake volje v vseh primerih ali v nobenem – tega ni mogoče zapisati v zakon. Če bi npr. v civilnem pravu prišlo na teoretski ravni do dezorientacije, če bi se razširila ekstremistična predstava, da posameznik svoje prave volje sploh ne more izoblikovati – saj je, denimo, ves čas zavajan s komercialnimi sporočili kapitalistične družbe – bi verjetno sodišča vse pogosteje začela ugotavljati zmoto volje. In razveljavljati pravne posle v takem deležu, kot se trenutno izrekajo pogojne obsodbe.

Facit: prav je, da pravo vsebuje orodja za drugačno obravnavo izjemnih situacij tedaj, ko bi bilo vztrajanje pri primarnem institutu krivično. Ne moremo se pa izogniti sklepu, da okoliščina med 80% in 90% izrečenih sodb, ki odstopajo od primarnih institutov, opozarja, da imamo v kazenskem sistemu resno težavo. In da imamo, posledično, težavo tudi kot etična, na načelih temelječa skupnost. Kvalificirana oblika dezorientacije bi bila, če v tem ne bi videli problema. In mi ga ne: delež anomalij raste, prostodušno in brez zadrege je mogoče predlagati, da prostorske zadrege v

⁶ Claudia Bittner opozarja, da je »napotilo brati pojme kot concepts (torej ko zgolj pomensko odprte pojme, ne pa kot že zaključene koncepcije, op. R. S.) temeljnega pomena za Dworkinovo teorijo interpretacije in prava.« (Bittner, 1988, str. 31)

⁷ Dworkin, 1999, str. 136.

zaporih rešujemo s ti. alternativnimi sankcijami itd. Če neizpolnjevanje, denimo, socialnega sporazuma sproža erupcijo diskusij o pravičnosti v družbi, pa okoliščina, da bo žrtev pravnomočno obsojenega storilca naslednji dan srečala na stopnicah – ker pač država tako varčuje pri stroških za zapore – ne zanima prav nikogar. Vzroka za opisane defekte sta dva, prvič, pomanjkljivo razvita teorija kazni in, drugič, nereflektirani sedimenti krščanskega izročila.

2. Javna oblast kot *ius utendi et abutendi*

Temelj zahodne pravne civilizacije je, da javna oblast kaznovalno pravico vzame iz rok žrtve. Ne gre le za procesne razloge, ki jih ilustrira načelo, *nemo iudex in causa sua*, prizadeti pač težko objektivno presoja o lastni krivici. Ključni razlog je v tem, da lahko le javna oblast izpelje kaznovanje v imenu *obče volje*. Kaznovanje javne oblasti ni maščevanje, je edino, ki lahko maščevanje ustavi in pomiri uničujoč razkol v skupnosti. Tega zasebniki sami nikoli ne morejo, nasprotno, razkol le poglobljajo in nadaljujejo. Zato G. W. F. Hegel razlikuje med maščevalno in kaznovalno pravičnostjo: »Odprava zločina je v sferi neposrednosti najprej maščevanje, ki je po vsebini, kolikor je izravnava (*Wiedervergeltung*), pravično. Toda s stališča forme je maščevanje delovanje subjektivne volje, ki lahko v sleherni utrpelo poškodbo položi svojo neskončnost; zato je njena pravičnost na sploh naključna, poleg tega pa je v očeh drugega le nekaj partikularnega. Maščevanje je zato, kolikor je pozitivno dejanje partikularne volje, nov zločin. Zato zapade, kot to protislovje, v neskončen progres in se prenaša iz roda v rod brez konca.«⁸ »Zahteva, da naj bo to protislovje (enako kot protislovje pri drugih krivicah), ki je tukaj prisotno kot odpravljanja krivice, odstranjeno, je zahteva, ki je očiščena subjektivnih interesov, subjektivne oblike in naključji moči; ni torej zahteva maščevalne, pač pa kaznovalne pravičnosti.«⁹

Toda za etično obličje neke skupnosti je pomembno še nekaj. Ni dovolj le, da javna oblast pravico do kaznovanja vzame posamezniku. Ko jo ima v rokah, se zdi, da je pravica do kaznovanja »njena« – toda, kaj to pomeni? To je točka, kjer se začenja defekt našega kazenskega sistema. Za slovensko družbo je značilna zadr-

⁸ Hegel, 1970, § 102.

⁹ Prav tam, § 103.

žanosti do zasebne lastnine, ki je v tradicionalni obliki opredeljena kot *ius utendi et abutendi*, kot pravica do absolutne oblasti nad stvarjo, do njene uporabe in izrabe/uničenja. Toda dominantna teorija kaznovanja sledi točno temu načelu. Prenos pravice do kaznovanja v roke javne oblasti razume na način, kot da lahko zdaj z njo naredi kar hoče. Lahko jo »uporabi«, če tako hoče, za potrjevanje ideologema o družbeni pogojenosti kriminalitete in sankcijo reducira na tretma. Lahko jo tudi »uniči«, zavrže, in izreče pogojno obsodbo, če *hoče* na ta način utrjevati ideologem o humanosti in zmanjševanja represije. Ali pa, če hoče na ta način preprosto varčevati. Tudi sklicevanje na žrtev je zavrnjeno na podoben način, kot sklicevanje na prejšnjega lastnika po prenosu lastninske pravice: ta nima nobene besede pri ravnanju s stvarjo, četudi je bila še prejšnji hip njegova.

Do teh zdrsov lahko pride le zaradi popolne neizobraženosti na ravni osnovnih pojmov prava in države. Demokratična teorija kaznovanja seveda brezkompromisno zahteva, da kaznovalna oblast pripade njej, toda to nikakor ne pomeni, da je s tem dobila *bianco* dispozitiv. Pravico, s katero lahko naredi karkoli. Temelj zahodne pravne civilizacije je spoznanje, da mora javna oblast delovati po volji, razumljeni kot *voluntas* in nikoli kot *arbitrium*. V slovenskem jeziku¹⁰ to razlikovanje ni povsem jasno izraženo, lahko bi govorili o (obči) volji in samovolji (ki je tu ne smemo razumeti pejorativno, pač pa kot pred-moralno razpolaganje). Primer samovolje je klasični pojem lastnine, ki imetniku podeljuje absolutno oblast nad stvarjo, vključujoč njeno izrabo. To je hkrati temeljni princip delovanja zasebnika, ki prosto razpolaga s svojo zasebno sfero. Pomanjkljivost tega principa je, da se giblje tostran etičnega horizonta, saj je golo soglasje zasebnikov dovolj, da odnos velja za formalno korektnega (*volenti non fit iniuria*). Vsebi na odnosa ostaja povsem izven optike *arbitriuma*, trguje se pač lahko tako z orožjem kot s kruhom. Zato rečemo, da ekonomija ne misli, pač pa kopiči.

Nekaj čisto drugega je (obča) volja, *voluntas*, ki je nosilni princip javne oblasti. J. J. Roussau jo opredli takole: »Vsak od nas daje svojo osebo in vso svojo moč pod vrhovno vodstvo obče volje; in vsakega člana sprejmemo v telo kot nedeljivi del celote.«¹¹ »Ta združitev iz zasebnih oseb vseh pogodbenikov na mah naredi

¹⁰ V nemščini: *die Wille* vs. *die Willkür*; v angleščini: *Will* vs. *Choice*.

¹¹ Rousseau, 2001, str. 23.

*moralno in kolektivno telo, ki je sestavljeno iz toliko udov, kolikor glasov ima celotno združenje, združenju pa podeli njegovo enotnost, njegov skupni jaz, njegovo življenje in voljo.*¹²

S podpisom družbene pogodbe se zgodi kvalitativni preskok. Čeprav so njeni podpisniki zasebniki, se s tem rodi od njih različno »*moralno in kolektivno telo*«, ki ima svoje »življenje in voljo«. Ta volja ni *arbitrium*, pač pa *voluntas*. Ni stvar zasebnika, pač pa javne oblasti. Oblast je ne ustvarja (kot jo zasebnik), pač pa zgolj upravlja. Zato Rosuseau striktno ločuje občo voljo (*volonte generale*) od volje vseh (*volonte de tous*), ki bi predstavljala agregat zasebnih interesov. Brez tega razlikovanja ni mogoče razumeti osnov liberalne demokracije, ki temelji na človekovih pravicah. Niti kazenske sankcije v demokratičnem okviru.

Zato žrtev¹³ ostaja v središču kazenske politike. Ne kot aktivno legitimirana stranka, kot zasebnik, ki bi s svojim *arbitriumom* vplival na potek postopka. Pač pa kot *absolutni smoter* kazenske justice kot take, ki poteka v mediju *voluntasa*, tj. obče volje. Žrtev je kot črna luknja, ki sama ni vidna, toda s svojim obstojem določa vse dogajanje okoli sebe. Je absolutni pogoj za začetek kazenskega postopka, saj ta ni možen brez protipravnega posega v žrtvino pravno subjektiviteto. Kazenski postopek je vedno in vselej lahko le *post* – *propter* reakcija: odziv javne oblasti, ki se lahko sproži le *po* tem posegu in *zaradi* njega. To je hkrati jedro retributivne teorije kazni. Če bi resocializacijski diskurz – ki je pri nas že desetletja dominanten – res lahko verificiral svojo teoretsko resnico, tedaj bi kazenski sistem izgledal povsem drugače. Prvič, nobenega razloga ne bi bilo, da bi prisilni postopek resocializacije vezali na dogodek v preteklosti. Osebo, pri kateri bi stroka ugotovila nesocializiranost, bi lahko kadarkoli podvrgli tretmaju. In drugič, *Kazenski zakonik* ne bi vseboval opisa deliktov in njihove teže, ovrednotene v kvaliteti in kvantiteti sankcije, pač pa zgolj orodja za prepoznanje stopnje nesocializiranosti ter tehnik tretmajskega odzivanja nanje.

Toda ni tako. *Raison d'être* kazenskega sistema je obstoj žrtve, ki določa tako njegov »da« kot tudi »kaj«, tj. sam začetek postopka, kot tudi njegovo vsebino. Brez žrtve ni kazenskega postopka. In ko se ta enkrat začne, mora kazenska justica delovati kot upra-

¹² Prav tam.

¹³ Žrtev tu razumemo kot idealnotipski subjekt pravne zaščite. Pri nekaterih kaznivih dejanjih to ni človek, pač pa pravna oseba ali država, toda struktura kazenskega postopka ostaja ista.

vljavec *voluntas* in ne kot samovoljni posestnik *arbitrium*. To pomeni le eno: s kaznijo, določeno v zakonodaji, se mora odzvati na poseg v dostojanstvo žrtve. In ne ponižanja žrtve izkoristiti za preskušanje katere od novih socialnih politik, denimo alternativnih oblik kazenskih sankcij, ali teze o škodljivosti kratkotrajnih kazni. Ali celo kakšnih »progresivnih« psiholoških teorij, kjer vso kompleksnost pojma kaznovanja nadomesti zamisel, da je treba storilcem približati »tisto, za kar ni prostora v obstoječih sistemih in teorijah: ljubezen, ustvarjalnost, lastno identiteto, vrednote, samoaktualizacijo, rast, razvoj, spontanost, smeh«. ¹⁴

Čeprav nima skoraj nobene procesne vloge v postopku, je v resnici žrtev, tj. dejstvo posega v njeno dostojanstvo, prisotno na vsakem koraku kazenskega sistema. Če tega ne upoštevamo, če kazenski sistem razumemo kot možnost za arbitrarno postopanje s kaznovalno pravico javne oblasti, tedaj nimamo opraviiti zgolj s hudo teoretsko napako. V tem primeru imata tudi kazenska justica in *justitia* le še toliko skupnega, kot imata danes svinčnik in svinec.

3. Vulgarna karitativnost: pomoč in odpuščanje

Toda opisana teoretska napaka ni edini vir anomalij slovenskega kazenskega sistema. Pomembno vlogo odigra nereflektirano vnašanje krščanskih kulturnih naplavin v kazenski sistem. Goto-vo tudi ta teza zveni nenavadno, saj formalno ustavno zagotovi-lo laičnosti države (7. člen Ustave RS) na vsebinski ravni pri nas dopolnjuje široko pripoznana zahteva po sekularnosti družbe. Toda, če pogledamo podrobneje, vidimo, da je dominantno poli-tiko »pomoči« – tj. resocializacije storilca –, ki naj zamenja njegovo kaznovanje, težko razumeti zgolj na osnovi sekularnih načel. »Po-moč«, ki naj bi bila izraz humanosti, je le manifestacija krščanske *caritas*. ¹⁵ Brezpogojne ljubezni do človeka, tudi v primeru, če je storil hudodelstvo.

Resocializacijska teorija sebe neskromno vidi kot progresivni antipod kaznovanju, slepemu odzivu na *zlo*-čin, ki ga pavšalno zavrača kot »maščevanje«. Sliši se privlačno: v ospredje kazenske

¹⁴ Petrovec, 1998, str. 30.

¹⁵ *Caritas* v slovenščino prevajamo kot altruistično ljubezen, najsprejemnejšo ljubezen do bližnjega. Podoben pomeni ima st. gr. pojem *agape*.

politike naj stopi negovanje človečnosti storilca in ne oklepanje okoli enkratnega zdrsra preko črte zakona, ki je tako ali tako obležal v preteklosti. Toda *caritas*, vzeta iz religijskega okvirja in prenesena na področje kazenskega prava, začne učinkovati povsem drugače. Ni afirmacija človekovega dostojanstva, pač pa njegovo ponižanje.

Koncept resocializacije kot enostranski in prisilen odnos »pomoči« ni nič drugega kot institucionalizacija paternalističnega odnosa do avtonomnega subjekta. Kajti pomoč se nudi le pomoči-*potrebnemu*. Nekomu, ki ni kos svojemu življenju in lahko funkcionira le s pomočjo intervencije drugih. Primeri: otrok, umsko prizadeta oseba, bolna oseba. Upoštevati moramo, da je obravnavanje človeka kot bitja, ki ni povsem svobodno – in nima popolnega uvida v razlikovanje med drobit in zlim¹⁶ – z vznikom razsvetljenstva povsem spremenilo svoj predznak. Ni več opis človeka, pač pa njegova žalitev. Slovenski pregovor, »tepsti privezanega konja«, je povedna ilustracija zavržne zlorabe nemočnega človeka. Toda le-ta ima svojo hrbtno stran: tretma in resocializacijo kot prisilno »ljubezen« do nekoga, ki je prav tako privezan oz. zaprt. Dobrotniško sklanjanje k odrasli osebi, ki se temu ne more izmakniti, je *eo ipso* institucionalna kvalifikacija tega človeka kot nesvobodnega, etično dezorientiranega, slabotnega in neavtonomnega bitja. Kot nezmožnega tistega, kar uspeva veliki večini.

Naklonjenost alternativnim kaznim, vikend zaporu, hišnemu zaporu, ekscesu pogojnih obsodb itd. – in zavračanje kaznovanja kot »maščevanja« na sploh – napotuje na naslednji element vulgarne karitativnosti: na *odpuščanje*. Odpuščanje je kot vrlina globoko zasidrano v zavest našega duhovnega izročila in jo najlepše simbolizira novozavezni imperativ nastavljanja levega lica.¹⁷ Toda tudi v tem primeru, če jo iztrgamo iz religioznega konteksta, ta vrlina dobi popolnoma drugačen pomen. Prvič, biblični poziv k odpuščanju ima smisel le skozi njegov komplementarni del, skozi napoved večne kazni za »krivične«.¹⁸ Nastavljanje levega lica zato ni nikakršno *od*-puščanje (greha) v pravem pomenu, pač pa le *pre*-puščanje (kaznovanja) superiorni instanci, Bogu.

¹⁶ Naj bo vzrok za to dedni greh ali ti. družbena pogojenost.

¹⁷ »Jaz pa vam pravim, da se hudobnežu ne upirajte; marveč, ako te kdo bije po desnem licu, mu nastavi še drugo.« (Mt 5, 39)

¹⁸ Npr. 2 Pt 2, 10: »Gospod namreč zna globoko pobožne rešiti iz preizkušnje, krivične pa prihraniti za dan sodbe, da jih kaznuje.«

Samo Bog je tisti, ki lahko storilcu kazen dejansko odpusti. Samo on lahko ljubi in enostransko »pomaga« hudodelcu. Zato je, drugič, dobrotniško deljenje milosti zgolj sprevrženo izigravanje Boga. S. Žižek: *»kar je zares arogantno in grešno, je privilegiranje milosti – kdo izmed nas navadnih smrtnikov (še zlasti, če nismo hudodelčeva neposredna žrtev) ima pravico izbrisati zločin drugega, se do njega vesti prizanesljivo? Le Bog sam – oziroma, ko gre za Državo, vrh oblasti, Kralj ali predsednik – ima, zaradi svoje izvzete pozicije, ta privilegij, da izbriše krivdo drugega. Naša dolžnost je delovati v skladu z logiko pravičnosti in kaznovati zločin: tega NE storiti, je resnična blasfemija subjekta, ki se zavihti na raven Boga in deluje z Njegovo avtoriteto.«*¹⁹ Odpuščanje v imenu drugega je vdajanje starodavni, toda zato nič manj sprevrženi težnji človeka, da bi vladal s kraja, kamor nikoli ne bi smel stopit. Mi smo zgolj ljudje, avtonomni subjekti, kakršne nas je oblikovalo razsvetljenstvo. To je edina dopustna perspektiva, s katero lahko vstopamo v upravljanje državno organiziranega sobivanja.

Toda okoliščina, da mora ostati Bog za vrati zasebnega življenja posameznika, vendarle ne pomeni, lahko »brezbožno« delamo kar hočemo – tj. arbitrarno. Obstaja naravno pravo, ki ima pojmovno kvaliteto volje na sebi, tj. *voluntasa*. Te volje človek ne ustvarja, pač jo lahko zgolj spoštljivo upravlja. Šolski primer so človekove pravice. Te niso rezultat človekove samovolje, če bi bilo tako, bi jih lahko spremenili ali razveljavili – in uzakonili, denimo, apartheid. Zato imamo, kadar so kršene, ko nastane žrtev kaznivega dejanja, samo eno možnost: kaznovati storilca. Vsako drugačno početje javne oblasti je arbitrarno.

Facit: prisilna dobrota ni dobrota, je nekaj drugega. Prav tako nekaznovanje storilca ni izraz humanosti, pač pa blasfemija. Tretma je vsekakor dobrodošla dopolnitev kaznovanja, ki mora biti na voljo zaprti osebi, če zanj izrazi željo. Toda redukcija kazenske sankcije na tretmajski diskurz sodi bolj kot v tradicijo humanizma v tradicijo poskusov na zaprtih osebah.

4. Drugo in tretje ponižanje žrtve

Stanje, ki ga izdaja kaznovalna politika, je rezultat dveh opisanih anomalij, ki vzajemno učinkujeta. Da ni na delu le prva, tj.

¹⁹ Žižek, 2007, str. 163.

narobe razumljena izločitev žrtve iz kazenskopravnega diskurza, dokazuje okoliščina, da jo kazenski sistem v določenih primerih brez slehernih zadržkov povabi nazaj, v samo jedro postopka. To se zgodi, kadar javna oblast oportunistično zasluti, da bi se lahko na ta način otresla nekaj obveznosti, ki izhajajo iz tega, da je ekskluzivni subjekt preganjanja kaznivih dejanj. Vulgarna karitativnost, pričakovano, v tem ne vidi nenačelnosti, saj se tako obeta le še blažja obravnava storilca.

ZKP v 161.a²⁰ členu predvideva »*postopek poravnavanja*«. V njem pravni red od žrtve pričakuje ne le, da se bo soočila z nekom, ki ji je zadal morda nepopravljivo travmo, pač pa da bo celo sodelovala pri reševanju njegove kazenskopravne situacije. Žrtev sicer lahko poziv zavrne. V tem primeru *Pravilnik o poravnavanju v kazenskih zadevah* v 18. členu predvideva, da poravnalec vrne »*spis pristojnemu okrožnemu državnemu tožilcu z obvestilom o razlogih za neuspelo poravnavanje*«. ²¹ Navede torej, da kazenskopravni primer ostaja odprt zaradi žrtvine nekooperativnosti.

Težko je opisati etično sprevrženost simbolnega izenačenja žrtve in storilca kaznivega dejanja, ki je položena v ta institut. Kaznivo dejanje je akt absolutne moralne asimetrije, v katerem je bilo enostransko poseženo v dostojanstvo žrtve. Zato je nedopustno pričakovali kakršnokoli aktivnost žrtve, v kateri bo skupaj s storilcem šele kvalificirala dogodek (njegovo »*težo*« in »*posledice*«²²) in iskala načine za rešitev njegove kazenskopravne odgovornosti. Z vsem predlaganim mora žrtev za povrhu prepričati tudi storilca, saj brez njegovega soglasja sporazuma ni. V tem smislu mora storilec žrtvi odobriti, da je sploh žrtev. Če bo nespametna v svojih pričakovanjih, bo namreč soodgovorna za »*neuspelo poravnavanje*«.

Nesprejemljivo ni le nalaganje aktivnosti in odgovornosti žrtvi, da reši kazenskopravni primer nekoga drugega, storilca, katerega žrtev je. Posebej sprevrženo je, da ima storilec pri tem povsem enakovredno pogajalsko pozicijo in tako postane *iudex in*

²⁰ Prva alineja se glasi: »Državni tožilec sme ovadbo ali obtožni predlog za kaznivo dejanje, za katero je predpisana denarna kazen ali zapor do treh let in za kazniva dejanja iz drugega odstavka tega člena, odstopiti v postopek poravnavanja. Pri tem upošteva vrsto in naravo dejanja, okoliščine, v katerih je bilo storjeno, osebnost storilca, njegovo predkaznovanost za istovrstna ali druga kazniva dejanja, kot tudi stopnjo njegove kazenske odgovornosti.« (ZKP, UL RS, št. 32/12, 64/16 in 22/19).

²¹ Pravilnik o poravnavanju v kazenskih zadevah, UL RS, 114/04, 58/11 in 23/18.

²² Prav tam, 20. člen.

causa sua. Dvajseti člen *Pravilnika* govori o »strpnem dialogu«, v katerem naj se »odpravijo nesoglasja« in »doseže sporazum«. ²³ Glede česa bi moral storilec kaznivega dejanja »soglašati? V čem naj bo žrtev »strpna« in storilcu stopi na pol poti? Gre za nedopusten implantat instituta civilnega prava v kazensko pravo, ki ga je zakonodajalec predvidel tudi v primeru tako hudih kaznivih dejanj kot sta »huda telesna poškodba in posebno huda telesna poškodba«. ²⁴ V duhu mediacije zakonodajalec apelira na stranki, da naj ne bosta tako krčeviti in brezkompromisni z vztrajanjem pri svojih stališčih. ²⁵ Toda biti-žrtev ni stališče. Je vsiljen rezultat enostranske kršitve nedotakljivosti najvišjih vrednost neke skupnosti.

Zakonodajalec izenači storilca in žrtve tudi v 30. členu *Pravilnika*, ki določa, da »osumljenec in oškodovanec trpita vsak svoje stroške postopka poravnavanja« ²⁶, v kolikor se ne dogovorita drugače. Vnovič, dogovorita: kot enakopravni ²⁷ stranki. Vse to je, po samem kaznivem dejanju storilca, drugo ponižanje žrtve. Tretje ponižanje pa prinašajo izrečene sankcije. Te med 80 in 90 odstotki niso kazni.

Kazenski zakonik je nepogrešljiva druga polovica katalogov človekovih pravic. Brez prvega so slednje le prazna črka na papirju. Zato je ta delež defektov pri izreku kazni tudi delež, v katerem človekovih pravic nismo »uzeli resno«.

²³ Prav tam: »Poravnalec strankama omogoči strpen dialog in ju pri tem usmerja ter posreduje z namenom, da se odpravijo nesoglasja in doseže sporazum. Poravnalec je dolžan skrbeti, da stranki brez prisile ali pritiska dosežeta sporazum v sorazmerju s težo in posledicami dejanja.«

²⁴ ZKP, UL RS, št. 32/12, 64/16 in 22/19, člen 161a.

²⁵ Ni mogoče spregledati enostranskega naslanjanje na načela civilnega prava, ki se pojavi le tedaj, ko se javna oblast na ta način otrese nekaj obveznosti, ki jih ima do žrtve. Nekatera kazniva dejanja se preganjajo na predlog, s čemer je žrtvi prepuščena dispozicija za sprožitev prestopka. Toda pri tem, za razliko od civilnega prava, ni predviden institut, ki bi računal z možnostjo, da izraz volje žrtve ni pravi, denimo, da se v strahu pred storilcem ne upa predlagati pregona.

²⁶ Pravilnik o poravnavanju v kazenskih zadevah, UL RS, 114/04, 58/11 in 23/18.

²⁷ Z enačenjem žrtve in storilca je sicer dodobra prežeta stroka v celoti, ki je bila desetletja izpostavljena enostranskem poučevanju resocializacijske teorije. Doktrina, ki se je vzpostavila na tleh socialističnega projekta, je učila, da mora biti družbeno reagiranje v skladu s procesom »človekove dezalienacije« (*Bavcon*, 1969, str. 59). Zaradi tega je bila na načelih temelječa teorija kaznovanja, »v smislu odmere kazni po zasluženju«, dogmatsko zavrnjena kot »zdaj zastarela, represivna« (*Prav tam*, str. 60). Zato ni mogoče zameriti Direktorici Urada za probacijo Danijeli Mrhar Prelič, da je v oddaji na nacionalnem radiu dne 16. 01. 2019 nehote vnovič izrekla simbolno izenačitev žrtve in storilca. Zavrnila je – upravičeno! – populistično pričakovanje, da je naj se v zaporih zaprtimi osebami ravna grobo. Toda to je utemeljila z naslednjim argumentom: vsakdo naj pomisli, da lahko že naslednji trenutek z malomarno vožnjo povzroči hudo prometno nesrečo in se tudi sam znajde za zapahi. Ta argument je povem nezdržljiv z demokratično kulturo, temelječo na avtonomnem subjektu in človekovih pravicah. Humana obravnava zaprtih oseb ne more temeljiti na oportunizmu večine, ki jo skrbi, da ne bi nekega dne škodila sebi. Še manj pa na tezi, da se zaprte in svobodne osebe ne razlikujejo na osnovi naklepnega ali malomarnega dejanja, pač pa na osnovi – naključja.

5. Sklepno

Kakšen bo učinek sankcije na obsojenega, tega ne more predvideti nihče. Tudi ob najbolj uspešnih tretmajih človek ostaja svobodno bitje in nič ne more izključiti možnosti, da bo takoj po njegovem koncu dejanje ponovil. Kazenski sistem ni niti oblika socialne politike, niti vsemogočen upravljalec družbe. Kar pa kazenski sistem tako *lahko* kot *mora* narediti, pa je, da pravice ljudi »*vzame resno*«. Da v primeru njihove kršitve izkaže spoštovanje do dostojanstva žrtve in naredi, kar je določil zakonodajalec.

Če kazensko sankcijo obravnava zgolj »knjigovodsko«, če skuša odprti primer na najenostavnejši možen način prenesti izmed nerešenih med rešene – z izrekom pač nekakšne sankcije, ki jo *Kazenski zakonik* še dopušča –, tedaj je žrtev ponižana tretjič.²⁸ Prav je, da obstaja možnost npr. pogojne obsodbe, saj izrek zaporne kazni v izjemnih primerih ne bi bil pravičen. Denimo v primeru ti. *poene naturalis*, ko je samo kaznivo dejanje za storilca uničujoče breme in vir iskrenega obžalovanja.²⁹ Nikakor pa ne sme postati orodje vulgarne karitativnosti in/ali načina skrajševanja zaostankov ter varčevanja države.

To je v nepomirljivem nasprotju z dostojanstvom demokratične skupnosti, ki temelji na načelih. Trgovanje s pravičnostjo, njena podreditev načelu ekonomičnosti postopka, pomeni razkroj take skupnosti same: »Če se poslovimo od pravičnosti, ni več vredno, da človek živi na zemlji.«³⁰ To so besede I. Kanta, utemeljitelja kategorične moralne in pravne dolžnosti. Zločin je krivica, (*das Unrecht*: ne-pravo, ne-pravica), ki jo ustvari človek. Poškodb pri športu bo vselej več kot kaznivih dejanj telesne poškodbe, tudi v raztresenosti poškodovanih avtomobilov, kot kaznivih dejanj poškodovanja tuje stvari. Toda tisto, kar je pri zločinu tisto srhljivo, ni fizična bolečina ali materialno oškodovanje. Je *Unrecht*. Kdor se ukvarja s športom, se bo slej ko prej tudi poškodoval. Kaznivo dejanje pa je nekaj (hotenega³¹), kar je ustvarjeno iz nič. In zato nekaj, kar je v etični skupnosti absolutno odveč. Je (namerna³²) negacija dostojanstva žrtve, je obravnava le-te kot razpoložljivega

²⁸ To ponižanje lahko stopnjujejo dogodki, kot je tisti, ko se je storilec, ki je vzel življenje možu, norčeval iz vdove.

²⁹ Gre v veliki večini primerov za malomarnostna kazniva dejanja.

³⁰ Kant, 1977, A 196.

³¹ Če gre za naklepno dejanje.

³² Če gre za naklepno dejanje.

objekta. To je tisto, kar žrtev najbolj ponižuje,³³ ne fizična ali materialna deprivacija.

Naloga kaznovalne oblasti je ena sama: na nedvoumen način sporočiti, da je krivica krivica. Da je tisto, kar velja, dostojanstvo žrtve in ne zločin nad njo. Da bo naredila vse, da bo storilca odkrila in kaznovala. Za to pa ne zadostuje pač nekakšno procesno počejte, potrebna je vsebinska in iskrena zavezanost kaznovalne oblasti načelnosti. To je vse, kar žrtev kot moralno bitje potrebuje, da se rekonstituirajo njeno dostojanstvo. Kot fizično bitje bo s fizično/materialno deprivacijo neizogibno živelo naprej. Nič ni pa bolj bolečega, kot da kaznovalna oblast na vsakem koraku kaže, da ji je žrtev odveč. Da vzdihuje ob zaostankih. Da na glas razmišlja, kako bi ob »blažjih« kaznivih dejanjih, ob »bagateli«, storilca kaznovala le knjigovodsko.³⁴ Ali da celo žrtvi sami sporoča, kot v 161.a členu ZKP, da je soodgovorna, da je njen primer nerešen. In da je (še vedno) žrtev.

LITERATURA IN PRAVNI VIRI

- Bavcon, L. (1969). Narava socialnopatoloških pojavov. Družbeno reagiranje zoper socialnopatološke pojave. V: Socialna patologija / Bavcon, L., et al. (ur.). Ljubljana: Mladinska knjiga, str. 51–67.
- Bittner, C. (1988). Recht als interpretative Praxis. Berlin: Duncker&Humblot.
- Dworkin, R. (1999). Taking Rights Seriously. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2000). Law's Empire. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Hegel, G. W. F. (1970). Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Hobbes, T. (1985). Leviathan. London: Penguin Books.
- Kant, I. (1977). Die Metaphysik der Sitten. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Petrovec, D. (1998). Kazen brez zločina: prispevek k ideologijam kaznovanja. Ljubljana: Studia humanitatis.
- Pufendorf, S. (1991). On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rousseau, J. J. (2001). Družbena pogodba. Ljubljana: Krtina.
- Svetlič, R. (2008). Filozofija človekovih pravic. Koper: ZRS.
- Sveto pismo Stare in Nove zaveze (2007). Ljubljana: Svetopisemska družba Slovenije.
- Žižek, S. (2007). Nasilje. Ljubljana: Analecta.
- US, UL RS, št. 33/91-I, 42/97, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13 in 75/16.
- KZ, UL RS, št. 50/12, 54/15, 38/16 in 27/17.
- ZKP, UL RS, št. 32/12, 64/16 in 22/19.
- Pravilnik o poravnavanju v kazenskih zadevah, UL RS, 114/04, 58/11 in 23/18.

³³ Pomenljive so besede S. Pufendorfa, ki zapiše, da človeka ne ranimo samo s posegom v njegovo telo ali dobrine, saj je bitje, »ki ni le močno zainteresirano za svojo ohranitev, ampak ima tudi prirojen in delikaten občutek za lastno vrednost«. (Pufendorf, 1991, str. 61)

³⁴ Zato bi v razmerah, ko naš kazenski sistem bremenijo opisane anomalije, veljalo razmisliti spremembi zakonodaje. Alternativne oblike kaznovanja brez nadaljnega sodijo v predal za nadaljnjih deset let, pogojna obsodba potrebuje korenito redefinicijo. Kazniva dejanja na predlog potrebujejo korektiv, ki bo računal na napako pri (ne)izrazu volje prizadetega.

