

Kaznovanje kot komunikacija z žrtvijo kaznivega dejanja

Matjaž Ambrož¹

Tradicionalna delitev kaznovalnih teorij na »absolutne« in »relativne« se v novejšem času kaže kot nezadostna. Vse več se razpravlja o ekspresivnih kaznovalnih teorijah kot tretjem stebru kaznovalnih teorij. Te teorije osrednjega smisla kazni ne vidijo ne v zasluženem povračilu in ne v preprečevanju kriminalitete, temveč kazni razumejo predvsem kot sredstvo komunikacije oziroma simbolnega izražanja. Ekspresivne kaznovalne teorije niso monolitne, temveč imajo različne poudarke. Avtor posamezne variante ekspresivnih kaznovalnih teorij kritično ovrednoti in kot najbolj relevantne izpostavi tiste, ki se usmerijo v komunikacijo z žrtvijo kaznivega dejanja. Te teorije zapolnjujejo pomembno praznino v dozdajšnjih razpravah o namenih kaznovanja, hkrati pa terjajo odgovore na več spornih vprašanj, med njimi zlasti: katera pričakovanja žrtev kaznivih dejanj so legitimna in v kolikšni meri je dolžnost kazenskopravnega sistema ta pričakovanja izpolniti?

Ključne besede: ekspresivne kaznovalne teorije, žrtev, storilec, komunikacija, krivda, reaktivna občutja, zadoščenje, trda obravna

UDK: 343.8

1 Uvod: kaznovalne teorije »onstran povračila in prevencije«

Učbeniški pregledi kaznovalnih teorij so običajno zasnovani dihotomno. Kaznovalne teorije razdelijo na »absolutne« in »relativne«, čemur običajno sledi obravna kompromisnih variant – takšnih ali drugačnih »mešanih« (eklektičnih, hibridnih) kaznovalnih teorij. Ta binaristični pristop danes ne zadošča več: ne zajema namreč sklopa kaznovalnih teorij, ki osrednjega smisla kazni ne vidijo ne v »zasluženem povračilu« ne v preprečevanju kriminalitete, temveč kazni pojmujejo predvsem kot sredstvo simbolnega izražanja. Za te teorije se je ustalil izraz ekspresivne kaznovalne teorije. V središču njihovega zanimanja je kaznovanje kot izjava, ki naj (na simbolni način) nekemu nekaj sporoči.

Ekspresivnih kaznovalnih teorij se je prijela oznaka, da so »onstran povračila in prevencije« (Günther, 2002). Njihova logika se precej razlikuje od nam domačega vodila, ki pravi, da je kaznovanje predvsem v službi enega stvarnega cilja – preprečevanja kriminalitete, pri čemer to »službo« opravljajo na štiri različne načine: z zastraševanjem vseh potencialnih storilcev (negativna generalna prevencija), z utrjevanjem zupanja javnosti v pravni red (pozitivna generalna prevencija), z onemogočanjem in zastraševanjem konkretnega storilca ka-

znivega dejanja (negativna specialna prevencija) in s prizadevanji za njegovo družbeno reintegracijo (pozitivna specialna prevencija). Pri ekspresivnih teorijah torej prevencija stopa v ozadje, v središču zanimanja je kaznovanje kot komunikacija, izjava, *statement*, ki naj – kot že rečeno – nekemu nekaj sporoči. Toda, kaj naj sporoči in komu pravzaprav?

Pri odgovoru na zastavljeno vprašanje ekspresivne kaznovalne teorije razcepijo in v ospredje postavijo različne poudarke. V grobem jih lahko razdelimo na tri skupine: 1) tiste, ki poudarjajo predvsem simbolno utrjevanje pravnih norm; 2) tiste, ki poudarjajo komunikacijo s storilcem kaznivega dejanja, in 3) tiste, ki poudarjajo komunikacijo z žrtvijo kaznivega dejanja.²

Kot bom skušal pokazati v nadaljevanju, imata prvi dve skupini precej pomanjkljivosti in ne moreta bistveno prispevati k razpravi o namenih kaznovanja pri nas (temu ustrezno jedrnata bo moja obravna). Pač pa se bom podrobneje posvetil tretji različici ekspresivnih kaznovalnih teorij, ki v kaznovanju vidijo (tudi) simbolni način komunikacije z žrtvijo kaznivega dejanja – ta različica ekspresivnih kaznovalnih

² Vsaj teoretično bi lahko govorili še o četrti skupini: ekspresivnih kaznovalnih teorijah, usmerjenih v komunikacijo z javnostjo, ki je zaradi kaznivega dejanja vznemirjena. Toda v čisti obliki (tj. brez preventivnih primesi) se ta različica ekspresivnih kaznovalnih teorij ni vidneje razvila (Hörnle, 2019: 532). Znana in razširjena pa je seveda ideja, da je razburjeno javnost treba pomiriti v upanju, da bo to delovalo preventivno – v tem primeru govorimo o pozitivni generalni prevenciji (Ambrož, 2016).

¹ Dr. Matjaž Ambrož, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in raziskovalec na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Slovenija. E-pošta: matjaz.ambroz@pf.uni-lj.si

teorij je zanimiva tudi za naš prostor. Pomemben prispevek na področju vloge žrtve pri kaznovanju pri nas je Petrovčev Kult žrtve (2005), ki v ospredje zanimanja postavlja zlorabo in instrumentalizacijo domnevnih potreb žrtev kaznivih dejanj. Sam bom v pričujoči razpravi napravil korak nazaj: zanimalo me bo, katera pričakovanja žrtev kaznivih dejanj so legitimna in kolikšna je dolžnost kazenskopravnega sistema, da ta pričakovanja izpolni.

2 Ekspresivne teorije, usmerjene v utrditev norme

Pregled ekspresivnih kaznovalnih teorij začenjam z njihovo najbolj abstraktno različico. Ekspresivne kaznovalne teorije, usmerjene v utrditev norme, uporabljajo predvsem pojme, kot so »norma«, »kršitev norme« in »zoperstavljanje kršitvi norme«. Njihov horizont je torej omejen predvsem na simbolni svet norm in njihovih kršitev, socialna resničnost kriminalitete in kaznovanja jih ne zanima. Nemara najznačilnejši predstavnik tovrstnih ekspresivnih teorij v evropskem prostoru je Günther Jakobs (2008). Avtor sicer piše v nekoliko privzdignjenem filozofskem jeziku, vendarle pa je njegovo temeljno poanto mogoče izraziti na razmeroma preprost način: v kaznivem dejanju je vsebovano sporočilo, ki izpodjeda zaupanje v prekršeno pravno normo; da bi preprečili »erozijo« norme, se je treba s kaznijo na simbolen način zoperstaviti kršitvi norme in s tem utrditi zaupanje vanjo (Jakobs, 2008: 111–112).

Jakobsov (2008) pogled na namen kaznovanja budi asociacije na nekatere že znane kaznovalne teorije. Po eni strani s svojo tridelno formalno strukturo »norma – kršitev – zoperstavljanje kršitvi« spominja na absolutne teorije, zlasti na famozno Heglovo »negacijo negacije«. ³ Po drugi strani pa z idejo, da je s kaznijo treba obnoviti zaupanje v prekršeno normo, močno spominja na pozitivno generalno prewencijo, ki svoje temeljno poslanstvo vidi v utrjevanju zaupanja v pravni red. Toda nekatere razlike z omenjenima teorijama je vendarle mogoče prepoznati. Za razliko od absolutnih teorij, ki se v svoji čisti obliki odpovedujejo kakršnim koli zunanjim namenom kazni, ima za Jakobsa (2008) kaznovanje jasen namen: utrditev norme. Ta cilj je sicer značilen tudi za teorije pozitivne generalne prewencije, vendar gre pri njih le za vmesni cilj: utrditev zaupanja v pravni red jim je le sredstvo, s katerim želijo dolgoročno delovati preventivno, torej preprečevati kriminaliteto. Tu se pojavi razlika: Jakobsa (2008) preprečevanje kriminalitete ne zanima, zanj je ohranjanje sistema norm in zaupanja vanj, nekaj, kar ima vrednost samo po sebi. ⁴

³ O genezi te razvpite besedne zveze Klug (1968/1998: 574).

⁴ Pri tem velja opozoriti na postopno spreminjanje stališča pri avtorju. V zgodnejši delih (Jakobs, 1976: 32) je avtor izhajal iz pre-

prav to pa je osrednja šibka točka ekspresivnih kaznovalnih teorij, usmerjenih v utrditev norme. Kriminaliteta kot realen pojav jih ne zanima, zanimata jih le »norma« in njena morebitna »erozija«. Prav tako jih ne zanimajo ljudje iz mesa in krvi (žrtve kaznivih dejanj, storilci, skupnost), ki imajo vsak svoje potrebe in težave, temveč v vseh vidijo le skrajno abstraktno »adresate norm«. Kaznivo dejanje seveda ni samo »kršitev norme«, temveč je v večini primerov tudi realen poseg v pravice posameznika oziroma interese skupnosti. Zato kaže ekspresivne kaznovalne teorije, usmerjene zgolj v utrditev norme, jemati predvsem kot izraz neke pravnofilozofske šole, manj pa kot orodje, s katerimi bi si bilo mogoče pomagati pri obravnavanju kriminalitete kot resničnega pojava v družbeni skupnosti.

3 Ekspresivne teorije, usmerjene v komunikacijo s storilcem

Del ekspresivnih teorij bistvo kazni vidi v komunikaciji s storilcem, ključni pojem znotraj te komunikacije je »izražanje očitka« (Duff, 2001). Utegnili bi pomisliti, da ta različica ekspresivnih teorij ni posebno izvirna: kaj pa naj bi bila obsodilna sodba drugega kot izražanje očitkov osebi, ki je »spoznana« za krivo? Toda tu napravijo ekspresivne teorije, usmerjene v komunikacijo s storilcem, korak naprej: komunikacije s storilcem ne vidijo le v obsodbi, temveč predvsem v dejanski izvršitvi kazni (Hörnle, 2011b: 33). Takoj je treba pojasniti, da tu ne gre za komunikacijo v smislu resocializacijskih prizadevanj, temveč za precej bolj rudimentaren podvig: s povzročanjem nevšečnosti, ki jih prinaša kazen, na simbolen način izraziti očitek.

Tu se lahko pojavi pomislek, da imamo v resnici opravi-ti z absolutno kaznovalno teorijo z nekaj lepotnimi popravki, vendar pa zagovorniki ekspresivnih teorij to zavračajo (Bomann-Larsen, 2010: 15). Ekspresivne teorije se ne odpovedujejo namenu kazni, temveč tega najdejo v komunikaciji; ta ni usmerjena le v preteklost, temveč ima tudi izobraževalne in poboljševalne učinke, računa torej tudi na koristne učinke v prihodnosti. V zvezi s tem si zadajo velikopotezno nalogo: trdijo namreč, da je takšna komunikacija – pa čeprav gre za boleče kaznovanje – tudi v interesu storilca, saj ga obravnava kot moralno osebo in mu omogoča poboljšanje (Bomann-Larsen, 2010: 16). Pri izrazu »poboljšanje« je treba biti previden: ni namreč uporabljen v klasičnem resocializacijskem pomenu (npr. kot ustvarjanje možnosti za pridobivanje socialnih veščin), temveč v moralno-filozofskem pomenu kot

ventivne funkcije ohranjanja zaupanja v pravni red (pozitivna generalna prewencija), pozneje se preventivna usmerjenost umakne poudarjanju pomena pravnih norm samih po sebi.

»moralni prepoved« oziroma »posvetna pokora« (ang. secular penance) (Duff, 2001). Tu trčimo na že znane težave. Prvič, filozofska ideja, da bomo s prisilnimi sredstvi dosegli posameznikovo moralno preobrazbo, se v socialni stvarnosti lahko izkaže za naivno. In drugič, uporaba državne prisile z namenom doseči posameznikovo »posvetno pokoro« je v današnjem ustavnopravnem kontekstu nesprejemljiva (Ambrož, 2008: 241–242; Hörnle, 2011b: 34).

4 Ekspresivne kaznovalne teorije, usmerjene v komunikacijo z žrtvijo

4.1 Kazensko pravo in žrtev

V dvajsetem stoletju je bilo na kazensko pravo večkrat usmerjena kritika, da se zanima le za storilca kaznivega dejanja, ne pa tudi za njegovo žrtev (Weigend, 2010: 39). Kritike so obrodile sadove. V zadnjih dvajsetih letih je prišlo do premikov na področju kazenskopravnega položaja žrtev kaznivih dejanj, v osrčju vala zakonskih sprememb po Evropi je predvsem izboljšanje njihovega procesnega položaja oziroma prilagoditev kazenskega postopka v smeri, da bo ta žrtvam prijaznejši.

Pač pa se v kontinentalni Evropi na področju teorije in prakse kaznovanja potrebe žrtev redkeje tematizira. Zadržanost si je mogoče razlagati z znanim stališčem, da mora sodobno kazensko pravo biti in ostati racionalno, vpletanje potreb žrtev v vprašanje kaznovanja pa bi diskurz nevarno emocionaliziralo in ga okužilo z destruktivnimi maščevalnimi vzgibi. Na vprašanje, kakšna naj bo vloga žrtve in njenih potreb znotraj kaznovalnih teorij, se tradicionalni odgovor glasi: »Prav nika kršen!« (Weigend, 2010: 43).

Dejstvo je, da so kaznovalne teorije – tudi v slovenskem prostoru – pretežno kolektivistično naravnane. V ospredju zanimanja prevladujejo preventivno naravnani kaznovalni teorije – naj uporabim močno besedo – obramba kolektiva pred kriminaliteto. Manj zanimanja je bilo doslej namenjenega potrebam žrtve kaznivega dejanja kot individuuma. V nekem smislu je to presenetljivo, saj je »duh« današnjih evropskih ustavnih ureditev pretežno individualističen: v ospredju zanimanja in varstva so posameznik ter njegove pravice in ne kolektiv (Hörnle, 2006: 951). Razlago za to je mogoče iskati v stališču, da se mora kazensko pravo v imenu objektivnosti in enakosti obravnave oddaljiti od parcialnih, morebiti muhastih, kapricioznih ali vsaj neracionalnih želja žrtev kaznivih dejanj po zadoščenju. Toda tu je treba biti previden. Vse prelahko bi bilo zavzeti nekoliko vzvišeno držo do domnevno neracionalnih potreb žrtve po zadoščenju (»z njimi naj se ukvarjajo »pristojne službe« izven kazenskoprav-

nega sistema«). Namesto tega se je treba podati na težavnejšo pot: raziskati je treba, katere potrebe in pričakovanja žrtev so legitimna in kako, če sploh, jih je mogoče vgraditi v sistem kaznovalnih teorij.

To nalogo si zadajajo ekspresivne kaznovalne teorije, usmerjene v komunikacijo z žrtvijo kaznivega dejanja. Takoj na začetku je na mestu pojasnilo, da te teorije nimajo in tudi ne morejo imeti ambicije biti vseobsežna in univerzalno uporabna kaznovalna teorija, že zato ne, ker obstajajo številna kazniva dejanja brez oprijemljivih žrtev (npr. korupcijski delikti, okoljski delikti, delikti, povezani s prepovedanimi drogami itn.), poleg tega pa pravosodna stvarnost prinaša tudi mnoge zadeve, kjer žrtev z imenom in priimkom formalno sicer obstaja, vendar zaradi neznatnosti posledic dejanja ali njegove časovne oddaljenosti nima (več) posebnih potreb in pričakovanj.⁵

O vlogi žrtve znotraj teorije kaznovanja je torej smiselno razpravljati le v zvezi z razmeroma ozkim krogom kaznivih dejanj, pri katerih gre za znatne posege v osebno integriteto posameznika (posegi v življenje in telo, v osebno svobodo in spolno avtonomijo). Zastavlja se vprašanje, ali imajo v teh primerih žrtve legitimni interes, da bo storilec kaznovan, in če ga imajo, kako naj to upoštevajo kaznovalne teorije.

Ena možnost bi bilo zadržano stališče, da ima žrtev interes in seveda tudi pravico do restitucije oziroma ustrezne odškodnine, kaznovanje storilca pa ni v njenem »pravem« interesu in se je ne tiče – to je stvar države. Toda to stališče utegne biti preveč shematsko in oddaljeno od življenja. Ekspresivne kaznovalne teorije, usmerjene v komunikacijo z žrtvijo, izhajajo iz predpostavke, da žrtve hudih kaznivih dejanj potrebujejo nekaj več: potrebujejo zadoščenje, ki presega samo finančno kompenzacijo. Toda »zadoščenje« je skrajno abstrakten pojem. Na tem mestu se zastavljata dve vprašanji:

1) Na kaj pravzaprav merimo, kadar govorimo o »potrebi žrtve po zadoščenju«? in

2) Ali je ta potreba legitimna in ali je država dolžna skrbeti za njeno zadovoljitev? Če da, v kolikšnem obsegu?

4.2 Potreba po zadoščenju

O čem govorimo, ko govorimo o potrebi žrtve po zadoščenju? K vprašanju je mogoče pristopiti na številne načine: iz lastnih izkušenj, anekdotično, s pomočjo viktimizacijskih vprašalnikov, s pomočjo pojmovnega aparata moralne filozo-

⁵ O tem, kako pičel je lahko interes oškodovancev kaznivih dejanj za pregon dejanja, na podlagi izkušenj prvostopnega sodnika (Kmet, 2019: 9).

fije, na podlagi izsledkov teorije iger, na podlagi neposrednih izpovedi žrtev kaznivih dejanj in najbrž še kako.

Začnimo anekdotično. Nazorna je anekdota, ki jo v svojem energičnem eseju v bran povračilnih čustev žrtev kaznivih dejanj poda Murphy (1990: 221). Avtor pripoveduje o tem, da si je z nekaj prijatelji, ki so »enako civilizirani in liberalni kot on« ogledal klasičen vestern Silverado. Fabula bi težko bila drugačna: štirje »poštene in dostojni« moške in njihove družine so žrtve pretresljivo krivičnih in zlih dejanj. Na koncu filma omenjeni viktimizirani moške izvedejo zmagoslavno maščevanje nad svojimi viktimizatorji – profesor Murphy in njegovi enako liberalni prijatelji so jih pri tem navdušeno spodbujali, razplet filma se jim je zdel »tako estetsko dovršen kot moralno zadovoljujoč«.

Murphyjev vestern za tukajšnje kulturne razmere nemara zveni kot karikatura. Zato naj anekdoti kot pendant navedem še lastno izkušnjo iz kina Dvor, enega od zatočišč »kultivirane« publike, ki ne mara multipleksov z »akcijskimi« filmi in smradom pokovke. Predvajali so film švedski film Vse tiste lepe stvari (Langseth, 2010), ki govori o dekletu iz delavske družine, ki razvije neverjetno ljubezen do klasične glasbe. Zaplete se s snobovskim in arogantnim dirigentom, ki grdo zlorabi njena čustva. Ko ji po uspešnem koncertu sedeč pri odprtem oknu dokončno razkrije svoj pravi obraz, dekle zbere moč in pogum ter ga pahne v globino. Ob tem prizoru je v dvorani završal vzdih presenečenja in odobravanja – tudi meni se je zdelo, da je dekle našlo kar posrečeno rešitev nastale situacije, čeprav je bila kazen za dirigentov prekršek nedvomno stroga.

Opisano so bili odzivi na fikcijo, ki so dobro znani in jih kulturna produkcija tudi s pridom izrablja (razvili so se celi žanri, v katerih naposled dobro – običajno na dokaj brutalen način – triumfira nad zlim). Vprašljivo je, koliko imajo ti odzivi na fikcijo skupnega z odzivanjem ljudi v resničnih situacijah. Poleg tega gre za občutke, ki nastanejo zaradi *empatije* do lika žrtve, vprašljivo je, ali lahko iz njih neposredno sklepamo na občutke dejanskih žrtev.

Nekoliko bolj se resničnemu življenju približajo eksperimenti s področja teorije iger. Ti kažejo na razmeroma univerzalno nagnjenost udeležencev igre, da nepoštenega soigralca kaznujejo, tudi če bi bilo ekonomsko bolj oportuno, da se na kršitve ne bi odzvali (Baurmann, 2014; Hörnle, 2017: 599, 2019: 528; Walther, 2011: 638–641).

Temeljni eksperiment s tega področja so »igre z ultimatom«. V eksperimentu sodelujeta dve osebi. Prva oseba (ponudnik) dobi na voljo denarni znesek in navodilo, naj določi del zneska, ki ga bo odstopila drugi osebi (prejemniku). Ta lahko ponudbo sprejme ali zavrne, če jo zavrne, nihče ne dobi

nič, igra se odigra samo enkrat. Poanta je jasna: za prejemnika je racionalno sprejeti kakršen koli znesek, saj mu je ta »padel z neba«, ob zavrnitvi pa bo ostal brez vsega. Toda rezultati eksperimenta v različnih okoljih in z različnimi zneski zanesljivo kažejo, da velik del udeležencev ponudbe, ki jih štejejo za nepoštene, zavrnejo in s tem kaznujejo nepoštenega ponudnika, čeprav se s tem odpovedo lastni premoženjski koristi. Igre z ultimatom so hvaležno gradivo za številne razlage (Baurmann, 2014). Nekateri ekonomisti, denimo, so v njih našli dokaz, da človek ni le *homo oeconomicus* (Thaler, 2019: 185–188), v povezavi z raziskovanjem kaznovanja pa je v njih mogoče iskati indic za elementarno človeško potrebo, da se na nepošteno ravnanje odzovemo z ekspresivno kaznijo, tudi če si od nje ne moremo obetati preventivnih učinkov (igra se ne ponovi) in čeprav moramo za to nekaj žrtvovati.

Del moralne filozofije človeško potrebo, da se na »slaba« dejanja odzovemo z očitki in neodobravanjem, jemlje kot nesporno psihično dejstvo in jo obravnava pod ključno besedo »reaktivna čustva« (Günther, 2014: 23; Strawson, 1974). Reaktivna čustva so v zadnjem času v upravičevanju kazni dobila velik pomen: z njimi skušajo nekateri rehabilitirati kaznovanje tudi v primeru, da svobodne volje ni. Logika je naslednja: morda ljudje svojih ravnanj res ne izbiramo svobodno, toda storilce kaznivih dejanj je treba vseeno kaznovati, da pomirimo reaktivna čustva ljudi, ki so bili s kaznivim dejanjem prizadeti ali so zanj izvedeli (Moore, 2016: 65).

Vir spoznanj o potrebah žrtve po zadoščanju so seveda tudi viktimološke študije, pri čemer pa se je treba zavedati razmeroma omejene uporabnosti izsledkov vprašalnikov, ki izpraševance sprašujejo o njihovih lastnih izkušnjah z viktimizacijo. Večina ljudi ima izkušnje z blažjimi (premoženjskimi) kaznivimi dejanji, njihovo dožemanje lastne viktimizacije bo praviloma drugačno od tistega, ki ga doživljajo žrtve težkih kaznivih dejanj (Hörnle, 2017: 599, 2019: 527). Žrtve težkih kaznivih dejanj svojo refleksijo včasih objavijo v knjižni obliki; poseben primer takšnega avtorja je Jan Philip Reemtsma, katerega pisanje je v nemški strokovni javnosti naletelo na velik odmev.

Reemtsma je nemški jezikoslovec, socialni filozof, mecen in multimilijonar (dedič industrialcev v tobačni panogi); v devetdesetih letih minulega stoletja je bil žrtev ugrabitve, ki je trajala 33 dni. Izpuščen je bil po tem, ko je njegova družina ugrabitelju izplačala visoko odkupnino. Storilec je bil kasneje prijet in obsojen, Reemtsma pa se je na podlagi lastne izkušnje začel ukvarjati z vprašanjem pričakovanj in potreb žrtve kaznivega dejanja. V knjigi *Im Keller (V kleti)* (Günther, 2002: 211) opisuje svoje občutke nemoči in življenjskega nesmisla, ki niso izzveneli niti po izpustitvi. Storilec mu je v času neposredno pred izpustitvijo spodbudno dejal: »Zdaj boš življenje užival desetkrat bolj kot prej!« Reemtsma je to izjavo doživel

kot nepopisno surovost in v mislih storilcu zaželel, da bi »v zaporu zgnil«. Po izpustitvi se storilčeva optimistična napoved ni uresničila, Reemtsma se je boril z izgubo veselja do življenja in mislilo na samomor.

V svojem poznejšem delu Reemtsma (1999: 24–27) analitično razmišlja o potrebah žrtve in si zastavi vprašanje o pravici žrtve, da država storilca kaznuje. Žrtve hudih kaznivih dejanj utrpijo travmo, ki se je sicer ne da izbrisati, vendar pa je obseg, v katerem bo določala žrtvino prihodnje življenje, odvisen tudi od stališča, ki ga do dejanja zavzame družbena skupnost (v tem kontekstu avtor govori o »potrebi žrtve po resocializaciji«). Avtor ocenjuje, da je za žrtev ključnega pomena, da družbena skupnost s kaznovanjem storilca pokaže solidariziranje z žrtvijo: pri tem ne gre za zadovoljevanje žrtvine potrebe po maščevanju (te kazenski postopek praviloma niti ne more zadovoljiti), temveč za simbolno izjavo, da je to, kar se je zgodilo, nedopustno. Država ima dolžnost zmanjševati socialno škodo, ki jo je povzročilo kaznivo dejanje; v sklop te dolžnosti spada tudi skrb za potrebo žrtve, da se ji na simbolni način potrdi, da ni imela zgolj smole, temveč se ji je zgodilo nekaj nedopustnega.⁶

Reemtsma pravzaprav napravi dvoje. Najprej skuša opisati potrebe in pričakovanja žrtve težkega kaznivega dejanja, nato pa vključi razumsko razmišljanje družboslovnega znanstvenika in te potrebe »normativno filtrira«: izloči tiste, za katere mora poskrbeti država. Tako brez dlake na jeziku prepozna tudi maščevalne vzgibe žrtve, vendar pa zavrne možnost, da bi država odigrala vlogo maščevalca v žrtvinem imenu. Vlogo države omeji na zadovoljitev potrebe žrtve po jasni in avtoritativni razmejitvi »neprava« (nem. *Unrecht*) in »smole«, kar postane osrednje vodilo novejših ekspresivnih kaznovanih teorij v nemškem pravnem prostoru. Ideja o tem, da država žrtvi dolguje simbolno razmejitev »neprava in smole«, je vendarle nekoliko nejasna in medla, zato ji v nadaljevanju namenjam nekaj razjasnitev.

4.3 Legitimnost potrebe po zadoščenju in dolžnosti države

Dejstvena ugotovitev, da potreba žrtve po zadoščenju v primeru težkih kaznivih dejanj lahko obstaja, sama po sebi še ne pomeni, da je ta potreba legitimna in da je država zanjo

⁶ Zakaj je ta simbolna razmejitev za žrtev tako pomembna, avtor podrobneje ne pojasnjuje. Omeni sicer izpovedi preživelih žrtev nacističnih zločinov, iz katerih izhaja, da je bilo številnim priznanje, da so bile žrtve zločinov, in ne morda »nesrečnih zgodovinskih okoliščin«, pomembnejše od materialne odškodnine (Reemtsma, 1999: 25). Čeprav avtor tega izrecno nikjer ne navede, je mogoče sklepati, da gre tudi za refleksijo njegove izkušnje kot žrtve hudega kaznivega dejanja.

dolžna poskrbeti. Ljudje imamo številne potrebe in pri zadovoljevanju marsikatere od njih nam država ni v pomoč – po najboljših močeh se moramo znajti sami.

Razprava o legitimnosti potrebe žrtve po zadoščenju je večplastna. Razmeroma nesporna je v delu, ki se nanaša na izrekanje očitka storilcu: v legitimnem interesu žrtve je, da se to zgodi. V jedru današnjih pravnih sistemov, pa tudi socialnih in kulturnih praks je razlikovanje nesreče (naključja, usode) od kaznivega dejanja. To razlikovanje je pomembno tudi za prizadete v tragičnih dogodkih in njihovo psihično predelavo dogodka (Hamel, 2009: 169–170), zato je v legitimnem interesu žrtve, da država na avtoritativni način razišče dejansko stanje in pripiše (morebitno) odgovornost storilcu. S pripisom odgovornosti in izraženim očitkom storilcu se žrtvi prizna, da dogodek ni bil le smola ali udarec usode, temveč kaznivo dejanje (Günther, 2002: 218; Hörnle, 2017: 600). Takšno priznanje je žrtvi lahko v pomoč pri psihični predelavi dogodka (pomaga ji, na primer, da preneha obtoževati samo sebe ali se znebi dvomov v pravilnost lastnega ravnanja), ni pa to nujno. Interes žrtve po tovrstnem priznanju je legitimen tudi tedaj, kadar ima zelo stabilen psihični ustroj in je dejanje ni psihološko iztirilo (Hörnle, 2011b: 39), kot tudi tedaj, ko bi bilo za njeno duševno zdravje nemara bolje dogodek preprosto pozabiti ali storilcu odpustiti.

Dolžnost države, da poskrbi za pravkar opisani interes žrtve, se v literaturi utemeljuje na tri različne načine. Nekateri avtorji se zadovoljijo s formalnim sklicevanjem na ustavo in v njej vsebovano splošno pravico do spoštovanja osebnosti (Weigend, 2010: 39), drugi argumentirajo vsebinsko, češ da je država žrtvam kaznivih dejanj dolžna olajšati obvladovanje travmatične izkušnje (Hamel, 2009: 180–181) oziroma je dolžna zmanjševati socialno škodo kaznivega dejanja (Reemtsma, 1999: 27), tretji pa poudarjajo pragmatično-funkcionalni vidik: država mora čustvene potrebe žrtev kaznivih dejanj in njihovih bližnjih vzeti resno ter se nanje odzvati, da bi s tem preprečila samopomoč in druge disfunkcionalne reakcije – monopolizacija kaznovanja in nadzor maščevalnih vzgibov je namreč ena osrednjih civilizacijskih pridobitev (Hörnle, 2017: 601, 2019: 530).

Nobena od utemeljitev dolžnosti države, da nekaj stori v zvezi z interesi žrtve, se ne zdi sporna, utemeljitve se tudi medsebojno ne izključujejo. Bistveno bolj sporno vprašanje pa je, do kod segajo dolžnosti države oziroma kaj vse obsegajo. Ključni dilemi v tej zvezi sta, ali se je država dolžna ravnati po potrebah individualne žrtve (o tem v 4.4) in ali žrtvi dolguje tudi to, da očitke storilcu »simbolno ojača« (evfemizem za to, da storilcu poleg verbalnega očitka prizadene tudi dejansko zlo – o tem v 4.5).

4.4 Katera žrtev?

Najprej gre torej za vprašanje, ali mora država pri kaznovanju storilca prisluhniti potrebam konkretne žrtve iz mesa in krvi. Lahko se retorično vprašamo, katere žrtve pa, če ne konkretne?! Toda če za izhodišče vzamemo konkretno žrtev, napravimo kaznovanje odvisno od psihičnega ustroja, občutljivosti in potreb individualne osebe – dejavnikov, ki lahko zelo variirajo. Še natančneje: kaznovanje postane odvisno ne le od občutljivosti in potreb individualne žrtve ali njenih bližnjih, temveč zlasti od njihovih *spособnosti* te potrebe predstaviti na artikuliran, prepričljiv in pretresljiv način. Ta pot nas pripelje do *victim impact statements*, znanih iz ameriškega pravnega okolja.⁷

Pomisleki zoper vnos tovrstnih prvin v sojenje so znani: sojenje se na ta način pretirano emocionalizira, poleg tega pa dela kaznovanje odvisno od dejavnikov, na katere storilec ni imel, nima in ne more imeti vpliva (denimo prepričljivost, artikuliranost in simpatičnost žrtev ter njihovih bližnjih). Tu prihaja upoštevanje potreb konkretne žrtve v konflikt s krivdnim načelom.⁸ Ne da bi se spuščali v finese in kontroverze tega načela, ga je za tukajšnje potrebe mogoče povzeti takole: posameznik je lahko kaznovan le toliko, kot je kriv, kriv pa je lahko le za tisto, na kar ima lahko vpliv oziroma kar lahko nadzira.

V tej zvezi je zanimiv poskus rehabilitacije upoštevanja izjav individualne žrtve, ki ga izpelje Murphy (1990: 222–223). Avtor nas najprej opozori na znano stvar, da so v kazenskem pravu kljub vsej retoriki o krivdnem načelu številne stvari odvisne od sreče in smole (šolski primer: enako malomarna šoferja, eden ima smolo in povzroči hudo nesrečo, pri drugem pa se, ker ima srečo, ne zgodi nič). Prav tako je znano, da sodišča pri odmeri kazni oziroma potrjevanju sporazumov o priznanju krivde upoštevajo dejavnike, ki nimajo najmanjše zveze s storilčevo krivdo: (pre)napolnjenost zaporov, obsojenčevo zdravstveno stanje, število otrok, za katere je dolžan skrbeti, možnost ponovitve kaznivega dejanja, morebitna koristnost za družbeno skupnost, ki bi jo obsojenec imel na prostosti itn. Zakaj na ta več kot pisani seznam dejavnikov ne bi dodali še potreb in pričakovanj konkretne žrtve?

V tej zvezi se Murphy (1990: 223) potrudi in napravi še korak naprej: predlaga kompromisno rešitev, po kateri bi lah-

ko prisluhnili potrebam žrtve in hkrati spoštovali krivdno načelo. Rešitev vidi v tem, da bi storilčevo krivdo vzeli za absolutno zgornjo mejo kazni, pod tem pragom pa bi se nam odprl manevrski prostor, v katerem bi pri odmeri kazni lahko upoštevali tudi potrebe oziroma izjave konkretne žrtve kaznivega dejanja. Ideja o krivdi kot zgornji meji kazni je v anglosaškem pravnem prostoru znana pod imenom *negativni (omejevalni) retributivizem*, pri nas pa je svoj izraz dobila v okviru preventivnih mešanih teorij o namenu kaznovanja (Ambrož, 2008: 245–246; Plesničar, 2012: 183–184). Razlika med »našimi« preventivnimi mešanimi teorijami in Murphyjevo zamisljivo je v dejavnikih, ki naj se upoštevajo znotraj manevrskega prostora: med tem ko prve stavijo predvsem na specialno in generalno prevencijo, bi Murphy prisluhnil (tudi) potrebam žrtve.

Murphyjeva izvajanja za evropska pravna ušesa zvenijo nenavadno, vendarle pa mu je eno poanto treba priznati. Prav ima namreč, ko nas opozori, da smo pri uveljavljanju krivdnega načela različno dosledni: včasih nas igra naključja zmoti bolj, drugič manj. Nimamo denimo težav s smolo storilca nasilnega kaznivega dejanja, da je naletel na žrtev z izjemno krhkim fizičnim ustrojem (»storilec mora žrtev sprejeti, kakršna pač je«), upira pa se nam, da bi ga kaznovali strožje samo zaradi tega, ker je naletel na žrtev, ki je bila *ex post* sposobna nadpovprečno dobro in pretresljivo opisati svojo travmatično izkušnjo. Čemu ta razlika? Zdi se, da so na delu intuicije, pogojene s pravno kulturo in razumevanjem vloge kazenskega prava v družbi.

Tako ne preseneča, da v nemškem prostoru kategorično zavrnejo možnost, da bi bilo kaznovanje odvisno od pričakovanj konkretne žrtve (Hörnle, 2011a: 26, 2011b: 40–41, 2017: 600; Weigend, 2011: 38). Če bi se žrtvi odprla vrata, da sodeluje v postopku odmere kazni, daje predloge glede njene višine ali o njej celo odloča, bi postali vprašljivi dve pomembni civilizacijski pridobitvi kazenskega prava: socialnopomiritvena funkcija, ki je povezana s (pretežno) izločitvijo individualne žrtve in njenega socialnega okolja iz kazenskega postopka, in načelo enakega obravnavanja pri odmeri kazni (Hörnle, 2011b: 40–41, 2019: 530). Država sicer prevzema vlogo, podobno »pooblaščenca« žrtve, saj je očitek, ki ga izreka storilcu, tudi v žrtvinem interesu, iz česar pa ne sledi, da je dolžna upoštevati tudi osebne želje in potrebe individualne žrtve. Z drugimi besedami: država s kaznovanjem skrbi tudi za interese žrtev, vendar pa te žrtve v imenu civilizacijskih pridobitev kazenskega prava *posploši* oziroma *normativira* (o dilemah, ki jih prinaša »normativiranje žrtve« (Saliger, 2017: 695–696)). V teh okvirih je legitimno pričakovanje žrtev, da očitki storilcem kaznivih dejanj niso trivialni in da se jih diferencira glede na težo kaznivega dejanja, ne morejo pa zahtevati, da država poskrbi za zadovoljitev njihovih individualnih potreb po zadoščenju (Hörnle, 2011a: 26, 2017: 600).

⁷ Za prikaz odločanja o sankcijah v ameriški ureditvi glej Plesničar (2017: 261).

⁸ V tem smislu Plesničar (2015: 122) okoliščine, na katere obdolženec ne more vplivati (npr. kako dobro si žrtev po kaznivem dejanju opomore), obravnava v sklopu »manj dobrih razlogov za razlike v kaznovanju«.

4.5 Ali je storilcu treba »zadati zlo«?

Problem, skupen vsem ekspresivnim kaznovalnim teorijam, je vprašanje, ali je za komunikacijo, ki jo vidijo kot bistvo kaznovanja, potrebno zadajanje bolečine storilcu. Najprej je treba nekaj pozornosti nameniti terminologiji. V naslovu razdelka uporabljena besedna zveza »nekomu zadati zlo« zveni stilno zaznamovano in arhaično. Hkrati je zelo neposredna in s tem neznačilna za tisti del sodobnega kazenskopravnega diskurza, iz katerega so izpuhtele vse brutalne besede, ki opisujejo kaznovanje kot ciljno zadajanje bolečine storilcu (Christie, 1981: 15).

Vendarle pa obstajajo dobri razlogi za to, da besedno zvezo »zadajanje zla« ohranimo. Manj pomemben razlog je, da se raba besedne zveze v delu novejših razprav v germanskem prostoru krepí: v razpravah o ekspresivnih teorijah kazni se vselej pojavi značilni neologizem Übels-zu-fügung, kar bi se v dobesednem prevodu nemara glasilo *pridodanje zla*, vsebinsko pa izraz meri na nevšečnosti, ki jih država obsojencu ciljno zada poleg verbalnega očitka. Bolj pomemben razlog se mi zdi, da tovrstno izražanje ne zamegljuje bistva kazni, ki je – kljub zgodovinskemu procesu postopne debrutalizacije – za storilca v večini primerov zlo oziroma bolečina.

Od terminologije nazaj k bistvu: ali ekspresivne kaznovalne teorije, ki se ograjujejo tako od povračilnosti absolutnih teorij kot od zastraševanja preventivnih teorij, lahko delujejo brez zadajanja bolečine storilcu? Pri tem vprašanju se poti zagovornikov ekspresivnih kaznovalnih teorij razcepijo.

Del zagovornikov ekspresivnih teorij se izrecno opredeljuje za to, da zadajanje zla ni potrebno (Günther, 2002). Avtor ocenjuje, da je zadajanje zla oziroma »trda obravnava storilca« (ang. *hard treatment*) zgolj zgodovinsko kontingentna konvencija, simbol, s katerim izražamo očitke. To zgodovinsko pogojeno konvencijo je mogoče preseči in očitke izraziti na drugačen način: zadoščal naj bi že javen in formaliziran postopek, v katerem bi se storilcu pripisala krivda za njegovo ravnanje. Drugi avtorji so glede tega previdnejši. Bomann-Larsen (2010: 16) v svojem zagovoru ekspresivnih kaznovalnih teorij vprašanje potrebnosti zadajanja bolečine storilcu izrecno pusti odprto, pri čemer si pomaga s konvencionalno frazo: »*Determining that issue falls outside of the scope of this paper.*« Walther (1999: 137) meni, da je treba najprej preveriti, koliko lahko zadostne učinke dosežemo zgolj z jezikovno-simbolnimi sredstvi (krivdorek, po potrebi tudi določitev kazni ali izrek opomina). Po njeni oceni je treba izražanje očitka ojačati z realnim posegom v dobrine storilca le v »izjemno težkih primerih«.

Manj zadržana glede ojačitve verbalnih očitkov je Hörnle (2011b: 41–43); po njeni oceni brez zadajanja zla storilcu ne

gre. Razlog za to je, da so možnosti zgolj verbalno stopnjevati očitek zelo omejene. Pri tem niti ne gre za to, da bi nam za stopnjevanje očitka manjkalo besed, temveč predvsem za to, da je teža zgolj verbalnih sporočil v našem socialnem okolju omejena – tako kadar hvalimo, kot kadar grajamo. Omejenost besednih izraznih sredstev pri pohvalah ljudi pride do izraza v ritualih podeljevanja priznanj, ki so vsi po vrsti prežeti s simbolnimi ojačitvami (svečana predaja plakete, denarna nagrada v določeni višini). Tem bolj so simbolne ojačitve potrebne, kadar gre za izražanje očitkov. Vprašanje je seveda, koliko oprijemljivega zla je treba dodati verbalnemu sporočilu, da bo to delovalo verodostojno – to je stvar zgodovinsko pogojene senzibilnosti družbe. Povsem brez simbolne ojačitve pa v današnjem kulturnozgodovinskem kontekstu razmer ne gre, zlasti če imamo pred očmi najtežja kazniva dejanja. Pri teh bi omejitve na besedno grajo delovala protislovno in bi relativirala izraženi očitek (Hörnle, 2011a: 28).⁹ Avtorica v tej zvezi posebej poudari perspektivo žrtve: če bi bil pri težkih osebnih kaznivih dejanjih storilec deležen le verbalnih očitkov, ti očitki v očeh žrtve ne bi delovali verodostojno. Ta ugotovitev se po avtoričinem mnenju ne spremeni, tudi če verbalnim očitkom dodamo dolžnost storilca povrniti materialno in nematerialno škodo: pri najhujših kaznivih dejanjih očitka ni mogoče ustrezno izraziti zgolj z naložitvijo dolžnosti storilcu, da poravna določeni denarni znesek.

5 Razprava in sklep

Dialektika novejših ekspresivnih kaznovalnih teorij, usmerjenih v komunikacijo z žrtvijo, je zanimiva. V prvem koraku te teorije zavrnejo možnost, da bi država prevzela vlogo maščevalca v imenu žrtve. Dolžnost države opredelijo znatno skromneje: država dolguje žrtvi ugotovitev dejanskega stanja in avtoritativno potrditev, da se ji je zgodilo nekaj pravnomočno nedopustnega.

Toda v drugem koraku pride do obrata: golo verbalno solidariziranje z žrtvijo in očitek storilcu ne zadoščata, v podkrepitev teh izjav je treba storilcu zadati oprijemljivo zlo. Država torej žrtvi vendarle dolguje zadajanje zla storilcu, le da do tega vodi nekoliko daljša miselna pot.

Od kod potreba po tako vijugavi miselni poti? Zdi se, da je na delu tale napetost:

1) V naših vrednostnih predstavah je prepoved zadajanja bolečine oziroma trpljenja postavljena zelo visoko. Zato je težko in nevhvalno zagovarjati kaznovalno teorijo, katere

⁹ Enak sklep, a bolj skopa argumentacija v Neumann (2007: 440) in Pawlik (2004: 53).

credo bi se jasno in glasno glasil: storilcu je treba zadati stisko in trpljenje, saj bo to žrtvi morda prineslo nekaj zadoščanja.

2) Ogorčenje in druga reaktivna čustva, ki jih sprožajo težka kazniva dejanja pri žrtvah, svojih žrtev in drugih, ki za kaznivo dejanje izvejo, so socialnopsihološko dejstvo. Vsaj pri najhujših kaznivih dejanjih si je težko predstavljati, da družbena obsodba teh dejanj ne bi vsebovala zadajanja zla.

Kako razrešiti ta konflikt? Manjši del avtorjev skuša biti načelen in dosledno nasprotuje zadajanju zla (Günther, 2002), večina zagovornikov ekspresivnih teorij pa se poda na pot kompromisov. Precej je odvisno od tega, s katerega izhodišča gledamo na problem. Če se nanj ozremo z nadzgodovinske perspektive, ima Günther najbrž prav, ko opozarja, da je zadajanje bolečine storilcu lečasna socialna konvencija za izražanje očitkov. Čisto mogoče je, da bo človek prihodnosti z začudenjem gledal na to našo socialno prakso in bo v njej videl osupljiv ritual, prežet z mističnim prepričanjem, da je eno zlo mogoče lajšati z zadajanjem drugega. Toda če se na problem ozremo s perspektive tukaj-in-zdaj, se nam zdi nepredstavljivo, da bi pri najhujših osebnih kaznivih dejanjih sankcijo omejili na verbalno grajo.¹⁰ S tega vidika je pot kompromisov neizbežna. Njihov skupni imenovalec je mogoče povzeti takole: potrebe žrtev kaznivih dejanj je treba vzeti resno in jim dati ustrezen prostor znotraj podviga, imenovane »upravičevanje in osmišljanje državne kazni«; hkrati pa je treba upoštevanju teh potreb postaviti meje, zlasti s tem, da njihovo upoštevanje omejimo na hujša kazniva dejanja in jih posplošimo (neupoštevnost individualnih pričakovanj žrtve v konkretnem postopku).

Sicer pa so ekspresivne kaznovalne teorije relevantne tudi za slovenski prostor. To, da so te teorije za naš prostor relativna novost, nikakor ne pomeni, da kaznovanje doslej pri nas ni opravljalo ekspresivnih funkcij.¹¹ Vsako kaznovanje je hkrati tudi krik ogorčenja in neodobravanja, le da te funkcije kazni doslej večinoma nismo tako skrbno razčlenjevali in pojasnjevali, kot smo to počeli s preventivnimi funkcijami. Eden od razlogov za to je razmeroma banalen: na razpravljane o ekspresivnih funkcijah kazni smo pogosto gledali kot na »del paketa« absolutnih teorij, in ko se je avtor odvrnil od absolutnih teorij, so v nemilost oziroma v nezanimanje padle tudi ekspresivne funkcije kazni. Pri enačenju ekspresivnih in

absolutnih kaznovalnih teorij je bilo na delu precej pavšalnosti: ne biti preventivno naravnano ne pomeni avtomatično biti »absoluten« (tj. šteti, da je kazen treba utemeljiti neodvisno od učinkov, ki jih bo (morda) imela v prihodnosti).¹²

Če pustimo razvrščanje ob strani, je po vsebinski plati pomembno, da je dilema »preventivne ali ekspresivne funkcije kazni« v znatnem delu umetna. Ne gre namreč za razmerje ali – ali. Zmerni zagovorniki ekspresivnih teorij tako poudarjajo, da na ekspresivne funkcije kazni gledajo le kot na *eno od* sestavin v večplastnem mozaiku funkcij kazni, ki pridobi pomen pri nekaterih kaznivih dejanjih, ne izključuje pa preventivnih funkcij kazni, temveč jih dopolnjuje (Hörnle, 2011b: 58–59; Walther, 1999).

Za slovenski pravni prostor je razprava o ekspresivnih funkcijah kazni torej pomembna, saj kazen – hočeš nočeš – učinkuje tudi ekspresivno, vendar ta del njenih učinkov doslej ni bil obširneje naslovljen in obravnavan. Razmislek ni pomemben samo zato, da ekspresivne funkcije kazni prepoznamo ter jih opišemo. Ključno je *normativno vprašanje*, ali in do kod lahko premisleki o želenih ekspresivnih učinkih kazni krojijo teorijo in prakso kaznovanja.

Kot je že bilo pokazano, ekspresivne zamisli, ki stavijo izključno na »utrđitev norme« (razdelek 2), ne bi smele imeti večjega vpliva. »Stabilizacijo norme zaradi stabilizacije norme« je treba prepustiti predstavnikom ustreznih pravnofilozofskih šol kot snov za knjige, razprave in simpozije, ne zdi pa se primerno vodilo za praktično delovanje pravosodnih organov. Prav tako kaznovalne prakse ne bi smele voditi ekspresivne zamisli, ki v bolečini kazni vidijo način, kako poskrbeti za storilčevo »posvetno pokoro« (razdelek 3). Pokora, ki čaka storilca, je v tem primeru resda zgolj »posvetna«, vendarle pa je na delu moralna predstava o »trpljenju, ki prinaša očiščenje«. Ta predstava je lahko naivna, predvsem pa je prežeta z verovanjem, ki ga laična država ne bi smela uveljaviti kot enega od vodil za svoje prisilno delovanje.

Pač pa si v prihodnosti pri nas več pozornosti zaslužijo ekspresivne zamisli, usmerjene v komunikacijo z žrtvijo kaznivega dejanja. Te so bile doslej v glavnem izvzete iz razprav o namenih kaznovanja (ilustrativno je, denimo, da novi 45.a člen Kazenskega zakonika, katerega očitni namen je iz previdnosti zajeti »vse« namene kaznovanja, žrtev kaznivih dejanj ne omenja). Toda obstajajo dobri razlogi, da v razpravo umeštimo tudi žrtev in njene potrebe.

¹⁰ Da bi se pri hudih kaznivih dejanjih sankcija omejila na verbalno grajo, je seveda težko predstavljivo tudi z vidika prizadevanj za preventivno delovanje kazni. Toda od tega vidika se zagovorniki ekspresivnih teorij običajno ograjujejo – nujnost zadajanja zla skušajo upravičiti že v okvirih ekspresivnih funkcij kazni.

¹¹ Širša analiza ekspresivnih razsežnosti znotraj kazenskopravne terminologije in organiziranosti kazenskega postopka je na voljo v Burghardt (2018: 198–201).

¹² Resnici na ljubo se je pavšalnost, da sem o nekaterih ekspresivnih funkcijah kazni razpravjal v okviru obravnave absolutnih teorij, zgodila tudi meni v Ambrož (2008: 241–242).

Pri težkih kaznivih dejanjih zoper osebno integriteto je z reaktivnimi čustvi žrtev treba računati. Ne glede na to, kako jih vrednotimo, jih nemara štejemo za »nizka« ali »iracionalna«, mimo njih ne moremo. Bolj priporočljivo, kot da jih ignoriramo ali tabuiziramo, je, da o njih odprto razpravljamo – tudi znotraj kazenskopravnega sistema in tudi znotraj razglabljanj o namenih kaznovanja. O vprašanih, katera pričakovanja žrtev so legitimna in do kod jim država znotraj kazenskopravnega sistema lahko/sme/mora ustreči, je mogoče racionalno razpravljati. Razprava nikakor ne spada med lažje, od nje si je v najboljšem primeru mogoče obetati začasne kompromise. V članku je bila prikazana ena možnost takšnega kompromisa: ekspresivna funkcija kazni, usmerjena v komunikacijo z žrtvijo kot dopolnilna funkcija, ki pride v poštev pri težkih osebnih kaznivih dejanjih, pri čemer se ne upoštevajo individualne, temveč normativirane potrebe žrtve. Ta kompromis je lahko izhodišče za nadaljnjo razpravo in izboljšave.

Literatura

- Ambrož, M. (2008). Preventivne mešane teorije o namenu kaznovanja. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 59(3), 239–248.
- Ambrož, M. (2016). Namen kaznovanja: Pozitivna generalna prevencija. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 67(1), 5–15.
- Baurmann, M. (2014). Strafen aus Spaß? Experimentelle Befunde zum Sanktionsverhalten. V C. Prittwitz (ur.), *Rationalität und Empathie: Kriminalwissenschaftliches Symposium für Klaus Lüderssen zum 80. Geburtstag* (str. 50–81). Baden-Baden: Nomos.
- Bomann-Larsen, L. (2010). Revisionism and desert. *Criminal Law and Philosophy*, 4(1), 1–16.
- Burghardt, B. (2018). *Zufall und Kontrolle*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Christie, N. (1981). *Limits to pain*. Oxford: Martin Robertson.
- Duff, A. (2001). *Punishment, communication and community*. Oxford: Oxford University Press.
- Günther, K. (2002). Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. V C. Prittwitz (ur.), *Festschrift für Klaus Lüderssen* (str. 205–219). Baden-Baden: Nomos.
- Günther, K. (2014). Zurechnung, Strafe und das Selbstverständnis von Personen. V C. Prittwitz (ur.), *Rationalität und Empathie: Kriminalwissenschaftliches Symposium für Klaus Lüderssen zum 80. Geburtstag* (str. 9–49). Baden-Baden: Nomos.
- Hamel, R. (2009). *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Hörnle, T. (2006). Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht. *Juristenzeitung*, 61(19), 950–958.
- Hörnle, T. (2011a). Gegnertätige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion. V A. von Hirsch (ur.), *Strafe – Warum?* (str. 11–30). Baden-Baden: Nomos.
- Hörnle, T. (2011b). *Straftheorien*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hörnle, T. (2017). Zwecke und Rechtfertigung staatlicher Strafe. V F. Saliger (ur.), *Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag* (str. 593–605). Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- Hörnle, T. (2019). Straftheorien. V E. Hilgendorf, H. Kudlich in B. Valerius (ur.), *Handbuch des Strafrechts, Band 1: Grundlagen des Strafrechts* (str. 507–537). Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- Jakobs, G. (1976). *Schuld und Prävention*. Tübingen: Mohr.
- Jakobs, G. (2008). *Norm, Person, Gesellschaft*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Klug, U. (1968/1998). Abschied von Kant und Hegel. V T. Vormbaum (ur.), *Strafrechtsdenker der Neuzeit* (str. 571–576). Baden-Baden: Nomos.
- Kmet, S. (2019). Nekaj misli ob noveli ZKP-N. *Pravna praksa*, 38(27), 9–10.
- Moore, M. S. (2016). Stephen Morse on the fundamental psychological error. *Criminal Law and Philosophy*, 10(1), 45–89.
- Langseth, L. (Režiserka). (2010). *Till det som är vackert* [Film]. Švedska: Demiurg.
- Murphy, J. G. (1990). Getting even: The role of the victim. *Social Philosophy & Policy*, 7(2), 209–225.
- Neumann, U. (2007). Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe. V M. Pawlik in R. Zaczek (ur.), *Festschrift für Günther Jakobs* (str. 435–450). Köln, Berlin, München: Heymann.
- Pawlik, M. (2004). *Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Petrovec, D. (2005). *Kult žrtve*. Ljubljana: GV Založba.
- Plesničar, M. M. (2012). Namen kaznovanja in njegov vpliv na odločanje o sankcijah. *Zbornik znanstvenih razprav*, 72, 181–210.
- Plesničar, M. M. (2015). Dobri in manj dobri razlogi za razlike v kaznovanju. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 66(2), 116–127.
- Plesničar, M. M. (2017). Postopek odločanja o sankcijah. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 68(3), 258–268.
- Reemtsma, J. P. (1999). *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*. München: Beck.
- Saliger, F. (2017). Über das kommunikative Moment in neueren, insbesondere expressiven Straftheorien – Einige kritische Anmerkungen. V F. Saliger (ur.), *Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag* (str. 689–700). Heidelberg: C.F. Müller Verlag.
- Strawson, P. (1974). *Freedom and resentment and other essays*. London: Methuen & Co.
- Thaler, R. H. (2019). *Nerazumno vedenje: Razvoj vedenjske ekonomije*. Ljubljana: UMco.
- Walther, S. (1999). Was soll "Strafe"? Grundzüge eines zeitgemäßen Sanktionssystems. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 111(1), 123–143.
- Walther, T. (2011). Vergeltung als Strafzweck, Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik. *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 6(7), 636–647.
- Weigend, T. (2010). "Die Strafe für das Opfer?" – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht. *Rechtswissenschaft*, 1(1), 40–57.
- Weigend, T. (2011). Kommentar zu Tatjana Hörnle, Gegenwärtige Strafbegründungstheorien. V A. von Hirsch (ur.), *Strafe – Warum?* (str. 31–41). Baden-Baden: Nomos.

Punishment as Communication with the Victim of Crime

Matjaž Ambrož, Ph.D., Professor at Faculty of Law, University of Ljubljana, Researcher at Institute of Criminology at the Faculty of Law in Ljubljana, Slovenia. E-mail: matjaz.ambroz@pf.uni-lj.si

The traditional dichotomy of “absolute” and “relative” theories of punishment may currently be considered obsolete. There is increasing discussion on expressive theories as the third pillar of the theories of punishment. These theories do not search for aims of punishment either in retribution or crime prevention, but rather see punishment as a means of communication or symbolic expression. Expressive theories of punishment appear in different variations, and the author critically evaluates some of these variations, whereas he finds the most intriguing those which consider punishment to be a symbolic means of communication with victims of crime. This variation of expressive theories closes an important gap in the discourse on the aims of punishment. At the same time, it opens several controversial questions, including: which expectations of victims of crime are legitimate and to what extent should the criminal justice system try to meet these expectations?

Keywords: expressive theories of punishment, victim, perpetrator, communication, culpability, reactive emotions, satisfaction, hard treatment

UDC: 343.8