

Kriminološka spoznanja in perspektive našega kazenskega prava

dr. Ljubo Bavcon, redni profesor za kazensko pravo pravne fakultete v Ljubljani

1. Eno izmed zelo zanimivih in tudi zelo spornih vprašanj, ki vznemirjajo praktike in teoretike s področij kriminologije in kazenskega prava, je razmerje med kriminološkimi spoznanji in kazenskim pravom. Na prvi pogled se zdi to vprašanje sicer dokaj preprosto — posledica pomembnejšega novega spoznanja znanosti o kriminaliteti bi pač morale biti spremembe v kazenski zakonodaji in v pravosodni praksi. Toda v resnici se na znanstvenih spoznanjih utemeljene spremembe kriminalne politike in kazenskega prava uveljavljajo skrajnje počasi.¹ Še več, spremembe, ki jih doživljamo nemalo (glej število in pogostnost novel našega kazenskega zakonika), navdihujejo drugačni motivi in gredo mimo tistih vprašanj, ki jih imamo za pomembna raziskovalci s tega področja.

To, kar je bilo pravkar povedano, nikakor ni značilno le za naše, jugoslovanske razmere. Po vsem civiliziranem svetu je to vprašanje odprto in prav tako pereče, to pa opozarja na globlje vzroke in svari pred poenostavljanji. Očitno je, da se na področju kriminalitete in socialne patologije sploh bolj uveljavljajo drugi dejavniki, manj pa spoznanja kriminologije. Nobenega izmed teh dejavnikov seveda ni mogoče spraviti s sveta s preprostimi pejorativnimi označbami, vendar pa so med njimi nekateri, ki zaslužijo več pozornosti. Gotovo je, da takšnih človeških lastnosti, kot so konservativnost, rutinerstvo, strah pred novotami, negotovost, zaradi katere se ljudje oklepajo na videz trdnih in preskušanih miselnih modelov itd. ne moremo docela zamenariti. Vendar pa je vse to dosti manj pomembno kakor nekatera globlja, »večna« človeška vprašanja, kot so npr. nasprotje med tem, kar je, in tem, kar naj bi bilo, med koristnostjo in »višjimi« vrednotami, kakršna je npr. pravičnost, med tem, kar je racionalno in znanstveno, ter tem, kar je iracionalno in emocionalno, med človekovo težnjo, spraviti svet v harmoničen sistem pojmov, in bogato, nenehno spreminjajočo se resničnostjo.

Če so kje, potem so na področju kriminalitete in zaradi nje obstoječih človeških dejavnosti (kriminologije, kriminalne politike in kazenskega prava) ta vprašanja posebej zaostrena. Kazensko pravo in za njim delujoča kriminalna politika sta starodavni družbeni dejavnosti, ki sta ju navdihovale in ju še navdihujejo predvsem eksistenčne potrebe

posameznikov in družbenih skupin po svojem varstvu pred napadi na temeljne možnosti in zahteve za njihov obstoj. August Goll je nekoč dejal: »Dovolj je, če vemo, da veljata tatvina konja in onesnaženje pitne vode v Arabiji za najhujša zločina, pa takoj razumemo strukturo te družbe.«² Spričo tega je razumljiva trditev, da navdihujejo reakcijo družbe zoper dejanja, ki so ji po njenih merilih nevarna, v precejšnjem obsegu iracionalni in emocionalni motivi.

Kot v splošnem, tako je tudi na tem področju pripadla filozofiji in teoriji naloga, utemeljiti in opravičiti družbeno nujnost z vedno bolj razvijajočim se sistemom moralnih, etičnih in filozofskih pojmovnih kategorij. Tako je v zgodovini polagoma nastal pojmovni model, ki ga opredeljujejo tri medsebojno povezane kategorije: kaznivo dejanje — krivda (kazenska odgovornost) — kazen. Vse do nastopa antropološko pozitivistične šole v drugi tretjini prejšnjega stoletja je ta pojmovni model dobro rabil svojemu namenu, saj ga niso omajale niti tako globoke družbene spremembe, kakršne so bile francoska in druge meščanske revolucije.

Šele nastop omenjene italijanske šole je zasejal dvom o postavkah celotnega tedaj veljavnega kazenskopravnega sistema in tedaj se je po precej soglasnem mnenju, začela tudi znanost o kriminaliteti — kriminologija.

Skoraj sto let je minilo od tedaj in ni mogoče reči, da so ostala kriminološka znanstvena spoznanja brez vpliva na kazensko pravo in kriminalno politiko. V resnici je bil ta vpliv močan in je povzročil kar dovolj občutne spremembe, ki jih ni treba naštevati, saj so dosti znane. Toda v zmoti bi bili, če bi mislili, da so spremembe presegle okvire starodavne formule: kaznivo dejanje — krivda — kazen. Kriminalnopolitične zahteve so resda povzročile nastanek še ene formule: kaznivo dejanje — nevarnost — varnostni ukrep. Ta je ostala zunaj poglavitnega sistema kot vzporedna in stranska a vendarle venomer v središču razprav in dvomov, saj se ne vključuje v sistem, marveč seje negotovost in zmedo. Drugi, vzporedni sistem namreč vedno znova odpira vprašanje o tem, ali naj bo kazensko pravo orodje koristnosti ali pravičnosti; ali naj v njem prevlada racionalni ali emocionalni element; ali naj mu bo podlaga znanstveno spoznanje ali iracionalni ob-

¹ Glej o tem tudi: Rapport du groupe consultatif des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants. ST/SOA/91. New York 1968.

² Cit. po: Andenaes J., Droit pénal, criminologie et politique criminelle. Revue de droit pénal et de criminologie, 1962/1, str. 3—16.

čutek; ali naj bo harmonična in formalnologična pojmovna zgradba ali družbeni instrument za preprečevanje kriminalitete. Kolikor bolj kriminološka znanost napreduje, tudi zaradi vedno bolj dognanih raziskovalnih metod, toliko bolj zahteva uveljavitev svojih spoznanj v družbeni praksi sploh in še posebej v kazenskem pravu. Toda hkrati ne popušča tudi odpor tradicionalnega miselnega modela, ki se mu zdi, da se bo z njim vred podrli tudi svet.

Bilo bi seveda nesmiselno in nerealno, če bi podcenjevali odpor in ugovore proti večjemu prodoru kriminoloških spoznanj v družbeno prakso. Razen tega pa marsikateri ugovor zasluži pozornost. Tako npr. ni dvoma o tem, da morajo biti načela zakonitosti in varstva človekovih pravic nedotakljiva v kakršnemkoli kazenskopravnem sistemu. Drugi ugovori svarijo pred enostranskimi stališči in pred prehitevanji, ki jih obstoječi miselni in vrednostni sistem v družbeni zavesti morebiti ne bi prenesel.

Toda vse to najbrž ne pomeni, da se je treba zadovoljiti z obstoječim in se odreči napredku. Po vsej verjetnosti je treba izhajati iz kriminoloških spoznanj, njihove posledice za področje kazenskega prava pa uvajati postopoma, tako, da bodo vedno nekoliko, a ne preveč, pred vsakokratno stopnjo družbene materialne in duhovne razvitosti.

2. Dandanes je po svetu veliko držav, ki niso zadovoljne z veljavnim kazenskim pravom, ki ga reformirajo ali so ga celo že reformirale.³

Razumljivo je, da so razlogi za tako živahna reformna gibanja številni, različni tudi glede na razmere v posameznih državah, a dva sta verjetno skupna vsem. Prvi je v pospešenih vsakovrstnih družbenih gibanjih in procesih, ki spreminjajo podobe držav, življenjski položaj množic ljudi in porajajo kot svoj stranski produkt nove ali drugačne socialnopatološke pojave, ter zajemajo vedno večje množice ljudi. Tradicionalna kriminalna politika in eno njenih orodij — kazensko pravo — se ob vsem tem izpričuje kot dokaj neogljen. Drugi razlog, ki se navezuje na prvega in dobiva v njem večjo težo, so nakopičena kriminološka spoznanja, ki si tu in tam utirajo pot v družbeno prakso in tudi v kazensko pravo.

Tudi pri nas je tako. Že nekaj let napovedovana temeljitejša reforma kazenskega prava priča o nezadovoljstvu z veljavnim kazenskopravnim sistemom. Tudi pri nas tičita v ozadju tega nezadovoljstva poprej

³ Med državami, ki so kazenske zakonike reformirale v zadnjih letih, naj samo za zgled omenimo Nemško demokratično republiko, Romunijo, Poljsko, Bolgarijo, Švedsko, Zvezno republiko Nemčijo itd.

omenjena pglavitna vzroka. So seveda tudi drugi vzroki; težave, ki jih imajo praktiki v kazenskem pravosodju in ki so v tem, kako stisniti pestro življenje v pravne formule, deloma pa so tudi pravno-tehnične narave; nezadovoljstvo teoretikov, ker je spričo številnih novel kazenski zakonik postal sistemsko neharmoničen, protisloven in neuskkljen. Naposled, a ne nazadnje imajo določeno, ne ravno majhno vlogo tudi sodobni, na kriminoloških spoznanjih utemeljeni filozofski tokovi in kriminalnopolitične koncepcije, ki so se močno razširile tudi pri nas med praktiki in teoretiki.⁴

Tako se torej zdaj pri nas nakazujejo možnosti za globljo reformo kazenskega prava in s tem v zvezi se odpira nešteto vprašanj. V tem sestavku se bom moral omejiti samo na nekaj osnovnih vprašanj, glede katerih nam kriminološka spoznanja vsiljujejo stališča, ki so drugačna od zdaj veljavnih.

I.

1. Vsaka družbena dejavnost, ki ima opraviti z družbeno nezaželenimi pojavi, gradi svojo politiko na odgovoru, ki si ga izdelava na vprašanje o vzrokih tega pojava ali teh pojavov. To velja tudi in še zlasti za tisto družbeno dejavnost, ki ji je naloga preprečevati in zatirati kriminaliteto. Že davno v preteklosti sta družbena nuja po uporabi kazni (ki je posebna vsebina in oblika družbenega reagiranja) in majhna spoznavna možnost človeštva, povzročili takole vzročno (etiološko) izhodišče: delikt je posledica zlobnosti, pokvarjenosti in podobnih negativnih moralnih lastnosti storilca. Res je, da so se v vsej dosedanji zgodovini oglašali tudi posamezni filozofi, pravniki in zdravniki, ki so temu ugovarjali. Ta je razglašal delinkventa za bolnika in oni je trdil, da je treba vzroke kriminalitete iskati v neprimernih, nečloveških družbenih razmerah, v katerih živijo ljudje.⁵ Toda vse to ni vplivalo na kazensko zakonodajo, ki je gradila in še vedno precej gradi na malo prej omenjenem etiološkem izhodišču.

Prav v to izhodišče je bil in je usmerjen napad kriminologije od njenih prvih začetnikov prek antropološko pozitivistične šole do dandanes. Jasno je, da gre tu v bistvu za vprašanje, zakaj je človek delinkventen in zakaj obstaja kriminaliteta kot družbeni po-

⁴ O tem priča gradivo z dosedanjih posvetovanj Jugoslovanskega združenja za kazensko pravo in kriminologijo, zlasti pa iz Arandjelovca, Splita, Sarajeva, Ohrida in Budve.

⁵ Bavcon, Pregled razvitka kriminološke nauke, objavljen v: Vodopivec in sodel.: Kriminologija, I. dio, Narodne novine, Zagreb 1966, str. 3—23.

jav in še za več, gre pravzaprav za vprašanje o bistvu človeka in družbe. Gre torej za neizčrpno vprašanje, na katero si človeštvo gradi odgovor v procesu asimptotičnega približevanja resnici. Odgovor je lahko v določenem trenutku družbenega in človekovega razvoja tistemu trenutku ustrezen, a je hkrati samo korak na poti k resnici, ki se nam odmika. Toda to seveda ne pomeni, da resnica trenutka ni veljavna resnica, na kateri je mogoče in treba graditi našo človeško in družbeno dejavnost. Naše današnje spoznanje je zmeta glede na resnico jutrišnjega dne, a ni dvoma, da je resnica glede na zmoto včerajšnjega dne.

Naša današnja resnica o vzrokih delinkventnosti in kriminalitete prav gotovo ni homogena, če jo pogledamo od blizu. Ta resnica sestoji iz številnih stališč, teorij in hipotez, ki se dopolnjujejo in si tudi nasprotujejo.⁶ A v nečem je ta resnica docela homogena, vsem skupna in neizpodbitna. Delikt ni v prvi vrsti posledica zlobnosti in pokvarjenosti storilca, temveč je rezultanta različnih bioloških, psiholoških in socialnih dejavnikov. Kriminaliteta in njej podobni socialnopatološki pojavi so družbeni pojavi, ki so najtesneje povezani z družbenimi gibanji in procesi, so njihov neizbežni stranski produkt.⁷ Ta resnica, ki je seveda samo relativna, je za zgraditev sodobnega kazenskega prava bistvena in kot etiološko izhodišče tudi docela zadostna. Vsa druga etiološka vprašanja lahko kazensko pravo mirno prepusti nadaljnjemu razvoju kriminološke znanosti in njenemu nenehnemu iskanju nove resnice.

Zamenjava preživelega etiološkega izhodišča z novim, čeprav je izraženo v zelo splošeni obliki, je za oblikovanje sodobnega kazenskega prava zadostna zato, ker se nam ob njem na mah pokažejo v drugačni luči vsa njegova temeljna vprašanja.

2. Eno izmed takšnih poglobitnih vprašanj je filozofska koncepcija človeka. Zdaj veljavno kazensko pravo in njegova oficialna teorija temeljita na koncepciji človeka kot bitja, ki je po naravi obdarjeno z naravnimi pravicami, čistim razumom in svobodno voljo. Čisto teoretično sicer dandanes vsakdo priznava, da so človekova dejanja kavzalno determinirana, toda to stališče v veljavnem kazenskem pravu ni uresničeno. Kazensko pravo namreč, ki uveljavlja kazen kot poglavito sredstvo in kot osrednjo kategorijo

⁶ Milutinović, Kriminologija, Prosveta, Beograd 1969., Vodopivec in sodel., Kriminologija, I. dio, Narodne novine, Zagreb 1966.

⁷ To spoznanje je dandanes mednarodno priznано izhodišče, na katerem gradi tudi OZN svojo koncepcijo moderne kriminalne politike. Glej o tem: Bavcon, Kriminalna politika v sodobni družbi, RKIK, 1968/4, str. 178—192.

svoje zgradbe, očitno izhaja iz postavke o razumnem in svobodnem človeku. Kazen je pač mogoče zagovarjati in uporabljati kot edino ali poglavito sredstvo sistema samo tedaj, če smo prepričani, da je bilo storjeno kaznivo dejanje posledica posameznikove svobodne odločitve, ki je imela svoj izvor v njegovi zlobnosti ali pokvarjenosti. V tem je železna logika — na svobodi volje utemeljena moralna odgovornost ne more imeti druge posledice kot kazen.

Današnje kazensko pravo je torej v veliki meri zgrajeno na koncepciji človeka, na abstrakciji in fikciji, ki je bila objektivno pogojeni miselni in idealizirani odsev potreb revolucionarne buržoazije. Toda ta koncepcija tvori z drugimi postulati kazenskega prava, še posebej pa s postavko o deliktu kot posledici zlobnosti in izprijenosti njegovega storilca, logično in harmonično celoto.

Spoznanja kriminološke in drugih znanosti o človeku in družbi pa nas po drugi strani prepričujejo, da ljudje na današnji razvojni stopnji nismo absolutno svobodna, razumna in odgovorna bitja. Značilnost današnjega človeka je njegova odtujenost od svojega generičnega bitja (Marx) z vsemi posledicami tega dejstva za njegov družbeni položaj in za oblikovanje njegove osebnosti in njegovih pojmovanj.⁸ Prav zato je proces človekove dezalienacije, njegove emancipacije v ospredju vseh naših družbenih prizadevanj. Pri tem je danes že postalo očitno, da gre za dolgotrajen proces, v katerem naj bi se človek postopoma osvobajal njemu tujih zunanjih družbenih sil in hkrati tudi zdaj nespoznanih in za to neobvladljivih notranjih biopsihičnih sil. V tem procesu gre najbrž ravno za to, da bi se resničnost postopoma približevala idealom o človeku kot svobodnem, razumnem in odgovornem bitju. Te ideale torej lahko vzamemo kot tisto, kar naj bi bilo; težko pa si je zamisliti, da bi mogli praktično politiko in še posebej kazensko pravo graditi na idealih, katerih uresničevanje se odmika v prihodnost.

Pravo sploh in še posebej kazensko pravo sta seveda normativni disciplini in zato je med njima in resničnostjo vselej določen razkorak. Vprašanje je le, kam, na kakšno oddaljenost od resničnosti postavlja pravo svoje norme. Če so norme od resničnosti preveč oddaljene, ima to slabe posledice, predvsem pa se v praksi uveljavljajo druge norme ali pa postane kazensko pravo neučinkovito, pride v krizo, v kakršni je danes.

Eden izmed vzrokov te krize je po naši sodbi v idealizirani človekovi podobi, ki se uveljavlja v kazenskem pravu namesto antro-

⁸ Glej več o tem: Bavcon in sodel., Socialna patologija MK 1969.

poloških spoznanj o človeku in namesto kriminoloških spoznanj o vzrokih in okoliščinah človekove delinkventnosti in kriminalitete kot družbenega pojava. Tudi zaradi tega je veljavna kriminalna politika pretežno represivna in kazni poglavitno sredstvo za zatiranje kriminalitete. Toda v resnici si je zelo težko zamisliti, da bi bilo mogoče vse številne, prepletene in zelo zapletene okoliščine in vzroke kriminalitete in posameznikove delinkventnosti obvladovati in odstranjevati z enostransko represivno in povračilno kriminalno politiko.

Naša koncepcija o človeku in o njegovem položaju v družbi mora biti realistična in priznati vso veličino in hkrati vso bedo človeškega bitja, da bi lahko bila izhodišče za njegovo osvobajanje. Ljudje smo, kakršni smo, v določenih okoliščinah dobri in v drugih slabi, eni z bolj in drugi z manj srečnimi življenjskimi razmerami, z večjimi ali z manjšimi sposobnostmi spoznavanja okolja in obvladovanja samega sebe. Človek je svoboden samo toliko, kolikor je zmožen spoznati nujnosti, ki se mu vsiljujejo, kolikor je torej zmožen individualno in družbeno sprejeti jih in jih izrabiti za svoje dobro. Človek je torej razumen in svoboden samo toliko, kolikor mu to dopuščajo okviri družbenih in njegovih individualnih spoznavnih možnosti in je v tem smislu torej determiniran.

Sodobne znanosti o človeku in o družbi so odkrile že veliko mehanizmov, ki silijo ljudi, da delajo dobro oziroma zlo. Če te znanosti niso odkrile »končne resnice zadnje instance«, to ne more biti razlog za to, da ne bi sprejeli vsaj tistega, kar smo poprej označili za relativno resnico današnjega dne.⁹

3. Naslednje temeljno vprašanje, povezano s prejšnjim, je koncepcija kriminalne politike, ki vselej izhaja iz takšnega ali drugačnega etiološkega izhodišča. Tudi v tem pogledu nam drugačno etiološko izhodišče pokaže potrebo po prehodu od pretežno na represivni ideji zasnovanega boja proti kriminaliteti k pretežno preventivno usmerjeni kriminalni politiki.¹⁰

Tega prehoda ne zahteva le logičen razmislek, ki poteka od etiološkega izhodišča kot svoje postavke, k nujnim miselnim posledicam. Potrjuje se nam tudi spričo razvoja in gibanja sodobne družbe, v kateri postajajo pretežno represivna vsebina in tej prilagojene oblike boja proti kriminaliteti ne le neučin-

⁹ Prim. tudi: Kobe dr. Peter, Upoznavanje ličnosti učinioca krivičnog dela kao nužna predpostavka individualizacije pri izricanju krivične sankcije i njenom izvršenju, JRKIK, 1964/4.

¹⁰ Glej o tem zlasti gradivo s III. posvetovanja Jug. združenja za kazensko pravo in kriminologijo leta 1963 v Splitu objavljeno v JRKIK 1963/2.

kovite, temveč se pojavljajo same kot kriminogeni dejavniki.

Naposled, a ne nazadnje gredo tudi gibanja na področju boja proti kriminaliteti zadnjih sto let k vse večji humanizaciji in individualizaciji, k prizadevanjem za resnično preprečevanje kriminalitete in za resnično resocializacijo delinkventov. Počasi, toda vendarle se spreminja odnos družbe do kriminalitete, opuščajo se moralizatorska stališča, ki pomenijo, da se družba zadovoljuje z uporabo nasilja in z delovanjem posebnih organov, ki so jim naložili dolžnost, »čistiti smeti in umazanijo iz družbe«. Vedno bolj prodira tudi zunaj ožjih strokovnih krogov prepričanje, da imamo opraviti z družbenimi pojavi, do katerih mora družba zavzeti predvsem aktiven odnos, medtem ko naj se represija omejuje na neizogibno potrebno mero.¹¹

Zdaj gre torej za uresničitev že dovolj starega spoznanja, da je kazensko pravo samo eno izmed sredstev za preprečevanje kriminalitete. To pa pomeni, da je treba razviti družbeno preventivno dejavnost ekonomske, socialne, kulturne, zdravstvene in še drugačne narave. Kazensko pravo ostaja seveda pomembno področje dejavnosti, na katerem se uveljavlja represija; toda le-ta postaja čedalje bolj tudi oblika, v kateri se lahko uveljavljajo kurativni, zdravstveni, psihološki, vzgojni in drugi ukrepi za resocializacijo delinkventnih ali deviranih ljudi.

II.

1. S tem, kar je bilo pravkar povedano, smo prešli že na ožje področje kazenskega prava v vseh njegovih pomenih, se pravi kot teorije, pozitivnega prava in prakse. Izhajajoč iz temeljne etiološke koncepcije se tu postavlja veliko vprašanj, izmed katerih je bilo mogoče izbrati za to priložnost samo nekatera, po našem mnenju najpomembnejša.

Eno izmed najpomembnejših je zagotovo vprašanje o namenu kazenskega prava. Formula, ki jo najdemo v prvem členu zakonika o kazenskem postopku: »... da se nihče, ki je nedolžen, ne obsodi, zoper krivca pa izreče zaslužena kazen...«, je sicer neprecizna glede na stvarno stanje stvari in povrh še v nasprotju s prvim členom kazenskega zakonika, a vendarle je po svoje značilna. Prostodušno namreč pove bistveno resnico, ki je v pretežni meri uveljavljena v strukturi in v duhu našega kazenskega prava. Tega ni težko dokazati glede na to, da je kazen osrednja kategorija, smoter postopka, merilo za vrednost zavarovanih vrednot itd. Da je tako tudi v sodni praksi in v naši miselnosti — obči in

¹¹ Gl. op. št. 7.

pravosodni — smo pokazali v posebni raziskavi.¹²

V sodobni kriminologiji in v kriminalno-političnih koncepcijah, ki so utemeljene na njenih spoznanjih, so zahteve, naj se smoter kazenskega prava opredeli kot »varstvo družbe ter njenih vrednot in resocializacija storilcev kaznivih dejanj«. Razumljivo je, da pomeni ta formula zelo temeljit poseg v tradicionalno miselnost in institucije. Pravzaprav gre kar za vprašanje zadnjih smotrov kazenskega prava, se pravi za vprašanje, ali naj bo kazensko pravo instrument za vzdrževanje in vzpostavljanje pravičnosti, ali pa naj bo koristno, učinkovito in smotrno sredstvo za preprečevanje kriminalitete.¹³ Ta spor med deontološko in utilitarno usmerjenimi miselnimi tokovi je že zelo star in niti ni omejen na kazenskopravno področje. Zdaj je znova odprt in v neizbežnem spopadu dveh protislovnih načel se bo morebiti porodila nova, času in prostoru ustrezna sinteza.

Že zdaj pa lahko rečemo, da se tudi v tej zvezi vprašanja zgostijo okoli kazni. Ta naj bi bila funkcija pravičnosti in prav zato jo štejejo tudi za tako bistveno kategorijo kazenskega prava.

Očitno je, da sprememba smotra in namenov, ki naj jih kazensko pravo dosega, nujno spodmakne kazni vzvišeni podstavek, na katerega je postavljena. Za učinkovito varstvo pglavitnih družbenih in individualnih vrednot kazni namreč ni več edino niti ne pglavitno sredstvo ali pa je včasih nezadostna. Glede njene poboljševalne vloge je že dolgo in zdaj vedno bolj dokazano, da jo slabo ali je sploh ne opravlja. Torej so poleg kazni potrebna še druga primerna sredstva preventivne, prevzgojne, varstvene in terapevtične narave. Toda ali to ne bi porušilo načela pravičnosti, ki se zdi, da zahteva zasluženo povračilo za prizadejano zlo?

Pustimo za zdaj ob strani vprašanje o utemeljenosti tradicionalnega pojmovanja pravičnosti. Tudi če ga sprejmemo, se zdi, da mu služijo druge kazenske sankcije prav tako dobro kot kazni. Vsaka kazenska sankcija, kaznovalne ali kakšne drugačne narave, je nasilen poseg v prostost in v druge človekove pravice. Zato imajo sankcije v sebi hočeš ali nočeš tudi povračilnost, vsaj v tem smislu, da se pojavljajo kot reakcija družbe zaradi prizadejanega ji zla. Prav ta laštost vsakršne kazenske sankcije zahteva, da morajo

¹² Bavcon in sodel.: Individualizacija kazni v praksi naših sodišč, Inštitut za kriminologijo, Ljubljana 1968.

¹³ Lopez-Rey M., Les exigences pénales d'aujourd'hui et la politique criminelle contemporaine. Revue internationale de criminologie et de police technique, 1962/4, str. 249—267.

biti podvržene načelu zakonitosti ne pa kakršnikoli samovolji.

2. Tako pa smo prišli do temeljnih vprašanj, ki zadevajo samo zgradbo kazenskega prava. Kot je znano, temelji ta na treh nosilnih stebrih, ki obenem sestavljajo že prej omenjeno klasično formulo in sicer na: kaznivem dejanju — krivdi (kazenski odgovornosti) — kazni.

Klasični pojem kaznivega dejanja kot abstraktne pravne konstrukcije danes nikogar več ne zadovoljuje. Že od Ferrija naprej je znano in bolj ali manj priznано, da je kaznivo dejanje v prvi vrsti resničen dogodek v življenju posameznikov (storilcev in njihovih žrtev), družbenih skupin, lahko pa tudi v življenju globalne družbe. V tem smislu je torej kaznivo dejanje v prvi vrsti posledica in simptom »individualne in socialne patologije«.¹⁴

To spoznanje ima več posledic, izmed katerih utegne biti na prvem mestu vprašanje o koncepciji kaznivega dejanja. V našem kazenskem pravu že sprejeto pojmovanje o kaznivem dejanju kot družbi nevarnem dejanju se nam zdi prav dobro izhodišče, ki pa zahteva doslednejšo izvedbo v kazenskopravnem sistemu. Po naši sodbi gre za to, da je mogoče označiti kot prepovedana v naši družbi samo tista dejanja in ravnanja ljudi, ki so za družbo in njene člane v resnici nevarna. Vsa ta dejanja pa je treba glede na stopnjo njihove nevarnosti znotraj diferencirati na prekrške in kazniva dejanja. Brž ko namreč za prekrške (ali tudi za gospodarske prestopke) tega kriterija ne sprejmemo, moramo sprejeti za prekrške formalno koncepcijo delikta. To pa lahko odpre vrata za samovoljno, neutemeljeno in pretirano preganjanje vsakršnih nepomembnosti. Zaradi takšne hipertrofije prepovedi se v praksi seveda slabo ali sploh ne izvajajo in zabriše se razlika med tistim, kar zahteva represivno družbeno intervencijo, in tistim, kjer takšna intervencija ni na mestu.

Pravkar povedano zahteva v zvezi s koncepcijo družbene nevarnosti studiozno in raziskovalno delo, preden se kakšno dejanje sploh uvrsti med delikte in preden se kvalificira kot prekršek ali kot kaznivo dejanje.

Iz vsega tega izvirajo seveda tudi določene posledice v zvezi z organizacijo pravosodja, zlasti pa glede položaja sodstva za prekrške. Na podlagi naših raziskovanj, ki so zajela pogosto tudi prekrške in njihove storilce ter raziskovanj o naši socialni patologiji¹⁵ se nam vsiljuje naslednja misel: iz sedanjega sistema prekrškov naj bi izločili vse tiste, ki imajo

¹⁴ Ferri E., Sociologia criminale, V. ediz. Torino 1929.

¹⁵ Glej npr. raziskave: Problemi povrata, Inštitut za kriminologijo, Ljubljana 1962, Organi-

naravno deviantnih, socialnopatoloških dejanj in ravnanj, iz sistema kaznivih dejanj pa vse bagatelne zadeve, zlasti tiste, pri katerih so meje med prekrškom in kaznivim dejanjem zabrisane. Vsa ta dejanja naj bi združili v skupino družbi manj nevarnih kaznivih dejanj, ki naj bi jih v sumarnem postopku obravnavali sodniki posamezniki, toda v okviru rednega sodstva.

V zvezi s tem je tudi vprašanje objektivne ali objektivno-subjektivne koncepcije kaznivega dejanja. Tu ni mesta za obširnejše razglabljanje o socialnoetičnem pojmu kaznivega dejanja. Skorajda pa ne more biti dvoma o tem, da vsebuje ta pojem po splošnem prepričanju mimo označbe svojega predmeta tudi vrednostno označbo. Vrednostne označbe pa se očitno ne morejo nanašati na stvari, ker so te onkraj vrednostnih meril. Potemtakem se vrednostna sodba, ki se zdi pojmu kaznivega dejanja imanentna lahko nanaša edinole na storilca. Drugače povedano, dejanje, ki ima vsa fizična in druga znamenja kaznivega dejanja, lahko dobi oznako kaznivega dejanja edinole v primeru, če njegovemu storilcu lahko naslovimo očitek, grajo, skratka vrednostno sodbo. Očitno je, da je tu kazensko-pravna teorija v določeni zagati. Mladoletnik in neprišteveni po pravkar opisanem stališču ne bi mogla biti storilca kaznivega dejanja; mladoletnik zato ne, ker se njegova prištevnost in krivda v postopku praviloma sploh ne ugotavljata, neprišteveni pa zato ne, ker ni kazensko odgovoren in torej negativne vrednostne sodbe nanj ni mogoče nasloviti.

Izhodov iz te zagate je mogoče več. Eden je vsekakor v objektivni koncepciji kaznivega dejanja, ima pa to slabost, da razbija naravno celoto dejanje-storilec in potiska komaj zdaj priznani pomen storilčeve osebnosti znova v ozadje. Druga možnost je v koncepciji družbi nevarnih dejanj kot dejanj, ki opravičujejo represivno družbeno intervencijo, izmed katerih pa se kot kazniva označijo le dejanja kazensko odgovornih storilcev. So seveda še druge možne rešitve, kot npr. konstrukcija kaznivosti oz. njene izključitve itd., vendar se zdi, da so vse te rešitve v bistvu miselne konstrukcije, ki vprašanja ne rešujejo.

Morebiti pa nam mladoletniško kazensko pravo ponuja načelno in praktično sprejemljivo rešitev. Če se namreč odrečemo nekaterim veljavnim miselnim modelom, se po-

zacija lokalnih zaporov in režim prestajanja kazni (Ljubljana 1965, strojep. avtogr.), Socialne, psihološke in zdravstvene značilnosti delinkventnih in nedelinkventnih alkoholikov, Ljubljana 1963; Vloga svetov pristojnih za notranje zadeve pri prevenciji kriminalitete zoper družbeno in zasebno premoženje, Ljubljana (strojep. avtogr.); Socialna patologija (zlasti poglavji o alkoholizmu in brezdelju) MK 1969.

kaže, da si je kaznivo dejanje prav lahko zamisliti kot dejanje, ki izpričuje tista fizična in pravna znamenja, kakršna so določena v zakonu. Le-to se v kazensko-pravnem sistemu pojavlja predvsem kot povod za nadaljnji postopek, katerega poglobitveni namen je, izbrati kazensko sankcijo, ki bo za konkretni primer in za dosego namenov kazenskega prava najbolj primerna. To bi praktično sicer pomenilo konec zanimivih teoretičnih debat o konstrukciji kaznivega dejanja. To morebiti ne bi bila prehuda izguba, če bi obenem začeli empirično raziskovati, katera dejanja in ravnanja v naši družbi so nevarna, koliko so nevarna, kdo so praviloma njihovi storilci in kateri ukrepi obče preventivne in individualne represivne, prevzgojne in kurativne narave bi utegnili biti najbolj učinkoviti za njihovo preprečevanje in zatiranje. Pri tem je seveda zunaj slehernega dvoma, da bi moralo ostati načelo »nullum crimen sine lege« nedotakljivo tako kot splošno načelo kakor tudi v zvezi z natančno zakonsko opredelitvijo posameznega dejanja in njegovih znamenj.

V tem okvirnem orisu izhodišč za eventualno prihodnjo podobo našega kazenskega prava se iz razumljivih razlogov ni mogoče spuščati v še nekatera zanimiva vprašanja v tej zvezi, zlasti npr. v vprašanje protipravnosti. Ta element kaznivega dejanja se nam nikakor ne zdi nepomemben, vsekakor pa najbrž ne bi povzročal prevelikih težav, če bi natančneje in popolneje določili tiste okoliščine, ki izključujejo protipravnost kakšnega dejanja, katero ima sicer vsa druga znamenja kaznivega dejanja.¹⁶

3. Drugi steber, na katerega se opira stavba kazenskega prava, je kazenska odgovornost. Tu gotovo ni mesta za obsežnejše razprave o tem dovolj zapletenem vprašanju.¹⁷ Vsekakor pa lahko ugotovimo, da zahtevata sodobno etiološko izhodišče in na njem utemeljena koncepcija človeka, poseg tudi na to področje.

Najprej pa se zdi koristno vnesti nekoliko diferenciacije v pojem kazenske odgovornosti. V kazenskem pravu se nam namreč ob nekoliko natančnejši analizi pokaže vsaj v dveh pomenih. Po eni strani gre za odgovornost, ki se izraža v zahtevi, da mora vsakdo za svoja dejanja dajati obračun. Na področju kazenskega prava so iz okvira tako pojmo-

¹⁶ Glej tudi Mária P., Problemi revizije kivičnog zakonodavstva, JRKIK 1969/1, str. 9 in sl.

¹⁷ Glej o tem gradivo s simpozija o kazenski odgovornosti, ki je bilo objavljeno v JRKIK 1965/2, in raziskave Inštituta za kriminologijo »Analiza sodnih ukrepov, izrečenih zoper psihično abnormalne storilce kaznivih dejanj«, Ljubljana 1962; »Položaj duševno abnormnih storilcev kaznivih dejanj v sodobnem kazenskem pravu«. Strojep. avtogr., Ljubljana 1969.

vane odgovornosti izključeni praviloma samo otroci do določene starosti (pri nas 14 let). Kdor je torej fizični povzročitelj katerega izmed dejanj, ki so zapisana v kazenskem zakoniku, naj daje obračun o svojem ravnanju. V tem smislu obstaja odgovornost najbrž že vse od takrat, ko se je človek dokončno izvil iz živalskega sveta in začel živeti v bolj ali manj organizirani družbi. Gotovo je, da odgovornost v tem pomenu ne le ostaja eden izmed bistvenih pogojev za človeško sožitje, ampak naj bi se razvijala in krepila tako kot vse bolj razvit posameznikov čut odgovornosti kakor tudi kot normativna in deontološka kategorija.

Toda kazenska odgovornost ima tudi drug pomen, ki pa ni dan sam po sebi oziroma kot imperativ družbenega sožitja. Gre za skupek tih subjektivnih pogojev, ob katerih je mogoče in dovoljeno uporabiti kazen za storilca kaznivega dejanja. Ta drugi pojem kazenske odgovornosti je bilo potrebno izoblikovati kot miselno konstrukcijo zato, ker je bila v človeški preteklosti represivna in povračilna — po navadi tudi zelo kruta — kazen poglavitna, če ne celo edina posledica storjenega kaznivega dejanja. V takšnih okoliščinah je bila pozitivna, humana vloga instituta kazenske odgovornosti zunaj slehernega dvoma, saj v bistvu pomeni omejevanje nasilja nad ljudmi.

Na zgodovinsko višji razvojni stopnji pa je ta kazenskopravni institut začel polagoma izgubljati svojčas pozitivno vlogo in se začel spreminjati v oviro za učinkovitejšo in tudi za bolj humano kriminalno politiko. To se je pokazalo v prejšnjem in v našem stoletju, ko so nastale potrebe po uvedbi novih sankcij, katerih vsebina in oblika odstopata od kazni. Pokazalo se je, da se te sankcije le stežka uveljavljajo ravno zavoljo tega, ker pomeni spoznanje storilca za kazensko odgovornega, da ga je treba kaznovati, ne pa zanj uporabiti kakšne druge sankcije.

Pravkar navedeni razlog, ki spodbija zdaj veljavni institut kazenske odgovornosti, dopolnjujejo še mnogi drugi. Tu naj omenimo le še to, da povzročata oba instituta, ki pojem kazenske odgovornosti sestavljata — prištevnost in krivda — v praksi velike težave, tako da skorajda lahko govorimo o krivdi kot o predpostavki in o neprištevnosti kot o fikciji, ki samo ovira učinkovito varstvo družbe in zdravljenje duševno abnormnih delinkventov.

Zanimivo je, da najdemo v našem kazenskem zakoniku elemente za rešitev tega vprašanja v mladoletniškem kazenskem pravu v VI. poglavju. Kot je znano, morajo mladoletniki od 14. do 18. leta starosti dajati obračun, če storijo kakšno kaznivo dejanje. Očitno so torej kazensko odgovorni v širšem pomenu. Toda njihove prištevnosti in krivde v kazenskem postopku za mladoletnike praviloma ne

ugotavljamo. Določila kazenskega zakonika nalagajo organom, ki v postopku sodelujejo, naj se kar najbolj seznanijo z mladoletnikovo osebnostjo in mu izrečejo tisto sankcijo, ki bi utegnila biti najbolj primerna. Precej jasno je, da ta določila sodiščem ne povzročajo kakih bistvenih težav, ali bolje povedano, ni nam znano, da bi sodišča pogrešala tradicionalna instituta prištevnosti in krivde. Težave, ki jih je na tem področju sicer dovolj, nikakor niso posledica drugačne koncepcije mladoletniškega kazenskega prava, temveč so posledica praktičnih in tehničnih težav v zvezi z zbiranjem podatkov o mladoletniku in o njegovem okolju, še zlasti pa z izvajanjem vzgojnih ukrepov.¹⁸

V zvezi z vsem povedanim se nam torej zdi vredno razmisleka, ali ne bi kazalo polagoma in v skladu z našimi materialnimi možnostmi izkoristiti nekatere elemente kazenskopravnega sistema, ki je v veljavi za mladoletnike, tudi za polnoletnike. Vsekakor bi bilo mogoče s tem začeti za določene kategorije storilcev kaznivih dejanj, kot so npr. mlajši polnoletni, povratniki, duševno abnormni storilci in morebiti storilci nekaterih hudih kaznivih dejanj.

4. Naposled, nikakor pa ne nazadnje, se moramo datakniti tudi tretjega stebra veljavne kazenskopravne stavbe — kazni. Že mimogrede je bilo o kazni marsikaj izrečenega, to pa priča o tem, da je jedro vseh vprašanj v temle: kakšno posledico naj sodobna družba naveže na storitev za družbo nevarnega dejanja. Ali naj ima sodobna družbena reakcija še kar naprej tisto vsebino in obliko, ki ju je dobila z razcepom družbe na razrede, ko se je kazen zgodovinsko sploh pojavila, ali pa bi bilo treba in mogoče napraviti kakšen korak naprej? Kazen dandanes resda ni več edina sankcija, je pa nedvomno poglavitna. Kazni sicer pripisujejo generalno preventivne in popobljševalne smotre. Toda kakršnekoli namene in cilje ji pripisujemo in kakor koli že jo izvršujejo, dejstvo je in ostane, da je kazen povračilo z zlom za zlo glede na to, koliko je storilec zaslužil. Prav to pa je v očitnem nasprotju s kriminološkimi spoznanji in z modernimi kriminalnopolitičnimi zahtevami, po katerih

¹⁸ Zanimivo je, da se zdijo nekaterim te izključno praktične težave, zadosten razlog za to, da bi se vrnilo na tradicionalno represivno kazensko pravo za mladoletnike. Tu moramo takšne težnje odločno odkloniti, ker so v očitnem nasprotju z vsem, kar je civilizirani del človeštva že dosegel. Sicer pa glej o tem tudi gradivo s posvetovanja Jugoslovanskega združenja za kazensko pravo in kriminologijo v Sarajevu 1964, objavljeno v JRKiK 1964/4. Glej tudi: Analiza in uspešnost izvajanja vzgojnega ukrepa strožjega nadzorstva skrbstvenega organa, Institut za kriminologijo, Ljubljana 1969.

naj bo namen kazenskih sankcij učinkovito zavarovati družbo ter njene vrednote in resocializirati storilca. Takšne kazenske sankcije pa seveda ni mogoče izbirati in odmeriti po tem, koliko povračila je storilec zaslužil. Pri tem nikakor ne gre za absolutno izganjanje kazni; ta naj se pač določi kot ena izmed med seboj enakopravnih sankcij in naj se uporablja za tiste storilce kaznivih dejanj, za katere bi njeno primernost strokovno ugotovili.

Kazen kot vesplošno, poglobitno ali celo edino sredstvo za boj proti kriminaliteti, ki pa ji obenem pripisujejo še poglobitveno vlogo, lahko pomeni v glavnem le to, da gre za poskus od zunaj in nasilno podrežati ljudi družbenim normam. Če ima takšno ravnanje uspeh, pomeni v velikem delu primerov pasivno in na zastražitvi utemeljeno konformiranje ljudi.¹⁹ Po našem mnenju pa bi morala pojma socializacije in resocializacije nasploh, še posebej pa v naših družbenih razmerah, pomeniti nekaj drugega. Gre namreč za pomoč posamezniku, da bi mogel razviti svoje zmožnosti za spoznavanje in za sprejemanje družbenih in svojih (biopsihičnih) nujnosti, za to, da bi jih znal obvladovati in izrabljati. To pa bi pomenilo tudi, da se posameznik pojavlja kot aktiven in ustvarjalen subjekt, ne pa kot objekt njemu tujih nespoznanih in neobvladljivih sil. Takšna koncepcija socializacije očitno nima ničesar skupnega s kakšnim popravljanjem, poglobitvenjem, modeliranjem itd. človeka, ker gre v resnici za ustvarjanje takšnih objektivnih in subjektivnih okoliščin, v katerih naj bi človek oblikoval samega sebe.

5. Na začetku tega prispevka smo že omenili znano formulo tradicionalnega kazenskega prava: kaznivo dejanje — kazenska odgovornost — kazen. Vsiljuje se nam misel, da dandanes ta formula ni več vzdržna. Potrebe in spoznanja današnjega časa, zlasti pa spoznanja kriminologije, zahtevajo zamenjavo te formule z bolj racionalno, ki bi se lahko glasila: kaznivo dejanje — storilec v družbenem okolju — primerna kazenska sankcija.

Pravkar omenjena nova formula ni samo rezultat določene logike, ki izhaja iz družbene stvarnosti in njenih potreb po učinkovitejšem preprečevanju kriminalitete. Nova formula izhaja tudi iz razvojnih tendenc kazenskega prava, ki jih označujeta med drugim dve za nas bistveni dejstvi. Prvo je to, da je zgodovina kazni pravzaprav zgodovina njenega odpravljanja. V tem dejstvu se izraža praktično spoznanje, da je kazen samo ena izmed možnih oblik družbene reakcije, ki postaja razen tega tudi vedno manj smotrna in učinkovita.

¹⁹ Razumljivo je, da imamo pred očmi samo tiste storilce kaznivih dejanj, za katere je socializacija ali resocializacija sploh potrebna.

To spoznanje se izraža tako v tem, da so zagrožene kazni vedno bolj humane in blage, kakor tudi v tem, da sodna praksa uporablja kazni, ki se gibljejo pri zakonskih minimumih.²⁰

Drugo dejstvo, ki označuje razvoj kazenskega prava, je oženje kroga tistih storilcev, za katere se uporablja izključno kazen, in nezadržno širjenje kroga tistih, za katere je mogoče poleg kazni ali celo samostojno uporabiti ukrepe, katerih vsebina je terapevtične, prevzgojne, varstvene in kurativne narave.

Vse torej kaže, da se nova formula, ki se nam zdi dobra podlaga za oblikovanje našega prihodnjega kazenskega prava, vsiljuje sama po sebi tako zaradi potreb po večji učinkovitosti pri preprečevanju kriminalitete kakor tudi v zvezi z razvojnimi težnjami na tem področju.

III.

Toda po vsem, kar smo povedali doslej, ostajajo vendarle odprta nekatera izmed vprašanj, ki so bila omenjena uvodoma. Samo po sebi je razumljivo, da bodo mnoga izmed teh vprašanj ostala odprta in da se bodo z njimi ubadali še pozni rodovi za nami, kot so se rodovi pred nami. To pa seveda ne pomeni, da ne bi bilo mogoče poiskati rešitev, ki bi pomenile korak naprej od dosedanjih, čeprav bodo daleč od idealnih. Spričo tega naj nam bo dovoljeno obravnavati dva problema, ki se redoma pojavljata kot ugovora zoper sodobne, na kriminoloških spoznanjih utemeljene koncepcije. Ta dva ugovora sta takale:

1. predložene koncepcije so utilitaristične in pomenijo veliko nevarnost za načelo pravičnosti, ki je eden izmed temeljnih postulatov družbenega življenja,

2. predložene koncepcije jemljejo družbeni reakciji zoper kriminaliteto njen generalno preventivni učinek.

Ad 1. Najbrž ni nikakršnega spora o tem, da je načelo pravičnosti eden izmed temeljnih postulatov vsake družbe, tudi naše, zlasti pa kazenskega pravosodja. Spor pa nastane takoj, ko se razprava spusti od splošnih trditev k resničnim in konkretnim primerom, zakaj pokaže se, da je pravičnost silno sporen pojem, ki ga razume vsakdo drugače. Vendar pa se s tem ne želimo odreči načelu pravičnosti, saj smo prepričani, da ga potrebuje vsaka in tudi naša družba. Gre le za to, da nismo zadovoljni s tem, kar se nam dandanes ponuja pod imenom pravičnost in s posledicami tega;

²⁰ Vodopivec K., Kriminološki pogledi na izbor in odmerjanje kazenskih sankcij, ZZR XXXI, 1963. Glej tudi Individualizacija kazni v praksi naših sodišč, Inštitut za kriminologijo, Ljubljana 1968.

sprašujemo se, ali je to, kar delamo, zares pravično.

Znano je, da se tim. pravična kazen odmerja na podlagi ocene o tem, koliko povračilne kazni je storilec zaslužil. Zakonodajalec je sicer v bolj ali manj velikem razponu določil svojo »ceno« tistega dejanja, vendar pa praksa od nje močno odstopa. V resnici je izhodišče za odmero kazni nekakšen standard, ki je nastal iz tradicij za vsako posamezno bolj pogostno kaznivo dejanje. Od tega standarda navzgor ali navzdol gredo sodišča v pretežni meri glede na to, ali so si ustvarila o storilcu dobro ali pa slabo moralno sodbo.²¹ Poleg tega pa vplivajo na odmero kazni še nekatere druge okoliščine, ki nimajo zveze s storilcem, temveč s tistim, ki sodi. Če je ta lovec, bo izrekel veliko hujšo kazen za divji lov kot tisti, ki ni lovec. Če je sodnik toleranten do alkohola ali alkoholizma, ga bo štel za olajševalno okoliščino. Če je sodnik goreč politični aktivist, bo hudo kaznoval npr. storilce s področja tim. gospodarskega kriminala oziroma bo svojo kaznovalno politiko sploh prilagajal trenutno aktualnim političnim geslom in podobno.²² Pri vsem tem pa vemo o resnični podobi storilčeve osebnosti in o njegovem resničnem okolju malo ali sploh ničesar ne vemo. In tudi če bi vedeli, kdo bi mogel izmeriti to, kar je neizmerljivo — koliko povračilne kazni je storilec zaslužil.

Lahko bi navedli še nič koliko razlogov za trditev, da sedanji rezultati naporov za pravičnost niso in ne morejo biti nič drugega kot nepravilnost nasproti storilcu in družbi. Očitno je, da kazen ni in ne more biti danes več nosilec pravičnosti, tako kot je bila ob veliki družbeni preobrazbi konec 18. in v začetku 19. stoletja, ko je bilo treba najti čvrst in zanesljiv kriterij za pravično kazen, da bi lahko odpravili srednjeveško samovoljo. Če bi hoteli na podlagi povračilne kazni danes ohraniti relativno pravičnost, bi se morali vrniti h klasičnemu kazenskemu pravu. Revalorizirati bi morali »cene« za posamezna kazniva dejanja, določiti kar se le da ozke razpone kazni in jih odmerjati samo na podlagi objektivne teže kaznivega dejanja in na podlagi najožje pojmovane stopnje storilčeve kazenske odgovornosti. Menimo, da si kaj takšnega ne bi mogli niti zamisliti ob današnjih družbenih razmerah in ob spoznanjih znanosti.

Vprašanje o pravičnosti se nam pokaže v drugačni luči brž ko se odrečemo kazni kot

²¹ Individualizacija kazni v praksi naših sodišč, Inštitut za kriminologijo, Ljubljana 1968.

²² Glej zlasti prispevek B. Djereka v razpravi na posvetovanju jug. združenja za kaz. pravo in kriminologijo na Ohridu 1966, JRKiK 1966/3, str. 423—426.

edini ali poglavitni kazenski sankciji. Če nam poglavitni namen ni povrniti storilcu — humanano — a vendarle z zlom za zlo, temveč s primerno sankcijo zavarovati družbo in resocializirati storilca, ni več potrebno, vsaj ne toliko, meriti sankcije po meri storjenega kaznivega dejanja. Ta mera, pa naj je videti še tako trdna, se pokaže za skrajnje subjektivno, ker je odvisna od vrednotenj, stališč in pojmovanj tistega, ki meri. Zato je v takšnem sistemu prav tako subjektivna tudi pravičnost, zakaj pravično je to, kar se komu zdi, da je takšno.

Kazenska sankcija in njena mera, za kakršno se zavzemamo v tej razpravi, seveda tudi ne bi mogli biti docela osvobojeni subjektivnosti. Vendar pa njun namen ni povračilo in njuna merila vsaj pretežno niso tradicionalna, iracionalna in emocionalna. Njeni kriteriji bi naj bili v strokovno ugotovljenih dejstvih o storilčevi osebnosti v ožjem ali v širšem okolju in v potrebah, ki iz tega izhajajo za varstvo družbe in za resocializacijo storilca. Poprej omenjena iracionalna in emocionalna merila bi bila tako v precejšnji meri izključena. Res pa je, da v takšnem sistemu ne bi bilo mogoče zadovoljiti starodavne zahteve po »enaki kazni za enake delikte«. Toda tej zahtevi tudi sedanji veljavni kazensko-pravni sistem ne ustreza in zato je njegova pravičnost samo še deklaracija. Zato se nam zdi, da bi bila veliko bolj pravična takšna kazenska sankcija, ki bi bila primerna glede na konkretne razmere določenega okolja in glede na osebnost storilca.

Takšna pravičnost je po naši sodbi relativna in realna, uporabna in današnje in tostransko življenje družbe in človeka. Mogoč je sicer očitek, da se za to koncepcijo skriva pragmatizem. Toda tu gre v resnici za uveljavitev načela, ki je višje kot pragmatistično načelo, da je pravično to, kar je koristno. Želimo uveljaviti koncepcijo, ki naj bi tudi v okviru kazenskega prava prispevala k osvobajanju človeka njemu tujih in nespoznanih bioloških in družbenih sil. Menimo, da so družbena preprečevanja kriminalitete, vpliv na družbeno moralno in disciplino ljudi, varovanje družbe in njenih vrednot, resocializacija delinkventov, zamišljena kot njihovo usposabljanje za kolikor mogoče urejeno, uspešno in vredno življenje, prav tisto, kar lahko kriminalna politika in kazensko pravo po svoji strani prispevata k splošnemu procesu človekovega osvobajanja in plemenitenja njegove osebnosti.

Ad b. Že omenjeni drugi ugovor sodobnim koncepcijam na področju kriminalne politike se nanaša na generalno preprečevanje. Pri tem puščamo ob strani vprašanje, ali ni generalno

preventivnega učinka kazni odpravila že naša in tudi tuja sodna praksa, glede na vedno očitnejšo težnjo po zniževanju izrečenih kazni k zakonskim minimumom.²³ Pri tem se seveda nikakor ne zavzemamo za uporabo strožjih kazni, saj nimamo nikakršnega dokaza za trditev, da bi bil vpliv kazni na druge ljudi večji, če bi uporabljali v poprečju strožje kazni.

Po naši sodbi gre za nekatera globlja vprašanja, ki se nam razvrščajo takole: Postavka o generalno preventivnem učinku zagrožene, izrečene in izvršene kazni je bila morebiti svoj čas, na nižji razvojni stopnji človeštva, potrebna in utemeljena, kakor je bila po vsem sodeč potrebna in utemeljena represivnost in zastraševalnost družbenih sistemov, saj je zgodovinsko dejstvo. Od tod izvirajo morebiti tudi razne teoretične razlage o generalno preventivni funkciji kazni, kot je tista, ki izhaja iz postavke, da bo vsakdo izračunal, ali se mu izplača storiti kaznivo dejanje, na podlagi primerjave med kaznijo, ki mu grozi in koristjo, ki se mu obeta. Skoraj dvesto let po Feurbachu in Benthamu²⁴ in ob vsem napredku znanosti o človeku takšne poenostavljene racionalistične predstave o človekovi duševnosti po vsej verjetnosti niso več dovoljene.

Teorija o generalno preventivni vlogi kazni pa temelji, zlasti v novejšem času, tudi na teoriji pogojnih reflexov. Spoštovanje do kazenskopravno zavarovanih dobrin naj bi po tem stališču ljudem vcepljali tako, da bi vsakemu prepovedanemu dejanju sledila boleča negativna izkušnja, nekako tako, kot majhnega otroka odvajamo od tega, česar ne sme početi.

Toda po našem mnenju človeka ni mogoče zreducirati zgolj in samo na mehanizem, ki deluje po zakonitosti pogojnih reflexov, čeprav seveda deluje tudi ta mehanizem. V procesu svojega proizvodnega in drugega družbenega udejstvovanja človek ni samo objekt, ampak je tudi in vedno bolj aktiven, zavesten subjekt.

Vprašanje, ki se dandanes upravičeno postavlja, je takole: ali naj kazensko pravo opravlja svoje poslanstvo (varovanje in utrjevanje družbenih vrednot in resocializacijo storilcev) tako, da izrablja mehanizem pogojnih reflexov, ali tako, da poskuša vplivati na zavestno in osveščeno človekovo življenje v družbi?

Skoraj ni dvoma o tem, da morajo nekatera, za družbo in njene člane nevarna dejanja ohraniti svoj negativni, kriminalni predznak v zavesti ljudi. Zdaj se poskuša ustreči

²³ Glej op. št. 21.

²⁴ Vodopivec, gl. op. št. 20.

tej potrebi s kaznijo, ki jo izreče sodišče individualnemu storilcu kaznivega dejanja. Vendar, ali ni imel Marx prav, ko je vzkliknil: »... Toda od kod pravica mene kaznovati zaradi tega, da bi druge poboljšali ali zastrašili?«²⁵ In v resnici gre za dvojne stvari, za preprečevanje kriminalitete in za vprašanje, kaj storiti z individualnim storilcem.

Glede prvega vprašanja se že dolga leta zavzemamo za uveljavitev spoznanja, da ima kazensko pravo v ožjem smislu razmeroma malo preventivnih možnosti. Prevenција kriminalitete in drugih socialnopatoloških pojavov je stvar širokih družbenih dejavnosti, ki vplivajo na oblikovanje ljudi in v katerih se ljudje oblikujejo. Drugače povedano bi lahko rekli tudi, da postane vrednota zares učinkovito zavarovana in napadi nanjo samo samični ekscesi šele, kadar postane last posameznikove in družbene zavesti, last individualne morale in družbene etike. Zato imajo v tem pogledu mnoge druge družbene dejavnosti vzgojne, moralne, socialne, ekonomske itd. narave veliko večji pomen kot kazensko pravo. Kar pa zadeva vprašanje o tem, ali ima kazen, izrečena individualnemu storilcu, kakšen generalno preventivni učinek na druge ljudi, so zelo resni dvomi. Kadar v praksi izrečejo kazen, ki je strožja od običajne, jo utemeljijo z razlogi generalne prevencije. Razen v redkih primerih pa ta razlog ni z ničemer utemeljen niti opisan, in tako ni znano, zakaj, kako, kje in kdaj si sodišče takšen učinek kazni obeta. Najbrž lahko postavimo hipotezo, da generalno prevencijo navajajo bolj v opravičilo moralnega ogorčenja, ki je prevzelo sodišče spričo storjenega kaznivega dejanja ali grde storilčeve moralne podobe, kot pa zaradi prepričanja, da bo izrečena strožja kazen zares delovala generalno preventivno.

Na storilca samega takšna strožja kazen seveda lahko deluje zastraševalno in torej preventivno. Tu smo sicer že na področju tim. specialne prevencije, vendar pa je treba izreči dva ugovora. Po eni strani so takšni učinki verjetno kratkoročni, po drugi strani pa s takšno politiko spreminjamo človeka v sredstvo za doseg ciljev, ki so zunaj njega, kot je to lepo ugotovil Marx. Ali ni takšna politika v prav očitnem nasprotju z idejo o človekovem osvobajanju, in z idejo o človekovem osveščenem življenju v družbi, k čemer naj bi, kolikor pač moreta, prispevala tudi kriminalna politika in kazensko pravo?

Ugovor, ki se boji, da bi z uvedbo sodobnih koncepcij odpravili generalno preventivno

²⁵ Marx, Die Todesstrafe, Marx-Engels, Werke, Band 8, Dietz Verlag, Berlin 1960, str. 507.

vlogo kazni, se nam torej zdi brez prave osnove, saj ni nobenega trdnega dokaza, da bi kazen to funkcijo zares opravljala.²⁶ Če naj bo pogovor o preprečevanju kriminalitete resen, potem je treba razpravljati o preusmeritvi družbene kriminalne politike iz sedaj pretežno represivne in zato omejene ozko na organe kazenskega pravosodja v pretežno preventivno in zato široko družbeno dejavnost. Za takšno preusmeritev smo se zavzeli že nekajkrat, med drugim tudi na III. posvetovanju jugoslovanskega združenja za kazensko pravo in kriminologijo jeseni leta 1963 v Splitu. Za takšno politiko se zavzema tudi Organizacija združenih narodov prek svojih organov za preprečevanje kriminalitete in resocializacijo delinkventov.²⁷

²⁶ Kinberg, *Réflexions critiques sur la prévention*. Revue internationale de criminologie et de police technique, 1954/1, str. 8.

²⁷ La prévention de la délinquance dans le contexte du développement national, Nation Unies, Secretariat, ST/SOA/SD/CG. 2/WP. 1, 1968.

Sklep

Takšna naj bi torej bila izhodišča za oblikovanje našega prihodnjega kazenskega prava, kakor se nam vsiljujejo na podlagi naših in tujih kriminoloških raziskovanj in spoznanj. Ne delamo si nikakršnih utvar, da bodo sprejeta že v bližnji prihodnosti. Morebiti je tako tudi prav, saj je prehitevanje prav tako nevarno kot zaostajanje in razen tega se na tem področju, kot že rečeno, močno uveljavljajo emocionalni in iracionalni elementi, ki jih ne gre zanemariti. Najbrž takšne elemente bolje začutijo in zaznajo ljudje, ki pri svojem družbenem delovanju ne uporabljajo znanstvenih delovnih metod. Toda povedali smo, kaj narekujejo kriminološka spoznanja za oblikovanje kazenskega prava. Kdor bo pazljivo prisluhnil obema elementoma, emocionalnemu in racionalnemu, bo morebiti našel za trenutek, v katerem živimo, ustrezno sintezo in na njej zgradil boljše kriminalno politiko in boljše kazensko pravo, kot ju imamo zdaj.

Criminological Findings and Perspectives of our Criminal Law

Summary by Dr. Ljubo Bavcon, Ordinary Professor of Criminal Law, Faculty of Law, Ljubljana

In the introduction the author states that criminological scientific findings rather slowly influence the criminal law although this influence could not be denied. Among the causes of this slowness he points especially to some deeper human questions as e. g. antagonism between that what is and that what should be; between usefulness and »higher« values as e. g. justice; between that what is rational and scientific and that irrational and emotional.

After tracing briefly to expose the starting points of the criminal law rules now in force, the author states that the criminal law is in the course of reforms in several countries; Yugoslavia too, is preparing a reform of its criminal law. These reformatory efforts are a proof of the dissatisfaction with the valid criminal law systems and particularly their basic starting points. For this reason the author subsequently tries to work out the basic standpoints rooting in scientific findings of the modern criminology.

In the first place he discusses the traditional etiologic standpoint that a criminal offence is a consequence of the offender's malice and depravity. In the author's view it should be replaced by the newest cognition in terms of which the criminal offence is a result of different biologic, psychologic and social factors. This — although very generally formulated basic standpoint — is however a scientific basis for the formation of the modern criminal law since it operates an essential change of all fundamental questions of criminal law.

The author deals with all these questions one after the other and faces on the first place the problem of the philosophic concept of the human being. He pleades for realism and against the fiction viewing men as beings which

by God or nature were given natural rights, pure ratio and free will. He then discusses the concept of criminal policy and pleads for its development from a mainly repressive to a mainly preventive orientation.

Discussing the proper questions of criminal law the author first of all deals with the purpose of criminal law and points again to the contradiction between the deontologic and utilitaristic currents of thought. He then discusses the three bases of criminal law: the concepts of criminal offence, criminal responsibility and criminal sanction. In all these questions he advocates application of criminological findings; he finds solution of some questions in the appropriate adaptation of principles dominating juvenile criminal law.

Finally the author states that the traditional formula of criminal law: criminal offence — criminal responsibility (guilt) — punishment, should be replaced by a more modern one which perhaps could read: criminal offence — offender in his social surroundings — adequate criminal sanction.

In the final part of his article the author criticises the two most frequent objections against the modern concepts of criminal policy. The first one holds that these concepts being utilitaristic violate the principle of justice. The second one supports that in consequence of these concepts the criminal law loses the effect of general prevention. In the author's view the principle of justice is of essential importance but he doubts whether the criminal law now in force promotes this principle. As to the idea of the general-preventive function of criminal law, the author is seriously sceptic about its value.