

Pomembnejše značilnosti restorativne pravičnosti

Marko Bošnjak¹

Članek predstavlja značilnosti novega kazenskopravnega in kriminalitetnopolitičnega koncepta, ki v anglofonski literaturi nosi ime "restorative justice", kar avtor prevaja kot restorativna pravičnost. Sprva opozori na raznorodnost temeljev restorativne pravičnosti, nato pa s tabelaričnim prikazom predstavi temeljne razlike med restorativnim in klasičnim (predvsem retributivnim) konceptom v kazenskem pravu. Med razlikami, ki so pomembne za razumevanje pomembnejših značilnosti restorativne pravičnosti, avtor izpostavlja pojmovanje kaznivega dejanja, pogled na vzroke kriminalitete, cilj kazenskega postopka, vlogo strank v postopku, način razrešitve spora in pojmovanje pravičnosti.

Ključne besede: restorativna pravičnost, kazenskopravni koncepti, poravnava med storilcem in žrtvijo, alternative kazenskemu postopku, reševanje sporov

UDK: 343.121:343.122+347.995

1. Uvod

Za kazensko pravo vseh zgodovinskih obdobjev velja, da nima enotnega, splošno sprejetega koncepta, ki bi bil odgovor na nezaželene pojave v družbi. Skoraj prislovična je trditev, da se za prevlado ves čas bojujeta povračilni oziroma retributivni in preprečevalni oziroma preventivni koncept. Bralcem Revije za kriminalistiko in kriminologijo obeh konceptov najbrž ni treba posebej predstavljati, saj sta bila v različnih izpeljavah v slovenskem prostoru deležna najrazličnejših razprav in kritik. Znano je tudi, da dvoboj obeh idej nikoli ni prinesel jasnega zmagovalca. Verjetno je še najbolj res, da sta obe zamisli vedno vztrajali druga ob drugi. V vsakdanjem življenju sta se pogosto med seboj prepletali – ob konkretnih primerih bomo tako našli na skupnem bregu retributiviste in zagovornike zastraševanja, ko zahtevajo strogo kaznovanje posameznega delinkventa ali postrožitve kazenske zakonodaje.

Obe zamisli sta tudi v tem stoletju dočakali svojih »petnajst minut slave« – preprečevalni oziroma preventivni koncept v obliki t.i. tretmanskega modela, povračilni oziroma retributivni koncept, »oplemeniten« z idejami o zastraševanju in onesposabljanju (ki resnici na ljubo idejno izvirajo iz preventivnega koncepta, so pa po svojih družbenih učinkih in učinkih na delinkventa mnogo bližje retributivnemu konceptu), pa v obliki t.i. pravičniškega modela (»just desert« model). Od teh »petnajstih minut slave« pa si bo (vsaj strokovna) javnost bolj kot zmogoviti pohod zapomnila kritike o zablodah in praktičnem polomu trenutno prevladujoče ideje. Tretmanskem modelu so očitali predvsem neučinkovitost,

pretirano poseganje v človekove pravice, predvsem v osebno celovitost in dostojanstvo storilcev kaznivih dejanj z namenom spremeniti njihovo vedenje, ter zanemarjanje potrebne sorazmerja med težo ali stopnjo zavržnosti kaznivega dejanja in težo kazenske sankcije. Pravičniški model (ki prevladuje v sistemih, ki veljajo za svetovne protagoniste kriminalitetne politike, predvsem v ZDA) pa je prinesel predvsem pogostejšo uporabo zaporne kazni (kar se je pokazalo npr. v izrekanju zaporne kazni namesto pogojne obsodbe) ter (vsaj v ZDA) ponovno uvedbo nekaterih vrst kazni, ki so ravno zaradi svoje nehumanosti poprej zdrsnile v pozabo (npr. smrtne kazen in nekatere telesne kazni, kot je kastracija spolnih delinkventov). Nova kaznivalna politika je dodobra napolnila zapore², zaporniki pa so podvrženi osebnim degradacijam pod krinko kompenzacije za krivdo; z njimi ravnajo kot z manj vrednimi bitji, pri tem pa jim ne pojasnijo, zakaj bi se morali vesti v skladu z normami. Neoretributivna kriminalitetna politika se tako uveljavlja kot mešanica ščepca prizadevanj za varstvo človekovih pravic in prevladujoče želje po strogem kaznovanju.³

Ob koncu sedemdesetih in v začetku osemdesetih let je v kriminološki teoriji vzniknil nov koncept, ki naj bi bil alternativa obema ustaljenima. Nova zamisel naj bi počivala na stoletja starih, a pozabljenih načelih. Ponudila naj bi drugačen pogled na kaznivo dejanje, na način njegove obravnave in na ustrezno reakcijo nanj. V literaturi nosi različna imena, prevladujoča anglofonska literatura pa jo označuje kot »restorative justice«. Sam uporabljam prevod restorativna pravičnost, ki se v določeni meri oddaljuje od osnovnega označevalnega namena večine avtorjev. Ti najpogosteje želijo sicer večpomensko besedo »justice« označiti obravnavanje nezaželenih družbenih pojavov, ne glede na to, ali gre za sodno ali zunajsodno obravnavanje. Večje število avtorjev pa meni, da novi koncept prinaša tudi novo ali vsaj drugačno

¹ Marko Bošnjak, mladi raziskovalec na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani; članek temelji na njegovi magistrski nalogi z naslovom "Koncept restorativne pravičnosti", s katero je pod mentorstvom prof. dr. Alenke Šelih magistriral na Pravni fakulteti v Ljubljani dne 3.9.1999.

² O rasti zaporske populacije v ZDA glej npr. Kuhn, str. 46 in nasl.

³ Petrovec, str. 68.

pojmovanje pravičnosti⁴ – menim, da prav to novo oziroma drugačno pojmovanje prinaša posebno vrednost med uveljavljene kriminološke, kazenskopravne in kriminalitetnopolitične zamisli, zato (morda nekoliko smelo) uporabljam izraz restorativna pravičnost. Izraza »restorativen« ne slovenim, saj menim, da slovenski jezik ne pozna ustreznega izraza. Pri restorativni pravičnosti gre namreč za več kot le za popravljajno ali poravnalno pravičnost.⁵ Zamisel restorativne pravičnosti v devetdesetih letih hitro pridobiva na priljubljenosti – iz dneva v dan se kopiči obseg literature, ki ji je posvečena, hkrati pa postaja predmet strokovnih konferenc in znanstvenih študij. Ideološka utemeljenost ji pomaga k prvim pozitivnopravnim rešitvam in pri uveljavljanju v vsakodnevni obravnavi nezaželenih družbenih pojavov.

V slovenskem prostoru še nimamo dela, ki bi podrobneje predstavilo pojem restorativne pravičnosti, krajše pa sta ga (zato bolj obrobno) že predstavljala Dekleva (1996) in Filipčičeva (1998). Pričujoči članek pa se osredotoča na predstavitev novega koncepta z željo, da bi zbudil zanimanje za dodatno poglobljanje in ponovno razmišljanje o nekaterih temeljnih vprašanih kazenskega prava oziroma družbenega odziva na kriminaliteto.

2. Raznorodnost temeljev restorativne pravičnosti

Tako preprečevalni kot povračilni model posedujeta vsak zase le nizko stopnjo notranje skladnosti glede temeljnih podmen, še bolj pa glede metod za doseganje svojih ciljev: medtem ko nekatere usmeritve znotraj preprečevalnega modela zagovarjajo zmanjšanje represije in humanejše obravnavanje storilcev, pa druge, ki temeljijo na ideji o zastraševanju in onesposabljanju, zagovarjajo izjemno stroge kazni in se v skrajnosti ne bi branile tudi najhujše izmed vseh kazni, t.j. smrtne kazni.

Podobno raznorodnost in neenotnost pa je najti tudi znotraj restorativnega modela. Restorativni model se nam pravzaprav kaže kot skupek najrazličnejših idej. Med temi idejami je najti zahteve po krepitvi pomena žrtve v kazenskem pravu, po deetatizaciji oziroma ponovni privatizaciji reševanja konfliktov kazenske narave⁶, zamisli o različnih alternativnih

načinih obravnavanja kaznivih dejanj, s katerimi bi razbremenili kazensko pravosodje⁷, ter o revitalizaciji skupnosti z njenim sodelovanjem pri reševanju kazenskih zadev. Restorativni model se je hkrati oblikoval (in se še oblikuje, saj gre za kazenskopravni in kriminalitetnopolitični model v nastajanju) tudi kot model, ki je zavračal odklone pravičniške in tretmanske ideje. Restorativni model zato išče odgovore z manjšo stopnjo represivnosti in obdolženčeve razosebljenosti ter z večjo stopnjo dejavne udeležbe oškodovanca in obdolženca pri razreševanju kazenskega spora.

Pozornost nekaterih kriminologov pa so pritegnili tudi različni religiozni nauki ter prakse preprostih ljudstev pri reševanju sporov. Očaranost teh kriminologov nad etnološkimi vzporednicami je na prvi pogled nenavadna, saj je težko razumeti, kako bi npr. postopki primitivnih afriških ljudstev oplemenitili prakso sodobnega sodstva. V tej očaranosti je gotovo tudi nekaj romantičnega idealizma, ki pozablja na temnejše plati opazovanega objekta. Kljub temu pa so avtorji, ki so poročali o praksah tradicionalnih kultur, verjetno začutili globljo sporočilnost v razlikah med praksami teh kultur in zahodnimi kazenskopravnimi sistemi. Postopki tradicionalnih ljudstev so namreč izraz nekaterih temeljnih človekovih vrednot, ki jih je zahodna družba v svojem razvoju izgubila oziroma jih ni mogla uzakoniti kot temeljne človekove pravice (npr. skupnostno sožitje, obžalovanje svojih dejanj, odpustčanje, nenasilna komunikacija, še manj pa je bilo mogoče kodificirati nekatere druge, za uspešno reševanje sporov bistvene podporne vrednote, kot so npr. ljubezen, prijateljstvo, spoštovanje).

Povračilni in preprečevalni koncept se razlikujeta ravno glede namena kaznovanja. Medtem ko povračilni koncept razume kazen kot (čimbolj enakovredno) povračilo za zlo, ki je bilo storjeno, pa je smisel kazenskega sankcioniranja v okviru preprečevalnega koncepta spremeniti storilčevo vedenje v prihodnosti tako, da ne bo več ponavljal kaznivih dejanj, hkrati pa drugim članom družbe pokazati, kakšna kazen bo sledila, če bodo storili kaznivo dejanje, in jih tako odvrniti od kriminalne dejavnosti. Restorativna pravičnost v določeni meri ne pristaja zgolj na uveljavljene namene kazenskega sankcioniranja, temveč nudi tudi drugačne utemeljitve družbenega odzivanja na kriminaliteto. Večje število utemeljiteljev restorativnega modela⁸ šteje povrnitev škode žrtvi oziroma ponovno vzpostavitev položaja, kakršen je bil pred kaznivim dejanjem, za pglavitni namen kazenskega sankcioniranja. Utemeljitev namena družbenega odziva na kriminaliteto je najti tudi v ponovnem vzpostavljanju pravnega miru⁹ ter v spravi med storilcem in žrtvijo¹⁰.

⁷ S pojmom "kazensko pravosodje" v tem članku označujem ne le pravosodne organe, t.j. sodišča, temveč tudi tožilstva in policijo (tak pomen daje izrazu "criminal justice" tudi anglofonska literatura).

⁸ Npr. Barnett, Spencer, Smith, Wright, Thorvaldson; njihove zamisli navajam v magistrski nalogi po Wright, 1991 str. 42–43, Wright, 1992 str. 537–538 in Weitecamp, 1992 str. 87–91.

⁹ Roxin, 1990: 10.

¹⁰ Npr. Smit, str. 388 in Marshal, str. 19.

⁴ Iz članka bo, upam, v določeni meri razvidno, v čem je razlika med pojmovanjem pravičnosti v okviru klasičnih koncepcij (predvsem retributivne) in v okviru restorativne pravičnosti.

⁵ V času zagovora magistrske naloge me je več oseb vprašalo, kako bi vendar prevedel pojem "restorativen" v slovenski jezik. Ker gre pri restorativni pravičnosti, kot bomo videli v nadaljevanju, za poskus vzpostavitve ustreznih odnosov med storilcem in žrtvijo ter v skupnosti ali celo družbi nasploh, se je v pogovoru s prof. dr. Marijanom Pavčnikom in as. mag. Alešem Novakom izkristaliziral možen prevod "vzpostavitevna pravičnost" – gre za izraz, s katerim bom morda v prihodnosti nadomestil izraz "restorativna pravičnost".

⁶ Poglavitni nosilec te ideje je norveški kriminolog Nils Christie s svojim člankom "Conflicts as Property".

3. Pomembnejše značilnosti restorativne pravičnosti – tabelarni prikaz

Kot rečeno, lahko v restorativni pravičnosti vidimo skupek najrazličnejših idej, prav tako pa se med seboj razlikujejo tudi praktične izpeljave teh idej. Povsem nesmiselno bi bilo naštevati mnoge definicije restorativne pravičnosti¹¹. Te so pogosto preskriptivne, saj njihovi avtorji vključujejo vanje lastno pojmovanje pravičnega obravnavanja kazenskih zadev. Mueller–Dietz¹² pa skuša najti skupne značilnosti, ki si jih delijo praktične izvedbe restorativne pravičnosti. Te skupne značilnosti naj bi bile:

- razumevanje kaznivega dejanja po posledicah za posamezno žrtev;
- bistvenost razmerja med storilcem in žrtvijo;
- udeleženos obeh pri razreševanju posledic kaznivega dejanja (ne glede na način in na postopek).

Za lažje razumevanje restorativne pravičnosti podajam tabelo¹³ razlik med restorativnim in povračilnim modelom.

Tabela pušča ob strani razmerje med preprečevalnim in restorativnim modelom. Za to sta predvsem dva razloga: prvič, v vodilnih kriminalitetnih politikah prevladuje retributivni model in zato restorativni model kot alternativa ustaljenemu načinu obravnavanja kazenskih zadev izpostavlja razlike med svojim in retributivnim modelom. Drugič, v kategorijah, kjer se povračilni in restorativni model razhajata, se povračilni in preprečevalni model pogosto ujemata. To velja predvsem za tiste izpeljave preprečevalnega modela, ki temeljijo na zamislih o zastraševanju in onesposabljanju, v manjši meri pa to velja tudi za tretmanske usmeritve.

4. Pojasnitev tabelarnega prikaza pojmovanja kaznivega dejanja

a) pojmovanje kaznivega dejanja

V okviru povračilne koncepcije šteje kaznivo dejanje kot kršitev pravne norme, ki jo postavlja in varuje država. Pravna norma je praviloma odraz moralnih pravil, s kančkom utili-

Tabela razlik med klasičnim povračilnim (retributivnim) in restorativnim modelom:

Klasični (retributivni) model	Restorativni model
kaznivo dejanje kot kršitev pravne norme, ki jo postavlja in varuje država	kaznivo dejanje kot povzročitev škode žrtvi in skupnosti / porušenje razmerij med storilcem in žrtvijo, pa tudi v skupnosti
kaznivo dejanje kot posledica svobodne volje prištevnega storilca	kaznivo dejanje kot posledica interakcije različnih dejavnikov in procesov med vpletenimi
temelj postopka je ugotavljanje storilstva in krivde	temelj postopka je ugotavljanje oškodovanja in možnih načinov odprave škode
adversarnost postopka, vzpodbujanje pravic in tekmovalnosti	pogovor in pogajanja, vzpodbujanje vzajemnosti
zastopanos trank	neposredno nastopanje strank
stranska vloga žrtve	osrednja vloga žrtve
storilčeva in žrtvina skupnos brez vloge v postopku	skupnos kot ena izmed (možnih) strank postopka
norme kot merila razrešitve spora dane vnaprej	razjasnitev norm skozi postopek
razrešitev spora z razčiščenjem vprašanja krivde in naložitvijo pravične kazni	razrešitev spora s povrnitvijo škode / spravo strank
spor razreši tretji (sodišče ali porota), razrešitev monocentrično oblikovana (kriv / nekriv, zmaga / poraz)	spor razrešita stranki sami ob morebitni pomoči tretjega
storilec kot pasivni objekt naložitve in izvršitve kazni	storilec se sooči s posledicami, prevzame odgovornos in aktivno sodeluje pri odpravi posledic dejanja
kazen kot povzročitev trpljenja v povračilo za povzročeno trpljenje	reakcija meri na izboljšanje položaja žrtve, pa tudi storilca in skupnosti
pravičnos kot sorazmerje med težo dejanja in krivdo na eni ter kaznijo na drugi strani	pravičnos kot občutek poštene rešitve med strankami / kot stanje pravičnih odnosov med ljudmi in v skupnosti

¹¹ Bralca, ki bi ga te opredelitve vseeno zanimale, napotujem na str. 53 – 59 svoje magistrske naloge.

¹² Glej str. 153–154.

¹³ Tabela je nastala na temelju razširjenih tabelarnih prikazov razlik, npr. Tuttove (objavljena v Tutt, str. 100) in Zehrove (objavljena v Smith in Hillenbrandt, str. 251).

taristične primesi pa je mogoče šteti, da je kazenskoppravna norma namenjena varstvu družbe pred njej nevarnimi pojavi. Slednje pojmovanje je seveda mogoče le v okviru konsenzualnega pojmovanja družbe. Po tem nasprotnem, konfliktnem pojmovanju družbe pa kazenskoppravna norma varuje položaj vladajoče družbene skupine oziroma razreda.

Znotraj restorativne pravičnosti je zaslediti dve skupini pojmovanj kaznivega dejanja. Bolj prakticistična, »profana« usmeritev znotraj restorativne pravičnosti razume kaznivo dejanje kot povzročitev škode žrtvi. Žrtev je največkrat oseba, ki ima v posesti pravno dobro, ki je bila s kaznivim dejanjem uničena, poškodovana ali ogrožena. Osredotočanje restorativne pravičnosti na žrtev kaznivega dejanja sproži vprašanje, kakšen (če sploh) naj bo družbeni odziv na kazniva dejanja brez žrtev.¹⁴

Nekoliko širši pogled znotraj te usmeritve šteje kot oškodovanca tudi skupnost. Claasen (www) govori o primarnih in sekundarnih žrtvah. Primarne žrtve so tiste, ki jih je kaznivo dejanje najbolj prizadelo, sekundarne pa so tiste, ki prav tako čutijo posledice kaznivega dejanja, npr. družinski člani, prijatelji, priče, uradniki v kazenskem pravosodju, skupnost ipd. Trenczek¹⁵ pravi, da je kaznivo dejanje zasebna zadeva le na primarni stopnji. Na sekundarni stopnji kaznivo dejanje poškoduje družbene norme, ki odsevajo splošna pričakovanja v zvezi z vedenjem v skupnosti in v družbi.

Ko restorativna pravičnost govori o škodi, misli na različne vidike oškodovanosti žrtve. Kakšna škoda sme šteti za relevantno, je razvidno (tudi) iz Braithwaiteovih stališč o »restoraciji« žrtev (Braithwaite, www). Slednja naj bi obsegala:

- povrnitev izgube premoženja;
- popravo poškodb;
- povrnitev občutka varnosti;
- povrnitev dostojanstva;
- povrnitev občutka moči (empowerment);
- vzpostavitev posvetovalne demokracije;
- vzpostavitev harmonije, ki temelji na občutku, da je bilo pravičnosti zadoščeno;
- vzpostavitev družbene pomoči.

Braithwaitovo pojmovanje razsežnosti oškodovanja se pomika iz prakticističnih usmeritev restorativne pravičnosti na področje etično in metafizično obarvanih usmeritev restorativne pravičnosti. Te v kaznivem dejanju vidijo porušenje razmerja med storilcem in žrtvijo pa tudi v skupnosti. Tako npr. Van Ness izpostavlja starozavezni koncept shalom, ki označuje skupnostni mir. Shalom pomeni stanje pravičnih odnosov med posamezniki, v skupnosti in z Bogom. Kaznivo dejanje poruši shalom in ustvari nezdrave odnose¹⁶.

¹⁴ Več o tem glej Bošnjak, Koncept restorativne ...

¹⁵ Trenczek, str. 110

¹⁶ Van Ness, str. 8–9

b) pogled na vzroke kriminalitete

Retributiviste kaj malo zanimajo vzroki kaznivega dejanja – razumejo ga kot posledico svobodne volje, če je le šlo za prištevnega storilca. Podobno pojmovanje zasledimo pri nekaterih usmeritvah znotraj preprečevalnega koncepta. T.i. klasična kriminologija (iz nje izvira npr. teorija zastraševanja) razume kaznivo dejanje kot rezultat svobodnega tehtanja med dobički, ki jih prinaša kaznivo dejanje, in neprijetnostmi, ki izvirajo iz kazni (upoštevajoč njeno verjetnost, težo in dolžino), pri čemer se je tehtnica v konkretnem primeru nagnila na stran kaznivega dejanja. Nasprotno pa se je pozitivistična kriminologija (na njej temelji npr. tretmanska usmeritev znotraj preventijskega modela) ukvarjala¹⁷ z najrazličnejšimi vzroki in korelacijskimi dejavniki, tako da je po odštetju vseh bioloških, fizikalno – okoljskih, ožjeokoljskih, družbenih in drugih dejavnikov ostalo od storilčeve svobodne volje kaj malo.

Idejni očetje restorativne pravičnosti¹⁸ so v poznih sedemdesetih in zgodnjih osemdesetih letih, ko je bila še kako živa ideja etioloških raziskav, kriminalne prognoze, različnih prejmanj kot bolj humanih metod »zdravljenja« delinkventov in »očetovske« države, ki je v skrbi za vse in vsakogar najbolje poznala interese »klientov« kazenskoppravnega sistema, dokaj odločno zavračali uporabo etioloških spoznanj pri obravnavi kriminalitete. Tudi v današnjem času se restorativna pravičnost ne ukvarja z vzroki kaznivih dejanj, da bi storilce razbremenila odgovornosti zanje. Nasprotno, storilčevo prevzemanje odgovornosti za dejanje velja za enega izmed temeljev restorativne pravičnosti. Vendar pa novi koncept ne ostaja slep za vse okoliščine, v katerih je bilo dejanje storjeno.¹⁹ Pri tem se opira tudi na različne etiološke teorije, da bi bilo lažje odpraviti razloge za ponavljanje storjenih dejanj. Med etiološkimi teorijami restorativna pravičnost bolje sprejema tiste, ki poudarjajo vlogo ožjega ali širšega družbenega okolja pri oblikovanju posameznikovega vedenja. Tako npr. Schneider²⁰ razpravlja o izrednem pomenu teorije družbenega učenja (social learning theory), teorijah družbenega nadzorstva ter o drugih, v družbene vzroke kaznivih dejanj usmerjenih teorijah.

¹⁷ In se tudi še ukvarja v obsegu, v katerem je še aktualna v krogu kriminološkega razpravljanja. Njena privlačnost je bila ustrezno večja, ko se je kriminalitetna politika (predvsem v okviru nove družbene obrambe) izraziteje zanimala za odpravo vzrokov kaznivega dejanja in s tem odpravo storilčeve ponovitvene nevarnosti. Danes preostanek njene privlačnosti izvira bolj iz človekove težnje razumeti družbene pojave, med njimi tudi kriminaliteto.

¹⁸ Npr. Christie, str. 6–7

¹⁹ Alexaidis (str. 310) opozarja na razliko med starogrškimi in kasnejšimi ponazoritvami boginje pravičnosti. Medtem ko so stari Grki pravičnost upodabljali kot smejočo se mladenko s prijaznim pogledom, se je šele kasneje pojavila upodobitev pravičnosti kot ženske z zavezanimi očmi in mečem v desni roki.

²⁰ Schneider, str. 264–267

Pri razjasnitvi razlogov za kaznivo dejanje v postopkih restorativne pravičnosti sodeluje tudi storilec kaznivega dejanja. Ta ima možnost, da sam pojasni, zakaj je dejanje storil. Takšen pristop se izrazito razlikuje od raziskovanja etiologije v okviru pozitivistične kriminologije, ki zaposluje kopico strokovnjakov (od biologov in zdravnikov do psihologov in socialnih delavcev), da analizirajo storilčevo dotedanje življenje kot razosebljeni objekt preučevanja. Restorativni pristop namenja večjo pozornost človekovemu dostojanstvu. Seveda pa se postavlja vprašanje verodostojnosti storilčevih navedb o vzrokih za njegova dejanja – storilcu niso znani podzavestni vzgibi in nekateri nepsihološki vzroki njegovih dejanj, hkrati pa utegne katere izmed razlogov zamolčati (npr. iz sramu ali strahu) ali pa navesti v resnici neobstoječe vzroke, da bi si tako zagotovil blažje obravnavanje.

Eglash²¹ poudarja, da je v okviru novega koncepta mogoče seči onkraj dileme med determinizmom in svobodno voljo. Četudi je bil storilec k svojim dejanjem prisiljen zaradi okoljskih in čustvenih pritiskov, pa lahko svobodno deluje pri odpravi posledic svojih dejanj.

c) namen postopka

Namen klasičnega kazenskega postopka je ugotoviti, ali je bilo storjeno kaznivo dejanje in ali ga je storil konkretni obdolženec. Postopek je organiziran kot spor dveh (v sodobnem času čimbolj dosledno ločenih) strank, tožilstva in obdolženca, ki tekmujeta v tem, kateri bo uspešnejši pri dokazovanju svoje hipoteze. Enakovrednost strank (kar naj bi bilo hkrati merilo poštenosti postopka) se skuša zagotavljati s procesnimi pravicami predvsem obdolženca.

Povedano je značilno predvsem za adversarni oziroma kontradiktorni kazenski postopek, ki je dosegel najvišjo stopnjo razvoja v anglosaških pravnih sistemih. Ta razvoj je predvsem idejni, saj se v anglosaških pravnih sistemih večina postopkov zaključí mimo zamišljene sheme kontradiktornega postopka, predvsem s pomočjo pogajanja o priznanju; poleg tega sodni organi, ki so deloma utemeljili, predvsem pa izpeljali temeljna načela adversarnega postopka (šlo je za t.i. *due process revolution*), v določeni meri odstopajo od vzpostavljenih doktrin v imenu učinkovitejšega boja zoper kriminaliteto. Značilnosti kazenskega postopka, o katerih je govor v tej točki, pa dosegajo vse večjo stopnjo recepcije tudi v kontinentalnem pravu.

Med pravicami, ki gredo obdolžencu, je treba omeniti predvsem privilegij zoper samoobtožbo in domnevo nedolžnosti. Privilegij zoper samoobtožbo obdolžencu omogoča, da ni dolžan priznati svojega dejanja, v širšem smislu pa preprečuje vse načine poseganja v obdolženčevo osebno sfero, da ne bi

postal vir dokazov zoper samega sebe. Domneva nedolžnosti določa, da vsakdo, ki je obdolžen kaznivega dejanja, velja za nedolžnega, dokler njegova krivda ni ugotovljena s pravnomočno sodbo (podobno tudi npr. 27. člen Ustave Republike Slovenije, v nadaljevanju URS; tako tudi 3. člen ZKP). Vendar pa ima domneva nedolžnosti še nekaj pomembnih nasledkov, ki na prvi pogled niso razvidni iz besedila pravnih aktov, ki jo kodificirajo. V okvir domneve nedolžnosti je tako treba šteti še:

– zahtevo, da obdolženec pred pravnomočno obsodilno sodbo ne sme biti omejen v svojih pravicah in svoboščinah, razen v tistem obsegu, kot je to nujno potrebno za varnost ljudi in za nemoten potek kazenskega postopka – npr. odreditvev pripora (podobno II. odstavek I. člena ZKP);

– zahtevo, da sta trditveno in dokazno breme na tožilcu, skladno z latinskimi rekomi *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*; tožilec je tako tisti, ki mora povedati, s kakšnimi ravnanji je obdolženec izpolnil dispozicijo kaznivega dejanja, katerega je obdolžen, te trditve pa mora dokazati z verjetnostjo, ki ustreza (v kazenskem pravu zelo visoko) postavljenemu dokaznemu standardu;

– zahtevo, da je obdolženec oproščen obtožbe, če tožilec svojih obtožb ni uspel dokazati z ustrezno stopnjo verjetnosti, skladno z latinskimi rekomi in *dubio pro reo*.

V postopkih v okviru restorativne pravičnosti je bistveno ugotavljanje oškodovanja in možnih načinov odprave škode. Ugotavljanje storilstva je obrobno, saj je pogoj, da postopek sploh lahko steče, prepričanje, da je ena od strank storila dejanje, ki ga je mogoče označiti kot kaznivo. Zato je eden izmed glavnih očitkov restorativni pravičnosti, da se ne ozira na domnevo nedolžnosti.

Med postopkom stranki sicer smeta predstaviti svojo različico dogajanja in pojasniti svoje občutke v zvezi s tem, vendar pa se strank ne vzpodbujata, da bi vztrajali pri svojih stališčih. Bistveno je, da se stranki skozi postopek zblížata, presežeta občutja, ki ju težijo, in najdeta rešitev za zgladitev spora.²² Ker je zaželeno, da stranki vsaj v določenem delu odstopita od svojih prvotnih stališč, se zastavlja vprašanje spoštovanja privilegija zoper samoobtožbo. To vprašanje je še zaostreno, ko se ob koncu postopka od storilca pričakuje, da se bo soočil s posledicami kaznivega dejanja, jih priznal ter prevzel odgovornost zanje.

č) stranke in njihova vloga v postopku

Kot sem že omenil, sta glavni stranki tradicionalnega kazenskega postopka država in obdolženec. Država je vedno, obdolženec pa praviloma zastopan – državo zastopa državni tožilec, obdolženca pa zagovornik. Žrtev ima v postopku

²¹ Albert Eglash šteje za prvega, ki je novo paradigmo kazenskega pravosodja označil za koncept restorativne pravičnosti (navajan po Van Nessu, str. 10).

²² Ker se restorativna pravičnost manj ukvarja s pravicami in sploh spoštovanjem postopkovnih pravil, jo nekateri imenujejo tudi neformalna pravičnost (*informal justice* – Boutellier, str. 16).

pretežno stranski oziroma pasiven položaj, medtem ko obdolženčeva oziroma žrtvina skupnost nima(ta) praktično nikakršne vloge v kazenskem postopku.

Spor razreši (praviloma) neodvisno in nepristransko sodišče, potem ko mu stranki predložita (v kontinentalnem postopku pa si po potrebi celo samo poišče) procesno gradivo. Odločitev je monocentrično oblikovana: sodišče pove, ali je obdolženca spoznalo za krivega ali pa ga je oprostilo obtožbe.²³ Če ga spozna za krivega, mu praviloma tudi odmeri kazen ali drugačno kazensko sankcijo: pri tem je odločitev manj monocentrično oblikovana, saj imajo sodišča večinoma večjo ali manjšo stopnjo diskrecije za določitev sankcije npr. v okviru predpisanega razpona.

V okviru restorativne pravičnosti nastopata kot stranki storilec (obdolženec?) in žrtev. Stranki se spodbuja, da nastopata neposredno, spor pa rešita sami ob morebitnem posredovanju tretje osebe. Tako je namesto ukazov vedno bolj pomembno sporazumevanje s pogajanjem²⁴. Občasno se obdolžencu celo odreka možnost, da bi ga zastopal odvetnik²⁵. Takšno odrekanje je lahko izrazito sporno, kot je za nekatere sporno dejstvo, da reševanje spora ne poteka pred nepristranskim in neodvisnim sodiščem – temeljni pravni akti s področja človekovih pravic dajejo obdolžencu pravico, da o obtožbah zoper njega odloča nepristransko in neodvisno sodišče, vsakomur pa, da prav takšen organ odloča o njegovih civilnih pravicah in obveznostih²⁶.

Najpogostejša in najpomembnejša oblika razreševanja spora med obdolžencem in žrtvijo v okviru restorativne pravičnosti je poravnavanje ob posredovanju tretje osebe (poravnalca) ali večjega števila takšnih oseb. V praksi se je v različnih sistemih razvilo več vrst poravnavanja. Omenimo zgolj, da je poravnavanje med obdolžencem in oškodovancem poznal jugoslovanski (in s tem tudi slovenski) kazenskopравни sistem v obliki poravnavanja pred poravnalnim svetom, vendar pa je novi ZKP poravnalne svete ukinil zaradi neučinkovitosti in njihove domnevne ideološke usmerjenosti.

Če bi stranki v sporu dosegli rešitev brez pomoči oziroma posredovanja tretje osebe, bi bilo mogoče govoriti o pogajanjih ali negociaciji. Pogajanje je pogosto v mednarodnem, gospodarskem in delovnem pravu, medtem ko gre v ka-

²³ Sodišče ima v nekaterih pravnih sistemih tudi možnost zavrnitve sodbe. V tem primeru se sodišče v meritorni vprašanju pravzaprav sploh ne spušča. Zavrnitve sodbe so v praksi sodišč redkost (razen če tožilec umakne obtožbo), s stališča razpravljanja o načinu razreševanja sporov pa so tovrstne sodbe pravzaprav nebistvene, saj je bil kazenski spor razrešen (na način, kot to razume klasični kazenski postopek) že poprej, lahko tudi zunaj sodišča (npr. v slovenskem kazenskem postopku oškodovanec umakne predlog).

²⁴ Messmer, Otto, str. 12.

²⁵ glej npr. De Nauw, str. 363.

²⁶ Kot civilna obveznost lahko šteje storičeva odškodninska obveznost, ki se lahko razreši v postopku restorativne pravičnosti.

zenskem pravu za razmeroma neraziskan pojav (z izjemo pogajanja o priznanju t.i. »plea bargaining«, o čemer je razmeroma veliko literature). V Avstraliji in na Novi Zelandiji pa so pogoste t.i. družinske skupnostne konference, ki temeljijo na Braithwaitovi teoriji vključevalnega sramotenja²⁷. Poravnavanju, pogajanjem in družinskim skupnostnim konferencam se v tem članku ne bom podrobneje posvečal.

d) razrešitev spora

Ker je osrednje vprašanje klasičnega kazenskega postopka vprašanje storilstva in krivde, se spor seveda razreši z različčenjem vprašanja krivde in, če je obdolženec spoznan za krivega, z naložitvijo pravične kazni. Vprašanji o storilstvu oziroma o krivdi in o pravični kazni se presojata po vnaprej danih pravilih, oblikovanih s čim višjo stopnjo določnosti – gre za načelo zakonitosti kazenskega materialnega prava, ki je, kot je znano, eno izmed temeljnih kazenskopravnih načel.

Storilec kaznivega dejanja nastopa v klasičnem kazenskem pravu kot pasivni objekt, ki se mu naloži in na njem izvrši kazen. Kazen je naloženo zlo v povračilo za trpljenje, ki ga je povzročil storilec s svojim dejanjem. Pravična pa je kazen tedaj, kadar je sorazmerna s težo dejanja in krivdo. Slednje seveda velja predvsem za povračilni koncept. V okviru preprečevalnega koncepta pa je kazen domnevno usmerjena v prihodnost, saj je njen namen preprečevati kriminaliteto (storilčevo ali drugih oseb, morebitnih storilcev kaznivega dejanja), kljub temu pa preprečevalni model v strahu pred ekscesi na eni strani in zaradi strahu pred nezadovoljstvom javnosti na drugi strani uporablja sorazmerje med dejanjem in kazensko sankcijo kot merilo pravičnosti le-te.

V postopkih restorativne pravičnosti se spor razreši s povrnitvijo škode v celoti ali vsaj v določenem obsegu.²⁸ Etično in metafizično obarvane usmeritve v okviru restorativne pravičnosti pa dajejo večji pomen spravi strank. Norme (tako pravne kot moralne in običajne), s katerimi se spor razreši, niso dane vnaprej, temveč se razjasnijo in oblikujejo šele

²⁷ Teorija vključevalnega sramotenja (reintegrative shaming theory) je ena izmed najpomembnejših teorij restorativne pravičnosti. Njen namen je nadzorovati kriminaliteto, pri čemer ima bistveno vlogo storilčeva in žrtvina ožja ali širša skupnost. Temeljne hipoteze teorije so:

- strpnost do kriminalitete vpliva negativno na njeno gibanje;
- stigmatizacija ali izključevalno sramotenje vpliva še bolj negativno;
- vključevalno sramotenje, ki izrazi družbeno zavračanje dejanja, hkrati pa spoštovanje storilca in se konča z rituali oproščanja, učinkovito preprečuje kriminaliteto.

Klasične kazenske sankcije po tej teoriji storilca sramotijo, ne da bi mu hkrati ponudile možnost, naj se z družbo spravi oziroma se vanjo vrne. Sramotenje pa je lahko pozitivno v skupnostnem ali družinskem okolju, saj storilca vodi k spremembi vedenja, če se konča z rituali oproščanja in sprejemanja.

²⁸ Zato se restorativno pravičnost včasih poimenuje tudi kot popravljalo ali reparativno pravičnost (reparative justice – Marshall, str. 35).

med postopkom, saj imajo stranke možnost prosto razpravljati o dejstvih, ki jih štejejo za problematična, prav tako pa se dogovorijo, kaj je šteti za prav in kaj za narobe. Zato je restorativni pravičnosti mogoče očitati, da namenja premalo pozornosti načelu zakonitosti.²⁹

Storilčeva vloga je v celotnem postopku restorativne pravičnosti praviloma aktivna – soočiti se mora s posledicami svojih dejanj, prevzeti odgovornost zanje in sodelovati pri odpravi posledic dejanja. Posledice, ki praviloma ni kazen, restorativna pravičnost ne razume kot vračilo zla, saj meri na izboljšanje položaja žrtve, pa tudi skupnosti in storilca.³⁰

e) pojmovanje pravičnosti v okviru nove zamisli

Restorativna pravičnost naj bi, kot pove že njeno ime, ponudila drugačen koncept pravičnosti. Vendar pa ta koncept ni izoblikovan niti v celoti niti koherentno. Pogosto se težnja restorativne pravičnosti po novem kaže zgolj v odklanjanju pravičnosti, kot se je izoblikovala v okviru povračilnega koncepta. Za restorativno pravičnost je značilno tudi »pluralno«
pojmovanje pravičnosti: sprejema več pogledov na pravičnost, med katerimi je retributivni le eden, vsekakor pa ne najpomembnejši ali najprimernejši.

Poglede različnih utemeljiteljev restorativnega koncepta na pravičnost je mogoče razdeliti na subjektivistične in objektivistične. Med subjektivistično usmerjene avtorje je mogoče šteti npr. Umbreit. Ta se izrazito ukvarja z zadovoljstvom žrtev in storilcev s postopkom in z zaključkom pravičnega postopka³¹. Občutki žrtev in storilcev so zanj merilo poštenosti in pravičnosti postopka. Objektivistično usmerjeni avtorji pa pravičnosti ne merijo s subjektivnimi občutki strank v postopku, temveč pomeni zanje pravičnost predvsem stanje pravičnih odnosov med ljudmi in v skupnosti.³² Omenil sem že Van Nessovo sklicevanje na starozavezni koncept shalom. Podobno stališče zastopa Harrisova³³. Predlaga nov pristop k pravičnosti, ki naj temelji na enakosti, ljubezni, sreči in harmoniji. Po njenem mnenju današnje pojmovanje pravičnosti skozi prizmo pravic predpostavlja svet, sestavljen iz med seboj ločenih posameznikov, katerih zahtevki in interesi so si v medsebojnem nasprotju. Namesto tega predlaga odgovor, ki bo temeljil na soodvisnosti in skrbi med ljudmi v svetu,

²⁹ Več o tem glej Bošnjak, Koncept ...

³⁰ Ker naj bi reakcija v okviru restorativne pravičnosti ne pomenila zla, jo včasih poimenujejo tudi pozitivna pravičnost (positive justice – Marshall, str. 35).

Restorativna pravičnost se v večji meri odpoveduje uporabi sile pri urejanju medčloveških odnosov, zato jo je francoski teoretik Bonafe-Schmitt označil za mehko pravičnost (la justice douce).

³¹ Umbreit, str. 52–57, deloma tudi isti, str. 431–444

³² Zato se včasih restorativno pravičnost poimenuje tudi kot razmerno oziroma relacijsko pravičnost (relational justice – Marshall, str. 35).

³³ Navajana po Van Nessu, str. 11

kjer se na konflikte in prizadetost najbolje odgovori z medsebojno komunikacijo, ki upošteva potrebe, interese in motivacije vseh vpletenih.

Zavedanje o medsebojni povezanosti in soodvisnosti vsega bivajočega ter o vpetosti posameznika v skupnost, iz katere izvira, je pomembno spoznanje objektivistično usmerjenih pojmovanj pravičnosti. Rešitev spora ne bo nikoli popolna ali trajna, če ne upošteva tudi koristi vsega bivajočega (to je npr. posebej očitno v primerih okoljske kriminalitete).

5. Sklep

Članek je bralcem predvsem prinesel restorativno pravičnost »za pokušino«, pustil pa je ob strani mnoga pomembna vprašanja in dileme. Upam, da je uspel vzbuditi določeno stopnjo zanimanja za nov koncept. Ta se marsikomu zdi nekoliko utopičen, sam pa ga štejem za realno dopolnilo veljavnemu kazenskopravnemu sistemu, ki ga lahko pomembno humanizira ne le z omejevanjem represije, temveč tudi in predvsem z več posluha za vse, ki jim kaznivo dejanje »pripada«. Koncept restorativne pravičnosti seveda ni splošno uporabno zdravilo za vse slabosti klasičnega kazenskega prava, hkrati pa vsebuje precej napak in čeri (nekateri v zvezi s procesnimi pravicami in načelom zakonitosti kazenskega materialnega prava sem v članku že nakazal). Čeprav ga zato ne kaže uveljavljati z nekim mesijanskim navdušenjem, pa njegova uporaba z zrnom soli praviloma prinaša pozitivne rezultate.

Slovensko pravo je predvsem z novelo ZKP ponovno vpejalo nekaj možnosti za uresničevanje načel restorativne pravičnosti. Na praksi je, da bo te možnosti polno in kakovostno uporabila, hkrati pa bi bilo treba razmisliti, kako razširiti pozitivnopravne in dejanske možnosti za progresivno uveljavljanje novega modela.

LITERATURA

1. Alexaidis, S.: Victim Offender Reconciliation Schemes in the Greek Justice, v: Messmer, H., Otto, H.-U. (eds.): **Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim – Offender Mediation**. NATO ASI Series, Dordrecht, Kluwer 1992.
2. Bošnjak, M.: **Koncept restorativne pravičnosti**. Magistrska naloga. Ljubljana, Inštitut za kriminologijo pri PF 1999, 176 s..
3. Boutellier, H.: Beyond the criminal justice paradox. **European journal on criminal policy and research**, Amsterdam 4(1996), s.7-20;
4. Braithwaite, J.: **Restorative Justice Paper**, <http://www.aic.au/rjustice/braithwaite>
5. Christie, N.: **Conflicts as property**. Oslo, Institutt for kriminologi og strafferett, Universitetet i Oslo 1976.

6. Claassen, R.: **Restorative Justice** – Fundamental Principles, <http://www.fresno.edu/pacs/docs/rjprinc.html>
7. Dekleva, B. (ur.): **Nove vrste vzgojnih ukrepov za mladoletnike**. Ljubljana, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti 1996.
8. De Nauw, A.: Les modes alternatifs de reglement des conflicts en droit penal belge. **Revue de droit penal et de criminologie**, Bruxelles 75(1995)4.
9. Filipčič, K.: **Obravnavanje mladoletnih delinkventov** (primerjalnopravni vidik), Ljubljana, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti in Pravna fakulteta, 1998.
10. Kuhn, A.: Incarceration rates: Europe versus USA. **European journal on criminal policy and research**, Amsterdam 4(1996)4, s. 101-106.
11. Marshall, T. F.: Restorative Justice on Trial in Britain, v: Messmer, H., Otto, H.-U. (eds.): **Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim – Offender Mediation**. Dordrecht, Kluwer 1992.
12. Marshall, T. F.: The evolution of restorative justice in Britain. **European journal on criminal policy and research**, Amsterdam 4(1996)4, s. 21-43.
13. Messmer, H., Otto, H.-U.: Restorative Justice: Steps on the Way Toward a Good Idea, v: Messmer, H., Otto, H.-U. (eds.): **Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim – Offender Mediation**. Dordrecht, Kluwer 1992.
14. Mueller – Dietz, H.: Taeter-Opfer-Ausgleich (TOA) in der Bundesrepublik Deutschland. **Bewährungshilfe**, Bonn 39(1992)2.
15. Petrovec, D.: **Kazen brez zločina** – prispevek k ideologijam kaznovanja. Ljubljana, Studia Humanitatis, 1998.
16. Roxin, C.: Prilog novijem razvoju kriminalne politike. **Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo**, Beograd 28(1990)4, s. 3-12.
17. Schneider, H. J.: Restitution instead of Punishment. **Cahiers de defense sociale**, Milano (1990/91) s.263-280.
18. Smit, J.: The Role of Probation in Restitution Procedures, v: Messmer, H., Otto, H.-U. (eds.): **Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim – Offender Mediation**. Dordrecht, Kluwer 1992.
19. Smith, B. E., Hillenbrandt, S. W.: Making Victims Whole Again: Restitution, Victim-Offender Reconciliation Programs, and Compensation, v: Davis, R. C., Lurigio, A. J., Skogan, W. G. (eds.): **Victims of Crime** (2nd ed.). Thousand Oaks, Sage 1997.
20. Trenczek, T.: A Review and Assesment of Victim-Offender Reconciliation Programming in West Germany, v: Galaway, B., Hudson, J. (ur.): **Criminal justice, restitution and reconciliation**. Monsey, Criminal Justice Press 1990.
21. Tutt, N.: Restorative justice in practice in Great Britain and Ireland. **European journal on criminal policy and research**, Amsterdam 5(1997)4, s. 99-112.
22. Umbreit, M. S.: Violent offenders and their victims, v: Wright, M., Galaway, B. (eds.): **Mediation and Criminal Justice** – Victims, Offenders and Community, London, Sage 1989.
23. Umbreit, M. S.: Mediating Victim-Offender Conflict: From Single-Site to Multi-Site Analysis in the U.S., v: Messmer, H., Otto, H.-U. (eds.): **Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim – Offender Mediation**. Dordrecht, Kluwer 1992.
24. Van Ness, D. W.: Restorative Justice, v: Galaway, B., Hudson, J. (eds.): **Criminal Justice, Restitution and Reconciliation**. Monsey, Criminal Justice Press, 1990.
25. Weitecamp, E.: Can Restitution Serve as a Reasonable Alternative to Imprisonment?, v: Messmer, H., Otto, H.-U. (eds.): **Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim – Offender Mediation**. Dordrecht, Kluwer 1992.
26. Wright, M.: **Justice for Victims and Offenders** (a restorative response to crime), Milton Keynes, Open University Press 1991.
27. Wright, M.: Victim-Offender Mediation as a Step Towards a Restorative System of Justice, v: Messmer, H., Otto, H.-U. (eds.): **Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim – Offender Mediation**. Dordrecht, Kluwer 1992.

Some of the most important characteristics of restorative justice

Marko Bošnjak, L.L.M., Research Assistant, Institute of Criminology at the Faculty of Law, Kongresni trg 12, 1000, Ljubljana, Slovenia

The paper presents the most relevant characteristics of the new criminal law and criminal policy concept, known in anglophone literature as "restorative justice". It first points to the heterogeneous foundations of restorative justice, then demonstrates by means of a table the differences between restorative and classical (above all retributive) concepts used in criminal law. Among the differences which are significant for the understanding of the most important characteristics of restorative justice, the author highlights the concept of a criminal offence, views on the causes of crime, the aim of criminal procedure, the role of parties in a criminal procedure, approaches to resolving conflicts and the concept of justice.

Key words: restorative justice, criminal law concepts, victim offender mediation, alternatives to criminal procedure, conflict resolution

UDC 343.121:343.122+347.995