

SLOVENSKA AKADEMIJA ZNANOSTI IN UMETNOSTI
ACADEMIA SCIENTIARUM ET ARTIUM SLOVENICA

RAZRED ZA ZGODOVINSKE IN DRUŽBENE VEDE
CLASSIS I: HISTORIA ET SOCIOLOGIA

INŠTITUT ZA KRIMINOLOGIJO PRI PRAVNI FAKULTETI
V LJUBLJANI IN PRAVNA FAKULTETA

RAZPRAVE
DISSERTATIONES

40

ODZIVANJE NA SPOLNO KRIMINALITETO: MODELI, SPREMINJANJE IN DRUŽBENI KONTEKST

Urednici in urednik:
Alenka Šelih, Mojca M. Plesničar, Matjaž Ambrož



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani



INŠTITUT ZA KRIMINOLOGIJO
pri Pravni fakulteti v Ljubljani

LJUBLJANA
2022

ISBN 978-961-268-083-1

ODZIVANJE NA SPOLNO KRIMINALITETO: MODELI,
SPREMINJANJE IN DRUŽBENI KONTEKST

RAZPRAVE

DISSERTATIONES

40

SLOVENSKA AKADEMIJA ZNANOSTI IN UMETNOSTI
ACADEMIA SCIENTIARUM ET ARTIUM SLOVENICA

RAZRED ZA ZGODOVINSKE IN DRUŽBENE VEDE
CLASSIS I: HISTORIA ET SOCIOLOGIA

INŠTITUT ZA KRIMINOLOGIJO PRI PRAVNI FAKULTETI
V LJUBLJANI IN PRAVNA FAKULTETA

RAZPRAVE
DISSERTATIONES
40

ODZIVANJE NA SPOLNO KRIMINALITETO: MODELI, SPREMINJANJE IN DRUŽBENI KONTEKST

Urednici in urednik:
Alenka Šelih, Mojca M. Plesničar, Matjaž Ambrož



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani



INŠTITUT ZA KRIMINOLOGIJO
pri Pravni fakulteti v Ljubljani

LJUBLJANA
2022

SPREJETO NA SEJI PRVEGA RAZREDA ZA ZGODOVINSKE IN DRUŽBENE VEDE
SLOVENSKE AKADEMIJE ZNANOSTI IN UMETNOSTI
DNE 18. DECEMBRA 2020

IN
NA SEJI IZVRŠILNEGA ODBORA PREDSEDSTVA
SLOVENSKE AKADEMIJE ZNANOSTI IN UMETNOSTI
DNE 2. FEBRUARJA 2021

RAZPRAVE I. RAZREDA
DISSERTATIONES CLASSIS I

40

ODZIVANJE NA SPOLNO KRIMINALITETO:
MODELI, SPREMINJANJE IN DRUŽBENI KONTEKST

Urednici in urednik:
Alenka Šelih, Mojca M. Plesničar in Matjaž Ambrož

Recenzenta: Katja Filipčič in Miha Hafner

Lektoriranje: Polona Šergon

Izdala in založila:
Slovenska akademija znanosti in umetnosti
Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

Prelom, priprava in tisk: SETZER, Danilo Radanovič s.p.

Naklada: 300 izvodov

Ljubljana, 2022

CIP – Kataložni zapis o publikaciji
Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

343.541(082)
343(497.4)(082)

ODZIVANJE na spolno kriminaliteto : modeli, spreminjanje in družbeni kontekst
/ urednici in urednik Alenka Šelih, Mojca M. Plesničar, Matjaž Ambrož. – Ljubljana :
Slovenska akademija znanosti in umetnosti : Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti,
2022. – (Razprave / Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Razred za zgodovinske
in družbene vede = Dissertationes / Academia scientiarum et artium Slovenica, Classis I:
Historia et sociologia ; 40)

ISBN 978-961-268-083-1 (Slovenska akademija znanosti in umetnosti)
COBISS.SI-ID 95227395

VSEBINA

Predgovor	7
I. Razvoj odzivanja na spolno kriminaliteto v času in prostoru	11
Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost v Sloveniji – pogled na zgodovinski razvoj, <i>Alenka Šelih</i>	13
Spolna kaznena djela u raskoraku izmedju velikih ideja i surove stvarnosti: hrvatska iskustva i iskušenja, <i>Igor Martinović</i>	23
The New German Law on Sexual Assault, <i>Tatjana Hörnle</i>	39
II. Izzivi slovenske ureditve odzivanja na spolno kriminaliteto	61
Sistemske anomalije slovenskega spolnega kazenskega prava. Kakšne spremembe spolnega kazenskega prava potrebuje Slovenija?, <i>Damjan Korošec</i>	63
Odprta vprašanja modela soglasja, <i>Matjaž Ambrož</i>	77
Kaznovanje spolne kriminalitete: primer posilstva, <i>Mojca M. Plesničar,</i> <i>Aleksej Jankovič</i>	89
Varstvo (izbranih skupin) ranljivih oseb pred spolnostjo, <i>Lora Briški</i>	115
III. Praktični izzivi slovenske ureditve odzivanja na spolno kriminaliteto	129
Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost: od upiranja do soglasja, <i>Mirjam Kline</i>	131
Sodniški pogled na reformo spolnega kazenskega prava, <i>Martin Jančar</i>	136
Med teorijo in prakso: odvetniški pogled na reformo spolnega kazenskega prava, <i>Blaž Kovačič Mlinar</i>	149
Izkušnje žrtev kot smerokaz za potrebne spremembe, <i>Tajda Logar,</i> <i>Tjaša Hrovat</i>	161
IV. Povzetki	177
V. Abstracts	185
VI. Avtorice in avtorji	193
VII. Recenziji	199

Predgovor

V zadnjih letih se v vse več državah odpirajo razprave o potrebah po spreminjanju tradicionalnih sistemov preganjanja spolne kriminalitete. Te so v več primerih vodile v spreminjanje zakonodaje, pri čemer gre v glavnem za konceptualne spremembe glede temeljne inkriminacije poseganja v spolno avtonomijo posameznika – pri kaznivem dejanju posilstva.

Klasični model prisile za to, da neko neprimerno spolno ravnanje sodi v inkriminacijo, zahteva uporabo določene sile in temu nasprotnega odpora. Ta model, ki se zdi v nekaterih pogledih okorel in pretog, je mogoče korigirati s posameznimi popravki ali širšo interpretacijo, pogosteje pa države posegajo po preskoku v drugačno inkriminacijo. Sodobni trendi gredo tako v smeri modela soglasja, pri čemer se odločajo bodisi za sistem, ki za inkriminacijo zahteva jasno zavrnitev spolnega partnerja, bodisi sistem, ki v izogib inkriminaciji zahteva jasno pritrditev spolnega partnerja.

Javni diskurzi tako v laični kot strokovni javnosti ob samem postopku spreminjanja, ter ob implementaciji kažejo, da vprašanje, kako oblikovati sodobnemu času in vrednotam primeren sistem varovanja spolne integritete, ni enostavno in ne nudi enoznačnih odgovorov. Izkušnje iz sistemov, ki so skozi ta proces že šli, so lahko za sisteme, ki vanj šele vstopajo ali se v njem nahajajo, pomembne in dragocene.

V Sloveniji so bile že nekaj let žive razprave o morebitnih spremembah skupine kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost, ki so bile v svojem temelju oblikovane ob sprejemanju prvega slovenskega kazenskega zakona v 70-ih letih prejšnjega stoletja. Te razprave so potekale tako v teoriji kot na pristojnem ministrstvu, na fakultetah je bilo opravljenih več diplomskih in raziskovalnih nalog s tega področja; posebej živahna pa je bila dejavnost nevladnih organizacij.

Zato smo se raziskovalci, ki delujemo na tem področju v okviru SAZU, Pravne fakultete UL in Inštituta za kriminologijo pri tej fakulteti, odločili obdelati to vprašanje z različnih zornih kotov. V razčlembi smo želeli vključiti zgodovinsko pravno in primerjalno pravno sestavino; doktrinarna vprašanja materialno pravnega pogleda; kriminološki pogled na odmero kazni storilcem te skupine kaznivih dejanj. Vendar smo poleg, pogojno rečeno, teoretičnih pogledov na obravnavano problematiko želeli predstaviti tudi poglede in stališča kolegov in kolegic, ki se vsakodnevno ukvarjajo z obravnavanjem teh kaznivih dejanj in se spoprijemajo z materialno ali procesno pravnimi problemi, ki se ob tem nedvomno odpirajo. Prav tako smo želeli dati besedo tudi pogledu nevladnih organizacij na obravnavano problematiko in dati s tem posredno besedo tudi žrtvam teh kaznivih dejanj.

Opisano problematiko smo želeli osvetliti na enodnevnem posvetu maja 2020 in na njem dati možnost tudi širši razpravi. Epidemija corone-19 je to, žal, preprečila in posvet je bilo nato mogoče izpeljati v aplikaciji Zoom šele leto kasneje. V času med epidemijo pa smo raziskovalci intenzivno sodelovali in izmenjavali gradiva in stališča ter izpopolnjevali naše vedenje o obravnavani problematiki. V začetku leta 2021 so nato stekli tudi zakonodajni postopki za spremembe skupine kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost, zlasti posilstva.

Ker je bila problematika obravnavanja spolnih kaznivih dejanj, kakor jo je predvidela načrtovana monografija, precej širša kot zakonodajna reforma, je smiselno, da gradivo objavimo in ga ponudimo strokovni in širši javnosti kot poglobljen in širši pogled na problematiko obravnavanja spolnih kaznivih dejanj v sodobnem kazenskem pravu.

Pričujoča monografija v prvem delu predstavlja prispevek prof. dr. Alenke Šelih o zgodovinskem pregledu kaznivih dejanj v slovenskem kazenskem pravu od kazenskega zakonika iz leta 1930 do kazenskega zakona 1977, ko so bila ta kazniva dejanja opredeljena v sodobnejši obliki. Temu pregledu se pridružujeta dva primerjalno pravna prispevka. Prvi, izr. prof. dr. Igorja Martinovića o podobni problematiki v hrvaškem kazenskem pravu in drugi, prof. dr. Tatjane Hörnle o reformi kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost v nemškem kazenskem pravu.

Tem razvojnim in primerjalno pravnim vidikom sledi skupina prispevkov, ki se ukvarjajo z izzivi odzivanja na spolno kriminaliteto v domači teoriji. Prof. dr. Damjan Korošec se ukvarja s sistemskimi anomalijami slovenskega kazenskega prava; prof. dr. Matjaž Ambrož z odprtimi vprašanji modela soglasja; doc. dr. Mojca M. Plesničar in Aleksej Jankovič s problematiko sankcioniranja spolne kriminalitete in Lora Briški, MR na Inštitutu za kriminologijo, s pojmom slabotne osebe kot eno izmed skupin žrtev spolnih kaznivih dejanj.

Tretji del monografije se posveča problemom, s katerimi se pri obravnavanju te skupine kaznivih dejanj srečujejo praktiki. Mirjam Kline je predstavila pogled na reformo spolnega kazenskega prava, kakor ga je oblikovalo državno tožilstvo; dr. Blaž Kovačič Mlinar se je posvetil problemom, ki jih s tem v zvezi zaznava kot odvetnik; Martin Jančar pa je razčlenil odprta vprašanja, kakor jih dojema kot sodnik. Na koncu – a nikakor ne nazadnje – sta svoja odločno oblikovana stališča predstavili predstavnici nevladne organizacije Logar – Hrovat.

Čeprav je bil Kazenski zakonik prav v času priprav na pričujoči zbornik spremljen, avtorice in avtorji sodimo, da vsebuje toliko koristnih, tudi kritičnih informacij in stališč, da bo nedvomno lahko koristno prispeval k zakonsko in ustavno skladni uporabi novih določb KZ-1 ter hkrati posredoval številne nove poglede, tudi kritična mnenja, utemeljene na tujih izkušnjah – kar bi lahko pozitivno vplivalo na uporabo na novo sprejetih pravnih norm, ki se nanašajo na spolna kazniva dejanja.

Ob izidu te publikacije se želimo zahvaliti I. razredu za zgodovinske in družbene vede SAZU, ki je publikacijo sprejel v svojo zbirko *Dissertationes* in Slovenski akademiji znanosti in umetnosti za pomoč pri pripravi posveta. Za objavo je Alenka Šelih namenila del denarne nagrade Zoisove nagrade za življenjsko delo, ki jo je prejela 2019. leta. Zahvala gre tudi vsem avtoricam in avtorjem, ki so v ne prav prijaznih pogojih epidemije pripravljali svoje prispevke ter obema recenzentoma, ki sta ljubeznivo pripravila recenzijo te publikacije.

Urednici in urednik: Alenka Šelih, Mojca M. Plesničar in Matjaž Ambrož

V Ljubljani, januar 2022

I.

**RAZVOJ ODZIVANJA
NA SPOLNO KRIMINALITETO
V ČASU IN PROSTORU**

Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost v Sloveniji – pogled na zgodovinski razvoj

V svojem prispevku se bom omejila na obdobje od uveljavitve kazenskega zakonika Kraljevine Jugoslavije, ki je začel veljati 1. 1. 1930, do uveljavitve kazenskega zakonika Socialistične republike Slovenije leta 1977.

1. Kazniva dejanja zoper javno moralo po Kazenskem zakoniku Kraljevine Jugoslavije (KZ 1930)

Ta zakonik je bil sprejet v burnem obdobju, saj je bil to čas, ko je prišlo do hude politične krize, ker je bil julija 1928 v narodni skupščini ustreljen poslanec Stjepan Radić, ki je kasneje za posledicami tudi umrl. Kralj Aleksander je 6. 1. 1929 razveljavil Vidovdansko ustavo, prepovedal vse politične stranke, razpustil parlament in prevzel vso oblast. Vlada je nato 26. 2. 1929 sprejela kazenski zakonik, ki je bil pred tem že obravnavan v skupščini in je začel veljati 1. 1. 1930. KZ 1929 obravnava spolna kazniva dejanja v XXIV. poglavju pod naslovom *Kazniva dejanja zoper javno moralo*.

Priprava kazenskega zakonika je bila precej neusklajena. Zakonik se je v precejšnjem obsegu naslanjal na srbski kazenski zakonik, ki je bil v veljavi v Kraljevini Srbiji od leta 1860 in je bil – kot ugotavlja Dolenc¹ – »posnetek pruskega kazenskega zakonika« iz leta 1851; ta pa je bil »samo predelava francoskega *code penal*-a iz leta 1811«. Pri pripravi osnutkov kazenskega zakonika Kraljevine Srbov, Hrvatov in Slovencev (ta se je preimenovala v Jugoslavijo prav v času sprejemanja zakonika) so kasneje po Dolencevih navajanjih upoštevali še tedaj moderne kazenske zakonike – norveškega in ruskega, kasneje pa tudi češko-slovaškega, nemškega in avstrijskega.²

Kazniva dejanja zoper javno moralo, napadi zoper javno moralo, kot jih imenujeta Dolenc in Maklecov,³ so bila oblikovana v skladu s tedanjimi pogledi na spolnost in moralo, ki so bila povsod – tako v katoliških kot v pravoslavnih državah – pod močnim vplivom verske morale. Kot navaja Dolenc,⁴ »ni udejstvovanje

¹ Dolenc (1929), 9. Med sodobnimi avtorji podaja zgodovinski pregled spolnega kazenskega prava v Sloveniji D. Korošec (2008), str. 43–77.

² Dolenc (1929), str. 10–11.

³ Dolenc in Maklecov (1934), str. 333.

⁴ Dolenc (1929), str. 412.

spolnega gona v zakonskem življenju v nobeni fiziološko naravni obliki zabranjeno; izven zakona pa načelno povsod, kjer trpi vsled tega javna morala na ta način, da se druge osebe dražijo ali zavajajo k udejstvovanju spolnega gona izven zakonskega življenja«. Spolna aktivnost je bila torej omejena skoraj izključno na zakonsko zvezo; izven nje je bila dovoljena le v omejenem obsegu – če ni druge osebe spodbujala k spolnosti izven zakonske zveze. Ker so bila dejanja iz tega poglavja označena kot dejanja zoper javno moralo, smemo sklepati, da so šteli, da je vsaka taka aktivnost bila dejanje zoper javno moralo.

Dolenc in Maklecov⁵ delita kazniva dejanja iz tega poglavja v naslednje skupine: »kršitve svobodnega razpolaganja s telesom glede udejstvovanja spolnega gona« – to so kazniva dejanja posilstva (posilstva) v različnih oblikah; »kršitve ali ogrožanje dece in maloletnikov« – to so kazniva dejanja zoper otroke pod 14. letom starosti; parazitarna kazniva dejanja – »(pri)pomoč k udejstvovanju spolne strasti drugih ljudi« – tu gre za pomoč pri spolni aktivnosti dveh polnoletnih oseb, ki živita »izven braka« pod pogojem, da je pomoč dana iz navade ali iz koristoljubnosti; »krvosramnost (krvoskrunstvo) med sorodniki«; »nečistost zoper naravo med ljudmi (sodomija) in med ljudmi in živalmi (bestialiteta)« – to so homoseksualna in lezbična spolna dejanja ter spolne aktivnosti med človekom in živaljo; in zadnja skupina – »groba žalitev naravne sramežljivosti v zadevah spolnega gona« – tu gre za izdelavo in razpečevanje pornografskega gradiva.

Dolenc in Maklecov⁶ poudarjata, da so kaznive tri vrste spolnih ravnanj: telesna združitve, ki se zahteva pri posilstvu; nečisto ravnanje, ki pomeni vsako drugo ravnanje, katerega cilj je zadostitev spolnemu nagonu – ki pa ne predstavlja telesne združitve in pri katerem gre lahko za ravnanje ene osebe (kot na primer ekshibicionizem ali onanija), lahko pa ravnanje, pri katerem je poleg storilca prizadeta še druga oseba drugega ali istega spola. Tu so bila zajeta homoseksualna in lezbična ravnanja. Tretja oblika kaznivega spolnega ravnanja je nečistost, ki pomeni dalj časa trajajoče razmerje med osebama različnega spola, ki ne živita v »braku«, njuna ravnanja pa pomenijo »spolno zablodo« ali nečistost zoper naravo – tu je mišljena pederastija ali lezbična ljubezen, pa tudi nekatere druge spolne praktike (cunilingus, coitus per os).

Takšen koncept spolnih kaznivih dejanj je bil v skladu s tedanjimi pogledi na spolnost, ki so bili pod močnim vplivom moralnih in verskih norm tedanjega časa.⁷

Temeljno kaznivo dejanje med spolnimi delikti predstavlja posilstvo, ki ga je kazenski zakonik opredelil takole:

⁵ Dolenc in Maklecov (1934), str. 333; Korošec (2008), str. 53.

⁶ Dolenc in Maklecov (1934), str. 334.

⁷ Korošec (2008), str. 53.

Par. 269

Posiljenje spolno zrele ženske v normalnem stanju:

Z robijo do desetih let se kaznuje:

1. *kdor primora žensko osebo, s katero ni oženjen, s silo ali s pretnjo istočasne nevarnosti za življenje ali telo do telesne združitve; ali*

2. *kdor izvrši telesno združitev z žensko osebo, ki jo spravi predhodno v nezavestno stanje ali jo drugače onesposobi za obrambo.*

Temeljno kaznivo dejanje posilstva je opredeljeno v skladu s tedaj običajnimi inkriminacijami tega ravnanja: njegova podlaga je stališče, da gre za spolno ravnanje, pri katerem storilec uporabi silo ali grožnjo; žrtev je ženska, s katero ni oženjen; Dolenc⁸ v svojem tolmaču – pojasnilih k temu kaznivemu dejanju ne omenja zahteve, da se ženska storilčevemu ravnanju upira, verjetno pa je bila to ena izmed okoliščin, ki je bila bistvena za ugotovitev storilčevega ravnanja.

Poleg temeljne oblike kaznivega dejanja je Kazenski zakonik 1929 poznal še druge oblike kaznive telesne združitve – če je bilo dejanje izvršeno z žensko, ki je duševno bolna, slaboumna, omamljena ali sicer nesposobna za obrambo; če je žrtev oseba, ki še ni dopolnila 14 let; če je bil storilec v nadrejenem položaju – na primer kot starešina, nadzornik, zdravnik, verski predstavnik, vzgojitelj, učitelj; podobno je veljalo za izvršitev telesne združitve z osebo, ki je pod storilčevim nadzorom v zaporu, bolnici, sodišču, v zavodu za vzgajanje.

Zakonik je torej zagotovil dovolj široko varstvo oseb, ki so bila v razmerju odvisnosti do storilca bodisi glede na svoje osebne lastnosti ali pa glede na svoj položaj v razmerju do storilca. Korošec poudarja še posebnost, določeno v 274. členu KZ1929, kjer je bila predvidena inkriminacija posilstva mladoletnega moškega pod 14. letom s strani polnoletne spolno zrele ženske.⁹

2. Kazniva dejanja zoper osebno dostojanstvo in zoper moralo po kazenskem zakoniku SRFJ iz leta 1951 s spremembami

Ta kazenski zakonik je bil bistveno spremenjen z novelo iz leta 1960, zato ga bom obravnavala v skladu s to novelirano verzijo (KZ 1960).

Zakonik je kot objekt kazenskopravnega varstva opredelil ne javno moralo, kot KZ 1929, temveč osebno dostojanstvo in moralo. V literaturi je mogoče zaslediti kritiko teh objektov kazenskopravnega varstva. Tahović¹⁰ ugotavlja, da bi bila pravilnejša oznaka, če bi pojem morale omejili na pojem »spolne morale«. Hkrati pa ugotavlja, da sta predmet napada pri večini kaznivih dejanj iz tega poglavja svo-

⁸ Dolenc (1931), str. 412–414.

⁹ Korošec (2008), str. 55.

¹⁰ Tahović, Janko (1961), str. 166–167.

boda posameznika in njegovo odločanje o spolnem življenju. Po njegovem mnenju tu ne gre za napad na osebno dostojanstvo, temveč za napad na osebno spolno svobodo, pri tem pa se hkrati krši tudi posameznikovo osebno dostojanstvo.¹¹ Po njegovem stališču je temeljno izvršitveno ravnanje »nečisto dejanje« (bludna radnja) – v širšem pomenu je to vsako ravnanje posameznika, katerega namen je zadovoljitev spolne pohote, spolnega nagona. To mnenje je ostalo osamljeno, saj bi predstavljalo – če bi bilo sprejeto – izjemno široko možnost za kriminalizacijo ravnanj, povezanih s spolnostjo.

Temeljno kaznivo dejanje je ostalo posilstvo, katerega opredelitev je ostala skoraj povsem enaka, kot je bila v KZ 1929: dejanje je izvršeno, če storilec žensko, s katero ne živi v zakonski skupnosti, prisili k spolnemu občevanju s tem, da uporabi silo ali ji zagrozi z neposrednim napadom na življenje ali telo (179. člen KZ 1960). Dejanje je kvalificirano, če je nastopila smrt ali huda telesna poškodba ženske.

Posilstvo je torej ponovno koncipirano kot spolno dejanje, ki se izvrši z nasiljem – in ne kot nasilno dejanje, ki se izvrši z uporabo spolnih ravnanj. Zanimiva pa je primerjava med razlagami dejanja pri piscih, ki so prihajali iz različnih geografskih in kulturnih okolij tedanje države. Kobe in Bavcon ugotavljata, da mora biti sila absolutna ali kompulzivna in takšne intenzivnosti, da lahko zlomi odpor; ta pa mora biti resen in trajen; odpor je trajen, kadar ne gre za sram.¹² Tahović pa ugotavlja, da ne obstaja posilstvo, če se ženska resno ne upira ali se upira samo navidezno, da bi ohranila »dober glas« ali pa »samo zato, da izzove strast«.¹³

Podobno kot v KZ 1929 je tudi v tem zakoniku (180. člen) inkriminirano spolno občevanje s slabotno osebo (duševna bolezen, začasna duševna motnja, slabost ali kakšno drugačno stanje, zaradi katerega se ženska ne more upirati) in z mladoletno osebo (ki še ni dopolnila 14 let; 181. člen) ter spolno občevanje z zlorabo položaja (182. člen). V okviru teh dveh kaznivih dejanj pa je v enakem obsegu kot spolno občevanje inkriminirano tudi »protinaravno nečistovanje«.

Kot posebno kaznivo dejanje je bilo inkriminirano »nečisto dejanje« (183. člen), kjer je šlo za to, da storilec v okviru kaznivih dejanj posilstva ali prepovedanega spolnega občevanja (179.–182. člen) izvrši samo nečisto dejanje. Po stališču komentarja Kobeta in Bavcona je nečisto dejanje napad na osebno nedotakljivost in dostojanstvo, ki po splošnem družbenem pojmovanju hudo žali občutek sramu ali spolne morale. Hkrati pa komentar poudarja, da »pojma protipravnega nečistovanja in nečistih dejanj nista jasno opredeljena in se tudi nedosledno uporabljata«. Ni več mogoče sprejeti razlage, po kateri je »protinaravno nečistovanje« vsako dejanje, s katerim skuša storilec na telesu druge osebe zadovoljiti svoj spolni na-

¹¹ Tahović (1961), str. 168.

¹² Kobe, Peter in Bavcon, Ljubo (1970), str. 260.

¹³ Tahović (1961), str. 171.

gon. *Immissio in anum, in os, inter femora* ... se v sodobni seksologiji ne štejejo več za protinaravne. Zato jih tudi v kazenskem pravu ne gre več šteti za kaznive same po sebi, temveč le ob pogojih, ki so določeni v tem poglavju kazenskega zakonika (uporaba sile ali grožnje, zloraba slabotnosti, mladoletnosti).¹⁴ Teh kritičnih pojasnil, ki naj omejijo uporabo določb o teh kaznivih dejanjih, v prvem skupinskem komentarju KZ 1960 še ni mogoče najti.¹⁵

Komentar opozarja, da »tako imenovano protinaravno nečistovanje in nečista dejanja pogosto kažejo na patološke odklone v storilčevi spolnosti ali celo duševnosti«.¹⁶

Tahović poudarja, da je tako dejanje vsako dejanje, ki ga storilec podvzame na telesu druge osebe zato, da bi zadovoljil svoj spolni nagon, storilec pa pri tem uporabi silo. To so lahko dejanja, ki v spolnem življenju ne predstavljajo pokvarjenosti (na primer seganje pod krilo, poljubljanje), ali pa pomenijo nenormalen pojav (onanija, spolne perversnosti, lezbištvo).¹⁷ Javno nečisto dejanje (183. člen), ki je obsegalo zlasti ekshibicionizem, je bilo z novelo 1960 preneseno med prekrške.

Pozornost vzbuja še 186. člen KZ 1951 – protinaravno nečistovanje, ki je v temeljni obliki pomenilo, da storilec uporabi silo ali zagrozi komu z neposrednim napadoma na življenje ali telo in ga s tem prisili k protinaravnemu občevanju. Temeljna oblika pomeni izenačitev kaznivosti posilstva in drugih spolnih praktik, če so izvršene s silo ali grožnjo. Po mnenju Kobeta in Bavcona je zakonodajalec s tem »skušal popraviti nejasnosti in nedoslednosti v inkriminacijah v tem poglavju v uporabi pojmov protinaravnega nečistovanja in nečistih dejanj«.¹⁸ Tahović v zvezi s tem dejanjem opozarja na to, da pri določeni skupini ljudi obstaja prirojena anomalija v njihovem spolnem življenju in za te je kazenske represija nesmiselna. Pri drugi skupini ljudi pa je ta perversnost pridobljena in je znak njihove pokvarjenosti v spolnem življenju. Tahović za to skupino meni, da je reagiranje na pojav potrebno, je pa vprašljivo, na kakšen način – s kaznijo ali na drug način.¹⁹

Posebej problematičen je bil 2. odstavek tega člena – ki je inkriminiral »protinaravno nečistovanje med osebami moškega spola« – in grozil s kaznijo zapora do enega leta. V zvezi z njim Kobe in Bavcon ugotavljata, da je sporno, »kaj zajema tako imenovano protinaravno nečistovanje med moškimi«. Po mnenju avtorjev je treba ta pojem razlagati ožje (torej samo kot *immissio in anum*),

¹⁴ Kobe in Bavcon (1970), str. 264.

¹⁵ Kazenski zakonik, prečiščeno besedilo (1960).

¹⁶ Kobe in Bavcon (1970), str. 267.

¹⁷ Tahović (1961), str. 185–186.

¹⁸ Kobe in Bavcon (1970), str. 268.

¹⁹ Tahović (1961), str. 191.

hkrati pa poudarjata, da »pa sicer homoseksualni spolni odnosi med odraslimi sporazumnimi osebami v večini evropskih držav niso več predmet kazenskega pregona«. ²⁰ Tahović do tega kaznivega dejanja ne izraža nobenih pomislekov. ²¹

Jugoslovansko kazensko pravo je pri obravnavi spolnih deliktov ostalo v precejšnji meri v okvirih, ki jih je postavil KZ 1929. Očitno pa je, da je bilo razumevanje posameznih opredelitev kaznivih dejanj v različnih delih države različno; to pa je verjetno imelo za posledico tudi različno sodno prakso. Inkriminacije so ostale podrejene prevladujočim moralnim normam, na katere drugačna ideološka usmeritev družbe ni imela velikega vpliva. Bistveno ostaja tudi, da pravo obravnava posilstvo na enak način kot dotlej – kot spolno dejanje, izvršeno z uporabo sile, kar je imelo za posledico zahtevo, da se mora žrtev dejanju tudi s silo upreti.

3. Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost in moralo po kazenskem zakonu SRS iz leta 1977

Jugoslovanska ustava iz leta 1974 je na novo opredelila razmerja med federacijo in republikami in prepustila na kazenskopravnem področju predvsem zakonodajo o vrstah kaznivih dejanj (posebni del) republikam. Na podlagi te ustavnopravne delitve pristojnosti je bil sprejet kazenski zakon Socialistične republike Slovenije, ²² ki je začel veljati 1. 7. 1977 (KZ 1977). V enajstem poglavju (100.–105. člen) je obravnaval kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost in moralo. Razprave o vprašanih delitve pristojnosti med zvezo in republikami so se začele v začetku sedemdesetih let; precej celovito pa so bile predstavljene na (letnem) posvetu Jugoslovanskega združenja za kriminologijo in kazensko pravo v Mostarju leta 1974. V okviru poročila o možnih novih inkriminacijah in dekriminacijah je vprašanje spolnih deliktov obravnaval Bavcon. ²³ Izhajal je s stališča, da ni treba ničesar, kar je v sferi spolnih ravnanj svobodno in sporazumno, kaznovati; vse, kar je izvršeno pod prisilo ali z zlorabo, pa je družbi nevarno, protipravno in kaznivo. ²⁴ Varstveni objekt je pri teh kaznivih dejanjih spolna svoboda oziroma spolna integriteta v spolnih odnosih med ljudmi. Po njegovem mnenju nobeno spolno vedenje ali razmerje, ki temelji na svobodni odločitvi zrelih partnerjev v teh odnosih, ne more biti predmet kazenskopravne represije. V svojem poročilu ugotavlja, da šteje sodobna seksologija za naravno in zato normalno vsako obliko spolnega vedenja med zreliimi, odgovornimi in svobodnimi osebami. Zato ni potrebno, da se v te

²⁰ Kobe in Bavcon (1970), str. 269.

²¹ Tahović (1961), str. 190–192.

²² KZ SRS, Uradni list SRS št. 12-618/77 z dne 11. junija 1977.

²³ Bavcon, Ljubo (1974), str. 580–584.

²⁴ Bavcon (1974), str. 581.

odnose vmešava kazensko pravo; tudi ne, ko gre za odnose, ki jih je tedaj veljavni KZ poimenoval »protinaravno nečistovanje«.²⁵ Ta stališča so se močno razlikovala od tedaj prevladujočih in so imela za posledico predlog za dekriminacijo kaznivih dejanj »nečisto dejanje« in »protinaravno nečistovanje«, kar je bilo na posvetu sprejeto z veliko skepso in tudi nasprotovanjem. Čeprav v pisni verziji Bavconovega poročila ni omenjen njegov predlog, da se preoblikuje tudi kaznivo dejanje posilstva tako, da se vključi tudi posilstvo v zakonski zvezi, je prav ta predlog – ki se ga avtorica kot udeleženka posveta živo spominja – zbudil največ polemične razprave, predvsem pa tudi zanimanja tedanjih medijev. Praktično vsi vodilni dnevniki v državi so poročali o tem, po prevladujočem mnenju nesprejemljivem predlogu, saj bi – po mnenju medijev, pa tudi velikega dela stroke – tako obliko posilstva ženske lahko zlorabile za obračun s partnerjem ob konfliktih v zakonski zvezi, povsem nemogoče pa bi bilo tudi ugotavljanje dejanskega stanja, še posebej, če bi šlo le za poskus. Kolikor lahko presodim, dotlej noben predlog s področja kazenskega prava ni zbudil toliko pozornosti splošne javnosti kot prav ta.

Čeprav večina predlogov ni bila deležna podpore na posvetovanju, je bil položaj znotraj republike drugačen. Tu je bilo tako političnega kot strokovnega razumevanja mnogo več in večina teh predlogov je bila sprejeta v KZ 1977. Kot ugotavlja Korošec, se je z novimi rešitvami »uveljavilo zmanjševanje represije in velika stopnja razmoraliziranja spolnosti«.²⁶ Sistematika kaznivih dejanj v poglavju o kaznivih dejanjih zoper spolno nedotakljivost in moralo (100.–105. člen KZ 1977) je bila postavljena na novo in se do danes ni bistveno spremenila. To poglavje je obsegalo posilstvo, spolno nasilje, spolno zlorabo slabotne osebe, spolni napad na osebo, mlajšo od štirinajst let, kršitev spolne nedotakljivosti z zlorabo položaja in zvodništvo. Kaznivi dejanji posredovanja pri prostituciji in izdelovanje in širjenje pornografskih spisov sta ostali v okviru KZ SRJ.

Bavcon v uvodu h KZ 1977 ugotavlja, da je to poglavje spremenjeno tako v formulacijah kot v sistematiki. Objekt kazenskopravnega varstva je opredeljen natančneje kot varstvo človekove spolne nedotakljivosti. To je mogoče kršiti ali ogroziti z uporabo sile, z grožnjo, z izsiljevanjem ali zlorabo položaja oziroma slabosti ali mladosti žrtve. V tem je protipravnost teh dejanj, »ne pa v moralnih označbah nekaterih spolnih dejanj kot ‚protinaravnih‘ ali ‚nečistih‘«.²⁷ Ob tedanjem pojmovanju zakonske zveze in zunajzakonske skupnosti, po Bavconovem mnenju, ni »nobenega razloga za to, da bi posilstvo kaznovali do sklenitve zakonske zveze, po tem pa bi to dopuščali«.²⁸ Isti razlogi so narekovali tudi dekriminacijo

²⁵ Bavcon (1974), str. 581.

²⁶ Korošec (2008), str. 67.

²⁷ Bavcon, L. (1977), str. XLVI.

²⁸ Bavcon, L. (1977), str. XLVI–XLVII.

kaznivega dejanja zapeljevanja, saj »obljuba zakona, četudi lažna, praviloma in sama po sebi dandanes ne more več pripraviti žensko do spolnega občevanja«. ²⁹ Za dekriminacijo moške homoseksualnosti ugotavlja, da je že dolgo aktualna – iz načelnih razlogov, a tudi zato, ker je v praksi že dolgo ne preganjajo. Tako ravnanje preide v cono kriminalnega ob uporabi sile, grožnje ali zlorabe.

Posilstvo je torej glede spola storilca in uporabe sile ali grožnje opredeljeno enako kot doslej s tem, da je žrtev lahko tudi ženska, s katero storilec živi v zakonski zvezi ali zunajzakonski skupnosti. V tem primeru se dejanje preganja na zasebno tožbo. ³⁰ Dejanje je bilo kvalificirano, če je bilo izvršeno na grozovit ali posebno poniževalen način ali če ga je izvršilo več oseb zaporedoma; prav tako če je storilec zagrozil, da bo o žrtvi ali o njenih bližnjih odkril nekaj, kar bi lahko škodovalo njeni ali njihovi časti ali dobremu imenu.

Spolno nasilje (101. člen) je bilo oblikovano na novo in je bilo glede uporabe sile ali grožnje izenačeno s posilstvom, žrtev pa je izvršila ali trpela kakšno spolno dejanje, ki ni vključeno v kaznivem dejanju posilstva. Storilec je bil lahko oseba moškega ali ženskega spola; žrtev pa je lahko istega ali drugega spola. Spolna dejanja v smislu tega kaznivega dejanja so vsa spolna dejanja, kjer gre »za zadovoljevanje spolnega nagona na telesu oškodovanca in ne pomenijo spolnega občevanja«, ³¹ ob pogoju, da so bila izvršena ali pa jih je žrtev morala trpeti zaradi uporabe sile ali grožnje.

Spolna zloraba slabotne osebe (102. člen) je obsegala spolno občevanje ali izvršitev drugega spolnega dejanja z osebo drugega ali istega spola tako, da storilec zlorabi slabost žrtve – duševno bolezen, začasno duševno motnjo, hujšo duševno zaostalost, slabost.

Na varstvo oseb, mlajših od štirinajst let, se je nanašalo kaznivo dejanje spolnega napada na tako osebo (103. člen) – kaznivo je bilo spolno občevanje ali kakšno drugo spolno dejanje; kvalificirano pa je bilo, če je bilo izvršeno z uporabo sile ali grožnje in če je bilo dejanje izvršeno z zlorabo učitelja, skrbnika ali druge osebe, ki dejanje izvrši z zlorabo svojega položaja z osebo, mlajšo od 14 let, ki mu j zaupana v učenje, varstvo, vzgojo ali oskrbo.

Inkriminirana je bila tudi – že doslej poznana, a posodobljena – kršitev spolne nedotakljivosti z zlorabo položaja (104. člen), kjer je storilec zlorabil svoj položaj in s tem pripravil osebo drugega ali istega spola, ki mu je bila podrejena, k spolnemu občevanju ali pa k temu, da izvrši ali trpi kakšno drugo spolno dejanje. Storilci iz poklicne skupine vzgojiteljev (učitelji, vzgojiteljki, skrbniki ali druga

²⁹ Bavcon, L. (1977), str. XLVII.

³⁰ Kot pojasnilo velja dodati, da je v določenem obdobju zakon o kazenskem postopku izključil možnost pregona na predlog.

³¹ Deisinger, M. (1981), str. 361.

oseba, ki z zlorabo svojega položaja izvrši tako dejanje, so bili sankcionirani strožje).

Zadnje kaznivo dejanje v tem poglavju je bilo zvodništvo, ki se je omejilo samo na zvodništvo in omogočanje zvodništva, spolnega občevanja ali drugih spolnih dejanj (105. člen). Kaznivi dejanji posredovanja pri prostituciji in izdelovanja in širjenja pornografskih spisov sta bili prevzeti v KZ SFRJ zaradi mednarodnopravne podlage, na kateri sta temeljili.

4. Ocena

Pogled na zgodovinski razvoj kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost nam pokaže, da so se spreminjale kazenskopravne vrednote, katerih varstvu so namenjena ta kazniva dejanja – medtem ko je v začetku obravnavanega obdobja prevladovala javna morala kot objekt varstva, se je ta kasneje spreminjal preko osebnega dostojanstva in morale do spolne nedotakljivosti. Hkrati s spreminjanjem objekta varstva se je spreminjal tudi koncept temeljnega kaznivega dejanja v tej skupini – posilstva: ne le v obravnavanem obdobju, temveč tudi v dolgem obdobju pred tem je to kaznivo dejanje veljalo za spolno kaznivo dejanje, ki se izvrši z nasiljem, podmena tega koncepta pa je bilo izhodišče, da je seksualno slo nemogoče obvladati. Šele v drugi polovici 20. stoletja prihaja do zanimivega preobrata – posilstvo opredeljujejo kot nasilno kaznivo dejanje, ki se izvrši s seksualnim aktom. Šele od tod dalje se zdi možen razvoj do modela prisile in nato do modela soglasja.

Naslednji vidik, ki izhaja iz pregleda razvoja tega izseka kazenskega prava, se nanaša na vprašanje širjenja in oženja inkriminacij. Prvi proces je povezan z razvojem položaja ženske v družbi nasploh in se kaže v razširitvi inkriminacije posilstva tudi na posilstvo v zakonski zvezi. Ne glede na morebitni učinek te spremembe v praksi je njegov pomen brez dvoma prav v drugačnem, bolj avtonomnem razumevanju položaja ženske – ne glede na njen zakonski stan.

Oženje inkriminacij oziroma proces dekriminacije se je oblikoval na podlagi vedno bolj uveljavljajočega se stališča, da je na področju spolnosti dopustno tisto, v kar svobodno privolita dve polnoletni normalno razviti osebi. Takšno stališče je imelo v sedemdesetih letih prejšnjega stoletja za posledico dekriminacijo več vrst spolnih praktik med odraslimi, najpomembnejša in najpogostejša med njimi pa je bila gotovo homoseksualnost med odraslimi moškimi, ki so v to privolili.

Tak razvoj je verjetno prispeval k temu, da so danes razprave o naslednjem razvoju, zlasti v zvezi s kaznivim dejanjem posilstva, bolj odprte, kot bi bile brez njega.

Uporabljena literatura

- Bavcon, Ljubo (1977). *Nekatere značilnosti kazenskega zakona SRS*. V: Kazenski zakon Socialistične republike Slovenije, Uradni list, Ljubljana, str. XLV–XLVIII.
- Bavcon, Ljubo (1974). Mogućnost novih inkriminacija i dekriminacija u jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu; JRKKP, Beograd, 1974, 4, str. 575–584.
- Dolenc, Metod (1929). Tolmač h kazenskemu zakoniku Kraljevine Jugoslavije, Tiskovna zadruga, Ljubljana, str. 412–435.
- Deisinger, Mitja (1981). Kazenski zakon SR Slovenije s komentarjem in sodno prakso, Gospodarski vestnik, Ljubljana, str. 347–383.
- Dolenc, Metod, Maklecov, Aleksander (1934). Sistem celokupnega kazenskega prava Kraljevine Jugoslavije. Tiskovna zadruga, Ljubljana, str. 333–348.
- Kobe, Peter, Bavcon, Ljubo (ur) (1970). Kazenski zakonik s pojasnili in sodno prakso. Uradni list, Ljubljana, str. 260–271.
- Korošec, Damjan (2008). Spolnost in kazensko pravo. Uradni list, Ljubljana, str. 51–103.
- Obrazložitev osnutka kazenskega zakona SR Slovenije (1975). Republiški sekretariat za pravosodje in občo upravo, Ljubljana, str. 90–100.
- Tahović, Janko (1961). Krivično pravo, posebni deo. Savremena administracija, Beograd, str. 166–194.

Zakonski viri

- Kazenski zakonik, 1951, prečiščeno besedilo, Uradni list FLRJ 30/59 in vse kasnejše spremembe (Ur. l. FLRJ 11 in 13 1962, Ur. l. SFRJ 15/65, 15/67, 20/69).
- Kazenski zakonik (1960), prečiščeno besedilo in pojasnila, pri sestavi pojasnil so sodelovali: Bavcon Ljubo in drugi, Uradni list, Ljubljana, 1960, str. 271–281.
- Kazenski zakon SFRJ in kazenski zakon SRS, Uradni list SRS, Ljubljana, 1982.

Spolna kaznena djela u raskoraku izmedju velikih ideja i surove stvarnosti: hrvatska iskustva i iskušenja

1. Uvod

Rasprave u stručnoj i općoj javnosti o predstojećoj reformi spolnog kaznenog zakonodavstva u Sloveniji silno podsjećaju na slične rasprave u hrvatskom javnom prostoru, a naročito me podsjećaju na rasprave koje su se vodile na sastancima radnih skupina u ministarstvu pravosuđa prije nekoliko godina. Bude na tim sastancima sveučilišnih profesora, aktivista nevladinih organizacija, predstavnika ministarstava, sudaca, državnih odvjetnika, odvjetnika, a katkad se nakratko ukaže i sam ministar, dajući time do znanja da sastanak radne skupine nije tek prilika za smazati gratis kiflu s marmeladom, nego jedan prevažan i ugledan zbor, gotovo pa *Landtag* neke minijaturne habsburške krunovine, kojem možda i nedostaje stvarnih ovlasti, ali čiji članovi taj nedostatak sjajno kompenziraju ozbiljnim i umnim izrazom lica, svekolikom zabrinutošću i grandioznim mislima.

sastancima radnih skupina, upravo rasprave o seksualnim deliktima i obiteljskom nasilju pojavljuju se kao svojevrsni *evergreen*. Čak i kada se radna skupina okupi iz nekog posve drugačijeg razloga (npr. zato što su briselski dosadnjakovići opet smislili neku novu direktivu, koju nam valja implementirati, transponirati ili kako se to već kaže), nerijetko rasprave skrenu u pravcu seksualnih delikata i obiteljskog nasilja. U novije je vrijeme sve veća i uloga građanskog aktivizma, koji temu spolnog nasilja često stavlja pod povećalo javnosti, a naročito u slučajevima teških zločina na koje se nerijetko nadovezuju i različiti propusti državnih tijela. Tada se i političke elite upuštaju u *damage control*, pa se rasprava o zakonskoj reformi pretvara u nerazmrsivo klupko sukobljenih ideologija, sitnih i krupnih političkih interesa te nastojanja da se razriješe raznorazni problemi u sudskoj praksi. U toj baražnoj vatri različitih interesa i koncepcija sudjeluju i kaznenopravni teoretičari, čija je uloga pri formuliranju zakonskih opisa kaznenih djela često ključna, ali ih se – ako su uložili u igri previsoki – ponekad i minorizira kao naporna stara gundala, a uzde u ruke tada preuzima izvršna vlast, sastavljajući prijedloge zakona bez puno obzira prema finim doktrinarnim nijansama.

Pitanje koje su spolne radnje zabranjene, a koje dopuštene, nije tek neko suho doktrinarno pitanje pa da bi tu nužno pravni teoretičari vodili glavnu riječ. To je ideološko pitanje *par excellence* i kao takvo predstavlja nepresušno vrelo strastvenih debata različitih društvenih aktera. Ipak, i kaznenopravna doktrina ima

o tom pitanju štošta za reći. Ako ništa drugo, teoretičar može uočiti systemske posljedice određenog zakonskog prijedloga, pa zakonodavcu pojasniti do kakvih sve neplaniranih rezultata može dovesti neko dobrohotno i naizgled napredno rješenje. Osim toga, može ocijeniti praktične domete tog rješenja i upozoriti zakonodavca kada smatra da se volja zakonodavca tim rješenjem neće realizirati; u tom slučaju, može sugerirati zakonodavcu kako da svoju volju učinkovitije ostvari. U tom smjeru će se kretati i moje rasprave u nastavku ovog rada. Pokušat ću pritom izbjeći svjetonazorska svrstavanja, i to ne zato što bih vrijednosna pitanja smatrao nebitnima pri formuliranju zakonskih opisa spolnih kaznenih djela, nego zato što vjerujem da je oko velike većine spornih pitanja, uz malo dobro volje na »sukobljenim« stranama, moguć ne samo truli kompromis, nego i istinski konsenzus.

Premda se u naslovu općenito spominju »spolna kaznena djela«, u ovom se radu neće obrađivati sva kaznena djela sa spolnim elementom. Neće se analizirati kaznena djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta, koja su u hrvatskom pravu izdvojena u zasebnu zakonsku glavu, a i inače su – već i po zaštićenom pravnom dobru – bitno drugačija od spolnih kaznenih djela među odraslim osobama. Neće se obrađivati ni sva spolna djela među odraslima, nego samo najteža među njima, a to ona koja u biću kaznenog djela sadrže spolni odnos ili s njime izjednačenu radnju; drugim riječima, spolna kaznena djela penetrativnog karaktera.

2. Spolna kaznena djela u hrvatskom pravu prije 2013.

U čl. 179. Krivičnog zakonika iz 1951.,¹ bilo je propisano da silovanje čini »tko žensku osobu s kojom ne živi u bračnoj zajednici upotrebom sile ili prijetnjom da će neposredno napasti na život ili tijelo prisili na obljubu«. Kazneno djelo obljube nad nemoćnom osobom (čl. 180.) činio je tko »nad ženskom osobom s kojom ne živi u bračnoj zajednici izvrši obljubu iskoristivši duševnu bolest, privremenu duševnu poremećenost, nemoć ili kakvo drugo stanje te osobe uslijed kojeg ona nije sposobna za otpor«. Obljubu ili protuprirodni blud zloupotrebom položaja (čl. 182. st. 1.), činio je »tko zloupotrebom svog položaja navede na obljubu žensku osobu koja se prema njemu nalazi u odnosu kakve podređenosti ili zavisnosti«. Kažnjiv je bio i »protuprirodni blud« (čl. 186.) između osoba muškog spola.

Tadašnja koncepcija spolnih kaznenih djela iz današnje se perspektive može nazvati, u najmanju ruku, konzervativnom. To se vidi i iz naslova zakonske glave – Krivična djela protiv dostojanstva ličnosti i morala – u kojem se pojam spolne slobode ni ne spominje. Temeljna su obilježja te koncepcije sljedeća: (1) »obljuba« je isključivo imisija penisa u vaginu, a imisije penisa u anus i usta predstavljaju

¹ Krivični zakonik, Službeni list FNRJ 13/51.

tek bludne radnje; (2) dobrovoljne i prisilne spolne radnje među muškarcima predstavljaju protuprirodni blud; (3) za silovanje nije dovoljan izostanak pristanka, nego se traži primjena sile ili prijetnje; (4) počinitelj silovanja je isključivo muškarac, a žrtva isključivo žena; (5) silovanje u braku nije kažnjivo.

Krivični zakon Socijalističke Republike Hrvatske, kasnije preimenovan u Krivični zakon Republike Hrvatske,² zadržao je bitna obilježja prijašnje koncepcije. Najznačajnija promjena je legalizacija dobrovoljnih homoseksualnih odnosa. Kazneno djelo protuprirodnog bluda (čl. 84.) ograničeno je na spolne radnje uz upotrebu sile, prijetnje, iskorištavanjem nemoći, prisilom i zloupotrebom položaja. Uvedeno je i kazneno djelo prinude na obljudu (čl. 81.), koje čini »tko prinudi na obljudu žensku osobu s kojom ne živi u bračnoj zajednici ozbiljnom prijetnjom da će za nju ili njoj blisku osobu otkriti nešto što bi škodilo njihovoj časti ili ugledu, ili ozbiljnom prijetnjom nekim teškim zlom«.

U Kaznenom zakonu iz 1997.³, primjetan je zaokret u poimanju seksualne delinkvencije. Naziv zakonske glave promijenjen je u »Kaznena djela protiv spolne slobode i spolnog ćudoređa«. Zakonski opis silovanja izmijenjen je u više aspekata: pojam »obljube« zamijenjen je »spolnim odnošajem i s njime izjednačenim spolnim radnjama«. Time su obuhvaćene i druge radnje penetrativne naravi (oralni seks, analni seks, penetracije prstima u vaginu i anus), a ne samo kopulacija (*imissio penis in vaginam*). Počinitelj i žrtva određeni su na spolno neutralan način, a silovanje je postalo moguće i u braku. Na sličan su način izmijenjeni i spolni odnošaj s nemoćnom osobom (čl. 189.), prisila na spolni odnošaj (čl. 190.) te spolni položaj zlouporabom položaja (čl. 191. st. 1.).

3. Kazneni zakon iz 2011. i novela iz 2019.

Kazneni zakon iz 2011.⁴, koji je stupio na snagu 2013., predstavljao je ponovnu prekretnicu u zakonskom uređenju seksualnih delikata. Iz naslova glave kaznenih djela izostavljeno je »spolno ćudoređe«, koje je kao koncept proglašeno problematičnim (Derenčinović, 2013) i zastarjelim (Turković et al., 2013), pa se sada ova glava naziva »Kaznena djela protiv spolne slobode«. Središnji koncept na kojem su izgrađeni seksualni delikti postao je pojam pristanka. To se obrazlaže time što »suvremena shvaćanja kaznenog djela silovanja polaze od toga da

² Krivični zakon, Narodne novine 25/77, 50/78, 25/84, 52/87, 43/89, 8/90, 9/91, 33/92, 39/92, 77/92, 91/92, 32/93, 38/93, 28/96, 30/96, 175/04.

³ Kazneni zakon, Narodne novine 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11, 143/12 (u daljnjem tekstu: KZ/97).

⁴ Kazneni zakon, Narodne novine 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19 (u daljnjem tekstu: KZ).

je kazneno djelo silovanja svaki spolni odnošaj ili s njime izjednačena spolna radnja... za koju osoba nije dala pristanak«. Kao komparativni uzori navode se Belgija i Ujedinjeno Kraljevstvo (Vlada Republike Hrvatske, 2011). U zakonu je kriminaliziran svaki spolni odnošaj i s njime izjednačena spolna radnja koji su počinjeni bez pristanka, a nekadašnja kaznena djela spolnog odnošaja s nemoćnom osobom, prisile na spolni odnošaj i spolnog odnošaja zlouporabom položaja fuzionirani su u jedno kazneno djelo: spolni odnošaj bez pristanka (čl. 152.). To kazneno djelo čini »tko s drugom osobom bez njezinog pristanka izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju ili navede drugu osobu da bez svog pristanka s trećom osobom izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju ili da bez svog pristanka nad samom sobom izvrši sa spolnim odnošajem izjednačenu spolnu radnju«. U st. 2. propisano je kažnjavanje počinitelja »koji je bio u otklonjivoj zabludi glede postojanja pristanka«, dok je u st. 3. dana definicija pristanka. Sukladno toj definiciji, pristanak postoji »ako je osoba svojom voljom odlučila stupiti u spolni odnošaj ili s njime izjednačenu spolnu radnju i bila je sposobna donijeti i izraziti takvu odluku. Smatra se da takvog pristanka nema osobito ako je spolni odnošaj ili s njime izjednačena spolna radnja izvršena uz uporabu prijetnje, prijevare, zlouporabom položaja prema osobi koja se prema počinitelju nalazi u odnosu zavisnosti, iskorištavanjem stanja osobe zbog kojeg ona nije bila sposobna izraziti svoje odbijanje, ili nad osobom kojoj je protupravno oduzeta sloboda.« Silovanje (čl. 153.) je pretvoreno u kvalificirani oblik spolnog odnošaja bez pristanka (spolni odnošaj bez pristanka + sila ili kvalificirana prijetnja).

Do ponovne »izmjene koncepta« silovanja dolazi 2019. godine (Vlada Republike Hrvatske, 2019). Obilježja kaznenih djela nisu mijenjana, ali je učinjen svojevrsni *rebranding*: spolni odnošaj bez pristanka preimenovan je u silovanje, tj. čl. 152. je brisan, a sav je njegov sadržaj prenesen u čl. 153. Tako je sada u čl. 153. st. 1. propisano ono što se ranije nalazilo u čl. 152. st. 1, a u čl. 153. st. 2. ono što je ranije bilo sadržano u čl. 153. st. 1. U čl. 153. st. 3. i 4. propisana je kažnjivost postupanja u otklonjivoj zabludi glede postojanja pristanka (nekadašnji čl. 152. st. 2. i čl. 153. st. 2.). Definicija pristanka prebačena je, bez promjena, iz čl. 152. st. 3. u čl. 153. st. 5. U biti se novelom iz 2019. sadržajno nije ništa mijenjalo, osim što su povišene kazne, a dva kaznena djela spojena su u jedno.

4. Kazneno djelo silovanja u hrvatskom pravu *de lege lata*: sporna pitanja

4.1. Navođenje žrtve na spolne radnje s trećima i sa samom sobom

U čl. 153. st. 1. propisana su tri oblika silovanja. Osim »uobičajenog« oblika (»... s drugom osobom bez njezina pristanka izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju...«), zakonodavac je propisao i dva nešto »egzotičnija«

oblika: navođenje druge osobe »da bez svog pristanka s trećom osobom izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju« i navođenje druge osobe »da bez svog pristanka nad samom sobom izvrši sa spolnim odnošajem izjednačenu spolnu radnju«. Tih radnji u Kaznenom zakonu iz 1997. nije bilo u zakonskom opisu, pa se postavlja pitanja je li moguće da su one ranije bile nekažnjive ili su, ipak, i tada bile kažnjive, ali prema pravilima općeg dijela kaznenog prava.

Nema nikakve dvojbe da se navođenje žrtve da bez svog pristanka s trećom osobom izvrši spolni odnos i sada i ranije moglo podvesti pod posredno počiniteljstvo (npr. kada žrtva ne ostvaruje obilježja kaznenog djela ili djeluje pod prijetnjom) ili supočiniteljstvo (npr. supočinitelj prijeti žrtvi da će objaviti njezine gole fotografije ako ne stupi u spolni odnošaj s drugim supočiniteljem). To proizlazi iz odredbe koja regulira počiniteljstvo (čl. 36. st. 1. i 2. KZ-a). Isto vrijedi i u pogledu radnje navođenja druge osobe da bez svog pristanka nad samom sobom izvrši sa spolnim odnošajem izjednačenu spolnu radnju. Ona obuhvaća navođenje osobe da bez svojeg pristanka samoj sebi u vaginu ili anus uvlači dijelove vlastitog tijela (npr. prste) ili predmete (npr. bocu, vibrator), što je u potpunosti obuhvaćeno pravnom figurom posrednog počiniteljstva, a sve u skladu s teorijom vlasti nad djelom. O tome da su ovakve situacije bile kažnjive i prema KZ/97 svjedoči i sudska praksa, koja je silovanjem ocijenila prisilu prema žrtvi da si u vaginu gura pivsku bocu (VSRH, I Kž-920/07) (Novoselec, 2008). S druge strane, navođenje osobe s težom mentalnom retardacijom na ručnu stimulaciju vlastitog penisa ne ulazi u okvire ove radnje (ni prema novom ni prema starom zakonu) jer takva stimulacija ne predstavlja spolnu radnju izjednačenu sa spolnim odnošajem već bludnu radnju (VSRH, Kžm-34/14).

S obzirom na navedeno, nejasna je odluka zakonodavca da spomenuta dva oblika navođenja izričito spomene u zakonskom opisu silovanja. Za obje te radnje svaki je teoretičar i praktičar i ranije znao da predstavljaju odgovarajuće seksualno kazneno djelo prema tadašnjem zakonodavstvu. Nelogična je tvrdnja u obrazloženju KZ-a iz 2011. da su te dvije radnje izrijeком propisane »polazeći od teorije vlasti nad djelom« (Vlada Republike Hrvatske, 2011): teorija o vlasti nad djelom vrijedi za sva kaznena djela i nema je potreba svugdje iznova spominjati i time pretrpavati zakonske opise kaznenih djela. Čini se da je zakonodavac ove dvije radnje izričito spomenuo »za svaki slučaj«, želeći time možda spriječiti da neki praktičar pogrešno protumači normu, a moguće je i da se htjelo »podići svijest« u općoj javnosti o tome da se tuđa seksualna autonomija može povrijediti na različite načine. Što god da se htjelo postići, suvišno fraziranje u zakonskim opisima kaznenih djela ne može biti dobar mehanizam da bi se ti ciljevi ostvarili. Kada bismo takvu tehniku počeli širiti i na druga kaznena djela, opći dio kaznenog prava postao bi nevažan i postupno bismo se vraćali u »prvobitnu juhu« koja je prethodila kaznenopravnoj sistematizaciji.

4. 2. Definicija pristanka

Iako ni u ranijoj teoriji i praksi najčešće nije bilo sporno da je svaki spolni odnos bez pristanka kažnjiv (»samo dobrovoljni pristanak na obljubu isključuje postojanje krivičnog djela« (Zlatarić, 1958, 223), »nema dobrovoljnog pristanka na obljubu bez vlastite volje ženske osobe« (VSRH, I KŽ-473/94), u KZ-u iz 2011. dvojbe su otklonjene time što je pristanak izričito spomenut u zakonskom opisu, tj. time što je postao obilježje bića kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka odnosno silovanja. Pritom je zanimljivo da zakonodavac definiranje pojma pristanka nije prepustio kaznenopravnoj teoriji, niti je – ako ga je već odlučio definirati – to učinio u općem dijelu kaznenog prava, nego je definiciju dao u posebnom dijelu (o tome kritički i Vuletić, 2016). Prema toj odredbi, »pristanak iz stavka 1. ovoga članka postoji ako je osoba svojom voljom odlučila stupiti u spolni odnošaj ili s njime izjednačenu spolnu radnju i bila je sposobna donijeti i izraziti takvu odluku.« Iz te se definicije mogu razlučiti dva temeljna sastojka za valjanost pristanka: (1) odluka o stupanju u spolni odnošaj; (2) sposobnost donošenja i izražavanja takve odluke.

U citiranoj se odredbi traži da pristanak bude sukladan volji osobe, ali ne i da bude izričito očitovan (manifestiran). Takvo stajalište zakonodavca na tragu je vladajućeg mišljenja u njemačkoj doktrini (tzv. teorija usmjerenosti volje, *Willensrichtungstheorie*) koje za valjanost pristanka – kao instituta općeg dijela koji isključuje biće kaznenog djela – ne traži njegovo izričito iskazivanje, bilo riječima bilo konkludentnim radnjama (Wessels, Beulke i Satzger, 2013; kritički Roxin, 2006). I prešutni je pristanak, dakle, dovoljan za isključenje bića kaznenog djela silovanja. Iz navedene teorije proizlazi još jedna bitna konzekvenca, a to je da se za spolni odnošaj bez pristanka ne traži da je žrtva koja se protivi spolnom odnošaju izričito izrazila svoje protivljenje. Prema tome, kao što je moguć prešutni pristanak, moguće je i prešutno odbijanje spolnog odnošaja. No iako postojeća zakonska formulacija otvara mogućnost prešutnog pristanka i prešutnog odbijanja, treba imati u vidu da počinjenje kaznenog djela treba dokazati, pa će na procesnom planu vanjske manifestacije pristanka odnosno odbijanja (izgovorene riječi, tjelesni pokreti, vanjske okolnosti itd.) i dalje imati ključnu ulogu (Roxin, 2006). Osim toga, pristanak na spolni odnos mora biti dan unaprijed i opoziv je tijekom spolnog odnosa. Ako je žrtva nekoliko dana ranije obećala počinitelju spolni odnos, ali je uoči samog čina odustala od te odluke, pristanka nema (VSH, KŽ-1867/52) (Zlatarić, 1956). Pristanka nema ni ako je žrtva tijekom samog čina povukla pristanak (npr. zbog toga što je počinitelj prešao granice za nju prihvatljivog ponašanja tijekom spolnog odnosa). Ako žrtva za vrijeme nedobrovoljnog spolnog odnosa promijeni svoju odluku i pristane na odnos, djelo je već dovršeno, pa se ne može prihvatiti tvrdnja Zlatarića (1956) da u tom slučaju nema dovršenog pa čak ni pokušnog kaznenog djela. Neprihvatljiva je stoga i odluka VSRH da se

u slučaju višestrukih spolnih odnošaja počinitelja i žrtve tijekom pet sati, pri čemu je prvi spolni odnošaj bio nedobrovoljan, a ostali dobrovoljni, ne radi o kaznenom djelu (VSRH, I KŽ-387/91, Pregled 50, 149) (Novoselec, 2007).

Drugi je element definicije pristanka iz čl. 153. st. 5. sposobnost donošenja i izražavanja odluke. Za valjanost pristanka na spolni odnošaj ne traži se nužno da udovoljava pretpostavkama koje građansko pravo traži za očitovanje volje; sposobnost odlučivanja o stupanju u spolni odnošaj mogu, primjerice, imati i osobe kojima je oduzeta poslovna sposobnost. Ipak, za odlučivanje o spolnom odnošaju nije dovoljna ni tzv. prirodna volja, koju mogu imati i djeca, teško pijane osobe, duševni bolesnici itd. Odlučivati o stupanju u spolni odnošaj nisu sposobna ni djeca mlađa od petnaest godina, no to je područje zasebno uređeno.

4. 3. »Smatra se da takvog pristanka nema osobito ako...«: prebacivanje tereta dokazivanja pristanka ili primjerično navođenje?

Druga rečenica čl. 153. st. 5. otvara različita teorijska pitanja. U obrazloženju KZ-a iz 2011. tvrdi se da je temeljna ideja te odredbe prebaciti »teret dokazivanja na okrivljenog: optužba će morati dokazati samo spolni odnos i jednu od navedenih okolnosti, a okrivljenik će zatim morati dokazati da pristanak postoji« (Vlada Republike Hrvatske, 2011; Cvitanović et al. 2018). U nastavku se navodi i da takvo tumačenje nije protivno presumpciji nedužnosti iz čl. 6. st. 2. EKLJP, što je točno: neke europske zemlje, a naročito one malobrojne koje pripadaju anglosaksonskom pravnom krugu, teret dokazivanja katkad prebacuju na okrivljenika. No iako takvu praksu Europski sud za ljudska prava načelno ne zabranjuje, svaka je država ovlaštena pružiti višu zaštitu prava okrivljenika od zajedničkog europskog minimuma. U kontinentalnoj pravnoj tradiciji, problematika tereta dokazivanja obično se ni ne susreće *stricto sensu* jer dokazni teret ne snose samo stranke, nego i sud, koji nije tek pasivni čuvar procedure, nego je aktivan u postupku pravilnog i potpunog utvrđivanja činjenica. To još više dolazi do izražaja kada se uzme u obzir pravilo *in dubio pro reo*, koje se prostire na sve činjenice relevantne za krivnju, a potencijalno i na širi krug pravnorelevantnih činjenica u kaznenom postupku. U čl. 3. st. 3. hrvatskog Zakona o kaznenom postupku nije predviđena bilo kakva derogacija ovog pravila, a i prema Ustavnom sudu RH (U-III-2374/2009), ono se prostire na sve činjenice, kako one koje tvore objektivna i subjektivna obilježja određenog kaznenog djela, tako i one o kojima ovisi primjena neke druge odredbe kaznenog zakonodavstva (opširnije Rittossa i Martinović, 2014; Marković, 2010). Sukladno tome, u doktrini se za pravilo *in dubio pro reo* tvrdi da je »postulat zdrave logike i praktičnog razuma« (Grubiša, 1966, 316). Drugim riječima, hrvatsko pravo ne prihvaća podjelu tereta dokazivanja u kaznenom postupku, pa teret dokazivanja pristanka ne može biti na okrivljeniku. Iz tih razloga, konstrukcija »smatra se...« ne može se tumačiti kao oboriva presumpcija na štetu okrivljenika. Ni u sudskoj

praksi hrvatskih sudova, barem onoj javnoj dostupnoj, ne mogu se pronaći odluke koje bi teret dokazivanja pristanka kod silovanja prebacivale na okrivljenika.

Prema tome, drugu rečenicu čl. 135. st. 5. treba čitati kao i svaku drugu odredbu kaznenog zakona kojom se primjerično (egzemplifikativno) navode neki slučajevi ili uvjeti. Primjer takvih nomotehničkih konstrukcija su generalne klauzule (koje su klasični primjer dopuštene analogije), ali i konstrukcije koje uključuju riječ »osobito«, kakve su uobičajene u općem dijelu, npr. kod primjeričnog navođenja olakotnih i otegotnih okolnosti (čl. 47.) ili okolnosti koje opravdavaju ublažavanje kazne (čl. 48. st. 2.).

4. 4. Slučajevi isključenja pristanka

I drugi dio druge rečenice čl. 153. st. 5. izaziva praktične dvojbe. U njemu se primjerično navodi kada pristanka nema. To su slučajevi kada je »spolni odnošaj ili s njime izjednačena spolna radnja izvršena uz uporabu prijetnje, prijevare, zlouporabom položaja prema osobi koja se prema počinitelju nalazi u odnosu zavisnosti, iskorištavanjem stanja osobe zbog kojeg ona nije bila sposobna izraziti svoje odbijanje ili nad osobom kojoj je protupravno oduzeta sloboda«.

Prvo što upada u oči jest to što se u citiranoj odredbi nigdje ne spominje sila. Neobično je da je zakonodavac spomenuo neke egzotičnije slučajeve, koji se teško mogu smatrati posve tipičnim oblicima silovanja, a propustio je spomenuti silu, kao klasično sredstvo kojim silovatelj žrtvi nameće spolni odnos. Taj propust doduše ne izaziva praktične posljedice jer se sila spominje u čl. 153. st. 2. kao kvalifikatorna okolnost, ali je ipak indikativan jer ukazuje na to da odredba čl. 153. st. 5. nije jasno uobličena. No dok je taj propust više »estetske« negoli praktične naravi, neki drugi propusti su i praktično vrlo značajni. Riječ je o tome da su tri nekoć samostalna kaznena djela (spolni odnošaj s nemoćnom osobom, prisila na spolni odnošaj i spolni odnošaj zlouporabom položaja) sada sadržajno reducirana i zbijena u prenatrpani čl. 153. st. 5., pa iz njega više kao putnici iz nekog prenatrpanog vlaka. Posljedice tog normativnog zahvata vrijedi podrobnije analizirati, što će se učiniti u nastavku.

Pri »selidbi« spolnog odnošaja s nemoćnom osobom u sadašnji čl. 153. st. 5., otpala je naznaka da je počinitelj onaj tko iskoristi »duševnu bolest, duševnu poremećenost, nedovoljnu duševnu razvijenost, neku drugu težu duševnu smetnju ili kakvo drugo stanje te osobe zbog kojeg ona nije sposobna za otpor« itd., a opstalo je samo da to mora biti »stanje osobe zbog kojeg ona nije bila sposobna izraziti svoje odbijanje«. Tu se ne radi samo o većoj jezgrovitosti odnosno manjoj ekspresivnosti zakonodavca, nego i o sadržajnoj izmjeni: nesposobnost za otpor zamijenjena je nesposobnošću za odbijanje. Iz toga slijedi da tom formulacijom nisu više obuhvaćene žrtve koje nisu tjelesno sposobne za otpor iako mogu izraziti odbijanje (npr. osobe u visokoj životnoj dobi, paraplegičari). S obzirom na prvu

rečenicu čl. 153. st. 5., treba uzeti da i ti slučajevi potpadaju pod silovanje, no bilo bi primjerenije da je takve situacije zakonodavac obuhvatio i u primjericnom nabranjanju. Sposobnost izražavanja odbijanja ne treba povezivati sa sposobnošću izražavanja u verbalnom smislu, jer žrtve ovog oblika spolnog odnošaja bez pristanka nisu osobe kojima nedostaje sposobnost izražavanja (npr. nijeme osobe), nego su to osobe koje – privremeno ili trajno – nisu sposobne shvatiti značenje spolnog čina, tj. njegove fizičke, psihičke i društvene posljedice. Ako je osoba doista nesposobna shvatiti značenje spolnog čina, nebitno je je li ona u konkretnom slučaju izrazila svoje odbijanje ili je, štoviše, takav odnos »prihvatila« odnosno prema njemu bila ravnodušna. U literaturi se, u tom kontekstu, spominje slučaj u kojem je osoba s dubokom mentalnom retardacijom »pristala« na spolni odnos misleći da se radi o nekom obliku tjelovježbe ili igre, kao i slučaj u kojem je nedovoljno duševno razvijena osoba ejakulaciju zamijenila s uriniranjem (Stone Lombardi, 1993; Rittossa i Martinović, 2014). Iako donošenjem KZ-a iz 2011. te situacije nisu legalizirane, nameće se pitanje je li utemeljenje kažnjivosti takvih spolnih akata na pojmu pristanka najsretnije rješenje, tj. ne bi li bilo logičnije i kriminalnopolitički jasnije da su se takve situacije tretirale u okviru zasebnog kaznenog djela umjesto da se pojam pristanka rasteže do neprepoznatljivosti.

Kod prisile na spolni odnošaj, tražilo se da spolna radnja bude počinjena »ozbiljnom prijetnjom nekim teškim zlom«, što se sada svelo samo na riječ »prijetnjom«. Do zaključka da ta prijetnja mora biti ozbiljna sada se mora doći zaobilaznim putem, tj. tumačenjem na temelju čl. 139. koji kao *lex generalis* uređuje kazneno djelo prijetnje. I u ovom se slučaju postavlja pitanje je li fokusiranje na pojam pristanka bilo ispravno, tj. ne bi li bilo povoljnije za žrtvu da su se spolni odnosi nametnuti prijetnjom i dalje smatrali neovisnim kaznenim djelom. Prema sadašnjem rješenju, počinitelju se daje mnogo veći manevarski prostor za »kreativna« tumačenja o tome je li spolni odnos bio počinjen bez pristanka ili s pristankom, za što mu je nehotice otvorio vrata sam zakonodavac.

Kod nekadašnjeg kaznenog djela spolnog odnošaja zlouporabom položaja izriekom se navodilo da se žrtva prema počinitelju morala nalaziti u odnosu zavisnosti »zbog imovinskog, obiteljskog, društvenog, zdravstvenog ili drugog stanja ili prilika«, što se sada više ne specificira. Osim toga, sada se u zakonu uzima da je spolni odnošaj zlouporabom položaja podvrsta silovanja, koje je pak definirano kao spolni odnošaj bez pristanka, iz čega *a contrario* slijedi da je spolni odnos zlouporabom položaja dopušten ako je postojao pristanak. Ranije se pak tvrdilo da kod kaznenog djela obljube zloupotrebom položaja »žrtva, doduše, pristaje na spolni odnošaj, ali je taj pristanak rezultat počiniteljeva iskorištavanja položaja zavisnosti odnosno autoriteta« (Novoselec, 2007, 165) odnosno da ovo djelo »pretpostavlja uvijek privolu osobe, prema kojoj se vrši obljuba« (Zlatarić, 1958, 229). U tom smislu, opseg današnjeg kaznenog djela uži je od ranijeg, tj.

žrtvama se – suprotno intenciji zakonodavca – pruža manja zaštita. Što se tiče tumačenja pojma zloporabe položaja, ne preostaje drugo nego posegnuti za praksom iz vremena ranijih kaznenih zakona, pa i za samim zakonskim tekstom KZ/97, premda on više nije na snazi, pa zaključiti da zavisnost može proizlaziti »iz radnog odnosa žrtve kod počinitelja, odnosa liječnika i pacijenta, poslodavca i kućne pomoćnice i slično« (VSRH, I KŽ-350/99). Isto tako, treba dati prednost faktičnom odnosu, bez obzira na to postoji li pravni temelj odnosa zavisnosti, npr. kada odnos zavisnosti između poslodavca i kućne pomoćnice nigdje nije evidentiran (VSH, I KŽ-620/73, Pregled 4, 49). O ovom obliku silovanja riječ je kada policajac u službenoj odori i službenim automobilom prostitutku odveze iz gradskog parka na skrovito mjesto, zlorabeći na taj način svoj položaj, te ju ondje navede na spolni odnošaj, na koji ona »pristane« u strahu da će joj u suprotnom onemogućiti daljnji rad (VSRH, I KŽ-1038/04); da taj »pristanak« nije relevantan, u ranijem se zakonodavstvu moglo vidjeti i iz samog bića kaznenog djela, a sada se to može iščitati jedino iz prve rečenice čl. 153. st. 5., ako se uzme da žrtva nije »svojom voljom odlučila« stupiti u spolni odnos.

Osim što je »nagurao« spomenuta tri kaznena djela u spolni odnošaj bez pristanka, i to u interpretativnu odredbu, a zatim sve to preimenovao u silovanje, hrvatski je zakonodavac uveo jedan novi oblik spolnog odnošaja bez pristanka (sada silovanja) spomenuvši u čl. 152. st. 3. (sada čl. 153. st. 5.) spolni odnošaj uporabom prijevare. U obrazloženju zakona iz 2011., predlagatelj zakona se na tu novotariju uopće nije ni osvrnuo, što je u najmanju ruku neobično, dok se u literaturi tvrdi da se time prihvaća anglosaksonski koncept *rape by deception* (»prijevarno silovanje«) (Turković et al., 2013). Kako je, pak, zakonodavac došao na ideju da spoji sadašnji koncept silovanja, koji počiva na seksualnoj autonomiji, s jednim antiknim anglosaksonskim institutom, ostaje nejasno. U tradicionalnoj *common law* doktrini, o prijevarnom silovanju radi se samo u dva slučaja: (1) kada žena stupi u spolni odnošaj s počiniteljem pogrešno misleći da se radi o njezinu mužu (npr. zbog zamračenosti prostorije) ili (2) kada počinitelj uvjeri ženu da će je podvrgnuti medicinskom zahvatu, ali je umjesto toga seksualno iskoristi (npr. penetrira u vaginu predmetima kako bi »izliječio neplodnost«) (Rubinfeld, 2013). Za razliku od anglosaksonske doktrine, koja u ograničenom broju slučajeva prijevarni spolni odnošaj smatra kažnjivim, u njemačkom kaznenom pravu prijevarni spolni odnošaj nije kažnjiv, npr. slučaj u kojem je počinitelj svoje »žrtve« naveo na spolni odnošaj tvrdeći da će on u suprotnom oslijepiti, slučajevi navođenja na spolni odnošaj lažnim obećanjem braka itd. (Roxin, 2006). Kada ga je zakonodavac već uveo, pojam prijevarnog silovanja svakako je nužno tumačiti vrlo restriktivno jer bi se inače došlo do kriminalnopolitički i životno neodrživih zaključaka, npr. da je prijevarno silovanje spolni odnos na koji je počinitelj »žrtvu« naveo lažnim prikazivanjem vlastitog bogatstva, izobrazbe, dobi, bračnog statusa, porijekla,

vjerske ili etničke pripadnosti i sl. Ako bi se zastupala ekstenzivna interpretacija, tada bi i petnaestogodišnjakinju koja navede starijeg muškarca na spolni odnošaj tvrdeći da je punoljetna valjalo smatrati počiniteljicom silovanja, a istom bi se logikom silovanjem mogao smatrati i spolni odnošaj s prostitutkom uz lažno obećanje imovinske koristi (jer ovdje je upravo novac motiv spolnog odnošaja). Primjena čl. 152. na takav slučaj predstavljala bi komercijalizaciju spolne slobode kao pravnog dobra, a to zasigurno nije bila intencija zakonodavca. Kao kriterij restriktivnog tumačenja prijevornog spolnog odnošaja moguće je koristiti teoriju koju je u okviru općeg dijela kaznenog prava razvio Arzt (1970), a koju u hrvatskoj literaturi prihvaćaju Novoselec i Martinović (2019). Prema tom kriteriju, prijevora isključuje pristanak žrtve kada kod nje izaziva zabludu o načinu, mjeri i opasnosti odricanja od pravnog dobra (u konkretnom slučaju, spolne slobode), ali ne i kada izaziva zabludu glede očekivane protučinidbe. To znači da se o kaznenom djelu silovanja ne radi kada žrtva stupi u spolni odnošaj s počiniteljem pogrešno misleći da će time za sebe ostvariti koristi na emocionalnom, imovinskom ili nekom drugom planu (npr. da će s počiniteljem sklopiti brak). Međutim, radilo bi se o ovom kaznenom djelu kada počinitelj žrtvu uvjeri da će, primjerice, pri spolnom odnošaju koristiti kondom, pa to ne učini, a žrtva ne bi pristala na spolni odnošaj bez zaštite; tu se kod žrtve ne izaziva zabluda o očekivanoj protučinidbi, već o načinu i opasnosti konkretnog spolnog odnošaja. S obzirom na to da su takve činjenične konstelacije rijetke, a i kada postoje teško su dokazive, ne čudi što u praksi – barem onoj koja je javno dostupna putem interneta – nema osuđujućih presuda za prijevarno silovanje.

4. 5. Zabluda o postojanju pristanka

Kreirajući nekadašnji čl. 152. i premještajući potom njegov sadržaj u čl. 153., zakonodavac se na više mjesta ponašao kao da opći dio kaznenog prava ne postoji. To vrijedi i za čl. 152. st. 2. (sada čl. 153. st. 3. i 4.), u kojem je propisano će se kazniti i »počinitelj koji je bio u otklonjivoj zabludi glede postojanja pristanka«. Prema općem pravilu, vrijedilo bi da je otklonjiva zabluda o biću djela kažnjiva samo kod delikata kod kojih je propisano kažnjavanje i za nehaj (čl. 30. st. 2.). Kao rezultat odstupanja od tog pravila, a sukladno čl. 153. st. 3. i 4., sada se kažnjava za silovanje počinitelj koji pogrešno drži da postoji pristanak žrtve na spolnu radnju iako je mogao spoznati da on ne postoji da je uložio dužnu pažnju, dok zablude o drugim obilježjima kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka nisu kažnjive. Primjerice, ako počinitelj ne zna da se žrtva prema njemu nalazi u odnosu zavisnosti ili ako nije svjestan da zlorabi svoj položaj, neće odgovarati za spolni odnošaj bez pristanka jer se takve zablude ne mogu podvesti pod čl. 153. st. 3. i 4. I kod spolnog odnošaja iskorištavanjem stanja osobe zbog kojeg ona nije sposobna izraziti svoje odbijanje, potrebno je da je počinitelj svjestan

stanja u kojem se žrtva nalazi, pa je nekažnjivo postupanje u otklonjivoj zabludi o tome da se žrtva nalazi u stanju u kojem ne može izraziti odbijanje. Zašto je zakonodavac odlučio stvoriti razliku među zabludama o biću djela i na taj način dodatno zakomplicirati problematiku zabluda, ostaje nejasno (o tome kritički i Vuletić, 2016). Indikativno je, međutim, da ni osam godina nakon stupanja na snagu KZ-a u javno dostupnoj sudskoj praksi nema osuda za silovanje počinjeno u otklonjivoj zabludi o postojanju pristanka.⁵

5. Zaključak

Kada se s vremenskim odmakom promotre reformski zahvati hrvatskog zakonodavca na kaznenim djelima protiv spolne slobode, postavlja se pitanje je li opsežna reforma iz 2011. bila provedena na promišljen i sustavan način. Nit vodilje aktualnog zakonskog uređenja bila je u zamisli da spolna kaznena djela među odraslim osobama treba utemeljiti na modelu pristanka, no pritom se previjedjela jedna logička začkoljica: reći da svaki spolni odnos bez pristanka treba biti kažnjiv nije isto što i reći da spolni odnos može biti kažnjiv samo ako je poduzet bez pristanka. Razlika u tim koncepcijama faktički se svodi na pitanje postoje li spolni odnosi među odraslim osobama koji usprkos pristanku svih uključenih zaslužuju biti označeni kao kazneno djelo. Ranije to nije bilo sporno: takva su kaznena djela bila spolni odnošaj zlouporabom položaja i spolni odnošaj s nemoćnom osobom. Sada su ta kaznena djela brisana, a njihov je sadržaj prenesen u čl. 153. st. 5. Kaznenog zakona, u kojem se navodi da se »smatra... da... pristanka nema« u slučajevima kada je spolni odnos počinjen »zlouporabom položaja prema osobi koja se prema počinitelju nalazi u odnosu zavisnosti« ili »iskorištavanjem stanja osobe zbog kojeg ona nije bila sposobna izraziti svoje odbijanje«. Citirano pokazuje da je zakonodavac bio pod tolikom impresijom koncepta pristanka da je cjelokupni sustav spolnih kaznenih djela želio upravo njemu podrediti, pa je u kazneno djelo silovanja, koje je utemeljio upravo na konceptu pristanka, »nagurao« i ona seksualna kaznena djela čiji je lajtmotiv bitno drugačiji. U svemu tome, zakonodavac se na više mjesto poigrao s kaznenopravnom sistematikom: na poseban je način definirao pojam pristanka (čl. 153. st. 5.), intervenirao je u problematiku zabluda predviđevši kažnjivost otklonjive zablude o postojanju

⁵ Mrčela, Vuletić i Livazović, 2020, navode da je od 1991. do 2016. godine 10 okrivljenika od ukupno 1761 »uspjelo u svojoj obrani« koja se sastojala u tome da su bili u zabludi o postojanju pristanka. Međutim, iz tih se podataka ne može iščitati jesu li bili u otklonjivoj ili neotklonjivoj zabludi, a ako su bili u otklonjivoj, je li se to dogodilo prije ili nakon stupanja na snagu KZ-a iz 2011. Da u praksi gotovo i nema pozivanja na zabludu o postojanju pristanka, navodi i Garačić, 2017.

pristanka (čl. 153. st. 3. i 4.) i u biću djela izrijeком naveo dvije radnje koje bi ionako bile kažnjive po općim propisima o sudioništvu (čl. 153. st. 1.).

Ako se u nekim budućim zakonskim izmjenama ponovno bude otvarala problematika seksualnih delikata, i ako se pritom bude htjelo to područje urediti na sistematičniji i jednostavniji način, to se može učiniti ugledajući se, primjerice, na njemačko rješenje iz 2016. godine. Najvažnije spolno kazneno djelo penetrativnog tipa u tamošnjem pravu sada se naziva »spolni napad; spolna prisila; silovanje« (§ 177 njemačkog Kaznenog zakonika), a njegov temeljni oblik (st. 1.) čini »tko protiv spoznatljive volje (*gegen der erkennbaren Willen*) druge osobe poduzme na njoj spolne radnje (...)«. Osim toga, u st. 2. propisani su slučajevi u kojima je spolna radnja kažnjiva usprkos tome što joj se žrtva nije usprotivila, npr. spolni odnos iskorištavanjem osobe koja nije bila u položaju donijeti odluku da se protivi spolnoj radnji ili ju nije mogla izraziti.⁶ U toj se odredbi ne spominje ni volja, ni pristanak, ni protivljenje žrtve, čime se omogućilo da određeni spolni odnosi među odraslim osobama budu kažnjivi i usprkos eventualnom postojanju pristanka. Ukratko, u st. 1. pruža se »sveobuhvatna zaštita od nedobrovoljnih seksualnih kontakata«, dok se st. 2. odnosi na slučajeve kada je »žrtva nesposobna disponirati svojim seksualnim životom na pravno relevantan način« (*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2017, § 177 nF, r. br. 1).

Navedeno zakonsko rješenje, premda nesavršeno⁷ ima puno prednosti u odnosu na aktualno hrvatsko. Međutim, njegovo bi se prihvatanje moglo protumačiti kao odustajanje od koncepta pristanka (*yes means yes*) u korist koncepta protivljenja (*no means no*), a samim time i kao »povratak na staro«. Predlagaču takvog »retrogradnog« rješenja mogle bi se pripisivati skrivene intencije, a to što su razlike između *yes means yes* i *no means no* gotovo neprimjetne kada se cijela problematika promotri kroz prizmu procesnog pravila *in dubio pro reo*, teško da bi se prihvatilo kao naročito važan argument. Može li se onda uopće u području seksualnih kaznenih djela pronaći rješenje koje bi zadovoljilo sve relevantne društvene aktere, a koje bi pritom bilo relativno jasno i konzistentno? Ne treba biti suviše optimističan, ali vrijedi pokušati. Evo mojih zaključaka koji bi tome možda mogli doprinijeti:

- (1) Iz procesne prizme, nema velike teorijske ili praktične razlike u tome hoće li zakonodavac silovanje definirati kao spolni odnos bez pristanka ili kao spolni odnos protiv (spoznatljive, iskazane i sl.) volje žrtve. Oba su ta modela načelno prihvatljiva.

⁶ Za njemačko rješenje prije 2016. v. Rittossa i Martinović, 2014.

⁷ To rješenje kritizira Renzikowski u *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2017. Rezi-gniranost u pogledu vjerojatni novih reformi izražava zaključkom da se »od zakonodavca ništa dobro ne može očekivati« (*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2017, § 177 nF, r. br. 38).

- (2) Navođenje žrtve na spolni odnos s trećom osobom ili na spolnu radnju sa samom sobom radnje su koje se pod biće kaznenog djela silovanja mogu podvesti prema općim pravilima o supočiniteljstvu i posrednom počiniteljstvu, pa je njihovo izričito spominjanje u zakonskom opisu suvišno.
- (2) Kaznena djela spolnog odnošaja s nemoćnom osobom i spolnog odnošaja zlouporabom položaja trebaju biti samostalna kaznena djela neovisna o pojmu pristanka. Ta se kaznena djela mogu podvesti pod silovanje samo uz razvlačenje i zamagljivanje pojma pristanka.
- (3) Koncepcija prijevarnog silovanja, ako se ekstenzivno shvati, dovodi do ustavnopravno neprihvatljivih rezultata. U hrvatskom je pravu *de lege lata* treba shvaćati vrlo restriktivno, a u budućnosti je treba brisati ili barem precizirati.
- (4) Otklonjiva zablude o postojanju pristanka, koja je prema čl. 153. st. 3. i 4. hrvatskog KZ-a kažnjiva, teorijski je zahtjevan konstrukt koji je teško razgraničiti od drugih oblika zablude o biću djela koji su nekažnjivi. Ako zakonodavac i nadalje želi takve situacije kriminalizirati, može to učiniti tako što će kažnjivost protegnuti na nehaj.
- (5) Pravilo *in dubio pro reo* vrhunski je princip kontinentalnog kaznenog procesnog prava i ne treba ga derogirati niti kod jednog kaznenog djela, a naročito ne kod teških kaznenih djela kao što je to silovanje.

Na samom kraju, htio bih slovenskom čitatelju prikazati statističke podatke o osuđenim punoljetnim počiniteljima najtežih seksualnih kaznenih djela u Hrvatskoj. U 2012. godini, posljednjoj u kojoj je još na snazi bio »stari model«, za silovanje je osuđeno 45 počinitelja, a za djela koja su kasnije spojena u kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka (spolni odnošaj s nemoćnom osobom + prisila na spolni odnošaj + spolni odnošaj zlouporabom položaja iz čl. 191. st. 1.) ukupno 11 počinitelja. U 2019. godini, posljednjoj za koju postoje službeni podaci, za silovanje (spolni odnošaj bez pristanka + sila ili prijetnja) osuđena su 22 počinitelja, a za spolni odnošaj bez pristanka (što je sada temeljni oblik silovanja) ukupno 12 počinitelja. Ako zbrojimo osude za sva »penetrativna« spolna kaznena djela među odraslim osobama (ona koja uključuju spolni odnošaj i s njime izjednačenu radnju), 2012. godine ih je bilo 56, a 2019. godine 34. Tumačenje tih brojeva, a time i konačnu interpretaciju praktičnih učinaka reforme spolnih kaznenih djela, prepuštam čitatelju.

Popis literature

- Arzt, G. (1970). Willensmängel bei Einwilligung. Frankfurt: Athenäum Verlag.
- Cvitanović, L., Derenčinović, D., Turković, K., Munivrana Vajda, M., Dragičević Prtenjača, M., Maršavelski, A. et al. (2018). Kazneno pravo – posebni dio. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.
- Derenčinović, D. (ur.). (2013). Posebni dio kaznenog prava. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.
- Garačić, A. (2017). Od zaštite dostojanstva ličnosti i morala do zaštite spolnih sloboda. V Novine u kaznenom zakonodavstvu – 2017 (str. 1-12). Zagreb: Vrhovni sud Republike Hrvatske.
- Grubiša, M. (1966). Princip in dubio pro reo u teoriji i praksi, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 4(3), 315-340.
- Kazneni zakon (KZ). *Narodne novine*, (125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19).
- Kazneni zakon (KZ/97). *Narodne novine*, (110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11, 143/12).
- Krivični zakon. *Narodne novine*, (25/77, 50/78, 25/84, 52/87, 43/89, 8/90, 9/91, 33/92, 39/92, 77/92, 91/92, 32/93, 38/93, 28/96, 30/96, 175/04).
- Krivični zakonik. Službeni list Federativne Narodne Republike Jugoslavije, (13/51).
- Marković, S. (24. 11. 2010). Pravilo in dubio pro reo u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske, *Informator*, 5-6.
- Mrčela, M., Vuletić, I., Livazović, G. (2020). Negligent Rape in Croatian Criminal Law: Was Legal Reform Necessary? *Review of Central and East European Law*, 45, 126-160.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Vol 3 (3rd ed.). (2017). München: Beck.
- Novoselec, P. (2008). Sudska praksa. Supočiniteljstvo, posredno počiniteljstvo i jedinstvo radnje kod silovanja, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 15(1), 445-447.
- Novoselec, P., Martinović, I. (2019). Kazneno pravo. Knjiga prva: Opći dio. Zagreb: Narodne novine.
- Novoselec, P. (ur.). (2007). Posebni dio kaznenog prava. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.
- Rittossa, D., Martinović, I. (2014). Spolni odnošaj bez pristanka i silovanje – teorijski i praktični problemi. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 21(2), 509-548.
- Roxin, C. (2006). Strafrecht – Allgemeiner Teil. München: Beck.
- Rubinfeld, J. (2013). The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy. *Jale Law Journal*, 122(6), 1372-1443.
- Stone Lombardi, K. (25. 7. 1993). Rape and the Mentally Retarded, *The New York Times*, 13.
- Marković, S. (24. 11. 2010). Pravilo in dubio pro reo u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske, *Informator*, 5-6.
- Turković, K., Novoselec, P., Grozdanić, V., Kurtović Mišić, A., Derenčinović, D., Bojanić, I. et al. (2013). Komentar Kaznenog zakona. Zagreb: Narodne novine.
- Vlada Republike Hrvatske. (2011). Konačni prijedlog Kaznenog zakona.
- Vlada Republike Hrvatske. (2019). Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona.
- Vuletić, I. (2016). Spolni odnošaj bez pristanka u hrvatskom kaznenom pravu. *Crimen: Časopis za krivične nauke*, 7(1), 33-43.
- Wessels, J., Beulke, W., Satzger, H. (2013). Strafrecht. Allgemeiner Teil (43rd ed.). Heidelberg: C. F. Müller.

- Zlatarić, B. (1956). Krivični zakonik u praktičnoj primjeni. Prvi svezak: Opći dio. Zagreb: Narodne novine.
- Zlatarić, B. (1958). Krivični zakonik u praktičnoj primjeni. Drugi svezak: Posebni dio. Zagreb: Narodne novine.

The New German Law on Sexual Assault¹

A. Introduction

Rape, sexual coercion, and sexual assault form the core of sexual offenses. How legislatures should define these offenses, and particularly how the threshold between legal and illegal sexual conduct should be drawn, tends to be a matter of intense discussions. German law underwent a major change in 2016 with the reform of Section 177 German Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB), and the introduction of a new criminal offense on sexual harassment, Sect. 184i StGB.² Despite the fact that no attempt was made to re-structure the whole chapter on sexual offenses,³ the recent German reform is of major importance. It involves a genuine shift of paradigms because it departs from the traditional coercion model that deemed it a necessary condition that offenders coerce victims with violence or similar pressure. Under the new law, sexual acts cross the threshold towards criminal conduct if the other person has expressed rejection. Sect. 177 StGB now acknowledges that “no” means no. Coercion was downgraded from a *necessary condition* to an *aggravating circumstance*.

B. German Law Before 2016

Until November 2016, the crime called “sexual coercion; rape” was defined in the following way:

§ 177 StGB (Old Version): Sexual Coercion; Rape

- (1) Who coerces another person
 1. by force,
 2. by threat of imminent danger to life or limb, or

¹ Besedilo je bilo prvič objavljeno v reviji German Law Journal leta 2017 in ga v monografiji objavljamo z dovoljenjem uredništva. Bibliografski podatki prvega natisa: Hörnle, T. (2017). The new German law on sexual assault and sexual harassment. *German Law Journal*, 18(6), 1309–1330. This chapter has been published in the German Law Journal 18 no. 6 (2017), 1209–1330.

² See Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches—Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, BUNDESGESETZBLATT, Teil I [BGBL I] [Federal Law Gazette], Nov. 4, 2016, at 2460.

³ For a much more comprehensive example of reform, see the English Sexual Offences Act 2003, c. 42 (Eng).

3. by exploiting a situation in which the victim is unprotected and at the mercy of the offender,
to suffer sexual acts by the offender or a third person or to engage in sexual activity with the offender or a third person, will be punished with imprisonment of not less than one year.⁴
- (2) In especially serious cases the punishment will be imprisonment of not less than two years. An especially serious case typically occurs if
 1. the offender performs sexual intercourse with the victim or performs similar sexual acts with the victim or makes the victim perform acts with him that degrade the victim, particularly if they entail penetration of the body (rape), or
 2. the offense is committed jointly by more than one person.
- (3) The punishment will be imprisonment of not less than three years if the offender
 1. carries a weapon or another dangerous instrument,
 2. carries another instrument or other means for the purpose of preventing or overcoming the resistance of another person through force or threat of force, or
 3. puts the victim in danger of serious harm to health.
- (4) The punishment will be imprisonment of not less than five years if the offender during the commission of the offense
 1. uses a weapon or another dangerous instrument,
 2. (a) seriously physically abuses the victim, or
 - (b) puts the victim in danger of death.
- (5) In less serious cases under subsection (1) the punishment will be imprisonment from six months to five years, in less serious cases under subsections (3) and (4) imprisonment from one to ten years.

The old version of Sect. 177 (1) StGB only applied if the offender had coerced the victim with force, threats, or exploitation of an unprotected situation. The traditional definition of rape, which can be traced back to medieval law,⁵ was based

⁴ Offense descriptions in the StGB prescribe lower and upper limits for sentencing ranges or set a lower limit. In the latter case, the upper limit always is the general maximum of fifteen years imprisonment, § 38 (2) StGB. Life sentences are rare in the StGB (only applicable if the victim is killed, see for sexual offenses: §§ 176b, 178 StGB).

⁵ See for the *Constitutio Criminalis Carolina* from 1532 ISABEL KRATZER-CEYLAN, FINALITÄT, WIDERSTAND, „BESCHOLTENHEIT“. ZUR REVISION DER SCHLÜSSELBEGRIFFE DES § 177 STGB, 81-84 (2015); for the similar definition in William Blackstone's „Commentaries on the Laws of England“ see KEITH BURGESS-JACKSON, A HISTORY OF RAPE LAW, in A MOST DETESTABLE CRIME. NEW PHILOSOPHICAL ESSAYS ON RAPE, 15, 17 (Burgess-Jackson ed., 1999).

on the coercion model. The *Reichsstrafgesetzbuch* (German Criminal Code from 1871) continued this tradition. The 19th-century Code has been substantially modified and amended in many parts. In the portions addressing sexual offenses, the historical roots of the code remained pertinent until 2016. Some features were modernized in 1997,⁶ by describing offenders and victims in a gender-neutral way and excluding the former marital rape exception. But the foundations of the law were not revised. Traditional rape law with its coercion model assumed that victims must resist physically. Over time, the rule that victims must resist physically has been softened. The 1871 *Reichsstrafgesetzbuch* acknowledged that, besides overpowering violence, the threat of violence was a good enough reason not to attempt physical resistance. In 1997, “exploitation of a situation in which the victim is unprotected and at the mercy of the offender” became an alternative to violence and threats. The idea was to cover implicit threats, situations can be so intimidating and hopeless that offenders do not need to explicitly announce physical harm. But until the recent reform, there was no provision in the Code that recognized the victim’s express “no” as a sufficient condition for a sexual offense.

The courts’ interpretation of Sect. 177 (1), number 3 StGB exacerbated the problems. Reading the unprotected situation clause, one might think that this should cover many cases of sexual attacks. But the Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof, BGH) gave it a very narrow scope of application. First, the Court required that it was objectively impossible to escape the scene or to call third persons for help, a victim’s subjective perception to be unprotected was irrelevant.⁷ The Court demanded that victims use even the slightest chance of obtaining assistance, such as calling small children for help⁸ or requiring assistance from strangers at a parking lot in the middle of the night,⁹ and acquitted offenders if the victims had not done so. Second, the Court only applied Sect. 177 (1), number 3 StGB if the victim remained passive because he or she feared serious physical injury or death by the offender.¹⁰ This excluded many cases. Fear of bodily injury or death is just one of many explanations why persons freeze rather than escape or shout for help. In another important group of cases, the decisive factor explaining victims’ passiveness was not fear, but other emotions such as surprise, shock, or

⁶ 33. Strafrechtsänderungsgesetz, July 1, 1997, BGBl I, 1607.

⁷ See Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Jan. 25, 2006, NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT [NJW] 1146 [hereinafter *Judgment of Jan. 25, 2006*].

⁸ See Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Aug. 26, 2005, NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT [NStZ] 2006, 165 [hereinafter *Judgment of Aug. 26, 2005*].

⁹ See Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Feb. 14, 2005, NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT [NStZ] 2006, 380 [hereinafter *Judgment of Feb. 14, 2005*].

¹⁰ See Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Apr. 4, 2007, NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT [NJW] 2341, 2343 [hereinafter *Judgment of Apr. 4, 2007*].

embarrassment,¹¹ perhaps also combined with personality traits such as shyness. Other victims had feared serious harm other than bodily injury.¹²

Considered together, the courts' interpretation of the old version of Sect. 177 StGB took a ridiculously demanding view of victims' obligations. It protected only those who were coerced by violence or threats for life and limb or who feared serious bodily injuries from the offender and had not even the slightest chance to escape or alarm others. Victims who were caught off guard, or did say no but did not show the highest degree of prudence and courage with regard to escape routes, were told that no criminal wrong had been done to them.

A case that the Federal Court of Justice decided in 2015¹³ demonstrates the loopholes in the old law. The defendant was a case manager at the state's employment agency, and the victim was a young female client with no personal relationship to the defendant. The ruling describes the victim as "very sensitive and not very assertive." During an appointment in his office, the defendant complimented and kissed the surprised victim and asked her to perform oral sex on him, which she refused. He nevertheless opened his pants and guided his penis into her mouth while she remained sitting on the visitor's chair. After that, he masturbated standing next to her. The defendant was sentenced for the masturbation part, which qualified as exhibitionism.¹⁴ The Federal Court of Justice confirmed that despite her express refusal, the penetration was not a criminal offense, as none of the circumstances in Sect. 177 (1) were present. Presumably, she could have alarmed other employees by shouting loud enough.

Besides "sexual coercion; rape," the German Criminal Code contained, and still contains, a second group of offenses labeled "sexual abuse." Such crimes do not require coercion, and consent is irrelevant. The idea is that, under certain conditions, sexual activities must be prevented tout court, independent of violence or threats, and even if the other person did in fact consent. Sexual abuse offenses protect children (persons under 14 years), and, in a less comprehensive way, juveniles, 14 to 18 years. The norms protecting minors¹⁵ have not been addressed by the recent reform. Under very narrow circumstances, adults can become victims of sexual abuse, too. The law lists circumstances of enhanced vulnerability,

¹¹ See Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] June 2, 1982, NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT [NJW], 1982, 2264 [hereinafter *Judgment of June 2, 1982*]; Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Nov. 8, 2011, NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT [NStZ] 2012, 268 [hereinafter *Judgment of Nov. 8, 2011*].

¹² *Judgment of Apr. 4, 2007*.

¹³ See Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Jan. 29, 2015, NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT [NStZ] 337 [hereinafter *Judgment of Jan. 29, 2015*].

¹⁴ See STRAFGESETZBUCH [STGB] [PENAL CODE] § 183.

¹⁵ See *id.* §§ 174, 176–176b, 180, 182.

such as being imprisoned or institutionalized, being a suspect in a criminal case involving police officers and prosecutors, or being a patient in medical treatment or counseling involving doctors and psychotherapists.¹⁶ The 2016 reform did not modify these prohibitions, but another traditional sexual abuse offense underwent change. Sect. 179 StGB covered sexual acts with victims who were physically ill or handicapped and thus could not resist physically, as well as sexual acts with unconscious or seriously mentally handicapped persons. The reform abolished this norm and integrated parts of it into the new version of Sect.177 StGB.¹⁷

C. The Course of the Reform

The 2016 reform adopted a “no-means-no” model and overcame the traditional dichotomy of either sexual abuse or sexual coercion. The crucial step was to introduce a new offense labeled sexual assault (sexueller Übergriff) in Sect. 177 StGB.¹⁸ Two factors promoted the change of thinking. One factor was pressure by NGOs and women’s organizations. An illuminating study, commissioned by German organizations providing services for the victims of rape, collected many cases in which prosecutors and judges concluded, often with sincere regret, that a sexual assault was not punishable under German law.¹⁹ The Association of Female Lawyers and the German Institute for Human Rights organized effective public campaigns in favor of changing the law.²⁰ A few legal scholars also argued that the law was

¹⁶ See id. §§ 174a–74c.

¹⁷ See *infra* Part C.

¹⁸ See *infra* Part C.

¹⁹ See KATJA GRIEGER, CHRISTINA CLEMM, ANITA ECKHARDT & ANNA HARTMANN, WAS IHNEN WIDERFAHREN IST, IST IN DEUTSCHLAND NICHT STRAFBAR: FALLANALYSE ZU BESTEHENDEN SCHUTZLÜCKEN IN DER ANWENDUNG DES DEUTSCHEN SEXUALSTRAFRECHTS (2014).

²⁰ See Dagmar Freudenberg & Ramona Pisal, *Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches—Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV)* (Deutscher Juristinnenbund eds., July 25, 2014), <https://www.djb.de/Kom-u-AS/K3/14-14/>; HEIKE RABE & JULIA NORMANN, SCHUTZLÜCKEN BEI DER STRAFVERFOLGUNG VON VERGEWALTIGUNGEN: MENSCHENRECHTLICHER ÄNDERUNGSBEDARF IM SEXUALSTRAFRECHT (Deutsches Institut für Menschenrechte eds., 2014), http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/_migrated/tx_commerce/Policy_Paper_24_Schutzluecken_bei_der_Strafverfolgung_von_Vergewaltigungen.pdf; TATJANA HÖRNLE, MENSCHENRECHTLICHE VERPFLICHTUNGEN AUS DER ISTANBUL-KONVENTION. EIN GUTACHTEN ZUR REFORM DES § 177 STGB (Deutsches Institut für Menschenrechte, eds. 2015), http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/_migrated/tx_commerce/Menschenrechtliche_Verpflchtigungen_aus_der_Istanbul_Konvention_Ein_Gutachten_zur_Reform_des_Paragraf_177_StGB.pdf.

in need of reform,²¹ though not very many. German legal scholars tend to neglect sexual offenses. Until today, these offenses are excluded from the state exams and the curriculum at German law schools. Susceptibility to status quo biases also plays a role, as well as the fact that the overwhelming majority of legal scholars in Germany are male and not interested in what might be considered feminist issues.²²

The other crucial factor behind the reform was international law. The Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention) from 2011²³ demands in Article 36 (1) that non-consensual acts of a sexual nature must be criminalized. Initially, the German Government took the stance that ratification of the Istanbul Convention would not require a change of the Criminal Code. In 2015, after growing public awareness of the many gaps in the German law and pressure by members of both parties of the Coalition (social-democrats and conservatives), the Ministry of Justice finally came forward with a draft to amend the StGB. This draft did not question the traditional coercion model in principle, but added an additional prohibition to cover surprise cases and extended the range of coercive threats to threats with serious evils beyond bodily injury.²⁴ A new offense that focuses directly on absence of consent rather than on intimidation and suddenness was not seriously considered.

In 2016, dissatisfaction with the restrained stance of the Ministry of Justice grew among female members of the German Parliament (Bundestag, BT). They managed to reach an agreement across all political parties to base the reform on a “no-means-no” model rather than updating the coercion model. They also came up with a draft of their own.²⁵ This is unusual for law making in Germany. The political parties who support the government normally rely on the drafting exper-

²¹ Tatjana Hörnle, *Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte*, 7 ZEITSCHRIFT FÜR INTERNATIONALE STRAFRECHTSDOGMATIK [ZIS] 206 (2015), http://zis-online.com/dat/artikel/2015_4_913.pdf; Tatjana Hörnle, *Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte*, 162 GOLTDAMMER'S ARCHIV FÜR STRAFRECHT [GA] 313 (2015); Osman Isfen, *Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten: Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen*, 7 ZEITSCHRIFT FÜR INTERNATIONALE STRAFRECHTSDOGMATIK [ZIS] 217 (2015); Lara Herning & Johanna Illgner, *“Ja heißt Ja”—Konsens-orientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht*, 17 ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSPOLITIK [ZRP] 77 (2016).

²² See *infra* Part C.

²³ See Eur. Consult. Ass., *Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence*, No. 210 (May 11, 2011) <https://rm.coe.int/168008482e>.

²⁴ See Parlamentsarchiv [Parliamentary Documents], DEUTSCHER BUNDESTAG: DRUCKSACHEN [BT] 18/8210 (Ger.).

²⁵ See Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz [Recommendations and Report by the Committee on Legal Matters and Consumer Protection], DEUTSCHER BUNDESTAG: DRUCKSACHEN [BT] 18/9097 (Ger.).

tise of the civil servants in the ministries. From the viewpoint of legal sociology, one could also interpret this legislative process as a sign for decreasing trust in experts. On July 7, 2016, Parliament voted for the new version of Sect.177 StGB without a single dissenting voice.²⁶

From a political perspective, it is understandable that this reform was pushed forward quickly. From a legal point-of-view, the hastiness is regrettable. It would have been preferable to strive for a comprehensive reform, based on a careful examination of the entire Sect. on sexual offenses in the StGB, which encompasses many more offenses than Sect. 177. In 2015, the Minister of Justice installed a commission of legal scholars and criminal justice experts to evaluate all sexual offenses. This Reform Commission presented its report in July 2017, one year after the changes in Sect. 177.²⁷ It is not likely that this report will inspire new legislation in the near future. Police, prosecutors, courts and defense counsels need time to adjust to the new, rather complicated Sect. 177. Yet another reform in the area of sexual offenses would meet serious resistance.

While the German Parliament unanimously opted for the “no-means-no” model, the preceding public discussions were much more controversial. Many were critical of this move. Some predicted a sharp rise in false accusations. The journalist Sabine Rückert wrote a long article in DIE ZEIT—generally regarded as a serious, left-to-liberal, and influential weekly newspaper—with the title “The bedroom as a dangerous place.” According to her view, the bedroom is not a dangerous place for women, but will be a highly dangerous place for men once the reform is passed, because women will flock to the prosecutors’ offices with the false claim of having said no.²⁸ Among lawyers, the psychological status quo effect proved to be surprisingly powerful.²⁹ Practitioners often assume that concepts such as sexual

²⁶ See Plenarprotokoll [Parliament, Protocols of Plenary Sessions], DEUTSCHER BUNDESTAG: DRUCKSACHEN [BT] 18/183, 18015 (Ger.).

²⁷ See Heiko Maas, *Reformkommission Sexualstrafrecht übergibt Abschlussbericht*, BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ (July 19, 2017), https://www.bmfv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2017/071917_Bericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.html (suggesting new implementations to protect the individual’s sexual self-determination right). The author was a member of this commission, but presents her own views in this Article.

²⁸ See generally DIE ZEIT 39 (June 30, 2016), <http://www.zeit.de/2016/39/index>.

²⁹ For a defense of the former legal status quo, see MONIKA FROMMEL, *Muss Der Tatbestand Der Sexuellen Nötigung/Vergewaltigung—§ 177 StGB—Reformiert Werden? in FESTSCHRIFT FÜR HERIBERT OSTENDORF ZUM 70. GEBURTSTAG*, 321–338 (J. Brüning, T. Rotsch & J. Schady eds., 2015); Thomas Fischer, *Noch einmal: § 177 und die Istanbul-Konvention*, 7 ZEITSCHRIFT FÜR INTERNATIONALE STRAFRECHTSDOGMATIK [ZIS] 312 (2015); Markus Löffelmann, *Erziehung durch Strafe*, FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG [FAZ] 6 (July 21, 2016); Elisa Hoven/Thomas Weigend, „Nein heißt Nein“ – und viele Fragen offen. *Zur Neugestaltung der Strafbarkeit sexueller Übergriffe*, 72 JURISTENZEITUNG 182 (2015).

assault and rape are inextricably forged to violence, threats, and other coercive circumstances. Historical traditions are conflated with indispensable necessities because lawyers lack both imagination and comparative knowledge.³⁰ And there is a powerful myth that surrounds the reform of sexual offenses in Germany in the 1960s and 1970s. During this period, the StGB was scoured from moralistic prohibitions, such as adultery, sodomy, and homosexual acts.³¹ As a result, the myth goes, a perfect, liberal criminal law was created and subsequent expansions of sexual offenses are to be regarded as deterioration.³² This is, however, not an adequate description. While it was undeniably an achievement to abolish victimless crimes that protected morality, it would be an exaggeration to claim that the legislators in the 1960s and the 1970s had a clear understanding of sexual autonomy. One has to keep in mind that the idea of sexual autonomy, particularly for women, is a rather new idea, historically. In the post-war era, it took decades until the right to decide autonomously in sexual matters and the right that others respect expressions of one's will were firmly anchored.

Another strand in the debate concerns matters of evidence. Critics of consent-based law³³ argue that proof becomes too complicated if the crucial element of the crime consists in communication between two persons, typically without third persons as witnesses. This argument presupposes that requiring coercive conduct in substantive law alleviates evidentiary problems. If, for instance, violence leaves traces, then doctors' statements, photos, etc. could corroborate victims' statements. But it is a fallacy to expect a marked difference between traditional coercion-based law and consent-based law. Traditional systems have to grapple with substantial evidentiary problems, too. Threats typically do not leave traces and neither does violence in all cases. Even if hard evidence is presented, it can turn out to be useless. In Germany, two prominent cases showed that photos of bruises on the victim's thighs—the trial against Jörg Kachelmann, a former TV weather presenter³⁴— and a video of the sexual acts with the victim saying no

³⁰ The Sexual Offences Act 2003 in the UK shows that consent-based laws are not pipe dreams of crazy feminists

³¹ Tatjana Hörnle, *Penal Law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law*, 3 BUFF. CRIM. L. REV. 639–40 (1999–2000).

³² For a version of this narrative, see Felix Herzog, *Sex wider Willen—Anmerkungen zu dem Grund und den Grenzen der Strafbarkeit von nicht konsensual verlaufendem Geschlechtsverkehr*, 98 KRITISCHE VIERTELJAHRESSCHRIFT FÜR GESETZGEBUNG UND RECHTSWISSENSCHAFT [Kritv] 18 (2015); JOHANNES BRÜGGEMANN, ENTWICKLUNG UND WANDEL DES SEXUALSTRAFRECHTS IN DER GESCHICHTE UNSERES STGB: DIE REFORM DER SEXUALDELIKTE EINST UND JETZT 490–516 (2013).

³³ See *supra* note 29 and accompanying text.

³⁴ His ex-girlfriend accused him of rape, but the suspicion arose that she had inflicted the bruises on herself. Kachelmann was acquitted. He is now busy waging a war of revenge—by means of

and “stop it”—the case of Gina Lisa Lohfink³⁵—only lead to new evidentiary problems. Whatever the details of the substantive criminal law are, it is not decisive when it comes to proving the crime. The main task will always be to assess the credibility of witnesses’ narratives and their compatibility with factual details surrounding the events.

D. The Changes in Sect. 177 StGB

Since 2016, the offense descriptions in Sect. 177 StGB are formulated in the following way:

Sect. 177 StGB: Sexual Assault; Sexual Coercion; Rape

- (1) Who, against the recognizable will of another person, performs sexual acts with this person or makes her act sexually or induces the other person to suffer sexual acts by a third person or to perform sexual acts with a third person, will be punished with imprisonment between six months and five years.
- (2) In the same way will be punished who performs sexual acts with another person or makes her act sexually or induces the other person to suffer sexual acts by a third person or to perform sexual acts with a third person, if
 1. the offender exploits that the person is not able to form an adverse will or to express it,
 2. the offender exploits that the person, due to her physical or mental state, is severely restricted in forming or expressing her will, unless he has assured himself of the other’s approval,
 3. the offender exploits a moment of surprise,
 4. the offender exploits a situation in which the victim in the case of resistance has to expect a serious evil, or
 5. the offender has coerced the person to perform or suffer the sexual act by threatening a serious evil.
- (3) The attempt is punishable.

civil suits—against the media and his ex-girlfriend. See Jörg Kachelmann, WIKIPEDIA, https://en.wikipedia.org/wiki/Jörg_Kachelmann (last visited Oct. 10, 2017).

³⁵ In this case, the prosecutor dropped the case against two men who participated in the video, arguing that Lohfink’s saying stop it referred to the men filming her with their mobile phones—not the sex—and that other circumstances were not compatible with her version of the events. Lohfink was sentenced to a fine for making a false accusation.

- (4) The punishment is imprisonment of not less than one year if the inability to form or to express an adverse will is caused by disease or disability.
- (5) The punishment is imprisonment of not less than one year if the offender
 - 1. applies force against the victim,
 - 2. threatens the victim with imminent danger to life or limb, or
 - 3. exploits a situation in which the victim is unprotected and at the mercy of the offender.
- (6) In especially serious cases the punishment will be imprisonment of not less than two years. An especially serious case typically occurs if
 - 1. the offender performs sexual intercourse with the victim or lets intercourse be performed or performs similar sexual acts with the victim that degrade the victim or makes the victim perform such acts, particularly if they entail penetration of the body (rape), or
 - 2. the offense is committed jointly by more than one person.
- (7)-(8) [identical to old version, concerning weapons and other aggravating circumstances]
- (9) In less serious cases under subsections (1) and (2), the punishment shall be imprisonment from three months to three years, in less serious cases under subsections (4) and (5) punishment from six months to ten years, in less serious cases under subsections (7) and (8) imprisonment from one to ten years.

As is immediately visible, Sect. 177 StGB is now considerably longer than the version effective before 2016. One of the changes concerned the kind of prohibited sexual acts. The previous law applied only in the case of bodily contact between the victim and the offender or a third person. Now it is also prohibited to make the victim act sexually even if this did not involve touching another person's body.

The circumstances that transform a sexual act into a sexual assault (*sexueller Übergriff*) are described in no less than six variations, one in subsection 1 and five in subsection 2. Methodologically, the attempt to cover many scenarios in the text of the code—instead of a more general offense description to be specified in its application by the courts—pays homage to a German constitutional provision. Article 103 (2) Basic Law (*Grundgesetz*) demands “definition by law.” The variety of offense descriptions might at first appear confusing, but there is an inherent logic. The victim's expression of refusal is a sufficient condition for punishability. The central prohibition therefore is Sect. 177 (1) StGB, “against the recognizable will”. But to have said “no” is not a necessary condition. Under

certain circumstances, it is either impossible to express refusal,³⁶ or it would be unreasonable to demand this from the victim.³⁷

I. Sect. 177 (1) StGB (Against the Recognizable Will)

The decision for a “no-means-no” model or veto model was the important anchoring point for the subsequent decisions on how to formulate offense descriptions. The phrase “no-means-no” is more than a convenient summary. It also refers to victims’ obligations, that is, the obligation to express refusal if sexual conduct is unwanted. Every law on sexual offenses and other interpersonal crimes presupposes standards on how both sides of an interaction should communicate and act. Legislators are not always clearly aware of this, but in the 2016 reform, the legislative materials document a conscious choice of a “no-means- no” model and the awareness that this implies a victim’s obligation to communicate.³⁸

The most demanding concept of victims’ obligations is the physical resistance rule behind the traditional coercion model. This premise has serious problems. It demands too much of the victims and physical resistance can further endanger the attacked person. The “no-means-no” or veto model is based on a much more moderate view of victims’ obligations. It only assumes that, as a rule, one must communicate in words or gestures, if sexual proposals or touchings are unwanted. The third model is expressed with the phrase “only-yes-means-yes” or affirmative consent. The discussion about affirmative consent can only scratch the surface here.³⁹ Whether affirmative consent is the desirable standard for criminal law—a different matter than campus rules or other educational contexts—depends on the test case of an ambiguous situation. In ambiguous situations, one person remains passive and silent and an observer familiar with the context would be unsure whether the whole situation points to approval on both sides or not. Under such conditions, moral or educational judgments can blame the other person for not dissolving ambiguity with a simple question. But a potentially life-destroying criminal conviction as a sex offender is too strong a response to the failure to deal approp-

³⁶ See STRAFGESETZBUCH [STGB] [PENAL CODE] § 177 (2), No. 1, 3.

³⁷ See *id.* at No. 2, 4–5.

³⁸ See case cited *supra* note 24, at 22–23.

³⁹ See Deborah Tuerkheimer, *Rape On and Off Campus*, 65 EMORY L.J. 1 (2015) (discussing how sexual agency can close the gap between how the criminal justice system treats non-stranger rape and modern conceptions of sex); Michelle J. Anderson, *Campus Sexual Assault Adjudication and Resistance to Reform*, 125 YALE L.J. 1940 (2016) (discussing that campus adjudication of sexual assault under the affirmative consent standard should be supported, while unique procedural protections for those accused and mandatory punishments for those found guilty should be opposed). For my criticism of affirmative consent as the standard in criminal law, see Hörnle, *supra* note 20, GOLTDAMMER’S ARCHIV [GA], at 319–22.

riately with ambiguity. The veto model is preferable. It protects sexual autonomy adequately and does not set the standards for victims' obligations too high. Any sign of refusal, for whatever personal motive, is sufficient. It is not unreasonable or too demanding to require a sign of disapproval in ambiguous situations.⁴⁰

Regarding the wording of Sect. 177 (1) StGB, one of the questions that will likely occupy German courts in the coming years is what "recognizable" (*erkennbar*) means. In my own proposal for the re-drafting of Sect. 177 (1) StGB, I opted for the phrase "against the *declared* will,"⁴¹ and the Federal Council (*Bundesrat*, the chamber of representatives of the 16 German states) adopted this in its statement to the draft presented by the Government.⁴² On a broad interpretation of the word "recognizable," all kinds of circumstances would be considered to decide whether "the victim could not have possibly wanted this." On a narrow reading, only the victim's words, gestures, and conduct matter. If one reads the legislative materials, it is evident that the narrow approach was intended. All examples refer to the victim's communication, including gestures and behavior such as crying.⁴³ The most plausible explanation why recognizable was preferred to "declared" is that the latter might be misunderstood as requiring a verbal statement.

II. Sect. 177 (2), Number 1 StGB (The Offender Exploits That the Person is Not Able to Form an Adverse Will or to Express It); Sect. 177 (2), Number 3 StGB (The Offender Exploits a Moment of Surprise)

If it is impossible to express one's adverse will with words, gestures, or conduct, the law obviously cannot rely on the veto model. Sect. 177 (2), number 3 StGB—the offender exploits a moment of surprise—was introduced to cover one type of the impossibility cases, surprise attacks. The old version of Sect. 177 StGB captured only the *modus operandi* coercion, but not the *modus operandi* speed and catching victims off-guard. The need to criminalize surprise attacks was uncontroversial even among those who otherwise criticized the new law. It was hard to deny that the old law contained a loophole. The Ministry of Justice had proposed a similar offense description.⁴⁴ Surprise attacks typically involve sexual touching, but penetration is also possible.⁴⁵ They can happen between strangers and in public spaces, public transportation for example, but also in private settings and among persons acquainted with each other.⁴⁶

⁴⁰ As a rule, see *infra* Sections II–IV (showing exemptions to the rule).

⁴¹ Hörnle, *supra* note 19, at 17; Hörnle, *supra* note 20, GOLTDAMMER'S ARCHIV [GA] 326.

⁴² BUNDESRAT DRUCKSACHEN [BR] 162/16, 2 (Ger.).

⁴³ See case cited *supra* note 24, at 22–23.

⁴⁴ See case cited *supra* note 23, at 5, 16.

⁴⁵ *Judgment of June 2, 1982* at 2264; *Judgment of Nov. 8, 2011* at 268.

⁴⁶ See case cited *supra* note 24, at 26.

Sect. 177 (2), number 1 StGB penalizes sexual assaults that would have been labeled sexual abuse under the old, now abolished version of Sect. 179 StGB. The wording of the former Sect. 179 StGB had been tailored to the old physical resistance rule. The goal was to cover circumstances that make physical resistance impossible. It applied to mentally competent, fully autonomous persons who were merely physically handicapped. Under the new paradigm, the law focuses on inability to form or express an adverse will. Examples are: loss of consciousness through anesthesia, sleep, coma, drugs, or alcohol; very severe mental handicaps; acute forms of psychosis; or acute or severe symptoms of withdrawal from drugs, or, in very rare cases, if communication is entirely impossible due to complete paralysis. If a chemical substance causes incapacity, the norm applies to offenders who administered this substance to the unknowing or unwilling victim. In this case, the aggravating circumstance of violence leads to higher punishment,⁴⁷ as well as to offenders who found the victim in this state by coincidence. The legislative materials emphasize that victims must be absolutely incapable of forming or expressing their will.⁴⁸ This is important regarding alcohol and drugs. Even if the victim is considerably intoxicated, most cases will not fall under Sect. 177 (2), number 1 StGB.⁴⁹

With regard to sentencing, the law distinguishes between “merely” intoxicated, narcotized, or sleeping victims on the one hand and ill or handicapped victims on the other. If inability is caused by disease or disability, Sect. 177 (4) StGB prescribes an increase in punishment: one year imprisonment to fifteen years imprisonment.⁵⁰ With regard to sexual autonomy, this does not make sense. In all cases, the sexual acts violate sexual autonomy. At this point, moralistic thinking crept into the law. Exploiting the ill and handicapped is deemed especially unmoral,

III. Sect. 177 (2), Number 2 StGB (The Offender Exploits That the Person, Due to Her Physical or Mental State, Is Severely Restricted in Forming or Expressing Her Will, Unless He Has Assured Himself of Her Approval)

On first view, the element “due to her mental state” could be understood as covering a rather wide range of cases. In ordinary language and everyday psychology, mental state is used to describe phenomena such as anxiety, agitation, and despondence. But the legislative materials clearly state that psychological discords are not sufficient and that only pathological states identifiable in a clinical way are

⁴⁷ See STRAFGESETZBUCH [STGB] [PENAL CODE] § 177 (5), No. 1.

⁴⁸ See case cited *supra* note 24, at 25.

⁴⁹ But see also *infra* Section II (discussing StGB, § 177 (2), No. 2).

⁵⁰ For the upper limit, see STRAFGESETZBUCH [STGB] [PENAL CODE] § 38 (2).

covered.⁵¹ In practice, the most important applications for Sect. 177 (2), number 2 StGB will be intoxication, severe mental handicaps, and dementia.

The “unless”-clause is important. The new law aims to clarify the range for positive sexual freedom. The starting point is the distinction between autonomous decisions and mere factual wants. The former require a certain minimum of cognitive and mental competence. If consent must always be autonomous, as a consequence, severely mentally handicapped or demented persons could not have any sex life; their expressions of approval would always be evaluated as invalid. The new Sect. 177 (2), Number 2 StGB stipulates that factual approval can be sufficient without the risk of criminal punishment for the other person. Approval of others—relatives and guardians—is neither necessary nor can it be a substitute for the approval of the person involved in the sexual activity.⁵²

Assuring means to take measures to ascertain approval, excluding all reasonable doubts.⁵³ The offender must clarify an ambiguous situation. The victims’ obligation to communicate their will is, and must be, suspended if the victims are severely mentally handicapped or highly intoxicated. The legislative materials declare that Sect. 177 (2), number 2 StGB is based on an affirmative consent model.⁵⁴ This does not mean that defendants will always be punished if the situation remained ambiguous. The offense description also requires exploitation, and it is possible that this element is lacking if, for instance, both involved parties were intoxicated or mentally handicapped.

IV. Sect. 177 (2) Number 4 (The Offender Exploits a Situation in Which the Victim in the Case of Resistance Has to Expect a Serious Evil); Number 5 (The Offender has Coerced the Person to Perform or Suffer the Sexual Act by Threatening a Serious Evil)

Sect. 177 (2) Number 5 StGB describes the classical coercion-by-threat scenario, however, without restricting it to threats of imminent danger to life or limb as in Sect. 177 (1) old version. Victims are not obliged to express refusal. If the offender threatens or knows about the menace, this is not a case of ambiguity. In the German Criminal Code, a similar prohibition existed prior to the reform, but outside the chapter on sexual offenses.⁵⁵

Sect. 177 (2), Number 4 StGB targets cases in which the victim was intimidated by a serious evil, without the offender uttering a threat. Note that the law requires

⁵¹ See case cited *supra* note 23, at 15.

⁵² See case cited *supra* note 24, at 25.

⁵³ See *id.*

⁵⁴ See *id.*

⁵⁵ § 240 (IV) old law.

an objective standard. The victim's subjective fear is not sufficient. It needs to be proven that the situation was objectively menacing. The legislative materials explicitly exclude the following scenario: The victim is worried about the possibility of lay-offs in her firm and decides to offer sexual favors to a decision-maker or accepts an indecent proposal to help. Both variations, even accepting the other's offer of sex in return for not being fired, do not fall under Sect. 177 (2), number 4 StGB.⁵⁶ This requires explanation. After all, serious social vulnerability might be seen as a factor that destroys autonomy. But the German law, for good reasons, takes a more nuanced view. It is a part of positive sexual freedom to use sexuality not only for pleasure or love, but also in an instrumental way as a means to avert an expected disadvantage. The situation is different if the evil is the offender's response to refusal of sexual contacts. The point of Sect. 177 (2), number 4 StGB is not social vulnerability per se, but the offender's responsibility for the menacing evil. The nexus between refusal and evil is made either by an explicit threat (Number 5) or by an implicit threat (Number 4).

How could one imagine constellations in which victim and offender know that a serious evil is going to happen in the case of refusal⁵⁷ without the offender uttering a threat? The legislative materials point to climate-of-violence cases:⁵⁸ victim and offender are or were connected by an intimate relationship or family ties and the partner or family member has established a pattern of violence in the past that makes explicit threats superfluous. In practice, even in climate-of-violence constellations, it will be difficult to establish that the victim really had to expect a serious evil. Often, violence alternates with periods of regret and reform, and offenders will argue that this demand for sex fell into a good phase. In practice, one can expect that Sect. 177 (2), number 4 StGB will be only applied to extreme cases, that is, relationships with enduring practices of brutal subjugation. Besides the climate-of-violence cases, Sect. 177 (2), number 4 StGB becomes relevant if the victim has been coerced by threats, but not by the offender himself, for example, if a pimp has threatened a prostitute if she should refuse customers' demands and the customer is aware of this.⁵⁹

V. Aggravating Circumstances (Sect. 177 (5)-(8))

Sexual assaults will be punished more seriously if aggravating circumstances turn them into sexual coercion or rape or another especially serious crime. Sect. 177 (5) StGB resembles the old Sect. 177 (1) StGB, though there are some impor-

⁵⁶ See case cited *supra* note 23, at 16-17.

⁵⁷ See STRAFGESETZBUCH [STGB] [PENAL CODE] § 177 (2), No. 4.

⁵⁸ See case cited *supra* note 24, at 26; case cited *supra* note 23, at 17.

⁵⁹ See case cited *supra* note 23, at 17.

tant differences. The old law had required coercion by force. The Federal Court of Justice looked for chronological order—first violence, then sexual acts—and also sexual intentions at the time when the offender used force. Therefore, the Court did not convict a man of rape who, out of jealousy and hate, killed his ex-girlfriend's new partner with a shot in the head while she was sitting on the sofa next to the victim, and decided in the aftermath of the killing to have intercourse with the traumatized woman. The reason given was that it could not be proven that the offender had planned the sexual acts prior to the killing.⁶⁰ The insistence that sexual intentions must precede the application of violence was misconceived. It is not rare that violent persons act aggressively and impulsively, and decide to exploit a situation for sexual purposes after the victim has been intimidated for other reasons or no reasons at all. The new, simpler wording “applies force against the victim” was consciously chosen to break with this case law that required antecedent sexual intentions.⁶¹ It is sufficient that the offender applies violence— or a threat of violence, Sect. 177 (5), number 2—during, after, or before the sexual act. Unfortunately, the new law contains a restriction that was not part of the old Sect. 177 (1) StGB: Force must be applied against the victim. In a case like the one just mentioned, the brutal force against the new boyfriend would not aggravate the sexual assault under the new law.⁶²

With regard to Sect. 177 (5), number 3 StGB— “a situation in which the victim is unprotected and at the mercy of the offender”—the legislative materials also criticize prior case law by stating that victims do not need to meet unrealistic requirements such as taking hazards or revealing their vulnerable situation to third persons.⁶³

The label rape is, like in the prior law, defined as “penetration of the body,” and it is one example within the larger group of “especially serious cases” in Sect. 177 (6) StGB. The higher punishment is not mandatory. The law classifies rape only as a “typically” especially serious case, thus leaving courts the possibility to find a case to be, all things considered, exceptional and not especially serious. There

⁶⁰ Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Oct. 16, 2012, NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT [NStZ] 2013, 279 [hereinafter *Judgment of Oct. 16, 2012*].

⁶¹ See case cited *supra* note 24, at 27.

⁶² Under circumstances exactly like the *Judgment of June 2, 1982*, the use of the pistol would considerably raise the punishment for the sexual assault. See STRAFGESETZBUCH [STGB] [PENAL CODE] § 177 (8), No. 4. In this provision, the law does not demand that the weapon is used against the victim. If, however, the offender beats a person close to the victim with his fists, such an outburst of violence could only be considered as an implicit threat to injure the victim. See *id.* at No. 2. But this will not always be the case; in *Judgment of June 2, 1982*, the offender began talking about his continuing love to the victim.

⁶³ See case cited *supra* note 24, at 28.

is one small change in the definition of rape. While the old law required that the victim had physical contact with another human being, the new law also applies if the victim is forced to perform a penetrating sexual act with an object or animal.

Subsections 7 and 8 prescribe minimum sentences of three or five years—rather high penalties for German standards—if offenders endanger or injure victims’ life and health. The aggravating circumstances had already been part of the old law with the same sentence range. One must keep in mind that retaining the same sentence range for these aggravations came with the introduction of a new basic offense—sexual assault instead of sexual coercion—with lower sentences. It would have been recommendable to adjust sanctions for aggravations, too—this did not happen, probably because the reform was hastily done. Some of the aggravating circumstances certainly justify the much higher sentence range even for sexual assault cases.⁶⁴ But for some offense descriptions, the risk of harm is remote, such as carrying a potentially dangerous instrument without intention to use it.⁶⁵ Nevertheless, the minimum sentence for a simple sexual touching jump from six months to three years if the offender knew, for example, that he had a screwdriver or other tool in his pocket.

E. The new Sect. 184i StGB (Sexual Harassment)

Until 2016, the German Criminal Code lacked a prohibition addressing sexual harassment. Sexual touchings were not considered a criminal offense in most cases. The old version of Sect. 177 StGB did not address the *modus operandi* of surprise. And even if the offender did not act in a fast and surprising way but intimidated its victim with violence or threats, a further requirement must be satisfied. German law has a high *de minimis*-threshold in the chapter on sexual offenses. Sexual offenses presuppose sexual acts “which are of some importance regarding the protected legal interest.”⁶⁶ With reference to this restriction, German courts have refused to convict men who groped women’s breasts or genitals if the victims were dressed,⁶⁷ unless they used brutal force.⁶⁸

⁶⁴ See STRAFGESETZBUCH [STGB] [PENAL CODE] § 177 (8), No. 2. (addressing infliction of severe pain and danger of death).

⁶⁵ See STRAFGESETZBUCH [STGB] [PENAL CODE] § 177 (7), No. 2.

⁶⁶ STRAFGESETZBUCH [STGB] [PENAL CODE] § 184h, No. 1.

⁶⁷ Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Mar. 20, 2012, BeckRS 2012, 11487 para. 25 [hereinafter *Judgment of Mar. 20, 2012*]; Jan. 22, 2013 [hereinafter *Judgment of Jan. 22, 2013*]; BeckRS 2013, 02643.

⁶⁸ Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Dec. 1, 2011, NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT [NStZ] 2012, 269, 270 [hereinafter *Judgment of Dec. 1, 2011*].

This has met criticism⁶⁹—sexual touching violates personal rights more intensely than offensive behavior such as exhibitionism or verbal insults—criminal offenses under German law.⁷⁰

At the beginning of 2016, the topics of sexual assault by surprise and sexual harassment suddenly gained a lot of attention. In Cologne, Hamburg, and other cities, large numbers of male migrants—often from North African countries—had gathered in public spaces on New Year’s Eve, and some men circled female passersby and attacked them sexually. Police and established media had first been reluctant to report, but finally, under the pressure of social media, the incidents made headlines. Of course, sexual harassment is not a new phenomenon. But these incidents added a new dimension regarding the number of assaults, the threat to public security and peace with large clusters of men openly hostile towards women in public space, and the specific *modus operandi* of encircling one victim with a multitude of attackers, often combining robberies with groping. These worrisome developments finally persuaded lawmakers that sexual harassment and sexual assaults should no longer be considered unworthy of criminal sanctions. The vote in Parliament was unanimous. Only one parliamentarian abstained from voting, while all others voted in favor of a new offense in German criminal law: Sect. 184i StGB.⁷¹

Sect. 184i StGB: Sexual harassment

(1) Who touches the body of another person in a sexually determined way and thus offends the other person, will be punished with imprisonment up to two years or a fine, if the offense is not punishable under another norm with higher punishment.

(2) In especially serious cases the punishment will be imprisonment of not less than two years. An especially serious case typically occurs if several persons commit the offense jointly.

(3) Prosecution requires a request by the victim unless the prosecuting authority considers that due to a special public interest prosecution *ex officio* is required.

The new offense of sexual harassment in Sect. 184i StGB requires that offenders touch another person’s body in a sexually determined way and thus offend the other

⁶⁹ See Brigitte Sick, *Die Rechtsprechung zur Sexualbeleidigung*, 46 JURISTENZEITUNG [JZ] 330 (1991); Ulrike Lembke, *Sexuelle Übergriffe im öffentlichen Raum*, 49 KRITISCHEJUSTIZ [KJ] 3 (2016); Tatjana Hörnle, *Besserer Schutz vor sexuellen Übergriffen*, 32 STREIT 3 (2016).

⁷⁰ See STRAFGESETZBUCH [STGB] [PENAL CODE] §§ 183, 185.

⁷¹ Plenarprotokoll [Parliament, Protocols of Plenary Sessions], DEUTSCHER BUNDESTAG: DRUCKSACHEN [BT], 18/183, 18018 (Ger.).

person. Verbal harassment is not a criminal offense. One of the open questions regarding the application of Sect. 184i StGB is how the courts will interpret “in a sexually determined way”, see Sect. 184i (1) StGB. Should rather innocuous acts such as putting a hand on another person’s arm or knee fall under Sect. 184i StGB if the actor intends this to be the first step towards sex and the other person is not interested and reacts angrily? The legislative materials are not very clear.⁷² In my view, focusing solely on actors’ subjective motives would extend the prohibition too far. The better alternative is to require that the touching as such cross the threshold towards being sexual. The test should be whether this specific kind of touching is only socially acceptable within an existing intimate relationship, for example the touching of breasts, genitals, or kisses on mouth and neck. If a bodily touching is common in non-sexual friendships and among relatives, such as kisses on the cheek, hugging, putting the arm around the other’s shoulder, or holding hands, it should not be considered sexually determined, even if the actor intended this to be the prelude to a sexual interaction.

E. Sect. 184j (Offenses out of Groups)

The second new prohibition introduced in 2016 is:

Sect. 184j: Offenses out of Groups

Who facilitates a criminal offense by participating in a group of persons which corners another person in order to commit a criminal offense against her, will be punished with imprisonment up to two years or a fine, if one of the members of the group commits an offense according to §§ 177 or 184i and if the offense is not punishable under another norm with higher punishment.

This new prohibition is a response to the events in Cologne and other cities on New Year’s Eve. Regarding sexual harassment, the lack of a criminal prohibition was criticized prior to these incidents,⁷³ but nobody had previously proposed to amend the Criminal Code with “offenses out of groups.” The materials emphasize that group dynamics encourage offenders and weaken inhibitions.⁷⁴ This part of the reform was controversial and a significant minority in parliament voted against it.⁷⁵

⁷² See case cited *supra* note 24, at 30.

⁷³ See STRAFGESETZBUCH [STGB] [PENAL CODE] §§ 183, 185.

⁷⁴ See case cited *supra* note 24, at 31.

⁷⁵ See Plenarprotokoll [Parliament, Protocols of Plenary Sessions], DEUTSCHER BUNDESTAG: DRUCKSACHEN [BT], 18/183, 18024. Another point of controversy were additions in the laws

In substance, Sect. 184j StGB extends the scope of participatory offenses. The provision on aiding in the General Part Sect. 27 StGB has been interpreted by the courts to require specific intent. The aider must have a basic idea of the crime the main perpetrator is going to commit.⁷⁶ Sect. 184j StGB presupposes only a more general kind of intent. The aider must have seen and accepted the likelihood of a crime and any type of criminal offense will do. The fact that a sexual offense—either sexual assault or sexual harassment—was actually committed is only considered a so-called “objective element of the crime.”⁷⁷ It is not necessary to prove an act or contribution other than the participation in a group that cornered the later victim, and it is not necessary to prove intent concerning the sexual nature of the ensuing crime.

Despite this lowered standard for a participatory offense, it is not likely that Sect. 184j StGB will be applied in practice often. The main problem, insoluble by substantive criminal law, is identification. Witnesses who were under a high degree of stress are hardly ever able to reliably identify the members of large groups of men. And even under Sect. 184j StGB, it is necessary to prove intent regarding a crime other than the cornering. If suspects argue that pestering a woman was an end in itself, this will not fall under the prohibition. Opponents of the new law argued that it introduced guilt by association and thus is incompatible with the principle of guilt, which has constitutional status in German law.⁷⁸ This allegation is still not convincing. Sect. 184j StGB has been drafted after an existing norm in the chapter on bodily injuries in the StGB. “Taking part in a brawl”, the title of Sect. 231 StGB, addresses a similar scenario: a group event leads to victimization—death or grievous bodily injury—and the crucial blow, stab, etc. cannot be attributed to an individual participant. The principle of guilt does not stand in the way of such offenses. Persons convicted on the basis of Sect. 231, 184j StGB are punished for their own acts—joining the group or the brawl—that constitute personal wrongdoing with rather mild sanctions.⁷⁹ It is wrong to intentionally join a group knowing that the group will corner another person for the purpose of an offense.

on asylum and residence which, following the extension of Sect. 177 StGB, make extradition possible if offenders have been convicted of sexual assault. This is mainly a symbolic change as the vast majority of extradition orders are not enforced in real life. But because symbolic gestures are becoming increasingly important in the contemporary German political climate, this point was strongly contested by the Opposition.

⁷⁶ See MICHAEL BOHLANDER, *PRINCIPLES OF GERMAN CRIMINAL LAW* 173 (2009).

⁷⁷ See case cited *supra* note 24, at 31.

⁷⁸ See *generally* comments from the Opposition (Bündnis 90/Die Grünen; Die Linke), Plenarprotokoll [Parliament, Protocols of Plenary Sessions], DEUTSCHER BUNDESTAG: DRUCKSACHEN [BT] 18/183, 18003, 18005.

⁷⁹ The sentence range in Section 231 varies from a fine to imprisonment up to three years.

One can criticize Sect. 184j StGB for being placed wrongly. An offense called “Offenses out of Groups” does not really belong in the chapter on criminal offenses, but in the General Part as a new participatory offense. The perpetrator of this offense is not necessarily a sex offender because he must be aware of impending criminal activities but not necessarily aware of sexual acts. Again, it is unfortunate that the reform was completed in a hurry. It is not consistent to penalize participation in a group when a sexual assault occurred, but ignore participation in a group if the disinhibiting effects of a mob lead to other spontaneous crimes, such as, for instance, arson. If group dynamics are an issue, “Offenses out of Groups” should be punished beyond sexual assault and sexual harassment.

II.

**IZZIVI SLOVENSKE UREDITVE
ODZIVANJA NA SPOLNO KRIMINALITETO**

Sistemske anomalije slovenskega spolnega kazenskega prava. Kakšne spremembe spolnega kazenskega prava potrebuje Slovenija?¹

1. Vpetost volje potencialne žrtve kaznivega dejanja v delikt

Zgodovinski razvoj kazenskega prava pokaže vsaj dvoje. Najprej (a), da ne more šteti za samoumevno, da v okviru po naravi stvari javnega kazenskega prava posameznega človeka sploh lahko štejemo za nekoga, ki s svojim obnašanjem v vlogi potencialne žrtve lahko vpliva na obstoj delikta oziroma na to, ali bo za javno pravo v konkretni zadevi štel za žrtev kaznivega dejanja ali ne. To je najbolj očitno pri teoretski in zakonodajni obravnavi privolitve pacienta v zdravstveno obravnavo, pri privolitvah v strokovne napake nasploh, mestoma pa tudi v spolnem kazenskem pravu (zlasti v zvezi z mladoletnimi storilci in hkrati potencialnimi žrtvami spolnih ravnanj, v spolnih dogajanjih v hierarhičnih družbenih podsistemi in pri krvoskrunstvu). In nadalje (b), da je daleč od preprostega in enovito sprejetega, kako, če že, posamezniku kot potencialni žrtvi kaznivega dejanja omogočiti vpliv na obstoj biti kaznivega dejanja, protipravnost ali krivdo storilca,² skratka, na obstoj delikta v njegovi celovitosti v konkretni zadevi (in tak vpliv razmejiti od funkcionalno podobnih postopkovnopравnih institutov, kot so predlog žrtve za kazenski pregon, razna soglašanja žrtve s kazenskim pregonom ali zasebni kazenski pregon s strani žrtve). Ta pravno dogmatična problematika (tudi pravnozgodovinska in primerjalnopravna) je vsaj nekako od začetka prejšnjega stoletja znana pod sintagmo privolitev oškodovanca v kazenskem pravu in jo precej enotno uvrščajo med teoretsko najzahtevnejša strateška vprašanja javnega prava.³

Za potrebe tega pregleda je mogoče poenostaviti, kot sledi. Poglavitno merilo za določanje meje, ki ločuje inkriminacije na tiste, kjer privolitev nima vpliva na protipravnost, in na drugi strani na tiste, kjer privolitev načeloma izključuje proti-

¹ Besedilo je priredba in skrajšana oblika prispevka, ki ga je avtor v mesecu marcu 2021 zaradi takratne naglice in ihte političnega reformiranja slovenskega spolnega kazenskega prava pripravil za časopis *Pravna praksa*.

² Gre za problematiko, znano kot elementi splošnega pojma kaznivega dejanja. Temeljno glej v Bavcon L., Šelih A., Korošec D., Ambrož M., Filipčič K. (2013), str. 148–157.

³ Povzeto po Korošec D. (1997), Korošec D. (1999). Glej tudi tam obsežno navajano pravno literaturo.

pravnost, se na načelni ravni v sodobni kazenskopravni teoriji kaže kot nesporno: gre za naravo posamezne kazenskopravne dobrine. Obstajata dve temeljni naravi in s tem vrsti pravnih dobrin: dobrine splošnosti in dobrine posameznega človeka. Privolitev je v kazenskem pravu vnaprej izključena pri pravnih dobrinah, katerih poškodba ali ogrožitev je naperjena zoper splošnost. Take dobrine imenujemo nedisponibilne, torej nerazpoložljive. Zgodovinske analize kažejo, da se obseg razpoložljivosti v zadnjem času širi. S tem se širi in krepi tudi avtonomija posameznika (v kazenskem pravu).

Po povedanem ne sme presenečati, da kazensko pravo veliko in vse več pozornosti posveča nadrobnim vprašanjem volje potencialne žrtve kaznivega dejanja. Sem sodijo zanimive teoretske obravnave informacijskih asimetrij med ljudmi, iz katerih izraščata orjaška nauka o pojasnilnih dolžnostih in informirani privolitvi, nadalje teoretski okviri prepoznave vseh oblik manipulacij z voljo osebe v nehvaležni vlogi potencialnega privolitelja oziroma potencialne žrtve kaznivega dejanja, nauki o absolutni in relativni privolitveni sposobnosti, o zmotah naslovnika privolitve in še marsikaj. Najtemeljiteje se s temi pojavi ukvarja sodobno medicinsko kazensko pravo (nadrobno Korošec D., 2008), takoj za njim pa spolno in gospodarsko. Spolno avtonomijo človeka in človekov svobodni spolni razvoj vsaj zadnja desetletja enovito uvrščamo med strogo osebne, individualne, disonibilne dobrine kazenskega prava, brez omembe vrednih odstopanj tudi v Sloveniji (Korošec D., 2016: 105–108 in 27–104).

Sodobno pravo trdno loči dva temeljna problemska sklopa privolitve oškodovanca v kazenskem pravu. Na eni strani voljo oškodovanca, ki jo zakonodajalec v obliki nasprotovanja določenemu ravnanju (torej v bistvu negativne privolitve) izrečno ali pa vsaj »jezikovno očitno« vključi v zakonsko dispozicijo kakšnega kaznivega dejanja. Gre za zakonske znake, kot »(s silo ali grožnjo) prisiliti« in podobne, zaradi katerih ne more biti dvoma, da je nasprotovanje oškodovanca konstitutivni element biti kaznivega dejanja. V ta problemski sklop štejemo tudi tiste dispozicije, ki kot konstitutivni element kaznivega dejanja izrečno ali vsaj »jezikovno očitno« vključujejo afirmativno voljo oškodovanca (»kdor drugemu z njegovo privolitvijo,« »drugemu na njegovo prigovarjanje«). V spolnem kazenskem pravu na take dispozicije naletimo na primer pri inkriminacijah krvoskrustva, pri kvalifikacijskih stopnjah spolnih ravnanj z mladoletnimi, z osebami z duševno patologijo, pri inkriminacijah spolnih ravnanj med nadrejenimi in podrejenimi in podobno. V slovenski kazenskopravni terminologiji uporabljamo za takšno voljo kot zakonski znak pojem **soglašanja**, v poštev pa bi prihajalo tudi strinjanje ali podobni, za razliko od privolitve, ki je rezervirana za drugo problematiko.

Izraz **privolitev** v sodobnem kazenskem pravu na drugi strani označuje voljo nosilca pravne dobrine kot potencialnega oškodovanca, usmerjeno v ogrožitev ali

poškodbo le-te s strani drugega. Ni posebej predvidena v dispoziciji kaznivega dejanja, torej ni izrecen zakonski znak, zato ne more imeti vpliva na bit kaznivega dejanja (kot prej opisano soglasje ali strinjanje), ima pa potencialni vpliv na protipravnost ogrožitev in poškodb. Skupni imenovalec tu je izhodišče, da imajo tudi kazenskopravne dobrine, ki hkrati štejejo za (osebne) dobrine posameznikov, svojo pravno pomembno vrednost, ki je vedno vsaj deloma neodvisna od volje njihovega imetnika. V vsaki privolitvi posameznika (v ožjem smislu) naj bi bila prav zato vedno vsaj latentna razhajanja med vrednostnimi sistemi posameznih oškodovancev na eni in države na drugi strani, z njimi pa vsaj delček (potencialnega) kazenskopravnega konflikta. Ta delček naj bi zahteval načelno presumpcijo protipravnosti oziroma uporabo (materialnih) meril njene izključenosti – vrednostno tehtanje od primera do primera. To seveda načeloma velja tudi za kazenskopravne dobrine v zvezi s človekovo spolnostjo. Takoj pa je treba opozoriti, da ogromna večina kazenskopravnih sistemov po vsem svetu tako rekoč od nekdanj voljo potencialnih žrtev spolnih deliktov značilno spušča na raven zakonskih znakov in jo torej vidi kot problem biti kaznivega dejanja, in ne protipravnosti. S tem v bistvu daje avtonomiji človeka v zvezi s spolnostjo posebej veliko težo.

Ni mogoče dovolj poudariti, da ogromna večina držav tudi danes **za kaznivost spolnih deliktov (a) v zvezi s svobodnimi, duševno normalnimi in odraslimi** zahteva ustrezno kvalificirano manipuliranje z voljo druge osebe, značilno preko zakonskih znakov grožnje z uporabo sile ali uporabe sile zoper življenje ali telo, pa tudi na primer presenečenja⁴ in zvijače⁵.⁶ Še posebej se, sploh ne nujno samoumevno, zakonodajalci tu izogibajo vdoru logike informacijskih asimetrij in nanje organsko vezanih problemskih sklopov pojasnilne dolžnosti in informiranih privolitev v pravno regulacijo spolnih razmerij med svobodnimi, duševno normalnimi odraslimi ljudmi. Pri tem danes vsi ljudje izhodiščno štejejo za normalne in (v Evropi) vsaj nekako od petnajstega leta starosti tudi za načeloma svobodne na področju spolnosti. Kvalificiranost manipulacije s tujo voljo se tu ni izkazala le kot zelo praktično učinkovit represivnostno omejevalni instrument spolnega kazenskega prava, ampak je sistemsko teoretsko utemeljena, zato ne sme presenečati, da je tako zelo globalno razširjena. Šele **pri (b) nesvobodnih potencialnih žrtvah spolnih kaznivih dejanj, to je osebah, pri katerih v izhodišču ni mogoče računati na svobodno in s tem kazenskopravno veljavno privolitev: pri otrocih, osebah z**

⁴ Tu zaradi nenadnosti spolnega ravnanja prisilitev praktično ni potrebna.

⁵ Tu storilec pridobi privolitev v spolno ravnanje z lažnim prikazovanjem narave dogajanja. V praksi značilno v spolnem eksperimentiranju najstnikov, ki spolni partnerici obetajo draženje spolovila ali zadnjika s prsti, skrivno in manipulativno pa med spolnim dogajanjem začnejo namesto prstov prodorno uporabljati spolni ud.

⁶ Nadrobno o presenečenju in zvijači kot manipulacijama z voljo v sodobnem spolnem kazenskem pravu glej Korošec D. (2008), str. 168–169.

duševno patologijo, omamljenih, spečih, pri spolnih ravnanjih med nadrejenimi in podrejenimi v raznih družbenih podsistemi, še posebej javnopravno hierarhičnih (kot so vojske), šele tam opisane kvalificiranosti manipuliranja s tujo voljo, vključno z grožnjo z uporabo sile ali uporabo sile zoper življenje ali telo, zakrnijo v kvalifikatorne okoliščine za finejše stopnjevanje neprava pri represivnostnem zajemanju spolnega dogajanja ali pa (v manj razvitih pravnih sistemih), neredko tudi paternalistično, sploh povsem izginejo.

Slovensko spolno kazensko pravo je bilo do zadnjih zakonodajnih posegov vanj (2021) glede na zgoraj povedano klasično. V prvi kategoriji je jasno zahtevalo ustrezno manipuliranje s tujo voljo kot prvi akt večaktnega delikta.⁷ Tu nikogar, še najmanj pa kar po spolu ali spolni usmerjenosti niti tiho v izhodišču, ni štel za značilno komunikacijsko inferiornega, nemočnega, zamrznjenega, podobnega spečim in omamljenim. S tem je bilo standardno in večinsko. Kot tudi nasploh je bilo v primerjavi z zelo razvitimi kazenskopravnimi sistemi resda nekoliko poenostavljeno in vulgarizirano. Konkretno nismo bili sposobni razviti preciznega nepravnostnega stopnjevanja prisilitvenih ravnanj v večaktnih deliktih s spolnimi ravnanji kot sekundarnim aktom tudi na presenečenje in zvijače kot oblike manipuliranja s tujo voljo (glej zlasti inkriminacije iz členov 170, 171 in 173/II KZ-1; KZ-1-UPB2, Ur. l. RS, št.: 50/12 z dne 29. 6. 2012, 54/15 z dne 20. 7. 2015, 38/16 z dne 27. 5. 2016, 27/17 z dne 2. 6. 2017, 23/20 z dne 14. 3. 2020 in 91/20 z dne 26. 6. 2020). Zato slovenskega koncepta spolnega kazenskega prava ne moremo šteti za manipulativnostnega (manipulativnostni model inkriminacij spolnega prisiljenja in posilstva), ampak se je v resnici nekako zgodovinsko zataknil v prisilitveni razvojni fazi (prisilitveni model inkriminacij spolnega prisiljenja in posilstva), česar pač ni mogoče šteti za moderno, kaj šele avantgardno (ni pa res, kar vedno znova slišimo v medijih, da smo imeli v Sloveniji pred zadnjimi zakonodajnimi posegi (*Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika – KZ-1H* (Ur. l. RS, št.: 95/21 z dne 15. 6. 2021) model sile; za pravo grožnja ravno ni sila in grožnja že dolgo poznamo kot alternativo v prisilitvenem aktu večaktnih spolnih inkriminacij spolnega prisiljevanja in posilstva tudi v Sloveniji). Slovensko pravosodje si je grdo zakuhalo neobvladljivost nepatološkega spanja žrtve spolnih deliktov s kontraproduktivno neobičajno restriktivno razlago zakonskega znaka slabosti človeka in posledično še vse analogije *intra legem* v inkriminaciji spolnega napada na nemočno osebo iz 172/I. člena KZ-1 (»slabost ali kakšno drugačno stanje, zaradi katerega se [žrtev] *ne more upirati*«).⁸ Ob vsaki noveli kazenske zakonodaje v Sloveniji tudi izpustimo priložnost spolne delikte sistemsko jasno

⁷ Temeljno o tipizacijski kategoriji večaktnosti v slovenski pravni literaturi glej Bavcon L., Šelih A., Korošec D., Ambrož M., Filipčič K. (2013), str. 197.

⁸ Glej posebej navedeno v: Korošec D., Filipčič K., Zdolšek S. (ur.) (2018), str. 997.

strukturirati na tristopenjski nepravnostni lestvici: (1.) interpersonalno nekontaktno spolno ravnanje, (2.) interpersonalno kontaktno neimisivno spolno ravnanje, (3.) interpersonalno imisivno spolno ravnanje; zakonodaja in pravosodje pri nas tudi po nepotrebnem ostajata v megli glede meja spolnega ravnanja pri nekontaktnem interpersonalnem ravnanju v zaznavanju takega ravnanja s strani žrtve (političen in pravnoteoretski problem, znan pod žargonskim geslom samozadovoljevanje pred spečim dojenčkom),⁹ z vsemi strahovitimi teoretskimi podproblemi poškodbenosti abstraktnih dobrin in abstraktnih ogrožitev konkretnih dobrin prava vred. Tradicionalno smo tudi nadpovprečno zagledani v domnevno poseben nepravnostni pomen heteroseksualnega nožničnega občevanja v pahljači vseh možnih interpersonalnih imisivnosti. Slovensko spolno kazensko pravo na ta način ni bilo in ni optimalno. Potrebuje aktualizacije in korekcije. V nadaljevanju pa pogledjmo, koliko je potrebovalo revolucionarno opuščanje ustrezno resnega manipuliranja z drugim kot ključnega akta spolnih inkriminacij temeljnega praktičnega orodja omejitve represije v spolnosti.

2. O vpetosti spolne avtonomije v slovenski sistem kazenskopravnih dobrin

A) Splošno

Najkasneje od konca šestdesetih let prejšnjega stoletja smo v svetu in morda še posebej v Evropi priča večjim premikom družbenega dojemanja človekove spolnosti. Morala na področju spolnosti se je začela relativno hitro spreminjati, postala je strpnejša do drugačnosti in poskusov v spolnosti in kmalu npravstvenost ali npravstveni red kot dotlej nekako samo po sebi umevno osrednje zavezujoče merilo za vrednostno presojo in kaznovanje spolnih ravnanj ni bil več kaj prida prepričljiv. Države se začenjajo množično odvrčati od kazenskopravne dobrine državno predpisane spolne morale in usmerjajo svoje pravo k varstvu strogo osebnih dobrin. Ključno postane, ali so spolna ravnanja na ustavnopraven način nedopustno in za uporabo kazenskega prava kot orodja najtežje družbene represije dovolj grobo (sic!) prizadela svobodo drugega. Dominantna postane spolna morala svobode ravnanja. V bistvu gre v zgodovinskem pogledu za precej novo moralo spolne avtonomije posameznika, njegove spolne integritete in spolne zasebnosti (Korošec D., 2008-1). Nadrobno razumevanje vseh fines privolitve v spolnosti tako po naravi stvari postane tudi v kazenskopravni teoriji vse pomembnejše.

Skicirani relativno hitri premiki spolne morale ne pomenijo, da bi morala kot podstat legitimnega prava in s tem kot neločljivi del sodobnega kazenskega prava

⁹ Nadrobneje Korošec D., Filipčič K., Zdolšek S. (ur.) (2018), komentar 173. člena, zlasti str. 1020–1021.

(povsem) izginila iz splošnega kazenskega prava. To naj v danem slovenskem političnem trenutku pomeni predvsem, da je tudi na področju splošnega kazenskega prava lahko legitimno le tisto, ki inkriminira ustrezno resno nemoralno obnašanje ljudi. V tem kontekstu ni mogoče dovolj poudariti, da v skladu z zelo pomembnim ustavnim, zakonskim in predvsem civilizacijskim načelom *ultima ratio* kazenskega prava ogromna večina držav za kaznivost spolnih deliktov v zvezi s svobodnimi, duševno normalnimi in odraslimi (tako imenovani glavni nosilni steber splošnega kazenskega prava) zahteva **kvalificirano mejo nemoralnosti v spolnosti, konkretizirano ravno v ustrezno težkem manipuliranju z voljo druge osebe, značilno preko zakonskih znakov grožnje z uporabo sile ali uporabe sile zoper življenje ali telo, v razvitejših kazenskopravnih sistemih pa tudi podobno zavržnih oblik manipulacij, kot sta presenečenje in zvijača.** V zgodovini je kar nekaj zakonodajnega premikanja za represijo ključne moralne meje spolnih deliktov, najdemo tudi kakšna (primerjalno) čudna eksperimentiranja pri teh premikanjih, a drži kot pribito: v zvezi s svobodnimi, duševno normalnimi in odraslimi je ustrezna teža manipuliranja volje drugega v zvezi s spolnostjo, značilno preko zakonskih znakov resnejše prisilitev, zelo stabilna in zelo razširjena, tako rekoč pankulturna stalnica moralne kritične meje za državno represijo. Tradicionalno in aktualno.

Inkriminacije, ki svoje nepravo črpajo v čistem razhajanju volje med žrtvijo in storilcem, brez manipulacije volje (vključno z odsotnostjo vsake grožnje in sile, ki štejeta za najhujši obliki manipulacije volje, pa tudi presenečenja in raznih oblik zvijač) in brez izrabe patologije in podobnih hudih nemočnosti (spanja) ali take in drugačne institucionalne hierarhičnosti inhibiranosti pri oblikovanju in izražanju volje na strani žrtve, so v kazenskem pravu po svetu skrajno redke. To naj glede na *ultima ratio* naravo kazenskega prava naj ne bi bilo vrednostno presenetljivo. V glavnem so take inkriminacije omejene na razmerja izrazite informacijske, intelektualne in izkustvene asimetrije med storilcem in sicer načeloma svobodno žrtvijo, kjer storilec nastopa v vlogi strokovnjaka nasproti laični žrtvi. Na desetih straneh ni mogoče v navedenosti, tu naj zadošča, da so te inkriminacije zgrajene na zelo posebni, nekakšni paragarantni kazenskopravni dolžnosti storilca, imenovani pojasnilna dolžnost, konkretnije na napakah v izvrševanju te dolžnosti, ki vodijo v neinformirano privolitve žrtve v posege v kakšne kazenskopravne dobrine iz njene razpolagalne sfere. Najbolj značilne takšne inkriminacije so s področja strokovnih napak v zdravstvu. Sicer takih inkriminacij v sodobnem kazenskem pravu po pričakovanjih tako rekoč ni. Tako imenovana pasivna goljufija po 211/I. členu KZ-1 v alternativni »ga pusti v zmoti« je kot nekakšna učbeniška *mala prohibita* edina izjema, ki pride na misel brez silovitih teoretskih poglavljanj in je brez dvoma kot opisana izjema nujno

vrednostno in kriminalitetnopolitično sporna, še posebej z vidika pravne teorije o asimetrijah medčloveških razmerij.¹⁰

Slovensko spolno kazensko pravo v svoji tradicionalni omejitvi na silo in grožnjo kot alternativna prva, prisilitvena akta večaktno zastavljenih stebrnih spolnih deliktov, zlasti posilstva (170. člen KZ-1), iz kdo ve kakšnih razlogov enako tradicionalno iz kaznivosti izriva druge oblike manipulacije z voljo na področju spolne samoodločbe, zlasti presenečenje in zvijačo. To je brez dvoma znak slabega, s primerjalnega vidika zaostalega ali vulgariziranega spolnega kazenskega prava. A, zanimivo, želje po uvajanju inkriminacije posilstva povsem brez manipuliranja volje, če smo v danem vsestransko konfuznem družbenem trenutku v Sloveniji pravilno razumeli intence predlagateljev zadnjih sprememb zakonodaje, sploh ne poskušajo zajeti tudi samo po sebi umevne nepravnostne kaskadnosti sila – grožnja s silo – presenečenje, zvijača in podobne manipulacije z voljo. Nasprotno se močno zdi, da tretjo stopnjo razvojno povsem spuščajo. S tem izpuščajo možnosti finega spolnega prava, evlucijskega nepravnostnega inkriminacijskega stratificiranja, ampak korak naprej želijo videti v eksploziji inflacijskega širjenja pojma posilstvo.

Korošec sem v monografiji o spolnem kazenskem pravu leta 2008 ob analizi zastavkov neprisilitvenega spolnega nasilja zoper načeloma svobodne, duševno normalne in odrasle ljudi v nemškem kazenskem pravu, ki ga predlagatelji zadnjih reform spolnega kazenskega prava radi jemljejo za argument, zapisal: »Nemški StGB v določbi 3. točke I. odstavka 177. člena, torej znotraj inkriminacije spolnega prisiljenja [...] poleg sile in grožnje od novele iz leta 1997 (33. StrRÄndG z dne 1. 7. 1997, uveljavljen 5. 7. 1997 [določba je bila z novelo iz julija 2016 še zaostrena, a prav vsi teoretski pomisleki so, še zaostreno, ostali]) priznava še eno prisilitveno ravnanje z besedami: ‚z izrabo položaja, v katerem je žrtev storilcu nemočno izpostavljena [...]‘. Določba je enakovredna drugim prisilitvenim ravnanjem iz istega odstavka (nasilju in grožnji) in torej ni subsidiarne narave. Znotraj inkriminacije spolnega prisiljenja gre za prisilitveno ravnanje, ki po mnenju sodobne nemške teorije spolnega kazenskega prava spominja na kvadraturu kroga oziroma formulacijo odkrito imenujejo zakonodajno ‚temeljito spodletela‘ (‚gründlich missglückt‘) ali vsaj konceptualno problematično. Opozarjajo, da predstavlja resne težave praksi, da rojeva neenotno sodno prakso, in ugotavljajo, da glede na oblikovanost in umeščenost zadevne inkriminacije drugače sploh ne more biti. Bistvo kritik je, da inkriminacija ne upošteva, da prisiljenje nujno po nepravu presega izrabo in da gre v tem smislu za tujek v logiki matičnega člena.

¹⁰ V tem smislu je teoretski in zlasti praktični pomen privolitve oškodovanca v kazenskem pravu specifično manjši kot nasploh kaže glede na zgoraj opisane splošne trende pri varovanju avtonomije človeka.

T. i. izraba nemočnega položaja žrtve kot prisilitveno ravnanje po določbi 177. člena nemškega StGB naj bi po volji zakonodajalca za razliko od spolnih ravnanj z nemočno osebo temeljila na izvrševanju spolnih ravnanj proti volji žrtve, torej z zaznavno nasprotno voljo. V skladu z ustaljeno nemško klasifikacijo deliktov gre lahko znotraj naslova inkriminacije pri spolnem prisiljenju zgolj za t. i. delikt zloma volje (*Willensbeugungsdelikt*). Nemški zakonodajalec pa je v nasprotju s to logiko leta 1997 v 3. točki I. odstavka 177. člena [še bolj grobo pa z novelo v letu 2016] zajel ravno ravnanje, ki ne temelji na nasilju ali grožnji, kar je [tako leta 1997 kot 2016 in danes] podobno kvadraturi kroga. Kot opozarjajo teoretiki, je zakonodajalec v želji z inkriminacijo zajeti tudi primere, ko je žrtev 'trda od strahu' zaradi nemočnosti svojega položaja kot takega in se storilcu sploh ne poskuša upirati (upoštevati rezultate forenzičnih izkušenj obnašanja žrtv spolnih deliktov), odprl kazenskopravno-dogmatično megleno in kriminalitetnopolitično nevarno široko polje. [...] Kakorkoli že iz viktimoloških razlogov morebiti razumljivo poudarjanje nemočnega položaja žrtve v obravnavani določbi nemškega zakonskega spolnega kazenskega prava obračamo in razlagamo, brez vsaj konkludentne grožnje storilca si spolnega prisiljenja, torej kaznivega dejanja pod naslovom 177. člena nemškega StGB (in ne kakšne specialne inkriminacije spolnega ravnanja z nemočno osebo!), pač ni mogoče ne vrednostno ne kazenskopravno-dogmatično predstavljati. Zato [je tu] najbolje [primerjalnopravno] zaključiti z besedami iz najnovejše nemške teorije spolnega kazenskega prava: '*Z nekaj dobre volje bi vse te zadeve lahko pokrili z uveljavljenimi prisilitvenimi ravnanji*' nasilja in zlasti grožnje in zmeda okrog kvadrature kroga z določbo 177/I.(3) člena StGB in ta določba kot taka so odveč. Viktimološka zagnanost gor ali dol: prisiljenja brez prisile ni.« (Korošec D., 2008: 165–168, z bogatim citiranjem virov v izvirniku.) In še (ibidem): »Praktičen pomen tega dostavka je v Nemčiji neznaten, določba pa s strani kazenskopravnih dogmatikov ena najbolj kritiziranih rešitev sodobnega nemškega spolnega kazenskega prava. V tem duhu je ne gre posnemati.« Tu danes tudi v luči izrazito ideoloških noveliranj »ne po meni ne«, še bolj pa potencialnih »ja pomeni ja« ni kaj dodati. Vse kaže, da se slovenska politika na te ocene in opozorila tuje in domače kazenskopravne znanosti požvižga. Zato ponovno opozorilo. S posnemanjem takšnih tujih ureditev pri zakonodajnem širjenju spolnega prisiljenja ali celo posilstva dobivamo v Sloveniji bolj represivno grobo pravo, težko spremembo na šibkih temeljih, slabše in zlasti nevarnejše spolno kazensko pravo od prejšnjega. Z radikalnostjo po zgledu nekaterih tujih hitrih zakonodajnih eksperimentov in njihovih oponašalcev v Sloveniji ne dobivamo boljšega prava. Predlagani posegi, tudi če povsem prezremo v vseh pogledih strašljivo ultraradikalne pobude o uvajanju kaznivosti malomarnosti v spolno kazensko pravo, delujejo predvsem politično histerično in niso plod vrhunskega primerjalnega prava in kazenskopravne dogmatike.

Pa v nadaljevanju pogledjmo, ali junija 2021 sprejete slovenske reforme z zelo močnim zaostrovanjem spolnih deliktov ostajajo vsaj vrednostno konsistentne znotraj slovenskega sistema dobrin: ali temeljijo na jasno utemeljenih vrednostnih prioritetah.

B) Nekaj konkretnih primerjav med slovenskimi kazenskimi dobrinami

Zadnje velike znanstvene raziskave (Korošec D., Filipčič K., Zdolšek S. (ur.), 2018 in 2019) kažejo, da je v slovenskem KZ-1 število inkriminacij, ki prvenstveno oziroma usmerjeno varujejo spolno samoodločbo (vse po vrsti po naravi stvari naklepni delikti), zanimivo, po obsegu primerljivo instrumentariju usmerjenega inkriminacijskega varstva človekovega življenja tako z naklepnimi delikti kot tudi tistimi iz malomarnosti. Pri tem ustavnopravno nikdar ni bilo sporno, da je človekovo življenje v vrhu vseh pravnih dobrin modernih držav, dobrina nad dobrinami, daleč nad vsemi drugimi. Preseneča pa lahko, da kaznovalni ponderji v slovenski zakonodaji tega ne odražajo ravno v primerjavi s spolnimi delikti.

Najlepše se to vidi pri otroku kot žrtvi. Tako imenovani kontaktni posegi v spolno svobodo otroka so po inkriminacijskih določbah 173/II. člena KZ-1 kaznivi s pet do petnajst let zapor, v (zakonsko in teoretsko precej nebuloznih) očitno celo nekontaktnih oblikah po 171/I. členu KZ-1 z do deset let zapor.¹¹ Ko bi se v Sloveniji mati spolno lotila svojega novorojenca kontaktno ali nekontaktno, karkoli naj bi že slednje bilo, ji grozi petnajst ali deset let zapor, če pa bi se ga uspešno, to je smrtonosno naklepno lotila z detomorom (119. člen KZ-1), pa le tri leta (faktor kaznivosti 5!), in ko bi ga iz skrajne nemarnosti smrtonosno pahnila skozi okno dvanajstega nadstropja (118. člen KZ-1), do pet let (faktor kaznivosti 3!). Pri tem na primer detomor primerjalno že dolgo ni več v standardnem repertoarju privilegiranih usmrtnih oblik v mnogih kazensko pravno zelo razvitih državah (pač pa ga ponekod poznajo kot posebej težko usmrtno kaznivo dejanje).¹² Mimogrede: ko se v Sloveniji nekdo samozadovoljuje pred spečim novorojencem, sploh ni ne pravno teoretsko ne politično razčiščeno, da to ni spolni napad na otroka, kazniv z desetletjem zaporne kazni (Korošec D., Filipčič K., Zdolšek S. (ur.) (2018), komentarja 171. in 173. člena KZ-1), ko pa isti storilec tega istega spečega otroka takoj zatem naloži v osebni avto in ga z naklepno brezglavo vožnjo zelo konkretno življenjsko (!) ogrozi, pri nas (323., 324. člen KZ-1) kaj lahko brez dvoma ne bo kaznovan, tudi zaradi rabe pošastno kompliciranih večfunkcijskih

¹¹ Glej komentarje obravnavanih členov v Korošec D., Katja F., Zdolšek S. (ur.), 2018.

¹² Glej Korošec D., Škrubej K. (2017), v celoti. Kot primerjalnopravni ocvirek v danem družbenem trenutku v Sloveniji si na tem mestu dovolimo oceno, da je takšnih držav znatno več od tistih, ki v kazenski zakonodaji uveljavljajo razvpito načelo »da je da«, torej afirmativnega soglašanja v deliktu posilstva, kar si je s političnim navdušenjem privoščila Slovenija z novelo KZ-1 junija 2021.

poškodbenih objektivnih pogojev kaznivosti v cestnoprometnem kazenskem pravu Slovenije (ki so, mimogrede, zelo primerjalno svojski, milo rečeno (Korošec D. et al., 2013)) in očitnih pravnih praznin ravno na področju, ki pri nas vsako leto (!) ubije (!) več kot sto ljudi in jih na stotine resno poškoduje. Ko pa otroka s tako vožnjo v prometni nesreči ubije, zraven njega pa po spletu okoliščin še dodatnih sto dvajset otrok (števila je enormna za didaktične namene), pa mu slovensko kazensko pravo z inkriminacijo 323/II. člena KZ-1 ob naklepnih (!) večkratnih (!) kršitvah elementarnih (!) pravil o varnosti v javnem prostoru preko instituta odgovornosti za hujšo posledico grozi z največ osmimi leti zaporne kazni, kar je še vedno dvajset odstotkov manj kot pri nekontaktnem (!) spolnem ravnanju in triinpetdeset odstotkov kazni pri kontaktnem spolnem ravnanju (po 173/II. členu KZ-1). Za sto enaindvajset mrtvih otrok.¹³ To je kot etični in kriminalitetnopolitični paradoks vredno in upravičeno primerjati tudi v kazenskopravni teoriji in marsikaj pove o razumevanju prioritet pri trenutnih pehanjih po reformi v smeri dramatičnih zaostritev spolnega kazenskega prava v Sloveniji in o sistemu dobrin. Kje so ob neprestanem zaostrovanju represije ravno na področju spolnosti, pri relativno že zelo represivnem spolnem kazenskem pravu, kjer lahko mrtve in posebno hudo poškodovane v Sloveniji v zadnjih sto letih iščemo z mikroskopom, notranje vrednostne skladnosti in etična in kriminalitetnopolitična uravnoteženost posebnega dela kazenskega prava in znotraj teh izhodiščnih problemov celo nujna potreba po dramatičnem zaostrovanju represije na področju spolnosti (ne nazadnje gre pri opuščanju pogoja sile ali grožnje in celo vsakršnega manipuliranja s tujo voljo pri posilstvu kot enem najhujše kaznivih deliktov slovenskega prava za enega največjih skokov represije v slovenski zakonodajni zgodovini)?! Z opisanega zornega kota je junijska radikalna postrožitev slovenskega spolnega kazenskega prava močna poglobitev že obstoječih hudih etičnih in političnih anomalij v slovenskem sistemu posebnega dela materialnega kazenskega prava in z vidika sistema prava in etike predvsem kontraproduktivna.

Ko pa smo že sredi razmišljanj o anomalijah sistema: zakaj slovenski zakonodajalec tako dolgo in iz novele v novelo kazenske zakonodaje (ki ravno na področju spolnega kazenskega prava niso posebej redke) vztraja na odsotnosti tako rekoč vseh odgovornosti za hujše posledice¹⁴ (za telesne poškodbe in smrt žrtve) ravno v spolnem kazenskem pravu? Zakaj ni bil slovenski zakonodajalec sposoben ali

¹³ Da, res je, naklepa do smrti v teh primerih ni, ampak pri citiranih spolnih delikih smrti sploh ni (pa tudi nobene telesne poškodbe ne) in ostaja naklep do elementarne kršitve (več) pravil varnosti! Ne gre tako preprosto za znanstveno nesprejemljivo primerjanje jabolk in hrušk, v Sloveniji so nasprotno znotraj etične prispodobе jabolka očitno precenjena, hruške pa skoraj zastoj.

¹⁴ Temeljno o tem pravnem institutu glej Bavcon L., Šelih A., Korošec D., Ambrož M., Filipčič K. (2013), str. 302–306.

voljan sistematično izpeljati oboroženosti storilca kot nedvoumne samostojne kvalifikatorne okoliščine (tudi) spolnih inkriminacij? Vse to sodi med misterije slovenske kriminalitetne politike in je kljub splošnim znakom politike poenostavljanja in vulgarizacije prava pri prevzemanjih iz tujine (ki sta funkcionalno zelo vprašljivi politiki) predvsem znak odsotnosti kriminalitetne politike in strateških razmislekov o skladnosti in sistemu. To so bile in so zelo slabe podlage za radikalne represivne reforme z opuščanjem večaktnosti kaznivega dejanja posilstva!

3. O mikavnosti primerjalnega kazenskega prava za politično argumentiranje

Pri poskusih celovite reforme cestnoprometnega kazenskega prava pred leti smo redno poslušali, da se ne gre zgledovati (po na tem področju skrajno represivnem) skandinavskem kazenskem pravu ali kazenskem pravu ZDA, češ da je Slovenija kulturno daleč od Skandinavije ali Amerike, da ameriški pravni sistem ne more šteti za zgled, ker da je tako zelo konceptualno različen od našega, in podobno. Celo nemški kazenskopравни sistem, ki očitno ni »tako zelo konceptualno različen od našega«, posebej njegovo (zelo represivno) obravnavanje omamljenih voznikov v cestnem prometu, so v javnih polemikah zavračali kot kulturno oziroma politično neprimerne za slovenske razmere (v cestnem prometu). Kot je znano, smo zato v zakonodaji obdržali velike dele, znane iz rešitev držav bivše Jugoslavije. Ravno pri spolnosti pa je treba segati po najnovejših tujih zgledih in jih celo presegati! V Skandinavijo in na Hrvaško in v Avstrijo in ravno v Nemčijo (ki v svoji spolni kazenski zakonodaji sploh ni uveljavila radikalnega načela »da je da«). So tukaj argumenti za nujnost prevzemanja pravnih novitet posebej spolnega kazenskega prava argumenti sodobnega primerjalnega prava ali prej cenene manipulacije s strani glasnih lobistov političnih idej?

Posebej ob primerjalnem argumentiranju nemškega zgleda je koristno vedeti, da je Nemčija svojo zadnjo reformo spolnega kazenskega prava (prva polovica leta 2016) izvedla na hitro in na horuk v pregretyh političnih okoliščinah množičnih spolnih nadlegovanj žensk na novoletnem praznovanju na prostem v mestu Köln (v prvih urah leta 2016, kjer je bil velik del javnega presenečenja nad dogajanjem in kasneje tudi medijskega zgražanja usmerjen ne toliko v dejstvo, da je do množičnosti nadlegovanja prišlo, ampak posebej v dejstvo, da tako množično ni bilo upiranja (zoper delikte storilcev z migracijskim družbenim ozadjem), kar je kajpak očitno težko »zdraviti« z ultrarepresivnim reformiranjem inkriminacij). Tako silovito hitre obsežne spremembe kazenskega prava so močno netipične za velike in daljnosežne reforme kazenskega prava v pravno razvitih državah, vključno z Nemčijo, in je zato treba biti predvsem zelo previden in zadržan pri političnem

pozdravljanju hitrosti in postavljanju ravno takšnih spreminjanj (in njihovih posameznih oponašalcev) za zgled, še posebej pa po preseganjih teh zgledov s še večjo radikalnostjo (slovensko načelo »da je da« namesto nemškega »ne je ne«). Še zlasti ob hkratnem tako čudnem zavračanju zgledov iz pomembnih elementov istih tujih pravnih sistemov (strokovno: ob nesposobnosti sistematičnosti in celovitosti pri primerjalnopravnem bilateralnem argumentiranju).

Nemčija kot kazenskopravno silno razvita država naj za slovensko kulturo ne bi bila primeren zgled za ureditev odgovornosti pravnih oseb za težke delikte, sodelovanja pri tuji samousmrtitvi in usmrtitve drugega na njegovo zahtevo, zgoraj priložnostno že omenjanega detomora (ki tam niti približno ni samostojna privilegirana usmrtitvena oblika in še manj kot kakšna civilizacijska pridobitev ali politična sveta krava, kot pri nas (Korošec D., Škrubej K., 2017), večkrat zgoraj omenjane celovitosti cestnoprometnega kazenskega prava (ki je očitna, v nebo vpijoča rakova rana aktualnega slovenskega prava (Korošec D. et al., 2013)), tudi v primerjavi s spolnimi delikti v zadnjih letih bistveno resneje aktualnega represivnega obvladovanja kršitev pravil o varstvu pred nalezljivimi boleznimi, ne nazadnje tudi kaznivosti tako imenovanih tatvin rabe in tatvin storitve (ki so tam bistveno strožje urejene kot v slovenskem premoženjskem kazenskem pravu z opaznimi pravnimi prazninami (Šetinc M., Korošec D., 2019)). Očitno za nas tudi ni zgled nemška sistematičnost kvalifikatorne obravnave oboroženosti storilca v posebnem delu kazenskega prava in hujših (preterintencionalnih) posledic prisilitev. Vse to (če na primerjavo z nemško ureditvijo upravnega določanja spola ali istospolne zakonske zveze ali strogosti omejevanja števila izpitnih rokov in ponavljanj neuspešnih izpitov po univerzah in še marsikaj tukaj blagohotno sploh pozabimo) niti najmanj ne kaže na resno in odgovorno slovensko primerjalno pravo, ki bi smelo služiti za argument za velike represivne zakonodajne reforme in določanje prioritet pri kazenskopravnih reformiranjih.

4. O konkretni sodni zadevi kot popotnici slovenskemu kazenskemu pravosodju v reformni ihti

Za finale razmisleka o sistemski obravnavi posilstva brez vsake manipulacije s tujo voljo in brez izrabe patologije pri oblikovanju in izražanju volje na strani žrtve naj služi kazenskopravno strašljiv opis konkretne sodne zadeve iz ene zadnjih števil ugledne nemške kazenskopravne revije ZStW¹⁵ (spet mimogrede: gre za privolitveno argumentirano primerjalnopravno analizo spolnih deliktov v strogo specializirani kazenskopravni reviji, kjer je nemška avtorica po lastnih navedbah

¹⁵ Zadeva povzeta po Hoven E., Dyer A. (2020), str. 256. Prevod: D. K.

v članku specialistka za gospodarsko (!) in medijsko (!) pravo, njen soavtor, kot zanimivost, pa avstralski kriminolog in pravnik tasmanskega porekla). Zadeva se je na prvi stopnji končala z obsodilno, na drugi pa z oprostilno sodbo, ki da je po Avstraliji sprožila obsežno javno negotovanje in zahteve po spremembi spolnega kazenskega prava v smeri večje represije. Je značilno urbana, v vseh pogledih sodobna in temelji na brez dvoma popolni odsotnosti vsakršne grožnje in sile v zvezi z zavrnitveno sposobno, duševno normalno polnoletno žrtvijo. V Sloveniji po donedavno veljavnem pravu ne bi mogla voditi v obsodilno sodbo, po pravkar uveljavljeni reformi inkriminacije posilstva pa se tudi pri nas utegnemo s polno ostrino začeti spopadati s takšnimi sodnimi zadevami.

Obdolženi in oškodovanka sta se spoznala v nočnem klubu. Skupaj sta se podala do uličice ob klubu, kjer je prišlo do sporazumnega poljubljanja. Oškodovanka se je potem želela vrniti k prijateljem v klub, a obdolženec jo je pregovoril, da je ostala. Potem ji je poskusil sleči spodnje hlače in hlačne nogavice, ki pa si jih je obdolženka potegnila nazaj. Po nadaljnjih sporazumnih vzajemnih poljubih jo je obdolženi pozval, naj se obrne in položi dlani na steno. Ko ji je v tem položaju zatem slekel spodnje hlače in hlačne nogavice, se ni upirala. Na njegove neuspešne poskuse z njo izvesti nožnično spolno občevanje, mu je rekla (tudi nemški izvirnik tu brez prevajanja povzema avstralski citat iz sodbe): »What do you expect? I'm a fucking virgin!«¹⁶ Na to je obdolženi z njo zadnjično spolno občeval. Po občevanju je prosil oškodovanko, da mu v mobilni telefon vpiše svoje ime, kar je tudi storila. Po vrnitvi k svojim prijateljem v klubu se je zjokala in trdila, da je bila spolno zlorabljen. Oblasti so sprožile kazensko preiskavo in kasneje sodni postopek za kaznivo dejanje posilstva.

Ali smo v Sloveniji spolno kulturno pripravljeni na tako radikalne zaostritve represije v kazenskem pravu, kot nam jih je junija letos z novelo KZ-1H potisnila politika kot orožje za represivno obvladovanje zadev, kakršna je opisana? Je res povsem odveč strah, da se v danem kulturnem trenutku utegnemo pri zgoraj opisani kazenskopравни zadevi prepoznavanja žrtve kot družba v praksi nagibati značilno vrednostno drugače, kot če bi na opisani temni stranski ulici na primer imeli opravka z dvema fantoma v spolni interakciji? Je v dani kulturi v pravosodni praksi pričakovati predvsem segregiranje in diskriminacijo žrtev po spolu oz. spolni usmerjenosti ali pa v praksi zaradi nedokazljivosti resničnega dogajanja brez prisilitvenih ravnanj vendarle ne bo toliko škode? Smo v pravosodju pripravljeni na politično dirigirano žrtvoslovnost domnevno težkih spolnih deliktov, ko v temi stranskih ulic ljudje pred neznancom slačijo spodnjice, pa ni nobene sile ali grožnje v smeri spolnih ravnanj ali podobnih manipuliranj z voljo? Ko so prav vsi vpleteni pijani? Subkulturno posebni? Mladoletni in pijani?

¹⁶ Vulgarno torej, v prostem prevodu: »Kaj pa pričakuješ, pizda, jaz sem devica!«

Uporabljena literatura

- Bavcon L., A. Šelih, D. Korošec, M. Ambrož, K. Filipčič (2013). Kazensko pravo – splošni del (6. izd.), Uradni list RS, Ljubljana.
- Hoven E., Dyer A. (2020). »Only Yes means Yes«?, ZStW 2020; 132(1), str. 256.
- Korošec D. (2016). Medicinsko kazensko pravo. 2. spremenjena in dopolnjena izdaja. GV Založba, Ljubljana.
- Korošec D. (2008-1). O poglavitnih kazenskopravnih dobrinah spolnih kaznivih dejanj. Pravnik: 2008 (63); 7-8, str. 363–391.
- Korošec D. (2007). O prepovedi soočenja s tujo spolnostjo v sodobnem kazenskem pravu. Pravosodni bilten 2007; 2, str. 229–245.
- Korošec D. (1999). Privolitev oškodovanca in splošni pojem kaznivega dejanja. Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani 1999; LVIII., str. 163–186.
- Korošec D. (1997). Privolitev oškodovanca v kazenskem pravu (primerjava dveh kazenskopravnih sistemov). Doktorska disertacija. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana.
- Korošec D. (2008). Spolnost in kazensko pravo. Od prazgodovine do t. i. modernega spolnega kazenskega prava. Uradni list RS, Ljubljana.
- Korošec D., Dežman Z., Karakaš A., Nerat B., Novoselec P., Verdel Kokol V., Zgaga S. (2013). Cestnoprometno kazensko pravo. Analiza temeljnih institutov za sodno prakso. GV Založba, Ljubljana.
- Korošec D., Filipčič K., Zdolšek S. (ur.) (2018 in 2019). Skupina avtorjev. Veliki znanstveni komentar KZ-1 – posebni del. Knjige 1–3, Založba Uradni list in Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana.
- Korošec D., Škrubej K. (2017). Posebna inkriminacija detomora – od kod in kam?. Zbornik znanstvenih razprav 2017; 77, zv. 1, str. 77–117.
- Šetinc M., Korošec D. (2019). Inkriminacija tatvine storitve po nemškem zgledu: da ali ne?. Pravnik 2019; letn. 74, št. 1/2, str. 51–72.

Odperta vprašanja modela soglasja

1. Uvod

Pred zakonskimi spremembami (KZ-1H) smo o spremembi modela ureditve spolnih kaznivih dejanj v Sloveniji razpravljali približno tri leta. V tem času se je spočetka amorfna gmota idej glede tega, kaj bi bilo treba storiti (če sploh kaj), precej prečistila. Prevladala je odločitev za model soglasja, pri čemer je bilo težišče razpravljanja namenjeno nomotehnični izpeljavi modela soglasja (model afirmativnega soglasja ali model veta).¹ Razprava o teh dveh možnostih je precej zasenčila ostala vprašanja, ki jih prehod na model soglasja odpira. Gre zlasti za dilemo, katera soglasja, ki so bila sicer tako ali drugače izražena, naj bodo tudi pravno veljavna. To vprašanje bo jedro pričujočega prispevka, pri čemer se omejujem na dva sklopa okoliščin, ki lahko vplivajo na veljavnost soglasja: izpostavljenost različnim oblikam pritiskov, ki ne dosegaajo praga »sile« oziroma »grožnje z neposrednim napadom na življenje ali telo«, ter izpostavljenost različnim oblikam zavajanj.

Razmišljanja o tem, katere izmed blažjih oblik pritiskov in zavajanj vplivajo na veljavnost privolitve² v spolno ravnanje, utegnejo v slovenskem kontekstu delovati nenavadno, saj je bilo še do včeraj ključno mesto razpravljanja o osrednjih spolnih deliktih »groba sila«. Tako se je v pravosodnih zadevah odpiralo vprašanje, ali je bila uporabljena sila dovolj intenzivna oziroma ali je šlo za silo, ki je »objektivno sposobna streti odpor«.³ Kot kažejo izkušnje iz primerjalnega prava, uvedba modela soglasja odpira nova polja razprave in vse večjo občutljivost za vprašanja posameznikove spolne avtonomije kot tudi njene zaščite s sredstvi kazenskega prava. Osrednje vprašanje pri tem je, kakšna je pravšnja mera »aktivacije« kazenskega prava, ko gre za varstvo spolne avtonomije: vsako moralno zavržno ravnanje si ne zasluži izrazito močne stigme, ki jo prinaša obsodba za spolno kaznivo dejanje.

¹ Podrobneje o teh dveh modelih Plesničar in Ambrož, 2019, str. 75–81.

² Kar zadeva jezikovno dilemo soglasje – privolitev, je treba opozoriti na ustaljeno rešitev, ki daje prednost izrazu soglasje, kadar gre za sestavni del biti kaznivega dejanja. Nova zakonska rešitev se te terminološke konvencije ne drži, jaz pa ji skušam v pričujočem besedilu ostati zvest, a z nekaj izjemami, kjer se mi zdi, da glede na sobesedilo izraz privolitev zveni bistveno bolje.

³ »Sila, objektivno sposobna streti odpor,« je fraza, ki smo jo v preteklosti v pravosodni praksi srečali relativno pogosto. Nekaj ilustrativnega gradiva je na voljo v Plesničar in Ambrož, 2019, str. 54–57. Ker se nama je fraza zdela povedna, sva se s kolegico Plesničar odločila, da jo uporabiva tudi za naslov že omenjene študije.

Povsem nesporen pa je globalni trend večanja občutljivosti na tem področju. To med drugim pomeni, da bodo nekatere izmed predstavljenih dilem, ki so danes videti kot »znanstvena fantastika« ali akademsko dlakocepljenje (npr. spolno kaznivo dejanje, izvršeno z zavajanjem), jutri ali pojutrišnjem realnost našega pravosodja, že danes pa jih tu in tam srečamo v sodni praksi držav, ki so reformo opravile pred nami.

Čisto na koncu prispevka se mi zdi koristno nekaj pozornosti nameniti tudi vprašanju inkriminiranja malomarnosti pri kaznivih dejanjih posilstva in spolnega nasilja – inkriminacija malomarnosti je bila vključena v enega od zakonskih osnutkov, nato pa je bila v zakonodajnem postopku z amandmaji izločena.

2. Prehojena pot

Pri oblikovanju sprememb poglavja spolnih kaznivih dejanj so se ponujale tri možnosti: 1) korekcija zakonskih rešitev s širšo razlago zakonskih znakov; 2) kazuistična dopolnitev izvršitvenih načinov kaznivih dejanj posilstva in spolnega nasilja (denimo z inkriminacijo zlorabe brezizhodnega položaja ali zlorabe prese-nečenja) in 3) nadomestitev modela prisile z modelom soglasja.⁴

Prvo rešitev, po kateri zakonskega besedila ne bi bilo treba spreminjati, pač pa bi pravosodje s široko razlago zakonskih znakov sile in grožnje »preseгло« model prisile, je hitro mogoče spoznati za neustrezno. Ta pristop bi od pravosodja na koncu koncev zahteval, naj opravi vlogo zakonodajalca: z ekstenzivno razlago zakonskih znakov naj zapolni domnevne pravne praznine. Ideja, naj sodišča »popravljajo napake zakonodajalca«, je v sistemu delitve oblasti problematična, povsem nesprejemljiva pa je v kazenskem pravu. Ne gre samo za to, da bi nastala težava, ker bi imeli sila in grožnja pri spolnih deliktih drugačen (širši) pomen kot denimo pri ropu. Problem je bolj elementaren: načelo zakonitosti ne dopušča zapolnjevanja domnevnih pravnih praznin z ekstenzivno razlago, ki prebija običajen pomen besed.

Druga rešitev, zakonska sprememba, ki bi izvršitvenim načinom posilstva in spolnega nasilja poleg sile in grožnje dodala še kakšno izvršitveno obliko, zahteva več pozornosti. Naklonjenost tej rešitvi je izrazil Korošec (Korošec, 2021) s tem, ko je opozoril na presenečenje in zvijače »kot pomembne oblike manipuliranja s tujo voljo« in v tej zvezi pokritiziral slovenski koncept spolnega kazenskega prava, češ da se je »zgodovinsko zataknil v prisilitveni razvojni fazi«.

Rešitev, ki bi dodajala izvršitvene načine (npr. zlorabo presenečenja ali zvijače), zaznamuje kazuistična naravnost: izmed možnih načinov vplivanja na tujo

⁴ Temeljitejša razčlenitev teh variant je na voljo v Plesničar in Ambrož, 2019, str. 69–75.

voljo jih nekaj izbere in jih predvidi kot dodatne izvršitvene načine posilstva in spolnega nasilja. S tem se po eni strani odpre *vprašanje izbire*. Po katerih merilih izbrati dodatne izvršitvene načine? Naj bo merilo izbire intenzivnost vplivanja, zavržnost vplivanja, že znani zgledi iz primerjalnega prava, empirična pojavnost ali kaj drugega? Po drugi strani je težava tega pristopa, da kazenskopravno varstvo spolne avtonomije omejuje na katalog tako ali drugače izbranih načinov manipuliranja s tujo voljo. Pri tem ne gre le za vprašanje, ali je katalog posrečeno oblikovan in ali v njem kaj manjka, temveč predvsem, ali je prav, da sploh obstaja – pri kazenskopravnem varstvu premoženja takega kataloga denimo ni. Osrednja težava kazuističnega pristopa je torej v tem, da spolno avtonomijo še vedno varuje precej fragmentarno in selektivno. Odsotnost prisile in izbranih načinov manipulacije (denimo zvijača, presenečenje) še ne pomeni, da je bilo neko ravnanje sporazumno. Zato si prednost zasluži pristop, ki v ospredje daje vprašanje, ali je bilo neko spolno ravnanje sporazumno.

Upoštevajoč navedeno je Ministrstvo za pravosodje pri delu na zakonskem osnutku izbralo tretjo možnost, namreč prehod na model soglasja. Zanj je značilno inkriminiranje nekonsenzualnih spolnih ravnanj ustrezne teže, uporaba sile oziroma grožnje nista več nujni pogoj za obstoj temeljne oblike kaznivega dejanja.

Vključitev soglasja v zakonske opise spolnih kaznivih dejanj odpira več dilem, začeniši z vprašanjem, ali naj soglasje razumemo kot mentalen pojav (»notranje strinjanje«) ali kot izraženo soglasje (soglasje kot akt komunikacije). Čeprav bi se na prvi pogled utegnili zdeti, da je treba »pravim občutjem« dati prednost pred tistim, kar izrečemo, obstajajo dobri razlogi, da se kazenskopravna presoja omeji na tisto, kar je izraženo s komunikacijo, torej na navzven izraženo soglasje oziroma zavrnitev.

Razlogi za to so znani. Prvič, notranji odnos do nekega ravnanja je lahko zelo kompleksen in ambivalenten in ga je v sodnem postopku praktično nemogoče rekonstruirati. Drugič, zaradi pravne varnosti potencialnega storilca je zelo pomembno, da se lahko zanese na verbalno in neverbalno komunikacijo in da ne more priti v položaj, ko bi kljub jasno izraženemu soglasju lahko bil obravnavan, kot da »pravega« soglasja ni imel. In tretjič, rešitev, po kateri je ključno navzven izraženo soglasje oziroma zavrnitev, je tudi v korist potencialnih žrtev, saj omejuje relevantnost obrambnega narativa, da je žrtev spolni stik navzven sicer zavračala, intimno pa si ga je želela ali se z njim vsaj strinjala (prim. Hörnle, 2018, str. 238).

Dilema – soglasje kot mentalno stanje ali akt komunikacije – je bilo torej treba razrešiti v prid druge možnosti. Vendar to ne pomeni, da bo vsako navzven izraženo soglasje pravno upoštevno: obstajajo okoliščine, v katerih je izraženo soglasje na različne načine izsiljeno, podano v zmoti ali brez privolitvene sposobnosti. Vprašanje veljavnosti izražene soglasja je nemogoče zakonsko normirati do

poslednje nianse, toda temeljne usmeritve zakonsko besedilo mora dati (podrobneje v 4. in 5. razdelku, spodaj).

V drugem koraku se je bilo treba opredeliti do nomotehnične dileme, kako naj bo soglasje vključeno v nove zakonske določbe. Gre za dilemo, ali naj bo kaznivo dejanje podano le tedaj, kadar storilec ignorira prepoznavno zavrnitev (**model veta**), ali pa naj bo kaznivo dejanje podano tudi v primerih, ko ni bilo izraženo soglasje (**model afirmativnega soglasja**). O tej dilemi je bilo že veliko povedanega. Bistveni argument za model veta je, da daje jasnejše oporne točke za pravosodno rekonstrukcijo dogodka in s tem prispeva k pravni varnosti. Po drugi strani so zagovorniki modela afirmativnega soglasja poudarjali simbolno-ekspresivni vidik: kazenskopravne določbe poleg grožnje s kaznijo posredno sporočajo tudi, kakšno ravnanje se od ljudi pričakuje. Sporočilo novih inkriminacij na področju spolnih kaznivih dejanj mora biti, da je kakršno koli spolno ravnanje brez vnaprej pridobljenega soglasja nesprejemljivo. Simbolno-ekspresivni vidik je imel ob energično zasnovani kampanji nevladnih organizacij veliko mobilizacijsko moč, tako da je tudi Ministrstvo za pravosodje svojo prvotno zamisel – model veta, ki je temeljil na vzorih iz nemškega in avstrijskega KZ, – opustilo in se opredelilo za model afirmativnega soglasja, ki je z novelo KZ-1H postal veljavno pravo.

3. Model soglasja in arhitektura poglavja spolnih kaznivih dejanj

Uvedba modela soglasja zahteva več kot zgolj zakonodajno dopolnitev kaznivih dejanj posilstva in spolnega nasilja (170. in 171. člen KZ-1). Potreben je premislek o razmerju teh dveh, v smeri modela soglasja dopolnjenih kaznivih dejanj, do preostalih kaznivih dejanj iz poglavja, ki že doslej niso temeljila izključno na modelu prisile. Gre za tale kazniva dejanja: spolna zloraba slabotne osebe (172. člen), spolni napad na osebo, mlajšo od petnajst let (173. člen) in kršitev spolne nedotakljivosti z zlorabo položaja (174. člen). Premislek je potreben zato, ker se bo v nekaterih primerih **neučinkovite privolitve** lahko pojavila dilema, ali je treba uporabiti novo obliko posilstva oziroma spolnega nasilja ali pa katero izmed drugih kaznivih dejanj iz tega poglavja. Primeroma je mogoče navesti položaje, ko je privolitev sicer izražena, vendar se pojavijo dvomi, ali je odraz posameznikove »svobodne volje«, denimo, da jo izrazi dementna oseba, oseba, ki je v podrejenem položaju znotraj formalnega ali neformalnega hierarhičnega razmerja, ali oseba, ki je bila tako ali drugače zavedena. V tej zvezi bi bila koristna obsežnejša pojasnila v zakonodajnih gradivih. Izhajati je mogoče iz tega, da se bodo nove in stare inkriminacije v določenem obsegu prekrivale, v teh primerih bo moralo pravosodje ustrezno kaznivo dejanje izbrati s pomočjo splošnih razlagalnih pravil,

zlasti z uporabo formule *lex specialis* (oziroma prepoznave razmerja temeljne in kvalificirane oblike kaznivega dejanja).

Ključno vprašanje znotraj modela soglasja je, po katerih merilih ločevati veljavna in neveljavna soglasja. Dopolnitve kaznivih dejanj posilstva, spolnega nasilja in spolne zlorabe slabotne osebe veljavnost soglasja veže na posameznikovo »svobodno voljo«:

»*Privolitev iz prejšnjega odstavka tega člena je podana, če je oseba po svoji navzven zaznavni, nedvoumni in **svobodni volji** privolila ...*« (novi drugi odstavek v členih 170, 171, in 172 KZ-1).

Toda kako uporabno je lahko merilo »svobodne volje«? Jasno je, da tu ne gre za svobodno voljo v metafizičnem ali filozofskem smislu, temveč predvsem za to, da zakonsko besedilo z rabo pomensko skrajno odprte formule pušča proste roke pravosodju. Določbo je treba razumeti kot napotek pravosodju, naj ovrednoti, ali je glede na okoliščine konkretne zadeve posameznik ohranil *dovolj* svobode odločanja, da je njegovo privolitev mogoče šteti za veljavno.

Svoboda odločanja je lahko okrnjena v številnih primerih, kot so nezrelost, mentalne omejitve, različne oblike pritiskov in različne oblike zavajanja. Medtem ko za prva dva primera obstajata posebni inkriminaciji, ki problem konkretno naslavljata (173. in 172. člen KZ-1), je pri prisilah, ki ne ustrezajo tradicionalni »sili in grožnji« ter pri zavajanjih nova zakonska ureditev zelo odprta, manevrski prostor, ki ga ima na voljo pravosodje, pa velik. Ta vidik v strokovni razpravi ob pripravi zakonskega besedila skoraj ni bil tematiziran.

4. Soglasje, ki je obremenjeno z različnimi oblikami prisile, ki ne dosega praga »uporabe sile ali grožnje z neposrednim napadom na življenje in telo«

Dvom v svobodo posameznikovega odločanja in s tem v veljavnost (učinkovitost) njegovega soglasja se bo odprl v primerih, v katerih bo posameznik izpostavljen eksplicitnim ali implicitnim pritiskom, pri katerih sicer ne gre za »uporabo sile ali grožnje z neposrednim napadom na življenje ali telo«, vendar pa so za posameznika neugodni in ožijo manevrski prostor odločanja. Znan in nesporen primer je vzdušje nasilja, v katerem historiat nasilnega vedenja storilcu omogoča, da svojo voljo uveljavlja, ne da bi mu bilo treba grožnje sploh izreči. Bolj kompleksni pa so tisti življenjski položaji, v katerih fizičnega nasilja sicer ni, vendar pa je posameznikov prostor odločanja zožen; v tej zvezi je mogoče navesti težavne življenjske položaje, ki jih zaznamuje ekonomska ali socialna odvisnost, ali pa podrejen položaj znotraj formalnih ali neformalnih hierarhičnih razmerij.

Izhodišče razprave je lahko ugotovitev, da vsaka težavna situacija, v kateri se posameznik znajde, še ne pomeni, da njegove odločitve niso avtonomne (za premisleke, ki so jih ob snovanju reforme na tem področju napravili v Nemčiji, glej Hörnle, 2017, str. 1323).

Obstaja množstvo prisil, ki delujejo na ljudi, in opredeliti se je treba do vprašanja, katere so tako hude, da zaradi njih soglasje ni več učinkovito. Običajno ilustrativno gradivo, o katerem se v tej zvezi razpravlja, je naslednje: delodajalec grozi z odpuščanjem osebi, ki se ni pripravljena podrediti njegovim seksualnim pričakovanjem; delodajalec omogoči hitrejšo napredovanje osebi, ki je pripravljena na seksualni odnos; vplivni producent, ki ima moč »napraviti ali uničiti igralsko kariero«, v zameno za svojo pomoč pričakuje seksualno protiuslugo.

Ustaljen pristop, ki ga za vrednotenje teh položajev srečujemo v literaturi, temelji na razlikovanju »groženj« in »ponudb« (Green, 2020, str. 129). Pristop temelji na predpostavki, da imajo samo grožnje moč žrtev postaviti v slabši položaj, kot bi bila brez storilčeve intervencije, torej morajo biti neveljavna le tista soglasja, ki temeljijo na grožnjah. Po drugi strani pa naj ne bi šlo za kazniv poseg v spolno avtonomijo v primerih, kadar je bilo soglasje podano zaradi ponudbe, s sprejetjem katere si je oseba, ki je soglasje dala, izboljšala socialno-ekonomski položaj (drugo vprašanje je, ali gre v teh primerih morebiti za katero izmed korupcijskih kaznivih ravnanj).

Opisana rešitev bo v večini zadev delovala prepričljivo, vendar pa ima nekaj težav. Včasih je težko natančno razmejiti »ponudbo« in »grožnjo«. Vzemimo že omenjenega vplivnega producenta, ki ima moč »napraviti ali uničiti« igralsko kariero. Njegova ponudba »iz tebe bom napravil filmsko zvezdo« ima lahko tudi (ne nujno izrečeno) hrbtno stran »poskrbel bom, da nikoli ne dobiš omembe vredne vloge«. Druga težava so »ponudbe, ki jih ni mogoče zavrniti«, denimo da je naslovnik ponudbe v tako slabem socialno-ekonomskem položaju, da sprejem ponudbe ni le izraz njegovega kariernega oportunitizma, temveč eksistenčne nuje.

Kljub izraženim pomislekom pa je razlikovanje »ponudb« in »groženj« v osnovi primerno orodje za vrednotenje veljavnosti soglasja. Pravno presojanje, zlasti kadar gre za vprašanje kaznovanja, se mora izogibati moralnemu perfekcionizmu. Med drugim to pomeni, da je treba tolerirati tudi instrumentalno rabo spolnosti, torej da ljudje v nekaterih primerih spolnost uporabljajo tudi kot sredstvo za izboljšanje socialno-ekonomskega položaja. Nesporno pa bi kot neveljavna morali šteti tista soglasja, ki so bila izsiljena s: (1.) protipravnim spravljanjem žrtve v težaven položaj; (2.) grožnjami s protipravnimi ravnanji in (3.) neizpolnjevanjem pravne dolžnosti pomagati (Hörnle, 2018, str. 243).

5. Soglasje, ki je obremenjeno z zavajanjem

Model soglasja nadalje odpira vprašanje, ali je zaradi morebitnih zmot na strani oškodovanca soglasje neučinkovito, kaznivo dejanje pa podano. Zmote, v katerih ljudje vstopajo v spolna razmerja, so lahko izrazito heterogene: razlikujejo se tako po vrsti kot po intenziteti. Najbolj tipični primeri so naslednji: zmota o tem, da sploh gre za spolno ravnanje (npr. lažno prikazovanje, da gre za medicinski oz. terapevtski poseg), zmota o vrsti spolnega ravnanja, zmota o identiteti spolnega partnerja, zmota glede uporabe kontracepcije, zmota o iskrenosti čustev spolnega partnerja, zmota o partnerjevih dosežkih in statusu, zmota glede partnerjevih prihodnjih ravnanj (npr. obljubljeni poroka oz. »resna« zveza, obljubljeni plačilo) itd.

Praktično najbolj relevantne so tiste zmote oškodovancev, ki so rezultat aktivnega zavajanja storilca. V literaturi se sicer obravnava tudi položaje, ko storilec žrtev zgolj pusti v zmoti, ki je ni ustvaril sam (Green, 2020, str. 107), vendar se zdi, da bodo ti položaji v praksi redkejši.

Fenomen zavajanja v spolnih razmerjih ima lahko zelo različne oblike. V spektru možnih zavajanj bi lahko v grobem ločili: (1.) nedolžna (socialno običajna) loščenja lastne podobe, (2.) nemoralna, vendar ne kazniva zavajanja in (3.) zavajanja, ki pomenijo kazniv poseg v spolno avtonomijo. Razmejevanje med njimi ne bo vselej enostavno.

Obstajajo dobri razlogi za to, da socialno običajnih poskusov pokazati se v kar najboljši luči ne problematiziramo ali celo kriminaliziramo. Znana človeška lastnost je, da navzven radi pokažemo nekoliko idealizirano verzijo samih sebe, pri čemer spolna razmerja nikakor niso izjema. Pri tem gre lahko za predstavitev »svežnja naše osebnosti«, preteklosti in življenjskih načrtov ali pa za našo fizično pojavnost – navsezadnje celotna kozmetična in lepotna industrija živita od tega, da se želimo drugim pokazati lepši, kot nam je bilo namenjeno z naravnimi danostmi.

Toda bolj ko se zavajanje stopnjuje, bolj postaja na mestu vprašanje, ali je soglasje druge strani sploh veljavno. Kje znotraj spektra postane zavajanje tako nesprejemljivo, da si zasluži kazenskoopravni odziv – morda celo v obliki obsodbe za kaznivo dejanje posilstva?

V tej zvezi se je v anglosaški literaturi pojavil **kontraktualistični pristop**, ki temelji na naslednjem testu: ali bi žrtev ravnala drugače (tj. privolitve ne bi izrazila), če bi poznala resnične okoliščine (Dougherty, 2013, str. 717). Gre za vprašanje, ali je šlo za zavajanje o nečem, kar je bilo za žrtev nujni pogoj, da pristane v spolno ravnanje; tak nujni pogoj anglosaška literatura občasno imenuje *deal-breaker*, torej nekaj, brez česar se ni mogoče »pogoditi« (podrobneje Vavra, 2020, str. 370–372). Če oseba A, denimo, brez obljube plačila v spolno ravnanje ne bi pristala, tedaj naj bi zavajanje glede plačila pomenilo poseg v njeno spolno avtonomijo in bi si zaslužio kaznivost (in to kot spolno, ne kot premoženjsko kaznivo dejanje).

Ta pristop, ki ima nekatere vzporednice s pogodbenim pravom (primerjaj prvi odstavek 46. člena Obligacijskega zakonika), odpira več težav.

Najprej velja omeniti težave pri pravosodni rekonstrukciji pogojev, ki so za eno stran tako pomembni, da jih šteje za *deal-breaker* (Green, 2020, str. 106). Nadaljnja težava je vprašanje, ali je tisti, ki se mu izkoriščanje zmote očita, *tempore criminis* vedel, da gre za tovrstno okoliščino. Vzemimo naslednji primer. Oseba A lažno navaja, da ima univerzitetno izobrazbo. Denimo, da je za osebo B izobrazba izjemno pomembna in ni pripravljena na spolno razmerje z nikomer brez univerzitetne izobrazbe. Vprašanje je seveda, ali je A vedel, da je univerzitetna izobrazba za osebo B tako pomembna, da jo šteje za *conditio sine qua non* spolnih stikov – o teh stvareh se namreč le redko eksplicitno in natančno pogovarjamo. Primer je za potrebe ponazoritve karikiran, pokaže pa težave opisanega pristopa. Za pravosodno obravnavo bi bili najmanj problematični tisti položaji, ko bi partnerja drug drugega predhodno izčrpno seznanila s svojim seznamom *deal-breakerjev*, toda to bi odnose med ljudmi precej »birokratiziralo«.

Zdi se, da je opisani pristop za pravosodno rabo komaj uporaben. Alternativa temu pristopu bi bilo oblikovanje **objektivnega kataloga okoliščin**, ki jih štejejo za tako pomembne, da je zavajanje o njih upravičeno šteti za kazniv poseg v spolno samoodločbo. Popolnega konsenza glede tega, katere okoliščine so tako pomembne, najverjetneje ne bo mogoče doseči. Precej nesporno pa je, da je za veljavno soglasje potrebno, da si je tisti, ki soglasje daje, na jasnem vsaj glede naslednjih vprašanj: (1.) Ali sploh gre za spolno ravnanje? (2.) Za kakšne vrste spolno ravnanje gre? in (3.) S kom? (prim. Hörnle, 2018, str. 241). To pomeni, da prag kaznivosti prestopajo ravnanja, pri katerih se storilec pretvarja, da ne gre za spolno ravnanje (tipično pod pretvezo medicinskega posega ali zdravljenja), ravnanja, ko storilec zavaja glede vrste spolnega ravnanja, ter storilčeva lažna prevzemanja tuje identitete.

V sklop zavajanj glede vrste spolnega ravnanja je mogoče uvrstiti tudi zavajanje glede uporabe kondoma oziroma skrivno odstranitev kondoma med spolnim aktom (t. i. *stealth*ing), nemška sodna praksa je to ravnanje opredelila kot obliko posega v spolno avtonomijo po prvem odstavku 177. člena nemškega KZ (Geneuss idr., 2021).

V zvezi z zadnjo možnostjo – zavajanjem glede identitete – so manj sporni tisti spektakularni, zlasti učbeniški primeri, ko bi storilec uspel zavesti žrtev, da je njen zakonec, partner in podobno. Bolj sporni pa so primeri lažnih izdajanj za slavne osebe, do katerih po poročanju medijev sem ter tja tudi prihaja (Forrester, 2014),⁵ ko se posameznik uspešno lažno izdaja za denimo znanega in priljubljenega športnika.

⁵ Josie Cunningham: »I was tricked into believing I was having sex with a Premier League footballer«; Mirror, 28. septembra, 2014, dostopno na: <https://www.mirror.co.uk/3am/celebrity-news/josie-cunningham-i-tricked-believing-4337439>.

Nekateri avtorji se zavzemajo za to, da naj bi takšno zavajanje, če vodi v spolne odnose, pomenilo kazniv poseg v spolno avtonomijo. Primer takega avtorja je Green, ki kot dodatni argument za svoje stališče navaja škodo, ki jo taka ravnanja pomenijo za ugled osebe, katere identiteta je bila zlorabljena (Green, 2020, str. 113). Pripomniti velja, da škoda, ki je bila morebiti povzročena ugledu slavnega športnika, denimo nogometaša, ni povezana z vprašanjem spolne avtonomije osebe, ki je bila zavedena, da se spušča v spolno razmerje z njim. Vprašanje, ali gre v takšnih primerih za »posilstvo«, je torej treba presoјati ločeno od vprašanja, v kakšni meri je bil prizadet ugled resničnega nogometaša. Kar zadeva zmoto žrtve, se zdi, da je ta zelo podobna zmoti o statusu in dosežkih osebe, s katero stopa v spolno razmerje. Žrtev je imela namreč ustrezno predstavo o tem, na kakšno ravnanje se nanaša soglasje in s kom (v fizičnem smislu), motila pa se je predvsem o statusu te osebe (slavni nogometaš). V moralnem pogledu je izkoriščanje tujega statusa in dosežkov nesporno zavržno, vendar pa je skrajno vprašljivo, ali si oseba, ki na opisani način tuj status izkorišča, zasluži pravne posledice in stigmatizacijo »posiljevalca«.

V zvezi s tem velja opozoriti še na vidik, ki je v literaturi obravnavan pod ključno besedo poštenost označevanja (angl. *fair labeling*). Čeprav spolna ravnanja, do katerih pride s pomočjo zavajanja, brez dvoma posegajo v spolno avtonomijo, vendarle ne predstavljajo enake vrste neprava, kot je zaobseženo s tradicionalnimi spolnimi dejanji, kakršno je posilstvo. Zato se zdi pomembno, da se pri snovanju zakonskih rešitev napore vlaga tudi v niansiranost spolnih kaznivih dejanj, kar med drugim pomeni, da se vseh posegov v spolno avtonomijo ne obravnava pod dežnikom posilstva oziroma spolnega nasilja (Gibson, 2020, str. 109). Kot pa so pokazale slovenske izkušnje, gre za izrazito večplastno problematiko. Ena ključnih zahtev nevladnih organizacij v postopku oblikovanja zakonskih sprememb je bila prav ta, da morajo vse oblike spolnih ravnanj brez veljavnega soglasja postati del posilstva oziroma spolnega nasilja. Morebitna drugačna poimenovanja spolnih kaznivih dejanj, ki ne temeljijo na rabi prisile, naj bi relativizirala zavržnost posegov v spolno avtonomijo. Zato je Ministrstvo za pravosodje odstopilo od prvotnega načrta, da za nekonsenzualna spolna ravnanja, ki jih ne spremljata sila in grožnja, predvidi posebno kaznivo dejanje z naslovom Poseg v spolno samoodločbo. V tem primeru je torej simbolno-ekspresivni vidik (ideja, naj se z močnim naslovom poudari zavržnost vseh posegov v spolno samoodločbo) prevladal nad idejo niansiranja naslovov kaznivih dejanj.

6. Vprašanje krivdne oblike

Neodvisno od spremembe modela urejanja spolnih kaznivih dejanj se v kazenskem pravu že nekaj časa razpravlja o vprašanju krivdnih oblik poseganja v spolno avtonomijo (Hörnle, 2000). Pri tem gre za vprašanje, ali bi bilo poleg naklepnih posegov v nekaterih primerih treba inkriminirati tudi **intenzivnejše oblike malomarnosti** (t. i. grobo malomarnost). Praktično gledano gre zlasti za vprašanje storilčeve zmote o obstoju soglasja in dilemo, ali in pod katerimi pogoji naj bo storilec, ki ravna v zmotnem prepričanju, da soglasje ima, kazniv.

Primerjalnopravno so spolna kazniva dejanja tradicionalno zasnovana kot naklepna kazniva dejanja. Omembo si v zvezi s tem zaslužita dva sistema, kjer je v novejšem času prišlo do dopolnilne inkriminacije malomarnosti. Norveški kazenski zakonik določa kaznivost spolnih kaznivih dejanj iz »velike malomarnosti« (294. člen norveškega KZ). Hrvaški kazenski zakonik inkriminira položaj, ko je bil storilec v »izogibni zmoti«, da privolitev v spolno ravnanje ima (drugi odstavek 153. člena hrvaškega KZ). O razlogih za tovrstne dopolnilne inkriminacije in njihovih pasteh se trenutno v tuji literaturi obširno razpravlja, v nastajanju so tudi doktorati na to temo (glej Feldmann, 2021).

Ključni vprašanji znotraj razprave o inkriminiranju malomarnosti sta, katere konkretne življenjske položaje želimo z inkriminacijo nasloviti in ali ravnanje posameznika v teh primerih izkazuje tolikšno stopnjo arogance oz. prezira do potreb in interesov drugega, da si zasluži kazenskoopravni odziv.

Najbolj tipičen scenarij, ki ga literatura v tej zvezi obravnava, je storilec, ki ravna v zmotnem prepričanju, da privolitev ima, v resnici pa je nima. Če je to zmotno prepričanje pristno, tedaj posameznik ravna brez naklepa. Veljavna ureditev dejanske zmote kot varovalko predvideva možnost odgovornosti za malomarnost, vendar le, če je ta pri zadevnem kaznivem dejanju inkriminirana (tretji odstavek 30. člena KZ-1). Inkriminiranje malomarnosti pri spolnih kaznivih dejanjih bi torej omogočilo kaznivost storilcev, ki ravnavajo v tovrstni dejanski zmoti.

Pri razpravi o tem vprašanju je treba imeti pred očmi, da bo učbeniški scenarij, ko storilec ravna v zmotnem prepričanju, da privolitev ima, vsaj v čisti obliki razmeroma redek.⁶ Večino tovrstnih zmot, kolikor do njih sprva res pride, nadaljnja komunikacija lahko odpravi. Ko je posamezniku jasno predočeno, da so nadaljnja spolna ravnanja nezaželena, pa se ne ustavi, bo šlo od tod dalje v veliki večini primerov za naklepno poseganje v spolno samoodločbo, torej bo vprašanje malomarnosti irelevantno.

⁶ V domači sodni praksi sem zasledil en primer, v katerem je bila tovrstna zmota zatrjevana: Okrožno sodišče v Novi Gorici, K 125/2004 z dne 28. 8. 2006, in Višje sodišče v Kopru I, Kp 664/2006, sodba z dne 25. 4. 2007.

Seveda niso povsem izključeni spektakularni primeri velikih nesporazumov, šumov v komunikaciji ali posameznikov z zametki grandomanije, ki zares ne bi razumeli, da so zavrženi. Zelo pomembno pa je, da pri tem ločujemo dve skupini primerov: 1) posameznike, ki zmoto zgolj zatrjujejo (ti odgovarjajo za naklepno dejanje, kolikor sodišče njihovi obrambni strategiji ne sledi), in 2) posameznike, ki jim res ni bilo jasno, da privolitve nimajo. Mogoče je sklepati, da je druga skupina primerov precej izjemna.

Navedeno se mi zdi potrebno poudariti zato, da imamo jasno pred očmi, o katerih primerih govorimo, kadar razpravljamo o inkriminiranju malomarnosti pri spolnih kaznivih dejanjih. Razprava se torej nanaša na tiste izjemne primere, ko posameznik ravna v pristnem zmotnem prepričanju, da privolitev ima, ne glede na vse signale, ki jih dobiva od nasprotne strani. Ta položaj literatura občasno obravnava pod geslom »nerazumna zmota« (glej Ambrož, 2019, str. 37–46). V prihodnosti bo treba temeljitejšo razpravo na tem področju še opraviti.

Inkriminiranje malomarnosti, preden to razpravo opravimo in se sporazumemo o tem, kaj natanko je tisto, kar bi želeli s to inkriminacijo zajeti, ni priporočljivo. Po eni strani gre seveda za vprašanje določnosti in predvidljivosti uporabe nove zakonske določbe, ki bi bila za pravosodje – še posebno v povezavi z ostalimi spremembami spolnih kaznivih dejanj – lahko precejšnja neznanka. Po drugi strani pa se je treba zavedati tudi nevarnosti, da bi ne dovolj premišljena inkriminacija lahko omogočala določeno komoditeto pri pregonu, saj bi bilo dokazovanje naklepa, ki je lahko težavno, mogoče nadomestiti s preprostejšim zatrjevanjem malomarnosti.

Uporabljena literatura

- Ambrož, M. (2019). Nerazumne zmote in kazensko pravo. V M. Kambič in K. Škrubej (Ur.), *Odsev dejstev v pravu: Da mihi facta, dabo tibi ius: Liber amicorum Janez Kranjc* (str. 37–46). Ljubljana: Pravna fakulteta.
- Dougherty, T. (2013). Sex, Lies, and Consent. *Ethics*, 123(4), 717–744. <https://doi.org/10.1086/670249>
- Feldmann, C. (2021). *Sollte die fahrlässige Begehung von Handlungen nach § 177 StGB strafbar sein?* <https://csl.mpg.de/de/forschung/projekte/sollte-die-fahrlaessige-begehung-von-handlungen-nach-paragr-177-stgb-straftbar-sein/>
- Forrester, K. (2014, september 28). *Josie Cunningham: »I was tricked into believing I was having sex with a Premier League footballer«*. Mirror. <http://www.mirror.co.uk/3am/celebrity-news/josie-cunningham-i-tricked-believing-4337439>
- Geneuss, J., Bublit, C., in Papenfuß, J. (2021). Zur Strafbarkeit des »Stealththing«. *Juristische Rundschau*, 2021(5), 189–193. <https://doi.org/10.1515/juru-2021-0040>
- Gibson, M. (2020). Deceptive Sexual Relations: A Theory of Criminal Liability. *Oxford Journal of Legal Studies*, 40(1), 82–109.
- Green, S. P. (2020). *Criminalizing sex: A unified liberal theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Hörnle, T. (2000). *Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung*. *ZStW* 112(2), 356–380. <https://doi.org/10.1515/zstw.2000.112.2.356>
- Hörnle, T. (2017). The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment German Jurisprudence. *German Law Journal*, 18(6), 1309–1330.
- Hörnle, T. (2018). Rape as non-consensual sex. V *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*. London: Routledge.
- Korošec, D. (2021). O potrebi po ogromnih reformah slovenskega spolnega kazenskega prava. *Pravna praksa*, 2021(12), 23.
- Plesničar, M., in Ambrož, M. (2019). *Sila, objektivno sposobna streti odpor*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo.
- Vavra, R. (2020). *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*. Baden-Baden: Nomos.

Kaznovanje spolne kriminalitete: primer posilstva

1. Uvod

V tem poglavju se ukvarjava z zaključkom sodne obravnave primerov spolne kriminalitete, s posebnim poudarkom na kaznivem dejanju posilstva.¹ Kaznovanje je izrazito občutljivo dejansko, pravno in tudi raziskovalno področje, ki mu v našem prostoru ni bilo posvečenega veliko prostora. Vendar je kaznovanje obenem najbolj viden in javnosti najbolj otipljiv del kazenskega postopka.

V tem poglavju uvodoma razčleniva različne ravni kaznovanja, sledeč klasični slovenski konceptiji trodelne individualizacije kazenskih sankcij. Nato se posvetiva specifičnim vprašanjem kaznovanja spolne kriminalitete in trendom na tem področju.

V empiričnem delu najprej ponudiva primerjalnopravni pogled na kaznovanje kaznivega dejanja posilstva v šestih primerljivih evropskih državah. Sledi analiza reprezentativnega vzorca pravnomočno zaključenih kazenskih zadev s področja spolnih deliktov, s poudarkom na kaznivem dejanju posilstva. Pri tem se še posebej osredotočava na vprašanja glede razmerja posilstva do drugih (spolnih) kaznivih dejanj, vrste in deleža izrečenih kazni glede na različne parametre, trajanja kazni in okoliščin, ki so jih sodišča navajala v obrazložitvah. Sklepno izpostavi nekaj odprtih dilem s področja kaznovanja posilstva v slovenskem prostoru, pa tudi širše.

2. Kaznovanje spolne kriminalitete

2.1. Splošno o kaznovanju

Kaznovanje je v sodobnih pravnih sistemih najintenzivnejši formalni poseg družbe v posameznika. Skupnost posameznika s formalnim postopkom kaznovanja in iz njega izhajajoče sankcije opominja, da je bilo njegovo vedenje nesprejemljivo, ga zaradi tega ravnanja moralno obsodi in ga spodbuja k temu, da svoje vedenje v prihodnje spremeni (Ashworth, 2015). V tem smislu kaznovanje predstavlja neke vrste okvir, znotraj katerega se naj stori vse, kar je potrebno, da

¹ Poglavje je nastalo v okviru ciljnega raziskovalnega projekta Kaznovalna politika pri spolni kriminaliteti (V5-2115), ki ga financirata Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije ter Ministrstvo za pravosodje Republike Slovenije.

se v kar največji meri doseže namen kaznovanja (Bavcon, Šelih idr., 2013). Tega v Sloveniji na temeljni ravni opredeljuje Kazenski zakonik (KZ-1), ko v 45.a členu določa, da s kaznovanjem »država varuje temeljne vrednote in načela pravnega reda, vzpostavlja zavedanje storilca kaznivega dejanja in drugih o nedopustnosti izvršitve kaznivih dejanj, predvsem pa ob spoštovanju človeškega dostojanstva in osebnosti storilca kaznivega dejanja omogoča, da se storilcu z ustrezno sankcijo omogoči dostojna vključitev v skupno družbeno okolje«.

Pomenski plašč, v katerega zgornje določilo ovija pojem »namen kaznovanja«, je večplasten. V njem najdemo varovanje vrednot, specialno in generalno prevencijo, na prvo mesto pa (znova) postavlja predvsem rehabilitacijo oziroma resocializacijo storilca (Ambrož in Plesničar, 2021). Teorije, pomeni in načini uresničevanja rehabilitacije so plod postopnega zgodovinskega razvoja, splošno pa lahko rečemo, da po zatonu iz sedemdesetih let prejšnjega stoletja danes v penologiji raziskovalno zanimanje za rehabilitacijo, sicer v novi preobleki, spet narašča (glej npr. Soković in Bejatović, 2017). Vendar to za nas na tem mestu ni bistveno – zadostuje naj, da se namen kaznovanja v največji meri uresničuje skozi individualizacijo kazenske sankcije.

Ta se odvija skozi več ravni kaznovanja. V tem kontekstu so koristne izpeljave slovenske teorije o procesu individualizacije kazenske sankcije kot postopku prilagoditve kazenske sankcije nevarnosti konkretnega kaznivega dejanja in storilčevi osebnosti na način, na katerega bodo v največji meri zasledovani nameni kazenskih sankcij in zagotavljanja prave mere in ravnotežja med načeloma pravičnosti in smotrnosti v vsakem posameznem primeru (Bavcon, Šelih, Filipčič, Jakulin, Korošec, 2003). Kot taka individualizacija kazenske sankcije poteka v treh fazah: zakonodajni, sodni in penitenciarni oz. administrativni (Bavcon idr., 2013; Plesničar, 2013).

Zakonodajna raven kaznovanja

Kaznovanje se tako pravzaprav začne že z določitvijo ustreznih kaznovalnih okvirov ob sami inkriminaciji. Ureditev, ki sledi rimski maksimi *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, sočasno daje jasen signal glede tega, kako pomembna je za dano družbo dobrina, ki jo posamezno kaznivo dejanje napada. Vsa kazniva dejanja so v svojem bistvu namenjena zaščiti najpomembnejših vrednot v družbi, a med njimi vendarle obstaja določena hierarhija – nekatere vrednote družba opredeljuje kot pomembnejše od drugih, zato njihova ogrožitev terja sorazmerno strožji odziv države. Prav sankcijski okvir, s katerim omenjeno hierarhijo vrednot branimo, nam daje jasen signal, kam v to hierarhijo se posamezna vrednota umešča: kazniva dejanja, za katera je zagrožena nižja kazen, napadajo oziroma naj bi napadala (med pomembnejšimi) manj pomembne vrednote; visoka zagrožena kazen pa nam sporoča, da kaznivo dejanje napada izjemno pomembno

dobrinu (Ashworth, 2015). S tega vidika je precej razumljivo, da se skozi čas tako kot inkriminacije same spreminjajo tudi zanje predvideni razponi. S časom se razvijajo in spreminjajo tudi družbe in njihovi prioritetni seznam vrednot – tako spremembe prikaplajo tudi do kazenskega prava.

V idealnem scenariju bi torej kazni, ki jih za posamezna kazniva dejanja predpisujejo nacionalni zakoniki, zrcalile hierarhije vrednot, ki veljajo v teh sistemih. V realnem svetu, v katerem je snovanje pravnih pravil velikokrat podvrženo številnim drugim interesom in (ne)premislekom, to ni nujno tako in v številnih sistemih po svetu smo tudi ali predvsem pri predpisanih kaznih za spolna kazniva dejanja priča nesistematčnosti in spontanosti (kazensko)pravnega urejanja, ki vodi do nesistematčnih posegov v hierarhijo kaznovanja oziroma odsotnost posegov tam, kjer bi bilo to zaželeno, če že ne potrebno. Korošec (2019) v tem smislu slikovito govori o represivnih špicah (inkriminacijah, pri katerih so zagrožene kazni nesorazmerno stroge) in represivnih depresijah (inkriminacijah, pri katerih so zagrožene kazni nesorazmerno blage).

Sodna raven kaznovanja

Kaznovanje se nadaljuje skozi konkretizacijo pravne norme: sodišče je tisto, ki mora znotraj zakonodajalčevega predvidenega razpona izbrati ustrezno konkretno sankcijo. S tem v kaznovalni okvir umesti konkretno posameznikovo ravnanje in mu določi ustrezno družbeno grajo. V kontinentalnih pravnih sistemih, kjer so predpisane kazni običajno določene v razponu, je konkretizacija sankcije za posamezno kaznivo dejanje obenem tudi umestitev tega kaznivega dejanja v razpon z inkriminacijo prepovedanih ravnanj: poenostavljeno, izbrana sankcija nam pove, kako hudo je kaznivo dejanje oz. kako velika je njegova teža v primerjavi z drugimi tovrstnimi kaznivimi dejanji. Čeprav se nam že to morda zdi težavno, pa je realna naloga, ki jo mora opraviti sodišče, še veliko težja. Poleg teže kaznivega dejanja mora namreč kot enakovreden faktor upoštevati še stopnjo storilčeve krivde ter vse ostale okoliščine, za katere zakon predpisuje, da smejo ali morajo vplivati na izrečeno sankcijo.

Opredelitev omenjenih okoliščin in njihovega pomena za izbiro in odmero sankcije je kljub načelnemu in strukturnemu okviru, znotraj katerega se sme in mora pri odločanju gibati sodišče, neizbežno plod sodnikovega subjektivnega videnja in razumevanja nians vsakega posamičnega primera. V sklopu sodne individualizacije kazenske sankcije tako vrednostno shemo družbe, ki jo oziroma naj bi jo odseval zakon, nujno dopolnjuje še vrednostni sistem sodnika, ki zakonske določbe konkretizira in aplicira na konkretni primer. Zožitev in zapolnitev relativno širokega (kaznovalnega) okvira, ki ga odločevalcu nudita splošna in abstraktna formulacija pravnih norm – kvalitativna in kvantitativna individualizacija kazenske sankcije, bosta v določeni, nikakor pa zanemarljivi meri odvisni

tudi od psihološke podstat, ki sodnika neizogibno vselej spremlja tudi v sodni dvorani (Šugman Stubbs in Plesničar, 2020).

Administrativna raven kaznovanja

Zaključni del kaznovanja predstavlja penitenciarna oz. administrativna individualizacija, ki jo med izvrševanjem kazni izvaja izvršilna veja oblasti na podlagi s strani zakonodajalca določenih možnosti, udejanjenih z odločitvijo sodišča. V tej fazi nosilno vlogo opravlja na najširši oz. splošni ravni Uprava Republike Slovenije za izvrševanje kazenskih sankcij, na konkretnější ravni pa posamezni zavodi. Od leta 2018 naprej pa so se v to sliko v povezavi z izvrševanjem sankcij v skupnosti vključili tudi Urad za probacijo in posamične probacijske enote.

V tem delu kaznovanja se izrečena sankcija prilagaja posebnostim storilca, primera in okoliščin, ki se v tej fazi pojavljajo (npr. vprašanje umestitve v režim prestajanja kazni zapora, vprašanje prostih izhodov ipd.). Hkrati je nemalokrat prav oziroma predvsem od te faze odvisno, v kolikšni meri bo namen kaznovanja dejansko uresničen.

V zvezi s tem se predvsem pri spolnih kaznivih dejanjih v zadnjih desetletjih odpirajo nova vprašanja, saj zaključena faza penitenciarne individualizacije ne pomeni nujno tudi konca formalnega kaznovanja – z uvedbo institutov nadaljnega nadzora, npr. registrov spolnih prestopnikov, se kaznovanje širi tudi preko nje (Plesničar in Briški, 2020).

2.2. Specifično o kaznovanju spolne kriminalitete

Še posebej v obdobju od konca šestdesetih let prejšnjega stoletja smo tudi v spolnem kazenskem pravu priča večjim spremembam (družbenega dožemanja) človeške spolnosti – državno predpisana spolna morala (spolna nrvnost, naravni življenjski red, stare družbene institucije, kult deviške čistosti ženske ...) se kot kazenskopravno varovana dobrina začne umikati novi (spolni) morali spolne avtonomije, spolne integritete in spolne zasebnosti posameznika, s čimer v ospredje kazenskopravnih dobrin spolnih kaznivih dejanj stopi predvsem posameznikova spolna samoodločba² (Korošec, 2008). V družbi zaznavamo močan trend spolne liberalizacije. Compston (2006) denimo kot izrazite in še posebej opazne primere izpostavlja predvsem nižanje starostne meje pri spolnem raziskovanju mladostnikov, naraščajoč delež in normalizacijo poligamnih razmerij, nove spolne prakse, detabuizacijo in dekriminalizacijo istospolne usmerjenosti in prostitucije, zmanjševanje politične moči cerkvenih institucij, dekriminalizacijo ter normalizacijo splava in podobno. Skupaj s trendom hipernormalizacije spolnosti v družbi in na spletu ti trendi korenito spreminjajo družbeno dožemanje spolnosti, tovrstno

² Pojma spolna samoodločba in spolna avtonomija sta uporabljana kot sopomenki.

kulturno transformacijo pa neizbežno spremlja tudi preizpraševanje normativne ureditve spolnosti in spolnih kaznivih dejanj, pa tudi širše same (normativne) vrednosti spolne samoodločbe kot kazenskopravne dobrine.

Zaradi organske vezanosti spolne avtonomije na »jedrni del [človekove] osebnosti«, s tem pa nujno tudi na njegovo dostojanstvo (Korošec, 2008: 114–115), je poseg v spolno samoodločbo neizbežno tudi poseg v različne ravni človekovega bivanja – od strogo telesne do najintimnejše duševne. Kot taka spolna samoodločba, tako Korošec (ibid.), zajema tudi pravico ne biti ponižan v goli objekt ali orodje spolnega hotenja tretjih, kar pa je pravica, ki tradicionalno od države zahteva obsežno varstvo.

V duhu opisane družbeno-politične dinamike je danes tudi kaznovanje storilcev spolne kriminalitete v svetu pomembna in aktualna tema. V splošnem so v obdobju izjemnega naraščanja kaznovalne represije (predvsem v ZDA) v desetletjih pred in po prehodu v novo tisočletje prav spolna kazniva dejanja predstavljala eno od področij, na katerih je bila ta represija posebej izrazita – bodisi kot posledica moralne panike ali kot stranska posledica gibanj za zaščito žrtev (Ackerman idr., 2012; Hsieh idr., 2018; Rydberg idr., 2018).

Zaostrovanje kaznovalnega odziva se je kazalo na različne načine: z zaostrovanjem kaznovalnih razponov, predvsem na področju spolne kriminalitete zoper otroke, ter z uvajanjem dodatnih omejitev za storilce tovrstnih kaznivih dejanj, predvsem npr. omejitev v zvezi s prebivališčem storilca po prestani kazni, registrov storilcev spolnih kaznivih dejanj ter uvedbo medicinskih ukrepov, npr. kemične kastracije (Ackerman idr., 2012; Reyes, 2003).

Pomembno razlikovanje tudi v zvezi s kaznovanjem spolnih kaznivih dejanj najdemo glede na vprašanje, ali je kaznivo dejanje storjeno zoper odrasle ali otroke. Predvsem pri slednjih je kaznovanje izrazito strožje – tako na normativni kot na dejanski ravni (Amirault in Beauregard, 2014). Prav pri slednjih je tudi iz našega širšega prostora znan primer »reaktivne« zakonodaje – torej zakonodaje, ki je sprejeta kot odziv na konkreten primer, čemur naj bi se sicer kazensko pravo izogibalo (Plesničar, 2014). Iz Srbije sta tako znana sprejem »Marijinega« zakona³ in nato serija sprememb, poimenovanih »Tijanin«⁴ zakon, ki sta izrazito postrožila predvidne sankcije v primeru spolnih zlorab mladoletnih oseb.⁵

Vendar je pri presoji trendov pomembno, da imamo pred očmi tudi razkorak med normativnim in dejanskim, predvsem pa tudi – kot rečeno – med različnimi oblikami spolne kriminalitete. Zaostrovanje, ki smo mu priča na normativni ravni,

³ Zakon o posebnim merama za sprečevanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima, Sl. glasnik RS, 32/2013-3, 8. 4. 2013.

⁴ Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog Zakonika, Sl. glasnik RS, 35/2019, 21. 5. 2019.

⁵ Z vidika učinkovitosti tovrstnih ukrepov pri preprečevanju spolne kriminalitete vlada v akademski skupnosti najmanj izjemen dvom, če že ne popolna deziluzija, da bi lahko stroge kazni kakorkoli pripomogle k zmanjšanju pogostosti teh kaznivih dejanj (glej npr. Ackerman idr., 2012).

se v praksi namreč zrcali bistveno manj intenzivno, na nekaterih področjih – kot je npr. posilstvo – pa sploh ne.

V slovenskem prostoru je o spolni kriminaliteti veliko napisanega predvsem z vidika kazenskega prava – tu je pionirsko delo opravil Korošec, v zadnjem času pa tudi Ambrož – zelo malo ali skoraj nič pozornosti pa je bilo doslej posvečene kaznovanju tovrstnih kaznivih dejanj – tako na teoretični kot praktični ravni.

3. Primerjalnopравни pogled na kaznovanje kaznivega dejanja posilstva

Spolna kazniva dejanja so danes praktično univerzalna; najdemo jih v kazenskih zakonikih vseh držav (Brown, 2020). Njihova vsebina je po večini sorodna, ne nazadnje jih v klasični kazenskopravni ločitvi med dejanja, ki so zla sama po sebi (*mala in se*), in dejanja, ki so prepovedana (*mala prohibita*), umeščamo trdno v prvo skupino (Bavcon idr., 2013). Kljub temu, da v osnovi pokrivajo istovrstna prepovedana ali zla ravnanja, pa lahko opazimo, da se zakonski znaki vsebinsko primerljivih kaznivih dejanj od ureditve do ureditve razlikujejo. V skladu z idejo kazenskopravnega varovanja temeljnih vrednot posamezne družbe lahko ugotovljamo, da kljub veliki sorodnosti različnih sistemov hierarhija vrednot vendarle morda ni povsem identična, poleg tega se vzporedno z družbami in družbenimi vrednotami skozi čas spreminja tudi kazensko pravo. Posamezne ureditve so tako lahko v danem trenutku na različnih točkah tega razvoja.

Tako dandanes za primer spolnih kaznivih dejanj v splošnem ločimo tri temeljne modele kazenskopravnega urejanja: 1. *model prisile*, po katerem je bistven element spolnega kaznivega dejanja uporaba sile oziroma prisiljenje žrtve v storitev ali trpljenje kakšnega spolnega ravnanja, 2. *model veta* ali model »ne pomeni ne«, ki bistven element spolnih deliktov opredeljuje kot nespoštovanje zavrnitve kakršnekoli spolne pobude, in 3. *model afirmativnega soglasja* oziroma »ja pomeni ja«, ki kot kaznivo opredeljuje vsako spolno ravnanje, za katerega ni podana jasna privolitev (glej npr. Bajda idr., 2018; Plesničar in Ambrož, 2019).⁶

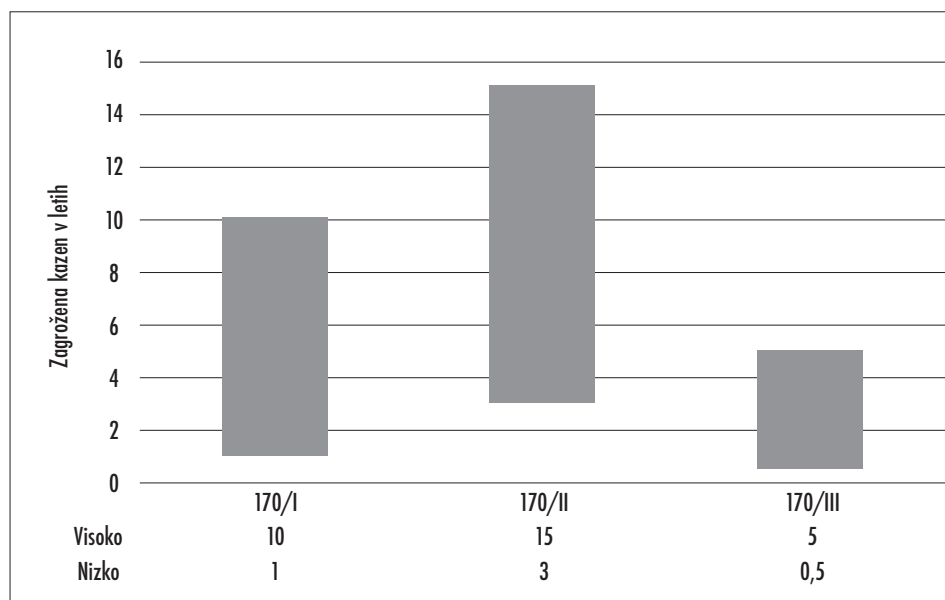
To razlikovanje prinaša določene težave, ko želimo primerjati različne sankcijske okvire in v praksi izrečene sankcije v različnih sistemih. Glede na empirične podatke iz slovenske ureditve, iz katerih najina primerjava izhaja, ki sodijo v obdobje, ko je bil v Sloveniji še v veljavi model prisile, sva primerjalne podatke poiskala za primerljive inkriminacije v tujih državah: torej tiste, ki terjajo

⁶ Razlikovanje med modeli ni namen tega prispevka – za to priporoča branje drugih poglavij v tej knjigi. V najširšem smislu bi lahko rekli, da ne glede na prednosti in slabosti različnih modelov (predvsem civilne) iniciative sodobnih družb vse bolj težijo k čim širši uveljavitvi modela soglasja (Bajda idr., 2018), ki ga je z novelo Kazenskega zakonika (Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika [KZ-1H], 2021) v svoj pravni red sprejela tudi Slovenija.

prisilitev kot element kaznivega ravnanja. Iskala sva to, čemur v primerjalnem pravu pravimo funkcionalna enakovrednost (Brown, 2020; Nelken, 2012). Za slovenski kontekst velja, da je tudi po noveli in spremembi modela z novelo KZ-1H sankcijski okvir za obstoječe modalitete ostal nespremenjen – iz njega torej izhajava.

V 170. členu je bilo posilstvo inkriminirano kot prisiljenje k spolnemu občevanju ali s tem izenačenemu spolnemu ravnanju, prisilitveni ravnanji pa je zakon opredeljeval kot silo ali grožnjo z neposrednim napadom na življenje ali telo. Za osnovno obliko je v prvem odstavku določal kaznovalni okvir od enega do desetih let, če pa je bilo posilstvo izvršeno grozovito ali posebno poniževalno oziroma s strani več oseb ali nad zaprtimi osebami, torej kvalificirano, pa je bila predpisana kazen med tri in petnajst let zapor. Tretji odstavek je za primere, ko je bilo prisiljenje konkretizirano z grožnjo zoper čast ali dobro ime oziroma grožnjo z veliko premoženjsko škodo, določal kazen od šest mesecev do pet let zapor.

Graf 1: Normativno določeni kaznovalni okviri po KZ-1 (do novele H)



3.1. Primerjalni pogled na normativno določeno kaznovanje

Avstrija

(Tedanji) slovenski inkriminaciji je morda še najbliže opredelitev posilstva iz avstrijskega kazenskega zakonika (StGB),⁷ ki ga v 201. členu opredeljuje po modelu prisile in za osnovno obliko, torej prisiljenje k spolnemu občevanju ali s tem izenačenem spolnem ravnanju s silo ali grožnjo zoper telo ali življenje, predpisuje kazen od dveh do desetih let zapor. Če je dejanje kvalificirano kot poniževalno, je kaznovalni okvir pet do petnajst let zapor. *Conditio sine qua non* posilstva je torej prisila.

Vendar pa tudi avstrijski StGB v prvem odstavku 205.a člena, *Kršitev spolne samoodločbe*, odstopi od modela prisile in inkriminacijo oblikuje po modelu veta – z zaporom do dveh let se kaznujejo vsakršna spolna občevanja ali z njimi izenačena spolna ravnanja, ki so v nasprotju z žrtvino voljo in ki so izvršena z zlorabo težkega položaja žrtve oziroma ustrahovanjem. Člen je uporabljen takrat, ko konkretnega ravnanja ne moremo subsumirati pod kakšno drugo kaznivo dejanje s strožjo sankcijo.

Hrvaška

Nasprotno pa Hrvaški kazenski zakonik⁸ (HKZ) osnovno obliko posilstva inkriminira po modelu soglasja. V prvem odstavku 153. člena inkriminira spolno občevanje in s tem izenačena ravnanja, izvršena brez soglasja druge osebe, za kar predpisuje kaznovalni okvir od enega do petih let zapor.

Kvalificirano obliko, kjer inkriminacija obsega »uporabo sile ali grožnje zoper telo ali življenje«, opredeljuje v drugem odstavku istega člena in določa kaznovalni okvir od tri do deset let zapor. Enak kaznovalni okvir je določen za primere, ko je posilstvo izvršeno na posebno krut ali poniževalen način oziroma s strani več oseb (154/I-3, 5). Primere, ko je posilstvo izvršeno z grožnjo, HKZ ureja v petem odstavku 153. člena, in sicer v sklopu opredelitve, kdaj soglasje (še posebej) ni podano – za tovrstne primere določa enak kaznovalni okvir kot za osnovno obliko posilstva, torej od enega do petih let zapor.

Švedska

Švedski kazenski zakonik,⁹ ki sicer od leta 2018 posilstvo opredeljuje po modelu soglasja, v prvi točki prvega odstavka šestega poglavja določa, kdaj soglasje

⁷ Strafprozeßordnung, BGBl. št. 631/1974, 5. 2. 2020, dostopno na: https://www.legislationline.org/download/id/8548/file/Austria_CC_1974_am122019_de.pdf.

⁸ Kazneni zakon, pročišćeni tekst zakona, NN št. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, dostopno na: <https://www.zakon.hr/z/98/Kazneni-zakon>.

⁹ Swedish Criminal Code (brottsbalken, SFS 1962:700), 2021. Dostopno na: <https://www.government.se/4b0103/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf>.

ni podano; opredelitev neobstoja soglasja zajema tudi uporabo sile in grožnjo zoper dobro ime, za kar je določen kaznovalni okvir od dveh do desetih let zapor. Če je dejanje izvršeno grozovito oziroma poniževalno ali s strani več oseb (170/II), je kaznovalni okvir od 5 do 10 let. Kaznovalni okvir za kvalificirano obliko se od okvira za osnovno torej razlikuje le v spodnji meji, pri čemer zakonski maksimum ostaja v obeh inkriminacijah enak.

Francija

Francoski kazenski zakonik¹⁰ (CP) v tretjem razdelku (*Spolni napadi*) drugega poglavja Knjige II., člen 222-22, opredeljuje temeljno kaznivo dejanje spolnega prisiljenja, imenovano spolni napad, kot kakršen koli spolni poseg z uporabo nasilja, prisile, grožnje ali presenečenja. Člen 222-23 nato definira kvalificirano obliko (posilstvo) kot vsakršno spolno prodiranje (penetracijo) v drugo osebo z uporabo omenjenih vrst napada in zanj predpisuje 15 let zapor. Posilstvo kot kvalificirana oblika spolnega prisiljenja je torej lahko izvršena zgolj s (spolnim) prodiranjem.

Kot ugotavlja že Korošec (2008), je francoski kazenski zakonik zanimiv predvsem zato, ker znotraj posilstva kot kvalificirane oblike spolnega prisiljenja uvaja še dodatne stopnje kvalifikacije. Primer takšne kvalifikacije že kvalificirane oblike sta prav posilstvo, storjeno s strani več oseb, za katerega je predpisana kazen 20 let zapor (šesta točka člena 222-24), in posilstvo, ki ga predpostavljajo, spremljajo ali mu sledijo mučenje oziroma »brutalna zloraba« (fr. *actes de barbarie*), za katerega je določena dosmrtna kazen (člen 222-26) (Korošec, 2008: 138).

Nemčija

Nemški kazenski zakonik (StGB),¹¹ ki je z reformo iz leta 2016 uzakonil model veta, danes posilstvo opredeljuje v 177. členu, naslovljenem *Spolni napad; spolno prisiljenje; posilstvo*. Člen sicer zajema vsakršna spolna ravnanja, storjena v nasprotju s prepoznavno (nem. *erkennbaren*) voljo žrtve, ter zanje v prvem odstavku določa kazen od šest mesecev do pet let zapor. Enako kazen predpisuje za primere, ko storilec žrtev k spolnim ravnanjem prisili z uporabo resne grožnje (177/II-5), če storilec zoper žrtev uporabi silo ali grožnjo zoper življenje in telo, pa je predpisana kazen najmanj leto dni zapor (177/V-1, 2).

Za posebej težke primere spolnega prisiljenja, ki jih nemški StGB opredeljuje v prvi in drugi točki šestega odstavka 177. člena in ki obsegajo spolna občevanja in posebej ponižujoča spolna ravnanja, sploh v primeru prodiranja

¹⁰ Code pénal, dostopno na: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/.

¹¹ Strafgesetzbuch, Neugefasst durch Bek. v. 13. 11. 1998 I 3322; zuletzt geändert durch Art. 2 G v. 19. 6. 2019 I 844, dostopno na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html.

(penetracije) v telo – kar StGB ekspliktino opredeljuje kot posilstvo –, ter primere, ko kaznivo dejanje skupaj izvrši več storilcev, je predpisana zaporna kazen od dveh let naprej.

*Anglija in Wales*¹²

Angleški Zakon o spolnih deliktih iz leta 2003¹³ (ang. *Sexual Offences Act, SOA*) opredeljuje spolne delikte po modelu soglasja, čemur dodaja še pogoj storilčevega razumnega prepričanja o (ne)podanosti takšne privolitve. Glede na vsebino izvršitvenega ravnanja opredeljuje štiri spolna kazniva dejanja – posilstvo, spolni napad s penetracijo, spolni napad in povzročitev storitve ali utrpevanja spolnih aktivnosti, pri čemer je zanimivo predvsem, da so inkriminacije vselej oblikovane v moškem spolu.

Po SOA posilstvo stori, kdor namenoma s svojim penisom prodre v vagino, anus ali usta druge osebe, ki s tem ne soglaša, storilec pa je razumno prepričan, da soglasje ni podano. Izvršitvena ravnanja posilstva so tako omejena na falično penetracijo, ostala spolna ravnanja, ko je penetracija izvršena z »delom telesa« ali s čimerkoli drugim, pa so opredeljena kot spolni napad s penetracijo. V obeh primerih je v primeru obsodbe po obtožnici predpisana kazen vse do dosmrtnega zapora, nakar sodišče kazen konkretizira na podlagi kaznovalnih smernic,¹⁴ ki oukvirjajo pot, ki naj jo sodnik izbere pri odločanju o sankciji.

Za spolni napad, opredeljen kot spolno dotikanje žrtve, pri čemer žrtev s takšnimi dotiki ne soglaša, storilec pa je razumno prepričan, da soglasje ni podano, je v primeru obsodbe po obtožnici predpisana kazen do deset let zapora, vendar pa SOA za to kaznivo dejanje določa tudi kaznovalni okvir za primer t. i. obsodbe po skrajšanem postopku (ang. *summary conviction*) – v tem primeru do šest mesecev zapora in denarno kazen, ki ne presega zakonskega maksimuma.

Enak kaznovalni okvir je predpisan za kaznivo dejanje povzročitve storitve ali utrpevanja spolnih aktivnosti, pri čemer se za primere, ko izvršitveno ravnanje obsega penetracijo, kaznovalni okvir razpenja vse do dosmrtnega zapora.

3.2. Primerjalni pogled na kaznovanje v praksi

Vidimo, da so si kaznovalni okviri kljub različnosti v inkriminacijah in kvalifikacijah posameznih modalitet relativno podobni (v primerjavi s kaznovalnimi okviri slovenskega Kazenskega zakonika pred reformo marsikje celo malenkost

¹² Izvrsten pregled strukturiranja sodne diskrecije pri kaznovanju za kaznivo dejanje posilstva za države iz *common law* kroga držav nudi Brown (2020).

¹³ Sexual Offences Act 2003, dostopno na: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>.

¹⁴ Za konceptualni pregled pojma kaznovalnih smernic glej npr. Plesničar, 2013: 55 in nasl., posebej za Anglijo Ashworth, Roberts, 2012: 883–885.

nižji!), kar kaže na pretežno soglasje držav pri umeščanju spolne samoodločbe na vrednostno lestvico kazenskoopravnih dobrin.

Z raziskovalnega vidika se ob tem seveda odpira enako ali morda celo pomembnejše vprašanje: v kolikšni meri in na kakšen način normirano vrednost spolne samoodločbe konkretizirajo in uresničujejo sodišča, ki o primerih odločajo?

Odgovor na to vprašanje je veliko bolj zapleten – zaradi omejene dostopnosti statističnih podatkov, zaradi množice različnih jezikov in zaradi manjše dostopnosti znanstvene literature, ki bi nanj odgovarjala. Prav šokantno je, kako malo podatkov ima ali deli znanstvena skupnost o kaznovanih slikah v posameznih sistemih. Največ podatkov je dostopnih za države anglo-ameriškega kroga, medtem ko so v evropskem okolju podatki bogati le, ko govorimo o številih ovadb, obtožb in obsodb ter z njimi povezano stopnjo (Daly in Bouhours, 2010; Jehle, 2012). O kaznovanju jih praktično ni.

V ZDA je tako mediana (torej dolžina zaporne kazni, okoli katere je izrečenih največ kazni v konkretnih primerih) štiri leta, pri čemer Kebodeaux (2017) ugotavlja, da so klasične okoliščine, ki so v ZDA relevantne za presojo ustrezne kazni, v primerih posilstva neprimerne (predkaznovanost je razmeroma redka, saj večina storilcev ni niti prijetih, večina kaznivih dejanj je izvršenih v domačem okolju, med znanci ali partnerji). V sistemu, ki slovi po zelo strogi kaznovalni politiki, se štiri leta ne zdi zelo strogo obravnavanje tovrstnih kaznivih dejanj.

V Avstraliji se povprečne zaporne kazni gibljejo med pet in sedem let, vse kazni pa se razpenjajo od enega do 13 let zapor. Zaporna kazen v Avstraliji zajema tako obvezni (*non-parole*) kot pogojni (*parole*) del kazni, dejanska doba, prestana v zaporu, je torej običajno »le« obvezni del. Povprečje zanj znaša štiri leta in pol (Nguyen, 2019).

4. Kaznovanje za kaznivo dejanje posilstva v Sloveniji

Kot smo videli zgoraj, so kaznovalni okviri v slovenski inkriminaciji kaznivega dejanja posilstva precej široki in dopuščajo veliko prostora za individualizacijo sankcije.

V nadaljevanju bova predstavila rezultate analize, ki smo jo opravili v okviru raziskave o modelih obravnavanja spolne kriminalitete (Plesničar in Ambrož, 2019). Pri tem smo deloma izhajali iz javno dostopnih statističnih podatkov SURS-a za obdobje 2010 do 2020, obširneje pa iz lastne analize vzorca 162 zadev, ki smo jih za obdobje od 2016 do 2019 prejeli od okrožnih sodišč.

V 162 zadevah je bilo izdanih 187 sodnih odločb, ki so se nanašale na 131 kaznivih dejanj. Od vseh obravnavanih odločb jih je bilo 51 (38,9 %) v zvezi s kaznivim dejanjem posilstva, 48 (36,6 %) se jih je nanašalo na kaznivo dejanje

spolnega nasilja in 32 (24,4 %) na kaznivo dejanje spolne zlorabe slabotne osebe (ibid.).

V nadaljevanju so predstavljeni rezultati v sklopu raziskave opravljene analize sodnih odločb. Z izjemo statističnih podatkov o pravnomočno zaključenih postopkih zoper polnoletne osebe, obtožene posilstva, ki so navedeni za obdobje od 2010 do 2020, se vsi rezultati navezujejo na prej omenjeno obdobje med letoma 2016 in 2019.

4.1. Splošno

Zoper polnoletne obdolžence je bilo v obdobju desetih let (2010–2020) pravnomočno skupaj zaključenih 282 postopkov. Letno število primerov se spreminja in se giblje od 16 v letu 2020 do 35 v letih 2013 in 2015. Upad v letu 2020 je delno gotovo mogoče pripisati zmanjšani aktivnosti sodišč v tem letu, a tudi sicer se po letu 2015 kaže trend upadanja tega kaznivega dejanja in relativna ustalitev števila na okoli 20 primerov letno.

Tabela 1: Pravnomočno zaključeni postopki zoper polnoletne za KD posilstva, vir: SURS

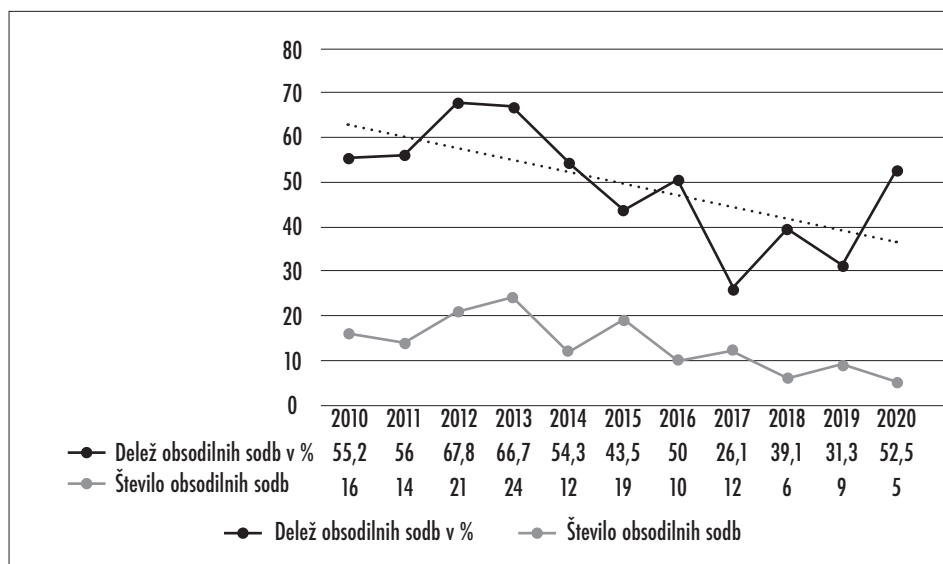
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	
Obtožni akt zavržen	0	2	1	1	0	0	0	1	1	0	0	6
Postopek ustavljen	1	3	1	2	0	9	5	4	12	9	9	55
Oproščen obtožbe	5	4	5	5	4	5	3	4	2	3	1	41
Obtožba zavrnjena	7	2	3	3	1	2	5	3	1	1	1	29
Izrečen varnostni ukrep brez izreka kazni	0	0	0	0	1	0	0	0	1	1	0	3
Spoznan za krivega	16	14	21	24	12	19	10	12	6	9	5	148
Odločba sodišča – SKUPAJ	29	25	31	35	18	35	23	24	23	23	16	282

Večina primerov je bila zaključenih z obsodilno sodbjo (52,5 %), v dobri petini primerov je bil obtožni akt zavržen (21,3 %), v slabi petini primerov pa je bil postopek ustavljen (19,5 %). V celotnem obdobju so bili izrečeni samo trije varstveni ukrepi (brez izreka kazni).

Pomembno se je v prikazanem obdobju spreminjal delež obsodilnih sodb. Ta je bil v začetku desetletja večji, še posebej v letih 2012, 2013 in 2014, a je pomembno upadel leta 2018 in se sedaj giblje na okoli 30 %. Leti 2012 in 2013 sta tudi sicer zaradi uvedbe možnosti priznanja na predobravnavnem naroku ter sporazuma o krivdi prinesli izrazito povečanje skupnega števila obravnavanih zadev za vsa kazniva dejanja, temu pa je sledil upad po tem obdobju. Opisano

vidimo tudi pri primerih posilstva – s tem je mogoče razložiti tudi povečan delež obsodilnih sodb v letih 2012 in 2013. Manj jasno je, kaj je botrovalo upadu deleža obsodilnih sodb v obdobju po letu 2018 – ki niti približno ne dosega niti deleža v letih pred uvedbo pogajanj o krivdi. S precejšnjo gotovostjo lahko trdimo, da ne gre za nesorazmerno povečanje števila (neutemeljenih) obtožb, saj je upadlo tudi skupno število obravnavanih primerov. Podobne procese opažajo raziskovalci tudi v drugih sistemih, pravzaprav gre kar za globalni trend upadanja deleža obsodilnih sodb, ki pa ga je mogoče v drugih sistemih (in v prihodnje tudi v našem) povezati s širjenjem definicije kaznivega dejanja posilstva in posledičnim obdobjem prilagajanja obtoževanja in sojenja (Daly in Bouhours, 2010; Jehle, 2012).

Graf 2: Delež obsodilnih sodb zoper polnoletne za KD posilstva, vir: SURS



4.2. Kaznovanje v izbranem vzorcu

V sklopu raziskave smo analizirali 33 obsodilnih sodb v povezavi s posilstvom, 38 obsodilnih sodb za kaznivo dejanje spolnega nasilja in 23 sodb, s katerimi so sodišča izrekla obsodilno sodbo za kaznivo dejanje spolne zlorabe slabotne osebe (Plesničar in Ambrož, 2019).

Delež sankcij

Ob 33 obravnavanih primerih kaznivega dejanja posilstva so sodišča v 66,7 % primerov prisodila zaporno kazen, v 30,3 % primerov pogojno obsodbo in v 3,0 % varnostni ukrep.

Domala diametralno nasproten je delež pogojnih obsodb za primer spolnega nasilja, za katero je 171. člen Kazenskega zakonika določal kazen do 15 let zapor. V teh primerih je bila kazen zapor ob skupno 38 obsodilnih sodbah izrečena v le 28,9 %, medtem ko so sodišča v kar 68,4 % sodb izrekla pogojno obsodbo. Izrečeni varnostni ukrepi predstavljajo 2,6-% delež.

S precej podobnim razmerjem med izrečenimi zapornimi kaznimi in pogojnimi obsodbami se srečamo tudi pri kaznivem dejanju spolne zlorabe slabotne osebe s predpisano kaznijo od enega meseca do 8 let zapor, kjer ob skupaj 23 pravno-močnih sodbah izrečene zaporne kazni predstavljajo 30,4-% delež, delež pogojnih obsodb pa znaša 60,9 %. Delež izrečenih varnostnih ukrepov je tu nekoliko višji in znaša 8,7 %.

Že na prvi pogled opazimo, da je delež pogojnih obsodb relativno visok. To še jasneje prikaže primerjava ugotovljenega z izrečenimi kaznimi za nekatera (relativno) primerljiva kazniva dejanja, za katera zakon predpisuje podobne kaznovalne razpone in jih na lestvici varovanih vrednot torej umešča na primerljiv položaj.

Vzemimo primer rop, za katerega je predpisana kazen od enega do 15 let zapor. V tem primeru so sodišča izrekla pogojno obsodbo v 26,9 % primerov, delež izrečenih zapornih kazni pa znaša 69,7 %. Še precej očitnejša je razlika v primeru kaznivega dejanja posebno hude telesne poškodobe s predpisano kaznijo od enega meseca do 10 let zapor. Z zvezi s tem je bila pogojna obsodba izrečena v zgolj 10,5 % primerov, medtem ko zaporna kazen predstavlja 78,9-% delež obsodilnih sodb.

Tabela 2: Delež izrečenih sankcij, vir: * Analiza, ** SURS 2016–2019

	Posilstvo*	Spolno nasilje*	Spolna zloraba*	Huda TP**	Posebno huda TP**	Rop**
Pogojna obsodba	30,3 %	68,4 %	60,9 %	73,3 %	10,5 %	26,9 %
Zaporna kazen	66,7 %	28,9 %	30,4 %	23,3 %	78,9 %	69,7 %
Varnostni ukrep	3,0 %	2,6 %	8,7 %	1 %	5,2 %	1 %
Zakonski okvir	6 m–15 l	1 m–15 l	1 m–8 l	1 m–5 l	1 m–10 l	1 l–15 l

Četudi razlika med izrečenimi pogojnimi obsodbami vsaj v primeru posilstva ni posebej velika, lahko povzamemo, da je delež izrečenih pogojnih obsodb za izbrana spolna kazniva dejanja glede na sicer primerljiva kazniva dejanja relativno visok.

Delež sankcij glede na značilnosti primera

Podrobnejši pregled analize obsega prikaz števila oziroma deleža izrečenih kazni zapora, pogojnih obsodb in varnostnih ukrepov (kjer je to mogoče) glede na tri parametre:

- stopnjo dokončnosti, ki pove, v kolikšnem deležu je šlo pri obravnavanih primerih za poskus oziroma izvršeno kaznivo dejanje;
- vrsto ravnanja, ki upošteva, ali kaznivo dejanje predstavlja »zgolj« enkraten dogodek oziroma ali gre za ponavljajoč niz dogodkov (vsaj dvakrat) v daljšem obdobju; in
- vrsto postopka, ki obsega sodbe, izdane na podlagi sporazuma o priznanju krivde, priznanja na predobravnavnem naroku oz. izvedenega celotnega postopka.

Začenši s stopnjo dokončnosti so sodišča v skupaj 24 primerih izvršenih kaznivih dejanj izrekla osem (30,8 %) pogojnih obsodb in 18 (69,2 %) kazni zapora, pri čemer varnostni ukrep ni bil izrečen. V skupaj osmih primerih poskusa posilstva pa so *bile* izrečene tri pogojne obsodbe (37,5 %), štiri (50 %) obsodbe, s katerimi je obtožence obsodilo na kazen zapora, ter en (12,5 %) varnostni ukrep. V sklopu analize glede na stopnjo dokončnosti v kategoriji izrečenih pogojnih obsodb izstopa predvsem majhna razlika med poskusom in izvršenim kaznivim dejanjem, ki kaže na to, da dejavnik dokončnosti kaznivega dejanja ni pomemben faktor pri odločanju o vrsti sankcije.

Tabela 3: Delež sankcij (v %) glede na značilnosti primera, vir: Analiza

	Pogojna obsodba	Zaporna kazen	Varnostni ukrep
Dokončnost KD			
Izvršeno KD	30,8	69,2	0
Poskus	37,5	50,0	12,5
Vrsta ravnanja			
Enkraten dogodek	23,1	73,1	3,8
Ponavljajoč niz dogodkov (vsaj dvakrat) v daljšem obdobju	60	20	0
Vrsta zaključka postopka			
Sodba na podlagi sporazuma	25	75	
Sodba na podlagi priznanja na PON	55,6	44,4	
Sodba na podlagi celotnega postopka	18,2	81,8	

Glede na vrsto ravnanja je bilo v primerih, ko je sodišče presoјalo o kaznivem dejanju kot enkratnem dogodku, izrečenih šest pogoјnih obsodb, kar ob 26 primerih predstavlja 23,1-% delež, 19 zapornih kazni oz. 73,1 % vseh primerov in en varnostni ukrep, ki predstavlja 3,8-% delež vseh primerov. Sodišča so obravnavala pet primerov, ko so posilstva predstavlјala ponavljajoč se dogodek. Od omenjenih petih primerov so se trije (60 %) končali s pogoјno obsodbo, dva (20 %) pa z izrekom zaporne kazni. Varnostni ukrep ni bil izrečen. Ne glede na relativno nizkoštevilčen vzorec opazimo, da so sodišča v nezanemarlјivo večjem deležu izrekla pogoјne obsodbe v primerih, ko posilstvo ni predstavlјalo enkratnega dogodka, temveč je šlo za niz ponavljajočih se dogodkov, kar je tako v teoriji kot tudi sodni praksi običajno lažje razumeti kot obteževalno okoliščino.

Tretji parameter kaže delež pogoјnih obsodb oziroma zapornih kazni, izrečenih glede na vrsto postopka. Tako so bile ob skupaj 24 primerih izdane štiri obsodilne sodbе na podlagi sporazuma, devet obsodilnih sodb na podlagi priznanja na predobravnavnem naroku in 11 na podlagi izvedenega celotnega postopka. Od štirih na podlagi sporazuma izdanih sodb so bile izrečene ena (25 %) pogoјna obsodba in tri (75 %) kazni zavora. V devetih primerih, ko je storilec storitev kaznivega dejanja krivdo priznal na predobravnavnem naroku, je sodišče izreklo pet (55,6 %) pogoјnih obsodb in štiri (44,4 %) zaporne kazni. V primerih, ko je bil izveden celoten postopek, sta bili pri skupno 11 odločitvah izrečeni dve pogoјni (18,2 %) obsodbi in devet (81,8 %) kazni zavora. Pri tem dejavniku se kažejo pomembnejša odstopanja od splošne slike – v primeru celotnega postopka je delež strožjih kazni, torej zaporne kazni, izrazito večji; v primeru sodelovanja obtoženca z organi pregona oz. njegovega priznanja na predobravnavnem naroku pa je delež pogoјnih obsodb pomembno večji. Manjši delež pogoјnih obsodb pri postopkih s sklenjenim sporazumom lahko skušamo razložiti s posebno dinamiko med tovrstnim prizanjem in priznanjem na predobravnavnem naroku – v primeru sporazumov gre običajno za kompleksnejše primere.

Pogoјne obsodbe

Pri nadaljnji analizi je pomemben razlikovalni element, ki ga moramo upoštevati, modaliteta kaznivega dejanja. Že uvodoma smo ugotavljali, da so zakonsko predvideni kaznovalni razponi pomembno različni glede na modaliteto oz. glede na relevanten odstavek 170. člena (glej tabelo 1).

Pri pogoјni obsodbi je tako jasno, da pride v poštev zgolj pri primerih, kjer se storilca preganja po prvem ali tretjem odstavku 170. člena. Ta slika se kaže tudi iz naše analize.

Tabela 4: Dolžina pogojnih obsodb, vir: Analiza

		Določena kazen v mesecih	Preizkusna doba v mesecih	Določena enotna kazen v mesecih	Preizkusna doba v mesecih
170/I: osnovno KD	N	9	9	4	4
	Povpr.	14,4	40	20,3	33
	Min	7	12	17	12
	Max	24	60	22	48
170/III: grožnja zoper čast in dobro ime ali premoženjska škoda	N	1	1	1	1
	Povpr.	10	24	17	24
	Min	10	24	17	24
	Max	10	24	17	24

Sodišča so po prvem odstavku 170. člena, torej v zvezi z osnovno obliko posilstva, izrekla devet pogojnih obsodb, iz katerih izhajata povprečna določena kazen 14,4 meseca in povprečna preizkusna doba 40 mesecev. Najnižja določena kazen je bila sedem, najvišja pa 24 mesecev. Najnižja in najvišja določena preizkusna doba pri odločanju o osnovni obliki posilstva ustrezata zakonskemu minimumu in maksimumu, torej 12 in 60 mesecev.

Iz štirih primerov, v katerih so sodišča o posilstvu po prvem odstavku 170. člena odločala po pravilih o steku, izhaja povprečna določena enotna kazen 20,3 meseca. Najnižja določena kazen je znašala 17, najvišja pa 22 mesecev. Najnižja preizkusna doba je ustrezala zakonskemu minimumu 12 mesecev, najvišja pa je bila določena pri 48 mesecih, pri čemer povprečna preizkusna doba znaša 33 mesecev.

Po tretjem odstavku 170. člena, ki izvršitveno ravnanje dopolnjuje z grožnjo zoper čast ali dobro ime osebe ali njenih bližnjih oziroma grožnjo s povzročitvijo velike premoženjske škode, je bil obravnavan en primer, v katerem je bilo ob 24 mesecih preizkusne dobe določeno 1 leto kazni. Po pravilih o steku je bila ob 24 mesecih preizkusne dobe določena enotna kazen 17 mesecev zapora.

Pogojna obsodba za kvalificirano obliko posilstva po drugem odstavku 170. člena ni bila izrečena.

Zaporne kazni

Po analogiji je razlikovanje med modalitetami kaznivega dejanja pomembno tudi pri dolžinah izrečenih zapornih kazni.

Tabela 5: Dolžina zaporne kazni v mesecih, vir: Analiza

		Izrečena zaporna kazen	Izrečena enotna kazen
170/I: osnovno KD	N	11	5
	Povpr.	19,7	47,2
	Min	9	18
	Max	41	82
170/II: kvalificirano – posebej grozovito, poniževalno, več oseb ali nad zaprtimi osebami	N	5	1
	Povpr.	30	84
	Min	13	84
	Max	60	84
170/III: grožnja zoper čast in dobro ime ali premoženjska škoda	N	3	3
	Povpr.	11,7	32
	Min	6	12
	Max	15	60

Tabela 7 prikazuje število primerov, najnižje in najvišje izrečene kazni ter njihovo povprečje za vsako izmed treh zakonskih oblik posilstva.

V skupno 11 obsodilnih sodbah v zvezi z osnovno obliko posilstva, s katerimi je bila izrečena kazen zavora, je ob zakonskem kaznovalnem okviru od enega do desetih let oziroma od 12 do 120 mesecev povprečna dolžina zaporne kazni 19,37 meseca. Najnižja izrečena zaporna kazen je bila določena pri devetih mesecih in najvišja pri 41 mesecih zavora.

V petih primerih so sodišča o posilstvu odločala po pravilih o steku – v tej kategoriji je bila najnižja izrečena enotna zaporna kazen 18 mesecev, najvišja 82 in povprečna 47,2 meseca.

Sodišča so se v petih primerih izrekla o kvalificirani obliki posilstva, za katero je Kazenski zakonik določal kaznovalni okvir od treh do 15 let oziroma 36 do 180 mesecev zavora. Med omenjenimi petimi primeri je bila najnižnja določena zaporna kazen 13 mesecev, najvišja 60 mesecev, povprečna izrečena kazen pa 30 mesecev zavora. Po pravilih o steku je odločalo le enkrat – v tem primeru je izreklo enotno kazen 84 mesecev.

Pri priviligirani obliki po tretjem odstavku 170. člena s kaznovalnim razponom med šest in 70 mesecev so sodišča v treh primerih izrekla zaporno kazen. Povprečna izrečena kazen zavora je bila 11,7 meseca, z najnižjo izrečeno kaznijo šest in najvišjo 15 mesecev zavora. V vseh treh primerih so sodišča odločala po pravilih o steku ter določila enotne zaporne kazni s spodnjo in zgornjo mejo pri 12 in 60 mesecih ter povprečjem pri 32 mesecih zavora.

Vmesni zaključki

Ob opisanih podatkih po najinem mnenju izstopata dva morebitna zaključka: 1. relativno velik delež pogojnih obsodb in 2. nizke zgornje meje izrečenih kazni, ki v prav nobenem primeru ne dosegajo niti polovice kaznovalnega okvira.

Podatek, da je bila v skoraj 82 % primerov, kjer obtoženec storitve kaznivega dejanja ni priznal, izrečena kazen zavora, medtem ko delež izrečenih zapornih kazni v primeru sklenjenega sporazuma o priznanju krivde znaša 75 %, v primeru priznanja na predobravnavnem naroku pa zgolj 44,4 %, kaže na izrazito tendenco izrekanja milejših kazni v primerih, ko obtoženec prizna krivdo. Najvišji delež pogojnih obsodb v primerih priznanja je sicer pričakovan in, če na priznanje oz. sporazum o priznanju krivde gledamo skozi perspektivo načela ekonomičnosti, v luči katerega je bil institut sprejet, tudi povsem sprejemljiv, predvsem pa želen. Vendar pa se zdi pomembno izpostaviti, da Kazenski zakonik v prvem odstavku 49. člena kot temeljni okoliščini za odmero kazni vzpostavlja težo kaznivega dejanja in storilčevo krivdo. Kazen mora biti torej konkretizirana oz. individualizirana tako, da je sorazmerna predvsem glede na težo kaznivega dejanja in storilčevo krivdo, pri čemer pa sodišče upošteva tudi ostale okoliščine, ki vplivajo na to, ali bo kazen večja ali manjša. Če kot temeljni izhodišči oziroma okoliščini za odmero kazni vzamemo težo kaznivega dejanja in stopnjo storilčeve krivde, lahko kaznovalni »popusti«, ki jih v dogovoru s tožilstvom pridobijo obtoženci, v očeh javnosti, pa tudi žrtev, omajejo zaupanje v pravično ugotavljanje in presojo temeljnih okoliščin za odmero kazni – ta je namreč odmerjena na podlagi, ki je vsebinsko popolnoma nepovezana tako s težo dejanja kot storilčevo krivdo (Ashworth in Roberts, 2012). Hkrati politika priznanj odpira tudi vprašanja glede ustavne pravice do sodnega varstva in spremljajoče domneve nedolžnosti. Pritisk na obtoženca, da se v zameno za nižjo kazen s priznanjem odpove pravici do sodnega varstva, je toliko večji, kolikor je večja ponujena omilitev – če takšna omilitev pomeni razliko med prostostno in neprostostno sankcijo, je nevarnost, da bodo krivdo priznale nedolžne osebe, še posebej visoka (Ashworth in Roberts, 2012).

Drugi sklop vprašanj se odpira v povezavi z relativno nizkimi najvišjimi izrečenimi sankcijami. Spomnimo, zakonski zgornji meji kaznovalnega okvira, kot ju je določal 170. člen Kazenskega zakonika, sta 10 let oziroma 120 mesecev (osnovna oblika) in 15 let oziroma 180 mesecev (kvalificirana oblika). V obravnavanem obdobju sta bili najvišji izrečeni kazni 41 mesecev (osnovna oblika) in 60 mesecev zavora (kvalificirana oblika). Vidimo, da najvišji izrečeni kazni tako po prvem kot drugem odstavku omenjenega člena ne dosegata niti polovice zakonskega kaznovalnega okvira ali natančneje: najvišji izrečeni kazni predstavljata zgolj tretjino celotnega zakonskega kaznovalnega okvira. Zakaj?

Kvalitativna analiza

Podrobnejši uvod in večje razumevanje odločitev sodišča omogoča podrobnejše branje sodnih odločb, s pomočjo katerih lahko skušamo uvideti, zakaj se je sodišče odločilo za določeno sankcijo, kakšni razlogi so ga pri tem vodili ter kakšne okoliščine je upoštevalo.

A možnost natančne kvalitativne analize sodb je pomembno omejena s povsem preprostim dejavnikom, ki je posledica naše procesne ureditve: visokim deležem neobrazloženih sodb. Tako so na primer sodbe, s katerimi se je sodišče izreklo o posilstvih, v kar 43,9 % neobrazložene. Še nekoliko višji je delež neobrazloženih sodb z v zvezi s kaznivimi dejanji spolne zlorabe slabotne osebe, ki znaša 48 %, najvišji pa je pri kaznivih dejanjih spolnega nasilja, kjer znaša 55,3 %. Skupni delež neobrazloženih obsodilnih sodb je 53,2 % vseh obravnavanih primerov.

Hkrati oviro za kvalitativno analizo predstavljajo tudi sicer obrazložene sodbe, v katerih pa sodišča posegajo po relativno standardiziranem oziroma formulaičnem navajanju okoliščin; npr. »sodišče je pri tem upoštevalo vse okoliščine, ki vplivajo na to, ali naj bo kazen manjša ali večja«.

Zapisano predstavlja tudi precejšnjo spoznavno težavo pri poskusih vpogleda v razlogovanje sodišč oziroma v, kot se nekje slikovito izrazi Jančar (2019), sodnikovo »rekonstrukcijo realnosti«. Ta rekonstrukcija oziroma možnost preverbe le-te je še posebej pomembna v primerih, ko je s sodno odločbo izrečena kazen. Zakonitost, predvsem pa legitimnost vsakega avtoritativnega odločanja o človekovih pravicah in obveznostih bosta tako v precejšnji meri odvisni prav od (ne) prepričljivosti obrazložitve, ki odločitev spremlja (Plesničar, 2017). Epistemološki deficit, s katerim se srečujemo pri poskusih preverbe in natančnejšega razumevanja razlogovanja sodišč, je s tega vidika vse prej kot dobrodošel.

V nadaljevanju tako sledi kratka predstavitev rezultatov analize okoliščin, ki jih je upoštevalo sodišče pri kaznovanju, kot jih je bilo mogoče razbrati iz približno polovice sodb iz našega vzorca, ki so bile obrazložene.

Od vseh izrečenih obsodilnih sodb so sodišča v 20 % pri odmeri kazni upoštevala obteževalne okoliščine, v 10 % pa olajševalne, v polovici vseh obrazloženih obsodilnih sodb pa so bile identificirane tako olajševalne kot obteževalne okoliščine.

V 10 % sodb je bila kazen omiljena ob vzporednem obstoju tako olajševalnih kot obteževalnih okoliščin, v 5 % sodb samo ob ugotovljenih olajševalnih okoliščinah in v enakem deležu tudi pri ugotovljenih obteževalnih okoliščinah.

Med najpogostejše navajanimi olajševalnimi okoliščinami so bile predvsem priznanje krivde, nekaznovanost, skrb za otroke oz. urejeno družinsko življenje, poskus, časovna oddaljenost dogodka in mladost oz. neizkušenost ali starost storilca.

Kot posebne razloge, ki so utemeljevali izrek milejše kazni, so sodišča upoštevala predvsem bistveno zmanjšano prištevnost storilca, sporazum o krivdi ali priznanje na predobravnavnem naroku in razne posebne okoliščine.

Na strani obteževalnih okoliščin so sodišča navajala predhodno kaznovanost, vztrajnost pri izvršitvi, trajne posledice za žrtev, posebno zavržnost dejanja, odsotnost obžalovanja in daljše časovno obdobje, v katerem je storilec izvrševal posilstva.

V splošnem lahko rečemo, da so olajševalne in obteževalne okoliščine, ki jih sodišča navajajo, primerne in razumljive. Iz obrazložitev seveda ne izhaja, v kolikšni meri so sodišča posamezno okoliščino upoštevala oz. kako so jo ovrednotila. Takšen razmislek je za sodišče samo zelo zahteven, njegova obrazložitev pa tudi v drugih sistemih ni nekaj široko razširjenega (Drapal, 2020).

A v sodbah je mogoče zaznati tudi nekaj izjemno nenavadnih olajševalnih okoliščin, zaradi katerih nas sicer razumljiva blaga kaznovalna politika lahko skrbi. Tako so na primer sodišča kot olajševalne okoliščine opredelila »kratko trajanje posilstva«, »alkoholiziranost oškodovanke« in »znaten prispevek oškodovanke«. V neki drugi sodbi je sodišče zapisalo, da so bila vsa protizakonita ravnanja usmerjena proti isti osebi, vendar, ker je zakonska skupnost med storilcem in žrtvijo razpadla, naj ne bi bilo nevarnosti ponovitve. Morda še najzanimivejši in najbolj zaskrbljujoč je nekakšen evolutijski pristop sodišča, ki se kaže v »olajševalni okoliščini« potešitve storilčevega spolnega nagona, saj da je (bil) storilec že dalj časa sam in v teh pogojih ni imel rednih možnosti po zadovoljitvi svojih naravnih nagonov.

Navedene nenavadnosti so v določeni meri gotovo rezultat že omenjene psihološke podstati, ki sooblikuje sodnikovo videnje in interpretacijo okoliščin in nians vsakega življenjskega primera, skratka »rekonstrukcijo realnosti«. Zdi pa se – in temu kaže nameniti več pozornosti –, da gre v zapisanih primerih v precejšnji meri za stereotipizacijo oz. stereotipno razlogovanje sodišča. V zvezi s tem Briški (2021) ugotavlja, da je tovrstno stereotipiziranje, četudi na samo odločitev ne vpliva, problematično predvsem zato, ker sodišča s tem, ko se v obrazložitvi oprejo na stereotipe, te v splošni in strokovni javnosti utrjujejo in legitimirajo, hkrati pa potencialno ogrožajo zaupanje javnosti v nepristranskost sojenja in sodstva.

To se potrjuje tudi v praksi. Prav okoliščina »kratko trajanje posilstva« je namreč v času po izvedbi raziskave v javnosti vzbudila precejšen odpor in dvom v legitimnost kaznovanja. Res je, da je zadeva v javnost prišla po tem, ko je sankcijo korigiralo višje sodišče, samo opozarjajoč, da kratko trajanje ne more biti posebna olajševalna okoliščina.¹⁵ Res je tudi, da so tovrstne neprimerne olajševalne okoliščine razmeroma redke in jih sodišča običajno ne vključujejo v

¹⁵ VSK Sodba II Kp 22459/2015 z 8. 8. 2019.

svoje razlogovanje (Briški, 2021). Vendar samo dejstvo, da se pojavljajo in jih pogosto višja sodišča ne korigirajo (ker za to niti nimajo priložnosti), vzbuja dvom v primernost odločanja o sankcijah v teh primerih.

5. Sklep

Odločanje o sankcijah na splošno, v primerih spolne kriminalitete pa še posebej, je izjemno zahtevno. Razloge za to lahko, poleg siceršnje občutljivosti teh vprašanj, vsaj deloma morda najdemo v materialno- in procesno-pravnih ovirah. Odločanje o posilstvu je že izhodiščno, ne glede na model kazenskopravne ureditve, znotraj katerega je opredeljeno, z vidika dokazovanja precej težavno opravilo. Bohmer (1973: 304) npr. zapiše, da so intervjuvani sodniki, ki so že odločali o obtožbah zaradi spolnih kaznivih dejanj, izkušnje pogosto pospremili s komentarjem, da je posilstvo »kaznivo dejanje, za katero je najlažje obtožiti in ki ga je najtežje dokazati«. Še zlasti v primerih, ko inkriminacija obsega tudi prisiljenje, ta proces dodatno otežijo dokazovanje sile in/ali grožnje, dokazno breme, ki vselej pade na ramena žrtve, psihološki stres, s katerim se žrtev sooča ob izpovedovanju in ki nemalokrat rezultira v neenotnih izpovedbah, pa tudi številne druge okoliščine kaznivega dejanja (odsotnost sledi (poškodb) na telesu, odsotnost morebitnih prič ipd.). Položaj sodišča je tako že pri odločanju o obtoženčevi krivdi najmanj nezavidljiv, pri odločanju o kazenski sankciji, kjer mora ugotoviti in upoštevati še vse ostale relevantne okoliščine primera, pa še nekoliko bolj zapleten – v dvomu pa se naša sodišča praviloma zatekajo k milejšemu kaznovanju.

Milejše kaznovanje oz. kaznovanje na spodnjem robu zakonskih kaznovalnih okvirov in pogosto poseganje pod ta rob, tako z uporabo instituta pogojne obsodbe kot uporabo omilitvenih določb, so za naš sistem izrazito pogosti pojavi. V tem smislu kaznovanje za kaznivo dejanje posilstva ne odstopa posebej od kaznovanja za ostala kazniva dejanja, čeprav bi bila za zanesljivo oceno tega potrebna podrobnejša analiza kaznovalne politike nasploh. Hitra primerjava deležev zaporne kazni in pogojne obsodbe po podatkih SURS-a za obdobje 2016–2019 tako npr. pokaže, da je pri posilstvu pogojnih obsodb slaba tretjina, pri posebno hudi telesni poškodbi (s primerljivim kaznovalnim okvirom) pa zgolj dobrih deset odstotkov.

Kljub temu lahko rečemo, da je manj strogo kaznovanje v Sloveniji relativno ustaljena praksa, do katere nimava zadržkov, toliko manj ob pragmatičnem dejstvu, da kriminaliteta ostaja od te pričakovano povsem neodvisna – celo več, v zadnjih letih je v izrazitem upadanju (Urbas, 2020). Vprašanje, ki se poraja – ne samo nama, temveč raziskovalcem, laični in strokovni javnosti po vsem svetu – pa je, ali je tovrstna kriminaliteta tako drugačna, da bi si zaslužila drugačno (strožjo?) obravnavo od ostalih oblik kriminalitete (glej npr. Kebodeaux, 2017; Reyes, 2003).

Vprašanje je še težje, kot zglada na prvi pogled, saj zajema dodatno komponento: Kdo je tisti, ki naj o tem odloča? Ustvarjanje kaznovalne politike in proces kaznovanja samega je – kot smo videli uvodoma – veliko več od zgolj konkretne odločitve sodišča v konkretnem primeru. Najmanj, kar se zdi prav tako pomembno, je zakonodajalčeva odločitev o tem, kam umestiti kaznovalni okvir za posamezno inkriminacijo. Če poenostaviva: če se nam zdi kaznovanje v primerih posilstva preblago, kako naj pristopimo k njegovemu spreminjanju?

Naj spremembe na normativni ravni predpiše zakonodajalec? To je bilo npr. predlagano v eni od številnih inačic novele KZ-1H, v kateri je bil kaznovalni okvir za (po novem kvalificirano) inkriminacijo posilstva z uporabo sile ali grožnje dvignjen na najmanj tri leta zapor. S tem se seveda sproži plaz posledic: najpomembnejša med njimi je ta, da je v običajnih primerih s tem odstranjena možnost izreka pogojne obsodbe. Vemo sicer, da slovenski sistem omogoča številne možnosti kaznovanja pod zakonskim minimumom, a kljub temu bi bilo sporočilo zakonodajalca sodni veji oblasti zelo jasno: treba je kaznovati strožje. Takšen pristop bi bil morda učinkovit – če pričakujemo, da sodišča sledijo spremembam inkriminacij, čeprav v praksi ni vedno tako (Plesničar in Briški, 2021), a gotovo tudi najbolj radikalen. Poleg izjemnega pritiska na ravnovesje med vejami oblasti pri kaznovanju se zdi takšno postopanje vprašljivo tudi z vidika primerjalnega prava: kot sva ugotavljala zgoraj, so zagroženi okviri našega sistema že sedaj razmeroma strogi v primerjavi z drugimi sistemi.

Da sodišča posegajo po milejših sankcijah, se nama ne zdi sporno. Bolj ne-navadno in vredno razmisleka je dejstvo, da niti najhujše oblike kaznivih dejanj ne izzovejo strožjih sankcij. Zgornja polovica kaznovalnega razpona gotovo ni namenjena večini niti ne večjemu deležu kaznivih dejanj, a pri najhujših – kot npr. dolgotrajno, posebej poniževalno, celo skupinsko posilstvo, ki v sedANJI ureditvi ne preseže polovice zagroženega kaznovalnega razpona – bi bilo najbrž strožje kaznovanje primerno. Za to pa je, po najinem mnenju, mogoče storiti vsaj dvoje.

Gotovo bi bilo nujno, da pred začetkom kakršnegakoli razmišljanja o spremembah dobro poznamo vsaj *status quo*. Nujna bi bila torej temeljita raziskava obstoječe kaznovalne politike, ki bi zajela širše obdobje kot najina analiza, na podlagi katere bi lahko ocenili, kje sploh smo in kam bi želeli iti. Razgovor znotraj sodne veje oblasti se lahko začne šele tam in zdi se nama primerno, da v teh okvirih tudi ostane. Nadalje meniva, da bi bilo primerno, da se temam spolne kriminalitete, še posebej v luči lani uveljavljenih sprememb definicij teh kaznivih dejanj, posveti več pozornosti na ravni izobraževanja pravosodnih deležnikov. Pri teh izobraževanjih bi bilo treba več pozornosti posvetiti tudi kaznovanju in – kot smo videli zgoraj – to storiti upošteva nevarnost stereotipiziranja in vpliva predsodkov (predvsem) na presojo olajševalnih in morebiti obteževalnih okoliščin.

Spremembe – če po temeljitem razmisleku ocenimo, da so potrebne – se po našem mnenju torej nikakor ne bi smele zgoditi zunaj dialoga med zakonodajalcem in sodiščem, še raje pa ob upoštevanju vseh vidikov, pomembnih za kaznovanje (dejavniki, ki govorijo v prid strožjega, in dejavniki, ki govorijo v prid blažjega kaznovanja) – v ustrezno moderirani širši družbeni debati.

Literatura

- Ackerman, A. R., Sacks, M., in Greenberg, D. F. (2012). Legislation Targeting Sex Offenders: Are Recent Policies Effective in Reducing Rape? *Justice Quarterly*, 29(6), 858–887. <https://doi.org/10.1080/07418825.2011.566887>
- Ambrož, M., in Plesničar, M. M. (2021). Namen kaznovanja (45.a člen). V *Kazenski zakonik (KZ-1) s komentarjem* (str. 679–687). Lexpera, GV založba.
- Amirault, J., in Beauregard, E. (2014). The Impact of Aggravating and Mitigating Factors on the Sentence Severity of Sex Offenders: An Exploration and Comparison of Differences Between Offending Groups. *Criminal Justice Policy Review*, 25(1), 78–104. <https://doi.org/10.1177/0887403412462234>
- Ashworth, A. (2015). *Sentencing and criminal justice* (5. izd.). Cambridge University Press.
- Ashworth, A., in Roberts, Julian V. (2012). Sentencing. V M. Maguire, R. Morgan, in R. Reiner (Ur.), *The Oxford handbook of criminology* (5. izd., str. 866–894). Oxford University Press.
- Bajda, B., Cesar, A., Gabršček, T., Loknar, M., Menart, J., Pirnat, T., Tarman, J., Urbas, T., Vukša, N., Zaletel, M., in Zrilič, A. (2018). »Ne pomeni ne«: Ustreznejša obravnava spolne kriminalitete. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. <http://www.pf.uni-lj.si/media/ne.pomeni.ne.-ustreznejša.obravnava.spolne.kriminalitete.koncna.pdf>
- Bavcon, L., Šelih, A., Korošec, D., Ambrož, M., in Filipčič, K. (2013). *Kazensko pravo: Splošni del* (6. izdaja). Uradni list Republike Slovenije.
- Bohmer, C. (1973). Judicial Attitudes toward Rape Victims. *Judicature*, 57, 303.
- Briški, L. (2021). Stereotipi o posilstvu na slovenskih sodiščih. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 72(2), 105–116.
- Brown, G. (2020). *Sentencing Rape: A comparative analysis*. Bloomsbury Publishing. <https://www.bloomsbury.com/uk/sentencing-rape-9781509917570/>
- Compston, H. (2006). *King trends and the future of public policy*. Palgrave Macmillan.
- Daly, K., in Bouhours, B. (2010). Rape and Attrition in the Legal Process: A Comparative Analysis of Five Countries. *Crime and Justice*, 39, 565–650. <https://doi.org/10.1086/653101>
- Drapal, J. (2020). Providing reasons for sentences: Principles of good practice. *Státní zastupitelství*, 17(1), 8–17.
- Hsieh, M.-L., Hamilton, Z., in Zgoba, K. M. (2018). Prison Experience and Reoffending: Exploring the Relationship Between Prison Terms, Institutional Treatment, Infractions, and Recidivism for Sex Offenders. *Sexual Abuse*, 30(5), 556–575. <https://doi.org/10.1177/1079063216681562>
- Jehle, J.-M. (2012). Attrition and Conviction Rates of Sexual Offences in Europe: Definitions and Criminal Justice Responses. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 18(1), 145–161. <https://doi.org/10.1007/s10610-011-9163-x>
- Kebedeaux, C. (2017). Rape Sentencing: We're All Mad about Brock Turner, but Now What? *Kansas Journal of Law & Public Policy*, 27(1), 30–47.
- Korošec, D. (2019). *Temeljni izzivi pri preoblikovanju posebnega dela kazenskega prava v Sloveniji*. Posebni del KZ-1: Od spolnih deliktov do gospodarskih kaznivih dejanj v teoriji in praksi, Ljubljana.
- Nelken, D. (2012). Comparing Criminal Justice. V M. Maguire, R. Morgan, in R. Reiner (Ur.), *The Oxford handbook of criminology* (5. izd., str. 138–156). Oxford University Press.

- Nguyen, H. (2019). *Sentencing trends in the higher courts of Victoria: Rape* (Št. 230; Sentencing snapshot). Sentencing Advisory Council. https://www.sentencingcouncil.vic.gov.au/sites/default/files/2019-08/Snapshot_230_Rape_May_2019.pdf
- Plesničar, M. M. (2013). The individualization of punishment: Sentencing in Slovenia. *European Journal of Criminology*, 10(4), 462–478.
- Plesničar, M. M. (2014). Shielding criminal justice from politics. V P. Cserne (Ur.), *The rule of law and the challenges to jurisprudence* (str. 127–137). PL Academic Research.
- Plesničar, M. M. (2017). Postopek odločanja o sankcijah. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 68(3), 258–268.
- Plesničar, M. M., in Ambrož, M. (2019). *Sila, objektivno sposobna streti odpor*. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.
- Plesničar, M. M., in Briški, L. (2020). Spreminjanje kaznovanja skozi štiri dimenzije. V *Premeščanje mej v kriminologiji in kriminalitetni politiki* (str. 439–480). Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti.
- Plesničar, M. M., in Briški, L. (2021, 1. december). *Oblikovanje kaznovalne politike—Primer 308/III in druge zgodbe*. Konferenca kazenskega prava in kriminologije, spletna izvedba.
- Reyes, I. B. (2003). The Epidemic of Injustice in Rape Law: Mandatory Sentencing as a Partial Remedy. *UCLA Women's Law Journal*, 12(2). <https://doi.org/10.5070/L3122017767>
- Rydberg, J., Cassidy, M., in Socia, K. M. (2018). Punishing the wicked: Examining the correlates of sentence severity for convicted sex offenders. *Journal of Quantitative Criminology*, 34(4), 943–970. <https://doi.org/10.1007/s10940-017-9360-y>
- Šugman Stubbs, K., in Plesničar, M. M. (2020). Psihološki vidiki sodniškega odločanja: Od objektivnosti k subjektivnosti in spet nazaj. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 71(3), 194–207.
- Urbas, V. (2020). Kriminaliteta v Sloveniji v letu 2019. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 71(3), 157–182.

Varstvo (izbranih skupin) ranljivih oseb pred spolnostjo

1. Uvod

Nekatere skupine oseb so zaradi svoje nemoči ali podrejenega položaja posebej izpostavljene nevarnosti, da bodo ponižane na predmet spolne zadovoljitve drugega. Dolžnost socialne države je, da skrbi za šibke in nebojlene; tudi tako, da inkriminira spolne prakse z osebami, ki ne morejo izvajati svoje pravice do spolne samoodločbe (Korošec, 1998: 181, 317–319). Pri tem mora najti občutljivo ravnotežje med varstvom oseb pred zlorabami na eni strani (negativni vidik spolne avtonomije) in na drugi strani posameznikovo pravico, da se svobodno spolno udeleži (pozitivni vidik spolne avtonomije) (Graupner, 2010). Odsotnost kazenskopравnih prepovedi ali njihova ohlapnost ranljive osebe izpostavlja ponižanju in zlorabam. Preširoko odrekanje pravice do veljavne privolitve v spolna ravnanja pa poseže v druge temeljne pravice varovanih oseb. Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) je v seriji primerov ocenilo, da pravo, ki kriminalizira konsenzualne spolne stike, posega v pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja,¹ da pa je tak poseg dopusten, če je nujen za zaščito legitimnih ciljev v demokratični družbi, med katere je ESČP umestilo varstvo ranljivejših oseb (mladih, umsko ali telesno šibkejših, neizkušenih, družbeno ali ekonomsko odvisnih) pred zlorabami, in če je sorazmeren.²

Prispevek se posveča trem izbranim skupinam posebej ranljivih oseb: mladim (otrokom), osebam s trajnejšimi duševnimi motnjami ter alkoholiziranim oziroma omamljenim osebam. Obravnava situacije, v katerih za dosego spolnih aktivnosti ni uporabljena prisila, vendar pa vpletena oseba zaradi kognitivne ali čustvene nezrelosti oziroma patološke slabotnosti v spolne aktivnosti ne more svobodno privoliti. V primerih, ki jih bomo predstavili, bomo pokazali, kako težavno je včasih iskanje ustrezne sredine med varstvom ranljivega posameznika pred zloraba-

¹ Člen 8 Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic (EKČP).

² Glej recimo primera *Dudgeon proti Združenemu kraljestvu* (1981) in *Norris proti Irski* (1988), v katerih sta državi inkriminacije nekaterih sporazumnih homoseksualnih spolnih stikov utemeljevali z varstvom javne morale, ter primer *L. in V. proti Avstriji* (2003), v katerem je Avstrija zatrjevala, da različna obravnava homoseksualne in heteroseksualne spolnosti odraslega z mladostnikom (tj. osebo v starosti od 14 do 18 let) ščiti svoboden spolni razvoj. ESČP je v vseh primerih ugotovilo kršitev konvencijskih pravic. V primeru *Stübing proti Nemčiji* (2012) je ESČP pojasnilo polje proste presoje, ki ga države uživajo pri kazenskopравnem urejanju spolnih praks v zasebnih prostorih.

bami in omogočanjem njegovega spolnega izraza. Dobronamerni ukrepi socialne države se lahko namreč hitro sprevržejo v »grobo zanikanje« svobodnega razvoja tistih, ki naj bi jih varovali, o čemer nas ne nazadnje lahko uči tudi zgodovina (Korošec, 2008: 319; Reed, 1997).

2. Okoliščine posebne ranljivosti

2.1. Mladost

Razprava o vprašanju, koga je »legitimno varovati s plaščem kaznivosti praktično vsakršnega spolnega druženja z njim« (Korošec, 2008: 318), ne more mimo mladoletnih oseb. Obravnava sposobnosti mladoletnih oseb za razpolaganje s spolno svobodo terja niansiran pristop. Medtem ko bi našli družbeni konsenz, da kognitivne sposobnosti (naj)mlajših otrok, njihovo znanje o spolnosti in njihova »kognitivna in psihična podrejenost« onemogočajo njihovo svobodno privolitev v spolna ravnanja (Korošec, Zgaga Markelj, Stajnko, Novak, 2019: 1009; Fischel, 2016: 103), so starejši mladoletniki (mladostniki) lahko sposobni razsojati in trezno izbirati tudi v spolnosti. A kako potegniti ločnico med tistimi mladimi osebami, ki so psihološko nezmožne razsojanja in informirane odločitve o spolnih ravnanjih, in drugimi, ki so sposobne razpolagati s svojo spolno svobodo?

Možnosti sta naslednji: zakonodajalec se lahko odloči za absolutno starostno mejo, pod katero so spolne prakse z otrokom prepovedane (in otrokova morebitna privolitev ne more odvzeti protipravnosti spolnemu ravnanju), ali pa otrokovo privolitveno sposobnost v inkriminaciji veže na njegovo čustveno zrelost. Slednja možnost upošteva edinstvenost posameznikov in njihovega spolnega razvoja oziroma zrelosti in pomeni individualno presojo privolitvene sposobnosti od primera do primera. Za to možnost se zakonodajalci po svetu, med njimi tudi slovenski, praviloma niso odločili, pač pa so raje določili mejno starost na abstraktni ravni. Obveljalo je stališče, da bi bile alternative, tj. starostno povsem odprte spolne inkriminacije, povezane z neobvladljivimi dokaznimi ovirami in da lahko edino enotna starostna meja zagotavlja pravno varnost³ in minimalno enakopravnost (Korošec, 2008: 319).

Odločitev v prid enotne starostne meje privolitvene nesposobnosti v spolno ravnanje za seboj potegne nadaljnjo odločitev glede same mejne starosti. Ker posamezniki psiholoških zmožnosti razsojanja in vpogleda v predvidljive posledice

³ Korošec, Zgaga Markelj, Stajnko in Novak ocenjujejo, da je pravna varnost storilcev ustavno sprejemljiv cilj, odprto vprašanje pa je, ali je poseg v svobodni razvoj osebnosti žrtve na račun tega cilja tudi sorazmeren (Korošec, Zgaga Markelj, Stajnko, Novak, 2019: 1011, 1649. opomba; Korošec, 2008: 319).

dice odločitev ne pridobijo pri isti starosti, bo takšna odločitev vselej kompromisna. Kot predlaga Korošec (2008: 320), je treba pri določanju mejne starosti kolikor se le da upoštevati spolno avtonomijo posameznika, kar se doseže tako, da se med žrtve zajame samo tipično »spolno vsestransko in nedvomno nezrele posameznike«, ne pa množično kar vse spolno aktivne mladine. Pretirano paternalističen odnos države, ki ga vodi strah pred spolnostjo mladostnikov, ironično celo poveča njihovo ranljivost: spodbuja namreč zadržanost mladostnikov pri pridobivanju informacij v zvezi s spolnostjo in koriščenju zdravstvenih storitev (recimo hormonske kontracepcije) (Waites, 2005: 241).

Absolutno starostno mejo mehčajo izjeme za (sporazumno) vrstniško spolnost. Z mislijo na vrstniško spolnost je slovenski zakonodajalec v 173. členu Kazenskega zakonika (KZ-1)⁴ predvidel osebni razlog upravičenosti: spolne aktivnosti z osebami, mlajšimi od petnajst let, niso protipravne, če so bile storjene z osebo primerljive starosti in če ustrezajo stopnji njene duševne in telesne zrelosti. Slovenska ureditev, podobno kot druge, torej predvideva splošno (fiksno) starostno mejo za svobodno spolnost, ki pa jo prebija individualna presoja tožilca oziroma sodišča v primerih vrstniške spolnosti. Študija »*Ne pomeni ne*«: *Ustreznejša obravnava spolne kriminalitete* (Pirnat, 2018: 122) ugotavlja, da tožilci v praksi tolerirajo do pet let razlike v letih med spolnima partnerjema.

Razprave o starostni meji privolitvene nesposobnosti v digitalni dobi, v kateri smo priča skokovitemu napredku tehnologije, dobijo novo razsežnost. Pojav interneta in družbenih omrežij je (tudi) mladim ponudil nove možnosti za komunikacijo in nov prostor druženja, hkrati pa je prinesel tudi nove načine izsiljevanja in posegov v spolno avtonomijo otrok in mladostnikov (Nacionalni inštitut za javno zdravje, 2017). Za zaježitev oziroma oslabitev trga otroške pornografije, v okviru katerega se dogajajo zlorabe mladoletnih oseb, so zakonodajalci prepovedali številna ravnanja, povezana s tovrstnim gradivom (Ambrož, 2007: 212); med drugim so se močno razrastle inkriminacije, ki prepovedujejo uporabo otroka za upodobitev v pornografskem gradivu (Korošec, 2008: 295). Podobno kot smo že opozorili pri inkriminacijah spolnih ravnanj z otrokom, se tudi pri inkriminacijah uporabe otrok v zvezi s pornografijo odpirajo vprašanja, kako varovati dostojanstvo mlade osebe in ji hkrati omogočiti svoboden razvoj osebnosti. Osrednji problem je, da lahko (pre)široke inkriminacije zajamejo tudi sporazumne spolne prakse med mladoletniki. Trenutna slovenska ureditev v 3. odstavku 176. člena KZ-1 inkriminira pridobivanje, izdelavo, posest in posredovanje pornografskega gradiva, ki vključuje mladoletne osebe. Za razliko od spolnega napada na osebo, mlajšo od petnajstih let iz 173. člena KZ-1, inkriminacija iz 176. člena ne pozna izjeme za vrstniško spolnost. Zato lahko za to kaznivo dejanje odgovarja tudi mladoletnik, ki je sam

⁴ Kazenski zakonik (KZ-1). (2012). *Uradni list RS* (50/12 in nasl.).

ustvaril pornografsko ali seksualno gradivo, v katerem je prikazan njegov vrstnik, pa je slednji s tem soglašal, ali si takšno gradivo izmenja z drugim mladostnikom, ki s tem soglaša, kar gotovo ni namen obravnavane inkriminacije. Kazenskopравни odziv v takšnih primerih ne duši samo svobodnega spolnega razvoja, ampak ima kot obsodba za spolno kaznivo dejanje za mladostnika dolgotrajne, če ne doživljenjske posledice. Dodatno protislovje, ki ga v kazenskopравни sistem vnaša preširoko zajemanje inkriminacij, povezanih s pornografskim gradivom, je, da mladostnik, ki doseže starostno mejo privolitvene sposobnosti v spolna ravnanja, lahko privoli v spolni odnos, ne more pa veljavno soglašati s tem, da bi njegov vrstnik za svojo zasebno rabo posnel njegovo golo fotografijo. Bolj sorazmeren pristop bi iz cone kaznivosti izključil gradivo, ki ga sporazumno napravijo mladostniki za zasebno uporabo, medtem ko bi pošiljanje tovrstnega gradiva tretjim osebam ali izsiljevanje z intimnimi fotografijami ali posnetki ostalo znotraj dometa inkriminacij (Gillespie, 2013).⁵ Na ta način se kazensko pravo odzove na nevarnost zlorab, do katerih pride, če se takšno gradivo posreduje v javnost ali tretjim osebam, hkrati pa ne zatira svobode in spolnega razvoja mladostnikov.

2.2. Trajnejše duševne motnje

Varstvo socialne države se ne razteza le na mladoletne, ampak tudi na odrasle nemočne osebe, ki niso sposobne sprejemati svobodnih odločitev zaradi duševnih bolezni ali motenj v duševnem razvoju. Opredelitev oziroma diagnosticiranje stanj duševne abnormnosti ni predmet pričujočega prispevka, vendar pa je treba vanj v imenu večje jasnosti vključiti naslednje terminološko pojasnilo. Slovenski KZ-1 v 172. člen (Spolna zloraba slabotne osebe) vključuje več tihih blanket medicine (duševna bolezen, duševna motnja, (hujša) duševna manjrazvitost⁶ (Korošec, Novak, 2018: 987)). Enotne definicije duševnih bolezni in duševnih motenj, ki bi bila splošno sprejeta, ni (Kores Plesničar, 2011). Psihijatrija⁷ duševno motnjo uporablja kot krovni izraz za različne kategorije duševnih motenj (temu

⁵ Izključitev sporazumnih spolnih ravnanj med mladoletniki, ki so že dosegli starost za privolitveno sposobnost v spolna ravnanja, ali med vrstniki primerljive starosti in stopnje psihičnega in fizičnega razvoja ter zrelosti dopušča 8. člen Direktive 2011/92/EU Evropskega parlamenta in Sveta o boju proti spolni zlorabi in spolnemu izkoriščanju otrok ter otroški pornografiji in nadomestitvi Okvirnega sklepa Sveta 2004/68/PNZ. Gillespie (2013) meni, da je vključitev takšne izjeme nujna, če resno jemljemo spoštovanje človekovih pravic (mladostnikov). Preširoko zajemanje sporazumnih spolnih praks (t. i. sekstinga) med mladoletniki namreč nesorazmerno posega v njihovo pravico do zasebnega in družinskega življenja (8. člen EKČP).

⁶ Pred novelo KZ-1H (*Uradni list RS* (95/21)) je zakon vseboval pojem hujša duševna zaostalost.

⁷ Gre za kategorično shemo Mednarodna klasifikacija bolezni-10 (Inštitut za varovanje zdravja Republike Slovenije, 2008), ki jo je izdala Svetovna zdravstvena organizacija in se uporablja predvsem v Evropi (Kores Plesničar, 2011).

sledi tudi naslov poglavja pričujočega prispevka »Trajnejše duševne motnje«, pri čemer pridevnik »trajnejše« služi razmejitvi med stanji iz razdelka 2.2. in 2.3.) in mednje uvršča tudi duševno manjrazvitost (Kores Plesničar, 2011). O slednji govorimo, kadar inteligenčne in prilagoditvene (vedenjske) sposobnosti osebe ne dosega ravni, ki je primerna za njeno starost, pri čemer se omenjene omejitve pojavijo že v razvojni dobi (Mihelič Moličnik, 2011; Lačen, 2001: 11). Razloge za posebno ranljivost oseb z motnjami v duševnem razvoju avtorji (Morano, 2001; Craft in Craft, 1981: 497) iščejo v njihovi odvisnosti od negovalcev, negotovosti pri navezovanju in vzdrževanju stikov z drugimi, komunikacijskih ovirah in pomanjkanju socialnih izkušenj, njihovem nepoznavanju spolnosti in pojava spolnih zlorab, slabi presoji motivov in vedenja drugih ljudi, pa tudi v njihovi naivnosti, neodločnosti in nagnjenosti, da sledijo drugim. V starajoči se družbi velja med duševnimi motnjami v zvezi s svobodnim delovanjem v spolnosti izpostaviti še demenco, ki oslabi posameznikove intelektualne sposobnosti ter spremeni njegovo osebnosti in vedenje (Lokar, Balkovec: 1987), zato posameznik postane odvisen od pomoči drugih (Strategija obvladovanja demence v Sloveniji do leta 2020, 2016: 13).⁸

V zgodovini je kazensko pravo pozitivno spolno avtonomijo oseb z intelektualnimi in vedenjskimi ovirami popolnoma omejilo: da bi jih zaščitilo pred drugimi in seboj, je inkriminiralo vsakršne spolne stike z njimi in jim odreklo pravico do veljavne privolitve v spolna ravnanja (Linder, 2018: 3; Lačen, 2001: 9). Razglasitev vseh duševno nenormalnih oseb za absolutno privolitveno nesposobne danes ni sprejemljiva.⁹ Grobo namreč tepta njihovo pravico do svobodne spolnosti; odvzame jim možnosti, da bi osebno rastle in vzpostavljale tesnejše odnose

⁸ Vprašanje, ali lahko dementna oseba svobodno privoli v spolna ravnanja, se je postavilo v odmevnem tujem primeru, ki je zadeval politika Henryja Rayhonsa in njegovo ženo Donno. Donna, ki je imela Alzheimerjevo bolezen, se v obdobju, ki ga je kasneje pod lupo vzelo sodišče, ni spominjala imena svojih hčera in ob priložnostnem obisku restavracije si je roke poskušala umiti v stranišni školjki namesto v umivalniku. Z možem pa sta imela še vedno spolne odnose. Henryja Rayhonsa je tožilstvo zaradi tega obtožilo spolne zlorabe. Po poročanju medijev očitki niso zajemali uporabe sile ali upiranja domnevne žrtve; zakon zakoncev Rayhons naj bi (vsaj navzven) deloval ljubeče. Bistvo primera je zato predstavlja vprašanje, ali je lahko Donna, ki je trpela za Alzheimerjevo boleznijo, veljavno privolila v spolni odnos (Belluck, 2015).

⁹ Teorije o dednosti intelektualnih ovir in zakoreninjeno prepričanje, da so osebe z motnjami v duševnem razvoju pretirano nagnjene k spolnosti, so vodile do najhujših posegov v spolno avtonomijo teh oseb, tudi v obliki prisilnih sterilizacij (Reed, 1997). V zadnjih desetletjih strokovnjaki opažajo napredek na področju družbenega razumevanja spolnosti oseb z motnjami v duševnem razvoju, a dodajajo, da posplošene in napačne predstave o tem še vedno obstajajo (Hratar, 2003; Lačen, 2021, Lačen, 2001).

z drugimi, pahne jih lahko v socialno izolacijo.¹⁰ Človekove pravice, med njimi pravica do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja,¹¹ se lahko omejijo, če je to nujno potrebno za doseganje legitimnih ciljev v demokratični družbi. Omejitve v posameznikovem delovanju, ki jih povzroči duševna motnja, se razlikujejo, zato ni upravičeno, da se jim spolno svobodo odreka kar v splošnem in vnaprej. Na podlagi individualne presoje vsakega primera posebej se lahko kazenskopравни sistem odzove na spolne zlorabe oseb z motnjami v duševnem razvoju in duševnimi boleznimi, hkrati pa jim omogoči svobodno spolnost, če si je želijo. Šele če je v okoliščinah, v katerih je do spolnega stika prišlo, mogoče prepoznati znake zlorabe, naj se zažene kolesje kaznovalnega sistema (Denno, 1997; Boni-Saenz, 2015). Denno je že leta 1997 predlagala, naj se pri presoji, ali je oseba sposobna privoliti v spolna ravnanja, upošteva tudi njeno duševno manjrazvitost, naj pa ta ne bo edini oziroma izključni kriterij odločitve (Denno, 1997: 376).

S sodelavci Inštituta za kriminologijo smo preučili, kako so spolno samoodločbo oseb s trajnejšimi intelektualnimi, čustvenimi oziroma vedenjskimi ovirami razlagala oziroma varovala slovenska tožilstva in sodišča v sklepih o zavrženju kazenskih ovadb in kazenskih sodbah iz obdobja med letoma 2016 in 2018 (Briški, 2019).¹² Primeri, o katerih so odločala sodišča, so pogosto sprožali zapletena dejanska vprašanja, pri reševanju katerih so se sodišča oprla na znanje izvedencev (predvsem psihiatrične stroke) za prepoznavanje in diagnosticiranje duševne abnormnosti. V nekaterih sodbah smo opazili prožnejšo kontekstualno presojo, ki upošteva, da imajo tudi osebe, ki so duševno prizadete, potrebe po intimnosti in spolnosti, in ki poglobljeno motri okoliščine, v katerih je do spolnega ravnanja prišlo, ter pri tem išče odgovor na vprašanje, ali je šlo za spolna ravnanja, ki so bila tej osebi nenaklonjena. Ta stališča se opirajo predvsem na zakonski znak zlorabiti, iz katerega, tako Korošec in Novak (2018: 995), izhaja, da inkriminacija ne varuje absolutne spolne nedotakljivosti, marveč prijazno spolnost z nemočnimi osebami. Razliko med zaščitniško obravnavo in prožnejšo, kontekstualno presojo

¹⁰ Ameriška raziskovalka Ballard (1995) je zbiralala odzive starejših oseb o izkušnjah spolnosti s partnerjem z Alzheimerjevo boleznijo. Nekaterim parom naj bi prav aktivno spolno življenje nudilo uteho in podporo pri soočanju z boleznijo enega od partnerjev. Osemdesetletni mož je recimo opozoril, da je spolnost vir fizičnega užitka, poleg tega pa tudi »prepoznava vezi med njima: ne glede na to, kaj se zgodi, imava drug drugega«. Druga udeleženka raziskave je zapisala, da je čutila, da jo njen partner pozna in je bil v spalnici tak kot vselej. Da z nežnostmi ni prenehal, ji je bilo v posebno uteho in čeprav se je z njo sporazumeval v jeziku, ki je bil drugim nerazumljiv, ga je ona sama razumela.

¹¹ Člen 8 EKČP.

¹² Sodišča so odločala po »starem« 172. členu KZ-1, ki je veljal pred novelo KZ-1H (*Uradni list RS* (95/21)) in ki je zahteval, da morajo biti naštetja stanja nemoči takšna, da se oseba zaradi njih ne more upirati.

svobodnosti spolnih ravnanj osebe s trajnejšo motnjo ilustrira naslednji primer, o katerem so odločala sodišča različnih stopenj. Dejansko stanje v zadevi je bilo sledeče: obdolženi, oseba s povprečnimi sposobnostmi zaznavanja in razumevanja, je imel spolne odnose z zmerno duševno manjrazvito oškodovanko. Oškodovanka je imela pred spornim dogodkom daljše partnerske zveze, bila je spolno aktivna, redno je obiskovala ginekologa in uporabljala kontracepcijo. Prvostopenjsko sodišče je oškodovanko, sklicujoč se na mnenje izvedenke psihiatrične stroke, zaradi njene pasivnosti in vodljivosti spoznalo za slabotno osebo in obtoženega obsodilo zaradi spolne zlorabe slabotne osebe. Drugostopenjsko sodišče pa je sodbo razveljavilo in zadevo vrnilo v ponovno odločanje, poudarjajoč, da intelektualne omejitve oškodovanke same po sebi še ne pomenijo, da je slabotna oseba in nesposobna vsakršnih svobodnih spolnih ravnanj ter da je storilec njeno stanje zavestno izkoristil. Prvostopenjskemu sodišču je naročilo, naj dokazni postopek dopolni. V ponovljenem postopku je prvostopenjsko sodišče ugotovilo, da je oškodovanka svoji motnji navkljub sposobna odločati o svojem spolnem življenju in ni slabotna oseba. Sodbo, izdano v ponovljenem postopku, je potrdilo višje sodišče, ki je zapisalo, da nekritičnost, vodljivost in oslabljen zmožnost predvidevanja dogodkov še ne zadoščajo za opredelitev osebe kot slabotne (I K 31769/2012 in II K 31769/2012). Podobno je menilo tudi tožilstvo v zadevi Kt/8564/2019/KL/ARU, ko je zavrglo kazensko ovadbo zoper mladoletnika, ki naj bi ga njegov sostanovalec v varstvenem centru oralno spolno zadovoljeval. Tako osumljeni kot oškodovanec sta imela diagnosticirano motnjo v duševnem razvoju. Državno tožilstvo ni presojalo le motnje oškodovanca, marveč je sklenilo, da se oba fanta zanimata za spolnost, da sta primerljiva v moči in da tako prvi fant, ki ga je drugi oralno zadovoljeval, ni zlorabil drugega.

2.3. Intoksikacija

Med standardnimi telesnimi vzroki za nemoč žrtve je tudi opitost oziroma omamljenost s prepovedano drogo ali zdravilom (Korošec in Novak, 2019: 996). V raziskavi Inštituta za kriminologijo smo ugotovili, da je v Sloveniji v času izvršitve dejanja, ki se ga obravnava kot posilstvo, spolno nasilje ali spolna zloraba slabotne osebe, (rahlo pa vse do intenzivno) alkoholizirana približno petina oškodovancev obravnavanih posilstev, spolnega nasilja in spolnih zlorab slabotnih oseb (Plesničar in Ambrož, 2019). V nadaljevanju se osredotočam na vpliv intoksikacije na veljavnost soglasja žrtve. Gre za situacije, v katerih žrtvine intoksikacije ni povzročil storilec, da bi tako onemogočil odpor in dosegel spolno ravnanje. Pri teh primerih gre za uporabo sile po 99. členu KZ-1, zato je treba dejanja obravnavati kot posilstvo ali spolno nasilje (Korošec in Novak, 2018: 996).

Odločanje o obtožbi spolnega kaznivega dejanja, ki naj bi bilo izvršeno nad alkoholizirano oziroma omamljeno žrtvijo (ali obeh: žrtve in storilca), je zaple-

teno na več načinov. Dokazovanje je oteženo, ker se v stanju alkoholiziranosti praviloma dogodkov spominjamo slabše, kot če bi jih spremljali trezno. Poleg tega so užitki alkohola in spolnosti pogosto povezani (Wertheimer, 2003: 257). Kot opozarjata Korošec in Novak (2018: 996), eksperimentiranje z alkoholnimi pijačami ali prepovedanimi drogami neredko sovpadе z eksperimentiranjem v spolnosti, kar vodi v kombinacije nemočnosti domnevne žrtve in omajane prištevности domnevnega storilca, ki jih spremlja dokazno pravna nejasnost, kdo je v teh eksperimentih v vlogi storilca in kdo žrtve.

Za presojanje privolitvene sposobnosti je pomembna intenzivnost intoksikacije. Ker pa se prag med treznostjo in nerazsodnostjo pri posameznikih razlikuje, ga ni mogoče eksaktno določiti vnaprej. Kljub temu so nekaj let nazaj v Združenem kraljestvu (zlasti mediji) omenjali idejo enotne meje za spolnost pod vplivom alkohola (*»drink and sex limit«*) po zgledu omejitev za vožnjo pod vplivom alkohola (Cowan, 2008: 904). Kot opozarja Cowan (2008: 909), bi splošno pravilo, da po zaužitju določene količine alkoholnih pijač v spolne aktivnosti ni več mogoče veljavno privoliti, – čeprav verjetno enostavnejše za odločanje v praksi – pretirano izvotlilo pozitivno spolno avtonomijo alkoholizirane osebe. Presojanje spolnih aktivnosti, v katere so vpleteni alkoholizirani ali omamljeni partnerji, mora ohraniti skepso do soglasja, danega v stanju intenzivne intoksikacije, hkrati pa se mora ogniti zanašanju na paternalistična in rigidna pravila, ki že vnaprej odrečejo možnost soglasja v takšnih situacijah (Wertheimer, 2003: 256–257; Cowan, 2008). Povedano drugače, kazensko pravo naj se osredotoči na zlorabe omamljenega ali opitega spolnega partnerja. Osebe, četudi opite, si lahko spolnosti želijo. Šablonski izraz te želje je lahko vnaprejšnja izrecna ali konkludentna privolitev v spolno aktivnost. V takšnem primeru, ko oškodovanec, ki sicer ni prišteven, temveč pride le v začasno duševno motnjo, predvsem zaradi alkoholiziranosti ali pod vplivom mamil, pred povzročitvijo takšne motnje privoli v spolna ravnanja, pa potem v času začasne duševne motnje do njih tudi pride, ni podano kaznivo dejanje spolne zlorabe slabotne osebe (Deisinger, 2002: 251–252).

Kakšne dolžnosti je treba nasloviti na potencialnega spolnega partnerja alkoholizirane oziroma omamljene osebe? Po pregledu sodne prakse iz obdobja med letoma 2016 in 2019 (Plesničar in Ambrož, 2019)¹³ lahko kot ilustrativna primera izpostavimo naslednja. V prvem primeru je sodišče ugotovilo, da sta bili oškodovankina opitost in omamljenost v času spornega spolnega odnosa tako intenzivni, da je bila pri njej podana začasna duševna motnja. Upošteva je oškodovankino izpovedbo na glavni obravnavi, da je bila v času obravnavanega dogodka v

¹³ Sodišča so odločala po »starem« 172. členu KZ-1, ki je veljal pred novelo KZ-1H (*Uradni list RS* (95/21)).

(prvo)obtoženega¹⁴ zaljubljena in da bi najverjetneje privolila v spolni odnos z njim, tudi če bi bila povsem trezna, in potek samega dogajanja – oškodovanka se je z obtoženim pred spolnim odnosom poljubljala, nato pa z njim prostovoljno odšla v sobo in dajala pobudo za spolna ravnanja, je sodišče presodilo, da »je lahko obtoženi upravičeno sklepal, da si oškodovanka želi z njim imeti spolni odnos«, in njene slabosti ni zavestno zlorabil, zato ga je obtožbe oprostilo (I K 29448/2011). Spolno zlorabo pa je sodišče prepoznalo v primeru, v katerem je bila oškodovanka po izpovedbah več prič tako vinjena, da niti ni mogla hoditi, zato jo je prijateljica odpeljala ven na zrak, da bi se streznila. V času, ko je prijateljica v lokal odšla po vodo za oškodovanko, je obtoženi z njo spolno občeval, pri čemer jo je drug fant držal s sprednje strani, da ne bi padla. Sodišče je zato odločilo, da je obtoženi ocenil, da oškodovanka ni bila pri sebi, da pa je njeno stanje izkoristil za zadovoljitev svojih spolnih potreb (I K 29457/2013).

V zvezi z alkoholiziranjem žrtve kaznivega dejanja se odpirajo nekatera zanimiva vprašanja tudi zunaj samega 172. člena KZ-1. V že omenjeni študiji Inštituta za kriminologijo Plesničar in Ambrož (2019) izpostavita dve zadevi, v katerih sta sodišči za olajševalno okoliščino pri odmeri kazenske sankcije za posilstvo oziroma spolno zlorabo slabotne osebe šteli »znaten oškodovankin prispevek«, ki ga je sodišče prepoznalo v okoliščini, da je »v zgodnjih jutranjih urah vinjena prišla s storilcem sama v njegovo stanovanje« (IV K 4303/2015), in ravnanje same oškodovanke, »ki bi se kot odrasla oseba morala zavedati odgovornosti za lastno varnost, v nasprotju s tem pa se je spravila v hudo vinjenost« (I K 15519/2014). Takšne obrazložitve (potencialnim) žrtvam, storilcem in širši javnosti sporočajo, da je treba ob uživanju alkoholnih pijač upoštevati nevarnost spolnih predatorjev. To je med drugim problematično tudi zato, ker so v Sloveniji alkoholne pijače sestavni del praznovanj in pomembnih življenjskih dogodkov, njihovo uživanje, celo čezmerno, pa je splošno sprejeto (Hočevár, Založnik, Heningsman, 2020). S tem ko so sodišča v predstavljenih odlomkih žrtvino uživanje alkoholnih pijač ocenila kot neprimerno, so odstopila od splošnega družbenega vrednotenja tega početja. Predstavljeno razlogovanje, da alkoholiziranost žrtve oziroma njeno prostovoljno uživanje alkoholnih pijač napravi poseg v spolno avtonomijo za manj zavržen, morda spominja tudi na še vedno zakoreninjeno poenostavljeno (stereotipno) predstavo, da si alkoholizirane osebe spolnosti (podzavestno) želijo.¹⁵ V

¹⁴ V zadevi je tožilstvo spolno zlorabo slabotne osebe (172. člen KZ-1) očitalo dvema obtožencema, ki sta bila spolno aktivna z oškodovanko v istem večeru, povzemamo pa del obrazložitve, ki se nanaša na prvoobtoženega.

¹⁵ Temo spolnih zlorab in stereotipe, povezane z alkoholiziranimi žrtvami, obravnava film Obetavna mladenka. Njegova glavna junakinja ponoči v barih hlina močno alkoholiziranost, zaradi katere ne more stati in hoditi brez pomoči, dokler ji na pomoč ne priskoči kakšen moški in jo pospremi domov, kjer ji ponuja še več alkohola in jo skuša spraviti v posteljo. Preden do spolnega odnosa

zadevi I K 22459/2015 je sodišče, nasprotno, opitost žrtve štel kot obteževalno okoliščino pri odmeri kazni za izvršeno posilstvo, kar je pojasnilo z dostavkom, da se je bila oškodovanka »zato manj zmožna [...] obraniti, kot je navedeno tudi v mnenju postavljenega izvedenca«.

3. Zaključek

Prispevek je poskušal orisati nekatere dileme, ki se pojavljajo pri kazenskopравnem varstvu spolne avtonomije izbranih ranljivih oseb: mladih (otrok), oseb s trajnejšimi duševnimi motnjami ter alkoholiziranih oziroma omamljenih oseb.

V imenu zaščite ranljivih oseb pred zlorabami in pravne varnosti njihovih spolnih partnerjev so se pojavljale ideje o splošni oziroma enotni meji privolitvene sposobnosti ranljivih oseb. Fiksno (starostno) mejo za privolitev v spolnost sodobne pravne ureditve praviloma določajo v imenu varstva mladoletnih oseb. Varstvo spolne samoodločbe odraslih oseb s trajnejšimi duševnimi motnjami ter alkoholiziranih in omamljenih pa je postalo prožnejše, predvsem v luči spoznanja, da rigidna pravila ne omejujejo le potencialnih storilcev kaznivih dejanj, marveč tudi spolno svobodo samih ranljivih oseb.¹⁶ Prožnejša presoja privolitvene sposobnosti v vsakem primeru posebej omogoča uresničevanje posameznikove individualne pravice do drugačnosti (izraz po Korošec, 1998: 161) oziroma pravice do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja. Presoja širšega konteksta in znakov zlorabe za razliko od absolutne spolne nedotakljivosti pa pomeni najtežjo nalogo za sodnike in tožilce, ki v posamičnih primerih iščejo ustrezno ravnotežje med spolno svobodo in varstvom ranljivega položaja določene osebe. Kot utemeljeno opozarja Korošec (1998: 161), je presojanje privolitvene sposobnosti v bistvu zapleteno dejansko vprašanje, pri katerem se (vsaj pri določenih položajih ranljivosti) po potrebi uporablja izvedensko znanje, šele v drugi vrsti pa gre za vprašanje pravnih standardov na ravni ustvarjanja ali uporabe prava.

Z uvedbo modela soglasja se je v slovenskem KZ-1¹⁷ spremenilo tudi kaznivo dejanje, imenovano spolna zloraba slabotne osebe (172. člen), ki je nemoč odrasle

pride, pa se glavna junakinja neha pretvarjati in spremljevalca sooči z njegovim nedopustnim ravnanjem. Kasneje se izkaže, da je njena motivacija za postavljanje ogledala takšnim moškim spolna zloraba prijateljice, do katere je prišlo na študentski zabavi, vsem na oči (Fenell, 2020).

¹⁶ Doktrina kazenskega prava govori o absolutni in relativni veljavnosti privolitve potencialnega oškodovanca v spolna dejanja: prva pomeni, da določene osebe zaradi patoloških vzrokov ali duševne nerazvitosti absolutno nikoli ne morejo razpolagati s svojo spolno integriteto, medtem ko v primeru relativne privolitvene nesposobnosti konkretna privolitev dane osebe ni bila svobodna le v določenih okoliščinah (Korošec, 2008: 317).

¹⁷ Novela KZ-1H. *Uradni list RS* (95/21).

osebe vezalo na stanja, »zaradi katerih se ne more upirati«. Po novem so v prvem odstavku 172. člena KZ-1 inkriminirana spolna dejanja, do katerih pride brez privolitve, tako da storilec zlorabi duševno bolezen, začasno duševno motnjo ali hujšo duševno manjrazvitost, zaradi katere oseba ni zmožna podati privolitve. Drugi odstavek taistega člena pa podaja definicijo privolitve, ki je podana, če je oseba po svoji navzven zaznavni, nedvoumni in svobodni volji privolila v spolno občevanje ali kakšno drugo spolno dejanje in je bila takšno odločitev sposobna sprejeti. Sposobnosti razpolagati s spolno avtonomijo (tudi) v prenovljeni ureditvi ne kaže presojati prestrogo; predvsem naj svobodna spolnost ne bo vezana samo na duševno normalnost oziroma na ustrezne kognitivne in mentalne sposobnosti, saj lahko v takšnem primeru s sicer dobronamernim ciljem varstva omenjenih skupin oseb tem odrečemo vsakršno možnost spolnega življenja (Hörnle, 2017: 1322).

Uporabljena literatura

- Ambrož, M. (2007). Okvirni sklep Sveta EU o boju proti spolnemu izkoriščanju otrok in otroški pornografiji in spremembe slovenske kazenske zakonodaje: Vprašanje inkriminacije posesti otroške pornografije. *Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. Pridobljeno na <https://www.dlib.si/details/URN:NBN:SI:DOC-ML1U8RCE>.
- Ballard, E. L. (1995). Attitudes, myths, and realities: Helping family and professional caregivers cope with sexuality in the Alzheimer's patient. *Sexuality and Disability*, 13(3), str. 255–270.
- Belluck, P. (2015). Sex, Dementia and a Husband on Trial at Age 78. *The New York Times*. Pridobljeno na <https://www.nytimes.com/2015/04/14/health/sex-dementia-and-a-husband-henry-rayhons-on-trial-at-age-78.html>.
- Boni-Saenz, A. (2015). Sexuality and Incapacity. *Ohio State Law Journal*, 76(6), str. 1201–1253.
- Briški, L. (2019). Spolna avtonomija in koncept slabotne osebe. V: *Zbornik 12. konference kazenskega prava in kriminologije*, str. 21–28. Ljubljana: Lexpera, GV založba.
- Cowan, S. (2008). The Trouble with Drink: Intoxication, (In)Capacity and the Evaporation of Consent to Sex. *Akron Law Review*, 41, 899–922.
- Craft, A. in Craft, M. J. (1981). Sexuality and Mental Handicap: A Review. *The British Journal of Psychiatry*, 139(6), str. 495–505.
- Deisinger, M. (2002). *Kazenski zakonik s komentarjem: Posebni del*. Ljubljana: GV Založba.
- Denno, D. W. (1997). Sexuality, Rape, and Mental Retardation. *University of Illinois Law Review*, 2, str. 315–337.
- Fennell, E. (2020). Obetavna mladenka [film]. FilmNation Entertainment, LuckyChap Entertainment.
- Fischel, J. J. (2016). *Sex and harm in the age of consent*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Gillespie, A. A. (2013). Adolescents, Sexting and Human Rights. *Human Rights Law Review*, 13(4), str. 623–643.
- Graupner, H. JD. (2010). Sexual Consent and Human Rights. *Boyhood Studies*, 4(2), 99–102.
- Hočevar, T., Založnik, P., Henigsmann, K. in Roškar, M. (2020). *Poročanje o alkoholu v medijih*. Ljubljana: Nacionalni inštitut za javno zdravje.
- Hörnle, T. (2017). The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment. *German Law Journal*, 18(6), str. 1309–1330.
- Hrastar, F. (2013). Erotičnost in spolnost oseb z motnjo v razvoju. Pridobljeno na http://www.downov-sindrom.si/prenosi/Hrastar_EROTICNOST-IN-SPOLNOST-OSEB-Z-MOTNJO-V-RAZVOJU.pdf.
- Inštitut za varovanje zdravja Republike Slovenije. (2008). *Mednarodna klasifikacija bolezni-10* (prevedeno iz angleščine). Prodobljeno na https://www.nijz.si/files/uploaded/ks_mkb10-am-v6_v02_splet.pdf.
- Kores Plesničar, B. (2011). Duševno zdravje in duševne motnje. V: B. Kores Plesničar (ur.), *Duševno zdravje in zdravstvena nega*, str. 13. Maribor: Fakulteta za zdravstvene vede.
- Korošec, D. (1998). Spolnost in kazensko pravo. V: Z. Kanduč, D. Korošec in M. Bošnjak, *Spolnost nasilje in pravo*, str. 139–213. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo.
- Korošec, D. (2008). *Spolnost in kazensko pravo: Od prazgodovine do t. i. modernega spolnega kazenskega prava*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Korošec, D. in Novak, B. (2019). 172. člen. V: D. Korošec, K. Filipčič in S. Zdolšek (ur.), *Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-I)*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.

- Korošec, D., Zgaga Markelj, S., Stajnko, J. in Novak, B. (2019). 173. člen. V: D. Korošec, K. Filipčič in S. Zdolšek (ur.), *Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-I)*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Lačen, M. (2001). *Odraslost osebe z motnjo v duševnem razvoju*. Ljubljana: Zveza Sožitje.
- Lačen, M. (2021). »Pokazali so nam, da niso nespolna bitja«. Intervju opravil Andrej Tomažin. Pridobljeno na <https://www.rtvsl.si/dostopno/clanki/pokazali-so-nam-da-niso-nespolna-bitja/572994>.
- Lokar, J. in Balkovec I. (1987). Organske duševne motnje in proces zdravstvene nege. *Obzornik zdravstvene nege*, 21, str. 215–226.
- Linder, A. (2018). Capacity to Consent to Sexual Activity among Those with Developmental Disabilities. *Stanford Intellectual & Developmental Disabilities Law and Policy Project*. Pridobljeno na <https://law.stanford.edu/publications/capacity-to-consent-to-sexual-activity-among-those-with-developmental-disabilities/>.
- Mihelič Moličnik, P. (2011). Duševna manjrazvitost oz. osebe z motnjo v duševnem razvoju. V: B. Kores Plesničar (ur.), *Duševno zdravje in zdravstvena nega*, str. 95–98. Maribor: Fakulteta za zdravstvene vede.
- Morano, J. P. (2001). Sexual Abuse of the Mentally Retarded Patient: Medical and Legal Analysis for the Primary Care Physician. *Primary Care Companion to The Journal of Clinical Psychiatry*, 3(3), str. 126–135.
- Nacionalni inštitut za javno zdravje. (2017). *Preprečevanje e-spolnih zlorab otrok in mladostnikov: demoniziranje interneta NE deluje!* Pridobljeno na <https://www.nijz.si/sl/preprecevanje-e-spolnih-zlorab-otrok-in-mladostnikov-demoniziranje-interneta-ne-deluje>.
- Nedog, K. (2008). Duševna manjrazvitost in duševne motnje. V: M. Keček (ur.), *Ko se duševna manjrazvitost in duševna motnja prepletata ...*, str. 4–6. Ormož: Zbornica – Zveza, Sekcija medicinskih sester in zdravstvenih tehnikov v psihiatriji.
- Pirnat, T. (2019). Mladostniki. V: B. Bajda, A. Cesar, T. Gabršček, M. Loknar, J. Menart, T. Pirnat et al., »Ne pomeni ne«: *Ustreznejša obravnava spolne kriminalitete*, str. 117–133. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. Pridobljeno na <https://www.pf.uni-lj.si/media/ne.pomeni.ne.-ustreznejša.obravnava.spolne.kriminalitete.koncna.pdf>.
- Plesničar, M. M. in Ambrož, M. (2019). »Sila, objektivno sposobna streti odpor«: *Empirična študija reprezentativnega vzorca pravosodne prakse v zvezi s kaznivim dejanjem posilstva, spolnega nasilja in spolne zlorabe slabotne osebe s pregledom možnih modelov novih zakonskih rešitev*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. Pridobljeno na <https://podatki.gov.si/dataset/ef5e9150-b8ca-43ac-8cf9-0f96782053f1/resource/68012660-1a6e-4058-aa5b-c24eb810da56/download/silaobjektivnosposobnastretiodporanonim.pdf>.
- Regan, M. (2016) *The interface between dementia and mental health: an evidence review*. London: Mental Health Foundation.
- Reed, E. J. (1997). Criminal Law and the Capacity of Mentally Retarded Persons to Consent to Sexual Activity. *Virginia Law Review*, 83(4), str. 799–827.
- Republika Slovenija, Ministrstvo za zdravje. (2016). *Strategija obvladovanja demence v Sloveniji do leta 2020*. Ljubljana: Ministrstvo za zdravje.
- Waites, M. (2005). *The Age of Consent – Young People, Sexuality and Citizenship*. United Kingdom: Palgrave Macmillan.
- Wertheimer, A. (2003). *Consent to sexual relations*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press.

Pravosodna praksa

Dudgeon proti Združenemu kraljestvu, Evropsko sodišče za človekove pravice (1981).

L. in V. proti Avstriji, Evropsko sodišče za človekove pravice (2003).

Norris proti Irski, Evropsko sodišče za človekove pravice (1988).

Stübing proti Nemčiji, Evropsko sodišče za človekove pravice (2012).

I K 15519/2014, Okrožno sodišče v Mariboru (2015).

I K 22459/2015, Okrožno sodišče v Kopru (2019).

I K 29448/2011, Okrožno sodišče v Celju (2016).

I K 29457/2013, Okrožno sodišče v Ljubljani (2015).

I K 31769/2012, Okrožno sodišče v Kranju (2016)

II K 31769/2012, Višje sodišče v Ljubljani (2019).

IV K 4303/2015, Okrožno sodišče v Ljubljani (2015).

Kt/8564/2019/KL/ARU, Okrožno državno tožilstvo v Ljubljani (2019).

III.

PRAKTIČNI IZZIVI SLOVENSKE UREDITVE ODZIVANJA NA SPOLNO KRIMINALITETO

Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost: od upiranja do soglasja

Bila je povabljena k njemu domov. Bežno sta se poznala, bila sta skupaj na neki zabavi, pa se je na povabilo odzvala. Stanoval je skupaj z mamo, peljal jo je naravnost v svojo sobo. Ne spomni se, ali je sobo zaklenil, misli, da jo je. Ponudil ji je pijačo, že na zabavi sta spila nekaj alkoholnega, vendar vinjena nista bila. Najprej sta se pogovarjala, sedela sta na postelji, nato sta se začela poljubljati. »Več pa ne,« mu je rekla.

Se je smejala, kot je on kasneje povedal na obravnavi? Ne ve, morda, čudno ji je bilo, ne pa smešno.

»Seveda ne,« ji je na njen »Več pa ne« odvrnil, ko ji je slekel majico. In hlače. In hlačke. In slekel še svoja oblačila. »Samo do tu grem,« je rekla. Ga odrinila. Pa jo je nekako obvladal. Prevladal. »Ne,« je govorila, »nočem!« Večkrat. Pa je kljub temu, proti njeni volji, imel z njo spolni odnos.

Bila je razočarana, jezna nase, še bolj pa nanj.

Ni vpila, je povedala na glavni obravnavi, nerodno ji je bilo pred njegovo mamo, ki je bila v sosednji sobi. Zaradi tega je bil oproščen. Ni vpila, čeprav bi lahko in bi jo slišali. Ni imela poškodb, ni se upirala, razen takrat, ko je že ležal na njej in ga je odrivala s sebe.

Tožilstvo ni moglo dokazati, da je šlo kljub temu za prisilo. Da je obtoženi s silo strl njen odpor. Da je sploh bil odpor, kot se zahteva na podlagi določb v zakonu.

Bila sta si všeč, o tem so izpovedovale priče. Prostovoljno je šla z njim domov. Doma ni bil sam, njegova mama je povedala, da ju je slišala priti. In oditi, skupaj. Nobenega vpitja ni bilo.

Odpor je bil, a ne takšen, za katerega bi bila potrebna precejšnja sila, je bilo ugotovljeno na sodišču. Niso bili izpolnjeni vsi znaki kaznivega dejanja posilstva po prvem odstavku 170. člena KZ-1.

Na koncu je oškodovanka odšla iz sodne dvorane z grenkim priokusom. In še enkrat jezna, tokrat na sodni sistem. Upravičeno?

Kazenski zakonik (KZ-1)¹ v prvem odstavku 170. člena določa, da so znaki kaznivega dejanja posilstva podani takrat, ko nekdo prisili osebo drugega ali istega spola k spolnemu občevanju ali s tem izenačenemu spolnemu ravnanju tako, da uporabi silo ali ji zagrozi z neposrednim napadom na življenje ali telo.

¹ UL RS, št. 27/17, 2017. Gre za zakonsko besedilo pred sprejemom Zakona o spremembah Kazenskega zakonika (KZ-1 I).

Zahteva se odpor žrtve in silo s strani storilca, ki tak odpor zlomi. Sodna praksa je tukaj precej restriktivna. Odpor mora biti resen. Odpor lahko zlomi tudi grožnja ali sila, ki je bila proti žrtvi uporabljena v preteklosti, pa se zato ta storilcu boji (ponovno) upirati.

Zagotovo gre za zastarel model kazenskopravne ureditve spolnih deliktov, tradicionalno uveljavljen v okolju, kjer naj bi morda bili pogostejši spolni delikti med neznanci. Praviloma v temni, prazni ulici, ko storilec čaka na svojo žrtev, izrabí presenečenje in s tem njeno nemoč, jo obvlada in doseže spolni odnos proti njeni volji.

V resnici sem imela takih primerov kar nekaj, ni bila vedno temna, prazna ulica, včasih so bili tudi prazni gostinski lokali, proti koncu delovnega časa, ali pa se je zgodilo tudi sredi dneva. Skupno vsem tem zadevam je bilo, da je posilstvo izvedla neznana oseba. Vsi ti storilci so bili obsojeni, četudi žrtev ni mogla (v vseh primerih, tudi zaradi presenečenja) nuditi veliko odpora.

Te žrtve pa so bile kljub temu v večini primerov deležne navzven vidnih poškodb – te so se odražale ali v rdečini okoli zapestij, opraskanini zgornjih delov nog ali v obtolčenini ali opraskanini obraza ... Dejanja so bila takoj prijavljena, čeprav se je morda žrtev pred prijavo celo umila, si oprala oblačila ..., pa kljub temu ni bilo nobenega dvoma, da je bila sila prisotna in da je bil podan tudi odpor žrtve. Gledano s stališča tožilstva, ki mora storilcu dokazati ta dva elementa kaznivega dejanja, takšni postopki procesno niso bili zahtevni.

Dejanja je tožilstvo dokazovalo z izpovedjo žrtve, z izločenimi fotografijami prepoznanega storilca, s kamerami, ki so posnеле prihod storilca v lokal ali iz njega, lahko tudi z DNK iz sledi, zavarovanih v lokalu, na krpi, s katero se je obrisala žrtev, in podobno.

Problem se je pojavil, če sta se storilec in žrtev poznala. Ko sta na primer skupaj odhajala domov z zabave, so zaslišane priče povedale, da sta odhajala nasmejana in objeta, a je oškodovanka kasneje spolni odnos, do katerega je prišlo pri njej ali njem doma, prijavila kot posilstvo. En tak primer je opisan na začetku tega prispevka. Brez (vidnih) poškodb, brez prič, ki bi lahko povedale več o upiranju oškodovanke, o morebitnem klicanju na pomoč ... brez kakršnihkoli dokazov, da se je zgodilo posilstvo, a je bil spolni odnos brez soglasja oškodovanke. Kljub njeni izrecni zavrnitvi, kljub odporu, ki ga je takrat lahko nudila.

Dejstvo je, da model prisile ne zajame vseh oblik »upiranja« ali nestrinjanja. Morda je oškodovanka bolj pasivna zaradi preteklih negativnih izkušenj ali se zaradi svoje narave ne zna ali ne upa upirati – kljub jasno izraženemu nestrinjanju s spolnim aktom pa hkrati ni ustrahovana s strani storilca in tudi ne gre za kaznivo dejanje spolne zlorabe slabotne osebe po 172. členu KZ-1 – tega v veljavnem modelu ni mogoče opredeliti kot kaznivo dejanje. Ker ni jasno izraženega odpora, tudi ni zahtevane sile s strani storilca.

Spomnim se primera prijave posilstva moža, ki je ženo skoraj ves čas njunega zakona tako ustrahoval, ji grozil in z njo nasilno ravnal, da si jo je popolnoma podredil in je spolni odnos z njo dosegel celo v toaletnih prostorih na njenem delovnem mestu, kamor ji je ukazal oditi in kjer jo je v enem primeru nadzoroval. Šlo je za gostinski lokal, oškodovanka je bila tam natakarica, mož pa jo je očitno v ljubosumnem izbruhu spravil v toaletne prostore in ji s spolnim odnosom dokazal svojo premoč. Kljub njenemu jasnemu nestrinjanju s spolnim odnosom ni bila potrebna nobena sila, saj drugega odpora z njene strani sploh ni bilo (več). Z obtožbo nismo bili uspešni, storilec je bil po koncu glavne obravnave oproščen.

Prav zaradi takih primerov se je državno tožilstvo strinjalo z uveljavitvijo novega modela v smeri soglasja. Na podlagi daljšega strokovnega usklajevanja v delovni skupini, ustanovljeni na Ministrstvu za pravosodje, smo ocenili, da je ustrenejši model veta, ki temelji na domnevi, da je za preprečitev nekega spolnega ravnanja s strani druge osebe dovolj jasno izražanje zavrnitve, izrecno ali konkludentno. Če je za doseg spolnega ravnanja potrebna sila, potem gre v tem primeru že za kvalificirano obliko tega kaznivega ravnanja.

Pri modelu veta namreč obstoji jasna premisa, ki pomeni mejo, kdaj neko ravnanje postane nezakonito. Pri tem modelu se pričakuje jasen odziv oškodovanke, ki ga storilec vidi, sliši in razume – recimo beseda »ne«, »nočem« ali podobno, odziv, odkimavanje ali kakršen koli drug način, ki storilcu pokaže, da ni soglasja k spolnemu ravnanju. Meja je jasnejša kot pri modelu afirmativnega soglasja, dokazovanje nezakonitega ravnanja storilcu pa za tožilstvo nedvomno lažje.

Po moji oceni bi morali sociološko, z ozaveščanjem v družbi, opogumljanjem oškodovank k prijavi teh dejanj ... stremeti k modelu soglasja »ja pomeni ja«, v kazenskem zakoniku pa (vsaj sprva) uveljaviti model soglasja v smeri veta.

Prispevek dokončujem po pripravi predloga Zakona o spremembah Kazenskega zakonika (KZ-1 I) in po amandmajih Vlade RS ter po obravnavi in razpravi na Odboru za pravosodje v Državnem zboru RS.

Kljub izraženim pomislekom (nekateri sem izpostavila tudi v tem prispevku) pa sem se kot predstavnica tožilstva na Odboru za pravosodje strinjala s spremembami modela prisile v model afirmativnega soglasja. Na tožilstvu namreč ocenjujemo, da so spremembe modela kazenskopravne ureditve spolnih deliktov v Republiki Sloveniji, ne sicer nujno v sprejeti smeri, potrebne.

Opozorila sem na določene (po oceni tožilstva) pomanjkljivosti v predlaganih spremembah, recimo na neustrezen, prenizek minimum določene kazni pri temeljni obliki kaznivega dejanja posilstva po prvem odstavku 170. člena Predloga spremembe. Predlagan minimum šest mesecev je namreč po naši oceni prenizek – tudi pri temeljni obliki tega kaznivega dejanja gre za poseg v spolno nedotakljivost, ki ima večinoma hude, dolgotrajne, morda tudi vseživljenjske posledice. Po oceni tožilstva bi bil primernejši minimum eno leto, kar je primerljivo z ureditvijo na

Hrvaškem (od enega do petih let zapora, ali na Švedskem, kjer je za temeljno obliko kaznivega dejanja posilstva predvidena kazen od dveh do šestih let zapora). Opozorili smo, da gre za pomembne spremembe, ki bi morale biti deležne daljšega strokovnega usklajevanja.

Na tem mestu pa bi vendarle rada opozorila še na eno nedoslednost, ki sem jo kot tako zaznala pri svojem delu.

Veliko neželenih spolnih ravnanj moža ali zunajzakonskega partnerja so namreč opisovale oškodovanke, ki so prijavljale kaznivo dejanje nasilja v družini. Če je bilo kaznivo dejanje posilstva ali spolnega nasilja izvršeno proti zakonskemu ali zunajzakonskemu partnerju, je za začetek preгона potreben predlog oškodovanke/oškodovanca, ki ga mora ta podati v roku šestih mesecev od storitve kaznivega dejanja (od dneva, ko je upravičenec za pregon izvedel za kaznivo dejanje in storilca).

Čeprav velik odstotek teh kaznivih dejanj zagreši neznana oseba, pa jih še večji odstotek stori znana oseba, največkrat mož ali zunajzakonski partner.

Nerazumljivo je podaljševati zastaralne roke pri kaznivih dejanjih zoper spolno nedotakljivost, po drugi strani pa mora oškodovanka podati predlog za pregon, kadar je storilec tega kaznivega dejanja, ki pomeni (hud) poseg v njeno spolno nedotakljivost brez njenega soglasja, njen mož ali partner. Po drugi strani se za samo kaznivo dejanje nasilja v družini po 191. členu KZ-1 predloga za pregon ne zahteva, kar ocenjujem kot nekonsistentnost sprememb v kazenskem zakoniku.

Navedeno nerazumljivost bom skušala predstaviti na sledečem primeru.

Okrožno sodišče je v enem primeru² obtoženca spoznalo za krivega storitve treh kaznivih dejanj posilstva po prvem odstavku 170. člena KZ-1, poskusa posilstva po prvem odstavku 170. člena KZ-1 v zvezi s členom 34. Kz-1 ter kaznivega dejanja nasilja v družini po prvem odstavku 191. člena KZ-1. Na podlagi določil o steku mu je izreklo enotno kazen pet let zapora. Dve kaznivi dejanji posilstva je obtoženec storil na škodo svoje zunajzakonske partnerke. V enem primeru jo je porinil na rob postelje, ji sedel na prsni koš, jo na silo prijel za brado, ji odprl usta in ji potiskal penis v usta, čeprav se je upirala, ga odrivala od sebe, nato pa ji je potisnil penis še v nožnico in z njo spolno občeval, čeprav je jokala in prosila, naj jo pusti pri miru. V drugem primeru jo je ob neki priložnosti obrnil na hrbet, ji zvil roke za hrbet in jih držal, da se ni mogla upirati, nato pa ji proti njeni volji porinil penis v anus in z njo analno občeval, čeprav mu je večkrat rekla, da jo boli in da si tega ne želi.

Obe dejanji je storil v razmaku štirih mesecev. Sodišče ga je, kot rečeno, najprej obsodilo za pet kaznivih dejanj, po pritožbi zagovornika obtoženega pa je pritožbi v enem delu ugodilo, ker je ugotovilo, da je glede na časovno opredelitev obeh

² Sodba sodišča II. stopnje, II kp 26455/2018.

kaznivih dejanj posilstva, storjenih zoper obtoženčevo zunajzakonsko partnerko, v pritožbi utemeljeno uveljavljeno, da bi morala oškodovanka predlog za pregon podati v roku treh mesecev od storjenega kaznivega dejanja.³

Rok za podajo predloga za pregon je za eno kaznivo dejanje, za katerega je sicer zastaranje podaljšano za trikrat, torej velja 60 let od storitve kaznivega dejanja, zamudila za pet mesecev, za drugo pa za mesec in pol. Dejanji je prijavila, ko je lahko, ko se je počutila dovolj varno.

Če že ne s spremembo – podaljšanjem – zastaralnih rokov pri teh kaznivih dejanjih, pa bi se morale spremeniti določbe glede zahteve po predlogu za pregon pri kaznivih dejanjih v poglavju zoper spolno nedotakljivost vsaj s spremembo modela soglasja.

Posledice storjenih kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost po moji oceni in na podlagi pridobljenih izkušenj pri obravnavi teh dejanj niso v ničemer drugačne ali manj hude pri žrtvah, ki so bile s storilcem na kakršenkoli način sorodstveno povezane, morda so še hujše, kajti pri teh dejanjih gre povrh vsega še za zlorabo zaupanja.

Zakaj so zahteve po predlogu za pregon s strani oškodovanke/oškodovanca različne pri kaznivem dejanju nasilja v družini in pri kaznivih dejanjih zoper spolno nedotakljivost, pa po moji oceni ni nikjer zadovoljivo pojasnjeno.

³ Gre za primer pred 20. 10. 2019. Z novelo ZKP-N je bil rok za predlog za pregon podaljšán iz treh na šest mesecev.

Sodniški pogled na reformo spolnega kazenskega prava

*Everybody lies about sex.
People lie during sex.
If it weren't for lies, there'd be no sex.¹*

Jerry Seinfeld

Pred branjem tega prispevka je potrebno opozorilo. Prispevek ni znanstvena razprava, temveč pretežno praktičen pogled prvostopenjskega sodnika na odločanje v kazenskem postopku v primerih kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost. Mislim, da je takšen pogled v razpravi o teh dejanjih potreben iz dveh razlogov: ker tega uvida v literaturi iz takšnih ali drugačnih razlogov ni in ker morajo biti vse teoretične in zakonske rešitve prevedene v realne življenjske okoliščine, beri: v odločitve sodišč v konkretnih primerih. V nadaljevanju, zato da osebno doživljanje sodnika predstavim čim bolj korektno, večinoma pišem v za takšne prispevke neobičajni prvi osebi in s skrajno še dopustno odkritostjo. Takšna pozicija pomeni tudi določeno osebno izpostavljanje, ki v današnji družbi ni prav zaželeno. A glede na resnost problematike se mi to zdi vredno.

Naj na začetku tudi postavim jasno trditev, da ne bo napačno razumljeno to, kar bom napisal v nadaljevanju. Vsak spolni odnos, ki ne temelji na vzajemni volji udeležениh (ne glede na to, koliko jih je in kakšnega spola so), je nezaželeno ravnanje. V tem smislu je tudi jasno, da je takšno ravnanje deviacija normalnosti in da ga je treba kot takega tudi obravnavati. To nazadnje pomeni tudi kriminaliziranje takšnega ravnanja oz. opredelitev takšnega ravnanja kot kaznivega. Pika.

Zgornjo trditev je treba postaviti, ker bo v nadaljevanju beseda tekla o tem, kako do tistih ravnanj, ki jih v tem problemskem območju Kazenski zakonik opredeljuje kot kazniva, pristopa sodnik. Specifika njegovega položaja je namreč v tem, da je sodnik tisti, ki bo sprejel oblastno odločitev – sodbo in izrekel kazen, ki naj zadane storilca.

Ta vloga je specifična že zato, ker si mora sodnik, če parafraziram akademika prof. M. Pavčnika, ustvariti *trdno prepričanje o obstoju prvin življenjskega primera* (poudaril MJ), ki so v obtožnem aktu opisane kot primer abstraktno predvidenega kaznivega dejanja na konkretni ravni.² Sodnikova naloga je torej ta, da nek življenjski primer ovrednoti glede na normativno izhodišče in neko normativno izhodišče

¹ O seksu vsi lažejo. Ljudje lažejo med seksom. Če ne bi bilo laganja, ne bi bilo seksa.

² Iz pritrdilnega ločenega mnenja sodnika dr. M. Pavčnika k odločbi št. Up-186/15 z dne 4. 7. 2019.

pomensko določi glede na življenjski primer. Rezultat sinteze sta konkretni in zakonski dejanski stan, ki se najtesneje ujemata.³

Dejanski stan, ki ga sodnik ugotovi, da bi bila sodba pravno pravilna in, odvisno od tega, kako se dojema bit prava, tudi pravična, mora biti seveda »resničen«. V največji možni meri mora ugotovljeno dejansko stanje odražati nek pretekli historični dogodek. Subjektivno prepričanje je zgolj del tega spoznanja, še pomembnejši sta predstavitev in rekonstrukcija miselnega procesa, ki sta privedli do tega prepričanja. Ta predstavitev in rekonstrukcija morata biti sprejemljivi in jasni najširšemu možnemu avditoriju.

Pozicija prvostopenjskega sodnika je primarno ugotavljanje »dejanskega stanja«. Ni mogoče zanikati malce posmehljivosti v nemškem izrazu *Tatbestandinstanz*, ki označuje vlogo sodišča prve stopnje. A dejstvo je, da je prav prvostopenjski sodnik tisti, ki se mora ukvarjati z »izvajanjem dokazov« in ustvariti sliko nekega življenjskega primera. Z dejstvu instančna sodišča nimajo rada opraviti, dokaz je sodna praksa, ki je privedla zakonodajalca do tega, da je moral s sedanjo spremembo ZKP-O dobesedno prisiliti pritožbeno sodišče, da opravi oceno dejanskega stanja oz. izvesti dokazni postopek. Breme, ki s tem pade na prvostopenjskega sodnika, je torej veliko, saj v veliki večini njegove ugotovitve pomenijo trajno utrditev predstave o nekem življenjskem primeru. To miselno izhodišče je pomembno za razumevanje zadržkov, ki jih imam sam do obravnavanja kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost.

Sojenje pač ni mehanicistično, v oceno dejanskega stanja stopamo kot ljudje, z vsemi značilnostmi, ki definirajo posameznika, vključno s predsodki, stereotipi, kognitivno disonanco in kar je še psiholoških, tradicionalnih in ne nazadnje moralnih elementov. Soočanje z deviantnimi dejanji, glede katerih je treba sprejemati večinoma dokončne odločitve, ima pomemben povratni učinek na sodnika kot človeka, ne nazadnje tudi kot t. i. *moral residue* – ostaline slabih občutkov o sebi zaradi preteklih stresnih situacij, ko je bila posameznikova morala na preizkušnji. Vzpostavi se tudi nujna skepsa do kvalitete izpovedi prič, zato je bistveno bolj zaželen podprtost obtožbe z materialnimi dokazi.

Ko je bil prvič zasnovan program tega posveta, je bil moj namen opozoriti na nekatere težave, ki se pojavljajo na področju dokazovanja, in predlagati uvedbo obveznega preverjanja verodostojnosti izpovedi, zlasti oškodovancev (vseh spolov). V luči sprememb Kazenskega zakonika glede kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost se moj razmislek sedaj kaže še bolj tehten.

³ Prav tam.

1. Problem dokazovanja kaznivega dejanja posilstva

V idealnem primeru bi v primeru očitka kaznivega dejanja posilstva po »stari ureditvi« v 170. členu Kazenskega zakonika imeli na voljo naslednji nabor dokazov: biološke sledi semenske tekočine in sline na telesu oškodovanca/ke, sledi nasilja na telesu oškodovanca/ke, vse sledi, zavarovane neposredno ali kratek čas po dogodku, popoln opis dogajanja s strani oškodovanca/ke in po možnosti še neposredne priče dogodka. Izjemoma, če je zdravniški/forenzični pregled opravljen hitro, se lahko pokažejo tudi jasni znaki nasilnega spolnega občevanja na spolovilih in podobno.

Realnost obravnavanih zadev v moji skorajda petnajstletni praksi je seveda drugačna. Praviloma bomo imeli zgolj izjavo oškodovanca/ke in nato še pričanja znancev oškodovanca/ke, ki jim je slednji/a zaupal/a, kaj naj bi se bilo dejansko zgodilo, ali drugih oseb, s katerimi je komuniciral/a, mogoče še kakšna priča, ki je zaznala dogajanje oz. dinamiko med obtoženim in oškodovanko bodisi pred ali po obravnavanem dogodku. Takšno stanje zaznavajo tudi v drugih državah.⁴

Razlogi za takšno stanje so razumljivi in povezani s številnimi dejavniki. Prvi je gotovo izrazita dilema, v kateri se znajde oškodovanec/ka takih dejanj po dogodku. Skorajda splošno znani so primeri reakcije oškodovanke, ki poskuša s sebe dobesedno sprati sledi dogajanja, se stuširati ali okopati. Pogosto temu sledi razmišljanje o tem, kako ravnati dalje, ki lahko traja precej časa in se praviloma konča s tem, da se oškodovanka/ec zaupa osebi, ki mu/ji je blizu. Vsi ti zamiki povzročijo, da se nepovratno izgubljajo zlasti materialni dokazi, ki bi odstranili vsaj dvome glede samega spolnega odnosa, če že ne nasilnega ravnanja storilca.

V nadaljevanju je lahko predhodno komuniciranje z drugimi osebami celo v škodo oškodovanca/ke, ker je ponavljanje oz. »reprodukcija« spomina nujno podvržena spremembam, kar je v psihologiji že dodobra razjasnjeno. Pričanje bližnjih oseb, ki se jim je oškodovanec/ka zaupal/a, je lahko zato, ker je samo obremenjeno z lastno percepcijo, v takšni meri različno, da lahko meče dvom na verodostojnost oškodovanca/ke v nadaljnjem postopku. Te zadeve so dandanes precej znane in o tem je objavljeno precej strokovne literature. Da predstavljajo te okoliščine ključen problem pri doseganju stopnje verjetnosti za obsodilno sodbo, verjetno ni treba posebej dokazovati. Pri vseh možnostih, ki jih ima sodnik v okviru proste presoje dokazov, ostaja to, če se nasprotij ne odstrani z dodatnim dokaznim »materialom«, osrednja težava sojenja v primerih kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost.

⁴ Glej npr. Max Steller (2015), str. 17.

2. Osnovna dilema

Če to želi ali ne, mora sodnik v osnovi izhajati iz domneve nedolžnosti obdolženega, ki je kot takšna ustavno zavarovana. Razen tega je odvracanje krive obsodbe sestavni del samega sistema kazenskega postopka. K temu napotuje že prvi stavek prvega člena Zakona o kazenskem postopku, ki pravi, da ZKP določa pravila, ki naj zagotovijo, da se nihče, ki je nedolžen, ne obsodi. Ob zgoraj navedenih pomanjkljivostih življenjskih primerov je jasno, da bo ta vrednostna usmeritev še posebej na preizkušnji. Prav pri dejanjih zoper spolno nedotakljivost lahko s pregledom tujih izkušenj ugotovimo, da predstavljajo nesorazmeren delež pri t. i. sodnih zmotah. Če pogledamo ameriške vire, ki so glede tega najbolj dorečeni, so dejanja zoper spolno nedotakljivost takoj za umorom,⁵ kar pomeni, da je stopnja zmot relativno visoka prav pri teh vrstah dejanj.

Nadalje, zanemariti tudi ne moremo trditev o lažnih obtožbah oz., prevedeno v kazenskopravno terminologijo, krivih ovadb v zvezi s kaznivim dejanjem posilstva. Številke nikakor niso zanemarljive in bilo bi hipokritično, če bi jih zanikali. Razlogi za te lažne obtožbe so različni in se raztezajo od koristoljubja, maščevalnosti, pridobivanja pozornosti, obžalovanja sicer konsenzualnega spolnega odnosa ali dogajanja v okviru slednjega in ne nazadnje čisto psiholoških fenomenov v zvezi s spominjanjem dogodkov.

Ni naključje, da se ena bolj znanih knjig na področju sodnih zmot – *Sodne zmote: dejanska nedolžnost, forenzični dokazi in pravo (Miscarriages of Justice: Actual Innocence, Forensic Evidence, and the Law)* avtorjev Brenta E. Turveya in Craiga M. Cooleya – začne pravzaprav s svetopisemsko priliko iz Mojzeseve knjige »Egipčan Putifar kupi Jožefa«, kjer Putifarjeva žena krivo obtoži Jožefa posilstva, ker je zavrnil njeno željo po spolnem občevanju.⁶ Problematiki tako ne moremo očitati nekega novejšega izvora.

Poudarjam, opozarjanje na takšne okoliščine je zaradi izrazitih, pogosto čustvenih reakcij aktivistov v okviru splošne razprave o odnosih med spoloma, zlasti

⁵ Od skupno 2750 naknadno oproščenih predstavlja umor s 1095 primeri najvišjo uvrščeno kaznivo dejanje, takoj za njim pa spolni napad (ki zajema tudi posilstvo) s 341 primeri. K temu lahko prištejemo še primere spolne zlorabe otrok z 294 primeri. Glej: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/Exoneration-by-Year-Crime-Type.aspx>.

⁶ Mojzeseva knjiga 39,1-20. Ključni del: *11 Ko je prišel nekega takega dne v hišo, da bi opravil svoje delo, in ni bilo nikogar izmed domačih notri, 12 ga je prijala za obleko in rekla: »Pridi k meni!« Tedaj je pustil svojo obleko v njeni roki in zbežal ter odšel. 13 Ko je videla, da je pustil obleko v njeni roki in zbežal, 14 je sklicala ljudi svoje hiše in jim rekla: »Glejte, pripeljal nam je Hebrejca, da bi se šalil z nami. Prišel je k meni, da bi bil pri meni; pa sem zavpila z močnim glasom. 15 Ko pa je slišal, da sem povzdignila svoj glas in zavpila, je pustil svojo obleko poleg mene in zbežal ter odšel.«*

razbijanju starih vzorcev, ki so v moderni družbi pogosti, za avtorja neugodno. Če se vplete še svetopisemska literatura, je to še bolj izraženo, ker po mnenju mnogih le-ta predstavlja temeljno oporo patriarhalnim odnosom. A ob upoštevanju položaja sodnika in njegove odgovornosti za to, da se »nihče, ki je nedolžen, ne obsodi«, je premislek ne samo na mestu, temveč celo nujen.

Na začetku je bilo že rečeno, da (prvostopenjski) kazenski sodnik vstopa v sojenje s celotnim svojim bistvom. Pri odločanju ga ne vodijo zgolj določila Kazenskega zakonika in zakona o kazenskem postopku, temveč tudi njegov pogled na svet in izkušnje, ki jih je v življenju pridobil. Prvostopenjsko sojenje je specifično prav v tem, da se stranke v postopku, tako obdolženega kot oškodovanca, priče in izvedence neposredno zaznava, dobesedno z vsemi čutili, ki so na voljo. Komunikacija je torej pri vodenju takšnih postopkov večplastna in vseobsežna. Vse nadaljnje stopnje so namreč zreducirane na preučevanje fiksiranega in sodno artikuliranega dejanskega stanja v »listinah v spisu«.

Pri spolnih kaznivih dejanjih je ta komunikacija še posebej zahtevna. Prvi razlog je gotovo v tem, da o spolnosti praviloma javno ne razpravljamo. Enostavneje povedano, spolni odnosi in s tem povezano dogajanje in karakteristike so pridržani za relativno ozek krog intimnega avditorija in nujno situacijsko opredeljeni. Še stalnim spolnim partnerjem ne zaupamo in izrazimo vsega, kar nam je pri tem dejansko na umu. Komunikacija je pogosto obremenjena z občutki sramu, prepovedanosti, ranljivosti in kar je še tega.

Narava kazenskega postopka, sploh v fazi glavne obravnave, je seveda takšna, da je komunikacija še posebej otežena, ker jo bremeni izrazit formalizem, vzajemna prisotnost obtoženca in oškodovanca/ke ter prisotnost tujcev s svojimi formalnimi vlogami (sodnik, porota, tožilec, odvetnik, pooblaščenec). Zakon o kazenskem postopku prav zaradi teh spoznanj vsebuje primere, kjer se na glavni obravnavi določenih zaslišanj ne izvaja na običajen način, ker ni pričakovati ustreznega spoznavnega učinka oz. je treba upoštevati lastnosti takšne priče (glej določbe 65. člena, 240. člena, 331 člena ZKP). Izkoriščanje možnosti 327. člena Zakona o kazenskem postopku, kjer se obtoženca za čas zaslišanja, zlasti oškodovanca/ke kot priče v primeru spolnih dejanj, začasno odstrani iz sodne dvorane, je po osebnih izkušnjah pri obravnavi teh kaznivih dejanj bolj pravilo kot izjema. Komunikacijske težave so torej pri glavni obravnavi, ki je osrednji del in kraj prezentacije in tudi presoje izvedenih dokazov, prepoznane tako na teoretični kot tudi pozitivno pravni ravni. Na srečo (ali na žalost, kakor se vzame) so kazenski postopki praviloma tako dolgi, da se da izvesti neposredna zaslišanja oseb, ki jih sicer ne bi mogli. Nobena skrivnost tudi ni, da izključitev javnosti pogosto služi ravno temu, da se ustvari vsaj kolikor toliko ustrezno okolje za zaslišanje tako obdolženega kot tudi oškodovank oz. oškodovancev.

K tem težavam moramo dodati tudi popolnoma življenjske stvari, ki potekajo ob obravnavi takšnih kaznivih dejanj. Zaradi, kot je že prej navedeno, odsotnosti ali skromnega nabora relevantnih dokazov je nujno obsežnejše zasliševanje glede okoliščin, v katerih se je dejanje zgodilo. Pogosto tudi glede detajlov samega spolnega akta in celo telesnih karakteristik (recimo telesne značilnosti obdolženega, ki omogoča jasnejšo identifikacijo, okoliščine penetracije ipd.). Govorim seveda iz lastnih izkušenj sodnika, a sam imam velike zadržke, ko moram pogosto zelo zadržano oškodovanko (kar je popolnoma razumljivo) o tem spraševati, pogosto ob navzočnosti starejših gospa – porotnic in slednjim potem še pojasnjevati okoliščine. Rdečica je še najmanj problematična posledica tega. Še zlasti kadar je treba porotnicam pojasnjevati, da ob njihovih moralnih predstavah vedenje oškodovanke za sam obstoj kaznivega dejanja nima pomena. Takšen primer sem imel recimo v Celju, kjer je oškodovanka imela telesne stike z dvema moškima zaporedoma v kratkem časovnem obdobju, ki jim je sledil konsenzualni »petting« z obtoženim, najprej v avtomobilu, nato še v stanovanju, kjer pa je oškodovanka izgubila interes do spolnega odnosa in je obtoženi poskušal penetrirati vanjo z uporabo sile. Kazenskopravno je bilo dejansko stanje jasno, a odločanje senata seveda vsebuje številne, recimo temu splošno človeške okoliščine, če ne drugeje, pri izbiri sankcije ali določanju višine kazni. Niso tudi redki primeri, ko je treba kakšnemu porotniku celo razložiti, kako zgleda s spolnim občevanjem izenačeno spolno ravnanje. Anekdota kolegice, ki je na tem mestu ne bom imenoval, kako je morala neki starejši porotnici pojasnjevati fiziologijo felacije, je dovolj povedna.

Pri tem je treba še upoštevati, da tako obtoženi kot oškodovanci pogosto niso najbolj elokventni in marsičesa niso sposobni artikulirati in postaviti v kontekst, kar pomeni, da mora zasliševalec uporabiti precej sposobnosti, da pridobi in si ustvari kolikor toliko uporabno sliko dogajanja in okoliščin. Ta sposobnost je tudi sicer po osebnih opažanjih v upadanju. Gre pravzaprav za splošni družbeni trend in spremembe, ki so nedvomno prisotne v zadnjih par desetletjih in ki jih je v največji meri pripisati pojavu družabnih omrežij, elektronskih komunikacij in vplivu zahodne, pretežno ameriške kulture.

Do zadnjih sprememb Kazenskega zakonika glede znakov kaznivega dejanja posilstva in drugih kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost je bil spoznavni proces, kljub zgoraj navedenemu, do določene mere manj izpostavljen občutljivim vprašanjem. V končni posledici je bilo treba ugotoviti, a) ali je prišlo do spolnega občevanja ali s tem izenačenega spolnega ravnanja in b) ali je bila za doseg tega cilja uporabljena sila ali grožnja z neposrednim napadom na življenje ali telo (v nadaljevanju uporaba sile ali grožnje), če ostanem pri osnovni obliki kaznivega dejanja. Kvalifikatornih okoliščin iz 2., 3. in 4. odstavka 170. člena KZ-1 in podobnih okoliščin pri ostalih dejanjih iz tega poglavja praviloma ni problematično ugotavljati, ker niso vezane na zgoraj navedene zadržke.

Dejstvo pač je, da je sedaj veljaven opis kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost presešel obseg potrebnih sprememb, ki jih narekujejo mednarodni dokumenti. Ta »presežek« se je lahko dosegel tudi zaradi tega, ker sodstvo ni znalo najti ustrezne rešitve z razlago prej veljavnih opisov kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost. Da bi lahko šlo za takšne vrste reakcijo, omenja Damjan Korošec v Pravni praksi, ko navede, da si je »slovensko pravosodje [...] grdo zakuhalo neobvladljivost nepatološkega spanja žrtve spolnih deliktov s kontraproduktivno neobičajno restriktivno razlago zakonskega znaka slabosti človeka in posledično še vse analogije intra legem v inkriminaciji spolnega napada na nemočno osebo iz člena 172/1 KZ-1 (slabost ali kakšno drugačno stanje, zaradi katerega se [žrtev] ne more upirati)«. ⁷ Podobno stališče izraža še Igor Vuksanović v članku *Je treba spremeniti zakonsko definicijo posilstva?*, kjer navaja, da gre za »izkoriščanje ekscesne sodbe za lobistično akcijo«. ⁸ A kakorkoli že, sodniki smo sedaj soočeni z novim opisom kaznivega dejanja in seveda tudi s posledicami tega opisa.

Sedanja ureditev kaznivega dejanja je tako bolj problematična, ker bo treba razjasniti še marsikaj drugega. Namesto uporabe sile ali grožnje oz. poleg njiju, ker ti dve karakteristiki že sami po sebi negirata obstoj privolitve, bo treba ugotavljati, ali je oz. ali ni bila podana »po navzven zaznavni, nedvoumni in svobodni volji privolitev v spolno občevanje« in dodatno še »sposobnost sprejeti takšno odločitev«. To bo nujno zahtevalo še temeljitejše izpraševanje o okoliščinah dejanja, kar s seboj povleče dodatne komunikacijske probleme na izvedbeni ravni. Če bo obtoženi, kar je pri teh dejanjih izredno pogosto, zatrjeval, da je bila podana privolitev, in glede na to, da je sedanja abstraktna koncepcija privolitve v smislu »navzven zaznavne, nedvoumne in svobodne volje« pomensko zelo odprta, bo to terjalo soočenje konceptov in perspektiv obtoženca/ke in oškodovanca/ke, ki bodo terjali razjasnitev. Da ne govorimo o tem, kakšne posledice bo imelo ugotavljanje »sposobnosti sprejetja takšne odločitve«, kjer dikcija dopušča celo razlago, ki kaže na določeno dolžnostno ravnanje prejemnika privolitve. A vse to je bilo znano že prej in je stroka na to izrecno opozarjala. Tako avtorji Empirične študije pravosodne prakse v zvezi s kaznivimi dejani posilstva spolnega nasilja in spolne zlorabe (v nadaljevanju Empirične študije) navajajo: »Z vidika rekonstrukcije dogodka v sodnem postopku je vprašanje jasno izražene zavrnitve bistveno bolj čvrsta oporna točka kot razprava o tem, ali in zakaj je bilo v danih okoliščinah mogoče sklepati na obstoj soglasja.« ⁹ Sedaj smo sodniki postavljeni prav v ta položaj, ker bo pač treba ugotavljati »ali in zakaj je bilo v danih okoliščinah mogoče sklepati na obstoj soglasja«. Vsakemu pravniku je jasno, da gre za vprašanje, ki

⁷ Korošec (2021).

⁸ Vuksanović (2020).

⁹ Plesničar, Ambrož (2019), str. 82.

je teoretično in praktično izredno zahtevno, kar kažeta zlasti civilnopravna teorija in praksa. Vprašanje sorodnega instituta privolitve, ki se pojavlja v kazenskem pravu, je namreč bistveno manj problematično in pravzaprav teoretično in praktično marginalno.

Kot rečeno, izvršitveni načini, ki ustrezajo prej veljavni dikciji zakona, bodo ostali enaki in mogoče bo nadaljevati na enak način z vsemi naštetimi praktičnimi problemi. Kar me kot sodnika bolj skrbi, so dejanja, ki do sedaj z opisom niso bila zajeta. Predvsem zato, ker bo razjasnitev dejanskega stanja terjala občutne premike na ravni splošne komunikacije o spolnosti. Slednja, vsaj po moji oceni, nikakor ni takšna, da bi izpolnjevala zahtevane pogoje opredelitve privolitve. Rekonstrukcija na glavni obravnavi bo zato toliko bolj kompleksna.

V svoji kolumni na portalu Ius info z naslovom Posilstvo z dne 17. 3. 2021 sem na primeru lastnega spoznanja o komunikaciji, povezani s spolnostjo, z namenom prikazati nekatere dileme in predvsem razkorak med deklarativnim v splošni komunikaciji in realnimi položaji, moral poseči globoko v svoja, zelo intimna spoznanja o tem. Na tem mestu vsega ne bi ponavljal, ker sem moral resno preseči zadržke pri razkritju miselnih procesov in izkušenj. Ključno, kar je bilo povedano, je v tem, da karkoli napisanega, bodisi v strokovni in splošni literaturi na temo medčloveških odnosov bodisi – na drugem spektru – čisti pornografiji, dejanskim izkušnjam oz. realnosti čisto enostavno ne ustreza.

Drznil bi si trditi, da zakonsko zamišljena opredelitev privolitve novega opisa kaznivega dejanja, čisto enostavno, največkrat ni podana, še več, gre za, kot navedla Tavris in Aronson, »ples večpomenskosti« (*dance of ambiguity*) med (potencialnimi) spolnimi partnerji.¹⁰ To seveda ne pomeni, da kljub temu ni konsenzualnih spolnih odnosov. Vendar je ta konsenz podan na bistveno bolj sublimni ravni in na način, ki preprosto presega zmožnosti ne samo pravnega jezika, temveč celo reprodukcije na zunaj zaznavni in intelektualno dostopen način.

Noben čudež ni, da prav zaradi tega vsi pravni postopki, povezani z odnosi med spoloma, od pravnih strokovnjakov na različnih ravneh zahtevajo enormno količino napora. Čustveni izbruhi, iracionalnosti, nezmožnost razumnega uvida – vsak odvetnik, ki se ukvarja z razvezami zakonske zveze in povezanimi postopki, bi o tem lahko veliko povedal. V kazenskem pravu se te lastnosti pokažejo ravno pri kaznivih dejanjih zoper zakonsko zvezo, družino in otroke in seveda pri kaznivih dejanjih zoper spolno nedotakljivost. Vsak nepristranski opazovalec se lahko vedno

¹⁰ Tavris, Aronson (2020): »... most straight men and women, even long-term couples, communicate their sexual wishes – including a wish not to have sex – indirectly and ambiguously, through hints, body language, eye contact, ‘testing the waters’, and mind reading (which is about as accurate as ... mind reading). This *dance of ambiguity* benefits both partners; through vagueness and indirection, each party’s ego is protected in case other says no ...«, str. 109–110.

znova in znova čudi dogajanju in temu, kaj lahko ljudje naredijo drugemu. Še bolj kot to preseneča, kako pogosto je odrekanje logičnim rešitvam – na primer končanju nasilnega odnosa. Vprašanje je seveda, ali nas resnično preseneča ali, če znamo in želimo, v teh prizorih vidimo tudi lastno podobo svojega čustvenega sveta. A prav te razsežnosti nam kažejo tudi iracionalnost in sublimnost dogajanja pred in ne nazadnje po spolnem odnosu, ki je, kakorkoli že to obrnemo, najintimnejši stik med dvema osebama. Ta stik dobesedno ni zgolj površen, temveč predstavlja poseg v telo drugega na tak ali drugačen način. O vseh teh ravnanjih in dojemanjih pa je na ravni podajanja videnj in komunikacij v posameznih odnosih marsikaj neznanega in nespoznavnega. Ni slučaj, da se pogosto dogajanje med dvema pripisuje določeni »kemiji«, »energiji«, »usodi« in podobnem, kar ju združi. Našteti pojmi pa so po naravi stvari izvzeti iz pravnega dojemanja, ki temelji na »zunanje spoznavnem vedenju in ravnanju«.¹¹

Zato ni slučaj, da sem v praksi pogosto naletel na izjave: »Ne vem, kaj mi je bilo« ali »Kaj mi je bilo tega treba« tako na strani obtoženih kot oškodovancev. Zelo pogosto je zavedanje o nezaželenem odnosu pojav *ex post facto*, še zlasti če je oseba soočena z moralnim obsojanjem drugih. Takšnih primerov sem v sodni dvorani imel kar nekaj. Drznil bi si trditi, da je obžalovanje kakšnega podobnega dogodka prisotno pri vsakem od nas. Nekateri od teh se pač končajo tudi s prijavo kaznivega dejanja, še zlasti če grozijo posledice, kot je recimo ogrožanje razmerja s tretjo osebo, ki je obstajalo v času dogodka.

Sedaj uvedeni model afirmativnega soglasja je v moralnem in vzgojnem smislu primernejši, navajajo avtorji Empirične študije, in sedanja ureditev je pač *fait accompli*. A sam sem izredno zadržan do posegov kaznovalnega prava nasploh ter kazenskega še posebej in načelo *ultima ratio* kljub vsemu še vedno pomeni primarno načelo delovanja. Do razumevanja prava kot socialnega inženiringa (*social engineering*),¹² torej da ga razumemo kot sredstvo udejanjanja in usklajevanja posamezne vrste družbenih interesov, imam izrazito skeptičen odnos. Več dam na odkritost komunikacije v družbi, ki pa je pravno – heteronomno – ne moremo urediti, temveč jo je treba prepustiti avtonomiji, ne glede na to, da je prepuščena določeni stihiji. Zakonska ureditev je v tem smislu zelo podobna revolucijam, ki imajo vedno svoj krvavi davek. Sam sem namreč prepričan, da so spremembe na tem področju že dosežene, ker obstaja določen družbeni in spontan aktivizem, in ne zato, ker zadeve dobijo na takšnem ali drugačem področju pravno varstvo. Tudi na področju spolnosti ni nič drugače.

¹¹ Pavčnik, Novak (2020), str. 96: Splošno uveljavljeno je, da pravna pravila urejajo le človekovo zunanje vedenje in ravnanje, ne pa tudi njegovega notranjega vedenja, ki sodi na področje moralnosti.

¹² Pavčnik, Novak (2020), str. 588.

Pri tem je seveda potreben določen *caveat* – starost in osebne okoliščine pisca teh besed so takšne, da ne sodeluje več pri spolnih odnosih z osebami izven zakonske zveze. Ta izvzetost iz splošne spolne komunikacije seveda povzroči tudi določeno odtujenost od okoliščin realnega življenja. Po ekscesih, ki se kažejo v kazenskih postopkih, se pač življenja soditi ne da. V družbi je zaznati sicer večjo odprtost v komunikaciji o spolnosti – pošiljanje eksplicitnih fotografij obeh spolov in hvalisanje s »sposobnostmi« pri spolnih odnosih – pri obeh spolih (kar mi je novota), nižanje starosti pri tem in podobno. Navedeno lahko kaže na to, da se komunikacija glede pripravljenosti na spolne odnose spreminja, vendar spet, povleči takšne sklepe na podlagi ekscesov in ob neupoštevanju karakteristik družbenih slojev, zastopanih v kazenskih postopkih, bi bila preuranjena.

3. Rešitve

Že nekaj časa se zdi, da bi bila rešitev upoštevanje znanstvenih spoznanj na področju psihologije. Ob standardni dokazni situaciji v primerih teh kaznivih dejanj imamo, kot navedeno zgoraj, praviloma v spoznavnem smislu samo izjavo obdolženega in oškodovanca/ke. Po numerični verjetnosti tako resnice ne bi mogli doseči s stopnjo, potrebno za obsodbo. Ali je to torej mogoče z upoštevanjem spoznanj psihologije?

Eden bolj znanih nemških strokovnjakov na področju psihologije zaslišanj Max Steller pravi, da ja. V svoji knjigi *Nič drugega kot resnica? Zakaj se lahko vsakega nekrivega obsodi*,¹³ pravi:

»Psihologija zaslišanj, ki jo predstavljam v tej knjigi, je že daleč nazaj razvila znanstveno utemeljene metode, s katerimi se lahko dejanske žrtve podpre in hkrati pomaga, da se prepoznajo napačne izjave žrtev. Gre za racionalne metode preizkusa, ki pripomorejo k pravilnim odločitvam na visoko emocionalno obremenjenem področju. Ko si stojita nasproti izjava proti izjavi ali manjka stvarnih dokazov, bi moral vsak človek imeti pravico do te metode preizkusa. A čeprav sodi med standarde, ki jih že več kot petnajst let predpisuje Zvezno sodišče, se do danes ... zanemarjajo.«¹⁴

Njegovi opisi dejanj in izvedenskega dela, ki ga je opravil za sodišča, so prepričljivi. Sovpadajo pravzaprav z ugotovitvami, ki so znane na anglosaksonskem področju, nanje pa je bilo opozorjeno tudi v slovenski literaturi.¹⁵ Umek in Areh recimo opozarjata na merila iz priporočil ameriškega vrhovnega sodišča, s kate-

¹³ Max Steller (2015).

¹⁴ Prav tam, str. 19.

¹⁵ Umek, Areh (2007).

rimi se presoja verodostojnost pričanja in napake, ki se pri zaslišanju pojavljajo. Literature na tem področju je več in pričakovati je, da se bo njen obseg še povečal. Razlog za to je tudi spoznanje, da tako v kontinentalnem¹⁶ kot anglosaksonskem¹⁷ pravnem področju prihaja do podobnih sodnih zmot in da je pri odpravljanju slednjih nujno razumeti tudi psihološke dejavnike tako na strani udeležencev kot odločevalcev.

Razlogov, zakaj recimo v primerih, ki so tipični za ta kazniva dejanja, ni več odreditev izvedencev klinične psihologije, ki bi ovrednotili verodostojnost oškodovanca/ke, ali celo oblikovanega ustreznega protokola, je več. Prvi je gotovo v tem, da je v kontinentalnem kazenskopravnem sistemu dokazovanje ali dokazno pravo, bodimo poštene, zanemarjeno in se je temu področju začelo namenjati več pozornosti pravzaprav šele v zadnjih desetletjih,¹⁸ saj se še vedno zelo široko interpretira pojem proste presoje dokazov. Drugi je gotovo v tem, ker psihologijo v očeh sodnikov pogosto bremeni njena specifična znanstvena uvrščenost, ker pač ni čisto naravoslovna znanost in s tem ne »prava« znanost. Pri izbiri izvedencev se tako v praksi sodniki raje odločajo za psihiatre, katerih znanost je bolj »čista«, psihiatri pa vse preradi poudarjajo, da lahko »govorijo o vsem, o čemer lahko govorijo psihologi, in še o medicini«. Ne nazadnje k temu prispeva tudi (zlasti) klinična psihološka stroka, za katero se zdi, da noče vzpostaviti lastne samostojnosti v odnosu do psihiatrije. Pa čeprav lahko vsi, ki odredimo izvedensko delo psihiatra, opazimo, da je ta k svojemu delu »pritegnil« tudi kliničnega psihologa, ki je izvedel potrebne teste. K zadržanosti pri izbiri kliničnega psihologa v določeni meri prispevajo ne nazadnje tudi zdrave v stroki sami.¹⁹ Vse trditve iz tega odstavka temeljijo na moji subjektivni oceni na podlagi kar nekaj primerov, ki sem jih obravnaval sam ali pa bil z njimi seznanjen.

Treba bi bilo torej napraviti miselne premike tako v smeri večjega poudarka na dokaznem pravu, za kar se lahko trdi, da interes v pravosodju obstaja in se tudi kaže na programu sodniških šol. Obenem bi sodniki morali začeti bistveno bolj uporabljati spoznanja psihologije, predvsem z uporabo izvedencev. Tudi na tem področju je zaznati premike, saj so nekateri elementi in poudarki že vključeni v poklicno literaturo, na primer v *Opomnik za vodenje kazenskih postopkov*, ki ga je izdalo vrhovno sodišče. Nazadnje, za dejanja te vrste bi moral biti predviden

¹⁶ Npr. Patrick Burow (2018), Schleif (2020).

¹⁷ Npr. Godsey (2017).

¹⁸ Npr. Šugman, Gorkič (2011).

¹⁹ Gre za dogajanje v zvezi s *Poročilom o kakovosti psiholoških izvedenskih mnenj in priporočil za izboljšave ter presojo sprejemljivosti izvedenskih mnenj*, izr. prof. Igorja Areha, na katero je precej žolčno reagiral strokovni kolegij za klinično psihologijo Ministrstva za zdravje RS. Areh je v poročilu kritiziral kvaliteto izvedenskih mnenj, na kar se je precej ostro odzvalo zgoraj navedeno telo. Takšno dogajanje pa seveda povzroča zadržanost pri izbiri izvedencev.

protokol, ki bi omogočal ustrezno in znanstveno podprto delovanje s pritegnitvijo izvedenca psihološke stroke že v zelo zgodnji fazi postopka, mogoče celo v okviru nujnih preiskovalnih dejanj. Prav slednje vprašanje pa zadeva že drugo problematiko, in sicer sedanje ureditve kazenskega postopka. Podvajanje, tripliciranje ali celo multipliciranje izpovedi, na katerih temelji spoznavni proces (predkazensko zbiranje obvestil, preiskava, glavna obravnava), je v teh primerih še posebej problematično.

4. Sklepno

Spremembe opredelitve kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost, zlasti tiste, ki širijo obseg inkriminiranosti v smeri, ki terja ugotavljanje obstoja privolitve v spolni odnos, bodo dodatno razkrile težave in slabosti pri ugotavljanju dejanskega stanja v običajnih primerih teh dejanj. Že sedaj je bilo jasno, da bi bilo treba dokazovanje dodatno, recimo temu, dejstveno okrepiti, najboljše z vključitvijo izvedencev klinične psihologije, ki bi ocenili verodostojnost in druge lastnosti izpovedi predvsem oškodovancev. Ta potreba bo sedaj še bolj izražena, saj bo dokazovanje moralo zajemati razumevanje širših okoliščin medsebojne komunikacije med posamezniki v družbi. Na ravni zakonske ureditve kazenskega postopka verjetno tega ni mogoče urediti, ne da bi posegali v načelo proste presoje dokazov, a ključno je, da se na ustrezen način enotno uredi pristop k tej problematiki z ustreznimi protokoli ali usmeritvami. To bi prispevalo tako k ustreznejši razjasnitvi dejanskega stanja kot tudi preprečilo sodne zmote bodisi v škodo obtoženega bodisi oškodovanca.

Uporabljena literatura

- Burow, P. (2018). *Justiz am Abgrund, Ein Richter klagt an*. Stuttgart: Langenmüller.
- Godsey, M. (2017). *Blind Injustice: A Former Prosecutor Exposes the Psychology and Politics of Wrongful Convictions*. Oakland, California: University of California Press.
- Korošec, D. (2021). O potrebi po ogromnih reformah slovenskega splošnega kazenskega prava. *Pravna praksa*, 40 (12), II-VII.
- Medwed, D. S. (2012). *Prosecution Complex: Americas Race to CONvict and Its Impact on the Innocent*. New York: University Press.
- National Registry of Exonerations. Exonerations By Year and Type of Crime (b.d.). Pridobljeno na: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/Exoneration-by-Year-Crime-Type.aspx>
- Pavčnik, M. (2020). *Teorija prava: Prispevek k razumevanju prava* (s poglavjem A. Novaka), 6. pregledana in dopolnjena izdaja. Zbirka Pravna obzorja, Veliki format. Ljubljana: Lexpera, GV Založba.
- Pavčnik, M. (2021). *Razumevanje prava: Nova oporna mesta iz zadnjih let*. Zbirka Pravna obzorja 55. Ljubljana: Lexpera, GV Založba.
- Plesničar, M. M., Ambrož, M. in drugi (november 2019). *Sila, objektivno sposobna streti odpor, Empirična študija reprezentativnega vzorca pravosodne prakse v zvezi s kaznivim dejanjem posilstva, spolnega nasilja in spolne zlorabe slabotne osebe s pregledom možnih modelov novih zakonskih rešitev*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo.
- Schleif, T. (2020). *Urteil Ungerecht, Ein Richter deckt auf, warum unsere Justiz versagt*. 2. Auflage. München: Riva Verlag.
- Simon, D. (2012). *In Doubt: The Psychology of the Criminal Justice Process*. Cambridge in London: Harvard University Press.
- Steller, M. (2015). *Nichts als die Wahrheit?: Warum jeder unschuldig verurteilt werden kann*, tretja izdaja. München: Wilhelm Heyne Verlag.
- Sveto pismo Stare in Nove zaveze* (1992). Ekumenska izdaja z novim prevodom Nove zaveze. Ljubljana: Združene biblične družbe.
- Šugman, K., Gorkič, P. (2011). *Dokazovanje v kazenskem postopku*. Ljubljana: GV Založba.
- Tavris, C., Aronson, E. (2020). *Mistakes were made (But not by Me), Why We Justify Foolish Beliefs, Bad Decisions and Hurtful Acts*. Boston, New York: Mariner Books.
- Umek, P., Areh, I. (2007). Psihološki vidiki pričanja v kazenskem postopku. *Pravosodni bilten*, 28 (2), 171–191.
- Vauken, L. (2018). Kazenski postopek – sredstvo za iskanje objektivne ali subjektivne stvarnosti. *Zbornik 2018, Konferenca kazenskega prava in kriminologije, Portorož*, Ljubljana: Lexpera, GV Založba, 57–84.
- Vuksanović, I. (2020). Je treba spremeniti zakonsko definicijo posilstva? *Pravna praksa*, 1-2, 6–8.

Med teorijo in prakso: odvetniški pogled na reformo spolnega kazenskega prava

1. Uvod

Vloga odvetnika v (pred)kazenskih postopkih, ki zadevajo kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost, je nedvomno posebna, in to v več pogledih. Odvetniki namreč v nasprotju z državnimi tožilci zastopamo tako žrtve kot tudi storilce teh kaznivih dejanj, zato smo v nekoliko shizofrenem položaju. Po eni strani odvetniki še predobro razumemo »izzive«, s katerimi se srečujejo žrtve v teh postopkih, po drugi strani pa je vsakemu izkušenejšemu odvetniku jasno, da včasih slika ni tako črno-bela, kot se zdi na prvi pogled, in da se tudi obdolženci včasih lahko znajdejo na napačni strani pregovorno slepe *justitiae*.

V nadaljevanju bom na štirih različnih primerih, ki sem jih imel priložnost spoznati skupaj z mlajšo kolegico (kot bi rekel profesor Pavčnik), poskušal ponazoriti omenjene dileme, s katerimi se srečujemo odvetniki v teh (pred)kazenskih postopkih. Hkrati bom skozi nadaljnjo razpravo poskušal odgovoriti tudi na vprašanje, ali sta slovenska zakonodaja in sodna praksa zreli za reformo spolnega kazenskega prava oziroma še natančneje: ali je reforma materialnega kazenskega prava, ki inkriminira ta kazniva dejanja, sploh potrebna oz. nujna, ali pa je treba predvsem spremeniti ravnanja in nazore konkretnih udeležencev teh kazenskih postopkov.

2. Primer A

V naši odvetniški pisarni smo sprejeli zastopanje mlajšega moškega, ki je bil obdolžen storitve kaznivega dejanja spolne zlorabe slabotne osebe po 1. odstavku 172. člena Kazenskega zakonika (KZ-1).¹ Obdolženec je v priljubljenem nočnem lokalu v Ljubljani srečal oškodovanko, sicer znanko, dekle približno enake starosti kot on, ki jo je poznal že nekaj let preko skupnega prijatelja in s katero sta se že nekajkrat prej tudi družila ter si dopisovala po mobilnem telefonu. V lokalu je bila skupaj s prijateljicami, s katerimi je plesala in pila alkoholne pijače. Pri tem se

¹ Ur. l. RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20 in 91/20.

jim je občasno pridružil tudi obdolženec, ki pa se je družil tudi z drugimi znanci, ki so se takrat nahajali v lokalu. Oškodovanka je z obdolžencem ta večer tudi plesala in mu pošiljala dvoumna sporočila po telefonu (v smislu »Kje si?«). Ko so se dekleta v oškodovankini družbi odločila, da okoli druge ure zjutraj skupaj odidejo domov (imele so namreč vnaprej dogovorjen prevoz), je oškodovanka odšla z obdolžencem, ki je poklical taksi. Izpovedi prič so si bile do tu skladne, in sicer, da je bila oškodovanka takrat sicer pod vplivom alkohola, vendar (vsaj navzven) razsodna. Zato tudi nihče ni bil posebej pozoren, ko je odšla iz lokala skupaj z obdolžencem, torej ločeno od ostalih prijateljic. Obdolženi se je z oškodovanko nato s taksijem odpeljal do prenočišča, kjer sta imela spolni odnos. Po tem sta zjutraj, spet skupaj, s taksijem odšla vsak na svoj dom.

Oškodovanka je nato še istega dne svojemu nekdanjemu fantu, ki mu je po njenih besedah najbolj zaupala in je tudi osebno poznal obdolženca, povedala, da se ničesar od odhoda iz nočnega kluba pa do vožnje domov s taksijem ne spominja in da ne ve, kaj se je pravzaprav zgodilo, vedela pa je, da sta imela spolni odnos. Nekdanji fant jo je zato vprašal, če jo je obdolženec »posilil«, ona pa mu je odvrnila, da ne ve. Nato sta skupaj odšla na lokalno policijsko postajo in prijavila spolni napad oz. posilstvo. Oškodovanka je nato opravila tudi zdravstveni pregled, ki je pokazal, da je sicer res imela spolni odnos, ni pa bilo ugotovljenih znakov nasilja. Ugotovljeno je bilo tudi, da je med spolnim odnosom imela vstavljen tampon. Toksikološki pregled oškodovanke je pokazal prisotnost alkohola v krvi in urinu, ne pa tudi prisotnosti drog.

V nadaljevanju je bil zoper obdolženca uveden kazenski postopek zaradi kaznivega dejanja spolne zlorabe slabotne osebe po 1. odstavku 172. člena KZ-1. Med kazenskim postopkom sta bili za oškodovanko izdelani tudi izvedenski mnenji psihološke in psihiatrične stroke (ker je oškodovanka zatrjevala, da se spolnega odnosa in dogodkov v gostišču sploh ne spominja). Mnenji sta pokazali, da bi oškodovanka v primeru zaužitja (večje količine) alkohola res lahko izgubila kratkoročni spomin in da se zato najbrž tudi ne spomni vseh dogodkov kritične noči. Obdolženi je sicer ves čas postopka zatrjeval, da oškodovanke ni zlorabil, da se mu je zdela prisebna, morda malo pod vplivom alkohola, a da je bil tudi sam pod vplivom alkohola, da sta v lokalu skupaj plesala, si dopisovala po telefonu, da se je ob prihodu v prenočišče smejala, da je hodila sama, da je aktivno sodelovala v spolnem odnosu itd. Nadzorne kamere v prenočišču so pokazale, da se je oškodovanka ob prihodu dejansko smejala, a da je hodila negotovo in jo je obdolženec moral podpirati. Receptor v prenočišču je pričal, da je iz njune sobe slišal najprej smeh, nato pa je oškodovanka obdolžencu rekla, naj neha (stal je namreč pred vrati in prisluškoval). Ta pogovor in ta stavek je sicer posnela tudi kamera, ki je snemala zvok in sliko na hodniku pred sobo. Oškodovankine prijateljice, ki so bile kritičnega večera z njo v nočnem lokalu, pa so kot priče

povedale, da oškodovanka ni prepričana, da jo je obdolženi sploh zlorabil, saj jim je to zaupala v pogovoru, in da se jim je v zvezi z dogodki te noči različno izpovedovala ob različnih priložnostih.

Obdolženemu je bila ob zaključku postopka na prvi stopnji izrečena oprostilna sodba. Sodbo je sodnica obrazložila zgolj ustno, pisne obrazložitve ni bilo, saj se državno tožilstvo zoper oprostilno sodbo ni pritožilo. Sodnica, predsednica senata, je v obrazložitvi poudarila, da se je oškodovanka v nočnem lokalu družila in plesala z obdolžencem, mu pošiljala dvoumna sporočila po telefonu, da je iz lokala prostovoljno odšla z obdolžencem, da se je pri tem smejala, da torej ni bila slabotna oseba in da je obdolženi torej ni zlorabil, vsakdo pa se mora zavedati, kakšne posledice ima lahko prekomerno uživanje alkohola. Posnetki kamer iz gostišča v ustni obrazložitvi sploh niso bili omenjeni.

3. Primer B

Mladoletna oškodovanka je v Slovenijo iz Ukrajine prišla s svojo mamo, ki je v Sloveniji spoznala obdolženca (ki je postal družinski prijatelj). Oškodovanka je obdolžencu občasno pomagala pri delu (bil je namreč lastnik trgovine), ker je zaradi stare poškodbe roke potreboval pomoč pri zlaganju blaga iz skladišča na police in ker sta z mamo potrebovali denar. Ob več priložnostih, ko sta bila sama na različnih krajih, je obdolženec oškodovanko spolno zlorabil. Ko se je o teh zlorabah oškodovanka po daljšem času zaupala svoji mami, je ta najprej poiskala nasvet pri odvetniku. Ta pa naj bi ob tem, ko je mami oškodovanke svetoval v zvezi s prijavo kaznivega dejanja (pooblastila mu sicer ni podpisala), od nje zahteval plačilo svetovanja v obliki spolnih uslug, nato pa je v nadaljevanju v kazenskem postopku po uradni dolžnosti celo zastopal konkretnega obdolženca. Oškodovanka je nato skupaj z mamo sama prijavila kaznivo dejanje na policiji, ki pa je od nje vedno znova zahtevala dopolnitve ovadbe, oškodovanka je morala policiste celo večkrat odpeljati na kraje, kjer naj bi se zlorabe dogajale, itd.

Ko smo v nadaljnjem kazenskem postopku zaradi kaznivega dejanja spolnega napada na osebo, mlajšo od petnajst let (po 1. odstavku 173. člena KZ-1), kot pooblaščenci prevzeli zastopanje takrat že polnoletne oškodovanke, je sodišče najprej zavrnilo vse naše ugovore v zvezi z zagovornikom obdolženca in jasnim konfliktom interesov (ker pač oškodovanka konkretnega odvetnika nikoli ni formalno pooblastila za zastopanje), nato pa je postavilo izvedenca medicinske stroke – ortopeda, ki je podal izvedensko mnenje, da se dejanje ni moglo zgoditi tako, kot je opisovala oškodovanka (pri izvršitvi naj bi si obdolženec namreč pomagal tudi z roko, s katero naj bi oškodovanko tiščal k tlom), saj naj zaradi stare poškodbe roke obdolženec tega ne bi bil zmožen. Pri tem se je izvedenec pri

meritvah, ki jih je opravil, zanašal na samega obdolženca oz. na njegove prikaze, kaj in koliko je zmožen opraviti s poškodovano roko. Oškodovanka in njena mama sta sicer v zvezi s tem pričali, da sta večkrat videli obdolženca, kako je v svoji trgovini dvigoval večkilogramska bremena, in da ga omenjena poškodba nikakor ni mogla ovirati, da ne bi storil očitane kaznivega dejanja. Sodišče je nato izdalo oprostilno sodbo, saj je zaradi omenjenega mnenja izvedenca menilo, da obdolženec ni mogel storiti kaznivega dejanja na način, kot je to izpovedovala oškodovanka. Zoper njo pa v nadaljevanju ni stekel noben postopek, npr. zaradi kaznivega dejanja krive izpovedbe.

4. Primer C

Oškodovanka je z obdolžencem že več mesecev živela v zunajzakonski skupnosti. Med njima je sicer prihajalo do stalnih sporov, predvsem zato, ker je bil obdolženec zelo ljubosumen in mu je morala stalno poročati o tem, s kom se družijo in zakaj. Poleg tega jo je obdolženec stalno nadziral, tudi na delovnem mestu, ob druženju s prijateljicami, starši ipd. Obdolženec je sicer kot mladoletnik skupaj s sestro kot begunec v Slovenijo prišel iz Bosne in Hercegovine, v vojni je namreč izgubil očeta, odraščal pa je tudi brez matere, saj je ta ostala v BiH, zanj in za sestro pa je v Sloveniji skrbela njegova teta. Okolica (sosedje, prijatelji, sodelavci) ga je sicer zaznavala kot prijaznega, ustrežljivega in »dobro vzgojenega« fant.

Oškodovanka in obdolženec sta konec leta (z njenim avtomobilom) odšla na praznovanje novega leta v Sarajevo. Tam sta v hotelu, kjer sta bivala, spoznala družbo sovrstnikov podobne starosti, ki je ravno tako prišla iz Slovenije na praznovanje novega leta. Obdolženec je oškodovanko po druženju tisti večer obtožil, da se neprimerno obnaša, da je »lahka«, da preveč pije, da se spogleduje z moškimi itd. Ko sta nato odšla v svojo sobo, je obdolženec od oškodovanke zahteval, da se obleče v »rdečo oblekico«, česar ni hotela storiti, nato pa naj bi proti njeni volji in z uporabo sile z njo imel spolni odnos. Obdolženi naj bi pri tem stalno pozno v noč razlagal, da se mora oškodovanka spremeniti, da je slaba oseba itd., in ji ni pustil spati. Naslednjega dne sta si skupaj ogledala znamenitosti Sarajeva, nato pa sta znova odšla v sobo, kjer naj bi obdolženec znova zahteval spolni odnos, na katerega oškodovanka sprva ni pristala, a je po vztrajanju obdolženca nato vseeno »popustila« (obdolženi naj bi ji namreč s stalnimi psihičnimi pritiski, očitki in tudi prejšnjim nasiljem »zlomil voljo«). V vsem tem času se je sicer oškodovanka lahko prosto gibala in je tudi odhajala iz sobe, imela je tudi več priložnosti, da bi s svojim avtomobilom sama odšla nazaj v Slovenijo, itd. Skupaj z obdolžencem sta odšla tudi v restavracijo na večerjo, ko sta se vrnila v sobo, pa naj bi se situacija z zahtevo po spolnih odnosih in »popuščanjem« oškodovanke ponovila. Nato

sta po nekaj dneh bivanja v Sarajevu skupaj odšla nazaj v Slovenijo, v skupno stanovanje. V tem stanovanju naj bi se opisana situacija še enkrat ponovila, nato pa je oškodovanka odšla k mami in nato na policijo, kjer je prijavila več kaznivih dejanj posilstva po 1. odstavku 170. člena KZ-1.

Sodišče je obdolženca v nadaljnjem kazenskem postopku spoznalo za krivega vseh (štirih) očitanih kaznivih dejanj posilstva, zato smo zoper prvostopenjsko sodbo kot njegovi zagovorniki vložili pritožbo, ki ji je drugostopenjsko sodišče v večini ugodilo. Obdolženca je namreč spoznalo za krivega zgolj za prvo posilstvo, glede ostalih kaznivih dejanj pa mu je izreklo oprostilno sodbo. Presodilo je namreč, da je imela oškodovanka po prvem posilstvu možnost sama oditi od obdolženca, saj ji tega ni nikoli preprečeval, imela je svoj avtomobil in denar, med bivanjem v Sarajevu je bila tudi večkrat brez obdolženca daljši čas odsotna iz hotelske sobe (ko je npr. sama šla v trgovino po nakupih) in bi lahko takrat svobodno odšla in se tako odmaknila od obdolženca, pa se je vseeno prostovoljno vrnila k njemu. Ker v nadaljnjih primerih domnevnega posilstva tudi ni izrecno izrazila svojega nasprotovanja spolnemu odnosu, je obdolženi ni »prisilil« v smislu izpolnjevanja tega zakonskega znaka očitane kaznivega dejanja. Miselnega pridržka pa (kazensko) pravo ne priznava, je še poudarilo drugostopenjsko sodišče.

5. Primer D

Komaj polnoletna oškodovanka se je v zgodnjih večernih urah peš vračala domov in ko je prišla do vhodnih vrat v večstanovanjsko zgradbo, kjer je stanovala, je k njej pristopil neznanec in skupaj z njo vstopil v zgradbo. Ko je naredila nekaj korakov, jo je napadel od zadaj in jo skušal odvreči v klet. Oškodovanka je kričala in klicala na pomoč ter se skušala fizično obraniti spolnega napada (storilec je oškodovanko že med napadom namreč držal za spolovilo). Nihče izmed sostanovalecev ni prišel na pomoč, čeprav se je dogodek zgodil v notranjosti zgradbe, in to v času, ko so bili stanovalci še budni, pri čemer so nekateri izmed njih pozneje povedali, da so sicer slišali klice na pomoč, a so mislili, da se oškodovanka z nekom prepira, najverjetneje s svojim fantom. Ob napadu jo je storilec vrgel po stopnicah, da se je poškodovala, nato pa pobegnil.

Oškodovanka je takoj po napadu s svojimi starši odšla na policijo, kjer je prijavila kaznivo dejanje posilstva po 1. odstavku 170. člena KZ-1. Kriminalist, ki je obravnaval prijavo, ji je pri tem rekel, da ni čudno, da je bila napadena, saj naj bi bila izzivalno oblečena, in da storilcu zato »ni za zameriti«, saj je »lepa punca«. V naslednjih dneh je isti kriminalist večkrat klical oškodovanko in celo prihajal k njej domov, po navadi z izgovorom, da mora vedno znova prepoznavati in opisovati storilca, ki pa ga oškodovanka v predstavljenih slikah iz policijskih

evidenc ni nikoli prepoznala, saj te sploh niso ustrezale opisu storilca, ki ga je sicer ob prijavi natančno opisala. Pri tem je omenjeni kriminalist postajal vedno bolj vsiljiv, njegovo obnašanje pa vedno bolj neprimerno, zato je oškodovanka dobila občutek, da od nje hoče kaj več kot le podatke o kaznivem dejanju in da se bi rad z njo družil (ali pa še kaj več) tudi zasebno, čeprav je bil vsaj dve desetletji starejši od nje. Oškodovanka se je zato nehala odzivati na njegove klice. Storilec najbrž tudi zato ni bil nikoli odkrit. Oškodovanka se tudi ni odločila poiskati pravno pomoč, saj ni bila nikoli seznanjena (npr. s strani policije) s tem, da jo lahko zastopa odvetnik – pooblaščenec.

6. Razprava

Že kratek sprehod skozi zgoraj opisane praktične primere pokaže, da gre pri kaznivih dejanjih zoper spolno nedotakljivost, ki jih KZ-1 ureja v XIX. poglavju, za problematiko, ki je v marsičem posebna. Spolnost je (vsaj po mojem mnenju) namreč najbolj zasebno področje človekove osebnosti in je zato še posebej občutljivo za vse neprostoovoljne posege vanj. Napad na spolno integriteto in samoodločbo, še posebej z uporabo fizične ali psihične sile, je gotovo dejanje, ki žrtev praviloma (p)oškoduje še bolj intenzivno in tudi bolj trajno kot npr. večina kaznivih dejanj zoper življenje in telo, ki jih sicer KZ-1 v sistematiki zakona ureja v enem izmed predhodnih poglavij (v XV. poglavju) in jim torej vsaj teoretično predpisuje večjo težo v smislu objekta kazenskopravnega varstva oz. zavarovane družbene vrednote.

Zato je tudi jasno, da žrtve (in družba nasploh) pričakujejo, da bo tovrstna kriminaliteta deležna ustreznega in predvsem hitrega odziva organov pregona in odkrivanja, v prvi fazi predvsem policije. Žrtev kaznivega dejanja zoper spolno nedotakljivost tako pričakuje predvsem, da se bo njena prijava obravnavala obzirno, a učinkovito, in da v nadaljevanju (pred)kazenskega postopka ne bo deležna še t. i. sekundarne viktimizacije, predvsem v smislu večkratnega podajanja izjav in posledičnega podoživljanja (spolnega) napada nanjo.

Pomembno je predvsem, da ima žrtev jasne informacije, kako bo potekal nadaljnji postopek, kaj lahko torej pričakuje v posameznih fazah/stopnjah kazenskega postopka, kakšne so v zvezi s tem njene pravice ter kdo ji lahko pri uveljavljanju le-teh pomaga. Če gre za osebo, ki ima težavo s podajanjem natančnega opisa kaznivega dejanja (kar je pri kaznivih dejanjih zoper spolno nedotakljivost precej pogost primer), je treba pritegniti ustreznega strokovnjaka ali osebo, ki ji ta oseba zaupa. V takšnih primerih namreč predvsem policija pogosto skuša pomanjkljivosti v izjavah žrtev zapolniti s svojo interpretacijo dogodkov, kar sicer v tistem trenutku lahko za žrtev pomeni navidezno korist oz. ji na kratek rok olajša podajanje

izjave, na daljši rok, zlasti v nadaljevanju kazenskega postopka pred sodiščem, pa je takšna praksa predvsem za žrtev lahko zelo škodljiva, saj se pozneje med zaslišanjem s strani obrambe lahko pokažejo neskladja med vsebino izjav v različnih fazah postopka, kar bo nujno negativno vplivalo na žrtvino verodostojnost (v nekem konkretnem primeru so policisti z žrtvijo opravili kar štiriurni razgovor, saj sprva ta ni znala/zmogla izpovedati nobenih podrobnosti o domnevnem kaznivem dejanju, nato pa je izpraševanje prevzel »bolj izkušen« policist, ki je predvsem s sugestivnimi vprašanji dodajal v izjavo žrtve podrobnosti, ki jih ta pozneje na zaslišanju pred sodiščem ni mogla več potrditi).

Po drugi strani pa je treba v vseh fazah postopka zagotoviti tudi pravice domnevnemu storilcu (osumljencu/obdolžencu), ki jih uživa v skladu z Ustavo RS² in Zakonom o kazenskem postopku (ZKP).³ Glede na pogosto zelo zavržno naravo teh kaznivih dejanj je namreč skušnjava, da bi se določene procesne kavtele med postopkom zaobšle (ali pa se kar odkrito kršile), zelo velika. Pri tem je treba poudariti, da ni možnost zmotnih obsodilnih sodb v tovrstnih primerih nič manjša kot sicer, praviloma pa je zaradi pomanjkanja materialnih dokazov in prič, ki bi same neposredno zaznale dogajanje, še večja kot pri drugih oblikah kriminalitete. Kot že rečeno: kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost se pogosto dogajajo v zasebni sferi, za pregovornimi štirimi zidovi, zato je sodišče (in še prej policija ter državno tožilstvo) pogosto soočeno s t. i. »he said, she said« situacijo, ko je treba tehtati verodostojnost izjav žrtve in storilca, saj drugih (»objektivnih«) dokazov preprosto ni. Res je, da je velika večina vseh prijav tovrstnih kaznivih dejanj verodostojnih (»resničnih«), vseeno pa zaradi tega dejstva domnevni storilec ne sme biti deležen nič nižje ravni zaščite (procesnih) pravic.

Če se vrnemo h konkretnim primerom, ki so bili opisani zgoraj, ti po mojem mnenju utemeljujejo trditev, da s slovensko (materialnopravno) ureditvijo spolnega kazenskega prava, kakor je določena v XIX. poglavju KZ-1, ni nič posebej hudo narobe, da bi to terjalo nujne in obsežne reforme, ki se že nekaj časa vztrajno napovedujejo, v zadnjem času pa jih ni več mogoče preslišati, predvsem zaradi nekaterih medijsko zelo odmevnih primerov domnevnega spolnega nadlegovanja v različnih institucijah. Sam v praksi namreč še nisem zaznal, da bi pomanjkljiva materialnopravna ureditev kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost kdaj res povzročila, da bi bila krivemu storilcu izrečena oprostilna sodba. Razni medijsko razvpiti primeri pa nikoli niso dober pokazatelj dejanskega stanja v (sodni) praksi,

² Ur. l. RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121, 140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99 in 75/16 – UZ70a.

³ Ur. l. RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo, 47/13, 87/14, 8/16 – odl. US, 64/16 – odl. US, 66/17 – ORZKP153,154, 22/19, 55/20 – odl. US, 89/20 – odl. US, 191/20 – odl. US in 200/20.

pa čeprav so vsaj na prvi pogled lahko za (laično in strokovno) javnost šokantni (na prvem mestu seveda tu mislim zdaj že zloglasno sodbo sodišča v Kopru, ki je odločalo o očitku kaznivega dejanja posilstva, ki naj bi ga storilec izvršil med spanjem oškodovanke).

Sem pa nasprotno v svoji odvetniški praksi že večkrat lahko opazoval, kako je izid kazenskega postopka pri tovrstnih kaznivih dejanjih odvisen predvsem od odnosa konkretnih policistov, državnih tožilcev, odvetnikov in sodnikov do konkretnega storilca in žrtve. Poleg tega pa so po mojem mnenju pravila kazenskega procesnega prava in predvsem njihova uporaba s strani omenjenih procesnih subjektov praviloma pomembnejša pri prizadevanjih za pravilen in pravičen izid teh kazenskih postopkov kot pa dogmatično še tako pravilna definicija kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost v kazenskem materialnem pravu, da definicij, ki ugajajo trenutnemu javnemu mnenju, sploh ne omenjam.

V primeru A je bilo med postopkom na glavni obravnavi vsem navzočim jasno, da je predsednica senata oškodovanki izrazilo nenaklonjena, očitno predvsem zaradi njenega načina življenja, ki ga sodnica najbrž ni odobraval. Oškodovanka je namreč rada hodila v nočne lokale, se tam zabavala, plesala, pila alkoholne pijače, se spogledovala, imela je hkrati več spolnih partnerjev, tega večera je nosila kratko oblekico in obdolžencu pošiljala dvoumna sporočila po telefonu. Po drugi strani je bil obdolženec mlad moški, urejen, dobro situiran, brez predhodnih postopkov ali obsodb, ki je vseskozi zatrjeval, da je do spolnega odnosa prišlo s soglasjem oškodovanke in da ga je ta že pred tem zapeljevala. Očitno pa je sodničin negativen osebni odnos do načina življenja oškodovanke pretehtal nad dokazi, ki so bili izvedeni med kazenskim postopkom in ki so kazali na to, da je bila oškodovanka zaradi popitega alkohola v neprištevnem stanju oz. v stanju, ko sploh ni mogla izraziti veljavnega soglasja, in je bila v tem smislu »slabotna oseba«, da posnetka, na katerem se je med drugim slišal njen »nehaj«, niti ne omenjam.

Po drugi strani je obdolženega v primeru A zastopal izkušen odvetnik, oškodovanko pa odvetnica (pooblaščenka), ki je bila pri izpraševanju in siceršnjem postopanju nekoliko nespretna in zato sodnici »nesimpatična«, k oprostilni sodbi pa je gotovo prispevalo tudi to, da je bila obramba aktivno navzoča na zaslišanju prav vseh prič v preiskavi in je tudi predlagala dokaze, ki so bili za obdolženca razbremenilni (npr. vratar v nočnem klubu, ki je pričal, da je oškodovanka izgledala povsem normalno, ko je odšla z obdolžencem, prijatelj, ki je pričal, da se je oškodovanka po obdolžencu v nočnem lokalu »obešala«), tožilstvo pa v postopku nasprotno ni pokazalo ravno veliko »poizvedovalnega napora«. Na zadnjo glavno obravnavo je npr. prišla državna tožilka, ki ni bila nosilka zadeve in tudi ni napovedala pritožbe zoper oprostilno sodbo. Zato nikakor ni bilo mogoče prezreti občutka, da bi bil, če bi v vlogah konkretnih udeležencev postopka nastopale druge osebe, ob istih dokazih izid postopka najverjetneje zelo drugačen.

V primeru B pglavitne vloge pri končni odločitvi ni odigralo sodišče, ampak izvedenec medicinske stroke. Obdolženec je bil v lokalnem okolju sicer dokaj poznana osebnost, starejši (»ugleden«) moški, ki je vodil uspešno podjetje, oškodovanka in njena mati pa sta bili tujki, Ukrajinki, z vsemi predsodki, ki jih ta »status« prinaša. Mladoletna oškodovanka je bila, kot rečeno, že ob prijavi kaznivega dejanja deležna nejevere policistov, ki so pravzaprav z zahtevami po ponovnem opisovanju vseh primerov zlorabe in kazanjem krajev, kjer naj bi se te zgodile, naredili vse, da bi ji ta postopek čim bolj otežili oz. priskutili, pri čemer mladoletna oškodovanka takrat tudi še ni bila v celoti večča slovenskega jezika. Ko se je oškodovankina mati obrnila po nasvet k odvetniku, je ta od nje zahteval plačilo v obliki spolnih odnosov, nato pa v nadaljevanju v kazenskem postopku še celo zastopal obdolženca (konkretna oseba sicer zaradi več podobnih grobih kršitev odvetniške etike ni več odvetnik).

Izvedenec medicinske stroke je bil med izdelavo izvedenskega mnenja očitno zaradi opisanih okoliščin naklonjen obdolžencu in njegovi verziji dogodkov (oškodovanka naj bi ga prijavila, ker je želela od njega dobiti denar), izvedensko delo pa je nato opravil tako, da je obdolžencu omogočil čim večji vpliv na izvid oz. mnenje. Na te okoliščine smo kot pooblaščenci oškodovanke med postopkom sodišče tudi opozorili, a brezuspešno. Dejstvo namreč je, da je tudi v primeru izdelave izvedenskih mnenj veliko prepuščeno izvedencem oz. da svoja izvedenska mnenja lahko pogosto izdelajo tako, da so bolj ali manj ugodna za udeležence kazenskega postopka (predvsem to velja za izvedenska mnenja psihiatrov in psihologov) in je zato tudi njihov odnos (naklonjen ali nenaklonjen) do teh oseb za izid kazenskega postopka pogosto odločilen.

Dejstvo je tudi, da se slovenski sodniki tudi v postopkih, kjer gre za kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost, pogosto zanašajo na mnenja izvedencev (npr. ko gre za posledice kaznivega dejanja na psihičnem zdravju žrtve, postravmatsko stresno motnjo itd.), včasih tudi zato, ker se tako lahko *de facto* izognejo odgovornosti za izid kazenskega postopka. V konkretnem primeru je bilo, kot rečeno, odločilno mnenje izvedenca medicinske stroke (ortopeda), ki je podal mnenje, da obdolženi fizično ni bil sposoben izvršiti kaznivega dejanja tako, kot ga je opisala oškodovanka, pri čemer je obdolžencu dopuščal, da je sam izvajal gibe do meje, ki naj bi jo zmoget. Kot pooblaščenci oškodovanke seveda takšnega mnenja nismo mogli ustrezno preizkusiti in sodišče je posledično izdalo oprostilno sodbo, čeprav je bilo pričanje oškodovanke skozi celoten postopek konsistentno, prepričljivo in izčrpno (kakšnih materialnih dokazov pa ni bilo). Da je oškodovanka po takšnem izidu postopka izgubila vsakršno zaupanje v pravosodje (vključno z nami odvetniki, saj je za takšen izid postopka deloma krivila tudi nas kot njene pooblaščence, vedela pa je tudi za neetično ravnanje zagovornika obdolženca) in pošten postopek, ni treba posebej razlagati, saj je bila

to potrditev vseh njenih strahov pred predsodki, ki jih imamo Slovenci o tujcih (predvsem ženskah) iz Ukrajine.

Primer B po mojem mnenju ponovno kaže, da velikokrat niti ni tako pomembno, kakšna je vsebina norm kazenskega materialnega prava, ampak predvsem to, kaj se dejansko zgodi med kazenskim postopkom, torej kdo nastopa v vlogi različnih procesnih udeležencev ter kakšen je medsebojni odnos teh oseb. Pravila kazenskega materialnega prava se namreč udejanjajo šele skozi konkreten kazenski postopek, zato je ta vidik (spolnega) kazenskega prava še kako pomemben. Če torej beseda teče o reformi spolnega kazenskega prava, je po mojem mnenju izrednega pomena, da vsi udeleženci teh kazenskih postopkov, predvsem pa sodniki, državni tožilci in odvetniki (torej profesionalni udeleženci), ravnaajo z zavestjo, da je treba najprej ozavestiti lastne predsodke, predvsem v zvezi s spolnostjo oz. spolnim vedenjem in spolnimi vlogami. V drugem koraku pa je treba paziti, da ti predsodki ne bodo vplivali na delo oz. izvrševanje nalog teh udeležencev, v prvi vrsti to seveda velja za policiste, sodnike, državne tožilce in odvetnike.

Primer D je v tem smislu ekstremen primer neprimernega in neprofesionalnega ravnanja enega izmed teh udeležencev, konkretno policista (kriminalista), ki je bil zadolžen za predkazenski postopek, v prvi vrsti za odkritje storilca. Jasno namreč je, da žrtev od organov pregona in odkrivanja pričakuje predvsem obzirno in profesionalno ravnanje, saj gre praviloma za njen prvi stik z uradnimi organi in je zato ta prvi stik še toliko bolj pomemben. Pri tem opažam, da policisti praviloma niso ustrezno strokovno usposobljeni za obravnavanje žrtev kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost; tovrstne prijave namreč pogosto obravnavajo policisti, ki se ukvarjajo s t. i. klasično kriminaliteto, saj »specialistov« na povprečni policijski postaji preprosto ni. To pa lahko pri žrtvah povzroči občutek, da se jih ne jemlje dovolj resno, da se jim ne verjame, da niso zaščitene ipd. Ravno izguba občutka varnosti pri žrtvi pa je lahko ključna za nadaljnji potek (pred) kazenskega postopka. Brez tega namreč žrtev tudi v kazenskem postopku ne bo pričala skladno, celovito in samozavestno, kar pa so ključni kriteriji za presojo njene verodostojnosti. Brez verodostojnega pričanja žrtve pa je praviloma izrek obsodilne sodbe v teh primerih, kjer sta pri dejanju pogosto neposredno udeležena zgolj storilec in žrtev, nemogoč.

Primer C po drugi strani kaže problematiko veljavnega pristanka na spolni odnos oz. vprašanje **zunanje** prepoznavnosti tega pristanka v konkretnih situacijah. Gre za trenutno (tudi v širši javnosti) zelo aktualno vprašanje – kateri model uporabiti namesto trenutno obstoječega modela prisile (predvsem v primeru definicije kaznivega dejanja posilstva). Oškodovanka je namreč, kot rečeno, zatrjevala, da je obdolženec že s predhodnim nasiljem, predvsem psihičnim, »zlomil« njeno voljo, da se posledično ni bila niti sposobna navzven upreti obdolženčevim zahtevam po spolnih odnosih, da pa je s svojo pasivnostjo vseeno dala vedeti, da pri spolnem odnosu pravzaprav

ne sodeluje. Vendar je obdolženec nikoli ni fizično zadrževal, da bi ostala z njim, še več, imela je vse možnosti, da bi odšla (in ga celo brez avtomobila, ki je bil njen, pustila v tujini) in se tako po prvem posilstvu izognila nadaljnjim spolnim napadom, pa tega ni storila oz. je to storila šele potem, ko sta se skupaj vrnila v Slovenijo in ko je pretrpela še več takšnih spolnih odnosov. Obdolženec se je pri tem branil, da oškodovanka ni nikoli jasno izrazila svojega nasprotovanja spolnim odnosom (vsaj v zadnjih primerih domnevnih posilstev), da sta bila skupaj na počitnicah, da se mu je zdelo, da je vse v redu, da ji nikoli ni branil, da bi odšla, itd.

Glede na opisano dejansko stanje v primeru C je jasno, da je vprašanje ugotavljanja soglasja k spolnim odnosom lahko za organe odkrivanja, pregona in predvsem sojenja še kako zapleteno vprašanje. Po mojem mnenju zgolj zamenjava modela prisile za model »da je da« ali »ne je ne« sama po sebi ne bi rešila vseh nakazanih problemov ugotavljanja soglasja. Pri tem po mojem mnenju ni nepomembna okoliščina, da mora krivdo obdolžencu v kazenskem postopku dokazati (državni) tožilec, ki zaradi domneve nedolžnosti nosi celotno dokazno breme. V primeru prevzema modela »da je da« bi moral tako tožilec dokazati, da žrtev ni rekla »da«, kar pa je epistemološko nemogoče, saj se obstoja t. i. negativnih dejstev ne da dokazovati. Pri tem tudi ne smemo zanemariti, da moramo obdolžencu vedno zagotoviti **učinkovito** pravico do obrambe (ki je ustavna pravica), kar pa je v takšnem modelu veliko težje. Kazensko pravo se namreč ukvarja z dejanji in dogodki, ki so navzven človekovim čutom zaznavni, ki jih je torej mogoče opazovati, zaznati, izmeriti. Intimno nestrinjanje žrtve s spolnim odnosom (ali drugimi spolnimi dejanji) pa nima takšne narave, podobno kot tudi npr. zgolj razmišljanje o izvršitvi kaznivega dejanja ne more biti kaznivo (glede na kazenskopravne teorije o *iter criminis*). Zato učinkovita obramba zoper »miselni pridržek« žrtve sploh ni mogoča.

S tega stališča se mi zdi uporaba modela »ne je ne«, morda z določenimi modifikacijami (npr. ravno za žrtve, ki ob spolnem napadu »zamrznejo«), veliko bolj sprejemljiva in ustavnoskladna rešitev. Poleg tega pa bi bilo v primerih, ko je storilec zavestno prezrl izraženo nestrinjanje s spolnim odnosom, veliko lažje utemeljiti kazenskopravno poseganje v to najbolj zasebno področje človekovega življenja, saj gre v tem smislu nedvomno za kaznivo dejanje *mala in se* in bi bilo to tudi popolnoma v skladu s temeljnim načelom kazenskega prava – načelom omejenosti kazenskopravne represije.

7. Sklep

Kratek prikaz nekaterih najzanimivejših primerov v zvezi s kaznivimi dejanji zoper spolno nedotakljivost, s katerimi sem se srečal v svoji odvetniški praksi,

seveda ne more celovito prikazati izzivov, s katerimi se odvetniki vsakodnevno srečujemo pri zastopanju storilcev in žrtev teh kaznivih dejanj. Lahko pa vsaj nakaže praktične probleme, ki jih po navadi razprave o reformi spolnega kazenskega prava prezrejo, saj se te večinoma ukvarjajo z optimalnim oblikovanjem norm kazenskega materialnega prava, na konkretno uveljavljanje teh norm, kar je predmet pravil kazenskega postopka in je predvsem odvisno od ravnanj konkretnih udeležencev kazenskega postopka, pa se pogosto pozablja.

V zvezi s tem je zato treba poskrbeti predvsem za ustrezno usposabljanje in izobraževanje policistov, državnih tožilcev, odvetnikov in sodnikov, ki sodelujejo v teh kazenskih postopkih. Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost so namreč v marsičem posebna in zahtevajo predvsem posebno obravnavo žrtev, saj so te zaradi globokega posega v njihovo pravico do zasebnosti in osebne integritete pogosto travmatizirane, kar se lahko odrazi tudi v nizki dokazni vrednosti njihovih izjav (npr. zaradi pomanjkanja natančnih opisov spolnega napada, sosledja dogodkov, podrobnosti o storilcu ipd.). Zato je izredno pomembno, da se žrtve pravilno obravnava že v najzgodnejših fazah postopka, torej že v predkazenskem postopku, ko žrtve sploh prvič pridejo v stik z uradnimi organi oz. osebami. Če bo ta stik primeren, torej profesionalen in razumevajoč, potem bo žrtev pridobila ustrezno zaupanje, kar ji bo omogočilo tudi kvalitetno sodelovanje v nadaljnjem kazenskem postopku, kjer se bo morala soočiti s pričanjem in posledičnim (včasih tudi neugodnim) preverjanjem njenih izjav s strani obrambe obdolženca.

Pomemben vidik tovrstnega usposabljanja in izobraževanja mora biti tudi ozavešanje predsodkov, ki jih imajo naštetih udeleženci v zvezi s spolnostjo oz. v zvezi s tem, kaj sploh upravičuje poseg drugih posameznikov v to najbolj zasebno sfero človekove osebnosti in kaj ne. Gotovo je to izrecno izraženo soglasje, zaplete pa se že pri tem, katera »konkludentna« ravnanja je šteti kot (tiho) soglasje k spolnemu odnosu oz. dejanju. Ravno glede tega vprašanja se nazori udeležencev lahko še kako razlikujejo, saj gre tu za vprašanje posameznikovih vrednot oz. morale, kar pa seveda ni v skladu s temeljnim načelom kazenskega prava – načelom zakonitosti. Naslovniki (kazenskopravnih) norm imajo namreč pravico, da vnaprej vedo, kje je meja med še dovoljenim in že prepovedanim (*lex certa*), ta meja pa mora biti tudi zaznavna v zunanjem, materialnem svetu. Tudi v primeru reforme obstoječega modela prisile v model »da je da« ali »ne je ne« je treba ta merila jasno vzpostaviti, saj ne smejo biti odvisna zgolj od moralnih nazorov in lestvice vrednot konkretnega udeleženca kazenskega postopka, predvsem sodnika, ki bo odločal o krivdi obdolženca. Zgodovinska izkušnja namreč kaže, da to na široko odpira vrata možnostim vsakršnih zlorab kazenskopravne represije. Pot v pekel je pač običajno tlakovana z najboljšimi nameni.

Izkušnje žrtev kot smerokaz za potrebne spremembe

1. Pomen perspektive žrtev

»V zadnjih mesecih je postal impotenten, kar ga je zelo jezilo. Za svojo impotenco je krivil mene in postal zato še bolj nadležen. Silil je vame, me otipaval, grabil povsod ... Hotel je, da ga nekako zadovoljim. Kadar je bil tak, mi je bilo najhuje.«

Na Društvu za nenasilno komunikacijo, kjer se vsakodnevno srečujemo z žrtvami nasilja, takšne pripovedi niso redke. Pripovedi o spolnem nasilju, ki se ne dogaja na temačnih ulicah zapuščenih mest, temveč doma,¹ o posilstvih,² ki jih ne storijo neznanci, temveč intimni partnerji_ke. Na nas se obrnejo tudi dekleta in ženske, katerih bežno poznanstvo na zabavi ali večerna pot domov se je končala s posilstvom, a takšnih primerov je manj. Možnost, da bo oseba doživela spolno ali katero drugo obliko nasilja, je največja prav v odnosih z osebami, kjer se storilec in žrtev poznata. V takšnih okoliščinah osebe navadno ne izrazijo nestrinjanja s spolnim odnosom in se mu tudi ne uprejo, saj bi bilo to zanje preveč tvegano. Po trenutno veljavni ureditvi, ki pri kaznivih dejanjih posilstva in spolnega nasilja sledi modelu prisile, velik del posegov v spolno nedotakljivost sploh ni opredeljen kot kaznivo dejanje, zato tako žrtve kot storilci_ke prejemajo sporočila, da so tovrstna dejanja sprejemljiva in dopustna. Tako naši_e sodelavci_ke, ki delajo z moškimi, ki povzročajo spolno nasilje, pogosto slišijo: *»Nisem vedel, kaj delam narobe.«* Ali: *»Če sva poročena, pa ja lahko spim z njo, če mi paše.«* Neredko povezujejo spolnost z izkazovanjem ljubezni: *»Jaz sem hotel, da seksava vsak dan in ker ona ni hotela, sem mislil, da me nima rada.«* Večini sicer pogovor o spolnem nasilju zbuja občutke sramu, zato se mu poskušajo izogniti ali speljati v humor: *»Kaj je to kaj takšnega, če ženo malo zagrabiš za rit?«* Tudi ženske, ki nam opisujejo spolno nasilje, ki so ga doživele ali ga doživljajo, so v zadregi. Navadno je spolno nasilje zadnja izmed oblik nasilja, o kateri spregovorijo. Vendar se pri tem ne smeji in ne

¹ Pri našem delu ugotavljamo, da se največ spolnega nasilja zgodi v domačem okolju, kar je pokazala tudi empirična študija *Sila, objektivno sposobna streti odpor* iz leta 2019, iz katere je razvidno, da je v 70 % kraj spolnega kaznivega dejanja zasebni prostor, od tega 27,7 % na skupnem domu storilca in žrtve, 17 % na domu žrtve in 34 % na domu storilca.

² Izraza posilstvo oziroma spolno nasilje ne uporabljamo v smislu kaznivega dejanja, kot ga definira v času pisanja veljavni Kazenski zakonik (KZ-1, Ur. l. RS št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20 in 91/20), temveč širše, torej kot dejanje s spolno vsebino, ki ga žrtev ni želela in z njim ni soglašala. Kjer govorimo o kaznivem dejanju, kot ga razume slovenska kazenskoppravna zakonodaja, je to izrecno navedeno.

iščejo humornih plati. Ker vedo, da jih ni: »Najprej je imel hud izbruh, norel je po stanovanju, da sem bila vsa prestrašena. Ko se je pomiril, mu je bilo žal in je hotel, da se ‚malo pocrkcljava‘. Seveda mi ni bilo do tega. In se je spet začelo – očitki, da ga varam, da ga nimam rada, ker si ne želim spolnosti z njim ...«

Spremembe na področju definicije kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost bodo v prvi vrsti vplivale na življenja storilcev in storilk ter žrtev kaznivih dejanj, a hkrati tudi na življenja vsakega izmed nas. Zato je pri odločanju o spremembah treba zasledovati širši družbeni konsenz in ne le mnenja pravne stroke, zato je bistveno, da se upošteva tudi pogosto spregledano perspektivo žrtev. Če smo se kaj naučili od gibanj, kot je #metoo oziroma #jztudi v Sloveniji, je to, da se z zgodbami žrtev odpira povsem nov pogled, s katerim se odmikamo od mitov o spolnem nasilju in posilstvih ter se približujemo realni sliki. Pri tem je potrebna velika mera previdnosti, da zgodb ne izkoristimo za senzacionalizem, moraliziranje ali pritegovanje pozornosti, temveč jih uporabimo kot to, kar so – glas žrtev in način, kako lahko svojo izkušnjo osmislijo, jo pomagajo preprečiti pri ostalih ljudeh in ne ostanejo le žrtve, temveč postanejo preživele. »Dobro vem, kaj pomeni, če si kot otrok zlorabljen, pa ne veš, kaj bi naredil in si sam v vsem skupaj. Kot odrasla sem našla pomoč. Tudi prijavo sem vložila. V kazenskem postopku sem se morala znova soočiti z vsem skupaj. Mislila sem, da ne bom zmogla. Potem sem se vključila v skupino za samopomoč in tam sem slišala podobne zgodbe. Druge ženske so me spodbujale in mi stale ob strani. Ne vem, če bi zmogla, če ne bi videla, da so dale tudi druge to čez. Že samo to, da nisem edina, mi je pomagalo. Zdaj bi tudi jaz rada pomagala drugim, da se ne bodo počutile tako same, kot sem se jaz kot otrok.« To ni osamljena izkušnja, podobno povedo skoraj vse osebe, ki imajo izkušnjo (spolnega) nasilja. Žrtvam nasilja pomaga, da slišijo, da niso same, da niso edine. Tudi vsi_e, ki delamo z njimi pri nujenju pomoči, sledimo temu, kar nam s svojimi zgodbami pripovedujejo. Kajti to niso le zgodbe o nasilju, temveč tudi zgodbe o tem, kako nasilje preživeti, kako se soočiti s posledicami, kako si pomagati. Vedno znova ugotavljamo, kako pomembno lahko zgodbe žrtev prispevajo k spremembam v družbi, in menimo, da jih je nujno upoštevati tudi pri kazenskoopravnih spremembah.

2. Kultura posilstva

Pred nekaj leti se je, v povezavi s spolnim nadlegovanjem na primorski univerzi, ki je delno že dobilo sodni epilog, ter na Univerzi v Mariboru, v javnosti začelo nekoliko glasneje govoriti o spolnem nasilju ter o tem, da so tudi univerze oziroma fakultete prostor, kjer se dogaja nasilje in nadlegovanje. V obeh omenjenih primerih je šlo za nadlegovanja s strani zaposlene osebe do druge zaposlene osebe.

Čeprav so mediji o obeh primerih precej obširno poročali,³ očitno še ni bil pravi čas in ni prišlo do tega, da bi se tudi javnost aktivirala in zahtevala spremembe. Do tega je prišlo kasneje, ko so na spolno nadlegovanje, ki ga na fakultetah izvajajo nekateri zaposleni, začele opozarjati tudi študentke. Najglasneje so začele o tem govoriti študentke iz raziskovalne iniciative Rezistenca, ki so izvedle anketo⁴ o razsežnosti problema, pozornost javnosti pa se je usmerila tudi na dva disciplinska postopka proti profesorju na Univerzi v Ljubljani, oba povezana (tudi) s spolnim nadlegovanjem. Približno v tem času so o svoji izkušnji spregovorile nekatere znane igralko iz Beograda, Sarajeva in Zagreba, o svoji izkušnji spolnega nadlegovanja s strani profesorja pa je kot prva javno spregovorila tudi slovenska igralka Mia Skrbinac. Šele po vsem tem se je odprla široka javna debata o spolnem nadlegovanju. Pojavila so se vprašanja, kako se takšnih primerov lotiti, o tem, ali zakonodaja v zadostni meri štiti žrtve, o ustreznosti pravilnikov, kako nasloviti temo v predavalnicah in druga. Enako pomembno kot to, da bodo univerze in fakultete končno prenovile ali spisale pravilnike in smernice, ki bodo pomagali pri učinkovitejšem odzivu na nasilje, je tudi to, da smo se končno začeli pogovarjati o tem, kakšno vedenje je v določenih okoljih dopustno in kakšno ne. Začeli smo se pogovarjati o mejah, o odnosih moči in njeni zlorabi za rušenje mej, o seksizmu in mizoginiji, s katerima je preprejena naša družba, ter o številnih drugih temah, ki na videz nimajo veliko skupnega s kaznivim dejanjem posilstva, v resnici pa imajo skupnega marsikaj. Na Društvo za nenasilno komunikacijo so se pogosteje začele obračati študentke, ki so se ob vedenju določenih profesorjev spraševale, ali so ti morda prestopili svoje meje. Večina ni govorila o spolnem nasilju ali nadlegovanju, temveč o dvomu v svoje zaznave, o tem, da so morda preobčutljive, spraševale so se, ali gre za nekakšno simbolno iniciacijo v svet odraslosti, ki jo morajo sprejeti, in iskale načine, kako stike z določenimi profesorji zmanjšati na najmanjšo možno mero, ter druge načine zaščite. Praviloma so želele ostati anonimne, saj so se bale posledic, če spregovorijo.

V javnosti je vedno bolj prihajalo v ospredje tudi zavedanje, da je vedenje profesorjev, ki spolno nadlegujejo, tudi »posledica« družbenih razmer, v katerih jim je

³ Na primer: Carl, E. (5. 5. 2017). Sodišče: Rektor Marušič trpinčil in spolno nadlegoval direktorico študentskih domov. Pridobljeno na <https://www.rtvlo.si/slovenija/sodisce-rektor-marusic-trpincil-in-spolno-nadlegoval-direktorico-studentskih-domov/421488>. MMC RTV SLO; Cehnar, J. (7. 2. 2021). Spolno nadlegovanje na mariborski univerzi: Včasih pometanje pod preprogo, drugič odločno ukrepanje. *Večer*. Pridobljeno na <https://www.vecerkoroska.com/vk/aktualno/spolno-nadlegovanje-na-mariborski-univerzi-vcasih-pometanje-pod-preprogo-drugic-odlocno-ukrepanje-10234653>; Rak, P. (27. 1. 2016). Mobing in spolno nadlegovanje na rektoratu. *Delo*. Pridobljeno na <https://old.delo.si/novice/slovenija/mobing-in-spolno-nadlegovanje-na-rektoratu.html>.

⁴ Anketo je še vedno mogoče izpolniti na spletnem mestu <https://1ka.arnes.si/a/1646>.

takšno početje dovoljeno. Spolno nadlegovanje in druge oblike posegov v spolno nedotakljivost, vključno s posilstvi, so namreč možni v družbi, ki jih dopušča, torej v družbi, ki jih spregleda, opravičuje, normalizira, ignorira in ne sankcionira. Čeprav bi radi verjeli drugače, je takšna tudi naša, t. i. zahodna kultura. Gre za družbo, ki dekleta socializira v »nežnejši spol«, v podredljive, nemočne, ustrežljive in vedno prijazne ženske, fante pa, po drugi strani, v osvajalske, agresivne, prodorne in pokroviteljske moške. Še vedno živimo v družbi, kjer otipavanje deklic s strani vrstnikov po osnovnošolskih hodnikih mnogi dojemajo kot »del odraščanja«, kjer se od študentk in študentov pričakuje, da se bodo le nasmehnile_i, ko profesor pove obsceno šalo, kjer moški na položajih moči s tviti pozivajo k nasilju nad ženskami in, konec koncev, v družbi, kjer tudi z zakonodajo sporočamo, da je vsaka in vsak izmed nas ves čas na voljo za spolni odnos s komerkoli, če slučajno tako jasno in glasno ne izrazi »ne«, da mora storilec, da bi njegovo dejanje lahko označili kot posilstvo, uporabiti silo – v takšni družbi so posilstva ne le mogoča, ampak tudi sprejeta kot nujno zlo. Za takšno kulturo se je v sedemdesetih letih 20. stoletja uveljavil izraz kultura posilstva. To je kultura, kjer je posilstvo nekaj tako pričakovane in običajnega, kot je običajno in pričakovano, da se rodimo, umremo in plačujemo davke.⁵ Dianne Herman v svojem članku,⁶ kjer kot prva definira kulturo posilstva, zapiše, da je število posilstev v določeni družbi pokazatelj, kako močno so prisotni tradicionalni pogledi na to, kakšno naj bi bilo primerno vedenje za ženske in kakšno za moške. To je kultura, ki s pomočjo medijev, družbenih omrežij ter izobraževalnega procesa sprejema in spodbuja dominanco moških, seksizem, toksično moškost ter mite o spolnem nasilju. Od seksizma in neenakih možnosti do spolnega nadlegovanja, ki jih še povečuje, pa je le korak. Spletni medij Metina lista je v letu 2018 spremljal slovenske medije in ugotovil, da so 71 % medijskega prostora, ki so ga analizirani časniki namenili intervjujem, kolumnam in komentarjem, zasedli moški, 29 % pa ženske.⁷ Učbeniki za slovenski jezik so še vedno polni del moških avtorjev in le sem in tja se najde tudi kakšna avtorica. Ne smemo pozabiti tudi na to, da ima Slovenska akademija znanosti in umetnosti med svojimi člani_cami 154 moških in le 16 žensk. Slovenska znanost in umetnost sta moškega spola. Tudi vse naštetje je pokazatelj tega, komu se še vedno pripisuje večjo družbeno težo in kdo ima posledično večjo družbeno moč. Zato nas ne čudi, da so še vedno ženske tiste, ki trčijo ob stekleni strop, ko se je treba potegovati za vodstvene položaje. Moški prev-

⁵ Burnett, A. (2016). Rape Culture. V: *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Gender and Sexuality Studies*. Pridobljeno na <https://doi.org/10.1002/9781118663219.wbegss541>.

⁶ Herman, D. F. (1984). The Rape Culture. V: *Women. A Feminist Perspective*, str. 45–53. Mountain View CA: Mayfield.

⁷ Metina lista (2019). Pregled leta 2018 – Ženske v časopisnih medijih. Pridobljeno na <https://metinalista.si/pregled-leta-2018-zenske-v-casopisnih-medijih/>.

zemajo vodstvena mesta v nesorazmerno večjem deležu celo v poklicih, kjer prevladujejo ženske. Med osnovnošolskimi učitelji_cami je na primer le dobrih 10 % moških, a kar ena četrтина oseb na delovnem mestu ravnateljice v osnovnih šolah je moškega spola.⁸

To je tudi kultura, v kateri fante vzgajamo, naj vztrajajo, tudi če dekleta reče ne, dekleta, naj ne bodo one pobudnice, naj ostanejo pasivne in zgolj privolijo ali (če je res nujno) odklonijo dvorjenje, vzgajamo jih, da morajo biti vedno prijazne, namesto da bi jih naučili, kako asertivno postaviti in zaščititi svoje meje. Smejimo se šalam o posilstvih, ki pomenijo tiho soglasje k posilstvu, ga minimalizirajo in opravičujejo. V takšnem okolju je posilstvo bolj mogoče.

Kultura posilstva pa ni le kultura premoči in zlorabe moči moških nad ženskami, temveč je tudi poskus podrejanja in nadzorovanja vseh, ki ne ustrezajo heteronormativnosti in se ne prepoznajo znotraj prevladujočih spolnih identitet in usmerjenosti ali tistih, ki ne ustrezajo podobi, ki se tradicionalno pripisuje določenemu spolu. Transspolne osebe in geji so zato, tako kot ženske, pogostejše žrtve nasilja in spolnega nadlegovanja. Dečki ali moški, ki navzven izkazujejo poteze, tradicionalno pripisane ženskam (nežnost, jasnejše izražanje čustev in občutkov ...), ki torej odstopajo od vsiljene podobe »prave« moškosti, hitreje postanejo žrtve spolnega nasilja, katerega namen je izkoristiti in zlorabiti premoč za poniževanje, ustrahovanje, utišanje in podreitev. Gre za enak poskus ohranjanja trdne, hierarhične in neprebojne strukture, kot ga opazamo pri nasilju nad ženskami.

Družbena realnost se je od sedemdesetih let prejšnjega stoletja, ko se je uveljavil izraz kultura posilstva, v marsičem spremenila. Tudi zakonodaja lahko narekuje in pospeši družbene spremembe, kar smo videli na primeru nasilja v družini, kjer imamo zgledno urejeno zakonodajo. Zakonodaja pa ni le tista, ki lahko družbene spremembe pospeši, temveč jim mora tudi slediti in jih upoštevati. Trenutna kazenskoppravna zakonodaja jim pri definiciji kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost ne, zato je sprememba nujno potrebna.

3. Osveščanje in izobraževanje o spolnem nadlegovanju in kaznivih dejanjih zoper spolno nedotakljivost

Ko govorimo o spolnem nadlegovanju, običajno govorimo o neprimernih ravnanjih s spolno vsebino, ki pa jih kot kaznivih ne določa Kazenski zakonik.⁹

⁸ Statistični urad RS (2017). Strokovni delavci v osnovnih in srednjih šolah za mladino in odrasle. Pridobljeno na <https://www.stat.si/StatWeb/news/Index/6940>.

⁹ Kazenski Zakonik (KZ-1, Ur. l. RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20 in 91/20).

Ta ravnanja definirajo (in kot prepovedana določajo) različni drugi zakoni, npr. Zakon o delovnih razmerjih,¹⁰ Zakon o varstvu pred diskriminacijo,¹¹ Zakon o preprečevanju nasilja v družini¹² in ne nazadnje tudi Zakon o varstvu javnega reda in miru.¹³ Pravno gledano jih strogo ločimo od kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost, pa vendar ne moremo mimo dejstva, da gre v osnovi le za različen izraz iste težave. Seveda ne želimo enačiti spolnega nadlegovanja s posilstvom, a poudariti želimo, da imata oba pojava podobne družbene vzroke in posledice. V obeh primerih gre za neupoštevanje in rušenje osebnih mej. Nadalje, v večini primerov je prisotna neenaka razporeditev moči, sploh ko govorimo o spolnem nadlegovanju v akademskem okolju ali na delovnem mestu, saj najpogosteje nadleguje oseba, ki ima pozicijsko in družbeno več moči od osebe, ki je nadlegovana. Enako lahko opazimo pri povzročanju drugih oblik nasilja. Obe vrsti nasilja družbi tudi še vedno prisotna visoka stopnja družbene tolerance ter (pre) pogosto iskanje razlogov za nasilje v vedenju žrtve ali okoliščinah, kot so opitost, stres in podobnih. Ne glede na družbene okoliščine in rizične dejavnike, ki so lahko povod (a ne vzrok!) za nasilje, storilcu ne smemo odvzeti odgovornosti za povzročeno nasilje. »Sama sem šla z njim v stanovanje,« je začela minimalizirati odgovornost povzročitelja gospa, ki jo je posilil prijatelj. »Lahko bi vedela, da ni

¹⁰ Prepovedano je spolno in drugo nadlegovanje. Spolno nadlegovanje je kakršna koli oblika ne-želenega verbalnega, neverbalnega ali fizičnega ravnanja ali vedenja spolne narave z učinkom ali namenom prizadeti dostojanstvo osebe, zlasti kadar gre za ustvarjanje zastraševalnega, sovražnega, ponižujočega, sramotilnega ali žaljivega okolja. Nadlegovanje je vsako neželeno vedenje, povezano s katero koli osebno okoliščino, z učinkom ali namenom prizadeti dostojanstvo osebe ali ustvariti zastraševalno, sovražno, ponižujoče, sramotilno ali žaljivo okolje (prvi odstavek 7. člena Zakona o delovnih razmerjih, ZDR-1, Ur. l. RS, št. 21/13, 78/13 – popr., 47/15 – ZZSDT, 33/16 – PZ-F, 52/16, 15/17 – odl. US, 22/19 – ZPosS, 81/19 in 203/20 – ZIUPOPĐVE).

¹¹ Spolno nadlegovanje je kakršna koli oblika ne-želenega verbalnega, neverbalnega ali fizičnega ravnanja ali vedenja spolne narave z učinkom ali namenom prizadeti dostojanstvo osebe, zlasti kadar gre za ustvarjanje zastraševalnega, sovražnega, ponižujočega, sramotilnega ali žaljivega okolja (drugi odstavek 8. člena Zakona o varstvu pred diskriminacijo, ZVarD, Ur. l. RS, št. 33/16 in 21/18 – ZNOrg).

¹² Spolno nasilje so ravnanja s spolno vsebino, v katera žrtev ne privoli, je vanje prisiljena ali zaradi svoje stopnje razvoja ne razume njihovega pomena, grožnje z uporabo spolnega nasilja ter javna objava spolnih vsebin o žrtvi (četrty odstavek 3. člena Zakona o preprečevanju nasilja v družini, ZPND, Ur. l. RS, št. 16/08, 68/16 in 54/17 – ZSV-H).

¹³ Nedostojno vedenje je vedenje posameznika ali skupine, s katerim povzroči vznemirjenje ali razburjenje ali ogrožanje posameznika ali skupine ali kadar z žaljivimi besedami in dejanji škoduje ugledu posameznika ali skupine ali uradne osebe pri uradnem poslovanju (5. točka 2. člena Zakona o varstvu javnega reda in miru, ZJRM-1, Ur. l. RS, št. 70/06 in 139/20). Skladno s tretjim odstavkom 7. člena Zakona o varstvu javnega reda in miru se kot prekršek nedostojnega vedenja preganja tudi spolno občevarje na javnem kraju, razkazovanje spolnih organov ali vsiljivo ponujanje spolnih uslug, kar koga moti, povzroči vznemirjenje ali zgražanje ljudi.

mislil, da bova samo klepetala. In ko me je začel poljubljati, se mu nisem prav nič uprla. Ko pa sem ga hotela odriniti, ko mi je začel odpenjati hlače, je bilo že prepozno. Rekel mi je, da ga ne morem pustiti kar takole zrajcanega ...» Gospa ni niti enkrat uporabila besede posilstvo ali nasilje. Govorila je o tem, da je naredila napako, o svoji napačni oceni prijatelja, o tem, da se mu zdaj izogiba in da je tudi sicer bolj previdna. Tako se v realnem življenju pri posilstvu in drugih posegih v spolno nedotakljivost – predvsem pri spolnem nadlegovanju – srečajo stereotipi o spolu in spolnih vlogah, seksualizacija in posledično popredmetenje ženskega telesa, prepričanja o tem, s kakšnim vedenjem si ženska sama tlakuje pot do nasilja, ter vseprisotni miti o nasilju. Stereotipi in miti pomagajo vzdrževati privilegiran položaj določenih skupin in posameznikov_ic ter ohranjati podrejenost drugih in prav zato so tako trdovratni. Osebe z malo moči se težko borijo proti njim, osebam z veliko moči pa pogosto ni do tega, še posebno kadar se svoje privilegiranosti ne zavedajo. Zaradi navedenega se nam zdi pomembno skupaj naslavljati vse oblike spolnega nadlegovanja in drugih oblik spolnega nasilja.

A tudi ko bomo ustrezno naslovili omenjeno problematiko in začeli javno odpirati vprašanja spolnega nasilja in nadlegovanja, se pojavnost spolnega nadlegovanja še ne bo zmanjšala, če bo nasilje ostajalo nesankcionirano in na ta način tudi tiho tolerirano. Na tožilstvu je zavržena dobra tretjina vseh ovadb, povezanih s kaznivimi dejanji posilstva, spolnega nasilja in spolne zlorabe slabotne osebe, skoraj polovica obsodb pa je pogojnih.¹⁴ Razumemo težnjo, da je kazen zavora skrajni ukrep, hkrati pa razumemo tudi razočaranje žrtev, ki jim storilec reče: »*Vidiš, da nič nisem naredil narobe, sodišče me ni poslalo v zapor.*« Storilci pogojno obsodbo, ki ni pospremljena z dodatnimi ukrepi, namreč pogosto interpretirajo kot oprostilno sodbo. Žrtve tudi sicer le redko čutijo zadoščenje ob izrečni pogojni obsodbi, saj jo pogosto napačno interpretira tudi okolica (storilec je na prostosti, torej ni kriv), hkrati pa so soočene z neodobravanjem prijave nasilja: »*Kaj mi pomaga, če je bil obsojen, če me pa še vedno grdo gledajo, da sem ga prijavila. So rekli, da sem razdrila našo klapo.*« Dokler bo obstajal družbeni pritisk, da je treba zaščititi storilca (»*Službo bo izgubil, če ga boš prijavila.*«, »*Otrokom boš vzela očeta.*«, »*Veš, kako mu je žal. Poskusi mu oprostiti in pojdi naprej!*«), se bodo žrtve še vedno težko odločale za prijave. Še pomembneje pa je to, da brez spremenjenega odnosa okolice ter strokovnih delavk in delavcev, s katerimi sodelujejo v postopkih, ne bodo dobile sporočila, da je bilo spolno nasilje neustrezno dejanje in da je prav, da odgovornost in posledice nosi povzročitelj.

¹⁴ Plesničar, M. M. in Ambrož, M. (2019). Sila, objektivno sposobna streti upor. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. Pridobljeno na <https://podatki.gov.si/dataset/ef5e9150-b8ca-43ac-8cf9-0f96782053f1/resource/68012660-1a6e-4058-aa5b-c24eb810da56/download/silaobjektivnosposobnastretiodporanonim.pdf>.

Ozaveščanju o spolnem nadlegovanju in spolnem nasilju je zato treba posvetiti nemalo pozornosti, tako pri najmlajših v vrtcih ter osnovnih in srednjih šolah kot tudi pri odrasli populaciji, na delovnih mestih ter drugih krajih. Ozaveščanje splošne javnosti je izrednega pomena, saj večina žrtev o svoji izkušnji najprej spregovori z nekom iz svoje socialne mreže.¹⁵ Kako se bo ta oseba odzvala, lahko odločilno vpliva na to, kakšen odnos do doživetega bo izoblikovala žrtev, kako bo ocenila svojo vlogo pri vsem skupaj ter kako daljnosežne bodo posledice doživetega nasilja.

Okrepiti je treba tudi ozaveščanje in izobraževanje učiteljic in učiteljev, vseh strokovnih delavcev in delavk, ki pri svojem delu prihajajo v stik z žrtvami spolnega nasilja ter drugih. V znanju je moč za prepoznavanje, ustrezno ukrepanje ter preprečevanje vseh vrst nasilja.

Prepoznati in upoštevati moramo kontekst spolnega nadlegovanja in spolnega nasilja, vzpostaviti družbeni konsenz o ničelni toleranci do vseh oblik spolnega nasilja in nadlegovanja ter hkrati sprejeti ustrezno kazenskopravno zakonodajo ter pravilnike. Le tako se bomo premaknili k družbi, kjer bomo v odnosih enakovredni in varni.

4. Zakaj žrtve ne prijavljajo kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost?

Miti o posilstvu in drugih oblikah nasilnih dejanj zoper spolno nedotakljivost se nekritično ponavljajo in utrjujejo v splošni javnosti, še posebej zaskrbljujoče pa je, da so se zasidrali tudi v institucijah, med strokovnjakinjami in strokovnjaki, katerih delo naj bi temeljilo na znanju ter uporabi dejstev. Eden najbolj trdovratnih mitov je zagotovo ta, da ženske prijavljajo kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost, da bi se maščevale ali iz drugih pritlehnih razlogov, ne pa zato, ker bi nasilje dejansko doživele. V raziskavi Evrobarometra¹⁶ je več kot 22 odstotkov vprašanih izrazilo mnenje, da si ženske velikokrat izmislijo ali pretiravajo, ko poročajo o zlorabi ali posilstvu. Gospe, ki je bila vključena v naš svetovalni program za žrtve nasilja, je celo prijateljica sodnica – dobronamerno in povsem zasebno – svetovala, naj ne prijavi posilstva. Ob partnerjevi prisotnosti in pobudi jo je posilil partnerjev prijatelj. Prijateljica sodnica ji je povedala, da bo tako izgubila verodostojnost v postopku zaradi nasilja v družini, saj med kolegicami

¹⁵ UN Women: Research and Data: Ending Violence Against Women. Pridobljeno na: https://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/research-and-data?fbclid=IwAR-0njXizY2UcCjBSqkIzauKkLVwSCw_sJZZqBmOEXmDHtG5A6ycnO9VV0u4.

¹⁶ Evropska komisija (2016). *Eurobarometer on gender based violence*. Pridobljeno na <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2115>.

in kolegi prevladuje prepričanje, da se ženske s prijavi posilstev maščujejo. Ni nenavadno, da se takšen mit razširi prav pri kaznivih dejanjih zoper spolno nedotakljivost, katerih žrtve so v večini primerov ženske, vendar pa nas preseneča, da mit tako trdovratno vztraja kljub manku kakršnihkoli podatkov oziroma dokazov, ki bi takšno prakso potrjevali. Povzročitelji, zoper katere je ovadba zavržena, vedno znova navajajo, da so bili lažno ovadeni: »*Saj je tudi tožilstvo ovrгло ovadbo, so videli, da je lagala.*« To seveda ne drži. Tožilstvo zavrže ovadbo iz različnih razlogov, v večini primerov zato, ker ni utemeljenega suma,¹⁷ kar seveda še ne pomeni, da je oseba ob ovadbi lagala. A interpretacije zavrženih ovadb so vse prevečkrat prav takšne. Kot bi opazovali, kako se laž, ki se vedno znova ponovi, spremeni v »resnico«. To, da je okoli tretjina ovadb zaradi kaznivih dejanj posilstva, spolnega nasilja in spolne zlorabe slabotne osebe zavrženih oziroma da ne pride do obsodilnih sodb, nam prej kot o tem, da gre za lažne prijave, govori o pomanjkljivi zakonodaji in nerazumevanju vseh oblik spolnega nasilja. Resnica je, da je število prijavljenih posilstev le vrh ledene gore in da jih večina ostane neprijavljenih. Težava je »podprijavljenost« in ne »nadprijavljenost«. Agencija Evropske unije za temeljne pravice (FRA) je v letu 2014 predstavila rezultate najobsežnejše vseevropske raziskave o nasilju nad ženskami¹⁸ in po njihovi oceni je prijavljenih približno tretjina primerov dogodkov spolnega nasilja, ki so jih žrtve ocenile kot najhujše. Po podatkih Evrobarometra¹⁹ je povprečna stopnja prijav za Slovenijo še manjša, 16 odstotkov.

Razlogov za takšno podprijavljenost je seveda več. Nekateri so povsem osebni – gre za tako travmatične izkušnje, da jih žrtve ne želijo vedno znova opisovati in se jih s tem ponovno spominjati. Nekatere se bojijo, da jim ne bodo verjeli ali da se bo okolica obrnila proti njim. Srečamo tudi številne, ki spolnega nasilja sploh ne prepoznajo, če se to zgodi znotraj partnerskega odnosa ali če ni bila uporabljena sila, saj je prepričanje, da je spolno nasilje ali posilstvo lahko povezano le s fizičnim napadom (neznanca), še vedno tako močno prisotno. Neka gospa je povedala, da je vedno, ko je prišel partner domov pod vplivom alkohola, vedela, da bo želel imeti z njo spolni odnos. Ko se mu je v preteklosti dvakrat uprla in se tako izognila posilstvu, z njo ni govoril cel mesec, vsa sporočila pa ji je prenašal

¹⁷ Plesničar, M. M. in Ambrož, M. (2019). *Sila, objektivno sposobna streti upor*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. Pridobljeno na <https://podatki.gov.si/dataset/ef5e9150-b8ca-43ac-8cf9-0f96782053f1/resource/68012660-1a6e-4058-aa5b-c24eb810da56/download/silaobjektivnosposobnastretiodporanonim.pdf>.

¹⁸ FRA – Agencija Evropske unije za temeljne pravice (2014). *Nasilje nad ženskami: vseevropska raziskava*. Luxembourg: Urad za publikacije Evropske unije. Pridobljeno na https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_sl.pdf.

¹⁹ Evropska komisija (2016). *Eurobarometer on gender based violence*. Pridobljeno na <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2115>.

s pomočjo triletnega otroka. Tudi takšna, da se »mami kurba z drugimi«. Otroka je želela pred tem zaščititi, zato se partnerju ni več upirala. Gospa v varni hiši je povedala, da je bilo to, da je »zdržala tiste tri minute«, pa naj se ji je to še tako upiralo, veliko manj hudo, kot to, kar bi sledilo, če bi rekla »ne«, kot je počela v preteklosti. Te ženske so vedele, da se je upirati zaman, izgubile so vsakršno upanje, da lahko kakorkoli preprečijo, da bi jih partner posilil, zato se niso upirale in njihovim partnerjem ni bilo treba uporabiti nikakršne sile. Že sama premoč v odnosu, ki so jo njihovi partnerji v preteklosti zlorabili na številne načine, je bila dovolj. Same pa partnerjevih dejanj niso imele za posilstvo prav zato, ker ni bila uporabljena sila in ker so mislile, da so »na to same pristale«, ker se niso upirale. Niti pomislile niso, da bi takšna dejanja prijavile. Pri tem ne gre prezreti tudi podatka raziskave Evrobarometra,²⁰ v katerem je kar 11 odstotkov vprašanih izrazilo mnenje, da ne bi smelo biti nezakonito, če si v spolni odnos prisiljen_a s strani intimnega partnerja_ice.

Verjetno je eden od razlogov za podprijavljenost tudi težko dokazovanje posega v spolno nedotakljivost. Velika večina nasilja se zgodi stran od oči javnosti ali kakršnihkoli opazovalcev in opazovalk. Pogosto se dogaja za zaprtimi vrati domov, kabinetov, garderob. Neredko je zlorabljen zaupanje, saj gre velikokrat za odnose bližine ali naklonjenosti. Pogosto so edini dokazi izjave žrtve in izjave storilca. Kljub vsemu pa težave pri dokazovanju ne opravičujejo dejstva, da so kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost tako močno podprijavljena in da je tako veliko število ovadb zavrnjenih. Žrtve prepogoste zgodbe o zavrnjenih ovadbah ali oprostilnih sodbah in pomanjkanje takih, ki bi govorile o ustreznem sankcioniranju, odvrčajo od tega, da bi spolno nasilje prijavile.

Ko se žrtev vendarle odloči, da bo podala prijavo, se mora pogosto soočiti s poniževanji in očitki, da je na nek način soodgovorna za dejanje, z minimaliziranjem, spraševanjem o okoliščinah, ki za obstoj kaznivih dejanj niso pomembne, ter z nepredstavljivo dolgimi postopki. Gospo, ki se je obrnila na naše društvo, je kot mladoletno zlorabljal družinski prijatelj, zaradi posledic je bila tudi hospitalizirana. Prijavo spolnega nasilja je podala leta 2017. Kazenski postopek skoraj štiri leta zatem še vedno ni zaključen! V vsem tem času je morala svojo zgodbo podrobno obnoviti najmanj štirikrat, zato jo je (najmanj) tolikokrat tudi podoživela. Najprej je o zlorabi spregovorila v okviru psihiatričnega zdravljenja, nato ob prijavi na policijo, v preiskavi pred preiskovalno sodnico ter na glavni obravnavi. V vsem tem času je ni nihče informiral o njenih pravicah v kazenskem postopku. Želi si, da prijave ne bi nikoli podala. Tudi pri njej je svetovalka slišala dobro znani stavek: »Če bi vedela, kako in koliko časa bo vse skupaj potekalo, se ne

²⁰ Evropska komisija (2016). *Eurobarometer on gender based violence*. Pridobljeno na: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2115>.

bi nikoli odločila za prijavo.» Veliko jih je že povedalo nekaj podobnega, med drugim tudi gospa, ki je doživela posilstvo in je bila po prijavi nasilja vabljen, da poda izjavo na poligraf. Ko je vstopila v prostor, ji je preiskovalec rekel, da je »gospod že podal izjavo na poligraf in da je zelo dobro opravil«. Gospa, ki se je zaradi posilstva soočala s hudo anksioznostjo in depresivnim razpoloženjem, je ob tej izjavi doživela panični napad in zapustila prostor. V nadaljnjem postopku ni zmogla sodelovati in obtožnica ni bila vložena.

Kot smo videli, razlogi, zakaj se žrtve tako težko odločajo za prijavo spolnega nasilja, segajo od povsem osebnih do družbenih in sistemskih. Kaj pa spodbudi tiste, ki se za prijavo vendarle odločijo? Po naših izkušnjah večino žrtev k prijavi spolnega nasilja najpogosteje motivira iskrena želja, da bi nekdo jasno postavil mejo storilcu in da bi se njegovo neprimerno početje ustavilo. *»Nočem, da to dela tudi drugim,«* najpogosteje slišimo med motivi za prijavo. Da ne bi bilo še več žrtev. Žrtev namreč dobro razume druge žrtve, saj ve, kako hude posledice lahko nasilje pušča in kako težko je o tem govoriti. To razumevanje potrebujemo mi vsi.

5. Zakaj je sprememba zakonodaje s področja kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost nujna?

Pri delu na področju ustavljanja in preprečevanja nasilja opažamo številne pozitivne učinke, ki so jih prinesle zakonodajne spremembe na področju nasilja v družini. To je zakonsko že zelo dobro regulirano in omogoča različne načine zaščite žrtve. Tega žal ne moremo reči za področje kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost in drugih oblik spolnega nadlegovanja. Sprememba definicije kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost, s pomočjo katere se bodo kršitve pravice do spolne samoodločbe lažje preganjale ter sankcionirale, žrtve pa bodo dobile potrebno zaščito, je nujno potrebna.

V dolgotrajnih postopkih so žrtve pogosto ponovno viktimizirane in travmatizirane. Gospa, ki se je po posilstvu obrnila na naše društvo, je povedala, da jo je posilil znanec. Že ob prvem srečanju ji je predlagal spolne odnose, a ga je zavrnila. Kljub temu jo je začel objemati, jo poljubljal in siliti vanjo. Ona se mu je izmikala in ponovila, da si ne želi spolnosti. On je vztrajal. Začel ji je odpenjati hlače in slačiti spodnjice. Gospa jih je potegnila nazaj. Vztrajal je in ji spodnjice potegnil dol drugič. Takrat se gospa ni več zmogla upirati, saj je njeno telo povsem otrpnilo. Ni se več upirala in on jo je posilil. Podala je prijavo na policijo, ki je ovadbo poslalo tožilstvu. Do takrat sta bila za njo že dva obiska policije, že dve ponovitvi zgodbe pred ljudmi, ki jih ni poznala. Psihično se je pripravljala na to, da bo ponovno zaslišana v preiskavi in kasneje na glavni obravnavi, a žal do tega ni prišlo. Tožilstvo je namreč ovadbo zavrglo z utemeljitvijo, da je *»nedvomno,*

da je bil osumljenec v svoji želji po spolnem odnosu z oškodovanko vztrajen in je oškodovanko poljubljaj in otipaval, kljub temu da se mu je umaknila, ter si, potem ko jo je slekel, oblekla nazaj majico in hlače, a ko jo je drugič vprašal, če bosta imela spolni odnos, oškodovanka ni odgovorila. Očitno je osumljeni to razumel kot pristanek, saj je potem oškodovanki slekel hlače. Takrat jih oškodovanka ni potegnila nazaj gor, kot je storila prej in tudi ta okoliščina je osumljencu sporočala, da lahko nadaljuje ...» Pri tem se tožilstvo sploh ni opredelilo do rane na vaginalnem predelu, ki jo je gospa utrpela med posilstvom, ter povsem spregledalo in se sploh ni ukvarjalo s specifičnim psihološkim stanjem gospe. Gospa je bila zaradi dejanja zelo prizadeta ter zaradi posledic tudi hospitalizirana, sklep tožilstva pa je interpretirala na način, da je sama naredila nekaj narobe, ker pri svojem nestrinjanju s spolnim odnosom ni vztrajala oziroma se mu ni zmogla upreti. To je njeno okrevanje otežilo in ji še dodatno odvzelo moč.

Takih in podobnih primerov trenutno veljavna zakonodaja in praksa ne naslavlja primerno. Vrhovno sodišče je sicer v več odločitvah izrecno zapisalo, da ni treba, da je sila velika, mora pa biti taka, da stre oškodovankin odpor tako, da mora trpeti določena spolna dejanja.²¹ S tem se je precej oddaljilo od ozkega pojmovanja sile kot le izredno močne in objektivno velike fizične sile, ampak se sila (lahko tudi ne »kdo ve kako velika«) presoja tudi ob upoštevanju izražene volje oškodovanke in njene pravice do spolne samoodločbe. Ne glede na to pri svojem delu ugotavljamo, da se postopek za mnoge žrtve zaključí že na tožilstvu, kar je s systemskega vidika problematično, saj onemogoča nastanek sodne prakse. Seveda pa tovrstna praksa tožilstva najbolj negativno vpliva na žrtve, ker jih postavlja v neprijeten in v mnogih primerih nemogoč položaj, v katerem imajo sicer formalno možnost, da lahko tudi po zavrženju ovadbe začnejo pregon same, kar pa je dejansko za mnoge žrtve nemogoče. Za žrtve so namreč kazenski postopki, ki tečejo zaradi kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost, izredno psihično obremenjujoči in mnoge bi za to žrtvovale svoje duševno zdravje, česar ne želijo storiti. Poleg tega le malokatera žrtev zmore začeti pregon oziroma nadaljevati postopek brez odvetniške pomoči, ki pa si je v večini primerov finančno ne morejo privoščiti. Zagovorniške organizacije se tako znajdemo v položaju, ko želimo žrtve podpreti pri njihovih prizadevanjih za pregon kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost,

²¹ Sila se lahko manifestira tudi v obsojenčevi fizični (pre)moči in nadvladi, ki jo obdolženi uporabi nasproti oškodovanki, s čimer jo – v nasprotju z njeno voljo in pravico do spolne samoodločbe – prisili k spolnemu občevanju (Sodba Vrhovnega sodišča opr. št. I Ips 31611/2014 z dne 1. 2. 2018). Zakonski znak kaznivega dejanja spolnega nasilja ni upiranje žrtve, ampak prisiljenje oškodovanca oziroma oškodovanke, da kaj stori ali trpi. Ni treba, da je uporabljena kdo ve kako velika sila, ki pri (oškodovancu ali) oškodovanki stre odpor, tako da lahko storilec doseže ali da oškodovanka trpi določena spolna dejanja, ali da stori kakšno spolno dejanje (Sklep Vrhovnega sodišča opr. št. I Kp 54976/2011 z dne 1. 3. 2019).

vendar jim moramo pri tem odkrito povedati, da bodo postopki izredno obremenjujoči in da odnos, ki ga bodo deležne, ne bo nujno tak, kot bi si ga želele.

To pa ni edini razlog, zakaj so potrebne spremembe. Treba je tudi preseči razumevanje, da smo ljudje ves čas na voljo za spolnost, razen če povemo, da nam ni do nje. Tudi če, kot je bil eden od predlogov, model veta nadgradimo za primere, ko žrtev ne more izraziti zavrnitve, ker od strahu otrpne, ker je bila dalj časa ustrahovana s strani storilca ali ker jo je storilec s svojim nenadnim dejanjem presenetil, še vedno ohranimo takšno razumevanje. Razumevanje, ki ga potrebujemo, če želimo pokazati, da se odmikamo od kulture posilstva vsaj na načelni ravni, pa je ravno nasprotno – oseba ni pripravljena na spolnost z drugo osebo, razen če nedvoumno pokaže ali pove, da je. *Ne vem* ne pomeni *ja*. *Mogoče* ne pomeni *ja*. *Samo malo počakaj* ne pomeni *ja*. *Izmikanje* ne pomeni *ja*. *Samo ja* pomeni *ja*. Nadgrajeni model veta je seveda velika izboljšava in prava smer sprememb, a le model afirmativnega soglasja ustrezno zavaruje pravico do spolne samoodločbe. Z njim naredimo potrebno spremembo fokusa – ne zanima nas več, ali je žrtev nasprotovala, temveč to, ali je bilo za spolno dejanje pridobljeno soglasje.

»Zdaj bomo morali podpisovati pogodbe pred seksom,« nam pišejo ogorčeni posamezniki, a vemo, da podati soglasje ne pomeni tega. Pridobiti soglasje bo tudi po spremembi zakonodaje ohranilo pomen, ki ga že zdaj razume velika večina posameznikov in posameznic – da iz vedenja in/ali besed razbereš, ali si oseba želi spolnosti, ter jo pri tem upoštevaš. Z modelom afirmativnega soglasja se udeležencem kam spolnih odnosov ne nalaga posebnih novih obveznosti, ki jih ljudje do sedaj ne bi že tako ali tako izpolnjevali, predvsem pa ta model ne posega v pravice obdolžencev_enk in na noben način ne ukinja domneve nedolžnosti. S tem kazenski postopki za žrtve ne bodo postali manj obremenjujoči in kaznivo dejanje zgolj zaradi uzakonitve tega modela ne bo lažje dokazljivo, bodo pa žrtve z uzakonitvijo modela afirmativnega soglasja dobile jasno potrditev, da je poseg v njihovo spolno nedotakljivost brez njihovega soglasja prepovedan. Le upamo lahko, da se bo tudi zaradi take zakonodajne spremembe podprijavljenost kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost zmanjšala.

6. Preživele

Seveda vseh težav, s katerimi se srečujejo žrtve kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost, ne bo odpravila le sprememba definicij kaznivih dejanj. Sama sprememba zakonodaje ni dovolj, je pa nujno potrebna. S spremembo definicije posilstva po modelu afirmativnega soglasja, za katero si prizadevamo nevladne organizacije, bo postavljen temelj, na katerem bomo kot družba učinkoviteje prepoznavali, ustavljali ter tudi obsodili posege v spolno nedotakljivost. »*Nisem*

vedela, da je bilo to nasilje,» se je svetovalki, ki je vodila delavnico v srednji šoli, zaupalo dekle, ki jo je v garderobi posilil sošolec. »Nič ni bil grob, samo nehal ni, čeprav sem mu večkrat rekla, naj neha.« Dekle, ki je odraščalo v družini, v kateri je bilo prisotno nasilje, je spolno nasilje enačila, tako kot trenutna slovenska kazenska zakonodaja, z uporabo sile. Spoznanje, da je poseg v spolno nedotakljivost vsako dejanje spolne narave, ki ga oseba ne želi, ji je prineslo vsaj nekakšno olajšanje. Kako bo o zadevi odločilo sodišče, ne vemo, a precej verjetno je, da bo že tožilstvo ovadbo zavrglo. S spremembo zakonodaje se to morda ne bi zgodilo, predvsem pa bi sprememba potrdila občutke žrtve, da do tovrstnega dejanja ne bi smelo priti.

Sprememba zakonodaje, njeno ustrezno izvrševanje ter pozitivne posledice, ki bi jih sprememba dolgoročno prinesla, lahko pripeljejo do tega, da posegi v spolno nedotakljivost ne bodo več normalizirani kot sestavni del naše družbe. Brez spremembe bo pot veliko težja in daljša. Družbena klima, v kateri se posilstvo lahko presoja na podlagi tega, ali je storilec uporabil silo, da je dosegel s strani žrtve neželjeni spolni odnos, je namreč lahko vzrok, a tudi posledica definicije kaznivih dejanj.

Ob tem je treba spregovoriti tudi o temah, za katere se zdi, da nimajo neposredne povezave s posilstvi in kazenskopravnimi spremembami na področju kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost, a so, kot smo videli, s temi kaznivimi dejanji še kako povezane. Neenakost spolov ter različnih družbenih skupin in vse, kar iz teh neenakih možnosti in priložnosti izhaja, je podstat kulture posilstva, od katere se moramo umakniti. Kazenskopravna sprememba definicije posilstva in drugih kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost je predpogoj za to.

Zakonodaja in z njo povezani postopki ne morejo spremeniti dejstva, da je bila oseba viktimizirana, lahko pa pripomorejo k temu, da ne bo viktimizirana ponovno. Smisel zagovorniške in svetovalne vloge zaposlenih v nevladnih organizacijah, kjer delamo z žrtvami nasilja, je to, da žrtve ne ostanejo žrtve, temveč na neki točki postanejo preživele. Da postanejo osebe, ki so sicer preživele travmatičen dogodek ali dogodke, a si nato povrnile moč ter dostojanstvo in ponovno pridobile občutek nadzora nad svojim življenjem. Sprememba zakonodaje bi bila pri tem v veliko pomoč.

Uporabljena literatura

- Burnett, A. (2016). Rape Culture. V: *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Gender and Sexuality Studies*. Pridobljeno na <https://doi.org/10.1002/9781118663219.wbegss541>.
- Carl, E. (5. 5. 2017). Sodišče: Rektor Marušič trpinčil in spolno nadlegoval direktorico študentskih domov. Pridobljeno na <https://www.rtvsl.si/slovenija/sodisce-rektor-marusic-trpincil-in-spolno-nadlegoval-direktorico-studentskih-domov/421488>. MMC RTV SLO.
- Cehnar, J. (7. 2. 2021). Spolno nadlegovanje na mariborski univerzi: Včasih pometanje pod preprogo, drugič odločno ukrepanje. *Večer*. Pridobljeno na <https://www.vecerkoroska.com/vk/aktualno/spolno-nadlegovanje-na-mariborski-univerzi-vcasih-pometanje-pod-preprogo-drugic-odlocno-ukrepanje-10234653>.
- Evropska komisija (2016). *Eurobarometer on gender based violence*. Pridobljeno na <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2115>.
- FRA – Agencija Evropske unije za temeljne pravice (2014). Nasilje nad ženskami: vseevropska raziskava. Luxembourg: Urad za publikacije Evropske unije Pridobljeno na https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_sl.pdf.
- Herman, D. F. (1984). The Rape Culture. V: *Women. A Feminist Perspective*, str. 45–53. Mountain View CA: Mayfield.
- Metina lista (2019). Pregled leta 2018 – Ženske v časopisnih medijih. Pridobljeno na <https://metinalista.si/pregled-leta-2018-zenske-v-casopisnih-medijih/>.
- Kazenski zakonik (KZ-1, Ur. l. RS št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20 in 91/20).
- Plesničar, M. M. in Ambrož, M. (2019). Sila, objektivno sposobna streti upor. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. Pridobljeno na https://podatki.gov.si/dataset/ef5e9150-b8ca-43ac-8cf9-0f96782053f1/resource/68012660_1a6e-4058-aa5b-c24eb810da56/download/silaobjektivnosposobnastretiodporanonim.pdf.
- Rak, P. (27. 1. 2016). Mobing in spolno nadlegovanje na rektoratu. Delo. Pridobljeno na <https://old.delo.si/novice/slovenija/mobing-in-spolno-nadlegovanje-na-rektoratu.html>.
- Statistični urad RS (2017). Strokovni delavci v osnovnih in srednjih šolah za mladino in odrasle. Pridobljeno na <https://www.stat.si/StatWeb/news/Index/6940>.
- UN Women: Research and Data: Ending Violence Against Women. Pridobljeno na: https://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/research--and-data?fbclid=IwAR0njXizY2UcCjBSqkIzauKkLVwSCw_sJZZqBmOEXmDHtG5A6ycnO9VV0u4.
- Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1, Ur. l. RS, št. 21/13, 78/13 – popr., 47/15 – ZZSDT, 33/16 – PZ-F, 52/16, 15/17 – odl. US, 22/19 – ZPosS, 81/19 in 203/20 – ZIUPOPĐVE).
- Zakon o varstvu pred diskriminacijo (ZVarD, Ur. l. RS, št. 33/16 in 21/18 – ZNOrg).
- Zakon o preprečevanju nasilja v družini (ZPND, Ur. l. RS, št. 16/08, 68/16 in 54/17 – ZSV-H).
- Zakon o varstvu javnega reda in miru (ZJRM-1, Ur. l. RS, št. 70/06 in 139/20).

IV.

POVZETKI

Alenka Šelih

Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost v Sloveniji – pogled na zgodovinski razvoj

Članek obravnava zakonodajo o spolnih kaznivih dejanjih, kakor je veljala v Sloveniji med letoma 1930 in 1995. V tem obdobju so bili v veljavi trije kazenski zakoniki: KZ Kraljevine Jugoslavije (1930), Kazenski zakonik SFRJ (1960) in Kazenski zakon SRS (1977). Pregled ustreznih določb v prvih dveh zakonikih kaže, da je bila zakonodaja pod močnim vplivom moralnim in verskih norm časa, v katerem je nastajala. Posilstvo je opredeljeno kot nasilno spolno občevanje z osebo, s katero storilec ne živi v zakonski skupnosti; kaznive so tudi različne spolne praktike, če so izvršene z nasiljem ali grožnjo. Zakonodaja iz leta 1977 je prinesla več sprememb: posilstvo v zakonski zvezi je določeno kot kaznivo; odpravljena so kazniva dejanja »protinaravnega nečistovanja«, med njimi zlasti homoseksualni odnosi med polnoletnimi sporazumnimi moškimi. Temeljno izhodišče za inkriminacijo je uporaba sile ali grožnje na področju spolnosti in posebno varstvo mladih in slabotnih oseb na tem področju.

Ključne besede: zgodovinski razvoj spolnega kazenskega prava, Kazenski zakonik Kraljevine Jugoslavije, Kazenski zakonik SFRJ, Kazenski zakonik SRS

Igor Martinović

Spolna kaznena djela u raskoraku između velikih ideja i surove stvarnosti: hrvatska iskustva i iskušenja

Na početku rada daje se kratak historijat hrvatskog spolnog kaznenog zakonodavstva s naglaskom na kaznenim djelima koja uključuju penetraciju. Nakon toga se detaljnije analiziraju aktualna sporna pitanja u vezi s kaznenim djelom silovanja (čl. 153. Kaznenog zakona). Osobita se pažnja posvećuje radnjama navođenja na spolne radnje (čl. 153. st. 1.), definiciji pristanka i pitanju tereta njegova dokazivanja (čl. 153. st. 5.) te zabludi o postojanju pristanka (čl. 153. st. 3. i 4.). Na kraju se daju zaključci koji bi, prema mišljenju autora, mogli biti od koristi zakonodavcu (ponajprije hrvatskom, ali možda i slovenskom) pri zakonskom formuliranju seksualnih delikata.

Ključne besede: silovanje, pristanak, teret dokazivanja, zabluda o postojanju pristanka.

Tatjana Hörnle

Nova zakonska ureditev o spolnem napadu in spolnem nadlegovanju¹

Nemški parlament je leta 2016 spremenil zakon glede spolnega napada in posilstva (člen 177 StGB). Nova zakonska ureditev predvideva model »ne pome-ni-ne«, medtem ko je bila po stari za posilstvo in druge oblike spolnih napadov nujna prisila. Poleg tega sta bila uvedena nova opisa kaznivih dejanj: spolno nadlegovanje (člen 184i StGB) in kazniva dejanja v skupinah (člen 184j StGB). V prispevku opisujem pomanjkljivosti stare zakonske ureditve, postopek reforme in na novo sprejete prepovedi.

Ključne besede: kazniva dejanja zoper spolno avtonomijo, posilstvo, nemško kazensko pravo.

Damjan Korošec

Sistemske anomalije slovenskega spolnega kazenskega prava

Slovensko spolno kazensko pravo je relativno obsežen in kompleksen sistem. Njegovo osrednje teoretsko kazenskopravno vprašanje je vpetost volje potencialnega oškodovanca v delikt. To vprašanje sodi med najbolj nadrobno dogmatično proučevana in je bistveno zahtevnejše in usodnejše, kot so značilne predstave v laični javnosti. Slovenija se je dokopala do nekaj svetlih trenutkov v zgodovini spolnega kazenskega prava (vrednostna izenačevanja spolnega prisiljevanja ne glede na formalizirane družinskopravne skupnosti med storilcem in žrtvijo, splošno znana kot politično geslo »posilstvo v zakonski zvezi«, primerjalno avantgardno zakonsko obravnavanje spolnega prisiljevanja ne glede na konstelacije spola in spolne usmerjenosti storilca in žrtve), a ti prodori so časovno že precej odmaknjeni in danes v glavnem Slovenija ohranja mnoge vrednostne in teoretske anomalije spolnega kazenskega prava. Zadnje javne razprave o potrebi po radikalnem spremi-njanju spolnega kazenskega prava v Sloveniji razgaljajo predvsem nerazumevanja narave teh anomalij in zato verjetnost njihovega poglobljanja v prihodnosti, tudi s politično manipulativno rabo psevdoznanstvenih argumentov primerjalnega prava in z znaki politične histerije.

Ključne besede: privolitev oškodovanca, posilstvo, nasilje, histerija.

Matjaž Ambrož

Odrpta vprašanja modela soglasja

Junija letos je bila sprejeta novela kazenskega zakonika, ki je pri spolnih kazni-vih dejanjih tradicionalni model prisile nadomestila z modelom soglasja. Težišče razprave o tej zakonski spremembi je bilo namenjeno vprašanju, kateri različici modela soglasja dati prednost: naj bo to t. i. model veta ali model afirmativnega

¹ Povzetek prispevka smo za potrebe pričujoče monografije iz angleškega jezika prevedli na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.

soglasja. Sledenji je prejel izrazito politično podporo. Manj pozornosti je bilo v strokovni razpravi namenjene razčlenitvi koncepta soglasja, zlasti razlikovanju med dejansko izraženim in pravno veljavnim soglasjem. Gre za vprašanje okoliščin, ki neko sicer izraženo soglasje napravijo pravno neupoštevno. Avtor to vprašanje analizira v povezavi z dvema tipičnima scenarijema: situacijskimi pritiski (npr. socialna ali ekonomska odvisnost) in zavajanjem. Izogiba se moralnemu perfekcionizmu, rešitve pa izpeljuje na podlagi premislekov o vlogi kazenskega prava pri varstvu osebne avtonomije.

Ključne besede: spolna kazniva dejanja, spolna avtonomija, model soglasja, model veta, model afirmativnega soglasja, prisila, zavajanje, malomarnost.

Mojca M. Plesničar, Aleksej Jankovič

Kaznovanje spolne kriminalitete: primer posilstva

Avtorja v poglavju obravnavata kaznovanje storilcev spolnih kaznivih dejanj v Republiki Sloveniji, pri čemer se osredotočata predvsem na empirično analizo sodne obravnave kaznivega dejanja posilstva. Kratki in splošni predstavitvi pojma, namena in ravni konkretizacije kaznovanja sledita oris posebnosti kaznovanja spolne kriminalitete in kratek primerjalnopravni pregled kazenskopravnih ureditev šestih primerljivih ureditev. Jedro poglavja se osredotoča na predstavitev empiričnih rezultatov analize reprezentativnega vzorca pravnomočno zaključenih kazenskih zadev s področja spolnih deliktov, s poudarkom na kaznivem dejanju posilstva. Upoštevajoč vrsto, delež in trajanje kazni za kazniva dejanja posilstva, njihovo razmerje do sankcij za druga kazniva dejanja ter značilnosti in nekatere v obrazložitvah sodb opredeljene okoliščine posamičnih primerov avtorja izpostavita nekaj ključnih odprtih vprašanj kazenskopravnega sankcioniranja spolnih kaznivih dejanj in kaznovalne politike, ki vse omenjeno uokvirja.

Ključne besede: kaznovanje, kaznovalna politika, sankcioniranje spolnih kaznivih dejanj, posilstvo, sodna praksa.

Lora Briški

Varstvo (izbranih skupin) ranljivih oseb pred spolnostjo

Po načelih socialne države so države dolžne skrbeti za šibke in najbolj ranljive ter jih varovati pred nevarnostjo, da bodo ponižane na predmet spolne zadovoljitve drugega. V tem okviru države inkriminirajo spolne prakse z osebami, ki zaradi patoloških vzrokov oziroma intelektualne ali čustvene nerazvitosti ne morejo svobodno privoliti v spolno ravnanje. Izziv za zakonodajalce in pravno prakso pa je poiskati občutljivo ravnotežje med varstvom ranljivih oseb pred zlorabami na eni strani (negativni vidik spolne avtonomije) in na drugi strani posameznikovo pravico, da se svobodno spolno udejstvuje na želen način (pozitivni vidik spolne avtonomije). V prispevku avtorica oriše pravne dileme, povezane z naslednjimi

ranljivimi skupinami oseb: otroki in mladostniki, osebami s trajnejšimi duševnimi motnjami ter alkoholiziranimi in omamljenimi osebami.

Ključne besede: ranljivost, spolna zloraba, človekove pravice, mladostništvo, trajnejša duševna motnja, intoksikacija.

Mirjam Kline

Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost: od upiranja do soglasja

V prispevku sem se ob posameznih konkretnih primerih osredotočila na primernost veljavnega modela prisile pri kazenskopравни ureditvi spolnih deliktov v Kazenskem zakoniku RS (KZ-1).

Izpostavila sem njegove pomanjkljivosti, ki smo jih tožilci zaznavali pri zastopanju obtožb za kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost.

Primerjala sem model veta in model afirmativnega soglasja, se opredelila do predlaganih sprememb Kazenskega zakonika v delu glede kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost v smeri modela afirmativnega soglasja in opozorila na določene pomanjkljivosti v predlaganih spremembah, predvsem v določenem minimumu predlagane kazni pri (novi) temeljni obliki kaznivega dejanja posilstva v prvem odstavku 170. člena KZ-1I. Predlagane spremembe bi morale biti po moji oceni deležne daljšega strokovnega usklajevanja.

Ob konkretnem primeru sem izpostavila tudi problem zahteve po predlogu za pregon storilca za kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost, če gre za partnerja žrtve. Ne glede na spremenjene zastaralne roke pri kaznivih dejanjih zoper spolno nedotakljivost, ki so po spremembah KZ-1 za posamezna kazniva dejanja od 30 do 90 let, je namreč potrebno za pregon storilca teh kaznivih dejanj, če gre za moža ali zunajzakonskega partnerja žrtve, v roku šestih mesecev od storitve kaznivega dejanja podati predlog za pregon, sicer pregon ni več mogoč. Po drugi strani se za pregon storilca kaznivega dejanja nasilja v družini po 191. členu KZ-1 predlog (utemeljeno) ne zahteva.

Zaključno – spremembe v kazenskopравни ureditvi kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost so potrebne, morajo biti pa premišljene in strokovno utemeljene, pri tem pa se ne sme pozabiti tudi na usklajenost predlaganih sprememb z ostalimi določili v zakonu.

Ključne besede: pomanjkljivosti modela prisile, zastopanje obtožb, reforma kazenskega prava, žrtev kaznivega dejanja.

Martin Jančar

Sodniški pogled na reformo spolnega kazenskega prava

Avtor prispevka predstavlja svoj pogled na reformo spolnega kazenskega prava, pri čemer kot prvostopenjski sodnik izhaja iz svojih izkušenj pri obravnavi teh kaznivih dejanj. Praviloma je v primerih kaznivih dejanj zoper spolno nedotakli-

vost na razpolago manj dokaznega materiala, ki omogoča prepoznanje dejanskih okoliščin in s tem pravilno odločitev sodišča. V takih okoliščinah je nujno potreben dodatni instrumentarij, ki ga avtor vidi v obvezni pritegnitvi izvedenca klinične psihologije že v zgodnji fazi kazenskega oz. celo predkazenskega postopka. S tem se doseže dodaten in znanstveno utrjen uvid v verodostojnost ali neverodostojnost izpovedi, na kateri praviloma temelji obtožbeni očitke. Glede na reformo, ki uveljavlja model afirmativnega soglasja, avtor opozarja, da zakonski koncept privolitve terja širše razumevanje splošne družbene komunikacije o spolnosti in je s tem potreba po izvedenstvu še bolj izražena. Smiselno bi bilo torej razmisliti celo o zavezujočem protokolu dokaznega postopka v primerih kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost.

Ključne besede: reforma spolnega kazenskega prava, dokazni material, obvezujoč protokol.

Blaž Kovačič Mlinar

Med teorijo in prakso: odvetniški pogled na reformo spolnega kazenskega prava

V prispevku gre za kratek prikaz nekaterih najbolj zanimivih primerov v zvezi s kaznivimi dejanji zoper spolno nedotakljivost, s katerimi sem se srečal v svoji odvetniški praksi. Gre za povsem praktične probleme, ki jih ponavadi razprave o reformi spolnega kazenskega prava prezrejo, saj se te večinoma ukvarjajo z optimalnim oblikovanjem norm kazenskega materialnega prava, na konkretno uveljavljanje teh norm, kar pa je predmet pravil kazenskega postopka in je predvsem odvisno od ravnanj konkretnih udeležencev kazenskega postopka, pa se pogosto pozablja.

Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost so namreč v marsičem posebna in zahtevajo predvsem posebno obravnavo žrtev, saj so te zaradi globokega posega v njihovo pravico do zasebnosti in osebne integritete pogosto travmatizirane, kar se lahko odrazi tudi v nizki dokazni vrednosti njihovih izjav (npr. zaradi pomanjkanja natančnih opisov spolnega napada, sosledja dogodkov, podrobnosti o storilcu, ipd.). Zato je izredno pomembno, da se žrtve primerno obravnava že v najzgodnejših fazah postopka, torej že v predkazenskem postopku, ko žrtve sploh prvič pridejo v stik z uradnimi organi oz. osebami. Pomemben vidik usposabljanja in izobraževanja udeležencev kazenskega postopka mora biti tudi ozaveščanje predsodkov, ki jih imajo naštetih udeleženci v zvezi s spolnostjo oz. v zvezi s tem, kaj sploh upravičuje poseg drugih posameznikov v to najbolj zasebno sfero človekove osebnosti in kaj ne.

Ključne besede: kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost, žrtve kaznivih dejanj, kazenski postopek, posilstvo.

Tajda Logar, Tjaša Hrovat

Izkušnje žrtev kot smerokaz za potrebne spremembe

Spremembe na področju definicije kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost bodo v prvi vrsti vplivale na življenja storilcev in storilk ter žrtev kaznivih dejanj, a hkrati tudi na življenja vsakega izmed nas. Zato je pri odločanju o spremembah treba zasledovati širši družbeni konsenz in ne le mnenja pravne stroke in zato je bistveno, da se upošteva tudi pogosto spregledano perspektivo žrtev. Ob nedavnih primerih spolnega nasilja in nadlegovanja v akademskem okolju se je odprla javna debata o spolnem nadlegovanju in spolnem nasilju. Ta dva pojava sta, čeprav ne vedno zakonodajno, zelo povezana, saj imata oba podobne družbene vzroke ter posledice, zato ju ne moremo obravnavati ločeno.

Na področju preganjanja kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost je kar nekaj težav, ena je zagotovo majhno število prijavljenih posilstev. Razlogov za takšno podprijavljenost je več in segajo od povsem osebnih (npr. gre za tako travmatične izkušnje, da jih žrtve ne želijo vedno znova opisovati in se jih s tem ponovno spominjati) do družbenih (neustrezen odziv okolice, slaba ozaveščenost o oblikah spolnega nasilja ...) ter sistemskih (neustrezna zakonodaja, dolgotrajni postopki ...). Sprememba definicije kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost, s pomočjo katere se bodo kršitve pravice do spolne samoodločbe lažje preganjale ter sankcionirale, žrtve pa bodo dobile potrebno zaščito, je nujno potrebna. Je osnova, na kateri bomo kot družba lažje preprečevali, ustavljali in sankcionirali spolno nasilje. Zavzemamo se za model afirmativnega soglasja, ki po našem mnenju edini zagotavlja resnično varstvo pravic potencialnih in dejanskih žrtev. Z njim naredimo tudi potrebno spremembo fokusa – ne zanima nas več, ali je žrtev nasprotovala, temveč to, ali je bilo za spolno dejanje pridobljeno soglasje.

Ključne besede: spolno nasilje, perspektiva žrtev, spremembe kazenske zakonodaje, model afirmativnega soglasja.

Alenka Šelih

Criminal Offenses Against Sexual Inviolability – Perspective on Historical Development

The article deals with legislation on sexual offences in Slovenia in the time period from 1930. till 1995. There were three criminal codes in power during this time: criminal code of the Kingdom of Yugoslavia(1930), criminal code of the Socialist federative republic of Yugoslavia (1960) and criminal statute of the Socialist republic of Slovenia (1977). The analysis of the legislation shows that the first two codes were under influence of moral and religious norms of the time, in which they were enacted. Rape was defined as violent sexual intercourse with a female the offender is not married with. Different sexual practices have been incriminated if carried out with violence or threat. Legislation of 1977 introduced several changes in this area: rape in marriage (marital rape?) was made an offence; different forms of so-called »unnatural fornication« /sexual practices?) were decriminalized. Among those homosexual practices among adult consenting males were especially important. The background for incrimination was use of force or threat in sexual relations and special protection of young and »infirm« persons in the area of sexuality.

Keywords: historical development of sexual criminal law, criminal code of the Kingdom of Yugoslavia, criminal code of the Socialist federative republic of Yugoslavia, criminal statute of the Socialist republic of Slovenia.

Igor Martinović

Sexual Offences in a Gap between Great ideas and Harsh Reality: Croatian Experiences and Temptations

At the beginning of this paper, a brief history of Croatian sex crime legislation is given, with an emphasis on offenses including penetration. Afterwards, controversies related to the current legal definition of rape are analysed (Article 153 of the Croatian Criminal Code). Particular attention is paid to the acts of inducing sexual acts (Article 153, paragraph 1), the definition of consent and the burden of its proof (Article 153, paragraph 5) as well as the mistake about consent (Article 153, paragraphs 3 and 4). In the final chapter, conclusions are given which may help the legislator (primarily Croatian, but perhaps also Slovenian) in determining sexual offenses.

Keywords: rape, consent, burden of proof, mistake about consent.

Tatjana Hörnle

The New German Law on Sexual Assault

In 2016, the German parliament changed the law on sexual assault and rape (Sect. 177 StGB). The new law assumes a “no-means-no”-model, while the old law required coercion as a necessary feature of rape and other forms of sexual

assaults. In addition, two new offense descriptions were introduced: sexual harassment (Sect. 184i StGB) and offenses out of groups (Sect. 184j StGB). In this Article, I describe the deficiencies of the old law, the process of law reform, and the newly enacted prohibitions.

Keywords: sexual offenses, rape, German criminal law.

Damjan Korošec

Systemic Anomalies of Sexual Criminal Law

Slovenian sexual criminal law is a rather large and complex system. Its main theoretical criminal legal question seems to be the integration of victim's will into the structure of the crime. This question is considered to be among the most thoroughly analyzed and much more complicated and crucial, then perceived in the general public. Slovenia managed to shine a few times in history with some avant-garde legal solutions (ethical and legal status of sexual abuse inside the marriage and an inclusive legislative approach to sexual abuse regardless to gender and sexual orientation of the offender and the victim), but these breakthroughs are long ago already. It seems fair to say, that Slovenia these days sticks to several ethical and theoretical anomalies of sexual criminal law. The latest public discussion about the need for a radical change of the Slovenian sexual criminal law disclose mainly non-comprehension of the nature of these anomalies and because of that their worsening in the future. There are signs of political manipulation with pseudoscientific comparative legal argumentation and being politically hysterical.

Keywords: victim's consent, rape, violence, hysterics.

Matjaž Ambrož

Some Remaining Dilemmas of Consent Model

In June 2021 Slovenian parliament adopted amendments of sex crimes, whereas traditional coercion model has been replaced with consent model. The bulk of the accompanying debate has focused on the issue which subtype of the consent model would be preferable: the so called veto model or the affirmative consent model. The latter one has received support of a huge political majority. Less attention in the debate has been given to the conceptualization of consent, e.g. the differentiation between the consent in factual and normative sense, namely the question, which circumstances render an expressed consent irrelevant? The author scrutinizes this issue with respect to two main scenarios: situational pressures (such as social or economic dependency) and deception. He tries to avoid moral perfectionism and advocates for a nuanced approach, based on deliberations about personal autonomy and its protection by means of criminal law.

Keywords: sex crimes, sexual autonomy, consent model, veto model, affirmative consent model, coercion, deception, negligence.

Mojca M. Plesničar, Aleksej Jankovič

Sentencing for Sexual Offences: the Case of Rape

The authors discuss sentencing in cases of sexual offences in the Republic of Slovenia, focusing mainly on the empirical analysis of the judicial treatment of rape. A brief and general presentation of the concept, purpose and levels of the individualisation of punishment is followed by an outline of the specifics of punishing sexual offences and a brief comparative legal overview of the criminal law regimes of six comparable systems. The core of the chapter focuses on the empirical results of the analysis of a representative sample of criminal cases in the field of sexual offenses, with an emphasis on the crime of rape. Considering the type, proportion and duration of sentences for rape, their relationship to sanctions for other crimes, and the characteristics and circumstances of individual cases identified in the courts' reasoning, the authors highlights some key open issues of criminal punishment for sexual offenses and the penal policy in this area.

Keywords: sentencing, penal policy, criminal punishment for sexual offenses, rape, case law.

Lora Briški

Protection (of Selected Groups) of Vulnerable Persons from Sexuality

Based on the principles of the welfare state, states have legal obligations to take care of weak and most vulnerable persons and protect them from being degraded into object of abuse. Within this context, the states incriminate (certain) sexual contacts with persons who are not able to form or express their will due to pathological states, mental or emotional restrictions. The challenge for lawmakers and legal practitioners is to find a fair balance between the need of vulnerable persons to protection (negative sexual freedom) and their freedom to engage in wanted sexuality (positive sexual freedom). In the article, the author examines the legal dilemmas concerning the following vulnerable groups: children and adolescents, severely mentally handicapped and intoxicated persons.

Keywords: vulnerability, sexual abuse, human rights, adolescence, severe mental handicap, intoxication.

Mirjam Kline

Criminal Offenses Against Sexual Inviolability: From Resistance to Consensus

In this article, I will mainly focus on the adequateness of the current model of sexual constraint in the criminal law regulation of sexual offenses in the Slovenian Criminal Code, also named RS (KZ-1). Furthermore, to argue that I have used specific cases.

On the other hand, I would like to highlight the downsides of the previously mentioned model, which were recognized during charges for crimes against sexual inviolability.

Therefore, I compared two models, namely the veto model and the model of affirmative consent. Moreover, I opted for the proposed alterations to the Criminal Code, especially the part concerning offenses against sexual integrity, following the affirmative consent model. Additionally, I pointed out the downsides of the changes, in particular, the minimum of the proposed sentence when looking at the (new) basic form of the criminal offense of rape in the first paragraph of article 170 of KZ-II. In my opinion, suggested changes should have undergone more precise and longer professional coordination.

Furthermore, I used a specific case that helped me to highlight the problem of the requirement for a proposal to prosecute the offender for sexual integrity offenses if a victim's partner is present. Regardless of adapted timeframes for offenses against integrity which are after alliterations of KZ-1 for individual criminal offenses from 30-90 years, yet one should be aware that in case if the victim's husband or common-law partner, there are only six months available to the prosecution. Nevertheless, for the offender's prosecution of domestic violence crime; article 191 KZ-1 does not (reasonably) request the proposal.

Last but not least, changes in the criminal law of sexual offenses are necessary, however, the decisions should be deliberate as well as professionally substantiated. Lastly, one should also keep in mind that the proposed changes go in hand with other law clauses.

Keywords: downsides of the coercion-based model, criminal law reform, public prosecutor, crime victim.

Martin Jančar

Judicial Perspective on Sexual Criminal Law Reform

The author presents his personal view of the reform of the sexual offence legislation. As the first instance judge he bases his opinion on his first-hand experience from the court proceedings. In sexual offence cases there is usually less evidence at hand that enables the recognition of the actual circumstances of the deed and presents grounds for a just court's decision. In such cases additional mechanisms are needed in order to compensate for this lack of evidence. The author therefore proposes an introduction of a clinical psychologist early in the criminal investigation or even pre-trial procedure as one of such mechanisms. This measure provides for additional, scientifically established insight into the validity of the testimony that commonly presents grounds for the accusation. Due to the fact that the legislative reform introduces the affirmative consent model in the sexual offence cases, the author warns that this legislative concept of consent

calls for a wider understanding of the communication in the general society and leads to an even greater need for expert opinions. The author therefore proposes an introduction of an obligatory protocol in the criminal offence investigations.

Keywords: reform of the sexual offence legislation, evidence, obligatory protocol.

Blaž Kovačič Mlinar

Between Theory and Practice: An Attorney's Perspective on Sexual Criminal Law Reform

The article provides a brief overview of some of the most interesting cases related to crimes against sexual integrity that I have encountered in my law practice. These are purely practical problems that are usually overlooked in discussions on the reform of sexual criminal law, as they mostly deal with the optimal formulation of substantive criminal law norms. Enforcement of these norms, which is the subject of criminal procedure rules and depends on the actions of specific participants in criminal proceedings, is thus often forgotten.

Crimes against sexual integrity are in many ways special and require special treatment of victims, as they are often traumatized due to the deep encroachment on their right to privacy and personal integrity, which can be reflected in the low probative value of their statements (eg lack of accurate descriptions of sexual assault, sequence of events, details of the perpetrator, etc.). Therefore, it is extremely important that victims are treated appropriately in the earliest stages of the procedure, ie in the pre-trial procedure, when the victims come into contact with official persons for the first time. An important aspect of training and education of participants in criminal proceedings must thus be raising awareness of the prejudices that these participants have in relation to sexuality, especially as to what justifies the interference of other individuals in this most private sphere of the human personality and what does not.

Keywords: crimes against sexual integrity, crime victims, criminal proceedings, rape.

Tajda Logar, Tjaša Hrovat

Victims' Experience as a Compass to a Needed Reform

Changes in the definition of criminal offences against sexual integrity will primarily affect the lives of perpetrators and victims of crime, but also the lives of each of us. Therefore, when deciding on changes, it is necessary to follow a broader social consensus and not only the opinion of the legal profession, and it is essential that we also take into account the often-overlooked perspective of victims. Recent cases of sexual violence and harassment in academia have opened a public debate on sexual harassment and sexual violence. These two

phenomena are very closely linked, although not always in legislation. They both have similar social causes and consequences, so they cannot be considered separately.

There are quite a few problems around prosecuting criminal offences against sexual integrity, one is certainly the small number of reported cases. There are several reasons for such under-reporting, ranging from purely personal (e.g., rape is such a traumatic experience that victims do not want to describe it over and over again) to social (inappropriate response from the community, lack of awareness of many forms of sexual violence ...) and systemic (inadequate legislation, lengthy procedures ...). A change in the definition of criminal offences against sexual integrity, which will make it easier to prosecute and sanction violations of the right to sexual self-determination and provide victims with the necessary protection, is urgently needed. It is the basis on which, as a society, we will find it easier to prevent, stop and sanction sexual violence. We are in favour of a model of affirmative consent, which in our opinion is the only one that ensures real protection of the rights of potential and actual victims. The model also enables us to make the necessary change of focus – we are no longer interested in whether the victim objected, but in whether consent was obtained for the sexual act.

Keywords: sexual violence, victim's perspective, changes in criminal law, affirmative consent model.

VI.

AVTORICE IN AVTORJI

Matjaž Ambrož je profesor kazenskega prava na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in raziskovalec na Inštitutu za kriminologijo. Raziskovalno deluje predvsem na področjih temeljnih vprašanj kazenskega prava, pripisovanja kazenske odgovornosti in kaznovalnih teorij. Kot Humboldtov štipendist je gostoval na Humboldtovi univerzi v Berlinu (2019) in na Inštitutu Maxa Plancka za raziskovanje kriminalitete, varnosti in prava v Freiburgu (2021). Je soavtor študije »Sila, objektivno sposobna streti odpor«, za katero je pripravil analizo stanja, pregled primerjalnega prava in priporočila glede modelov, s katerimi je mogoče nadgraditi poglavje spolnih kaznivih dejanj, temelječe na modelu prisile.

Lora Briški je mlada raziskovalka na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani in doktorska študentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Raziskovalno se ukvarja s spreminjanjem parametrov spora v kazenskem postopku, odločanjem v kazenskem pravosodju ter kazenskopravno obravnavo nasilne in spolne kriminalitete.

Tatjana Hörnle je direktorica Inštituta Max Planck za raziskovanje kriminalitete, varnosti in prava v Freiburgu, vodja Oddelka za kazensko pravo ter profesorica Humboldtove univerze v Berlinu od oktobra 2019. Na tej univerzi je bila med julijem 2009 in septembrom 2019 predstojnica katedre za Kazensko pravo, Kazenski postopek, Filozofijo prava in Primerjalno pravo. Pred tem, med letoma 2004 in 2009, je bila redna profesorica za kazensko pravo, kazensko procesno pravo in filozofijo prava na Ruhr-Universität Bochum. Tatjana Hörne je članica nemške akademije znanosti Leopoldina, Berlinsko-Brandenburške akademije znanosti in humanistike ter Akademije znanosti in literature v Mainzu.

Tjaša Hrovat je od leta 2007 zaposlena na Društvu za nenasilno komunikacijo kot svetovalka na področju nasilja. Je magistra znanosti s področja klinične psihologije in transakcijska analitičarka – svetovalka. Ima številne izkušnje s področja dela z žrtvami in povzročitelji nasilja, zagovorništva ter ozaveščanja o problematiki nasilja v družini.

Martin Jančar je okrožni sodnik na Kazenskem oddelku Okrožnega sodišča v Ljubljani in habilitiran kot asistent za področje filozofije in teorije prava Evropske pravne fakultete Nove Univerze. Je tudi kolumnist portala IUS info, kjer objavlja svoje prispevke že več kot deset let.

Aleksej Jankovič je magister prava in asistent na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. V sklopu raziskovalne dejavnosti se največ ukvarja s prepletom uporabe prava in psiholoških mehanizmov.

Mirjam Kline, vrhovna državna tožilka, je na Okrožnem državnem tožilstvu v Ljubljani več kot trinajst let vodila Oddelek za mladoletniško, spolno in dru-

žinsko kriminaliteto. Sedaj je vodja Oddelka za kazenske zadeve na Vrhovnem državnem tožilstvu Republike Slovenije, kjer pa je še posebej zadolžena za spremljanje prakse na področju spolnih deliktov ter kaznivih dejanj, ki jih storijo mladoletni storilci. Sodeluje v različnih delovnih skupinah za spremembo kazenske zakonodaje, organizira izobraževanja za državne tožilce, pri tem sodeluje s Centrom za izobraževanje v pravosodju, tudi kot predavateljica. S prispevkom je sodelovala za Priročnik za delo z ženskami in otroki z izkušnjo nasilja (l. 2014) ter tudi na različnih konferencah, tako recimo na Konferenci kazenskega prava in kriminologije (l. 2018).

Damjan Korošec je rojen 1968, 1993 diplomiral na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, kjer je leta 1997 doktoriral s temo »Privolitev oškodovanca v kazenskem pravu«. Nosilec raziskovalne štipendije Sklada Aleksandra von Humboldta (ZRN, 2003-2004) in več drugih raziskovalnih štipendij, npr. Inštituta Max Planck za tuje in mednarodno kazensko pravo (ZRN). Redni profesor za kazensko pravo na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, vzporedno devet let predavatelj na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru. Raziskovalno specializiran na materialno kazensko pravo, posebej tudi medicinsko in spolno kazensko pravo.

Tajda Logar je univerzitetna diplomirana pravnica. Od leta 2018 je zaposlena na Društvu za nenasilno komunikacijo kot pravna svetovalka na področju nasilja. Ima izkušnje z delom v pravosodju in z delom v nevladnih organizacijah.

Igor Martinović je izredni profesor na Pravni fakulteti na Reki. Od leta 2008 do 2015 je bil član Katedre za kazensko pravo, od leta 2015 pa je član Katedre za Kazensko procesno pravo. Doktoriral je leta 2013 na temo naklepa v kazenskem pravu. Zanimajo ga kazenskopravna dogmatika, kriminalitetna politika in filozofija kazenskega prava, pa tudi različne zunajpravne discipline. Predava in raziskuje na področjih kazenskega materialnega in procesnega prava ter prava prekrškov. Je avtor številnih člankov in knjig, med njimi tudi učbenika in zakonskega komentarja.

Blaž Kovačič Mlinar je samostojni odvetnik v Ljubljani, specialist za kazensko pravo in predavatelj na Evropski pravni fakulteti v Ljubljani pri predmetu kazensko procesno pravo. V letih 2006 do 2008 je bil dopolnilno zaposlen tudi na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani kot vodja raziskave »Dokazni standardi v kazenskem postopku«. Je avtor in soavtor številnih znanstvenih, raziskovalnih in strokovnih del, predvsem s področja kazenskega prava.

Mojca Mihelj Plesničar je raziskovalka na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani in docentka za kriminologijo in kazensko pravo na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Njena raziskovalna področja so kaznovanje in

kaznovalna politika, odločanje v kazenskem postopku, penologija, kriminologija in marginalne skupine (ženske, otroci, tujci), nasilna in spolna kriminaliteta. Je avtorica več razprav, objavljenih v domači in svetovni znanstveni publicistiki, aktivna v domačem prostoru, kjer sodeluje pri izobraževanju v pravosodju, ter v mednarodnem okolju, gostovala je denimo na univerzah v Cambridgeu in Warwicku.

Alenka Šelih, redna članica SAZU, zaslužna profesorica Univerze v Ljubljani, je bila redna profesorica kazensko pravo in kriminologijo na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani; raziskovalno se je ukvarjala z vprašanji kazenskih sankcij, mladoletniškega prestopništva, človekovih in otrokovih pravic in pravic obrobni družbenih skupin. Opravljala je številne vodstvene funkcije na fakulteti, univerzi, inštitutu za kriminologijo in Slovenski akademiji znanosti in umetnosti. Pri odoboru za probleme kriminalitete Sveta Evrope je opravljala funkcijo predsednice znanstvenega kriminološkega sveta; predavala je na številnih fakultetah v Evropi in ZDA, kjer je bila Fullbrightova gostujoča profesorica.

VII.

RECENZIJ

Monografija o spolni kriminaliteti vsebuje razprave raziskovalcev (teoretikov) in strokovnjakov iz prakse, ki predstavijo svoje poglede na obravnavano temo. Ti se tudi razlikujejo, vsebujejo različne poudarke in poudarjajo pomen različnih vidikov. Monografija zato ponuja bralcu celovit vpogled v spolno kriminaliteto in predvsem kaže, da morajo biti vsi posegi v kazensko zakonodajo, še posebej v inkriminacije, ki v javnosti zbuja močne čustvene odzive, odraz poglobljenega razmisleka. Čeprav se avtorji v razpravah ne omejujejo le na posilstvo, ampak zajamejo tudi ostale oblike spolne kriminalitete, je rdeča nit razprav prav posilstvo zaradi spremembe opredelitve posilstva v slovenski kazenski zakonodaji leta 2021.

Kazensko pravo s kaznovanjem najbolj zavržnih družbenih pojavov odraža odnos družbe do temeljnih vrednot v določenem obdobju. Zato je zanimiva razprava, v kateri avtorica pokaže razvoj spolnega kazenskega prava v obdobju od kazenske zakonodaje iz Kraljevine Jugoslavije leta 1930 do uveljavitve prvega slovenskega kazenskega zakonika leta 1977, ki je uvedel tektonske spremembe v spolno kazensko pravo; od takrat objekt varstva spolnih kaznivih dejanj ni več javna morala, ampak posameznikova spolna nedotakljivost. S tem so bili postavljeni temelji za nadaljnji razvoj spolnega kazenskega prava in tudi za zadnje tektonske spremembe pri opredelitvi posilstva leta 2021, ko je bil model prisile nadomeščen z modelom soglasja. V večini držav so bili pobudniki za takšne spremembe civilna gibanja za pravice žensk, javna razprava je bila pogosto emocionalno obarvana in v njej kazenskopravni strokovnjaki niso imeli osrednje vloge. To je sicer značilnost, ki v zadnjih desetletjih zaznamuje posege v kazensko spolno kazensko pravo tudi na področju zaščite otrok pred spolnimi zlorabami. Še posebej izstopajo hitro sprejete spremembe v nekaterih državah, ki so bile spodbujene s posamičnimi ekscesnimi primeri in z imeni žrtev je zato zakonodaja tudi poimenovana (na primer v ZDA Megan's Law, v Srbiji Marijin zakon). Emocionalni naboj in veliko vlogo civilnih združenj pri uzakonitvi modela soglasja pri opredelitvi posilstva sta prepoznana tudi v prikazu spreminjanja hrvaške zakonodaje. Še posebej zanimivo in presenetljivo je, da so tudi pri spreminjanju opredelitve posilstva v Nemčiji imeli kazenskopravni strokovnjaki obrobno vlogo, čeprav velja Nemčija za pravni sistem z razvito in uveljavljeno dogmatiko kazenskega prava. V razpravi so podrobno opisane značilnosti nemške opredelitve posilstva, ki je (za razliko od Hrvaške in Slovenije) uzakonila model »ne pomeni ne«. Za Slovenijo ni mogoče trditi, da je bila uzakonitev modela soglasja sprejeta na hitro, brez širše razprave. Dr. Ambrož opiše pot oblikovanja sprememb, v kateri so sodelovali tudi strokovnjaki kazenskega prava in se večinsko zavzemali za model veta, ki pa ni bil uzakonjen, saj je imel po avtorjevi oceni simbolno-ekspresivni vidik modela afirmativnega soglasja »ob energično zasnovani kampanji nevladnih organizacij veliko mobilizacijsko moč«.

Strokovnjaki za kazensko pravo so v monografiji kritični do načina sprejemanja sprememb definicije posilstva in do uzakonjene spremembe, to pa ne pomeni, da zagovarjajo klasično definicijo posilstva, ki temelji na modelu prisile. V več prispevkih opozarjajo na njene pomanjkljivosti in se zavzemajo za spremembe. Dr. Korošec tako opozarja, da opredelitev posilstva potrebuje spremembe in označuje tradicionalno slovensko spolno kazensko pravo, ki ne zajema presečnečenja in zvižace kot upoštevni oblik manipulacije z voljo na področju spolne samoodločbe za slabo, s primerjalnega vidika pa za zaostalo in vulganzirano. V prispevkih so prikazane razlike med modeloma soglasja »ne pomeni ne« in »ja pomeni ja«; slednji je značilen za hrvaško opredelitev posilstva od leta 2013, za slovensko pa od leta 2021. Pri tem pa opozarjajo na številne težave, s katerimi se bo teorija, predvsem pa sodna praksa, srečala z uzakonitvijo novega modela.

Dr. Ambrož tako opozarja na težave soglasja, ki je obremenjeno z zavajanjem (zmota na strani oškodovanca) in na vprašanja krivde, ki jih odpira uvedba modela »ja pomeni ja« (zmotno prepričanje storilca, da ima privolitev). Državna tožilka v svojem prispevku poudarja težave pri dokazovanju v okviru modela afirmativnega soglasja, ki jih v modelu »ne pomeni ne« ne bi bilo. Zanimivo je njeno stališče, da »bi morali sociološko, z ozaveščanjem v družbi, opogumljanjem oškodovank k prijavi teh dejanj ... stremeti k modelu soglasja »ja pomeni ja«, v kazenskem zakoniku pa (vsaj sprva) uveljaviti model soglasja v smeri veta«. Na težave dokazovanja opozarja tudi sodnik, saj bo (med drugim) po spremembi definicije posilstva »dokazovanje moralo zajemati razumevanje širših okoliščin medsebojne komunikacije med posamezniki v družbi«, zato se zavzema za vključevanje kliničnih psihologov v dokazni postopek, ki bi ocenili verodostojnost in druge lastnosti izpovedi oškodovancev. Odvetnik v svoji razpravi opozarja, da bo moral tožilec v modelu »ja pomeni ja« dokazati, da žrtev ni rekla »da«, kar pa je po njegovem mnenju »epistemološko nemogoče, saj se obstoja t. i. negativnih dejstev ne da dokazovati«. Strokovnjakinji iz Društva za nenasilno komunikacijo pa predstavita vidik žrtev spolnih zlorab. Po njenem mnenju podatek, da je pri nas tretjina ovadb zaradi kaznivih dejanj posilstva, spolnega nasilja in spolne zlorabe slabotne osebe zavrženih oziroma da ne pride do obsodilnih sodb, govori o »pomanjkljivi zakonodaji in nerazumevanju vseh oblik spolnega nasilja«. Menita, da z uvedbo modela afirmativnega soglasja kazenski postopki za žrtve ne bodo postali manj obremenjujoči in kaznivo dejanje zgolj zaradi uzakonitve tega modela ne bo lažje dokazljivo, bodo pa žrtve dobile jasno potrditev, da je poseg v njihovo spolno nedotakljivost brez njihovega soglasja prepovedan. Poudarjata torej simbolni pomen nove opredelitve posilstva; kazenskopravne določbe poleg grožnje s kaznijo sporočajo tudi, kakšno ravnanje se od ljudi pričakuje.

Razprave v monografiji ne zajemajo le nove opredelitve posilstva, temveč odpirajo tudi številna druga vprašanja, kot na primer zaščito ranljivih oseb pred

spolnimi zlorabami, ko je treba najti ravnotežje med varstvom oseb pred zlorabami na eni strani (negativni vidik spolne avtonomije) in na drugi strani posameznikovo pravico, da se svobodno spolno udejstvuje (pozitivni vidik spolne avtonomije). Monografija vsebuje še poglobljeno analizo kaznovalne politike slovenskih sodišč na področju spolne kriminalitete, ki pokaže, da sodišča posegajo po milejših sankcijah, kar po oceni avtorjev te razprave ni sporno, vredno razmisleka pa je, da »niti najhujše oblike kaznivih dejanj ne izzovejo strožjih sankcij«. V tej in tudi drugih razpravah je poudarjena potreba po izobraževanju pravosodnih deležnikov s področja spolne kriminalitete, ki bi pozornost namenila tudi nevarnosti stereotipiziranja in vpliva predsodkov pri obravnavi spolne kriminalitete.

Monografija ponuja celovit vpogled v spolno kriminaliteto in zajema različne vidike in poglede na to dinamično podpodročje kazenskega prava. Zato predstavlja dragocen vir za razvoj sodne prakse in teorije ter temelj za nadaljnje posege zakonodajalca v kazniva dejanja, ki varujejo spolno avtonomijo posameznikov.

prof. dr. Katja Filipčič

Monografija *Odzivanje na spolno kriminaliteto: modeli, spreminjanje in družbeni kontekst* je nastala v obdobju, ko smo v Sloveniji sprejeli odločitev o reformi kazenskega prava na področju spolnih kaznivih dejanj ter v družbi in stroki iskali soglasje o podrobnejši smeri teh sprememb. Ta javna razprava je bila za naš prostor presenetljivo intenzivna in v širši javnosti zelo odmevna. Sprožila je tudi močan odziv civilnodružbenih gibanj. Ne glede na to, kakšno stališče zavzemamo do ključnih dilem teh debat, je takšen odziv zelo poveden in nas lahko veseli. Kaže namreč, da splošna in strokovna javnost (kazensko)pravno urejanje posegov v spolno samoodločbo posameznikov dojema kot pomembno družbeno problematiko, pa tudi da se družbeno-moralne konvencije in norme v razmeroma kratih časovnih razdobjih korenito spreminjajo, na kar opozorijo tudi nekateri avtorice in avtorji monografije v svojih prispevkih.

Pričujoča publikacija sistematično in poglobljeno naslavlja številne izzive, ki so jih na plan prinesle strokovne in laične razprave ob načrtovanih reformah spolnega kazenskega prava; pa tudi pomembne probleme, ki so bili v teh izmenjavah stališč neupravičeno zapostavljeni in odrinjeni na rob. Vendar je treba poudariti, da monografija nikakor ni le poglobljena refleksija kazenskopravnih in kriminalitnopolitičnih razprav, ki so se razvijale okoli novele kazenskega zakonika KZ-1H. Prav vsi prispevki namreč presegajo problematiko reforme slovenskega kazenskega prava na tem področju, čeprav se je (vsaj posredno) dotikajo. Sestavki, ki vsebujejo na eni stani pomembne teoretske premisleke, na drugi strani pa tudi dragocene uvide strokovnjakov iz prakse, obravnavajo raznotera (pod)področja materialnega in procesnega kazenskega prava, kriminologije, kriminalitne politike in viktimologije. Publikacija pa kljub tej vsebinski pestrosti ohranja koherentnost s smiselno delitvijo na tri zaokrožene vsebinske sklope.

Monografijo uvede zgodovinski primerjalni prikaz kazenskopravnega urejanja spolne kriminalitete v našem prostoru akademikinje Alenke Šelih. Avtorica v njem oriše zgodovinski lok od Kazenskega zakonika Kraljevine Jugoslavije iz leta 1930, prek Kazenskega zakonika SFRJ iz leta 1951 (s kasnejšimi novelami), do Kazenskega zakonika SRS iz leta 1977. V prispevku Šelihova nazorno prikaže, kako se je v obdobju, krajšem od petdesetih let, korenito spremenilo razumevanje, katere kazenskopravne vrednote s to skupino kaznivih dejanj sploh varujemo in katere vrste spolnih ravnanj je treba kazensko sankcionirati; pa tudi, da so ta vprašanja vselej ne le zgodovinsko, temveč nujno tudi družbeno in kulturno-geografsko pogojena. Šelihova ugotavlja, da se je težišče od varstva javne morale premaknilo k varstvu spolne nedotakljivosti; od širokega inkriminiranja spolnega vedenja, dojetega kot nenaravnega, k ožjemu inkriminiranju predvsem spolnih ravnanj, v katera odrasle osebe ne privolijo; pa tudi od patriarhalnega k bolj avtonomnemu dojojanju žensk. Ta zgodovinski očrt je ne le dragocen, temveč tudi nujen uvid pri razumevanju sodobnih trendov reguliranja spolne kriminalitete.

Zgodovinskopravni uvid v problematiko v prvem sklopu prispevkov pomembno dopolnita dva primerjalnopravna pregleda, iz Hrvaške in Nemčije. Hrvaški kazenskopravni teoretik Igor Martinović v svojem prispevku prikaže, kako se je reforme spolnih kaznivih dejanj v zadnjem desetletju lotil hrvaški zakonodajalec. Martinović nazorno razgrne nekatere nekonsistentnosti, ki jih v sedanji ureditvi zaznavata tako teorija kot sodna praksa. Pri tem se zdijo tudi za nas pomembna zlasti opozorila o občutljivosti zakonske definicije pristanka na spolni odnos oziroma z njim izenačeno ravnanje ter o problematičnosti poseganja v sistematiko splošnega dela materialnega kazenskega prava s parcialnimi rešitvami v posebnem delu. Tehten pa je tudi avtorjev poudarek o posledicah, ki jih imajo spremembe v urejanju kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost na temeljne institute kazenskega procesnega prava (razdelitev dokaznega bremena, *in dubio pro reo*).

Nemška kazenskopravna teoretičarka Tatjana Hörnle v svojem prispevku celostno a koncizno predstavi reformo spolnih kaznivih dejanj, ki je v Nemčiji luč sveta ugledala leta 2016. Avtorica najprej oriše družbeno-politično ozadje in zakonodajno pot predstavljenih zakonskih sprememb, nato pa celotno ureditev, ki je osnovana na modelu »ne pomeni ne«, sistematično analizira. Pri tem avtorica primerja nekdanjo in novo ureditev ter s številnimi primeri iz nemške sodne prakse ilustrira mnogotere prednosti slednje. Vendar Hörnletova kritično ost uperi tudi v nekatere ne dovolj domišljene rešitve, ki jih avtorica pripisuje naglici pri sprejemanju zakonske novele (npr. neutemeljeno razlikovanje med kategorijami slabotnih žrtev, definicijo zahtevanega soglasja, novo inkriminacijo sodelovanja v skupini, ki izvrši kaznivo dejanje).

Drugi sklop razprav kritično motri domačo ureditev odzivanja na spolno kriminaliteto pred reformo iz KZ-1H in po njej. Najbolj kritična med njimi je izpod peresa profesorja ljubljanske pravne fakultete, Damjana Korošca. Avtor je že v ureditvi pred novelo KZ-1H prepoznal nekatere resne pomanjkljivosti, zlasti v manku niansiranja teh kaznivih dejanj po stopnji neprava, vključno z neinkriminiranjem primerov presenečenja ali zvijače. Vendar Korošec meni, da je zakonodajalec z reformo obravnavanega področja naredil velik korak v napačno smer. Jedro njegovih očitkov leži v stališču, da zakonodajalec z uzakonitvijo modela soglasja širi kazenskopravno represijo, ko s kaznivim dejanjem posilstva zajame tudi že situacije v razhajanju volje med žrtvijo in storilcem in ne le (hujše) manipulacije z voljo žrtve, kot so sila ali grožnja z njo. Nadalje pa Korošec na številnih primerih ponazori tudi sistemska neskladja posebnega dela KZ-1 pri kaznovalnih okvirjih spolnih kaznivih v primerjavi z drugimi vrstami deliktov, pri katerih zakon predvidi nižje kazni, čeprav ti varujejo nedvomno pomembnejše pravne dobrine, denimo življenje.

Matjaž Ambrož, prav tako predavatelj kazenskega prava na Pravni fakulteti v Ljubljani, v svoji razpravi najprej na kratko oriše potek, ki je privedel do uza-

konitve slovenskega modela afirmativnega soglasja, nato pa podrobneje načne nekatere probleme, ki se razpirajo prav v zvezi s presojo veljavnosti soglasja. Gre denimo za soglasje, pridobljeno v situacijah, ki so za potencialno žrtev bolj ali manj (vsaj posredno) prisiljujoče, pa vendarle ne dosegajo intenzivnosti, da bi jih bilo mogoče umestiti pod običajno kazenskopravno pojmovanje sile ali grožnje. Prav tako zanimive pa so dileme veljavnosti soglasja, izzvanega z zavajanjem žrtve glede različnih prvin spolnega odnosa ali samega partnerja. Na koncu pa se Ambrož pomudi tudi pri kontroverznem vprašanju inkriminiranja posilstva v krivdni obliki malomarnosti, kjer avtor svetuje skrajno previdnost.

Poglavje raziskovalcev Inštituta za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, doc. dr. Mojce M. Plesničar in Alekseja Jankoviča, preučuje zapostavljeno področje kaznovanja spolne kriminalitete. Avtorja uvodoma predstavita čeri primerjalnopravnih analiz kaznovanja spolnih kaznivih dejanj in pri tem opozorita zlasti na razkorak med normativnimi in dejanskimi sankcijami. Nato pa slovenski normativni kaznovalni okvir pri obravnavanih inkriminacijah postavit ob bok drugim evropskim ureditvam. Posebej dragoceni pa so izsledki empirične študije sankcioniranja spolnih kaznivih dejanj pri nas v zadnjih letih, ki jih predstavita in kritično komentirata avtorja. Med številnimi zanimivimi dognanji pa po presenetljivosti izstopata relativno visok delež pogojnih obsodb pri teh kaznivih dejanjih pri nas in nizke zgornje meje izrečenih kazni, ki nikoli niso dosegle niti polovice normativnega kaznovalnega okvirja.

Prispevek Lore Briški, mlade raziskovalke na Inštitutu za kriminologijo, se ukvarja z občutljivostjo kazenskoprnega varovanja ranljivih oseb pred posegi v njihovo spolno avtonomijo. Posebej se posveti mladostnikom, osebam s trajnejšimi duševnimi motnjami ter tistimi pod vplivom alkohola in drugih psihoaktivnih snovi. Reguliranje spolnosti pri vsaki od prestavljenih skupin ima svoje posebnosti, vendar je dolžnost države, da te skupine ljudi zaradi njihove ranljivosti posebej zaščiti. Po drugi strani pa avtorica poudarja tudi, da je preveč paternalističen in zaščitniški pristop do vseh obravnavanih kategorij ranljivih posameznikov lahko tudi škodljiv, saj pretirano poseže v njihovo spolno samoodločbo, ali pa jih (zlasti osebe z duševnimi motnjami) za spolno življenje povsem prikrajša. S tem povezane dileme avtorica ponazori tudi s primeri iz nedavne domače sodne prakse.

V tretjem delu monografije problematiko spolnih kaznivih dejanj osvetlijo kazenskopravni strokovnjaki iz prakse, iz vrst tožilcev, sodnikov, odvetnikov in nevladne organizacije. Njihove dolgoletne izkušnje in različne perspektive funkcij, na katerih so jih pridobivali, ustvarijo še bolj kompleksno sliko obravnavane problematike.

Vrhovna državna tožilka Mirjam Kline predstavi težave, s katerimi se je tožilstvo soočalo pri dokazovanju kaznivih dejanj posilstva v ureditvi pred novelo KZ-1H. Te se so bile pogosto povezane z dejstvom, da je odpor žrtve sicer obsta-

jal, vendar ni bil dovolj intenziven ali pa je bil nedokazljiv iz drugih razlogov. Avtorica model soglasja pozdravlja, čeprav primernejšo od verzije uzakonjenega afirmativnega soglasja ocenjuje različico veta. Vrhovna državna tožilka Kline pa opozori tudi na nekonsistentnost ureditve, ki za pregon kaznivih dejanj posilstva in spolnega nasilja, izvršenih v zakonski, zunajzakonski oziroma registrirani istospolni skupnosti, zahteva predlog oškodovanca. Predlog oškodovanca, ki je zamejen z razmeroma kratkim rokom, se namreč pri pregonu kaznivega dejanja nasilja v družini, ki ima sorodno ozadje, ne zahteva.

Okrožni sodnik Martin Jančar v svojem prispevku odkrito prikaže vlogo sodnika, ki mora pri obravnavi spolnih kaznivih dejanj kot nosilec sodne veje oblasti dosledno udejanjiti materialni in procesni kazenski zakon, hkrati pa v to vlogo vstopa kot človek z lastnimi predispozicijami družbenega okolja, konkretnih življenjskih izkušenj in psiholoških značilnosti. Tudi Jančar opozori na kompleksen odnos do spolnosti v sodobni družbi nasploh, zlasti pa na specifiko vzpostavljanja intimnih razmerij že znotraj »običajnih«¹ družbenih okvirjev, ki ne terjajo kazenskopravnega odzivanja. Te zagate pa se le še povečajo, ko v konkretnih kazenskopravnih primerih ti netransparentni in nespoznavni komunikacijski kodi trčijo ne le ob procesna pravila dokazovanja, temveč tudi v celotno formalno, togo okolje kazenskega sodišča. V tej luči je avtor do nove ureditve teh deliktov zadržan. Rešitve glede oteženega ugotavljanja dejanskega stanja in razsojanja tovrstnih primerov pa sam vidi v večjem zanašanju na spoznanja psihološke stroke.

Odvetnik Blaž Kovačič Mlinar v razpravo o obravnavani problematiki vnese pogled dveh v kazenskih postopkih popolnoma nasprotujočih si vlog zagovornika obdolžencev in pooblaščenca oškodovank. Avtor razpravo priče s prikazom štirih različnih primerov, ki jim je v nedavni praksi sam prisostvoval. Kovačič Mlinar v razpravi k prikazanim primerom poudari ključno vlogo odgovornega in profesionalnega ravnanja procesnih udeležencev v kazenskih postopkih, ki je po njegovih izkušnjah za izid postopka pogosto mnogo bolj ključna kot razlike v zakonskih definicijah teh dejanj. Zlasti pomembno se zdi njegovo opozorilo o odločilnem pomenu (ne)ustreznega ravnanja policistov v predkazenskih postopkih, ne le v zvezi z zaščito oškodovank in preprečevanjem sekundarne viktimizacije, temveč tudi pri dokazovanju teh kaznivih dejanj v kasnejši sodni fazi postopka.

Zadnji zapis v monografiji sta prispevali predstavnici nevladne organizacije Društvo za nenasilno komunikacijo, Tajda Logar in Tjaša Horvat. Avtorici osvetlita perspektivo številnih uporabnic Društva, ki so doživele spolno nasilje, ki pa se je pogosto izmikalo tedaj veljavnim kazenskopravnim definicijam ali pa ni naletelo na obravnavo v kazenskopravnega sistema iz raznoterih drugih razlogov. Morda še bolj pretresljive so izkušnje žrtev, ki so zbrale pogum, sprožile kazenske postopke in v njih aktivno sodelovale, kasneje pa so to svojo odločitev obžalovale. Avtorici širše vzroke za razširjenost spolne kriminalitete prepoznavata v globoko

ukoreninjenih družbeno-kulturnih vzorcih, ki jih teoretsko utemeljita s konceptom kulture posilstva. Prav zato sorodne nevladne organizacije model afirmativnega soglasja pozdravljajo, saj v (kazenskem) pravu vidijo pomembno dejansko in simbolno vodilo sprememb v družbenem dojemanju obravnavane tematike.

Pričujoča monografija *Odzivanje na spolno kriminaliteto: modeli, spreminjanje in družbeni kontekst* predstavlja izjemno široko in večplastno obravnavno naslovne tematike. Pred bralca razgrne paleto različnih problemskih sklopov, dilem in ponujenih rešitev. Pri tem pa pogledi avtorjev na te izzive nikakor niso enotni. To mnogoglasje priča ne le o kompleksnosti problematike in o občutljivosti (pravnega) odzivanja na spolno kriminaliteto v družbi, temveč zlasti o nujnosti trajnega in poglobljenega družbenega preizpraševanja o teh vprašanjih. Hkrati pa je zanesljiv indikator, da publikacija ne bo izgubila svoje aktualnost še dolgo po uveljavitvi zakonodajnih sprememb, ki so bile povod za njen nastanek.

doc. dr. Miha Hafner

VSEBINA

Predgovor

I. Razvoj odzivanja na spolno kriminaliteto v času in prostoru

Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost v Sloveniji – pogled na zgodovinski razvoj, *Alenka Šelih*

Spolna kaznena djela u raskoraku izmedju velikih ideja i surove stvarnosti: hrvatska iskustva i iskušnja, *Igor Martinović*
The New German Law on Sexual Assault, *Tatjana Hörnle*

II. Izzivi slovenske ureditve odzivanja na spolno kriminaliteto

Sistemske anomalije slovenskega spolnega kazenskega prava.
Kakšne spremembe spolnega kazenskega prava potrebuje Slovenija?,
Damjan Korošec
Odprta vprašanja modela soglasja, *Matjaž Ambrož*
Kaznovanje spolne kriminalitete: primer posilstva, *Mojca M. Plesničar*,
Aleksej Jankovič
Varstvo (izbranih skupin) ranljivih oseb pred spolnostjo, *Lora Briški*

III. Praktični izzivi slovenske ureditve odzivanja na spolno kriminaliteto

Kazniva dejanja zoper spolno nedotakljivost: od upiranja do soglasja, *Mirjam Kline*
Sodniški pogled na reformo spolnega kazenskega prava, *Martin Jančar*
Med teorijo in prakso: odvetniški pogled na reformo spolnega kazenskega prava, *Blaž Kovačič Mlinar*
Izkušnje žrtev kot smerokaz za potrebne spremembe, *Tajda Logar*,
Tjaša Hrovat

IV. Povzetki

V. Abstracts

VI. Avtorice in avtorji

VII. Recenziji

15,00 EUR



9 789612 680831