

3. Drugi del: Vprašanje soglasja v primerih spolnih kaznivih dejanj v praksi

Posebno pozornost smo pri analizi odločitev posvetili vprašanju soglasja oz. vprašanju uporabe prisile pri izbranih kaznivih dejanjih.

Ob tem se je izkazalo kot pomembno, da je analiza zajela tako tožilske kot sodniške odločitve. V skladu s pričakovanji se je namreč izkazalo, da sodišča posebej pogosto ne presojuje o pomembnosti (ne)obstoja soglasja oz. o zadostni intenzivnosti prisile v posamičnih primerih. Glede na topogledno relativno jasnost pravnih določb in ustaljeno sodno prakso to niso vprašanja, ki bi sodišča posebej zaposlovala.

Na drugi strani pa ugotavljamo, da »presejanje« zadev, pri katerih se izrazi problem (ne)soglasja, opravljajo državna tožilstva in zelo dosledno primere, v katerih pride do odnosa proti volji, a brez uporabe prisile oz. z nezadostno intenziteto prisile, zavržejo. Ob tem je pomembno opozoriti, da takšnih zadev vendarle ni zelo veliko, kar bodisi nakazuje na to, da je teh zadev v realnem življenju malo, kar je malo verjetno, bodisi na to, da ključno »presejanje« opravljajo žrtve same pred odločitvijo o prijavi in se v takšnih primerih za prijavo sploh ne odločijo. Slednje je skladno tudi z znanimi ugotovitvami o izjemno velikem temnem polju kriminalitete na področju spolne kriminalitete, polju, ki je toliko večje v primerih, ko žrtev ni povsem prepričana v zavržnost ali prepovedanost ravnanja.

V nadaljevanju povzemamo značilnosti izbranih primerov, kjer so izpostavljena vprašanja prišla do izraza. Posebej dragoceni so bili za analizo odlomki posameznih odločitev, v katerih tožilstvo ali sodišče na poenostavljen način pojasnjuje, v čem konkretni primer odstopa od zakonske inkriminacije, pri čemer pogosto poda tudi jasno interpretacijo zakonske inkriminacije.

Skozi kvalitativno analizo primerov smo identificirali ključne tematske sklope, ki so relevantni za vprašanje pomena soglasja v izbranih primerih. V sedanji ureditvi vprašanje soglasja ni izrecno ali neposredno izpostavljeno, vendar lahko do njega pridemo prek dveh poti. Na eni strani se predvsem tožilstva pogosto ukvarjajo s konceptom »zadostne sile«, ki zmore streti upor žrtve, na drugi strani pa z »zadostnim odporom« žrtve proti ravnanju storilca, ki naj izkaže resnost žrtvinega nesoglasja.

V nadaljevanju tako navajamo izseke iz analiziranih primerov, pri čemer je treba opozoriti, da pri izpostavljanju posameznih navedkov ne navajamo razlogovanja tožilstva, ki bi ga raziskovalci vrednotili kot napačno, temveč razlogovanje, ki kaže na interpretacijo trenutnih zakonskih določb v praksi in torej sliko delovanja sistema kot takega.

1. Zadostna sila

Presoja glede tega, ali je storilec v konkretnem primeru uporabil takšno silo, ki je »zmožna streti odpor žrtve«, običajno opravijo tožilstva, ki relativno pogosto zavržejo ovadbe za dejanja, za katera menijo, da domnevni storilec ni uporabil dovoljšne sile.

Edini primer, v katerem se je sodišče specifično ukvarjalo z vprašanjem prisile je bil primer, kjer je pregon prevzela oškodovanka kot tožilka, kar kaže, da se evidentno ni strinjala s »presejanjem«, ki ga je opravilo tožilstvo, za katero pa se je izkazalo, da mu pritrjuje tudi sodišče.

1. Iz oškodovankinega opisa ravnanj osumljenega ne izhaja, da bi naj slednji zoper njo uporabil **takšno silo, ki bi bila objektivno sposobna zlomiti njen odpor**. Ravnanje osumljenega je sicer moč opredeliti kot spolno nadlegovanje, ki pa v obravnavanem primeru ne vsebuje zakonskih znakov kaznivega dejanja spolnega nasilja po 1. odstavku 171. člena KZ-1, zaradi česar je bilo treba ovadbo zavreči. (Spolno nasilje, sklep o zavrženju, ODT

2. Pri navedenem kaznivem dejanju je potrebno[,] da je uporabljena fizična ali psihična sila, lahko pa tudi uporaba drog ali hipnoze, ki mora biti uporabljena proti oškodovanki. Pri tem pa mora biti grožnja resna, usmerjena neposredno na življenje ali telo oškodovanke. Prav tako morata biti tako sila kot grožnja **takšni, da sta objektivno sposobni zlomiti odpor ženske oziroma moškega**. (Posilstvo, sklep o zavrženju, ODT

3. Nesporno je, da sta osumljenec in oškodovanka prijateljevala in imela številna intimna razmerja, glede na zbrane dokaze skoraj ob vsakem srečanju, niso pa dokazani očitki, da je šlo za prisiljenje v številna spolna dejanja, torej, da je pri tem vsakič uporabil silo ali ji zagrozil z neposrednim napadom na življenje ali telo in jo tako prisilil, da je imela z njim intimne odnose. Osumljenec je po zatrevanju oškodovanke slednjo **bolj izsiljeval kot pa prisiljeval** s tem, da bo o njunih intimnih druženjih povedal njeni družini, česar se je razumljivo oškodovanka ustrašila, saj je šlo za prijateljevanje in intimnost dlje časa. [...] Iz same prijave oškodovanke je **bolj razbrati strah**, da se bo o njenem skritem razmerju izvedel partner in družina **kot pa, da je šlo vsakič za spolno nasilje**. (Spolno nasilje, sklep o zavrženju, ODT

4. Sila pomeni uporabo moči nasproti drugi osebi in **mora biti takšna, da z njo storilec stre oškodovankin upor.** [...] Opisana ravnanja osumljenca, ko je oškodovanko otipaval po nogah, za roki okoli ramen, jo tesno objemal, jo hotel na silo poljubiti, jo prijel za bok in posadil na kolena in ko je na njen ukaz tudi prenehal z dejanji, pa **ne pomeni[jo] uporabe sile** (torej moči) proti oškodovanki **z namenom**, da bi jo prisilil ali poskusil prisiliti, da trpi kakšno spolno dejanje. (Spolno nasilje, sklep o zavrženju, ODT

5. Kaznivo dejanje spolnega nasilja po prvem odstavku 171. člena KZ-1 stori tisti, ki drugo osebo z uporabo sile ali grožnjo z neposrednim napadom na življenje in telo prisili, da stori ali trpi kakšno spolno dejanje. Glede na navedeno je za izpolnitev znakov kaznivega dejanja ključna uporaba sile ali grožnje. Sila je lahko fizična ali psihična, lahko pa gre tudi za uporabo drog, uporabljena pa mora biti neposredno proti oškodovancu. Grožnja mora biti resna, usmerjena neposredni na življenje ali telo oškodovanca. Tako sila kot grožnja morata biti takšni, da sta **objektivno sposobni zlomiti odpor druge osebe.** [...] Na podlagi izpovedbe oškodovanke ugotavljam, da osumljenec s svojim ravnanjem ni storil kaznivega dejanja spolnega nasilja po prvem odstavku 171. člena KZ-1, saj zoper njo ni uporabil sile ali grožnje. (Spolno nasilje, sklep o zavrženju, ODT

6. V obravnavanem primeru oškodovanka ni opisala, da je osumljenec za dosego svoje namere oziroma da bi strl njen odpor, uporabil silo. Oškodovanka na telesu ni imela **nobene vidne telesne poškodbe, ki bi jo pripisali uporabi takšne sile** s strani osumljenca. (Posilstvo, sklep o zavrženju, ODT

7. Res je, da temu opisu sledi navedba, da z odnosom ni prenehal kljub temu, da se je oškodovanka zbudila in ga z rokama začela odrivati, sam pa ji je takrat z roko prikril in zaprl usta ter s silo telesa zadržal pod seboj toliko časa, da je s spolnim odnosom dokončal. V tem delu dejanja naj bi torej obtoženec uporabil fizično silo zoper oškodovanko, vendar tak opis ne ustreza zakonskim znakom posilstva, ki bo podano takrat, ko storilec prisili drugega k spolnemu občevanju tako, da uporabi silo. **Uporaba sile mora torej biti usmerjena zoper oškodovanca zaradi spolnega občevanja** pri čemer bo

kaznivo dejanje posilstva po ustaljeni sodni praksi dokončano tedaj, ko moški spolni organ začne prodirati v spolni organ oškodovane osebe. To pomeni, da **kadar storilec uporabi silo šele po tistem, ko že pride do spolnega odnosa oziroma, da spolni odnos dokonča**, kot je to v obravnavani zadevi, **potem kaznivo dejanje posilstva ni podano**. Za tak primer gre nedvomno tudi v dani situaciji, ko že obtožba navaja, da je obtoženec z oškodovanko pričel spolno občevati, silo zoper njo pa uporabil šele po tistem, ko se je zbudila in ga z rokami pričela odrivati. [Sodbo je kasneje Vrhovno sodišče razveljavilo.] (Spolno nasilje, Sodba višjega sodišča,

8. [Obdolženi se je] najprej s hrbtne strani približal [oškodovanki], ki se je sklonila k svoji torbi in je s telesom sunil v njeno zadnjico, ko pa se je [oškodovanka] obrnila in mu je rekla »da je mislila, da je kdo normalen«, pa jo je z vso silo odrinil med omaro in zid in jo je ponovno porinil, tokrat z njegovim mednožjem v njeno mednožje in ji je ob tem rekel »kaj je pizdica mala« **in jo je na ta način prisilil**, da je utrpela spolno dejanje, saj se s svojim spolovilom pritisnil v njeno spolovilo. (Spolno nasilje, sodba, OKRO

9. Grožnja mora biti resna, usmerjena neposredno zoper življenje ali telo oškodovanca oz. oškodovanke oz. njej bližnjih oseb, uporabljena sila pa je lahko fizična ali psihična, uporabljena pa mora biti proti oškodovancu oz. oškodovanki ali osebam, ki so ji blizu. Uporabljena sila ali grožnja pa morata biti **taki, da sta objektivno sposobni zlomiti odpor oškodovanca oz. oškodovanke**.

Senat sicer zavrača navedbo obrambe, da iz obtožbe niti ne izhaja, kakšno konkretno silo ali grožnjo naj bi obdolženec uporabil, saj ugotavlja, da opis dejanja vsebuje očitek obdolžencu, da je oškodovanko kot tožilko „z roko prijel za prsi in jo porinil tako, da se je ulegla“ ter da ji je „z grobim glasom rekel, da naj leži in miži“, oškodovanka pa se je prestrašila in se zaradi šoka ni upirala. Opis kaznivega dejanja torej **vsebuje tudi opis uporabljene sile, vprašanje pa je, ali je bila ta takšne vrste in intenzitete, da je bila sposobna streti odpor oškodovanke kot tožilke**. Enoznačnega odgovora na vprašanje, kakšna sila je potrebna, da se stre odpor žrtve kaznivega dejanja posilstva, pravna teorija ne ponuja, temveč je to **odvisno od celotnega spektra okoliščin** obravnavanega dejanja ter **konkretnih osebnih in drugih značilnosti tako storilca kot žrtve dejanja**, ki jih je treba presojati v

vsakem primeru posebej. (Sklep o ustavitvi postopka, OKROLJ, II Ks 21904/2016)

2. Neprimerno, a ne kaznivo

Prav v zvezi z uporabljenimi silo oz. drugimi načini prisiljenja tožilstva mestoma ugotavljajo, da je ravnanje domnevnega storilca sicer neprimerno, a ne v takšnem smislu, da bi ga lahko subsumirali pod obravnavane inkriminacije. V posameznih primerih je namesto kazenskih prekrškovne postopke sprožila že policija, ponekod tožilstvo, v enem primeru pa je tožilstvo celo nakazalo, da bi lahko šlo za katero drugo kaznivo dejanje.

1. Zaradi omenjenega dejanja sem predlagala opravo **postopka o prekršku** po 1. odstavku 6. člena Zakona o varstvu javnega reda in miru, saj menim, da obdolženčeva dejanja ne predstavljajo taka spolna ravnanja oziroma dejanja, kjer bi prišlo do dotikanja teles oziroma da bi bila intenziteta primerljiva spolnemu občevanju ali spolno nedostojnemu ravnanju, namenjenemu zadovoljitvi spolne pohote, zato kazensko ovadbo zavračam. (Spolno nasilje, sklep o zavrženju, ODT)
2. V osumljenčevemu ravnanju bi šlo **kvečjemu za kaznivo dejanje razžalitve**. (Spolno nasilje, sklep o zavrženju, ODT)
3. Kot izhaja iz poročila PP [...] pa je bil zoper osumljenega v zvezi z očitanim ravnanjem **veden postopek o prekršku** zaradi kršitve prvega odstavka 6. člena Zakona o varstvu javnega reda in miru. (Spolno nasilje, sklep o zavrženju, ODT)
4. Ker ravnanje osumljenca, ki je sicer **popolnoma neprimerno**, ni kaznivo dejanje, ki se preganja po uradni dolžnosti, sem ovadbo zavrgla. (Spolno nasilje, sklep o zavrženju, ODT)
5. Ravnanje osumljenega je sicer moč **opredeliti kot spolno nadlegovanje**, ki pa v obravnavanem primeru **ne vsebuje zakonskih znakov** kaznivega dejanja spolnega nasilja po 1. odstavku 171. člena KZ-1, zaradi česar je bilo treba ovadbo zavreči.

3. Zadosten odpor

Še pogosteje kot z intenziteto sile, ki je bila uporabljena, se tožilstva in delno tudi sodišča ukvarjajo z intenziteto obrambnega ravnanja domnevnih žrtev kaznivih dejanj. Iz prebranega ugotavljamo, da je namen takšnega razlogovanja je lahko različen. Mestoma se tako zdi, da tožilstvo ali sodišče preverjata, ali je bilo upiranje in za njim stoječe nesoglasje, domnevnemu storilcu sploh razumljivo, mestoma pa razmeroma stereotipno ugotavlja, ali je vedenje domnevne žrtve skladno z pričakovanji o tem, kako naj bi se žrtev vedla, mestoma pa razlogi za poglobljeno ukvarjanje z obrambo domnevne žrtve niso povsem jasni.

1. [H]krati pa tudi odpor[a] oškodovanke, ki se je po njenih navedbah kazal v besedah: »**ne, ne, ni mogoče šteti kot tisti resni odpor, ki je nujen**, da se dejanje storilca šteje kot kaznivo dejanje. (Posilstvo, sklep o zavrženju, ODT

2. **Odpor** druge osebe **mora biti podan, saj če tega ni, ne gre za kaznivo dejanje**. Odpor žrtve pa **mora biti resen**. [...] Na podlagi izpovedbe oškodovanke ugotavljam, da osumljenec s svojim ravnanjem ni storil kaznivega dejanja spolnega nasilja po prvem odstavku 171. člena KZ-1, saj zoper njo ni uporabil sile ali grožnje. Oškodovanka je povedala, da je njegovo roko odmikala, osumljenec pa jo kljub temu še vedno otipaval po stegnu in spolovilu. Zgolj odmikanje roke, ne da bi pri tem osumljenec uporabil silo ali grožnjo, pa ni dovolj za izpolnitev zakonskih znakov kaznivega dejanja, ki se osumljencu očita. (Spolno nasilje, sklep o zavrženju, ODT

3. Prav tako [oškodovanka] ni povedala, da bi se osumljencu **aktivno upirala** na način, da bi se ga otepala na primer z rokami in nogami ter ga na ta način vsaj poskušala odvrniti od tega, da bi z njo spolno občeval. Ovadeno kaznivo dejanje se lahko stori le z naklepom. Za ugotovitev storilčevega naklepa pri posilstvu je potrebno na zanesljiv način dokazati, da se je storilec **zavedal, da premaguje odpor** ženske osebe z grožnjo ali uporabo sile, ker v primeru, če bi se mu glede na obnašanje ženske **zdelo, da odpor ženske ni resen**, ne bi bila podana subjektivna stran tega kaznivega dejanja. Posilstvo je namreč grob in brezobziren akt nasilja, do katerega pride **prav zato, ker se žrtev upira in noče spolnega občevanja, ker se brani na vse možne načine**. Zato **pasivno trpljenje oziroma preslab odpor lahko storilca**

zavede, da naj bi šlo za prikrit pristanek. (Posilstvo, sklep o zavrženju, ODT

4. Iz poročila PU [...] izhaja, da je oškodovanka med spolnim odnosom **sicer večkrat dejala osumljenemu, da naj s spolnim odnosom preneha,** prav tako je navedla, da osumljeni do nje ni bil nasilen ter da zoper njo ni uporabil nobene sile ali grožnje [...] [T]ako ugotavljam, da niso podani elementi očitane kaznivega dejanja. (Posilstvo, sklep o zavrženju, ODT
5. Predpostavlja se torej **nek odpor** ženske ali moškega, ki ga mora storilec streti. Odpor ženske ali moškega mora biti **resen in ne sme biti le posledica sramu, hlinjenja ali razvnevanja partnerja in podobno.** (Spolno nasilje, sklep o zavrženju, ODT
6. Predpostavlja se torej odpor žrtve, ki ga storilec tega kaznivega dejanja stre, pri čemer senat pritruje navedbi obrambe, da **ni nujno, da pride do fizičnega odpora žrtve. Če ta ugotovi, da se ne bo mogla uspešno upirati in se vda, je s tem njen odpor strt in tudi če spolno občevanje potem mine brez uporabe sile ali grožnje, je kaznivo dejanje podano.** (Sklep o ustavitvi postopka, OKRO
7. Upošteva izpovedbo oškodovanke[,] v okviru katere ni potrdila oz. opisala ter navedla nikakršne druge sile temveč le to, da je osumljenec na njeno nogo polagal svojo roko, jo na njeno zahtevo umikal, nato ponovno polagal ter ji dal ljubčka, kot **tudi ni potrdila, da bi ga kadarkoli odrinila od sebe,** osumljeni pa bi kljub temu z dejanjem nadaljeval[,] državna tožilka menim, da ravnanje osumljenega na pomeni uporabe sile, torej moči proti oškodovanki z namenom, da bi jo prisilil da trpi kakšno spolno dejanje, zato sem se odločila kot izhaja iz izreka sklepa. (Spolno nasilje, sklep o zavrženju, ODT
8. Pritrditi je, [...] da je izvedenka [...] v svojem ustnem izvajanju navedla, da oškodovanka že v bistveno manj obremenjujočih okoliščinah dobesedno otrpne [...] Vendar pa ne gre prezreti nadaljnjih izvajanj izvedenke, ko je na izrecno postavljeno vprašanje v zvezi s tem, ali so obtoženci sploh lahko zaznali, da ji ni ugodno, [...] odgovorila, da bi **tudi povprečno občutljiva in**

socialno vključena oseba [...] moral[a] zaznati, da si tega, kar se je dogajalo[, oškodovanka] ni želela, tudi če ni bilo „zelo aktivnega brcanja in upiranja“ [ter da zoper njo] „velike sile ni potrebno uporabiti, bolj tisto psihološko silo, prepričevanje oz. dopovedati, to je zdaj tako in to želim,“ da oškodovanka na to pristane. Navedeno pa **ni mogoče razumeti tako enoznačno, kot to interpretira obramba, da kakšnega upora oškodovanke sploh ni bilo, in da zato tudi kakšna sila zoper njo ni bila uporabljena, niti potrebna, temveč nasprotno, da se je temu vendarle upirala**, vendar ne tako intenzivno, kot bi v normalnih okoliščinah pri osebi, pri kateri prilagoditvene sposobnosti in spekter obrambnih strategij zaradi osebnostnih značilnosti ne bi bil tako skromen in ozek kot pri oškodovanki, bilo za pričakovati, temveč na način, ki je značilen za njo, torej ne tako intenzivno in odločno. Njenemu uporu primerno pa seveda tudi ni bilo potrebno uporabiti velike sile, sploh pa ne take, ki bi pri njej pustila na zunaj vidne poškodbe. Tako naziranje obrambe, da že **dejstvo, da oškodovanka v danem primeru ni bila telesno poškodovana, izključuje uporabo sile, potrebne za storitve obravnavanega kaznivega dejanja, sodišče ocenjuje za zmotno**. Sicer pa že **glede na okoliščine**, ko se je v stanovanju znašla sama s tremi obtoženci [...], ki so kot fizični delavci nedvomno v primerjavi z njo ne glede na primerljivo starost bili ne le v številčni, temveč tudi v fizični premoči in kot to ugotavlja izvedenka [...], da je situacija že sama zanjo bila izjemno ogrožujoča in se je počutila povsem nemočno in izpostavljeno ravnanju in hotenjem drugim, ob tem, ko je kljub njenemu izraženemu upor in joku obtoženi niso izpustili, temveč so v svojih ravnanjih [...] bili vedno bolj drzni, **oškodovanka kakšnih možnosti, da se njihovim dejanjem uspešno upre, ni imela, temveč bi ob intenzivnem upiranju**, ki ga niti ni bila zmožna nuditi, **tvegala** točno to, kar pogrešajo zagovorniki, **nastanek telesnih poškodb**. (Spolna zloraba slabotne osebe, OKRO)

4. Različna stanja in ravnanja žrtve, ki vplivajo na interpretacijo

Iz siceršnjega ravnanja ali stanja žrtve tožilstva ali sodišča pogosto tudi sklepajo na objektivne ali subjektivne pogoje za obstoj kaznivega dejanja. V tem kontekstu obravnavamo različna stanja žrtve, kot je na primer spanje (tudi v povezavi z alkoholizirano stanje), pa tudi okoliščine domnevnega kaznivega dejanja, kot je na primer izvršitev s pomočjo presenečenja.

Obenem tožilstvo in sodišče mestoma zelo stereotipno interpretira pričakovano ravnanje storilca in žrtve, na drugih mestih pa takšno razlogovanje, spodbujeno predvsem s strani zagovornikov, zavračata.

Spanje žrtve

Spanje žrtve tako tožilstva kot sodišča umeščajo med dejavnike, zaradi katerih je žrtev v slabotnem stanju.

1. Iz poročila PP [...] kakor tudi iz same podane ovadbe oškodovanke izhaja, da je starejši mladoletnik osumljeni na škodo oškodovanke [...] storil spolno dejanje - jo čez oblačila otipaval po spolovilu. Vendar pa iz navedenega ne izhaja, da bi mladoletnik to dosegel s silo ali grožnjo ali da bi na kakršenkoli način strl odpor oškodovanke. Oškodovanka je z mladoletnikom in prijateljico namreč **spala skupaj v šotoru**, ko je **v spanju začutila otipavanje** mladoletnika. Mladoletnika je brcnila **in ta je z dejanjem takoj prenehal**. Tako mladoletnik zoper oškodovanko ni deloval s silo ali grožnjo, niti ni strl ali poskušal streti njenega odpora. (Spolna zloraba slabotne osebe, sklep o zavrženju, ODT)
2. Po preučitvi dokaznega gradiva ugotavljam, da ne razpolagam z dokazom, da je bila prijaviteljica v času, ko je želel ovadeni z njo imeti spolni odnos oziroma jo je pričel otipavati po spolovilu, **v takšnem stanju**, zaradi katerega se ne bi mogla upirati ter zato ni podan utemeljen sum, da je osumljeni storil naznanjeno kaznivo dejanje [Spolne zlorabe slabotne osebe]. [Oškodovanko naj bi osumljeni otipaval po spolovilu in potiskal svoje prste vanj, medtem ko je ona spala. Ko jo je to prebudilo, naj bi osumljenega z nogo odrinila in začela jokati, osumljeni pa je zapustil sobo. – op. avtorjev] (Spolna zloraba slabotne osebe, sklep o zavrženju, ODT)
3. [O]pis po obravnavani obtožnici dejansko vsebuje le očitek, da je obtoženec spolno občeval z oškodovanko tako, da je zlorabil njeno stanje, zaradi katerega se ni mogla upirati. To namreč povsem jasno izhaja iz navedbe, da je oškodovanki, ko je **zaradi pijanosti zaspala**, slekel hlače ter pričel z njo spolno občevati. (Spolno nasilje, Sodba višjega sodišča, VS)

Presenečenje

1. Pogoji za storitev očitane kaznivega dejanja je torej uporaba sile ali grožnja z neposrednim napadom na življenje ali telo drugi osebi, s čimer se torej to osebo prisili, da stori ali trpi kakšno spolno dejanje. Ker na podlagi zbranih podatkov v obravnavanem dogodku, kot je opisala oškodovanka v kazenski prijavi, očitno ni prišlo do uporabe sile ali izrečenih groženj s strani osumljenca, kar je sicer eden od pogojev za storitev očitane kaznivega dejanja [...] je bilo potrebno kazensko prijavo oškodovanke zavreči, saj kot že rečeno zgoraj, v ravnanju osumljenega ni bilo podanih vseh znakov očitane kaznivega dejanja, niti kakšnega uradno pregonljivega kaznivega dejanja. [Oškodovanka je trdila, da jo je osumljenec pri nabiranju zelišč v gozdu z obema rokama zgrabil za mednožje. Policisti so ravnanje osumljenca obravnavali kot prekršek in izdana mu je bila odločba zaradi kršitve Zakona o javnem redu in miru.] (Spolno nasilje, sklep o zavrženju, ODT)

Ravnanje storilca in žrtve

1. [Ocenjujem, da] niso podani elementi očitane kaznivega dejanja, saj osumljena pri svojem ravnanju nista uporabila sile ali grožnje, temveč sta mladoletno oškodovanko **le poskušala z božanjem in nagovarjanjem [prepričati], da bi pristala na spolni odnos z njima**, kar pa se ni zgodilo, saj je mladoletna oškodovanka odločno zavrnila njuno nadlegovanje. [Osumljena sta oškodovanka med spanjem v skupni sobi z več znanci otipavala po nogah in spolovilu ter jo držala za boke. Po prvi jasni zavrnitvi sta obljubila, da bosta prenehala, a se je ravnanje ponovilo, zato je oškodovanka zapustila skupni prostor. – op. avtorjev] (Spolno nasilje, sklep o zavrženju, ODT)
2. Nikoli v teh letih [ko naj bi potekalo spolno prisiljevanje] pa ni omenila, da bi bila uporabljena sila ali grožnja, kar bi **brez dvoma storila, če bi prišlo do kaznivega dejanja posilstva**. (Posilstvo, sklep o zavrženju, ODT)
3. Senat je namreč prepričan, da se ošk[odovanka] ni znašla v brezizhodnem položaju, kjer bi ocenila, da njen odpor nima smisla oz. bi lahko njen položaj

še poslabšal, saj bi bila za strtje njenega odpora v opisanih okoliščinah po oceni senata potrebna intenzivnejša sila oz. hujša grožnja, kot jo zatrjuje oškodovanka. Oškodovanka je bila namreč v inkriminiranem času stara [...] let, visoko izobražena ženska in mati štirih otrok, obdolženi pa prav tako izobražen odrasel moški, ki ga je oškodovanka poznala že od prej iz [...], zato iz samih osebnostnih lastnosti, starosti in življenjskih izkušenj ter položaja v družbi po oceni senata med njima ne izhaja takšna diskrepanca, da bi že manjša fizična sila (poriv z roko, da se je ulegla) in pa grob ukaz objektivno zadostovala za strtje odpora oškodovanke. **Objektivno nemogoče si je namreč zamisliti, da bi se inteligentna, odrasla, izkušena ženska v znanem okolju, kjer so v bližini tudi drugi ljudje, obdolženega zgolj zato, ker jo je odrinil s komolcem, da se je ulegla in ji grobo ukazal, naj leži in miži oz. da naj bo tiho, tako prestrašila, da je okamnela in dopustila, da je z njo proti njeni volji ves čas [...] spolno občeval in izvajal še druga spolna dejanja.** (Posilstvo, Sklep o ustavitvi postopka, OKRC)

4. Takšno oškodovankino ravnanje, ko se je pred odhodom [s storilcem] v sobo, z njim poljubljala, gotovo predstavlja **konkludentno ravnanje oz. ravnanje, na podlagi katerega je lahko [storilec] upravičeno sklepal, da si oškodovanka želi imeti z njim spolni odnos**, saj je tudi povsem prostovoljno z njim odšla v sobo. (Spolna zloraba slabotne osebe, Sodba, OKRO)

5. Ob vsem navedenem pa je zaključiti, da mladoletniku ni mogoče dokazati, da je hotel oškodovanko prisiliti k spolnemu občevanju. Med njim in oškodovanko je namreč prišlo do dalj časa trajajočega poljubljanja, v posledici česar je mladoletnik, ob odsotnosti besedne potrditve ali zavrnitve s strani oškodovanke glede spolnega občevanja, pričel s slačenjem hlač. Iz tega sklepam, da mladoletnik ni imel namena posiliti oškodovanko, temveč jo s **svojim ravnanjem samo pripraviti oziroma prepričati v sporazumno spolno občevanje, saj mu oškodovanka pred njegovim ravnanjem ni določno z besedami povedala, da želi ali da noče spolno občevati z njim.** Iz povedanega izhaja, da mladoletnik ni imel direktnega naklepa storiti kaznivo dejanje posilstva, saj v trenutku začetka njegovega ravnanja, **potem ko sta se dalj časa poljubljala, ni mogel vedeti da oškodovanka ne želi spolno občevati.** [Ravnanje osumljenca, ko je domnevno oškodovanko

pritiskal na pokrov avtomobila s slečenimi hlačami, sta prekinila policista, ki sta slišala domnevno oškodovanko glasno kričati [»Ne, nočem tega!«]. – op. avtorjev] (Posilstvo, sklep o zavrženju, ODT

6. Kot v celoti **neprimerna in nesprejemljiva pa je oceniti tudi vsakršna namigovanja o promiskuitetni naravi oškodovanke** in nasploh pripadnikov njene kulture oz. narodnosti, kar obramba izkazuje na podlagi že navedenih fotografij, ki so tudi sicer bile posnete izpred dvanajst let (glej izpovedbo oškodovanke in njenega moža) in iz katerih s strani oškodovanke tudi niso razvidne kakšne spolne manifestacije ali dejanja. **Tudi sicer pa te ne bi mogle predstavljati opravičila za obravnavano dejanje.** (Posilstvo, sodba, OKR)
7. Pri tem je [zagovornik] **opozoril, da je obtoženi državlján [tuje države]**, da torej prihaja iz drugega socialnega okolja in je zato potrebno upoštevati, da je obtoženi „težil oškodovanki“ in da bi mogoče prišlo do česa, vendar do tega ni prišlo. Pri tem je zagovornik poudaril, da je potrebno upoštevati, da gre pri oškodovanki za **izredno občutljivo mlado žensko** in da ji lahko že majhen dogodek povzroči stres in da je bilo **obtoženčevó „dvorjenje“ za slovenski kulturni prostor verjetno neprimerno** in zato za oškodovanko zelo stresno. [...] Pri tem **ni mogoče kot olajševalno okoliščino upoštevati dejstva**, da je obtoženec državlján [tuje države], da torej prihaja iz drugačnega okolja. (Spolno nasilje, sodba, OKRO)
8. Obtoženčev zagovornik [...] meni, da je sodišče prve stopnje pri sojenju za kaznivo dejanje posilstva uporabilo napačno, kvalificirano pravno kvalifikacijo po drugem v zvezi s prvim odstavkom 170. čl. KZ-1C, kar utemeljuje s **praktikami, ki jih danes mlajše generacije prakticirajo pri spolnem občevanju.** [...] Kolikor pa zagovornik navaja, da sodobne spolne praktike med mladimi ne opravičujejo uporab[e] kvalifikacije po drugem odstavku 170. čl. KZ-1C, pa je potrebno zagovorniku dati **prav le v toliko, da so odstopanja od običajnega spolnega občevanja sicer možna, pa najsi gre za heteroseksualne partnerje ali istospolne**, element sile in fizičnega ter verbalnega izživljanja obtoženca nad oškodovancem še po tem, ko je že ejakuliral v oškodovančeva usta, pa kažejo na to, da je uporabljena pravna kvalifikacija nedvomno pravilna. (Posilstvo, sodba višjega sodišča,

5. Druga relevantna vprašanja iz analize

Čeprav smo skozi analizo primerov skušali ohraniti osredotočenost na vprašanje soglasja oz. prisile, smo ob tem zaznali več drugih tem, ki se nam jih zdi pomembno izpostaviti. Podrobnejše razčlenjevanje presega namene tega pisanja, ravno tako ta odsek ni namenjen morebitni poglobljeni kritiki prakse pravosodnih organov. Verjamemo pa, da je koristno ob razpravi o morebitnih spremembah pravnega normiranja spolne kriminalitete razmišljati tudi o drugih pomembnih vidikih delovanja pravnega sistema in pravosodne prakse na tem področju.

Razmejevanje med kaznivim dejanjem posilstva in kaznivim dejanjem spolnega nasilja

Med primeri smo zaznali različne prakse tožilstev in sodišč pri razmejevanju med ravnanji, ki sodijo v kaznivo dejanje posilstva in dejanji, ki sodijo v kaznivo dejanje spolnega nasilja. Predvsem med nekonsistentnimi razvrstitvami najdemo izvršitev v obliki oralnega občevanja, ki je večkrat zajeto v inkriminacijo spolnega nasilja. (npr. Sklep o zavrženju, ODT Sodba, OKR ; Sodba, OKR

Spolna avtonomija oseb z motnjami v duševnem razvoju

Osebam z motnjami v duševnem razvoju je velikokrat spolna avtonomija povsem odvzeta, čeprav izkazujejo v siceršnjem življenju sposobnost odločanja in aktivne spolne prakse. (Sodba, OKRO Sodba, OKRO , drugačno stališče glede tega vprašanja v sodbi višjega sodišča, VS

Razmejevanje med ravnanjem, ki ni kaznivo zaradi uspešnega upora žrtve, in poskusom

Predvsem na ravni tožilstev prihaja do zavrženj v primerih, ko je bil upor žrtve uspešen in dejanje ustavljeno, bilo pa je že začeto. (Spolna zloraba slabotne osebe, sklep o zavrženju, ODT , , Spolna zloraba slabotne osebe, sklep o zavrženju, ODT :

Vključitev ravnanj z znaki posilstva v kaznivo dejanje nasilja v družini

Dejanski stanovi, ki bi ustrezali kaznivemu dejanju posilstva niso samostojno obravnavani, temveč so zajeti v okvir kaznivega dejanja nasilja v družini. (OKRO , OKRC

Stereotipno obravnavanje spolne kriminalitete

V posameznih primerih smo v obrazložitvah zaznali stereotipno obravnavo določenih vidikov kaznivih dejanj in njihovih udeležencev (promiskuitetna žrtev, prava žrtev bi ravnala drugače, ipd.). Pogosto so nosilci tovrstnih narativov zagovorniki obdolžencev in sodišča na to ustrezno reagirajo, mestoma pa se podobnemu razlogovanju podležejo tudi tožilstva in sodišča. (Posilstvo, sodba, OKRO: , Spolno nasilje, sodba, OKRO. Posilstvo, sklep o zavrženju, ODT , Posilstvo, sklep o zavrženju, ODT

Zastaranje kazenskega pregona

V luči aktualnih pobud v zvezi z zastaranjem ugotavljamo, da med analiziranimi primeri zavrženj na ravni tožilstva nismo našli primera, enako velja za odločbe na ravni sodišč.

Kaznovalna politika

Širši sklop vprašanj zajema po našem mnenju področje kaznovalne politike za spolna kazniva dejanja, za katero smo zaznali nekatere značilnosti.

- Vprašanje ustreznosti kaznovalnega razpona v KZ ali ustreznosti sodne prakse: Sodišča praktično ne posegajo po zgornji polovici zagroženih sankcij, najvišja izrečena sankcija za vsa obravnavana kazniva dejanja je bila 6 let zapor (drugi odstavek 170. člena KZ-1). Delež pogojnih obsodb je relativno velik.
- Vprašanje ustreznosti olajševalnih okoliščin v posamičnih primerih (»znaten prispevek oškodovanke«, kratko trajanje posilstva, alkoholiziranost oškodovanke) (Posilstvo, OKRO , Spolno nasilje, OKRO Posilstvo, OKRO' ; Spolna zloraba slabotne osebe, OKRO)
- Vprašanje ustreznosti obteževalnih okoliščin (izrazit pomen povratništva) (Spolna zloraba slabotne osebe, OKRO
- Razlike v kaznovanju med sodišči in znotraj sodišč
- Vloga Višjih sodišč pri zagotavljanju enotne kaznovalne politike

4. Tretji del: Predstavitev in ovrednotenje možnih modelov za noveliranje poglavja kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost

1. Uvod

Naloga tega dela elaborata je predstaviti možne modele za reformo oziroma dopolnitev zakonskih opisov spolnih kaznivih dejanj v smeri obsežnejšega kazenskopravnega varstva spolne avtonomije. Poglavlje je načrtovano kot podlaga za razpravo na delovni skupni za pripravo sprememb in dopolnitev Kazenskega zakonika na Ministrstvu za pravosodje. Ključni vprašanji v razpravi bosta, 1. ali obstaja potreba po obsežnejšem kazenskopravnem varstvu spolne avtonomije, in 2., če obstaja, kakšne bi bile najprimernejše normativne rešitve.

Izkušnje iz tujih pravnih okolij, kjer so reformo že opravili, kažejo, da gre za temo, ki ljudi izrazito mobilizira in polarizira. To je povezano z nevarnostjo, da razprava postane pretirano konfliktna in neosredotočena. Zato je zelo pomembno, da si prizadevamo za ohranjanje stvarne in osredotočene razprave, v kateri so razpravljavci ustrezno informirani. Namen elaborata je torej člane delovne skupine na jedrnat način *seznaniti* z doslej znanimi možnostmi reformnih pristopov, hkrati pa te možnosti do določene mere tudi že *ovrednotiti*, tj. opredeliti se do njihove ustreznosti za naš pravni prostor in anticipirati morebitne težave, povezane z njimi.

Avtorji se zavedamo, da je končna odločitev, kako (če sploh) poseči v poglavje kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost, politična. Pomembno pa se nam zdi, da je ta odločitev kar najbolj informirana in da do nje pride šele, ko se strokovna razprava izčrpa.

2. Opis problema

Zakonodajne spremembe (ali razprava o njih) v smeri temeljitejšega varstva spolne avtonomije niso značilne le za naš prostor, temveč je mogoče govoriti o primerjalnopravnem trendu. Razlog zanj so premisleki o tem, da tradicionalni model varstva spolne avtonomije, ki kot nujni pogoj osrednjih spolnih deliktov zahteva storilčevo uporabo sile ali grožnje (t. i. model prisile), ni zadosten. Ti premisleki so znani že nekaj časa, pogosto pa se zgodi, da je neposredni sprožilec reformnih prizadevanj šele odmeven primer, ki ima ustrezno mobilizacijsko moč.

Tudi za veljavno slovensko kazensko pravo je značilno, da jedrna spolna kazniva dejanja (posilstvo in spolno nasilje) ureja skladno s t. i. modelom prisile. Za obstoj kaznivega dejanja je v

skladu s sedanjo ureditvijo torej nujno, da storilec uporabi prisilo, ki jo zakonsko besedilo omejuje na naslednje variante:

- uporaba sile;
- grožnja z neposrednim napadom na življenje ali telo;
- grožnja z odkritjem nečesa o žrtvi ali njenih bližnjih, kar bi škodovalo njeni ali njihovi časti ali dobremu imenu;
- grožnja s povzročitvijo velike premoženjske škode žrtvi ali njenim bližnjim.

Možni so položaji, ko za dosego spolnih ravnanj ni uporabljena nobena izmed zgoraj naštetih oblik prisile, vseeno pa oseba, ki je spolnemu ravnanju izpostavljena, ravnanje doživlja kot poseg v svojo spolno samoodločbo. Te položaje je mogoče ilustrirati z zadevami iz analizirane pravosodne prakse, v katerih so oškodovanke podale kazensko ovadbo, vendar pa jo je tožilstvo moralo zavreči, saj ovadeno ravnanje ni izpolnjevalo (vseh) znakov kaznivega dejanja:

- osumljenec je oškodovanko presenetil med tem, ko se je sklanjala in nabirala zelišča, pristopil je k njej za hrbtom in jo zgrabil z obema rokama v genitalnem predelu. Tožilstvo je ovadbo zavrglo, ker uporaba sile ali grožnje ni bila izkazana. Policija je dogodek obravnavala v smeri prekrška zoper javni red in mir. (ODT)

- osumljenec je bil sosed oškodovanke, med obiskom na njenem domu jo je prijel okoli pasu, potegnil k sebi, preko oblačil jo je otipaval po prsih in vaginalnem področju in lizal po obrazu, prijaviteljica mu je dejala, naj jo pusti, vendar je s početjem nadaljeval, ko se je iz okolič zaslišal hrup, je prenehal in odšel. Tožilstvo je ovadbo zavrglo, saj iz oškodovankinega opisa ne izhaja, da bi osumljenec uporabil silo takšne intenzitete, ki bi bila »objektivno sposobna zlomiti njen odpor«. Tožilstvo v ravnanju osumljenca prepozna spolno nadlegovanje, vendar pa ugotavlja, da ga ni mogoče subsumirati pod zakonski opis kaznivega dejanja spolnega nasilja po 1. odstavku 171. člena KZ-1. (ODT)

- osumljenec in oškodovanka sta bila osemnajstletna vrstnika, osumljenec je bil oškodovanki všeč, želela si je zveze z njim, objemanja in poljubljanja, ne pa tudi spolnih odnosov. Osumljencu je večkrat dejala, da si spolnih odnosov ne želi, on pa je vztrajal, legel je nanjo, oškodovanka je noge tiščala skupaj, on pa jih je skušal z rokami razkleniti, oškodovanka je ponavljala, da spolnega odnosa ne želi, naposled je osumljencu uspelo. Oškodovanka je šla k zdravniku, ker se je bala neželene nosečnosti, zdravnik je o dogodku obvestilo policijo. Oškodovanka pove, da osumljenca ni želela prijaviti in tega še vedno ne želi. Tožilstvo v sklepu o zavrženju ovadbe ugotavlja, da je oškodovanka sicer osumljenemu večkrat rekla, naj preneha, vendar pa osumljeni ni uporabil sile

ali grožnje, zaradi česar niso podani elementi očitane kaznivega dejanja (posilstva). (ODT ,).

Na podlagi posplošitve navedenih primerov in tistega, kar o navedeni problematiki vemo iz tuje literature in sodne prakse, je mogoče prepoznati naslednja tipična položaja, ki odpirata vprašanje ustreznosti in zadostnosti varstva spolne avtonomije v sistemih, ki temeljijo na modelu prisile:

- storilec ne uporabi sile ali grožnje, temveč sta njegov *modus operandi* hitrost in izraba presenečenja žrtve;
- žrtev spolna ravnanja sicer zavrača, vendar se (iz različnih razlogov) fizično ne upira dovolj intenzivno, da bi bilo storilcu treba uporabiti (intenzivnejšo) silo ali grožnje.

V drugem položaju (žrtev se fizično ne upira dovolj), so razlogi za neupiranje lahko izrazito heterogeni: lahko gre za sram, šok, presenečenje, zadrego, neasertivnost, lahko pa tudi za racionalno oceno, da je upiranje nesmiselno ali neoportuno.

Ključni pravno-politični vprašanja, na kateri bo treba ob pripravi sprememb in dopolnitev KZ-1 odgovoriti, sta torej:

1. Ali opisani posegi v spolno avtonomijo, ki so po veljavnem pravu nekaznivi, upravičujejo spremembo oziroma dopolnitev spolnih kaznivih dejanj? Ali za spremembe in dopolnitve govorijo tudi drugi (načelni in simbolni) razlogi?

2. V primeru odločitve za spremembo oziroma dopolnitev: kateri izmed možnih modelov noveliranja bi bil najbolj primeren?

To sta vprašanja, o katerih bo treba razpravljati na delovni skupni za pripravo sprememb in dopolnitev Kazenskega zakonika na Ministrstvu za pravosodje. Da bo ta razprava ustrezno informirana, v nadaljevanju predstavljamo možne modele, po katerih bi se morebitne spremembe lahko orientirale.

3. Možni modeli za spremembe in dopolnitve spolnih kaznivih dejanj

3.1. Brez sprememb – fragmentarnost kazenskega prava

Prvi možen odziv na opisane omejitve veljavnega modela spolnega kazenskega prava je lahko stališče, da to ne potrebuje sprememb. V pravnih sistemih, kjer so že reformirali model spolnega kazenskega prava, so se avtorji v grobem razdelili v dve skupini: na tiste, ki so menili, da je treba ohraniti *status quo* in tiste, ki so podpirali spremembo.

Argumenti, s katerimi se je spremembi nasprotovalo, so bili heterogeni.¹⁰ Osrednja argumentativna črta je bila, da gre za ekspanzijo in »remoralizacijo« kazenskega prava, ki bo na praktični ravni povzročala številne težave: delovala bo neživljenjsko, odpirala bo spoznavne težave in v najslabšem primeru vabila h krivim ovadbam. Drugi sklop argumentov je v reformnih predlogih videl izraz moralne panike oziroma feministične histerije, ki jemlje kazensko pravo za sredstvo političnih bojev. Skupni imenovalec navedenih stališč je, da je spolno kazensko pravo, ki temelji na modelu prisile, dobro, kakršno je. Večino kršitev spolne avtonomije rešuje ustrezno, kolikor pa obstajajo tudi posegi v spolno avtonomijo, ki niso kaznivi, je to izraz fragmentarnosti kazenskega prava in dejstva, da se proti vsem nezaželenim socialnim praksam ni mogoče bojevati s sredstvi kazenske represije.

Trditev, da je obstoječi model prisile zadosten, temelji na naslednjem razmisleku: če nekomu res ni do spolne interakcije, jo bo ustrezno energično zavrnil. Če bo storilec kljub temu vztrajal, bo slej ko prej moral uporabiti silo ali grožnje – s tem pa bo kaznivo dejanje podano. Vendar pa ima opisani razmislek dve pomanjkljivosti. Prva je, da so neželena spolna ravnanja, do katerih pride, preden žrtev ustrezno obrambno reagira, vselej nekazniva.¹¹ Druga napaka pa je, da razmislek temelji na predpostavki, da so vsi ljudje ustrezno asertivni, ko gre za obrambo lastne avtonomije. Predpostavka ne drži vselej – obstajajo posamezniki, ki zaradi različnih razlogov ostanejo pasivni. Razlogi za pasivnost so lahko različni, lahko gre za specifičen odziv na situacijo, ki ji niso kos, morda v kombinaciji z osebnostnimi lastnostmi, kot je sramežljivost.¹² V zadevi, o kateri je odločil 4. kazenski senat nemškega Zveznega sodišča 29. 1. 2015, sodišče sedemindvajsetletno oškodovanko opiše kot »občutljivo in ne preveč asertivno«. Storilec – skrbnik oškodovankinega primera na zavodu za zaposlovanje – je oškodovanko na sestanku v njegovi pisarni nepričakovano poljubil in jo poročil za oralni spolni odnos, kar je presenečena oškodovanka zavrnila, storilec pa si je kljub temu odpel hlače in penis potisnil v usta oškodovanke. Zvezno sodišče je potrdilo, da (tedanji) znaki kaznivega dejanja posilstva niso bili podani – naložilo pa je prvostopnemu sodišču, naj bolj natančno preveri, ali gre nemara za ekshibicionistična ravnanja (ki so po nemškem pravu inkriminirana na ravni kaznivega dejanja).

Primerov, kakršen je opisani, model prisile brez sprememb, dopolnitev ali znatne reinterpretacije zakonskih znakov ne more rešiti. V tej zvezi je možen ugovor, da so zadeve, kot je opisana, relativno redke: večina ljudi bi se storilcu bolj energično uprla, kolikor pa obstajajo redki primeri,

¹⁰ Glej npr. Herzog, F.: Sex wieder Willen – Anmerkung zu dem Grund und den Grenzen der Strafbarkeit von nicht konsensual verlaufendem Geschlechtsverkehr, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 98 (2015), str. 18-32; Fischer, T.: Zum letzten Mal: Nein heißt Nein, ZEIT-Online <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-06/rechtspolitik-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein-fischer-im-recht/seite-3>

¹¹ Kot izhod v sili se občasno predlaga, da bi jih bilo mogoče preganjati kot »realno injurijo«. Rešitev deluje staromodno: poseg v spolno avtonomijo namreč obravnava kot poseg v »čast in dobro ime« (ženske).

¹² Hörnle, T.: The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harrassment, German Law Journal 18 (2017) št.6, 1312.

ko se to ne zgodi, to ni dovoljšen razlog za spremembo kazenskega zakonika – kazensko pravo je navsezadnje fragmentarno, to pomeni, da ne inkriminira vseh ravnanj, ki utegnejo biti socialno problematična.

Vendar pa zgolj z argumentom fragmentarnosti kazenskega prava ohranitve *statusa quo* ni mogoče prepričljivo utemeljiti. Fragmentarnost kazenskega prava je zgolj *deskriptivna označba* za znano lastnost kazenskega prava, da vseh potencialno problematičnih ravnanj ne inkriminira. Ta označba pa ne daje nikakršnih vrednostnih meril za odgovor na vprašanje, za katera ravnanja je še *sprejemljivo*, da ostanejo nekazniva. Tu je potrebnega več napora in razmisleka o tem, v kakšnem obsegu naj kazensko pravo varuje posameznikovo spolno avtonomijo.

Pravkar povedano je mogoče ponazoriti s primerom oškodovanke iz opisane zadeve. Oškodovanka lahko legitimno zastavi vprašanje kazenskopravnemu sistemu, zakaj je to, kar se ji je zgodilo, nekaznivo. Odgovor, »ker je kazensko pravo pač fragmentarno in ne zajema vsega, kar je problematično,« bi bil očitno prekratek. Treba bi bilo namreč odgovoriti tudi na vprašanje, zakaj je kazensko pravo ponekod bolj drugod pa manj »fragmentarno«. Pri posegih v premoženje, denimo, je fragmentarnosti precej manj: če bi storilec želel vzeti in si prilastiti oškodovankin mobilni telefon ali denarnico, bi zadoščal oškodovankin »ne« oz. izrecno nasprotovanje sploh ne bi bilo potrebno.

Z drugimi besedami, potrebna je *vsebinska razprava o primernem obsegu kazenskopravnega varstva* spolne avtonomije. Te razprave ni mogoče odpraviti s kratkim sklicem na fragmentarnost kazenskega prava, načelo *ultima ratio* in podobno. Danes bistvo kazenskopravnega varstva posameznikove spolne avtonomije vidimo v zaščiti njegove *negativne* svobode, ki je v tem, da mu ni treba biti izpostavljen tujim ravnanjem, če tega ne želi.¹³ V tem smislu je v prodoru ideja, da si spolna avtonomija zasluži kazenskopravno varstvo tudi, kadar posegi vanjo niso pospremljeni z uporabo sile ali groženj. Idejo je v zakonsko besedilo ali vsaj v sodno prakso mogoče prelititi na različne načine, ki jih v nadaljevanju obravnavamo.

3.2. Brez zakonskih sprememb – širša interpretacija zakonskih znakov

Drugi možni odziv na opisane omejitve modela prisile je stališče, da problem rešljiv na ravni razlage zakonskega besedila: če bi zakonske znake sile in grožnje razlagali ustrezno široko, bi bilo mogoče reči, da zakonsko besedilo zajame vsa spolna ravnanja brez soglasja.¹⁴ Rešitev je videti

¹³ Hörnle, T.: Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, ZStW 127 (2016), 851-887.

¹⁴ Razširjena razlaga pojmov sile in grožnje se je pojavila kot možna rešitev v razpravi na Kazenskopravni sodniški šoli v Rogaški Slatini 17. 10. 2018.

praktična, saj težavo, zaradi katere se države spuščajo v odmevne zakonske reforme, elegantno rešuje s širšo razlago dveh besed iz zakonskega opisa. Toda natančnejši premislek pokaže, da na ta način problem ni rešljiv.

Res je, da obstaja določen **manevrski prostor**, znotraj katerega lahko zakonskim znakom pripišemo širši ali ožji pomen. Primeroma lahko za zakonski znak »grožnja z neposrednim napadom na življenje ali telo« trdimo, da ni podan le v primeru izrecno izrečenih groženj, temveč zadoščajo že nakazane, a neizgovorjene grožnje, toliko bolj v razmerjih, ki jih zaznamuje historiat preteklega nasilja. Toda vseh nekonsenzualnih spolnih ravnanj ni mogoče razglasiti za posledico takšne ali drugačne oblike sile ali grožnje. Vzemimo storilca, ki izkoristi veliko presenečenje in zadrego žrtve: njegovo ravnanje je brez dvoma predrzno, ne gre pa nujno za uporabo sile ali grožnje z neposrednim napadom na življenje ali telo, tudi če pojma sile in grožnje razumemo izrazito široko.

Nadaljnja težava pristopa, ki bi pomanjkljivosti modela prisile reševal z reinterpretacijo zakonskih znakov, je, da od pravosodja pričakuje, naj opravi vlogo zakonodajalca: z ekstenzivno razlago zakonskih znakov naj zapolni domnevne pravne praznine. Toda 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.

Čeprav je ideja s širšo razlago zakonskih znakov videti elegantna in ekonomična, torej ne gre za izvedljivo ali sistemsko sprejemljivo rešitev, kar pomeni, da je ob morebitni odločitvi za celovitejše varstvo spolne avtonomije potrebna sprememba zakonskega besedila. Možnih je več rešitev, kako takšno spremembo izpeljati – nekatere so iz primerjalnega prava že znane. Ključno vprašanje je, kateri pristop k spremembam bi bil za slovenske razmere najustreznejši.

3.3. Dopolnitev (razširitev) izvršitvenih načinov kaznivih dejanj posilstva (170. člen KZ-1) in spolnega nasilja (171. člen KZ-1)

Temeljna dilema v zvezi s spreminjanjem spolnih kaznivih dejanj je, kako temeljite naj bodo spremembe. Vsaka sprememba vpliva ne samo na kaznivo dejanje, v katerega posega, temveč tudi na **razmerja z drugimi kaznivimi dejanji** (primer: razširjena inkriminacija posilstva ali morebitno novo kaznivo dejanje »spolnega ravnanja brez soglasja« lahko zajameta del položajev, ki jih sicer pokriva kaznivo dejanje spolne zlorabe slabotne osebe). Obširnejši ko so posegi, bolj se razmerja med sorodnimi kaznivimi dejanji premešajo in vzpostavljajo na novo.

Zato je pregled možnih modelov zakonskih sprememb smiselno začeti z rešitvijo, ki *najmanj posega* v obstoječo strukturo zakona. To je rešitev, po kateri je edini poseg v zakonsko besedilo **dopolnitev izvršitvenih načinov** kaznivih dejanj posilstva in spolnega nasilja. Ta rešitev zahteva razmislek o tem, kateri načini poseganja v spolno avtonomijo posameznika z veljavnimi inkriminacijami niso zajeti, pa bi morali biti. V tem smislu bi bilo mogoče izvršitvenim načinom uporabe sile in grožnje primeroma dodati naslednja izvršitvena načina (opisi, ki sledijo, so poljudni in provizorični – ne gre za dodelan predlog zakonskega besedila):

- storilec izrablja brezizhodni položaj žrtve, v katerem odpor ni možen ali smiseln;
- storilec izrablja presenečenje žrtve ali podobno stanje, zaradi katerega se žrtev ne upira.

Pravkar predstavljena rešitev ima – kot vse druge – svoje dobre in slabe plati.

Dobro plat rešitve je mogoče iskati v njenem minimalizmu – gre za minimalen poseg v zakonsko besedilo, ki ne zahteva prilagoditev drugih kaznivih dejanj. Tudi kar zadeva prilagajanje na spremembo v sodni praksi, je ta rešitev najmanj zahtevna: ne prinaša novih kaznivih dejanj, ne ruši razmerij med obstoječimi kaznivimi dejanji, kot tudi bistveno ne spreminja koncepta poglavja spolnih kaznivih dejanj.

Zdi se tudi, da tovrstna sprememba ne bi izzvala obširnejšega nasprotovanja v javni razpravi. V vsakem primeru je treba računati s kritičnimi odzivi, ki bi problematizirali konkretno nomotehnično izpeljavo, ali ocenjevali, da so ti položaji »tako ali tako že zajeti v veljavni ureditvi«. Manj verjetna pa so stališča, ki bi neposredno zagovarjala, da mora biti izrabljanje brezizhodnega položaja žrtve ali presenečenja žrtve, nekaznivo.

Kot **slabo plat** rešitve bi bilo mogoče šteti njen kazuističen pristop, ki krpa obstoječo ureditev, **ne prinaša pa spremembe njene vodilne ideje**. V tem smislu rešitev nima enake simbolne moči, kot bi ga imela neposredna uvedba modela soglasja.

Posebno vprašanje je, ali bi opisana minimalistična rešitev zadostila standardom t. i. **Istanbulske konvencije**. Ta namreč v 36. členu zahteva inkriminacijo »nekonsezualnih« spolnih ravnanj, kar bi lahko pomenilo, da od držav pogodbenic brezpogojno zahteva nadomestitev modela prisile z modelom soglasja. Pojasnila, ki jih v tej zvezi daje razlagalni memorandum¹⁵, so ambivalentna. Ta po eni strani pojasnjuje, da 36. člen Konvencije pokriva vse vrste spolnih ravnanj, ki so »izvršena brez svobodno danega soglasja« (odstavek 189 Memoranduma), po drugi strani pa prepušča državam, da pri implementaciji določbe same odločijo o zakonskih opisih izvršitvenih načinov in o tem, »za katere dejavnike ocenjujejo, da izključujejo svobodno soglasje« (odstavek 193

¹⁵ V izvirniku *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*.

Memoranduma). Iz navedenega je mogoče sklepati, da konvencija torej *a priori* ne izključuje možnosti zakonskega kazuističnega naštevanja različnih vplivov na voljo žrtve, ki izključujejo njeno soglasje.

Dopolnjevanje izvršitvenih načinov posilstva in spolnega nasilja bi odprlo vprašanje **niansiranja kaznovalnih okvirov** za posamezne izvršitvene načine. Vprašanje je denimo, ali izvršitveni način, kjer storilec izrablja presenečenje žrtve predstavlja obseg neprava, ki je primerljiv s položajem, ko storilec uporabi silo. Nesporno je, da so med tema položajema lahko pomembne razlike v »teži dejanja«, vendar pa je dejstvo tudi, da so trenutni kaznovalni okviri pri posilstvu in spolnem nasilju izrazito široki, kar sodišču omogoča dovoljšen manevrski prostor za upoštevanje razlik med posameznimi izvršitvenimi načini.

Rešitev z dopolnjevanjem izvršitvenih načinov odpira tudi vprašanje poimenovanj oziroma **ustreznosti naslovov kaznivih dejanj**. Izraz posilstvo na jezikovni ravni aludira na uporabo sile, v tem smislu bi se utegnilo odpreti vprašanje, ali je pri denimo pri izrabi presenečenja za doseg spolnih ravnanj, še smiselno govoriti o *posilstvu*. S stališča jezikovnega purizma bi bilo treba to možnost zavrniti. Hkrati pa je tudi res, da so naslovi kaznivih dejanj – ne samo v našem zakoniku – pogosto oblikovani po načelu »najbolj značilen del za celoto«. Že če pogledamo veljavno zakonsko besedilo, vidimo, da je tudi storilčeva najava, da bo razkril dejstva, ki škodijo časti in dobremu imenu žrtve, izvršitvena oblika posilstva. Ocenjujemo torej, da je ob morebitni razširitvi izvršitvenih načinov treba opraviti tudi razpravo o ustreznosti naslovov kaznivih dejanj (in njihovi morebitni dopolnitvi), hkrati pa opozarjamo na to, da zakonik že doslej iz razumljivih razlogov ni zasledoval perfekcionističnega cilja, naj naslov kaznivega dejanja v celoti in hkrati brez ostanka korespondira z vsebino inkriminacije.

Končno je z vprašanjem razširitve inkriminacij posilstva in spolnega nasilja povezano tudi simbolno vprašanje: ali bi inkriminaciji z dodajanjem izvršitvenih načinov, ki ne vsebujejo sile in grožnje, »devalvirali«, tj. **izgubili simbolno težo** najhujših kaznivih dejanj zoper spolno avtonomijo. Čeprav gre »zgolj« za simbolno vprašanje, ga je treba vzeti resno. Ne bilo sicer prvič v zgodovini kazenskega prava, da inkriminacija razširi svoj doseg izven tradicionalnih pojmovnih predstav (npr. razširitev tradicionalnega razumevanja stvari pri tatvini, ali razširitev zatajitve na terjatve), vendar je treba dobro razmisliti, ali je to res nujno potrebno.

Druga možnost je namreč, da se spolna ravnanja, ki niso bila izsiljena s silo in grožnjo *stricto sensu*, inkriminirajo v samostojnem, blažjem kaznivem dejanju (lahko ga delovno poimenujemo »spolno ravnanje brez soglasja«), kaznivi dejanji posilstva in spolnega nasilja bi v tem primeru predstavljali njegovo kvalificirano obliko. Prednost te rešitve je, kot rečeno, tudi v tem, da za razliko od kazuističnega dopolnjevanja izvršitvenih načinov jasneje izrazi spremembo vodilne

ideje. Rešitev ima več možnih izpeljav, ki jih v nadaljevanju obravnavamo pod skupnim naslovom »model soglasja«.

3.4. Model soglasja

Za kazenskopravno varstvo spolne avtonomije, ki temelji na t. i. modelu soglasja, je značilno, da temeljno kaznivo dejanje inkriminira nekonsenzualna spolna ravnanja, uporaba sile oziroma grožnje nista več nujni pogoj za obstoj kaznivega dejanja, temveč postaneta kvalifikatorni okoliščini.

Model soglasja pomeni zasuk v strukturi in logiki spolnih kaznivih dejanj, ki terja odgovore na več temeljnih vprašanj. Ko gre za zakonske znake, so v modelu prisile stvari bolj ali manj jasne: ključno vprašanje je, ali sta bili podani sila oziroma grožnja ustrezne intenzitete. Čim pa se pojavi kot zakonski znak »soglasje« (oziroma odsotnost soglasja) postanejo stvari bolj zapletene.

Prvo vprašanje je, **na kakšni vrsti soglasja** naj temelji zakonski opis: na izraženem soglasju ali na notranjem (intimnem) strinjanju. Čeprav bi intuitivno utegnili pomisliti, da so »le notranja občutja tisto, kar je pristno in kar zares šteje«, obstajajo zelo dobri razlogi, da se kazenskopravna presoja omeji na tisto, kar je izraženo s komunikacijo, torej na **navzven izraženo soglasje oziroma zavrnitev**. 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.

Če torej sprejmemo, da je za pravno presojo ključna komunikacija, se je v drugem koraku treba opredeliti do njene **oblike**. Gre za vprašanje, ali naj bo kaznivo dejanje podano le tedaj, kadar storilec **ignorira prepoznavno zavrnitev** (model veta, »ne pomeni ne«) ali pa naj bo kaznivo dejanje podano tudi v primerih, ko **ni bilo izraženo soglasje** (model afirmativnega soglasja, »samo ja pomeni ja«).

3.4.1 Model veta

3.4.1.1 Nemška rešitev: zakonski znak »proti prepoznavni volji«

Z novelo nemškega kazenskega zakonika iz leta 2016 sta se spremenila naslov kaznivega dejanja iz 177. člena in njegova vsebina. Člen ima po novem trodelni naslov: Spolni poseg (*Übergriff*); spolno prisiljenje; posilstvo. Kaznivo dejanje je z vidika naših standardov izjemno kompleksno,¹⁶ zato ni primerno kot neposreden zgled za reformo. Vseeno pa si je koristno vsaj v grobem ogledati njegovo strukturo, saj ta dobro ilustrira logiko modela veta in značilne dileme, ki jih model odpira.

Prvi odstavek inkriminira spolna ravnanja, izvršena **»zoper prepoznavno voljo druge osebe«** (*gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person*). S tem je izražena jedrna ideja modela veta: neupoštevanje zavrnitve ustvarja temeljno obliko kaznivega dejanja. Ta pristop ne zahteva več fizičnega upiranja žrtve, ohranja pa dolžnost, da potencialna žrtev neželena spolna ravnanja navzven prepoznavno zavrne. Posebna naloga za zakonodajalca je vprašanje, kako obravnavati

¹⁶ Besedilo kaznivega dejanja v celoti:

»(1) Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn

1. der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern,
2. der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert,
3. der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt,

4. der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht, oder

5. der Täter die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht.

(5) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter

1. gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet,

2. dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht oder

3. eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist.

(6) In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder

2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.

(7) Auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter

1. eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt,

2. sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, oder

3. das Opfer in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.

(8) Auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter

1. bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet oder

2. das Opfer

a) bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder

b) durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt.

(9) In minder schweren Fällen der Absätze 1 und 2 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 4 und 5 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 7 und 8 ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.«

morebitne šume v komunikaciji oziroma storilčeve zmote o vsebini izražene volje. Ključ do rešitve tega problema je v nemškem primeru v pridevniku *prepoznavna* (volja), kar je objektivno naravnan standard, ki omejuje možnosti sklicevanja na zmote, kadar je zavrnitev nedvoumno izražena.

Model veta ni zadosten **v položajih, v katerih zavrnitve ni mogoče izraziti, ali pa jo je težje izraziti**. Te položaje ureja drugi odstavek, ki inkriminira pet različnih variant, v katerih (pravočasna) zavrnitev ni mogoča: lahko gre za okoliščine na strani žrtve, analogne okoliščinam, ki ustrezajo našemu pojmu »slabotne osebe« (točki 1 in 2), lahko pa tudi za izrabo presenečenja (točka 3), eksplicitnih groženj (točka 5) in implicitnih groženj (točka 4). Točka 2 drugega odstavka, ki se nanaša na spolna ravnanja z osebo, ki je zaradi »fizičnega ali duševnega stanja resno ovirana pri oblikovanju ali izražanju volje« (gre zlasti za primere intoksikacije, umske manjrazvitosti in demence), predvideva izjemo: spolna ravnanja niso kazniva, če je »storilec« pridobil privolitev. Zakonska rešitev naštetim skupinam oseb ni želela odvzeti vsakršne možnosti spolnega življenja, postavila pa je **višje standarde za soglasje**, ki mora biti v teh primerih izrecno izraženo (model afirmativnega soglasja).

V petem do osmem odstavku so urejene različne **kvalificirane oblike** kaznivega dejanja. Te so številne, pri čemer zakonsko besedilo uporablja tehniko stopnjevanja kvalificiranih oblik. Težišče kvalificiranih oblik je na uporabi sile oziroma grožnji z uporabo sile. V devetem odstavku so urejene **privilegirane oblike** dejanja, pri čemer zakonsko besedilo uporablja tehniko, pri kateri se sklicuje na »primere manjše teže«, specifičnih privilegatornih okoliščin pa ne navaja.

Kot rečeno, je nemški pristop z vidika naših nomotehničnih standardov prezapleten, da bi se bilo mogoče po njem neposredno zgledovati, je pa v njem mogoče prepoznati precej miselnega napora, kako med seboj uskladiti različne pristope k spolnemu kazenskemu pravu. Ob abstrahiranju podrobnosti je njegovo strukturo mogoče povzeti takole:

1. Model veta je izhodišče.
2. Ta model je v nadaljevanju korigiran za primere, ko oseba zavrnitve ne more izraziti oziroma je pri tem otežena.
3. Za ranljivejše skupine oseb je kot izjema predviden model afirmativnega soglasja.
4. Uporaba prisile je podlaga za kvalificirane oblike.

3.4.1.2 Avstrijska rešitev: subsidiarno kaznivo dejanje posega v spolno samoodločbo

Avstrijski KZ je bil v smeri modela soglasja noveliran eno leto pred nemškim (2015), prav tako je uvedel model veta, ki pa ga je nomotehnično nekoliko drugače vtikal v zakonsko besedilo.

Avstrijska rešitev je oblikovno precej **bližje naši zakonodajni tradiciji**, zaredi česar je potencialno bolj zanimiva za posnemanje.

V poglavju spolnih kaznivih dejanj je bilo novo kaznivo dejanje (205.a člen) z naslovom »**Poseg v spolno samoodločbo**«. ¹⁷ To je bistveno krajše in preprostejše od zgoraj predstavljenega nemškega 177. člena, delno zaradi drugačne zakonodajne tradicije, predvsem pa zato, ker so v zakonu ločeno ohranjena kazniva posilstva (201. člen), spolnega prisiljenja (202. člen) in spolne zlorabe osebe, ki se ne more braniti ali je duševno prizadeta (205. člen). Novi 205.a člen vsebuje izrecno **klavzulo o subsidiarnosti**: uporabiti ga je mogoče le, če za storilca ne pride v poštev kakšno drugo kaznivo dejanje, ki ima višjo zagroženo kazen. ¹⁸

Novo kaznivo dejanje v prvem odstavku inkriminira spolno občevanje ali z njim izenačeno ravnanje, ki je izvršeno z drugo osebo **proti njeni volji**, z izkoriščanjem njene stiske (*unter Ausnützung einer Zwangslage*) ali predhodnega ustrahovanja (*nach vorangegangener Einschüchterung*). V drugem odstavku so inkriminirani položaji, ko storilec na enak način doseže navedena spolna ravnanja med žrtvijo in tretjo osebo oziroma žrtev s spolnim občevanjem izenačeno ravnanje izvrši na sebi.

Novemu kaznivemu dejanju posega v spolno avtonomijo je glede na obliko in vsebino mogoče pripisati **funkcijo varnostne mreže**, ki naj zajame nekatere posege v spolno avtonomijo, ki jih model prisile ne pokriva. Kaznivo dejanje v osnovi temelji na modelu veta, kar izraža fraza »proti volji«; volja, o kateri govori zakonsko besedilo, mora biti izražena navzven, torej lahko govorimo o zavrnitvi. ¹⁹

Obstajata pa **dve pomembni vsebinski razliki** z nemško ureditvijo. Prva je v tem, da se avstrijski KZ **ne zadovolji z objektivno prepoznavnostjo zavrnitve**, temveč mora tudi konkretni storilec vedeti ali vsaj dopuščati možnost, da ravna v nasprotju z zavrnitvijo. Druga pomembna razlika pa je, da avstrijski KZ novo kaznivo dejanje **omejuje na spolno občevanje in z njim izenačena ravnanja**, ne vključuje pa manj invazivnih spolnih ravnanj.

Ob abstrahiranju podrobnosti je avstrijsko ureditev mogoče povzeti takole:

¹⁷ V dobesednem prevodu bi šlo za »Poškodbo spolne samoodločbe« (*Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung*).

¹⁸ Besedilo kaznivega dejanja v celoti:

»(1) Wer mit einer Person gegen deren Willen, unter Ausnützung einer Zwangslage oder nach vorangegangener Einschüchterung den Beischlaf oder eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung vornimmt, ist, wenn die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer eine Person auf die im Abs. 1 beschriebene Weise zur Vornahme oder Duldung des Beischlafes oder einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung mit einer anderen Person oder, um sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, dazu veranlasst, eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung unfreiwillig an sich selbst vorzunehmen.«

¹⁹ Oberlauer, J. in Schmidhuber, K.: Die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gemäß § 205a StGB, Österreichische Richterzeitung (RZ) 2015, št. 9, 175.

1. Ohranjeni sta kaznivi dejanji posilstva in spolnega nasilja v tradicionalni obliki (oblikovani skladno z modelom prisile).
2. Dodano je kaznivo dejanje Posega v spolno samoodločbo, ki je oblikovano po modelu veta. To kaznivo dejanje je subsidiarno.
3. Dodano kaznivo dejanje zajema spolno občevanje in z njim izenačena ravnanja.
4. Novo dejanje je oblikovano kot klasično naklepno kaznivo dejanje (potrebna je zavest storilca o zavrnitvi).

3.4.2 Model afirmativnega soglasja

Za ilustracijo ureditve, ki temelji na modelu afirmativnega soglasja, je mogoče vzeti kaznivo dejanje Spolnega odnosa brez privolitve (*Spolni odnosaj bez pristanka*) iz 152. člena hrvaškega KZ, ki je začel veljati 1. 1. 2011. Terminološko bi bilo sicer bolj običajno govoriti o spolnem odnosu brez soglasja (*suglasnosti*), vendar je ta terminološka konvencija za tukajšnjo razpravo manj pomembna. Za razliko od prej obravnavane nemške in avstrijske rešitve, ki inkriminirata neupoštevanje žrtvine zavrnitve, rešitev iz hrvaškega KZ govori le o ravnanjih »brez privolitve«. ²⁰ V tem pogledu je hrvaška rešitev bližje modelu, ki ga imenujemo model afirmativnega soglasja. Vendar pa v skladu z razlago zakonskega opisa v hrvaški literaturi za privolitev ni treba, da bi bila izrecno izražena – to do neke mere relativizira razliko s prej predstavljenimi rešitvami, tem bolj ob realističnem poudarjanju komentatorjev, da bodo pri **dokazovanju** kaznivega dejanja še naprej ključno vlogo imele zunanje manifestacije zavrnitve. ²¹

Pogoji, ki so potrebni za **veljavnost privolitve**, so opredeljeni v prvem stavku tretjega odstavka 152. člena: »Privolitev je podana, če se je oseba po svoji volji odločila za spolni odnos ali z njim izenačeno ravnanje in je bila sposobna sprejeti in izraziti takšno odločitev.« Prvi pogoj (»po svoji volji«) ne daje konkretnih oprijemališč za presojo privolitve – ne odgovori namreč na vprašanje, kateri vplivi na voljo so takšne vrste, da ni več mogoče govoriti o »lastni volji« potencialne žrtve.

²⁰ Besedilo kaznivega dejanja v celoti:

»(1) Tko s drugom osobom bez njezinog pristanka izvrši spolni odnosaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju ili navede drugu osobu da bez svog pristanka s trećom osobom izvrši spolni odnosaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju ili da bez svog pristanka nad samom sobom izvrši sa spolnim odnosajem izjednačenu spolnu radnju²⁰, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

(2) Počinitelj koji je bio u otklonjivoj zabludi glede postojanja pristanka iz stavka 1. ovoga članka, kaznit će se kaznom zatvora do tri godine.

(3) Pristanak iz stavka 1. ovoga članka postoji ako je osoba svojom voljom odlučila stupiti u spolni odnosaj 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 odnosaj 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.«

²¹ Novoselec P. in Martinović, I.: Komentar posebnega dela Hrvatskega KZ – še neobjavljeno.

Drugi pogoj (sposobnost sprejeti in izraziti odločitev) ni izpolnjen v primeru oseb, mlajših od petnajst let (za te primere je predvideno posebno kaznivo dejanje v 158. členu) in v primeru oseb, ki ustrezajo našemu konceptu »slabotne osebe«. Materialnopravna posebnost hrvaške rešitve je drugi stavek tretjega odstavka, ki ilustrativno našteje nekaj okoliščin in skupin oseb, pri katerih »se šteje, da privolitve ni«. Ideja te zakonske rešitve ni, da bi bila v teh primerih privolitev povsem nemogoča, temveč naj bi se dokazno breme glede veljavne privolitve prevalo na obdolženca. V literaturi je ta rešitev naletela na kritike.²²

Posebnost hrvaške rešitve je tudi v tem, da izrecno ureja **zmoto storilca glede obstoja privolitve**: v primeru izogibne zmote je ravnanje storilca kaznivo, predpisana kazen pa je v tem primeru nekoliko nižja (drugi odstavek 152. člena).²³

152. člen hrvaškega KZ se v zakonskem opisu omejuje na spolno občevanje in z njim izenačena ravnanja, vendar pa je inkriminacija analogno uporabna tudi v povezavi z drugimi spolnimi ravnanji. Gre za prvi odstavek 155. člena hrvaškega KZ, ki inkriminira druga spolna ravnanja (*bludne radnje*), ki so izvršena »v okoliščinah 152. člena«.²⁴

Hrvaška rešitev po naši oceni **ni uporabna kot neposreden zgled za reformo**: je namreč precej zapletena, ne daje povsem jasnih odgovorov glede oblike in vsebine soglasja, poleg tega pa bi njeno omenjanje procesnih presumpcij (»šteje se«) v naši nomotehnični tradiciji delovalo manj običajno.

Kot zanimivost, a hkrati pomembno opozorilo, je treba omeniti ugotovitve hrvaških kolegov, ki spremljajo življenje nove določbe 152. člena v praksi. Izkazalo se je, da je njena raba v nekaterih primerih pripeljala do blažjega kaznovanja spolnih kaznivih dejanj: nekatera kazniva dejanja, ki bi bila pred reformo obravnavana kot posilstvo, so bila po novem preganjana kot »spolni odnos brez privolitve«, saj se je bilo s tem mogoče izogniti morebitnim težavam glede dokazovanja uporabe sile oziroma grožnje. Ta »bližnjica« nas opozarja na znano dejstvo, da gre lahko resnično življenje neke nove določbe deloma tudi po drugih poteh, kot je bilo sprva načrtovano.

Zanimivo je tudi, da družbena gibanja, ki se na hrvaškem zavzemajo za pravice žrtev spolnih kaznivih dejanj, novega kaznivega dejanja »spolnega odnosa brez privolitve« niso dobro sprejela. Deloma ga namreč razumejo kot evfemizem za posilstvo, zato je že v pripravi nova novela kazenskega zakona, ki naj bi črtala to kaznivo dejanje, njegovo vsebino pa prenesla pod okrilje

²² Novoselec P. in Martinović, I.: Komentar posebnega dela Hrvatskega KZ – še neobjavljeno.

²³ Podrobneje o problematiki zmote o obstoju privolitve Ambrož, M.: Nerazumne zmote in kazensko pravo, v: Kambič, M., Škrubej, K. in Accetto, M. (ur.): Odsev dejstev v pravu: *da mihi facta, dabo tibi ius, liber amicorum* Janez Kranjc. Ljubljana: Pravna fakulteta, 2019, str. 37-46.

²⁴ Besedilo prvega odstavka 155. člena hrvaškega KZ v celoti:

»(1) Tko pod uvjetima iz članka 152. ovoga Zakona kad nije počinjen ni pokušaj tog kaznenog djela, počini bludnu radnju, kaznit će se kaznom zatvora do jedne godine.«

kaznivega dejanja posilstva (hkrati pa postrožila kazni). Kar zadeva premestitev pod kaznivo dejanje posilstva, se zdi, da gre predvsem za spor o etiketi, in manj o vsebini.

Ob abstrahiranju podrobnosti je hrvaško ureditev mogoče povzeti takole:

1. Dodano je kaznivo dejanje Spolnega odnosa brez privolitve (zajema spolno občevanje in z njim izenačena ravnanja), *mutatis mutandis* pa ga je mogoče uporabiti tudi za druga spolna ravnanja.
2. Posilstvo je ohranjeno kot kvalificirana oblika kaznivega dejanja Spolnega odnosa brez privolitve.
3. Nova inkriminacija je oblikovana po modelu afirmativnega soglasja.
4. Inkriminacija obsega definicijo soglasja in zakonske presumpcije, kdaj soglasja ni.
5. Urejena je problematika zmote storilca o obstoju soglasja.

4. Končno ovrednotenje in priporočilo glede izbire modela

Dosedanja razprava kaže na to, da obstajajo razlogi za spremembo oziroma dopolnitev obstoječega modela prisile v smeri modela soglasja.

Eno pomembnejših vprašanj modela soglasja zadeva njegovo konkretno zakonsko izpeljavo: ali naj bo kaznivo dejanje podano le tedaj, kadar storilec ignorira prepoznavno zavrnitev (model veta) ali pa naj za kaznivo dejanje zadošča že, da ni bilo izraženo soglasje (model afirmativnega soglasja).

Na praktični ravni je razlika med navedenima pristopoma manjša, kot se zdi na prvi pogled. Tudi v modelu afirmativnega soglasja bo namreč za soglasje zadoščal že konkludentno izraženi »da«. Razlika med pristopoma pride do izraza zlasti v položajih, v katerih je **kommunikacija nejasna oziroma ambivalentna**. V teh primerih daje model veta naslovnikom jasnejše napotke za ravnanje: upoštevaj veto in se ustavi. Tudi 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.

Znan pomislek zoper model veta je, da temelji na predpostavki, da smo ljudje ves čas na voljo za spolno interakcijo, razen oziroma dokler te možnosti izrecno ne zavrnemo. S stališča formalne logike je res, da model veta temelji na tej predpostavki, prav tako je res, da je predpostavka očitno neživljenjska. Vendar pa kljub temu obstajajo razlogi, zaradi katerih je model veta za

kazenskopravno urejanje najbrž primernejši od modela afirmativnega soglasja. Zlasti v mejnih primerih je za sodno rekonstrukcijo dogodka ključnega pomena, ali je žrtev na navzven prepoznaven način izrazila zavrnitev. Ta rešitev na potencialne žrtve posegov v spolno avtonomijo ne naslavlja nesorazmerno velikih zahtev: dovolj je izrecno ali konkludentno izraziti zavrnitev. To dolžnost, ki jo model veta nalaga potencialnim žrtvam kaznivega dejanja, je treba tehtati oziroma ovrednotiti v širšem kontekstu.²⁵ Obsodba za spolno kaznivo dejanje nosi v sebi veliko stigmo in ima za obsojenca potencialno zelo hude posledice. Zato si je treba prizadevati za rešitev, ki v resnično nejasnih ali ambivalentnih položajih ne vodi v obsodbo.

Model veta potencialnim žrtvam spolnih kaznivih dejanj nalaga bistveno manjše dolžnosti kot model prisile, ki od žrtev pričakuje ustrezno intenzivno fizično upiranje, kljub temu pa po vsej verjetnosti ne bo zadovoljil vseh, ki pledirajo za reformo spolnega kazenskega prava. Po mnenju nekaterih je namreč **v moralnem iz vzgojnem smislu** najustreznejši model afirmativnega soglasja. S tem se je v veliki meri mogoče strinjati, hkrati pa je treba opozoriti na znano stvar, da pravne rešitve v številnih primerih ne morejo biti moralno in vzgojno perfektni, saj morajo zasledovati tudi druge cilje, kot je zagotavljanje pravne varnosti. V tem smislu se torej **za pravno urejanje** model veta zdi boljša rešitev.

Opredelitev za model veta zahteva odgovor na nekatere nadaljnje pomisleke. Tako kot je za nekatere model veta premalo korenita rešitev, so znani tudi pomisleki v nasprotni smeri: kakršni koli odstopi od obstoječe rešitve v smeri modela soglasja naj bi **predstavljali grožnjo pravni varnosti osumljencev spolnih kaznivih dejanj**. To stališče je jedrnato mogoče povzeti takole: če za kaznivo dejanje ne bodo več potrebni sledovi poškodb, bo to vodilo k zlorabam (krivim ovadbam), pravosodje pa bo postavljeno pred neobvladljive **spoznavne težave**, ko bosta pogosto edino gradivo, na katerega se bo mogoče opreti, dve različni pripovedi o tem, kaj se je zgodilo.

Ti pomisleki imajo svojo težo, vendar pa je tudi njih treba postaviti v kontekst. Že v veljavni ureditvi spolnega kazenskega prava so možni položaji brez poškodb, ko sta edino dokazno gradivo dve različni pripovedi o tem, kaj se je zgodilo (sila, ki ne pušča sledov, modalitete posilstva in spolnega nasilja, ki temeljijo na uporabi grožnje). Tovrstnim položajem se v kazenskem pravu ni mogoče izogniti, reševati jih je treba z vrednotenjem prepričljivosti posameznih verzij dogodka in upoštevanjem procesnih pravil o domnevi nedolžnosti in dokaznem bremenu. Z drugimi besedami: opozarjanje na možne spoznavne težave ne bi smela biti absolutna ovira za reformo materialnega kazenskega prava.

²⁵ Hörnle, T.: Rape as Non-Consensual Sex, v Schaber P. in Müller A. (ur.): The Routledge Handbook of the Ethics of Consent. Abingdon: Routledge, 2018, str. 235–246.

Izpostaviti je treba tudi pomisleke, ki morebitne spremembe spolnih kaznivih dejanj v smeri modela soglasja povezujejo z geslom »**povečanje represije**«. Uvedba novega kaznivega dejanja (ali nove modalitete obstoječih kaznivih dejanj), ki bi inkriminiralo že spolna ravnanja brez soglasja, širi obstoječe polje kaznivosti in v tem pogledu nesporno pomeni povečanje represivnega odzivanja države. Ključno vprašanje je, ali obstajajo za takšno povečanje dovolj dobri razlogi. Presoja tega vprašanja po našem mnenju ne sme ostati omejena na sklicevanje na potrebe po uskladitvi z Istanbulsko konvencijo ali na trende v primerjalnem pravu, ki kažejo na reformni val v primerljivih pravnih sistemih. Ključna se nam zdi vsebinska razprava primernem obsegu varstva spolne avtonomije. Gre za eno najpomembnejših osebnih pravnih dobrin, za katero se glede na vse zapisno zdi primerno, da je varovana tudi zoper posege, ki ne vključujejo sile ali grožnje. Tu velja še enkrat opozoriti, da takšno stopnjo varstva po veljavnem pravu obsegajo tudi nekatere pravne dobrine, ki niso osebne narave in so nadomestljive (premoženje). V tem pogledu je torej »povečanje represije« mogoče upravičiti z racionalnimi argumenti.

Ne glede na povedano pa je treba imeti pred očmi, da je trenutno veljavni model spolnega kazenskega prava v veliki meri zasidran v zavesti pravosodnih delavcev in da lahko njegovo morebitno spreminjanje naleti na precejšnjo skepsa in odpor. V tem pogledu je izjemnega pomena, da si ob morebitni odločitvi za spremembo predlagatelj vzame dovolj časa za predstavitev načrtovanih sprememb, soočanje pomislov in tudi upoštevanje tistih, ki se izkažejo za utemeljene. Najslabše bi bilo, če bi reforma v pravosodju ustvarila vtis, da je bila hitra, s premalo razprave in vsiljena. Naporov pa ne bo treba usmeriti le v temeljito pripravo reforme temveč tudi v ustrezno podporo pravosodju pri privajanju na morebitne spremembe.

5. Konkretni predlog in vprašanja, do katerih se bo treba opredeliti

V primeru, da se bo predlagatelj odločil za spremembe, torej predlagamo **razširitev poglavja spolnih kaznivih dejanj v smeri modela veta** (obenem kaže razmisliti o spremembi naslova poglavja: beseda »nedotakljivost« v današnjih okoliščinah deluje arhaično in bi jo morda lahko nadomestili s »samoodločbo«). Nemška izpeljava modela veta se zdi za naše razmere prezapletena, kot uporaben zgled (z nujnimi prilagoditvami) se zdi rešitev iz **avstrijskega kazenskega zakonika**. Ta rešitev predvideva, da kazniva dejanja posilstva, spolnega nasilja in spolne zlorabe slabotne osebe **načeloma ostanejo nespremenjena, doda pa se jim subsidiarno kaznivo dejanje**, ki inkriminira posege v spolno samoodločbo brez uporabe sile oziroma grožnje, vendar proti volji žrtve. Subsidiarnost pomeni, da je kaznivo dejanje mogoče uporabiti le v primerih, ko ne gre za kakšno hujše spolno kaznivo dejanje. Za subsidiarno kaznivo dejanje mora biti predpisana blažja kazen kot za primarna kazniva dejanja (posilstvo, spolno nasilje, spolna

zloraba slabotne osebe), v avstrijskem KZ, denimo, je predpisana kazen do dveh let zapora. Posebno omenjanje spolnih ravnanj, ki jih žrtev izvrši s tretjo osebo ali na sebi (drugi odstavek 205.a člena avstrijskega KZ) ni potrebno: ni v skladu z našo nomotehnično tradicijo, te položaje je mogoče zajeti tudi s posrednim storilstvom.

Tudi po morebitni spremembi je mogoče pričakovati, da bodo večino pripada zadev še vedno predstavljala »tradicionalna« spolna kazniva dejanja, subsidiarno kaznivo dejanje pa bo opravljalo zgolj funkcijo »varnostne mreže« in bo redkeje uporabljeno. Ne glede na to pa ima morebitno takšno kaznivo dejanje tudi določen simbolni pomen, zato njegove vloge ni mogoče tehtati le s pogostostjo uporabe.

Pri snovanju konkretne podobe zakonske določbe se bo treba opredeliti še do naslednjih vprašanj:

1. Kako širok krog spolnih ravnanj zajeti? (Avstrijska rešitev se omeji na spolno občevanje in z njim izenačena ravnanja.)

2. Kakšen natanko naj bo zakonski znak, s katerim se opiše zavrnitev? (Tu je možnih več nians, ki se razlikujejo po tem, ali gre za klasičen zakonski znak, ki ga mora storilec naklep zajeti (avstrijska rešitev) ali pa standard zavrnitve objektivirati (nemška rešitev), kar v posledici oziroma možnosti sklicevanja na zmoto. V primeru izbora avstrijske rešitve si bo treba nadalje zastaviti vprašanje, ali je potrebna posebna določba o zmoti, ki bi se ji storilec lahko izognil – takšno posebno določbo poznata denimo norveški in hrvaški KZ.)

3. Ali je poleg izvršitvenega načina, ki opiše storilčevo neupoštevanje zavrnitve, treba dodati še dodatne načine, ki so morda samo poseben primer storilčevega neupoštevanja zavrnitve (tako avstrijska rešitev), ali pa to po nepotrebnem obremenjuje zakonsko besedilo?

4. Na kakšen nomotehničen način zajeti položaje, ko žrtev niti nima ustrezne možnosti izraziti zavrnitev? Zlasti gre za položaje izrabe presenečenja, ki jih bo treba verjetno urediti kot posebno izvršitveno obliko. Poleg tega se bo treba opredeliti do tega, ali veljavna inkriminacija zlorabe slabotne osebe ustrezno zajema vse položaje, ko so na strani žrtve ovire za to, da bi izrazila zavrnitev.

