

Konceptualne zagate restorativne pravičnosti – nova paradigma modernega odzivanja na kriminaliteto?*

Dr. Aleš Završnik¹

Vstop subjekta v jezik avtomatično pomeni odpoved nasilju, saj je jezik tisti tretji, ki posreduje kot mediator med ljudmi. Zato niso le konflikti nekaj povsem vsakdanjega, temveč tudi strategije in tehnike njihovega nenasilnega reševanja. Alternativno reševanje sporov, ki je v zadnjih treh desetletjih prejelo izjemno akademsko-teoretično in institucionalno pozornost, je zato nekaj, kar nujno obstaja v družbenem tkivu, v družbenem odzivanju na »problematična« dejanja pa se je odrazilo v razvoju teorije restorativne pravičnosti (angl. *restorative justice*). Natančnejša analiza kaže, da restorativna pravičnost ni zgolj nova kaznovalna teorija. Po eni strani res prinaša dobrodošle novosti v doslejšnja razumevanja kriminalitete in v kazenskopravno intervencijo nanjo, saj omili punitivnost držav zahodnega kulturnega kroga (vrednostni argument), obenem pa zmanjšuje preobremenjenost akterjev kazenskoprnega sistema (pragmatičen argument). Vendar po drugi strani daljnosežne spremembe, ki jih restorativna pravičnost prinaša, kažejo, da gre za paradigmo, ki nasprotuje temeljnim postavkam modernega kazenskega prava. V svoji idealni teoretični zasnovi ni niti kaznovalne niti moderne narave. Številni njeni elementi v absolutni meri ne morejo nikoli popolnoma vstopiti v moderno kazensko pravo. Tako bi prepustitev kazenskopravne reakcije na kriminaliteto »zainteresiranim« strankam pomenilo kalopisiranje javnega kazenskega prava v zasebno pravo. Njeno pojmovanje subjekta bi pomenilo odpravo tiste kvalitete avtonomije subjekta, ki je značilna za moderno pravo. Spravni elementi, ki v modernem (kazenskem) pravu ostajajo relativno pozunanjeni, bi privedli do odprave teze o ločenosti subjekta in družbe in bi zahtevali od subjekta večjo »intimno« podreditev družbenemu. Naposled restorativna pravičnost odpravlja nekatere formalne značilnosti modernega prava in postavlja pod vprašaj tudi temeljna načela kazenskega postopka. Ključno je, da ta paradigma, ki sloni na nekaterih uvidih postmoderne teorije o subjektu in njegovi/njeni vpetosti v družbeno-simbolno mrežo, kaže na to, da moderno (kazensko) pravo ni evolutivni višek, na katerem kaže neumorno vztrajati.

Ključne besede: restorativna pravičnost, obnavljalna pravičnost, poravnava, sprava, mediacija

UDK: 347.925

1 Uvod

Konflikti so nekaj vsakdanjega in tudi strategije in tehnike nenasilnega reševanja konfliktov so nekaj, kar je položeno v tkivo družbenega sobivanja. Pri tem ne gre le za to, da je skupaj s konflikti njihovo nenasilno reševanje (vključno s poravnavanjem) del našega vsakdana, saj se na primer pogajamo in poravnavamo v šoli, službi, s prijatelji, družinskimi člani

itn. Gre za to, da je nenasilno reševanje sporov del jezikovno-simbolnega posredovanja/konstruiranja realnosti. Vstop v jezik avtomatično pomeni odpoved nasilju, saj je jezik tisti tretji, ki je mediator med sptima stranema. »Ideja jezika je ideja simbolnega reda kot medija pomiritve/mediacije, mirnega sobivanja, v nasprotju z nasiljem surove konfrontacije.«² Človeku kot govorečemu bitju je zato lastno nenasilno razreševanje medsebojnih razprtij.³ Deviantnost in kriminaliteta

* Prispavek je nastal v okviru Ciljnega raziskovalnega projekta *Poravnavanje v kazenskem postopku* (št. projekta V5-0254), ki ga je v obdobju 1. oktobra 2006 do 31. marca 2008 izvajal Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti pod vodstvom prof. dr. Katje Filipčič, sofinancirala pa Agencija za raziskovalno dejavnost in Ministrstvo za pravosodje.

¹ dr. Aleš Završnik, raziskovalec na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Poljanski nasip 2, Ljubljana; e-pošta: ales.zavrsnik@pf.uni-lj.si.

² Žižek 2007: 56.

³ »In ker je človek »govoreča žival«, odpoved nasilju definira samo jedro človeškega bitja: »Pravzaprav so načela in metode nenasilja ... tiste, ki konstituirajo človečnost človeških bitij, koherentnost in relevantnost moralnih standardov, ki temeljijo tako na prepričanju kot na občutku odgovornosti«, tako da je nasilje »dejansko radikalna perverzija človečnosti.« Žižek 2007: 56 in Žižek po Jean-Marie Muller, *Non-Violence in Education*, UNESCO, dostop na URL: http://portal.unesco.org/education/en/file_download.php/fa99ea234f4accb0ad43040e1d60809cmuller_en.pdf, 18.3.2008.

skozi tovrstno »optiko« nastopita tam, kjer je poravnavanje kot simbolno-jezikovna izmenjava spodletelo in je zato v tem smislu odstop od govoreče človekove narave.

Poleg tega, da je jezikovno posredovano poravnavanje del »človekove narave«, je na drugi strani tega spektra pomembno tudi vprašanje, kako razumeti konflikte, namreč ali jih je res potrebno »reševati«, tudi morebiti za »vsako ceno« kot običajno domnevamo. Nils Christie⁴ na primer meni, da je težnja po rešitvah konfliktov puritanska, etnocentrična težnja. Pomembnejše od reševanja konfliktov je zanj udejstvovanje v procesu iskanja rešitev in osredotočanje na pozitivne vidike konfliktov, ki predstavljajo priložnosti za razčiščevanje o tem, kaj sploh je veljavno pravo v danem trenutku v dani družbi. Iz tovrstnega razumevanja konfliktov izhajajo tudi zagovorniki alternativnih načinov reševanja sporov, ki konflikt razumejo predvsem kot priložnost in manj kot nevarnost.⁵

Od poravnavanja kot nujne sestavine družbenega sobivanja, povezane s človekovo govorečo naravo, in narave jezika kot medija nenasilnega načina reševanja sporov, ločujemo (pravno) institucionalizacijo postopkov poravnavanja, ki smo jim priča od konca 70. let prejšnjega stoletja.⁶ Institucionalizaciji postopkov poravnavanja smo danes priča na meddržavni in politični ravni, v post-konfliktnih situacijah in medetničnih trenjih, v izobraževanju (v obliki šolske mediacije),⁷ v socialnih zadevah (kot obveznost poravnavanja med socialnimi partnerji), v delavnopravnih zadevah,⁸ civilnopravnih zadevah (v obliki družinske, potrošniške mediacije, mediacije v e-trgovini), nadalje poznamo okoljsko poravnavanje (med lokalnimi skupnostmi, gospodarskimi subjekti in državo), poznamo oblike »kibernetskega« razreševanja sporov (angl. *online dispute resolution* (ODR), kot je na primer sistem SOLVIT)⁹ in tudi v kazenskih zadevah. Danes se poravnavanje v kulturološkem smislu enači s pristajanjem na demokratičnost, enakost, s pri-

zadevanjem za mir in sožitje, s strpnostjo, nenasilnostjo in s politično korektnim soočanjem z različnostjo.

Metode t.i. alternativnega razreševanja sporov (angl. *alternative dispute resolution* – ADR) so v zadnjih treh desetletjih prejele izjemno akademsko-teoretično, institucionalno in metodološko pozornost. Pojem poravnavanja se ob tako široki uporabi na številnih področjih povezuje z drugimi sorodnimi pojmi in koncepti ter pojmi in koncepti, v razmerju do katerih se še posebej poskuša ogradi in jim postavlja alternativno. Bistveno se ograjuje zlasti od *sojenja* kot javnega načina razreševanja sporov, pri katerem v trikotnem odnosu nastopata adversarno zoperstavljeni stranki in (raz)sodnik, ki nastopa s pozicije suverene moči (oblasti), ter od *arbitraže* kot zasebne in prostovoljne oblike razreševanja sporov, kjer stranki v sporu soglasno izbereta neodvisnega arbitra (ali več njih) in se zavežeta spoštovati njegovo odločitev, ki je izenačena s pravnomočno sodno odločbo. Poravnavanje naj bi presegalo tovrstne razporeditve in delitve moči. Z arbitražo jo družijo, da je (praviloma) tudi zasebna in prostovoljna oblika razreševanja sporov, za razliko od arbitraže pa je zaradi drugačne razporeditve moči položaj tretjega kot »vmesnega glasu« (*mediator is a middle voice!*)¹⁰ drugačen, na kar sugerira že spremenjen jezik (besedišče). Tako sta na primer stranki v sporu »klienta«, v postopku sodelujejo še »drugi zainteresirani« (angl. *stakeholders*), ki imajo pred seboj skupen »izziv« za prihodnost in si stojijo drug ob drugem in ne delujejo (adversarno) eden zoper drugega.¹¹ Adversarno zoperstavljena klienta tretjega (»vmesni glas«) ne prepričujeta o historičnem dogodku, saj je ta zgolj sredstvo iskanja skupnih interesov, temveč skušata s sodelovanjem v obojestransko korist in zadovoljstvo rešiti konflikt – »izziv«. Položaj tretjega je položaj pospeševalca komunikacije, motivatorja, iskalca potlačeni in neartikuliranih motivov in interesov »klientov«; je tisti, ki preprečuje neposredno (besedno) konfrontacijo, omogoča kanaliziranje negativnih čustev, pozicioniranje strank in ki pomaga najti za vse vpletene sprejemljive »rešitve«.¹²

⁴ Christie 1981: 35.

⁵ Kitajska beseda za krizo (»危機«) pomeni hkrati nevarnost in priložnost, zagovorniki tehnik mirnega reševanja sporov pa poudarjajo predvsem zadnje. Glej *Mediation and Other Methods to Foster Democratic Dialogue*, 2007.

⁶ Glej zgodovino na primer v Zehr, 2002.

⁷ Glej na primer Cohen, 2005.

⁸ Glej več o mediaciji na delovnem mestu v Doherty, Guylar, 2008.

⁹ SOLVIT – »Učinkovito reševanje problemov v Evropi« je »elektronski sistem za reševanje problemov, preko katerega lahko države članice s skupnimi močmi pragmatično rešujejo probleme, ki nastanejo zaradi napačne uporabe prava EU s strani organov javne uprave na področju notranjega trga.« Namenjen je reševanju »problemov, ki so jih državljanom in podjetjem povzročili nacionalni organi z nepravilno uporabo predpisov EU«. Po URL: <http://ec.europa.eu/solvit/>, 17.3.2008.

¹⁰ *Mediation and Other Methods to Foster Democratic Dialogue* 2007: 3.

¹¹ Tako na primer Fisher, Ury, Patton, 1991: *passim*.

¹² Mediatorjevo delo je (po navedbah zagovornikov alternativnih načinov reševanja sporov) delo: 1. vodje zasedanja (angl. *chairperson*), 2. komunikatorja, ki posreduje sporočila strankama, ki »poslušata, a ne slišita«, 3. pedagoga, 4. pridobitnika sredstev za stranke, 5. agenta realnosti, 6. garanta trajnih rešitev, 7. grešnega kozla, 8. garanta postopka. Mediatorjeve lastnosti so 1. nevtralnost, 2. nepristranskost, 3. objektivnost, 4. inteligentnost, 5. fleksibilnost, 6. artikuliranost, 7. prepričljivost, 8. empatija, 9. je dober poslušalec, 10. kreativnost, 11. spoštovanje/spoštljivost, 12. skeptičnost, 13. sposobnost pridobiti sredstva, potrebna za učinkovito rešitev problema, 14. odkritosrčnost, 15. zanesljivost, 16. ni vzkipljiv, 17. duhovitost, 18. potrpežljivost, 19. vztrajnost in 20. optimističnost. Po *Mediation and Other Methods to Foster Democratic Dialogue* 2007: tab. 2.

Za poravnavanje se uporablja tudi sinonimni pojem mediacija (angl. *mediation*), ki ga nekateri prevajajo s pojmom posredovanje.¹³ Poravnavanje se razlikuje od sorodnega postopka pogajanja (angl. *negotiation*), olajševanja in pomoči (angl. *facilitation*), pospeševanja ali podpiranja (angl. *promoting voluntary decision making*) in tudi postopkov pomirjanja (angl. *conciliation*). Zlasti pomirjanje naj bi se po mnenju nekaterih teoretikov razlikovalo od poravnavanja v tem, da naj bi imel poravnalec aktivnejšo vlogo, saj naj ne bi zgolj posredoval svoje ocene spornega razmerja tako kot pomirjevalec, temveč naj bi predlagal tudi najprimernejšo rešitev.¹⁴ V teoriji se je uporabljala tudi pojem upravljanja s konflikti (angl. »*conflict management*«), danes pa se uporablja pojem participatornega (udejstvovalnega) reševanja sporov (angl. *conflict participation*), ki ne meri toliko na rezultat kot na proces doseganja odločitve. Ideje alternativnega reševanja sporov pa so se v kazenskem pravu odrazile v razvoju širšega koncepta restorativne pravičnosti.

2 Restorativna pravičnost: teorija, diskurz, paradigma ali družbeno gibanje?

Odgovori na vprašanje, kaj je restorativna pravičnost, so izredno raznoliki. Po bolj splošni definiciji je to teorija pravičnosti, ki poudarja pomen poprave škode, ki je bila povzročena s kaznivim dejanjem, ta cilj pa bi bilo najbolje doseči v postopku s sodelovanjem vseh zainteresiranih.¹⁵ Bolj znani definiciji sta gotovo Marshallova in Van Nessova. Marshall¹⁶ jo opredeljuje kot postopek, v katerem se sestanejo vse stranke, udeležene v konkretnem kaznivem dejanju, da bi skupaj sklenile, kako rešiti posledice kaznivega dejanja in njegove posledice za prihodnost.¹⁷ Zaradi izredno raznolikih vsebin pa Van Ness¹⁸ raje opredeljuje načela in vrednote, ki tvorijo temelje restorativne pravičnosti. Ta načela so:

1. pravičnost zahteva, da si prizadevamo za obnovitev (angl. *restore*)¹⁹ prizadetih s kaznivim dejanjem,

2. najbolj neposredno vpleteni in prizadeti s kaznivim dejanjem bi morali imeti možnost polno sodelovati v odzivu nanj, če to želijo,

¹³ V civilnem pravu na primer Ude 2002: 52.

¹⁴ Več o razmejitvah pojmov v Bošnjak 1999: 77–79.

¹⁵ Definicija po Centre for Justice and Reconciliation.

¹⁶ Marshall, 1996.

¹⁷ Po Bošnjak 2002: 84.

¹⁸ Van Ness 2002: 2.

¹⁹ Prevod besede *restore* je izjemno nevhvaležno delo, kaže pa na ohlapnost temeljnega označevalca (saj od tod »restorativna« pravičnost), ki dopušča izredno raznolike predstave o tem, kako popraviti posledice kaznivega dejanja. Več o jezikovnih dilemah v Bošnjak 2002: 78.

3. naloga vlade je skrb za pravičen javni red, skupnosti pa izgradnja in vzdrževanje pravičnega miru.

Temeljne vrednote restorativne pravičnosti pa so:²⁰

1. *soočenje* storilca, žrtve in članov skupnosti: to pomeni srečanje, na katerem osrednje mesto zaseda pripovednost, poudarek je na pomenu čustev in razumevanju strank s ciljem doseči sporazum vseh zainteresiranih,

2. *poboljšanje* storilca s konkretnimi dejanji: opravičilom, spremembo vedenja, restitucijo in velikodušnostjo (ki presega proporcionalno obnašanje storilca),

3. *reintegracija* storilca in žrtve, ki ima tri ključne elemente: spoštovanje (kot nasprotje sramu), materialno pomoč (žrtvam in storilcem), moralno/duševno usmerjanje,

4. *inkluzija* kot priložnost žrtve, storilca in prizadete skupnosti, da sodelujejo v pravnem postopku. Njeni ključni elementi so: vabilo zainteresiranim strankam (angl. *stakeholders*), da sodelujejo v postopku, priznanje in upoštevanje njihovih interesov ter odprtost za alternativne pristope v reakciji (kot npr. poravnavanje, konference, krogi).

Tipični programi oziroma reakcije na »problematična« dejanja, ki so običajno prepoznani kot restorativni, so: poravnavanje med storilcem in žrtvijo, (spravne) družinske konference, krogi (npr. ki združujejo nasilne alkoholičke), programi za (predstavnikiško, psihološko in gmotno) pomoč žrtvam (npr. skladi), programi postpenalne pomoči za obsojence in njihove družine, plačila odškodnine, programi dela v korist lokalnih skupnosti ali humanitarnih organizacij (angl. *community service programmes*).

Semantika in jezik restorativne pravičnosti sta popolnoma drugačna od tradicionalnih kaznovalnih teorij: v postopku (kot omenjeno) nastopajo neadversarno pozicionirani klienti, cilj postopka je obnova (»restavriranje«), celjenje in reintegracija posameznikov v družbo, preoblikovanje skupnosti, spremembe so medosebne in čustvene narave, pomen je na komunikaciji. Cilj ni zagotavljanje skladnosti rezultata z nekim »višjim« (metafizičnim) moralnim redom (»minimumom morale v družbi«), ker pomen ni nekaj vnaprej danega, nekaj, kar bi obstajalo že pred komunikacijo udeležencev postopka, temveč je interrelacijske (komunikacijske) narave, nekaj, kar se med različnimi subjekti (lahko tudi razlikuje (in kljub temu, da bi v pravni optiki kaznivo dejanje opredelili kot »istovrstno«).

Koncept restorativne pravičnosti se je sprva osredotočal na žrtev, ki jo je pritegnil v odzivanje na kriminaliteto in zato obsegal predvsem postopke poravnavanja med storilcem in

²⁰ Van Ness 2002: 3–6.

žrtvijo (angl. *conflict settlement*). Kasneje pa se je zaradi kritik (npr. da povzroča kršitve načela enakosti med obdolženci različnih kaznivih dejanj) in obširnega teoretičnega osmišljanja razširil, tako da danes obsega tudi reakcije na kriminaliteto, ko žrtev sploh ni. Meier²¹ na primer meni, da naj ne bi restorativne pravičnosti razumeli ozko, kot možnosti za reakcijo na zgolj primere medosebnih konfliktov, temveč tudi kot možnost za reakcijo na kršitve kolektivnih interesov. Kaznivo dejanje namreč ni konflikt med storilcem in žrtvijo, nadaljuje Meier, temveč konflikt med storilcem in »abstraktnim« pravom. Restorativna pravičnost zato vključuje v mehanizme odzivanja na kriminaliteto tudi ožje in širše lokalne in podporne skupnosti ter ponuja tudi širši nabor kazenskih sankcij.

Kako oceniti daljnosežnost sprememb, ki jih v reakciji na kriminaliteto prinaša restorativna pravičnost? Najbolj daljnosežne ocene so tiste, ki restorativno pravičnost predstavljajo kot povsem nov kazenskopravni *diskurz* (Hill)²² ali novo *paradigmo* kazenskega prava (Meier,²³ Fattah²⁴), ki jo je mogoče postaviti nasproti klasični (retributivni in prevencijski/utilitarni) kazenskopravni reakciji na kriminaliteto, oziroma da ne gre le za nov koncept znotraj kazenskega prava, temveč kar kazenskemu pravu *nadomestni sistem* (Bošnjak).²⁵ Ocena je, da je restorativna pravičnost postala ne le nova znanstvena teorija, diskurz ali paradigma, temveč kar družbeno gibanje.²⁶ Vendar, ali je to novo obliko odzivanja na kriminaliteto mogoče v celoti osnovati na razsvetljenskih temeljih moderne in s tem modernega (kazenskega) prava?

3 (Ne)združljivost restorativne pravičnosti in modernega kazenskega prava

Na splošno za koncept restorativne pravičnosti velja, da je bolj praksa ali proces kot teorija (Hill: 18). Tudi zato morda ni ne navadno, da se je razvil med bolj pragmatično usmerjenimi angloameriški pravniki. Vendar če velja, da nič ni bolj praktično od dobre teorije, velja tudi nasprotno, da ni boljše teorije od tiste, ki neposredno izhaja iz v družbenem tkivu dobro umeščene prakse. Tudi zato je primerno prikazati nekatere daljnosežne teoretične implikacije poravnalnih postopkov (in drugih spravnih mehanizmov), ki se kažejo kot povsem nova (kazenskopravna?) paradigma in ki jo lahko primerjamo z doslejšnjima paradigma-

ma kaznovanja:²⁷ retributivno in utilitarno (prevencijsko). Ker so bile tovrstne primerjave v kazenskopravni teoriji že temeljito opravljene,²⁸ je *glavna teza* prispevka naslednja:

Koncept restorativne pravičnosti (vključno z institutom poravnavanja) nedvomno prinaša dobrodošle novosti v doslejšnja razumevanja kriminalitete in v kazenskopravno intervencijo nanjo, še posebej, ker je njihov primarni učinek v tem, kot opozarja Braithwaite,²⁹ da omilijo povečevanje punitivnosti držav zahodnega kulturnega kroga, ki smo mu priča od konca 60. let prejšnjega stoletja (vrednostni argument), in ker zmanjšujejo preobremenjenost akterjev kazenskopravnega sistema (pragmatičen argument). Vendar koncept restorativne pravičnosti zadeva v temelje modernega (kazenskega) prava in je zato v celoti gledano (vsaj v svoji idealno spravnih dimenziji) neuresničljiv brez kvalitativnih sprememb, ki bi pomenile kar odpravo modernega kazenskega prava oziroma njegovo celotno nadomestitev. Zato so posamične inovativne rešitve (instituti) restorativne pravičnosti primarno dobrodošle iz vrednostnih in pragmatičnih razlogov, a vendar njihovo poglobitno kvalitativno spremembo prinaša element sprave, ki v absolutni meri ne more nikoli popolnoma vstopiti v moderno (kazensko) pravo. Koncept restorativne pravičnosti v tem smislu ne more postati konceptualni *mainstream* (moderne) kazenskopravne reakcije na kriminaliteto, ki počiva na nekaterih temeljnih predpostavkah, ki izvirajo iz razsvetljenske filozofske tradicije. Seveda pa to nima nobenega vpliva na to, da nekateri instituti restorativne pravičnosti postanejo statistično signifikanten način reševanja kazenskopravnih zadev.

Poglejmo, zakaj paradigma restorativne pravičnosti ni v celoti združljiva s pojmom modernega (kazenskega) prava. Kako izbrati med modernimi predpostavkami kazenskega prava na eni in nasledki restorativne pravičnosti, ki s temi predpostavkami niso združljivi, na drugi strani? Po eni strani si morda vseh nasledkov restorativne pravičnosti niti ne želimo, saj bi se morali odpovedati nekaterim temeljnim postulatam modernega kazenskega prava, ki predstavlja branik pred neupravičenimi (poljubnimi) intervencijami državne oblasti v posameznika. Po drugi strani pa je danes že povsem očitno, da ideje restorativne pravičnosti odstirajo zagate modernega kazenskopravnega reagiranja na kriminaliteto in slepo ulico, v kateri se je to znašlo.

²¹ Meier 1998: 126.

²² Hill, 2007.

²³ Meier, 1998.

²⁴ Fattah, 1993.

²⁵ Bošnjak, 2007: *passim*.

²⁶ Braithwaite 2002: 150.

²⁷ V nadaljevanju pojme kaznovalna »paradigma«, »diskurz«, »koncept«, »teorija« uporabljam kot sinonime.

²⁸ Glej na primer Bošnjak, 2000, 2002, 2006, 2007 ali Zehr, Hill.

²⁹ Braithwaite 2002: 150.

4 Mejniki integracije restorativne pravičnosti v moderni kazenskoopravni sistem

Zakaj se kaže zavzemati za restorativno pravičnost, kje so njene prednosti? Primarno gre za pronicljive uvide v (1) uzurpacijo različnih načinov mirnega razreševanja sporov s strani države in pravnih profesionalcev, ki so ukradli konflikte posameznikom (Christie),³⁰ s tem pa legitimirali svojo oblast. Tudi zato je potrebno razreševanje kazenskega spora vrniti tistim, ki jih (bolj) neposredno zadeva. Utemeljenost tovrstnega prenosa spora izhaja nadalje (2) iz očitno napačne (zdravorazumske) domneve, da žrtev kaznivega dejanja in skupnost koprtna po maščevanju. Ta domneva ustreza zlasti centralizirani (paternalistični) penološki oblasti in pravnemu in socialnemu profesionalnemu stanu. Strang³¹ na primer navaja izsledke raziskav, ki kažejo, da je signifikanten del žrtev veliko manj retributiven, kot se to običajno domneva. Običajno večje (žal večkrat kot manjše) nezadovoljstvo skupnosti nad delovanjem kazenskoopravnega sistema po njegovem mnenju ni mogoče enoznačno pripisati nezadovoljstvu z višino izrečenih kazni. To nezadovoljstvo je v enaki meri mogoče pripisati dejstvu, da ni učinkovite metode za preprečevanje recidivizma. Torej zahteve po strogi kazni bolj kot iz kaznivega dejanja izvirajo iz tesnobe pred negotovimi prihodnjimi viktimizacijami. Zato tudi ni razloga za paternalistično skrb, ki jo izražajo država in pravni in socialni establishment, ki ponuja razlage o zaščiti domnevnih obdolžencev pred maščevanja že(lj)jnimi žrtvami in »javnostjo«. Nadaljnji (3) argument, ki govori v prid tezi, da je potrebno razreševanje kazenskega spora vrniti tistim, ki jih ta (bolj) neposredno zadeva, pa izhaja iz teze, da ljudje svoje bližnje vedno ocenjujemo glede na celokup njihovih dejanj in ne zgolj po enem dejanju. Zato smo do njih prizanesljivejši. Ker nas torej bližina naredi manj punitivne, je mogoče celokupno nasilje v družbi zmanjševati tudi tako, da konflikt vrnemo tistim, ki jih neposredno zadeva. Kljub vsem naštetim argumentom, ki kažejo na primerjalne prednosti restorativne pravičnosti, pa ta odpravlja ali postavlja pod vprašaj nekatere temeljne značilnosti modernega kazenskega prava. Poglejmo katere.

4.1 Stranke restorativnega postopka

Bistveno novo je pojmovanje strank, ki so bile prizadete s kaznivim dejanjem in naj bodo zato udeležene v kazenskem postopku. Opredelitev *neposredne žrtve* kaznivega dejanja običajno ne predstavlja težav³² in ena bistvenih novosti

koncepta restorativne pravičnosti je v poudarjanju potreb in interesov konkretno in neposredno prizadetih žrtev. Skrb za žrtve, četudi so te (neizogibno) selektivno izbrane, in njihova pritegnitev v postopek kazenskoopravnega reagiranja, kjer v vlogi pričë ne služijo le kot vir dokazov zoper obdolženega, temveč jim pripada položaj enakovrednega subjekta, ki soodloča o izidu postopka, je ena izmed glavnih lastnosti, po kateri se restorativna pravičnost razlikuje od tradicionalne (retributivne in preventivske) paradigme razumevanja in reagiranja na kriminaliteto. V tem oziru nov koncept predstavlja (pretežno) dobrodošlo spremembo, saj na ta način skuša poskrbeti tudi za (vsaj za *pravno* priznane) žrtve, ki imajo možnost oblikovati svojo zgodbo o preteklem dogodku in pridobiti svojevrstno moč nad obdolžencem – moč odločati o milosti in odpušcanju.³³

Večje težave pa zagovornikom restorativne pravičnosti predstavlja definiranje »*drugih zainteresiranih*« (angl. »*stakeholders*«) za reakcijo na kriminaliteto, tj. tistih drugih, ki naj bodo primerno odškodovani oziroma pomirjeni z izidom kazenskoopravne reakcije na kaznivo dejanje. Zgolj konkretna definicija *vseh* drugih bi namreč omogočila distanco restorativne paradigme od implicitnega priznanja predpostavke o obstoju (»abstraktnega«) metafizičnega *moralnega reda* (opazovano z vidika moralne filozofije), v imenu katerega se domnevno kaznuje, priznanja, ki bi restorativno paradigmo močno približalo retributivni paradigmi. Bistvo »kantovskega« (klasičnega) odgovora na vprašanje zakaj in kako reagirati na kriminaliteto je namreč v tem, da se penalna oblast na posamezniku izvršuje kot sredstvo ponovne uveljavitve (»celjenja«) moralnega tkiva družbe, ki je bilo s kaznivim dejanjem pretrgano. Na ta način, ob neuspehu identificiranja *vseh* »drugih zainteresiranih«, obsojenca potisnemo v položaj, ko postane sredstvo za uveljavljanje metafizičnega moralnega reda. Kant se seveda skuša izogniti tovrstni instrumentalizaciji človeškega bitja (obsojenca) v svoji teoriji o kaznovanju, saj bi s tem nasprotoval lastnemu kategoričnemu imperativu. Zato prestopnika koncipira kot racionalno bitje, ki bo uvidelo racionalnost kazni, ki je umeščena v univerzum metafizičnega moralnega reda, in bo zato kot

pravo nastopa kot sredstvo drugih odkritih ali latentnih ciljev (npr. vzdrževanje določenega moralnega reda), po drugi strani pa obstoji, kot je prikazala viktimologija, množica žrtev, ki pa (žal) niso kulturno in (še manj) kazenskoopravno priznane. Na tem mestu probleme, povezane z viktimizacijami in statusom žrtve, za »ceno« jasnosti glavnega argumenta puščam ob strani. Več o teoretičnem in pozitivnopravnem spregledu različnih viktimizacij v Kanduč, 2002.

³³ Pri tem puščam ob strani vprašanje kako preprečiti, da bi moč žrtve vodila v drugo skrajnost, da bi torej to poudarjanje moči žrtve pomenilo priložnosti za povečevanje punitivnosti kazenskoopravnega reagiranja zoper kriminaliteto in priložnosti za odkrito in sistemsko ponujeno priložnost za maščevanje.

³⁰ Christie, 1977.

³¹ Strang, Sherman 2003: 18, 25.

³² Identifikacija žrtev je v bistvu lahko izredno težavna: po eni strani poznamo t.i. kriminaliteto brez žrtev, kjer očitno ne gre za kazenskoopravno zaščito »neposredno oškodovanih«, temveč kazensko

racionalno bitje sprejelo naloženo mu kazen. Torej, obsojenec je pojmovan (koncipiran) tako, da bo v primeru nesprejemanja kazni v bistvu deloval proti svoji lastni (racionalni) naravi. Kljub temu zasuku pa je učinek nedvoumen in zdi se, da Kant celo ostane v (klasični) utilitarni koncepciji kaznovanja – dobro enega (obsojenega) je namreč žrtvovano za dobro večine (metafizičen moralni red).³⁴

Navedena nujnost identificiranja »drugih zainteresiranih« izhaja ne le z vidika moralne filozofije, temveč tudi z vidika liberalne politične filozofije. Konkretna opredelitev *vseh* drugih bi namreč pomenila, da bi odpadla potreba po imaginariju *družbene pogodbe*, ki jo domnevno štiti kazensko pravo. V obeh primerih bi odpadlo predpostavljeno abstraktno »tretje«, v imenu česar kaznujemo (bodisi metafizičen moralni red bodisi družbena pogodba) in ki predstavlja konstitutiven (predpostavljen) element modernega kazenskega prava (v retributivni in preventivski kaznovalni paradigmi). Tudi v tem primeru je namreč subjekt pojmovan tako, da deluje proti lastni naravi, če ne sprejme naložene mu kazni: družbena pogodba je šele tista, ki podeli posamezniku pravice in obveznosti (ga pravno konstituira), tako da nesprejemanje kazni, ki je vnaprej predvidena za primere kršitev obveznosti, prevzetih z družbeno pogodbo, pomeni odstop od družbene pogodbe, to pa vključuje tudi zanikanje lastne pravne subjektivitete.

Problem predpostavke (metafizičnega moralnega reda oziroma družbene pogodbe), v katero zadeva restorativna pravičnost, je predvsem v tem, da zaradi nedoločenosti prikriva neartikulirane retribucijske težnje (v retributivni kaznovalni paradigmi) oziroma omogoča vnos poljubnih, s strani (definijske) oblasti določenih pojmovanj koristnega (v preventivski kaznovalni paradigmi).

Opredelitev »drugih zainteresiranih«, ki jih je potrebno pritegniti v postopke poravnavanja, restorativisti na najbolj splošen način opredeljujejo z ločitvijo med *zasebnimi in javnimi* potrebami/interesi. Če tradicionalni kazenski postopek postavlja javno nad zasebnim, restorativna pravičnost prioritete obrača: zasebno nad javnim. Na tem mestu je potrebno ponoviti ugotovitev, da je abstrakten metafizični moralni red oziroma družbena pogodba konstitutivna predpostavka modernega (kazenskega) prava. Povedano drugače, javnopravno kazensko pravo lahko zasebne interese pripušča le do določene mere.³⁵ Ta abstrakten »javni interes« predstavlja mejnik »spuščanja« kazenskopravne justice iz primeža neosebnega in depersonaliziranega kazenskopravnega aparata v zgolj zasebnopravno razmerje med storilcem in žrtvijo. Saj v kolikor bi prestopili to mejo, sploh ne bi bilo mogoče več govoriti o

kazenskem (temveč o civilnem) pravu. Vprašanje zato je, koliko se restorativna pravičnost z upoštevanjem »javnega« sploh oddalji od obeh klasičnih kaznovalnih paradigem. Ali ni opredeljevanje javnega interesa (morebiti javnih »potreb«), ki bi bilo brez preostanka, že vnaprej obsojeno na neuspeh, saj je (abstraktno) »javno« imanenten del *kazenskopravne* reakcije na kriminaliteto?

Poskus natančne shematizacije »drugih zainteresiranih«, ki delno tudi sloni na ločitvi med javnimi in zasebnimi (interesi, potrebami), je na primer izdelal McCold.³⁶ »Javne potrebe«, ki naj jih zadovolji izid kazenskega postopka, členi v potrebe (1) mikro in (2) makro skupnosti.³⁷ Prve opredeljuje kot sekundarne žrtve, to so tiste žrtve, ki trpijo zato, ker so v osebnem razmerju z žrtvijo ali storilcem (vključno z družinskimi člani žrtve in storilca), in tudi podporne skupnosti, ki skrbijo za žrtve in storilca in so zgolj posredno čustveno povezane s specifičnim prestopkom. Te skupnosti so primarni »drugi zainteresirani« (angl. *primary stakeholders*). Druge, makro skupnosti, pa vključujejo lokalne prebivalce, ki niso osebno povezani s storilcem ali žrtvijo, in tudi lokalne oblasti in vlado. Makro skupnosti nadalje deli na podkategoriji (a) lokalnosti, sosesk in mest ter (b) države in družbe. Bistvo njihove prizadetosti je že bolj abstraktna prizadetost, zato štejejo za sekundarne »druge zainteresirane« (angl. *secondary stakeholders*). Kot vidimo, še vedno iz reakcije ni mogoče izključiti zelo abstraktno opredeljene družbe (družbe »kot take«) in države, kar pa pomeni, da ti »entiteti« še vedno lahko posežeta v morebitni povsem prostovoljen dogovor med storilcem in žrtvijo. Razlog tega vmešavanja je lahko predvsem eden: ker dogovor ne bi upošteval javnega interesa in obstoječih vzvodov moči/oblasti.

»Druge zainteresirane« pri reakciji na kriminaliteto pri kaznovanju lahko nadalje opredelimo z analizo, koliko restorativen odziv zadovolji tradicionalno opredeljene cilje kaznovanja. Meier³⁸ je primerjal klasično in restorativno odzivanje na kriminaliteto v luči generalne prevencije (negativnega vidika – odvrčanja in pozitivnega vidika – potrditve zaupanja javnosti v pravni red) in specialne prevencije (negativnega vidika – odvrčanja in onemogočanja ter pozitivnega vidika – rehabilitacije) ter ugotovil, da je povsem upravičeno domne-

³⁴ Po Hill 2007: 26.

³⁵ Bošnjak 2006: 50.

³⁶ McCold 2002: 114 in nasl.

³⁷ Podobno distinkcijo napravi Claasen, ki govori o primarnih in sekundarnih žrtvah. Primarne žrtve so tiste, ki jih je kaznivo dejanje najbolj prizadelo, sekundarne pa tiste, ki tudi čutijo posledice kaznivega dejanja, obsegajo pa na primer družinske člane, prijatelje, priče, uradnike v kazenskem pravosodju, skupnost. Claasen, R., *Restorative Justice – Fundamental Principles*, URL: <http://www.fresno.edu/pacs/docs/rjprinc.html>. (Po Bošnjak 2002: 87.)

³⁸ Meier 1998: 131.

vati, da obstaja meja, ki ne dopušča nadomeščanja klasičnega odzivanja na kriminaliteto z restorativnim. Pri generalni preveciji namreč nadomestitev ne bi bila mogoča v vseh primerih, ker javni interes ne bi bil zadovoljen samo z restorativnim odzivom na kaznivo dejanje, temveč bi zahteval še retribucijo in kazen. Za doseg specialne prevecije pa nadomestitev ne bi bila mogoča za doseg negativnega vidika (inkapacitacije), ki se v določenih primerih tudi zahteva pri reakciji na kriminaliteto. Zato popolna nadomestitev klasičnega reagiranja na kriminaliteto z restorativnim (ki pa ga ne reducira zgolj na postopke poravnavanja med storilcem in žrtvijo, temveč vanj uvršča še povrnitve škode, zadoščenje in restitucijo) ne bo nikoli popolnoma mogoča.³⁹ To je zanj tudi razlog, da restorativna pravičnost ne pomeni nove »paradigme«, temveč gre za novo *perspektivo* v kazenskopravnem sistemu ali novo *vejo* kazenskopravnega sistema.⁴⁰ Kljub temu da takšna oznaka učinkuje bolj »pretehtano« ali morda manj evforično, pa je napačna, saj temeljni problem pri integraciji restorativne pravičnosti leži precej globlje. To je tudi razlog, da gre za paradigmatške spremembe v odnosu do odzivanja na kriminaliteto z (modernim) kazenskim pravom, zato restorativna pravičnost ne more biti zgolj njegova »veja« (saj so »korenine« in »deblo« drugačne).

Kljub vsem uvidom restorativistov, ki opravičujejo tezo, da je odziv na kriminaliteto potrebno vrniti neposredno prizadetim, pa nedoločenega pojma »javnega« (tj. javnih interesov/potreb), metafizičnega moralnega reda oziroma predpostavljene družbene pogodbe enostavno ni mogoče odpraviti. Moderno kazensko pravo je nerazdružljivo povezano z moderno državo kot zastopnico vselej na splošno neopredeljivega *javnega* interesa/potreb. Ker tudi zagovorniki restorativne pravičnosti ne želijo odpraviti te povezave, so se prisiljeni v tem obračanju prioritete pri zadovoljevanju potreb (od javnih k zasebnim) spoprijazniti z bodisi dejansko ukinitvijo javnega bodisi s tem, da restorativne pravičnosti ne morejo uresničiti v obliki nove paradigme. V prvem primeru to pomeni, da je javno reducirano tako, da se zadovoljenost zasebnih potreb razume kot nekaj, kar vodi do celjenja širših družbenih ran, ki jih je povzročil zločin. V tem se teorija restorativne pravičnosti v temelju oddaljuje od utilitarnih (prevecijskih) in retributivnih teorij, ki priznavajo močne makronivojske družbeno-moralne potrebe, ki naj bi jih sprožil zločin. A vendar v tem primeru javno kazenskopravno reagiranje kalopsira v zasebnopravno razmerje. Torej:

1. restorativna pravičnost z dosledno izločitvijo javnega »privatizira« kriminaliteto, javnopravno razmerje postane zasebnopravno razmerje. Odgovor na zločin postane zasebna

zadeva – javnost je zadovoljena v toliko, kolikor so zadovoljeni zasebni interesi vpletenih. Slabosti tovrstne »privatizacije« so znane: preko prepustitve razreševanja kazenskopravne justice neposredno vpletenim varnost postane zasebna zadeva. Ob socialni neenakosti in razklanosti sodobnih družb vzdolž spolnih, premoženjskih, etničnih, rasnih idr. značilnosti, lahko takšna rešitev zelo verjetno privede do kršitev načela enakosti in partikularnega urejanja kazenskih zadev;

2. če pristanemo, da ne gre za izločitev javnega, temveč le zasuk prioritete, pa lahko ugotovimo, da pojem država v teoriji restorativne pravičnosti nima enakega pomena kot v obeh tradicionalnih teorijah. Zagovorniki restorativne pravičnosti s tem ne priznavajo državi ali družbi »kot taki«, da ima druge legitimne potrebe/interese kot zgolj tiste, ki zadevajo ožje lokalne skupnosti. S tem, ko predrugači pojem države (in odpravlja metafizično »javno«), pa ta paradigma odpravlja povezanost modernega (kazenskega) prava z moderno državo. Temeljna značilnost modernega prava je ravno sistemska povezanost z moderno državo:⁴¹ osnova moderne kot idejnega in kulturnega fenomena je ravno »proizvod«, imenovan nacionalna država, ki uzurpira sredstva fizičnega prisiljevanja in z njimi tudi družbeno reakcijo na kriminaliteto. Ta je poverjena birokratskemu (delno nujno) razosebljenemu kazenskopravnemu podsistemu.

Kljub poskusom identifikacije »zainteresiranih drugih« teoretikom restorativne pravičnosti ne uspe identificirati vseh potreb/interesov brez preostanka. V kolikor odpravimo javno, pademo v partikularnost in zasebnost (»privatizacijo«) kazenskopravnega reagiranja. Moderno pravo je namreč vedno tudi centralizirano pravo, kljub temu da dopušča nekatere partikularne oblike. V kolikor pa priznamo, da javno še obstaja, pa je to (pojem skupnosti in države) pojmovano drugače. To spremenjeno razumevanje države in skupnosti pa posameznika »utopi« v partikularizmih lokalnih oblasti, kot so nam znane iz predmoderne dobe. Romantična zgledovanja zagovornikov restorativne pravičnosti po tradicionalnih skupnostih, ki so omogočala »neodtujeno« razreševanje kazenskih primerov v skupnosti, imajo žal tudi to pogosto spregledano hrbtno plat. Bistvo teh skupnosti je bila namreč ravno popolna »potopljenost« posameznika v ožji lokalni skupnosti, ki je imela v predmodernej osrednje mesto v posameznikovem življenju. Družbeni status, posameznikovo mesto in funkcije so bile povsem določene s tradicijo, posameznik je bil podrejen tradicionalnim interesom skupine, v kateri ni bila zaželen lastna iniciativnost in spontana aktivnost. Pričakovana občutja posameznikov so bila občutja pobožnosti, pietete in spoštovanje tradicije. Subjekt naj bi vedno ravnal tako, »kot je prav«, »pravilno«, pričakovano, za razliko od modernega

³⁹ O možnostih nadomestitve kazenskega prava s postopki/instituti restorativne pravičnosti glej še Bošnjak, 2007.

⁴⁰ Meier 1998: 137, 139.

⁴¹ Cerar 2001: 207 in nasl.

pričakovanja po samoiniciativnem, kreativnem, »učinkovitem« in »uspešnem« vedenju,⁴² ki se ne ozira na (domnevno) »organsko« povezanost posameznika in lokalne skupnosti, ki jo implicitno vzpostavljajo zagovorniki restorativne pravičnosti. V obeh primerih pa v bistvu odpravljamo to, kar dela sodobno kazenskoopravno reagiranje na kriminaliteto *moderno*.

4.2 Pojmovanje subjektivnosti v restorativni pravičnosti

Iz zgledovanja restorativistov po tradicionalnih načinih družbenega reagiranja na kriminaliteto izhaja tudi drugačno razumevanje subjektivnosti (storilcev in žrtev). Osnovo obeh tradicionalnih kaznoválnih paradigem predstavlja kartezijanski subjekt, ki je temelj moderne kot kulturnega in mišljenjskega koncepta. Ta subjekt je pojmovan kot temeljni nosilec vednosti in predstavlja gibalno razvoja. V bistvenem ga opredeljuje svobodna volja in razumsko delovanje. Pri tem je razum kot osnova subjektivega delovanja pojmovan kot brezčasno načelo, ki je sposobno spoznanja resnice »tam zunaj« in neodvisno od partikularnosti posameznika. Ta spoznavnoteoretični subjekt je sklenjena osebnost, samostojen in avtonomen, ki svet »zunaj sebe« spoznava po svojih lastnih močeh. Tako na eni strani utilitarna teorija izhaja iz domneve, da lahko vso človeško motivacijo in izkušnje zreduciramo na pojem (ne)koristnosti, da torej obstaja nekakšna »prava« ali nespremenljiva človekova narava, ki se ravna po nekaterih (oziroma zgolj enem) regulativnih načelih. Na drugi strani retributivna teorija temelji na podobnem univerzalističnem razumevanju subjektivnosti: ljudje smo racionalna in avtonomna bitja, ki iščemo smisel v življenju. Razum je bistven za razumevanje človekove narave, saj se lahko le s pomočjo razuma »dvignemo« nad sile narave in naposled odkrijemo kategorični imperativ, ki naj vodi naše življenje.

Za razliko od tovrstnega pojmovanja subjekta teorija restorativne pravičnosti zavrača razumevanje, da univerzalna in transcendentna racionalnost (Razum) ali drugo regulativno načelo (Koristnost) uokvirja naše delovanje in oblikuje subjekt.⁴³ Namesto tega razume oblikovanje (konstituiranje) subjekta precej bolj tekoče (fluidno), pojmuje ga kot nekaj, kar je odvisno od zgodovinskih, institucionalnih, socioloških in kulturnih pogojev življenja. Subjektov razum seveda priznavajo tudi zagovorniki restorativne pravičnosti, a ga pojmujejo drugače. Racionalnost ni enovito nadzgodovinsko načelo, temveč gre za sisteme racionalnosti, v okviru katerih subjekt deluje in se izraža in ki so v bistvenem zgodovinsko pogojeni in zgodovinsko oblikovani, povezani z razmerjem moči.

Tovrstno restorativno pojmovanje subjekta je zato primerljivo s Foucaultevim pojmovanje subjektivnosti.⁴⁴

Foucault zavrača totalne (vsevključujoče) teorije (meta narrative) in razgalja pojem univerzalne »resnice«, znanstvene objektivnosti itd., ki so po njegovem mnenju ideološki slogani, ki služijo v prvi vrsti zagotavljanju/ohranjanju *statusa quo* v razporeditvi družbene moči. V skladu s tovrstnim razumevanjem »tega, kar je« (gnoseološkim pristopom), je tako tudi subjekt nekaj, kar določajo odnosi moči in družbene strukture. Subjekta zunaj družbenega diskurza in družbene prakse ni. Subjekt je vedno (pre)oblikovan, aktivno in pasivno, preko razmerij moči z drugimi in preko razmerja do samega sebe.⁴⁵ Sodoben subjekt je tako »zgolj« proizvod sodobnih diskurzov in novih oblik (znanstvene) vednosti. Zato ga je – kot je tik pred smrtjo za nazaj opredelil svoje delo – zanimala »zgodovina različnih načinov, kako v naši kulturi človeška bitja postanejo subjekti«.⁴⁶ Tovrstno pojmovanje je izjemno podobno implicitnemu restorativističnemu pojmovanju subjektivnosti: v postopku je mogoče s komunikacijo in pritegnitvijo skupnosti preoblikovati obsojenčevino in žrtvino identiteto in samopripravo (angl. *rebiographing*). V tem se restorativna paradigma bistveno razlikuje od klasičnih predpostavk o »metafizičnem« redu ali nadzgodovinskosti »človekove narave«.

Tovrstna relativizacija ali dekonstrukcija subjekta, tj. razumevanje subjekta, ki je v stalnem procesu postajanja in je entiteta, ki je v temelju soodvisna od kulturnih, jezikovnih, institucionalnih pogojev, namreč implicitno izhaja iz analize moči, vpletenih v postopke poravnavanja. V bistvu tovrstno pojmovanje ni analogno zgolj Foucaultevemu razmišljanju o subjektu, temveč številnim postmodernim teorijam (npr. poststrukturalizmu, dekonstruktivizmu). Restorativna pravičnost namreč poudarja zgodovinsko, družbeno, institucionalno, kulturno pogojnost subjekta, saj zato v reakcijo zoper kriminaliteto vključuje žrtve in tudi skupnost, v kateri se obdolženi reflektira in vzpostavi kot govoreče bitje. Zato lahko rečemo, da restorativna paradigma zavrača pojem univerzalnega in transcendentnega subjekta, ki je lasten tradicionalnima kaz-

⁴² Bauman, 2003.

⁴³ Hill 2007: 2.

⁴⁴ V več o kazenskoopravnem pojmovanju subjekta v Završnik, 2007.

⁴⁵ Foucault loči štiri glavne »tehnologije«, ki jih uporabljamo, da bi se razumeli: (1) *tehnologije proizvodnje*, ki nam omogočajo proizvodnjo, preoblikovanje in manipuliranje s stvarmi, (2) *tehnologije simbolnih sistemov*, ki nam omogočajo uporabo znakov, pomenov in simbolov, (3) *tehnologije moči*, ki določajo vedenje posameznikov in jih podrejajo določeni dominaciji, in (4) *tehnologije sebstva*, ki omogočajo posamezniku, da s svojimi sredstvi ali s pomočjo drugih izvaja določene učinke na lastnem telesu, duši, mislih, vedenju in načinu bivanja, da bi spremenil samega sebe z namenom, da bi se dokopal do določenega stanja sreče, čistosti, modrosti, popolnosti ali nesmrtnosti. Foucault 2004: 109.

⁴⁶ Po Foucault 1991: 103–120.

novalnima paradigama. Tako kot tradicionalni paradigmi kaznovanja izhajata iz modernih predpostavk o človeku (svobodi, racionalnosti, naravni enakosti itd.), novejša restorativna izhaja iz postmodernih predpostavk o človeku. Kakšna je potem ta »fluidna« narava subjekta (poleg Foucaulteve teorije) in na kakšne načine se to pojmovanje subjekta kaže v restorativni paradigmi?

Postmoderni diskurzi, katerih najvidnejša predstavnik sta poleg Foucaulta, še Jacques Lacan⁴⁷ in Jacques Derrida, so sprožili novo samopreizpraševanje in analizo načinov, kako naše življenje strukturirajo »diskurzi«. Poststrukturalizem se osredotoči na diskurze in procese oblikovanja (konstrukcije) vednosti. Pozornost na ta način ni več usmerjena na pred-določene entitete, ampak je preusmerjena k procesom oblikovanja teh entitet, kot jih lahko opazujemo v določeni družbi v določenem zgodovinskem trenutku. Vsa vednost je po tej teoriji družbeno umeščena, subjekt je del govoreče skupnosti, določene družbe, zgodovinskega obdobja, določenega profesionalnega diskurza. Predpostavka o obstoju objektivne vednosti, da »tam zunaj« obstaja pomen, ki je pred našo interpretacijo, je zato napačna. Ne obstaja objektivna vednost (in znanost), ki bi ne bila že »kontaminirana« z vrednotami, jezikom, institucijami, rituali itd. Zato so za strukturaliste pojmi subjekta in objekta precej »metafizični« (v slabšalnem pomenu te besede).

Subjekt zato ni pojmovan kot ontološko dana »naravna« entiteta, temveč se oblikuje v in skozi diskurz. Tudi pojem zločinca oblikujejo diskurzi, kriminološki in pravni. Restorativni diskurz, ki drugače prerazporeja moč med udeležence reakcije na kriminaliteto, zato implicitno tudi drugače pojmuje subjekt. Subjekt razume kot nekaj spremenljivega in vpetega v odnos moči, kot nekaj, na kar lahko vplivamo z razporeditvami doslejšnje tradicionalne porazdelitve moči, ki očitno ne vodi do reintegracije obsojencev (hkrati pa tudi ne zagotavlja celjenja žrtve in ne sprememb kriminogenega družbenega okolja). Uvid restorativistov v povezave med subjektom na eni in institucijami na drugi strani je mogoče prikazati na analizi učinkov zapora: institucija zapora subjekt odstrani iz ožje družine, lokalne skupnosti in drugih skrbstvenih skupnosti in ga umesti v okolje, ki ga primarno obvladuje sila ali nasilje

(bodisi sila med zaporniki in zaporniki/pazniki bodisi inherentna disciplinirajoča sila, ki je lastna vsaki institucionalizaciji). Posameznik v takšnem okolju razvije socialne veščine, sprejme strategije in načine subjektivizacije, ki mu omogočajo preživetje v takšni sredini, ne pa strategij in subjektivizacije, ki bi bile adekvatne za kasnejšo družbeno sredino, v katero se bo vrnil po prestani kazni. Torej zapor še kako močno deluje oblikovanju subjektivnosti, ki bo zelo verjetno recidivirala.

Postopki restorativne pravičnosti z drugačnim prerazporejanjem moči spreminjajo posameznikovo razmerje do kulturnih, družbenih in institucionalnih oblik moči, ki ga sooblikujejo. Učinkujejo pa tudi na subjektovo razmerje do samega sebe. Cilj restorativnega odziva na kriminaliteto je omogočiti ne le soočenje storilca in žrtve, temveč doseči spravo in odpuščanje, kar zahteva bistvene spremembe in »delo na sebi« tako od storilca, žrtve in skupnosti. Glede na to, da zločin restorativisti pojmujejo kot potenciran prikaz dinamičnih razmerij moči med različnimi subjekti,⁴⁸ je potrebno kazenski postopek zasnovati tako, da bo mogoče ta razmerja moči v temelju preoblikovati.

Restorativni sistem tako omogoča takšno reakcijo na kriminaliteto, ki omogoča žrtvi prikazati svojo zgodbo in je ne reducira v položaj izpovedovalca o preteklem dogodku. Storilca vzpodbuja, da najde pomen in se preoblikuje v kontekstu skupnosti. Tovrstno soočanje zahteva od storilca napor druge vrste, saj naj se žrtvi empatično približa, od njega se pričakuje, da preoblikuje svoje življenje v smeri »neproblematičnega« vedenja v prihodnosti (in ne zgolj, da »odsluži« svoj dolg). Tak angažma od storilca zahteva precej večji intimen vložek v poravnalni proces, kot to od njega zahteva pozicioniranje v adversarni strukturi tradicionalnega kazenskega postopka. Ta ni mesto priznavanja, kesanja, odpuščanja – to so kategorije, ki so tradicionalnim (inkvizitornim in akuzatornim) postopkom tuje oziroma jih tradicionalni postopke razume v bistveni meri bolj pozunanjeno ali pa jih sploh ne vrednoti. Na primer priznanje je v inkvizitornem kazenskem postopku sicer bilo tudi pojmovano kot »kraljica dokazov« (*»Confessio est regina probationum«*), ki zadostuje na zunanji manifestativni ravni in ne dosega notranje-intimnega stanja od obdolženega, kot ga na primer pozna tradicionalno pravo.⁴⁹ Glede na to, da je razmerje moči med storilcem in žrtvijo vpeto in oblikovano s strani drugih institucionalnih, ekonomskih, kulturnih razmerij moči, pa

⁴⁷ Po Lacanovi psihoanalitični teoriji subjekt vznikne tedaj, ko je »potopljen« v družbeno simbolno mrežo. »Vznik« subjekta je možen zgolj preko podreditve pravnim in jezikovnim (simbolnim) strukturam. V nasprotnem primeru, če torej ta podreditev ne uspe, ne pride do dokončne vzpostavitve subjekta, kar vodi v psihozo. Subjekt se zato (polno) oblikuje šele skozi vpeljavo (»potopitev«) v simbolni red (jezik, institucije, običaje itd.), kar Lacan imenuje proces (simbolne) kastracije. Človeško bitje postane subjekt šele z vdružbljenostjo, ko postane nosilec pravic in obveznosti, hkrati pa je tak subjekt kastriran subjekt, subjekt, zaznamovan z manjkom (Lacan ga zapiše »\$« /prečrtani S/).

⁴⁸ Hill 2007: 36.

⁴⁹ Od tod tudi fascinacija restorativistov z japonsko družbo in njihovimi mehanizmi odzivanja na kriminaliteto, saj je jasno, da je relativno najnižje število sodnih sporov v japonski družbi od vseh razvitih držav na svetu, potrebno pripisati izredni podrejenosti posameznika družbenemu, npr. tradiciji, običajem in drugim konvencijam, ki zahtevajo večjo intenziteto psihične podreditve posameznika od zgolj površinsko-manifestativne ravni.

je udeležena v postopku restorativne pravičnosti tudi skupnost, v kateri je bil zločin storjen. Reakcija na kriminaliteto predstavlja tudi priložnost za reflektiranje in preoblikovanje skupnosti, saj je bila ta posredno tista, ki je sistemsko omogočila nasilje. V teh uvidih je zato restorativna pravičnost postmoderna diskurz, ki razblinja »klasično« dihotomijo subjekt – objekt.

4.3 Racionalizem in sprava

Temeljna značilnosti modernega prava je racionalnost.⁵⁰ Ta je sicer imanenten del vsakega prava, bistveno za moderno pravo pa je velik pomen, ki ga pripisuje racionalnosti, ki se kaže v obliki posploševanja (generaliziranja), sistematizacije, avtorefleksivnosti, dualizma pravnih konceptov in prevlade konfliktnega dojemanja prava. Paradigma restorativne pravičnosti drugače pojmuje racionalnost (kot sisteme racionalnosti), dualizem pri postopkih poravnavanja ni prvenstvenega pomena. Cilj restorativistov je odpraviti konfrontacijo, poudarjanje razlik in bipolarnosti. Konflikt ni več pojmovan kot »problem«, temveč kot skupen »izziv« vseh vpletenih.

Sestavni del restorativne pravičnosti je tudi sprava, ki izredno daljnosežno odstira novo kvaliteto restorativnih idej in odstopa od racionalistične bipolarne (dihotomne) zasnove modernega (kazenskega) prava.⁵¹ Sprava, pomiritev in obnavljanje temeljijo na večji skladnosti (konsonanci) med osebnim in družbenim, med subjektom in skupnostjo. Ta skladnost zato ne le odpravlja moderno konceptualizacijo kartezijanskega subjekta, temveč tudi drugače zasnuje dinamiko družbenega in osebnega. Hkrati pa sprava kot idealno-teoretičen cilj predstavlja tudi domet integracije pravnih mehanizmov v moderno kazensko-pravno odzivanje na kriminaliteto. Gre namreč za to, da restorativna paradigma s tem zadeva v paradoksu razmerja med subjektom in družbo. Po eni strani namreč subjekt obstaja zgolj in samo v družbeno-simbolni mreži in je družbeno-simbolni red vedno predpostavljeno okolje subjektive družbene eksistence. Po drugi strani pa je nujno, da ta Red obstaja in je reproduciran zgolj v toliko, kolikor se subjekti prepoznajo v njem skozi ponavljajoča performativna dejanja, oziroma da družba obstaja, v kolikor subjekti predpostavljajo njihova mesta v njej in jo reproducirajo.

Teoretično gledano zato pri restorativni pravičnosti prihaja do rahljanja doslej ločenih pojmov subjekta in družbe, pojmovanja, da je subjekt ločen od družbe in v družbo vstopa svobodno po lastnem preudarku, v kolikor mu to ustreza, sicer pa se lahko iz družbe tudi umakne, da bi bil pri sebi (*homo*

clausus; Elias).⁵² Zato, kot meni Cerar,⁵³ instituti pravnega urejanja sporov v modernem pravu dosegajo zgolj pozunanjenje družbeno-funkcionalne učinke (npr. razbremenitev dela pravosodnih organov), ne pa globljega integralnega dojemanja posameznika in družbe. To na prvi pogled sicer lahko razumemo kot slabost in kritiko restorativne paradigme, ki v praksi ne sledi deklariranim in ideološkim težnjam po »globinski« notranji skladnosti in pomiritvi med pravnimi subjekti v konfliktni situaciji. Kljub temu pa je ta »slabost« v nekem drugem smislu še kako dobrodošla. Za religiozne in tradicionalne pravne sisteme, ki nimajo te »slabosti«, velja,⁵⁴ da ima pravno urejanje bistveno globljo utemeljitev in funkcijo, saj pogosto pripisujejo pravnemu dojetju prava celo temeljni pomen, ki naj omogoči, da bi se družba, kolikor je mogoče, izognila pravnim konfliktom. Tovrstno dojetje prava, po katerem se zgledujejo tudi restorativisti, pa posameznika popolnoma »utopi« v družbenem. Posameznik je dojet kot izključno ali pretežno v funkciji države ali skupnosti in se mora zato praviloma podrediti tej celoti ne le na zunanji, manifestativni ravni, temveč na številnih osebnih ravneh (npr. moralni, običajni, religiozni, politični). Sprava tam tako dobiva ne le pravno pozunanjeni značaj, temveč že kar moralno religiozne dimenzije, kar kaže, ugotavlja Cerar, da je avtonomija posameznika, kot jo razumemo v moderni družbi, v tradicionalnih in religioznih pravnih sistemih bistveno manjša. Tudi v tem se nam torej kaže domet integracije institutov restorativne pravičnosti v moderno kazensko pravo. Tudi poravnavanje v modernem kazenskem pravu ne sme preseči tiste meje, ki bi pomenila razrahljanje relativne avtonomije obdolženca. Spravne sestavine morajo ostati relativno pozunanjene. Tudi vključevanje skupnosti v reakcijo na kriminaliteto, ki jo zagovarjajo restorativisti, ima svoje zglede v tradicionalnih pravnih sistemih. A te interese skupnosti je v modernem kazenskem pravu mogoče priznati le do določene mere. Bistvo za tradicionalne in religiozne pravne sisteme je, da institut sprave izhaja iz predpostavke o naravnem (božjem, kozmičnem ipd.) redu bivanja, katerega neločljiv del so tudi vsi posamezniki in družba, pri tem pa šteje, da so posamezniki vključeni z vsem svojim bitjem.⁵⁵ Sprava tako ne le presega razmerje med neposrednimi udeleženci spora, temveč zajema tudi širšo skupnost kot celoto, z današnjega vrednostnega vidika pa to pomeni prekomerno »potopitev« posameznika v družbeno zmanjšanje njegove avtonomije in njego instrumentalizacijo.

V tem smislu zato restorativna pravičnost predstavlja novo paradigmo, za katero pa je vprašanje, v kolikšni intenziteti in

⁵⁰ Lastnosti modernega prava povzemam v celoti po Cerar 2001: 207 in nasl.

⁵¹ Glej še Cerar 2001: 219–221.

⁵² Elias 2001: 399.

⁵³ Cerar 2001: 219.

⁵⁴ Po Cerar 2001: 219.

⁵⁵ Cerar 2001: 220.

kvaliteti je sploh lahko integrirana v sodobno moderno kazensko pravo. Prednost obnavljalne pravičnosti naj bi bila v tem, »da naj bi počivala na stoletja starih, a pozabljenih načelih«,⁵⁶ a koncept restorativne pravičnosti pri tem trči na inherentno mejo modernega kazenskega prava, tj. mejo subjektivnosti, avtonomije pravnega subjekta, racionalnosti, tezo o ločenosti subjekta in družbe. Odsotnost notranje (npr. moralne) podrejenosti je namreč bistvena za moderno (kot mišljenjski in kulturni koncept), vključno z modernim (kazenskim) pravom, ki avtonomijo posameznika priznava v večji meri kot religiozni in tradicionalni pravni sistemi. Posameznik ni nujno, da tudi ponotranji rešitve med udeleženci spora, bistveno je, da se v skladu z njimi ravna. Notranje življenje posameznika je področje, kamor naj moderno kazensko pravo ne posega.⁵⁷

4.4 Formalne značilnosti modernega kazenskega prava in restorativna pravičnost

Restorativna pravičnost postavlja pod vprašaj ali spreminja razumevanje (nekaterih) formalnih značilnosti modernega prava, kot so splošnost, abstraktnost, formalizem in sistematičnost,⁵⁸ ki v pravnem razvoju predstavljajo novo kvaliteto (moderne) prava. *Splošnost* kot temeljna formalna značilnost modernega prava pomeni, da moderno pravo meri na nedoločen krog oseb, določen po splošnih značilnostih. To predstavlja pravno »razosebljanje« subjekta, ki nastaja zaradi zanemarjanja njegovih individualnih in družbenih posebnosti. *Abstraktnost* pa pomeni, da se pravna norma dvigne nad konkretnost in s tem ustvari model ravnanja oziroma vnaprej zamišljeno merilo bodočih razmerij in ravnanj.⁵⁹ Restorativna pravičnost svojo etično poslanstvo izpeljuje ravno iz poudarjanja posebnosti konkretnega obdolženca, žrtve in lokalne skupnosti. Izhaja iz tega, da je reakcija na kriminaliteto lahko oziroma mora biti za različne obdolžence različna, pač glede na njihove individualne posebnosti, glede na posebnosti žrtev in posebnosti lokalnih skupnosti, kjer se je zločin zgodil. S tem restorativna paradigma tvega, da umanjka bistveni učinek splošnosti, ki se kaže v zagotavljanju pravne enakosti. Stopnja »razosebljanja« je v restorativni pravičnosti zato res manjša, kot poudarjajo restorativisti, a (lahko) za ceno manjše stopnje pravne enakosti.

Iz manjše stopnje splošnosti in abstraktnosti restorativne paradigme izhaja eden izmed glavnih očitkov, da namreč omogoča kršitve načela enakosti. Restorativisti očitek zavračajo in tako na primer Meier⁶⁰ meni, da je ta očitek posledica

preozkega pojmovanja restorativne pravičnosti. To pomeni tistega pojmovanja, ki restorativno pravičnost reducira na razreševanje medosebnih konfliktov (angl. *conflict settlement*). Restorativna pravičnost se po njegovem mnenju ne nanaša zgolj na razreševanje medčloveških razprtij, temveč na konflikte med ljudmi in (kazenskimi materialnim) pravom. Zato ni mogoč očitek, da so restorativnega odziva deležni zgolj obdolženci kaznivih dejanj, kjer obstaja žrtev, medtem ko so obdolženci kaznivih dejanj brez žrtev ali obdolženci kaznivih dejanj, ki ščitijo druge pravne dobrine (npr. varnost okolja, infrastrukturnih sistemov), v neenakem (slabšem) položaju, ker so deležni zgolj neosebne klasične kazenskopravne reakcije. Kljub tovrstnim obrambam restorativne paradigme, ki se očitno končajo v zagatah, povezanih z opredeljevanjem »kolektivnih interesov« (varovanih z »abstraktnim« pravom), pa se (vsaj) Meierjev argument ne nanaša na položaje obsojencev za istovrstna kazniva dejanja. Glede na možnost upoštevanja večjega nabora posebnosti storilca, žrtev in skupnosti lahko prihaja v restorativni reakciji na kriminaliteto do večjega diapazona reakcij na kaznivo dejanje in s tem do neenakosti. Še bolj temeljnega pomena pa je, da očitek skeptikov o »prelahkotnem« razumevanju načela enakosti, kaže na temeljni paradoks, ki smo mu priča ob integraciji idej restorativne pravičnosti v moderno kazensko pravo.

Po eni strani namreč ni dvoma, da uzurpacija nasilnega reševanja sporov s strani centralizirane države oziroma depersonaliziranih institucij kazenskopravnega sistema v zgodovinskem razvoju pomeni velik kulturni napredek. Reakcija na kriminaliteto je s tovrstnim prenosom postala enovita (nepartikularna), s centraliziranim odzivanjem na kriminaliteto je bilo zagotovljeno spoštovanje načela enakosti in okrepitev najšibkejših članov družbe, ki bi se najtežje branili zoper močne žrtve in oblastniško samovoljo. Vse to je omogočilo splošno in abstraktno moderno pravo, ki pomeni odklonilno reakcijo modernega pravnega normiranja na srednjeveški partikularizem, samovoljo in pravno neenakost.⁶¹

Po drugi strani pa je ta odtujitev, abstrakcija in institucionalizacija reakcije na kriminaliteto od tistih, ki jih kaznivo dejanje neposredno zadeva in katerih potrebe in interese mora reakcija na kriminaliteto v prvi vrsti zadovoljiti, vodila do zmanjšanja pomena žrtve in njeno redukcijo na vir dokazov zoper obdolženega. Privedla je do redukcije resnične osebe, ki jo je zločin neposredno prizadel, redukcijo v abstraktno entiteto s specifično funkcijo v institucionalnem in depersonaliziranem postopku. Poleg tega je odtrgala kazenskopravni primer iz lokalne skupnosti, onemogočila reintegracijo obsojenca (in tudi psihološko poškodovane žrtve) v skupnost itn. S

⁵⁶ Bošnjak 2002: 79.

⁵⁷ Glej še Bavcon *et al.*, 2003.

⁵⁸ Po Cerar 2001: 203–236.

⁵⁹ Po Cerar 2001: 216.

⁶⁰ Meier 1998: 127.

⁶¹ Pavčnik, M. (1997). Die Rechtsnorm. V: Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie, Vol. 83, Heft 4, str. 463–482 (Po Cerar 2001: 216.).

tega vidika je zato potrebno vznik restorativnih idej opazovati kot legitimno (etično upravičeno) reakcijo na depersonalizacijo kazensko-pravnega reagiranja na kriminaliteto, torej na položaj, ko so pravni subjekti spremenjeni v pravne objekte oziroma v »manipulativne pol-objekte prava« (Cerar).⁶² To pomeni, da je moderno kazensko pravo z uzurpacijo nenasilnega reševanja sporov nujno delno depersonaliziralo reakcijo na kriminaliteto in s tem nujno izgubilo določen del stika z resnično osebo. A v sodobnem času, ko smo priča vedno večji birokratizaciji kazensko-pravnega sistema,⁶³ je razumljivo, da je potrebno (pretirano) abstrakcijo, institucionalizacijo in depersonalizacijo, ki nujno obstajajo na kontinuumu, premakniti v prid bolj konkretnega, posebnega in osebnega.

Oblikovna značilnost modernega prava je tudi *formalizem*, ki je tista lastnost pravne norme, zaradi katere se nam kaže kot koncept, ločen od konkretne vsebine, pri čemer postavlja jasno izoblikovane zahteve tako v procesu nastajanja in tudi uporabljanja prava.⁶⁴ Smisel formalizma je, da omogoča tehnično-racionalno delovanje državnega aparata in drugih subjektov in zagotavlja visoko stopnjo predvidevanja pravnih posledic. Za restorativno pravičnost velja, da je bolj proces kot vsebinska teorija pravičnosti, saj je »morda udeležba [tj. primerno oblikovan postopek; dodal A.Z.] pomembnejša od rešitev«. ⁶⁵ Seveda formalnih značilnosti prava ni mogoče absolutno ločiti od materialnih, ker so medsebojno soodvisne,⁶⁶ vendar pa restorativna pravičnost v prvi vrsti poudarja ravno postopek (formo), ki bo, v kolikor bodo priznani in upoštevani vsi »drugi zainteresirani« za izid postopka, (relativno) avtomatično privedel do sprejemljive (»neodtujene«) rešitve. Restorativna pravičnost se tako za razliko od klasičnih kazno-

valnih paradigem ukvarja predvsem z oblikovanjem primerne postopka in manj z vsebino, po drugi strani pa to formo pušča bolj odprto za najrazličnejše možne rešitve kazensko-pravnega primera (npr. s širšim naborom »sankcij« oziroma opravi obsojenca, ki naj popravijo (angl. *restore*) posledice kaznivega dejanja), z bolj širokim priznanjem pravne subjektivitete »zainteresiranih« (angl. *stakeholders*) itd.

Sistematičnost pomeni, da pravni sistem teži k temu, da bi v čim večji meri predstavljal logično skladno, notranje uravnavano in neprotislovno celoto pravnih norm.⁶⁷ Restorativna paradigma si seveda podobno prizadeva izoblikovati sistematičen sistem. Več težav povzroča dejstvo kako združiti restorativne in klasične kaznovalne postopke odzivanja na kriminaliteto. Bošnjak⁶⁸ razmerje med restorativno pravičnostjo in kazenskim pravom definira v treh možnih položajih oziroma modelih:

- ločenost sistemov restorativne pravičnosti in kazenskega prava,
- restorativna pravičnost kot nova etična dimenzija ali koncept *znotraj* kazenskega prava in
- restorativna pravičnost kot (delno ali popolno) *nadomestilo* kazenskega prava.

Restorativna pravičnost z drugačno semantiko in jezikom, drugačnim odnosom do realnosti (gnoseološkim pristopom), pojmovanjem in oblikovanjem subjekta, pojmovanjem odnosa med subjektom in družbo, drugačnim pojmovanjem racionalnosti in pomena čustev itd., ruši nekatere temeljne predpostavke na razsvetljenski liberalni filozofski dediščini zasnovanega modernega kazenskega prava. Načelo sistematičnosti modernega prava pa zahteva, da sistem odzivanja na kriminaliteto temelji na nekaterih skupnih temeljnih predpostavkah, kar pa ob naštetih razlikah ni mogoče. Zato se kaže zavzemati predvsem za nadomestitev kazenskega prava, ki pa nikoli ne more biti popolno, če želimo ohraniti nekatere temeljne pridobitve moderne.

Restorativna pravičnost poleg opisanih temeljnih formalnih značilnosti modernega (kazenskega) prava spreminja vsebino *profesionalizacije* kot temeljne lastnosti modernega prava. Kritika modernega kazensko-pravnega odzivanja, ki se nanaša na uzurpacijo sredstev mirnega reševanja sporov ali »kraje konfliktov« (Christie)⁶⁹ s strani državne oblasti, vodi v drugačne prioritete različnih oblik vednosti. Ta odtegnitev konfliktov od prava pa ne pomeni procesa zmanjševanja profesionalizacije, temveč bolj prerazporeditev moči med različnimi oblikami vednosti v družbi, tako da na mesto pravnih

⁶² Cerar 2001: 437.

⁶³ Zbirokratiziranost npr. slovenskega kazensko-pravnega sistema, ki mu pritečejo vse lastnosti moderne birokratske organizacije, kot so neosebnost, odtujenost od predmeta urejanja in razpršitev odgovornosti itd., potrjujeta dve raziskavi Inštituta za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. Raziskava *Analiza poteka in trajanja kazenskih postopkov v Republiki Sloveniji* je pokazala, da se težave kazenskih sodišč kažejo v bistveni preobremenjenosti sodnikov z organizacijsko-tehničnimi opravili oziroma dejstvu, da ima najmočnejši vpliv na trajanje postopkov organizacijsko-tehnična zapletenost. Tovrstne lastnosti odkrivajo tudi ugotovitve raziskave *Analiza učinkovitosti policijskega preiskovanja kaznivih dejanj z upoštevanjem razvoja kriminalistične stroke ter dokaznih standardov kazenskega postopka*, ki kažejo, da se problemi sodelovanja policistov in državnih tožilcev, ki negativno vplivajo na stopnjo raziskanosti, skrivajo v pretirani administraciji, slabem vodenju, neustreznem izkoriščanju informacijskih tehnologij. Po Bošnjak, 2005 in Jager, 2006.

⁶⁴ Po Cerar 2001: 216.

⁶⁵ Christie 1981: 35.

⁶⁶ Cerar 2001: 217.

⁶⁷ Po Cerar 2001: 216.

⁶⁸ Bošnjak 2007: 95.

⁶⁹ Christie, 1977.

strokovnjakov stopijo strokovnjaki socialne države, npr. psihologi, socialni pedagogi in tudi kriminologi.

4.5 Temeljna načela kazenskega postopka

Skeptiki restorativne pravičnosti poudarjajo, da ta paradigma odzivanja na kriminaliteto naposled krši temeljne postulate modernega *kazenskega* prava. Merila za poseganje v duševno in telesno celovitost osumljencev kaznivih dejanj so se v pravnem razvoju razvila relativno pozno, v pretežni meri z izgrajevanjem temeljnih standardov v posamičnih primerih, skozi prakso najvišjih nacionalnih (npr. Vrhovnega sodišča ZDA) in nadnacionalnih (npr. Evropskega sodišča za človekove pravice) organov. V postopkih restorativnega odzivanja na kriminaliteto naj bi bili ti standardi ogroženi.

Restorativisti na drugi strani poudarjajo, da korpus temeljnih človekovih pravic in svoboščin (vključno s kazenskimi procesnimi pravicami) predstavlja mejo uporabe (institutov) restorativne pravičnosti. Braithwaite⁷⁰ na primer navaja empirične raziskave o razmerju med organi klasične kaznovalne paradigme in instituti restorativne pravičnosti, iz katerih izhaja, da npr. sodišča v svoji nadzorstveni vlogi nad odločitvami, sprejetimi v postopkih restorativne pravičnosti, praviloma (!) spreminjajo odločitve v smeri, ki ne zmanjšujejo njihove punitivnosti, kot bi to sklepali na podlagi liberalno zaščitniške teze, da kazensko pravo predstavlja obrambo pred (preveč) punitivnimi impulzi žrtve in maščevanja željne javnosti. Ravno nasprotno, sodišča spreminjajo odločitve, sprejete v postopkih oziroma z instituti restorativne pravičnosti tako, da povečujejo njihovo punitivnost (tj. s strožjimi vrstami kazenskih sankcij oziroma višino posamičnih kazni).

Na teoretični ravni je kljub tej očitni diskrepanci med teorijo in njenimi učinki v praksi mogoče anticipirati nekatera možna torišča med restorativno paradigmo in temeljnimi načeli kazenskega prava:⁷¹

1. kvaliteta razsodnika oziroma »vmesnega glasu«:

- pravica, da posamezniku sodi *sodišče* in ne kakšen drug organ (dostop do sodišča);
- pravica, da sodi *nepristransko in neodvisno* sodišče: poravnalec nima zagotovljenega institucionalnega položaja, ki bi mu omogočal (sodišču) primerljivo stopnjo neodvisnosti, nepristranosti in avtonomnosti;
- načelo *profesionalnega* razsodnika: poravnalec je lahko tudi formalno manj ali drugače izobražen kot pravni strokovnjak;

⁷⁰ Braithwaite 2002: 150.

⁷¹ Glej še Meier 1998: 126, Bošnjak, 2007.

2. procesne kavtele:

- domneva nedolžnosti: poravnavanje pred pravnomočno obsodbo (lahko) prejudicira obdolženčevo krivdo;
- privilegij zoper samoobtožbo: spravno dejanje obdolženca pred pravnomočno obsodbo (lahko) implicitno pomeni izpoved zoper samega sebe;
- pravica do zagovornika: spravi elementi poravnavanja zahtevajo neposredno udeležbo obdolženca brez zastopnika;

3. druga temeljna načela:

- načelo zakonitosti (predvidljivosti, določnosti) je (lahko) ogroženo zaradi nedoločenih opravil (»kazenskih sankcij«) obdolženca pri doseganju sprave;
- načelo sorazmernosti (med kaznivim dejanjem in kazensko sankcijo): Restorativisti se zavzemajo za odpravo tega načela, saj naj bi bilo osnovano na nekaterih spornih predpostavkah, npr. predpostavki, da strožje kaznovanje zagotavlja večjo prevencijo. Bolj verjetno je ravno nasprotno, tj. da strožje kaznovanje povečuje spiralo nasilja v družbi, meni npr. Braithwaite,⁷² ki ga nadomešča z določitvijo zgornjih meja sankcioniranja in pravic časti;
- načelo enakosti pred zakonom je (lahko) ogroženo zaradi različne obravnave storilcev (raznovrstnih in istovrstnih) kaznivih dejanj;

4. zaščita šibke stranke in moč strank:

- paternalistična obravnava žensk v tradicionalnih kazenskih postopkih vodi k zavzemanju žensk za nove teorije pravičnosti, ki bi upoštevale tudi ženske interese, potrebe;⁷³
- svobodna volja in dopustnost predmeta dogovora sta lahko vprašljiva v primerih neenake družbene, materialne in definicijske moči (na primer pri pogajanju o priznanju, angl. *plea bargaining*);⁷⁴

5. resnica je v restorativni pravičnosti pojmovana z drugačne gnoseološke usmeritve;

6. koncept odgovornosti restorativisti razumejo drugače in predlagajo nadomestitev pasivne odgovornosti z aktivno odgovornostjo,⁷⁵ pri čemer pasivna odgovornost pomeni odgovornost za preteklo dejanje in izvira iz negativnega liberalizma (pravica, da te pustijo pri miru, razen v kolikor gre za obveznosti do družbe). Aktivna odgovornost pa je pojmovana kot vrlina, ki posameznika usmerja v prihodnost, v popravno škodo in poškodovanih družbenih razmerij, izvira pa iz pozitivnega liberalizma (biti demokratično aktiven). Ta premik

⁷² Braithwaite 2002: 155.

⁷³ Kathleen, Stubbs, 2006.

⁷⁴ Bošnjak 2006: 57.

⁷⁵ Braithwaite, Roche, 2000.

se osredotoča na oblikovanje nove, drugačne samopodobe, krepitev posameznika v smeri odpravljanja žrtvine in lastne izločenosti iz družbe/skupnosti ter omogoča upoštevanje krivic iz preteklega obsojenčevega življenja;

7. pristop h kaznivemu dejanju kot reševanju problema (angl. *problem-solving approach to crime*), ki mu sledi restorativna paradigma, zanemari druge cilje kazenskega postopka. Cilj kazenskega postopka namreč ni samo rešitev konflikta, temveč ima nekatere (stranske) pozitivne učinke, kot je priložnost za razčiščevanje o normativni podlagi družbe, pedagoške učinke na pravne naslovnike, priložnost za neprestano komunikacijo o tem, kaj predstavlja veljavno pravo določene družbe.⁷⁶ Poleg tega ta pristop izpušča kopico nezavednih in emocionalnih dimenzij kaznovanja (npr. dejstva, da kaznovanje učinkuje kot oblika psihološke obrambe pred potlačenim občudovanjem zločina in zločincev), »hidravličnim«⁷⁷ učinkom kaznovanja;

8. širjenje nadzorstvene mreže (angl. *net-widening effect*): razpršeno učinkovanje mehanizmov restorativne pravičnosti s povečevanjem tipov in številom prestopnikov, ki so pritegnjeni v mehanizme formalnega nadziranja povzročajo večje vladno poseganje v posameznikovo avtonomijo (npr. večji obseg skupine nedolžnih, ki se bo zaradi pomanjkanja resursov raje pogajala kot vztrajala).⁷⁸

Opisani so zgolj nekateri možni »trki« restorativne pravičnosti s klasičnimi kazenskopravnimi postulati odzivanja na kriminaliteto. Nekaterim trkom se je mogoče relativno enostavno izogniti (npr. privilegij zoper samoobtožbo je mogoče zavarovati s tem, da izjave obdolženega, izrečene pred poravnalcem, nimajo kasneje nobene pravne veljave pred sodečim sodnikom, če do poravnave ne pride oziroma ta z njimi sploh ne sme biti seznanjen), drugi trki pa so neizogibna posledica drugačnega pojmovanja cele vrste predpostavk (npr. kaj je kriminaliteta, kako reintegrirati obsojenca).

5 Zaključek

Na vprašanje v naslovu prispevka lahko odgovorim, da gre za novo »kaznovalno« paradigmo, a ne paradigmo, osnovano na razsvetljenski dediščini in modernih predpostavkah. Gre za kvalitativno drugačno naravo institucionaliziranega družbenega odzivanja na kriminaliteto, zato ideje restorativne pravičnosti v absolutni meri ne morejo nikoli popolnoma vstopiti v moderno (kazensko) pravo, temveč ga lahko zgolj

nadomestijo. S tem, ko bi vanj »vstopile« in postale *mainstreamovski* način reševanja kazenskih sporov, bi bilo odpravljeno tudi moderno (kazensko) pravo. Kar pa seveda v ničemer ne zmanjšuje etične vrednosti restorativne pravičnosti. Ta paradigma na številnih mestih odstira težave tradicionalnih (utilitarnih in retributivnih) paradigem kaznovanja tako v razumevanju kriminalitete (kot kršitve metafizičnega moralnega reda in družbene pogodbe) kot formacije subjektivnosti (ki se nikoli ne konča in je diskurzivno proizvedena), javnega interesa, resnice (ki ni nekaj »tam zunaj«, kar lahko objektivno – brez subjektivnih primesi – opazujemo) in načinov reagiranja na kriminaliteto (ki ne more biti zapor, ki obsojenemu ponuja zgolj identifikacijske vzorce, zaradi katerih bo z veliko verjetnostjo recidiviral). Naposled je treba priznati, da potrebujemo nove koncepte, nove načine, kako misliti zločin in kako se odzivati nanj, ter ne opustiti možnosti za evolucijo, ki jo ponuja paradigma restorativne pravičnosti. Tako velja ponoviti: restorativna pravičnost v številnih vidikih, ki sem jih prikazal, ni združljiva z modernim kazenskim pravom, a to ne pomeni, da jo kaže ovreči. Ta paradigma (skupaj s poravnanim kot njenim najbolj prepoznavnim institutom), ki sloni na nekaterih uvidih postmoderne teorije o subjektu in njegovi/njeni vpetosti v družbeno-simbolno mrežo, bolj kaže na to, da moderno (kazensko) pravo ni evolutivni višek kazenskopravnega razvoja, na katerem kaže (še vedno in neumorno) vztrajati.

Literatura

1. Bauman, Z. (2003, orig. 1992). *Legislators and Interpreters. Culture as the ideology of intellectuals*. V: Jenks, C., **Culture. Critical Concepts in Sociology**. London, New York, Routledge.
2. Bavcon, L.; Šelih, A.; Filipčič, K.; Jakulin, V.; Korošec, D. (2003). **Kazensko pravo – splošni del**. Ljubljana, Uradni list RS.
3. Bošnjak, M. (1999). **Koncept restorativne pravičnosti**, magistrska naloga. Ljubljana: [M. Bošnjak].
4. Bošnjak, M. (2000). Teoretična, ideološka in kriminalitetopolitična izhodišča obnavljalne pravičnosti. **Zbornik znanstvenih razprav**, Pravna fakulteta, let. 60, št. 1, str. 17–50.
5. Bošnjak, M. (2002). Značilnosti obnavljalne pravičnosti. V: Kanduč, Z., ur., **Žrtve, viktimizacije in viktimološke perspektive**. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, str. 78–124.
6. Bošnjak, M. (2005). **Potek kazenskih postopkov v Sloveniji: analiza stanja in predlogi za spremembe**. Ljubljana, GV revije (Pravna praksa; 1).
7. Bošnjak, M. (2006). Izbirni mehanizmi v kazenskem postopku. **Zbornik znanstvenih razprav**, Pravna fakulteta, let. 66, str. 43–67.
8. Bošnjak, M. (2007). Some thoughts on the relationship between restorative justice and the criminal law. V: Mackay, R.; Bošnjak, M.; Deklerck, J.; Pelikan, C.; van Stokkom, B.; Wright, M., eds., **Images of restorative justice theory**. Frankfurt am Main: Verlag für Polizeiwissenschaft (Studies in Criminology and Forensic Science; Vol. 1), str. 93–111.

⁷⁶ Po Christie 1977: 8.

⁷⁷ Tako Bošnjak 2007: 101–102.

⁷⁸ Delgado 2002.

9. Braithwaite, J.; Roche, D. (2000). Responsibility and Restorative Justice. V: Schiff, M.; Bazemore, G., eds, **Restorative Community Justice**, Cincinnati OH, Anderson.
10. Braithwaite, J. (2002). In search of restorative jurisprudence. V: Walgrave, L., ed., **Restorative Justice and the Law**. Cullompton, Portland, Oregon: Willan Publishing.
11. Cerar, M. (2001). **(I)racionalnost modernega prava**. Ljubljana, Bonex.
12. Centre for Justice and Reconciliation at Prison Fellowship International (PFI). URL: <http://www.restorativejustice.org/articlesdb/articles/intro>, 26.3.2008.
13. Christie, N. (1977). Conflicts as Property. **British Journal of Criminology**, 17, str. 1–15.
14. Christie, N. (1981). **Limits to Pain**. Vir: URL: <http://www.jus.uio.no/ikrs/forlag/limits-to-pain/limits-to-pain.pdf>, 18.3.2008.
15. Cohen, R. (2005). **Students Resolving Conflict: Peer Mediation in Schools**. Tucson, AZ, Good Year Books.
16. Cook K.J. (2006). Doing difference and accountability in restorative justice conferences. **Theoretical Criminology**, let. 10, št. 1, str. 107–124.
17. Delgado, R. (2000). Goodbye to Hammurabi: Analyzing the Atavistic Appeal of Restorative Justice, **Stanford Law Review**, let. 52, št. 4, str. 751–775.
18. Doherty, N.; Guyler, M. (2008). **The Essential Guide to Workplace Mediation and Conflict Resolution**. London, Kogan Page.
19. Elias, N. (2001). **O procesu civiliziranja: sociogenetske in psihogenetske raziskave**. Zvezek 2. Ljubljana, Založba / *cf. (Rdeča zbirka).
20. Fattah, E.A. (1993). From a Guilt Orientation to a Consequence Orientation. V: Küper, W.; Welp, J., eds., **Beiträge zur Rechtswissenschaft**, Heidelberg, str. 771–792.
21. Fisher, R.; Ury, W.; Patton, B. (1991). **Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In**. New York, Penguin Books.
22. Fisher, R.; Ertel, D. (1995). **Getting Ready to Negotiate: the Getting to Yes Workbook**. New York, Penguin.
23. Foucault, M. (1991). Subjekt in oblast. Zakaj preučevati oblast: vprašanje subjekta. V: Foucault, M., **Vednost – oblast – subjekt**. Ljubljana, Krt (Knjižna zbirka Krt; 58), str. 103–120.
24. Foucault, M. (2004, orig. 1988). Technologies of the Self: a seminar with Michel Foucault. V: Blaikie, A. et al., ed., **The Body: Critical Concepts in Sociology. Volume I: Knowing Bodies**. London, New York, Routledge, str. 108–130.
25. Hill, F. D. (2007). **Restorative Justice: Sketching a New Legal Discourse**. Vir URL: <http://www.kentlaw.edu/ilh/PaperPrize/FrankHill.pdf>, 16.3.2008.
26. Jager, M. (2006). **Analiza učinkovitosti policijskega preiskovanja kaznivih dejanj z upoštevanjem razvoja kriminalistične stroke ter dokaznih standardov kazenskega postopka**. Ljubljana, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti (Raziskava št. 146).
27. Kanduč, Z. (2002). Žrtve, viktimizacije in viktimološke perspektive v optiki tranzicije iz moderne v po(zno)moderno družbo. V: Kanduč, Z., ur., **Žrtve, viktimizacije in viktimološke perspektive**. Ljubljana, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, str. 125–245.
28. Kathleen, D.; Stubbs, J. (2006). Feminist engagement with restorative justice. **Theoretical Criminology**, let. 10, št. 1, str. 9–28.
29. Marshall, T.F. (1996). The evolution of restorative justice in Britain. **European Journal on Criminal Policy and Research**, let. 4, št. 4, str. 21–43.
30. McCold, P., Wachtel, T. (2002). Restorative Justice Theory Validation. V: Weitekamp, E.G.M.; Kerner, H.J., **Restorative Justice: Theoretical Foundations**. Cullompton, Devon, Portland, Willan Publishing, str. 110–142.
31. **Mediation and Other Methods to Foster Democratic Dialogue** (2007). Budapest, CEU Course Reader.
32. Meier, B.-D. (1998). Restorative Justice: a new paradigm in criminal law? **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, let. 6, št. 2, str. 125–139.
33. Strang, H.; Sherman, L. W. (2003). **Repairing the Harm: Victims and Restorative Justice**, Utah Law Review, vol. 15, str. 15–42.
34. Ude, L. (2002). **Civilno procesno pravo**. Ljubljana, Uradni list RS.
35. Van Ness, D. (2002). The Shape of Things to Come: a Framework for Thinking about a Restorative Justice System. V: Weitekamp, E.G.M.; Kerner, H.J., **Restorative Justice: Theoretical Foundations**. Cullompton, Devon, Portland, Willan Publishing, str. 1–20.
36. Weitekamp, Elmar G. M.; Kerner, H.-J., eds. (2002). **Restorative justice: theoretical foundations**. Cullompton, Willan Publishing.
37. Završnik, A. (2007). **Razmerje med psihoanalitičnim in kazenskoopravnim pojmovanjem subjekta**: doktorska disertacija. Ljubljana, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.
38. Zehr, H. (2002). **The little book of restorative justice**. Intercourse, PA, Good Books (The Little books of justice & peacebuilding).
39. Žižek, S. (2007). **Nasilje**. Ljubljana, Društvo za teoretsko psihoanalizo (Zbirka Analecta).

Conceptual problems of restorative justice – a new paradigm of a contemporary response to crime

Aleš Završnik, LL.D., Junior Research Fellow,
Institute of Criminology at the Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana

The introduction of subject into language automatically means a renunciation of violence, since language is an instrument that intervenes as a mediator between people. Conflicts between people are thus entirely ordinary, as are also strategies and techniques of non-violent conflict resolution. Alternative resolution of conflicts, which has attracted extraordinary academic, research and institutional attention in the last three decades, is therefore inevitably present in the social tissue and has found expression in the development of the theory of restorative justice as a social reaction to “problematic” acts. More detailed analysis shows that restorative justice is not just a new penal theory. On the one hand it has brought some new approaches in the understanding of crime and criminal justice interventions, because it has curbed the punitive aspect of countries belonging to Western cultural circles (a value argument) and at the same time it relieves the burden on the criminal justice system (a pragmatic argument). On the other hand, the far-reaching changes brought by this reaction to crime show that this paradigm opposes the basic tenets of modern criminal law. In its ideal theoretical conception, the character of restorative justice is neither penal nor modern. Its numerous elements can never belong in absolute terms to modern criminal law. To leave the criminal law reaction to «interested» parties would mean the collapse of public criminal law into private law. Its understanding of a subject would imply the elimination of that quality of a subject’s autonomy that characterises modern law. Conciliation elements, which remain relatively externalised in modern (criminal) law, would lead to the negation of the thesis of the separation of subject and society and require from the subject a greater «intimate» subordination to social imperatives. Ultimately, restorative justice suppresses some of the formal characteristics of modern law and also questions the basic principles of criminal procedure. In any case, this paradigm, which relies on certain assumptions of post-modern theory about a subject and its integration in the social symbolic network, indicates that contemporary (criminal) law is not an evolutionary climax, on which would be worth insisting.

Key words: restorative justice, conflict resolution, reconciliation, mediation

UDC: 347.925