

## Kaznovanje po zlomu rehabilitativnega modela

Zoran Kanduč\*

### I.

Kot izhodišče pričujočega prispevka bomo uporabili ugotovitev o krizi terapevtske usmeritve na področju, ki ga »v zadnji instanci« označuje izraz polje kaznovalne politike. Že na samem začetku velja opozoriti, da je v opredelitvah kot so »kriza«, »neuspeh«, »zlom«, »degradacija« ipd. potrebno v prvi vrsti prepoznati in razumeti kvantitativno (kolikostno) razsežnost definiranja zadevnega pojava. Tako lahko s stališča kvantitete omenjene oznake umestimo in razvrstimo v stopnjevani strnjeni niz, s pomočjo katerega moremo najprej razločiti ocene posameznih avtorjev o stopnji družbenega očitovanja obravnavanega pojava in hkrati njihov vrednostni komentar. V nadaljevanju bomo ta vidik v celoti zanemarili, da bi si olajšali analizo kvalitativne (kakovostne) sestavine, ki jo je mogoče izpeljati iz zgoraj omenjenih izrazov. Želja po tako zamišljenem poenostavljenem pristopu k množstvu refleksij sodobnih tokov v kriminalni politiki pa je tudi edini razlog, ki leži v osnovi te, na prvi pogled nemara odvečne in umetelne razlike.

### II.

#### OD TEORIJE...

Terapevtska usmeritev v okviru kaznovalne politike že v prvem približku daje vtis notranje protislovnega gibanja. Ideal te zastavitve je namreč ravno v postopnem ukinjanju kazni in njenem preraščanju ter končni razpustitvi v množici ukrepov, ki naj bi omogočali doseganje bistveno drugačnega reda družbenih učinkov. Medtem ko naj bi predstavljala kazen — razumljena na ravni »klasičnega« koncepta — zgolj krut, »iracionalen«, represiven odgovor družbe preko udov svoje državne organizacije na prestopnik posameznika, naj bi terapevtski ukrep po svojem bistvu stremel k pozitivnemu spreminjanju samega prestopnika v lojalnega, pravne predpise spoštuječega državljan. Od vsega začetka je bil koncept terapevtsko-rehabilitativnega ukrepa utemeljen na kritiki »klasičnega« kazenskega prava, ki da s svojo okostenelo dogmatiko zavira učinkovit boj proti naraščajoči kriminaliteti. S pomočjo rehabilitativ-

nega modela bi se tako kaznovalna politika na eni strani otresla odvečnega metafizičnega balasta, na drugi strani pa bi se ji ponudila možnost, da se opre na racionalno, znanstveno utemeljeno strategijo obravnavanja odklonskih pojavov.

F. A. Allen<sup>1</sup> je že leta 1959 v svoji odmevni kritiki rehabilitativnega modela opozoril na nekatere njegove bistvene predpostavke. Kot prvo se domneva, da je človeško vedenje produkt antecedentnih (preddobnih) vzrokov, ki jih po njihovem bistvu lahko označimo kot dele fizikalnega univerzuma. Prva in temeljna naloga znanstvenikov je njihovo odkritje in nato opis z izrazi, ki zagotavljajo kar največjo možno stopnjo strogosti in natančnosti. Šele takšna vednost o antecedentih človeškega vedenja bi namreč utemeljila znanstveno posredovani pristop kontrole ravnanja posameznikov. Rehabilitativni ideal nadalje zahteva, da morajo biti vsi ukrepi, ki so uporabljeni v obravnavanju obsojene osebe, brezpogojno postavljeni v službo terapevtske funkcije.

Kajpak ni težko pokazati še nekatere nadaljnje predpostavke in implikacije takšne zastavitve. Njena temeljna poteza je predvsem v trditvi, da je človeško bitje po svoji naravi prilagodljivo. Človeški dejavnik bi tako po svojem bistvu lahko naknadno modelirali, popravljali in pozitivno spreminjali brez motečih preostankov, ki pomenijo odklanjanje od željenega ideala. Za doseg tega namena bi zadostovalo, da dejavnik postavimo v kontrolirano okolje (skladno pač s temeljnimi postavkami značilnimi za znanstveni eksperiment), kjer bi bil podvržen svojevrstnemu procesu »transsubstancijalizacije« »po meri« zaželjene predstave idealnega človeka. Pojem obvladljivega subjekta ima svoj soodnosni pol (korelat) v totalitarnem subjektu par excellence: vsevedni instanci, ki jo pozitivira psihoterapevt kot zastopnik znanosti.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Prim. Allen, s. 226.

<sup>2</sup> Težko bi našli teoretsko stališče, ki bi bilo bolj nasprotno Freudovemu pojmovanju človeškega subjekta. Temelj njegovega nauka je teza, da je v človeškem bitju nekaj, kar je bistveno neprilagodljivo. Kot je poudaril J. A. Miller v prvem od petih predavanj o Lacanu v Caracusu l. 1979, je ravno s tem psihoanaliza na strani svobode, »saj nam, če si domišljamo, da je človeško bitje povsem prilagodljivo, postane to, da skušamo na totalitaren način nadzirati njegovo okolje; tako si domišljamo, da bomo lahko oblikovali človeka. Ne verjamem, da je katerikoli nauk, ki obljublja, da bo zgradil novega človeka, pravi nauk osvoboditve. Prav gotovo pa nas Freud ne navaja k temu, da bi zaupali komur-

\* Zoran Kanduč, dipl. pravnik, strokovni sodelavec, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti UFK v Ljubljani.

V omenjeni koncepciji je prav tako mogoče prepoznati zahtevo po (samo)ukinitvi kazenskega prava, ki naj bi se hkrati z odpovedjo svojim bistvenim postavkam (ki jih pač strukturno nujno zahteva pojem kazni: odgovornost, krivda itd.) spremenilo v »času primerno« ustanovo družbenega nadzora.<sup>3</sup> Hipoteza o posamezniku kot bistveno določenemu bitju, ujetemu v verigo vzrokov in učinkov, značilno za pojavno naravo, je povsem nezdružljiva s pojmom svobode. Pogoji možnosti slednjega se namreč vzpostavijo šele skozi zlom načela zadostnega razloga, heteronomne nujnosti in naravne verige vzrokov in posledic. Prav takšen koncept svobode pa najdemo v teoretski razdelavi Kantove<sup>4</sup> razprave Zasnovanja metafizike morale (1785) in v njegovem mnogo slavnejšem delu Kritika praktičnega uma (prvič objavljenem tri leta pozneje). Kantov dokaz za svobodo človeka je moralni zakon v nas, ki je edini indic, »da nismo preprosti del narave, naravnega reda kot verige objektivnih vzrokov in učinkov in je edini dokaz, da smo se zmožni iztrgati naravni nujnosti in delovati v skladu z nekim nadnaravnim Zakonom, ki se ga ne da pojasniti v naravnem okviru.«<sup>5</sup> Kantov pojem svobode se nanaša na tisti vidik naše praktične dejavnosti, oziroma volje, katere gibalno je izključno forma moralnega zakona, ne pa predstava nekega empiričnega predmeta, ki bi s posredovanjem občutka ugodja ali neugodja povezanega s predstavljenim objektom, opredelila naše praktično delovanje. Hkrati pa seveda takšna določitev avtonomnega delovanja zahteva svobodo same izbire med svobodnim in nesvobodnim praktičnim delovanjem, med čisto in nečisto (empirično) voljo, oziroma med dejavnostjo, ki sledi načelu zadostnega razloga in tisto, ki je razložljiva s stališča načela istovetnosti (tj. razlog voljne dejavnosti

koli, ki teži k nadzorovani prilagoditvi človeškega bitja; drznil bi se reči, da je to usmerjeno predvsem proti bistvenemu totalitarizmu, ki ga prinaša, za mnoge med nami je to morda paradoks, sleherni empirizem.« (Miller, s. 20).

<sup>3</sup> Širše o tem: Foucault, nadzorovanje in kaznovanje;

<sup>4</sup> V razpravi je Kant vse ključne pojme (dobra volja, dolžnost, kategorični imperativ) utemeljil s konceptom svobode. »Volja je vrsta vzročnosti živih bitij, v kolikor so umna, svoboda pa je tista lastnost te vzročnosti, po kateri bitje lahko deluje neodvisno od tujih vzrokov, ki ga determinirajo; ravno tako kot je naravna nujnost lastnost vzročnosti vseh brezumnih bitij, po katerih slednje k delovanju spodbuja vpliv tujih vzrokov.« (cit. po: Korač, s. 12).

<sup>5</sup> Žižek, s. 40.

je tu tavnološki: edino oporo najde v lastnem dejanju izjavljanja).<sup>6</sup>

Razlog, da smo v sicer skrajno okrnjeni obliki pritegnili v razpravo Kantovo teorijo svobodne volje, ni zgolj v tem, da bi s pomočjo izjemne filozofske avtoritete pokazali šibkost filozofskih predpostavk rehabilitativnega ideala, marveč predvsem v tem, da bi opozorili na nadaljnji sklep, ki ga lahko izpeljemo iz koncepcije subjekta kot bistveno nesvobodnega dejavnika. Ne gre namreč zgolj za to, da takšna zastavitev kot smo že omenili »spodreže korenine« vsem ključnim kategorijam kazenskega prava, ampak postavi pod vprašaj možnost konsistentne utemeljitve koncepta prava nasploh. Hegel<sup>7</sup> — vsekakor najpomembnejši pravni teoretik — je namreč definiral področje prava kot področje odnosa med voljo posameznika in občo voljo. Bistvena poteza pojma volje pa je ravno predpostavka o njeni svobodi, tako da je od tod možna identifikacija področja prava s področjem svobode.

Kazensko pravo je navkljub relativni samostojnosti — po svojem bistvu (vsebinsko in formalno) mišljivo le v okviru prava kot takega. Glede na to subjekt prava po svojih bistvenih potezah ne more biti protisloven subjektu kazenskega prava. Tudi samega pojma kazni kot legalne posledice kaznivega dejanja se tako drži popkovina, ki jo povezuje s sistemom pravnih norm sub specie totalitatis, saj si pojma kaznivega dejanja v objektivnem oziru ni mogoče zamisliti drugače kot negacijo prava nasploh. Teza o kaznivem dejanju, ki v svoji objektivni razsežnosti pomeni kršitev posamične določbe kazenskega zakonika, je strogo vzeto napačna in lahko zadovolji samo najbolj pozitivistično orientiranega pravnega teoretika.

Na drugi strani pa lahko kot ilustracijo teze o odločilni povezanosti pojmov kazni in pravnega reda kot takega navedemo ravno razmišljanje pozitivističnega pravnega filozofa H. Kelsena.<sup>8</sup> Slednji namreč začne krog spraševanja o pravnosti pravnih aktov z vprašanjem, zakaj je določen akt prisiljevanja (npr. dejstvo, da ena oseba odvzame drugi svobodo, s tem da jo »vrže«

<sup>6</sup> Prav tam, s. 47.

<sup>7</sup> Prim. Hegel, s. 31, § 4. V tem paragrafu Hegel postavi tezo o volji kot mestu in izhodišču prava. V skladu s tem tvori svoboda substancialnost in določenost prava, medtem ko je »pravni sistem carstvo udejanjene svobode, svet duha proizveden iz njega samega kot druga narava«.

<sup>8</sup> Glej Kelsen, št. 120—121.

v zapor) pravni akt. Tako zastavljena analiza sistema pravnih norm, ki se v Kelsnovi teorizaciji pojavijo kot harmoničen in discipliniran sklop hierarhičnega prehajanja višjih norm v nižje (skladno s stališčem, da je vsaka uporaba prava hkrati njegovo ustvarjanje), nujno proizvede dva »neprijetna« presežka.<sup>9</sup> Na eni strani je kajpak temeljna norma (kot pozitivacija odsotnosti norme, ki bi »nachträglich« utemeljila sistem norm), na drugi strani pa realizacija kazni (kot primer »čistega« dejanja, ki je zgolj uporaba prava brez primesi ustvarjanja).<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Na tem mestu se žal ne moremo spustiti v širšo kritično obravnavo Kelsnovega teorema. Izhodišče možne kritične zastavitve bi bila lahko ravno Heglova teza o kazni kot dejanju ustvarjanja prava par excellence, saj se šele z negiranjem negacije prava ono samo potrdi kot veljavno in dejansko (prim. Hegel, s. 89–90, § 82). Kelsen pa drži oba momenta, ki jih ni mogoče zvesti na logiko bivanja vseh preostalih elementov pravno-normativnega sistema, tj. temeljno normo in udejanjenje sankcije, kar se da vsaksebi kot indica bodisi čistega ustvarjanja bodisi čiste uporabe prava. Nasprotno pa bi bil nemara dialektični korak ravno v tem, da pokažemo, kako oba, abstraktno vzeto tako različna momenta, nujno sovpadeta. Neprijetni akt kaznovanja (npr. realno dejanje dekapitacije) kot prisotnost »drobca realnosti« v njegovi nezvedljivi materialnosti, kot moteč madež v čisti strukturi norm, je šele tisti moment, prek katerega se vzpostavi simbolna mreža norm. Heglovsko rečeno, sama totalnost pravnih norm nujno potrebuje ta naključni partikularni moment, to bedno prisotnost zločinca, kot kraj svojega utelešenja. Normativna struktura se torej udejanja prek elementa, ki v nekem smislu zato je ona sama. Pravo kot tako se realizira, je možno, šele s posredovanjem elementa, ki v svoji empirični nečistosti onemogoča samoutemeljitev pravnih norm kot čiste strukture, obenem pa je prav kot tak, tj. kot izmeček, pogoj njene možnosti.

<sup>10</sup> Bistvena navezanost kaznivega dejanja (in s tem posredno kazni) na pravni sistem vobče je nemara najbolj očitna v kazenskopравни obdelavi temeljnih sestavin pojma kaznivega dejanja. V vseh koncepcijah zasledimo tudi vidik protipravnosti. Ta pa nikakor ne pomeni zgolj prekršitve tega ali onega člena kazenskega zakonika, tj. zgolj uspelega podvrženja nekega preteklega dogodka pod zakonski opis kazenske norme. Kajti oceno o protipravnosti je mogoče podati samo na osnovi principov, vrednot pravnega reda v celoti (prim. Bačić, s. 180). Omenjena ugotovitev ima pomembne pravno-politične posledice. Če neko konkretno dejanje nasprotuje neki pozitivni kazenski določbi, je pa sicer skladno z načeli, ki prevevajo pravni sistem, potem sodnik ne more nastalega konflikta razrešiti z opravičilom: »Saj ne morem izdati oprostilne sodbe, dokler se zadevni predpis ne odpravi.« Sodnik seveda ne more ukiniti »neprimerne« predpisa, vendar pa slednji ostaja samo eden izmed kriterijev, ki jih je treba vzeti v razmislek pri vrednotenju, ali je nekdo ravnal protipravno.

## ... DO PRAKSE

Terapevtska usmeritev kaznovalne politike (v širšem pomenu) vodi v svojevrstno delitev dela med kaznovalno politiko (v ožjem pomenu), kriminologijo in kazenskim pravom. Skrajno poenostavljeno bi ta »ljubezenski trikotnik« opredelili takole: naloga kriminologije je, da s potrebno »znanstveno objektivnostjo«<sup>11</sup> proizvede teorije<sup>12</sup> o vzrokih kriminalitete (oziroma odklonskega vedenja); kaznovalna politika naj iz njih potegne praktične zaključke (tj. opravi potrebno operacionalizacijo abstraktno-občih teoretičnih postavk); kazensko pravo pa naj kriminalno-politično doktrinarna izhodišča prevede v »tehnično« terminologijo pravnih predpisov. V drugem krogu pa kriminologija preverja družbeno učinkovitost uresničevane politike in daje povratno informacijo instanci političnega odločanja, ki more na ta način pravočasno in primerno ukrepati z novimi ukrepi v okviru t. i. boja zoper kriminaliteto. Odveč je poudarjati, da iz tako zastavljenega »triumvirata« izhaja skrajno instrumentalna vloga kazenskega prava, čigar vrednost se meri izključno z vidika družbenega udejanjanja utilitaristično zastavljenih ciljev vsakokratne kriminalne politike.

Poleg že omejenih filozofsko obarvanih predpostavk in družbenopolitičnih implikacij lahko

<sup>11</sup> Bottomly je opozoril na paradoks, ki tiči v razponu med »scientific objectivity« in temeljno preokupacijo teh teorij, da bi zadovoljile potrebe prevencije, kontrole in obravnavanja zločincev v danih družbah. Avtor od tod ironično ugotavlja, da ne velja samo, da imajo družbe takšne kriminalce, kot si jih zaslužijo, ampak tudi, da imajo take teorije o kriminaliteti, kot jih potrebujejo (Bottomly, s. 40).

<sup>12</sup> Bottomly označuje »the search for causes« kot jedro zapuščine, t. i. »ustanoviteljev« pozitivistične kriminologije, ki so posvetili večino naporov študiju posameznika in iskanju monistične teorije kriminalnega vedenja. Walker pa je to situacijo označil kot »the search for the criminologist's stone« (Walker, s. 3).

Trenutno stanje na tem področju kaže dvojnost možnih teoretskih pristopov. Na eni strani imamo teorije, ki izhajajo iz predpostavke o množstvu različnih vrst kaznivih dejanj, od katerih ima vsaka kategorija v okviru dane tipologije lastno obrazložitev. Na drugi strani pa so teorije o množstvu vzrokov kaznivega dejanja (enovito definirane), znane tudi pod nazivom multi-faktorski pristop. Obe smeri izhajata iz kritike monističnih socioloških teorij (npr. Sutherlandova teorija diferencialne asociacije, Mertonova teorija anomalije, pa različne usmeritve znotraj t. i. radikalne kriminologije, kot npr. teorija interakcionizma, teorija družbenega konflikta, »labelling« teorija itd.) (Prim. Bottomly, s. 58–70.)

končno pokažemo<sup>13</sup> še nekaj nadaljnjih lastnosti, vezanih na obravnavanje (tretman) delinkventov. Shematično bi jih lahko povzeli v pet točk:

1. V »srcu« doktrine obravnavanja delinkventov je koncept individualizacije. Ta zahteva vsestransko preučevanje delinkventa, postavitev diagnoze, klasifikacijo in (skladno z medicinsko analogijo) določitev primerne ukrepa (»zdravila«), ki naj nevtralizira tisti X v dejavniku, ki ga je »pahnili« na stranpota kriminala.

2. Obravnavanje ima namen spremeniti delinkventa. (Bistvo te spremembe se razlikuje znotraj različnih doktrin. Pogosto pa se opredeli kot sprava delinkventa s samim seboj in z družbo.)

3. Realizacija tako zastavljenega projekta zahteva diskrecionarno oblast terapevta.

4. Rehabilitacija omogoča »pobotanje« dveh navidez nespravljivih interesov (delinkventa in družbe). V kratkem naj bi bila vsebina kompromisa v tem, da pomoč prestopniku sovpada z zaščito družbe.

5. Empirizem je temeljna ideološka opora doktrine o rehabilitaciji in ga lahko tu opredelimo kot prepričanje, da bo kopičenje opazovanj in poskusov z delinkventno populacijo zadoščalo za odkritje vzrokov problema in kajpada za njegovo reševanje.

Mnoštvo kriminološko orientiranih evaluativnih raziskav je bilo opravljeno z namenom, da se ugotovi učinkovitost tretmanskega modela v odnosu do rehabilitacije<sup>14</sup> prestopnikov. Rezultat raziskav<sup>15</sup> povzema Cusson z izrazom »l'effet zéro«, kar z drugimi besedami pomeni, da uvedba terapevtskih ukrepov v kaznovalni sistem ni imela v celoti nikakršnega učinka na povratništvo (recidivo). Strogo vzeto seveda ni mogoče iz spoznanj evaluativnih raziskav sklepati o nemožnosti obravnavanja delinkventov. Edina upravičena postavka, ki bi bila izvedljiva iz

<sup>13</sup> Opiramo se na delo: Cusson, M., *Le contrôle social du crime*.

<sup>14</sup> Termin rehabilitacija nosi več pomenov: 1. sprememba delinkventove osebnosti, 2. odsotnost recidive, 3. skrb za interese delinkventa, 4. nekaznovalni ukrepi. Kot nas opozori Cusson nastopijo problemi s to večpomenskostjo ne toliko, ko evaluativna raziskava obravnava specifični terapevtski ukrep npr. grupno terapijo), ampak ko se potegujejo za ključki iz mnoštva evaluativnih raziskav.

<sup>15</sup> V ZDA večkrat omenjajo kot prelomen Martinsonov članek iz leta 1974, kjer ugotavlja, da »razen majhnega števila osamljenih izjem, doseženi rezultati pri rehabilitaciji delinkventov ne kažejo omembe vrednih učinkov na recidivo« (glej Martinson, s. 22—54).

obširnega gradiva empiričnih raziskav je ta, da ni nobenega dokaza, ki bi utemeljeval vero v večjo učinkovitost določenega terapevtskega ukrepa v luči preprečevanja povratništva v odnosu do drugih ukrepov. Kot je poudaril že Wilson, ne moremo empirično dokazati, da »nothing works« (rien ne marche), ugotovimo namreč lahko le **odsotnost** uspelega dokaza, da »something works« (quelque chose marche). Kot trdi Cusson<sup>16</sup> je povsem mogoče, da bo v prihodnosti končno odkrita učinkovita metoda, kot je po drugi strani povsem mogoče, da takšna metoda že obstaja, le da raziskovalci niso do sedaj imeli priložnosti, da bi jo ocenili.

Končno lahko zaključimo, da hipoteza o »l'effet zéro« ohrani svojo verodostojnost tudi ob upoštevanju realne možnosti, da tretman povzroča razlikovane učinke. Hipoteza ostaja še naprej branljiva s stališča globalnosti. Tretman ne zmanjšuje povratništva na ravni celote posameznih skupin delinkventov. Cusson<sup>17</sup> je namreč pokazal, da »l'effet zéro« pravzaprav maksira tri precej različne situacije: 1. nekateri do vzetni (receptivni) delinkventni posamezniki dejansko zagrešijo zaradi tretmana nekaj manj deliktov; 2. nedovzetni jih iz istega razloga zagrešijo nekaj več; 3. vsi ostali pa — neodvisno od tega ali zapadejo ali ne zapadejo v recidivo — pri tem ravnaajo na podlagi razlogov, ki v ničemer niso zvedljivi na (psihoterapevtske) ukrepe. Vsota pozitivnih, negativnih in nultih učinkov je torej to, kar Cusson označuje s terminom »l'effet zéro«.

Dovolj presenetljivo pa je dejstvo, da npr. v ZDA, kjer so po zlomu rehabilitativnega modela pričeli z uvajanjem t. i. »pravičnostnega modela« (justice model), ta zamenjava na ravni ideološkega temelja kaznovanja ni bila v prvi vrsti motivirana z rezultati kriminoloških raziskav (slednje so pač izpričale dejstveno neučinkovitost ideoloških premis), marveč predvsem z nepravilnostjo, ki je bila lastna staremu sistemu. Indici nepravilnosti, ki so povzročili javno nedobrobranje, so predvsem nedoločene kazni, precejšnja diskrecionarna pooblastila sodnikov in še zlasti drugih dejavnikov v procesu izvrševanja kazenskih sankcij ter drugi<sup>18</sup> odkloni od for-

<sup>16</sup> Cusson, s. 38.

<sup>17</sup> Prav tam, s. 45.

<sup>18</sup> Damaška navaja naslednje posledice spretja koncepta o resocializaciji v ZDA: uvajanje nedoločenih kazni (indeterminate sentencing), administrativno odločanje o individualizaciji kazni (parole boards), relativno zanemarjanje teže kaznivega de-

malne pravne enakosti. Njihova družbena posledica se je pokazala v vzniku številnih gibanj za racionalizacijo kaznovanja in za njegovo utemeljitev na konceptu pravičnosti. Na drugi strani pa v evropskem prostoru kritike terapevtske usmeritve kažejo ob siceršnji precejšnji raznolikosti v razmerju do »ameriškega odgovora« vsebinske in formalne posebnosti, velik del naporov pa je usmerjen v iskanje nadomestnih oblik za sedaj prevladujočo kazensko sankcijo: zaporno kazen.<sup>19</sup>

Odkar je torej postalo jasno, da stališče poboljševanja storilcev kaznivih dejanj (načelo resocializacije) ne more več opravljati ideološke vloge opravičevanja kaznovalne prakse, se je potreba po razdelavi nove teorije, ki bi stopila na izpraznjeno mesto, pokazala v vsej ostrini. V tem oziru je potrebno uvesti vsaj minimalno razlikovanje na ravni teoretskega interesa. Slednji je lahko usmerjen bodisi v oblikovanje ustrezne justifikacije **obstojećih** kaznovalnih praks bodisi v izdelavo pojmovnega aparata, ki nam šele omogoča kritično soočanje s pozitivnostjo kaznovalne strategije in s pomočjo katere šele uvidimo, kakšna bi morala biti dejanskost, da bi bila dobra (tj. da bi ustrezala svojemu pojmu).

#### OD MARKSISTIČNE KRITIKE...

Marksistična kritika<sup>20</sup> pravičnostnega modela (justice model) vidi v novih poskusih preoblikovanja kaznovalne ideologije v prvi vrsti opravičevanje in racionalizacijo povečane represije. Nova koncepcija nadzorovanja je v tej zastavitvi opredeljena predvsem kot odgovor na številne sovpadajoče družbene procese: ekonomsko krizo, odsotnost družbenega konsenza, povečane potrebe po prisilnem poseganju v družbeno dogajanje. Paternoster in Bynum postavita kot

janja in stopnje kazenske odgovornosti pri odmeri kazni ter pravno negotov status obsojencev (glej Damaška, s. 56—57).

<sup>19</sup> Glej: Šelih. Avtorica pokaže teoretsko nekonstistentnost novih usmeritev (npr. zahteva po generalno preventivni funkciji kazni ob njenem istočasnem postuliranju kot ultima ratio), ki se v praksi »razreši« v zaostrovanje represije. Postavke, ki jih najdemo v osnovi novih kriminalno-političnih doktrin so naslednje: 1. spoštovanje pravic storilca kaznivega dejanja in njegove osebnosti; 2. zapor naj bo ultima ratio; 3. zapor naj služi generalni in specialni prevenciji; 4. kazen naj bo zaslužena in pravična; 5. kazen naj bo zadnje sredstvo med kazenskimi sankcijami (Šelih, s. 154—155).

<sup>20</sup> Prim.: Paternoster in Bynum, s. 7—12.

temeljni problem vprašanje, ali je model, ki ga predlagajo reformatorji, uresničljiv v obstoječih družbenih in ekonomskih okoliščinah. Njun odgovor je (tudi na osnovi empiričnih pokazateljev uspešnosti reformatornih prizadevanj v nekaterih zveznih državah) odločno negativen. Zanimivo pri tem pa je dejstvo, da avtorja ne napadata teorije kot take, ampak nemožnost njenega udejanjanja. Pri tem pa se zelo približata Murphyjevi<sup>21</sup> analizi razmerja med retributivistično in marksistično teoretsko pozicijo. Murphy namreč izhaja iz teze, da v razmerju do utilitarističnih teorij Kantova retributivna teorija ostaja nedvomno superiorna v pojasnitvi moralne pravice do kaznovanja. Kaznovati je moralno, ker je kršilec norme poškodoval vzajemno (recipročno) normo ubogljivosti, ki je pogoj za družbeno življenje. Posameznik uživa ugodnosti spričo ubogljivosti (obedience) drugih in vice versa. Vzajemnost ima za posledico moralno zavezo, da sleherni dejavnik spoštuje norme, ki jih spoštujejo tudi drugi družbeni dejavniki. Murphy od tod sklepa, da je žrtev (posameznik se s spoštovanjem družbenega zakona na nek način žrtvuje, tj. odpove se namreč določenim lastnim nedopustnim interesom) sprejemljiva samo takrat, ko pravni subjekti enakopravno sodelujejo v sistemu dobičkov, utemeljenih na vzajemnem žrtvovanju. Če pa dobički niso enakomerno porazdeljeni med subjekti na ravni družbe kot take, potem odpade možnost družbenega konsenza, istočasno s tem pa tudi moralno zavezujoča vzajemnost in kajpak sam temelj retributivnega kaznovanja. V družbah z neenakomerno distribucijo dobičkov in prednosti, ki izvirajo iz spoštovanja obstoječih predpisov, je kaznovanje disobedience nujno nepravično. V zvezi z Murphyjevo marksistično koncipirano kritiko Kantovega retributivizma velja najprej opozoriti na razliko te kritike od tistih, ki so zasnovane na konkurenčni moralni teoriji (tj. utilitarizmu). Avtor v alternativni utilitarizem-retributivizem (tj. pri izbiri moralne teorije kaznovanja) brez oklevanja sprejme zadnje stališče. Kritizira pa ga kot empirično neprimerne, tj. kot teorijo, katere dejstvene predpostavke so napačne. Avtor tu izhaja iz razlikovanja med formalno pravilnostjo neke teorije (koherentnost, resničnost v določenem možnem svetu) in materialno nepravilnostjo (nemožnost udejanjanja teoretskih premis v svetu, ki ga živimo). Filozofske teorije morale, družbe, po-

<sup>21</sup> Glej: Murphy, s. 93—110.

litike ali prava nujno vsebujejo tudi določene po svoji »naravi« empirične predpostavke, katerih napačnost naredi zadevno teorijo vsebinsko nezadostno in neuresničljivo. (Teorija zastraševanja postane vprašljiva, če bi se pokazalo, da potencialni delinkvent pred delovanjem ne razmišlja o možnih posledicah svojih dejanj.)

### ... DO KRITIČNE KRIMINOLOGIJE

Na tem mestu pa moramo vsaj v grobem predstaviti še teoretska stališča o resocializacijski ideologiji, ki jih lahko znotraj sodobne kriminologije subsumiramo pod pojem kritična kriminologija (v nadaljevanju: KK; obstaja kajpak še cela vrsta drugih bolj ali manj sopomenskih oznak: konfliktna, alternativna, nova, marksistična kriminologija ter celo antikriminologija). Že kar na začetku pa bi opozorili, da vstopamo v prostor izjemno heterogenega množstva<sup>22</sup> teoretskih pristopov, ki imajo vendarle skupni metodološki postavki v: 1. izrazitem poudarjanju preučevanja ekonomskih razmerij in 2. v študiju zgodovinske pogojenosti kriminalitete in nadzorstvenih mehanizmov.

Raznorodnost filozofskih, idejnih in epistemoloških predpostavk v okviru KK nam preperečuje njeno enostavno zvedbo na to ali ono sociološko teorijo ali nemara marksizem. Najbolj grobo razločevanje znotraj KK predstavljata marksistična in kritična smer z ozirom na različno razumevanje družbenega konflikta. Prva (Quinney, Pearce, Scull idr.) izhaja iz marksistične tradicije razrednega boja, druga (Del Martin, Austin idr.) pa sledi nastavkom t. i. »čikaške sociološke šole«.

Raznolikost KK nam omogoča natančnejšo predstavitev pač samo na osnovi obravnave posameznega (arbitrarno izbranega) avtorja, ki naj bi bil kar najbolj »reprezentativen« primer. V našem primeru bo to Barattina<sup>23</sup> kritika tradicionalne kriminologije, utemeljene na pozitivističnem znanstvenem modelu kot Wissenschaft von Ursachen des Verbrechens. Takšna etiološka (aitiološka) paradigma predpostavlja ontološki pojem kriminalitete. Ta se tako razume kot predsimbolno dejstvo (Gegebenheit), predhodno družbeni (institucionalizirani) reakciji. Hkrati s tem pa se postavi izven kriminološke refleksije vprašanje pravno-socialnih norm ter delovanje državnih aparatov (represivnih in ideoloških),

ki posameznika »transsubstancalizirajo« v delinkventa. Ideal tradicionalne kriminologije (izdelava koherentne teorije pogojev in vzrokov kriminalitete, primerne za objektivno podlago kriminalne politike) nujno trči ob temeljno epistemološko oviro, kar vzročno naravnano raziskovanje pač odpove pri predmetih, ki jih opredelijo šele norme, konvencije in družbeno vrednotenje.

Če pa znanstveno-naturalistični model vendarle uporabimo pri takšni seriji predmetov, nujno pademo v postvarjanje. Končni učinki simbolnih mehanizmov se predstavijo kot neodvisne bitnosti v odnosu na procese in mehanizme, ki so jih proizvedli. KK pa postavi v središče zanimanja ravno mehanizme reakcije in definiranja. Takšen teoretski pristop je že v »embrionalni« fazi odkril neenako porazdelitev družbene moči, ki omogoča posameznikom, skupinam ali institucijam, da opredeljujejo negativnostno naravo dejanj in dejavnosti drugih (podrejenih) posameznikov. Prav tako se odkrijejo interesni konflikti, ki so podlaga selektivnih procesov kriminalizacije. Ironično pa lahko rečemo, da strogo vzeto »etiketa« KK pripada samo tistim smerem, ki poleg razsežnosti definiranja družbeno negativnih pojavov vpeljejo v krog teoretičnega interesa še »Machtdimension« in se istočasno vprašajo tudi po virih različnih razporeditev moči. S tem se po mnenju avtorja prestopi na breg materialistične teorije in demistificira idealistične zastavke t. i. »labelling approach«.

Temeljno izhodišče KK je torej v tem, da se odklonskost in dinamični procesi njene produkcije zvedejo na vprašanje produkcijskih razmerij in strukturnih učinkov logike kapitala. Sedaj lahko pokažemo tudi praktične nasledke KK in njenega odnosa do kazenskega prava in kriminalne politike. Bistveno pri tem je, da KK ne pristaja več na vlogo t. i. »Hilfswissenschaft«, tj. na vlogo državnotvornega dejavnika, ki bi zaviral prizadevanje za revolucionarno preobrazbo danega sistema izkoriščanja. Argumentacija je preprosta: pravo in kriminalna politika po naravi stvari težita k ohranjanju obstoječih razmerij, ki povzročajo neenakost družbenih subjektov. Tradicionalna kriminologija se je zanimala zlasti za reševanje problemov, ki objektivno rušijo mir obstoječega stanja. S tem pa je hote ali nehote ohranjala iluzijo, da je temeljne probleme mogoče rešiti znotraj (simbolnega okvira) dane družbe. Osnovni praktično-politični cilj KK pa je ravno revolucioniranje zatiralskih

<sup>22</sup> Janković, s. 35—38.

<sup>23</sup> Opiramo se na tekst: Baratta.

razmerij. KK torej predlaga, da **alternativna kriminalna politika** ne bi smela biti alternativna **kriminalizacija**, ampak radikalna **dekriminalizacija**. V tej smeri bi bilo zato treba omejiti vlogo kazenskega prava na minimum (oziroma optimum).

Toda če Baratta očita tradicionalni kriminologiji, da se ukvarja s postarelimi strdki (in sprejeda bogastvo mehanizmov, ki so jih proizvedli), naredi tudi sam podobno napako, **ko** predpostavi simbolno mrežo (v razmerju do katere se določa negativna narava ravnanja družbenih subjektov), kot bistveno celo, polno in tako temeljni problem vidi zgolj v družbenih okoliščinah izjavljanja (katerih struktura je nepravilna). Problematizirana je torej nelingvistična praksa, asimetrična razdelitev družbenih vlog, neenak dostop posameznikov do produkcijskih tvorcev ipd. Iz takega pristopa pa izpade to, kar imenuje Foucault diskurzivna formacija, zato si tudi ne zastavi ključnega vprašanja njene (ne)celosti.

#### OD UTILITARIZMA ...

Temeljni očitek, ki ga D. H. Clarke<sup>24</sup> naslovi na sodobne poskuse utemeljitve kaznovanja ter razprave o temelju, namenu kazni, je v tem, da gre pri njih za svojevrstne brkljarije filozofskih, empiričnih in moralnih argumentov. Polemiko med retributivizmom in utilitarizmom označi kot vulgarizacijo »klasičnega« spora, ki so mu temeljne poteze zarisali Beccaria in Bentham na eni ter Kant in Hegel na drugi strani. S teoretske pozicije, ki zase predpostavlja **pravi** uvid v bistvo polemike med slavnimi filozofi (in s pomočjo katerega se mu množica ostalih interpretacij pokaže kot zmotna in nezadostna), opredeli Clarke spor obeh omenjenih teorij kot znamenje napačno razumljenega jedra problema. Zato tudi vsi poskusi preseganja te dihotomije nujno spodletijo, saj rešujejo napačno postavljen problem. Od teh poskusov je pomembnejši Quintonov,<sup>25</sup> ki opredeli nasprotje med obema rivalnima teorijama kot terminološki nesporazum. Retributivna teorija naj bi tako odgovarjala na vprašanje logičnega temelja kaznovanja (When can we punish?), utilitaristična pa na vprašanje moralnega temelja (When ought we punish?). Tako naj bi retributivizem oblikoval logično utemeljitev kaznovanja, ki ustreza na individualni

ravni, medtem ko naj bi utilitarizmu uspelo utemeljiti samo **institucijo** kaznovanja.

Clarke ponuja kot rešitev pojmovno razlikovanje, ki jo grafično ponazori s pomočjo naslednje tabele:

	kaznovanje kot institucija (punishment in general)	kaznovanje kot posamezen akt (punishment in particular)
cilj		
temelj		

Clarkovo branje klasikov vodi v sklep, da je identifikacija razlike med utilitarizmom in retributivizmom kot razlike med »deterrence justifications« in »desert justifications« zavajajoča, hkrati pa predstavlja grobo poenostavitev sicer kompleksnih teorij o človeku, pravu, državi in morali. Dejanski problem torej ni v tem ali naj kazen deluje zastraševalno ali pa naj bo zaslužena, razlike se namreč pojavijo spričo različnosti pomenov, ki jih v posameznih teorijah zastopajo ključni termini: »zasluga«, »dobro«, »moralno«, »svoboda«, »pravo« itd. Po Clarku se odpre prava zev šele med Kantovim in Heglovim religioznim moralizmom in Beccariinim in Benthamovim sekularnim humanizmom in pragmatizmom, oziroma med zagovorniki teorije družbene pogodbe (Beccaria, Kant) in njenimi kritiki (Bentham, Hegel).

Kot dve možni nadomestni načeli, ki bi lahko stopili na prazno mesto prej popolnjeno z idejo rehabilitacije, se pogosto navajata inkapacitacija (onemogočanje) in generalno zastraševanje. Kot je pravilno ugotovil že Bottomly<sup>26</sup> je inkapacitacija termin, ki opiše normalno posledico sleherne zaporne kazni. Njegova bistvena vsebina je kratko v tem, da se obsojeni zapre za (ne)določeno obdobje, v katerem je družba varna pred njegovimi kriminalnimi podvigi, **ne glede** na njegovo ravnanje po vrnitvi na prostost. Bottoms<sup>27</sup> pa je opozoril na tesno zvezo med konceptom inkapacitacije in teorijo nevarnih posameznikov. Temeljni postavki, ki jamčita moralno veljavnost in učinkovitost tako zasnovane doktrine sta:

<sup>24</sup> Clarke, s. 28—29.

<sup>25</sup> Prim. Quinton

<sup>26</sup> Bottomly, s. 130.

<sup>27</sup> Bottoms, s. 75.

1. možnost zadovoljive definicije pojma »nevarnost« in

2. sposobnost napovedovanja prihodnjega vedenja »nevarnih« (v smislu definicije ad 1) storilcev.

Ker pa z vidika sedanje stopnje razvoja vednosti zgornji točki ostajata neudejanljivi, posledično odpade tudi inkapacitacija kot možna alternativa ideji resocializacije.

Če razvoj ideje onemogočanja nevarnih storilcev sega v čas italijanskega pozitivizma (npr. Garfalov koncept periculosita), pa teorija zastraševanja napotuje v obdobje klasične šole 18. stoletja. Slednja je bila zasnovana na subjektivni veri v moč vplivanja prava na človeško vedenje ob hkratni implikaciji retributivne primernosti pri določanju strogosti (zastraševalne) sankcije. Najbolj razširjena kritika teorije zastraševanja pa izhaja iz hipoteze, da se precejšnje število zločinov pripeti v okoliščinah, kjer ni prostora za pragmatično tehtanje dobičkov in izgub.

V tem kontekstu lahko razberemo dve splošni usmeritvi:

1. »pesimistično-konservativna« (npr. von Hirsch,<sup>28</sup> ki vpelje pojem sorazmerne zaslugecommensurate desert — kot radikalizacijo Morrisovega<sup>29</sup> pojma zasluge. Morris namreč na osnovi zasluge določi samo zgornjo mejo represivega posega, znotraj katere pa pušča proste roke raznim posegom v skladu z utilitaristično zastavljenimi cilji. Nasprotno pa von Hirsch postavi zahtevo, da naj bo kazen strogo sorazmerna ugotovljeni škodi in obsegu krivde).

2. »optimistično radikalna« (npr. Schurova<sup>30</sup> koncepcija »neinterveniranja«).

Kakšne zaključke lahko potegnemo iz sicer skrajno posplošenega pregleda poskusov utemeljevanja (opravičevanja kaznovanja)? Predvsem bi lahko ugotovili, da se za pestrostjo in raznorodnostjo pristopov prej skriva teoretska zmedenost kot pa nekakšna ustvarjalnost. Zato tudi precej lahko prepoznamo v novem obrise »tradicionalne« dileme o vprašanju moralne pravice države do represivnega poseganja v svobodo posameznika in o smotrih, ki naj jo vodijo pri udejanjanju te svoje upravičenosti. Tako vidimo, da je za umestitev posamezne teorije še vedno najprimernejša štiridelna kategorialna shema<sup>31</sup>

(metafizično-idealistična teorija, teorija družbene pogodbe, pravno-normativna teorija, sociološka teorija), pri obravnavi smotra kazni pa ostajamo ujeti v dvojnost absolutne in relativne teorije (in njunih kompromisnih »sprav«). Gotovo so danes najbolj razširjene teorije, ki iščejo ideološko opravičilo kazni v redu njenega raznovrstnega družbenega učinkovanja. Znotraj te usmeritve lahko prepoznamo tri odločilne poudarke:

1. kazen je opredeljena kot eden izmed »obrambnih mehanizmov« v rokah družbe, tj. kot represivno-zaščitni odgovor na izgred posameznika;

2. kazen je sredstvo za zagotavljanje in podpiranje minimuma družbene morale (ob bok taki opredelitvi gre H. Hartova<sup>32</sup> opredelitev kazenskega prava kot določitve najmanjšega družbeno neizogibnega skupka obveznosti, potrebnih za normalni tek skupnega življenja med seboj odvisnih posameznikov.);

3. kazen je sredstvo za zagotavljanje družbene odgovornosti posameznikov.

Prav tako ne moremo mimo zahteve o t. i. večji racionalnosti kazenskega prava, ki se dozdevno udejanja z njegovim »služenjem« politiki preprečevanja kriminalitete. V tem kontekstu tudi vztraja izjemno razširjena zahteva, da mora v prvi vrsti delovati preventivno, tj. njen prvi cilj je **odsotnost** (nekega) prihodnjega kaznivega dejanja. Ta odsotnost je lahko **časovno** postavljena v dobo prestajanja kazni ali pa v čas po njenem prestajanju. Doseže se lahko **pozitivno** (s spremembo moralnih stališč, prepričanij in vrednot delikventa ali drugih dejavnikov) ali **negativno** (s strahom pred ponovnim kaznovanjem) in je lahko omejena bodisi na **posameznika** bodisi na **mnoštvo** dejavnikov.

#### ... DO RETRIBUTIVIZMA

Vendar pa v omenjenem družbenem učinkovanju ne moremo utemeljiti moralne pravice kaznovanja, saj bi sicer smeli represijo uporabiti že tedaj, če bi njen nosilec veroval v koristnost svojega posega. Tako nam pravzaprav preostane samo še retributivna<sup>33</sup> teza, po kateri mora biti edina osnova kazni storjeno kaznivo dejanje. Nadaljnja izpeljava te izhodiščne postavke pa omogoči bistveno zamenjavo problemskega po-

<sup>28</sup> Prim.: von Hirsch, s. 74—75.

<sup>29</sup> Prim.: Morisson, s. 73—75.

<sup>30</sup> Glej: Schur.

<sup>31</sup> Prim.: Bavcon, s. 259—265.

<sup>32</sup> Hart, s. 413.

<sup>33</sup> Za splošno informacijo o retributivizmu: Ten, s. 38—65.



lja. Odločilen postane koncept kaznivega dejanja. Slednje je po svoji objektivni sestavini vedno negacija prava nasploh. Zato je npr. viktimološki zastavek, kolikor je pač omejen na odnos storilcev-žrtev povsem izven področja kazenskega prava. S pravnega vidika je polju viktimološke problematike vzporedno civilno pravo, saj je ena izmed njegovih nalog ponovna pravična vzpostavitev porušenega ravnotežja na empirični ravni. Odveč je pripomniti, da je uresničitev takega projekta po definiciji nemožna in se zatorej lahko civilno pravo, gledano pod tem zornim kotom, svojemu idealu samo približuje skladno z zahtevami pravičnosti. Bistvena raven delovanja kazenskega prava pa je polje simbolnega. Kazen retroaktivno (za nazaj) negira zločin, toda ne kot empirično dejstvo (sodnik seveda ne oživi mrtveca s tem, ko podpiše smrtno obsodbo morilca), ampak kot to, kar po svojem bistvu je: negacija prava.

Ravno v tem smislu je tudi temeljni cilj retributivističnega stališča odsotnost zločina, le da tu ne gre za prihodnje dejstveno ravnanje posameznika, ampak za nekaj, kar se je že zgodilo. Če se šele s kaznovanjem pravo potrdi kot entiteta, ki ima učinek in ki ni zgolj razglašanje pravic in njim usreznih obveznosti, potem to še toliko bolj velja za pravice posameznikov, ki so kot pravice pravnih subjektov možne samo, če se nanašajo na pravi red kot tak. Kazen na ravni nesporne razvidnosti demonstrira dejanskost pravice pravnih dejavnikov, ali z drugimi besedami, dejanskost obveznosti slehernega, da ravna tako, da ne prestopi mejo dovoljenega (tj. da ne poseže v pravno varovano sfero pravic drugih).

Nekako v krogu takega razmišljanja se giblje tudi Cooperjeva<sup>34</sup> sodobna rekonstrukcija Heglove teorije kazni kot izničenja (negacije negacije) zločina. Cooperjev poskus je toliko bolj zanimiv, ker na terenu sicer »tradicionalno«<sup>35</sup> okostenele pravniške terminologije razvije svojo teorijo na podlagi lingvističnega pojma performativnega govornega dejanja. Cooper tako predlaga identifikacijo zakonske (legalne) pravice s performativom. Nujni pogoj obstoja pravne pravice je ustrezna norma (zapisana v pravnem aktu: zakonskem, sodnem ipd.), ki pa ni tudi zadostni pogoj, saj norma ni nujno izvršena. Prav zato pa opredeli akt kaznovanja kot proceduralno obliko vzpostavljanja pravice kot pravne. Brez kaznovanja logično vzeto ni prav-

nih pravic, tako kot ni poroke brez ustrezne ceremonije, menjave prstanov itd.

Kaznovanje ni tako zgolj koristno sredstvo za zaščito pravic, kajti to predpostavlja pojmovno razlikovanje med kaznijo in pravico. Tako kot je natikanje prstanov del tega, kar imenujemo dejanje sklenitve zakona, tako je po drugi strani kaznovanje kršilca pravic drugih del tega, kar pravnim subjektom pomeni, da so nosilci določenih pravnih pravic (in kajpak obveznosti). S tem pa se problem justifikacije kaznovanja pokaže v povsem drugi perspektivi. Bistvena poteza te premene je v postavki, da opravičilo (utemeljitev) kazni ne more biti drugačno od opravičila (utemeljitve) pravic, ki so v določenem zgodovinskem trenutku pravno možne. Če je določena pravica racionalno upravičena, potem isto utemeljitev lahko uporabimo za dejanje kaznovanja njene kršitve. To je eden izmed pomenov trditve, da je kazen nujna implikacija kaznivega dejanja.

Problematika preventivnega učinkovanja kazni dobi v takšni zastavitvi povsem drug pomen. Preventivni učinki kazni ne morejo biti postavljeni kot neposredni cilj, lahko pa se pojavijo (in se seveda tudi pojavijo, saj kaznovalne prakse ne potekajo v logičnem, ampak v družbenem prostoru in tako sprožajo najrazličnejše družbene učinke) kot njeni stranski produkti.

Problem kaznovanja je drugotnega pomena. Temeljno je vprašanje družbeno-zgodovinsko pogojene pravne ločnice med prepovedanim in dovoljenim. Kako krhka je ta meja, je vedel že Cicero, saj jo je primerjal z ločnico med morjem in kopnim: meja, ki je na zemljevidu povsem jasna, se že ob sprehodu ob obali pokaže v povsem drugi luči.

Kritiki očitajo Cooperju zlasti domnevno nepojasnitev dejstva, zakaj je ravno kazen tisto, kar mora vzpostaviti obstoj pravne pravice. Zakaj ne bi, denimo, reagirali na ugotovitev, da je nekdo storil kaznivo dejanje, s preprosto verbalno obsodbo, tj. z »etiketiranjem«<sup>36</sup> dejanja in dejavnika kot zločina in zločinca. Zakaj se ne more odgovor na kršitev prava povnanjiti v besednem aktu, zakaj še zapor, streljanje ipd.? Pri iskanju primerne rešitve pa najdemo mnogo bolj zanimive nastavke v Primorčevi<sup>35</sup> interpretaciji Heglove teorije kazni kot pa pri Cooperju, ki mu Ten<sup>36</sup> do neke mere upravičeno očita nekonsistentnost. Po Cooperju namreč zgolj verbalna

<sup>34</sup> Cooper, s. 162.

<sup>35</sup> Primorac, s. 86.

<sup>36</sup> Ten, s. 40.

obsodba ne bi bila sposobna prestrašiti kriminalcev. Ten pa meni, da je v tej točki Cooperju spodletelo, da bi teorijo kazni razvil samo na povezavi med pojmom kršitve prava in sankcije. Ten postavi kot možno obliko reakcije na kazni-vo dejanje simbolni akt obsojanja, pri čemer bi lestvici prestopkov (glede na njihovo težo) ustrezala lestvica subjektov izjavljanja (glede na stopnjo njihove družbene avtoritete) od lokalnega uradnika do sodnika vrhovnega sodišča.

Seveda pri določitvi kazni ne moremo izhajati iz stališča, da mora ta delovati zastraševalno, pač pa mora biti v skladu s **talionskim načelom** sorazmerna storjenemu kaznivemu dejanju. Zgolj simbolna, verbalna obsodba po svoji vrednosti ne ustreza kaznivemu dejanju (vsaj v pravilu), zato v tem primeru strogo vzeto sploh ne gre za kazen kot tako. Slednja že po definiciji predstavlja represiven poseg v svobodo prestopnika, čeprav je seveda jasno, da je oblika tega posega zgodovinsko določena. Prav v tej točki omejevanja določenih pravic delinkventa, ki se samim obsojenim na subjektivni ravni pač nujno kaže kot nekaj neugodnega (če se ne spuščamo v natančnejše fenomenološke opise), v tej točki — emfatično rečeno — trpljenja obsojencev se razodene resnični, travmatični, bebavi presežek pojma pravne pravice kot performativa in nakazuje njegovo trdno jedro, ki ostaja nesimbolizabilno.

### III.

Za konec bomo poskusili naše stališče podati na nekoliko bolj pregleden in zgoščen način, pri čemer bomo pač sledili bistvenim potezam Heglove<sup>37</sup> retributivistične teorije kazni, ki nedvomno predstavlja nedosegljiv vrh v okviru obstoječih pravnih filozofskih teorij.

Temeljno vprašanje, ki se zastavlja sleherni teoriji kazni, lahko zvedemo na problem temelja kaznovanja (tj. pravice in dolžnosti kaznovanja) in mere kazni. Zahteva po opravičevanju kazni je dedič racionalističnega načela, ki izvira še iz časa razsvetljenstva, po katerem mora biti to, kar zavest prizna, opravičeno (s čimer zavest privzame kot kriterij njene resničnosti sodbo, postavljeno s stališča občosti).

Po Heglu mora biti kazen pravična in upravičena v objektivnem in subjektivnem oziru. V objektivnem smislu se kazen opredeli kot povra-

čilo, ukinitev prestopka in ponovno vzpostavljanje prava kot občeveljavnega in superiornega. V subjektivnem smislu pa je treba izpostaviti dva vidika. Na eni strani Heglova teorija uveljavlja tezo o pravu kot izrazu obče volje, ki je obenem tudi resnična volja samega pravnega dejavnika (s čimer se ločnica obča volja/posebna volja postavi v notranjost subjekta samega). Po drugi strani pa se izhaja iz trditve, da je v samem dejanju prestopnika vsebovano soglasje empirične volje posameznika, da bo kaznovan. Jedro tako zamišljene teorije kazni je pojem prestopka (kot negacije prava). Kazen pa nastopi kot njegova *Aufhebung*. Pri tem pa (kot sicer izhaja že iz večpomenskosti nemškega termina) kazen ni opredeljena **samo** kot ukinitev prestopka (torej kot negacija negacije), ampak **tudi** kot ohranitev prestopka. Ta druga sestavina je nemara celo pomembnejša (čeprav žal v komentarjih premalo poudarjena), saj predstavlja močno »orožje«<sup>38</sup> pri kritičnem soočanju s pozitivnostjo vsakokratnih pravnih sistemov. Ohranitev prestopka ob njegovi ukinitvi v kazni se odraža v zahtevi, da je le-ta edini temelj, iz katerega izvira pravica in dolžnost kaznovanja in tudi tisti kriterij, glede na katerega se skladno s talionskim načelom določi višina kazni.

Pomembno je, da za Hegla pojem zla ni bistven za definicijo prestopka in kazni. S pravnega vidka je zlo nekaj nevtralnega. Določen pravni dejavnik lahko stori drugim mnogo zlega ob hkratnem spoštovanju pravnih prepovedi.

V skladu z retributivistično tezo moramo prestopek vedno obravnavati kot očitovanje občosti, ki je ni v vsebini, ampak v obliki. Zahteva po upoštevanju te občosti je utemeljena s tem, da se na ta način prestopnika obravnava kot osebnost, tj. da je spoštovana njegova specifična razlika v odnosu do drugih živih bitij. Temeljno je torej, da v posameznem dejanju prepoznamo in spoštujemo normo, načelo, ki jo je empirična volja dejavnika v delovanju izrazila in potrdila. Prav ta, s strani posameznika (kot nekakšnega mini zakonodajalca) vzpostavljena norma je tisto, kar po mnenju presojojnoče instance (sodnika) ne more biti prepuščeno v red občeveljavnega. Sodnik v tem kontekstu pač samo primerja načelo, ki ga je vzpostavil prestopnik, z načeli veljavnega prava. Kazen pa je uporaba načela, ki ga je sprejela empirična volja s tem, da se je povnanjila v ustreznem ravnanju.

Shematično je Heglova dedukcija videti takole:

<sup>37</sup> Opiramo se na: Primorac, s. 37—96.

um → svoboda → odgovornost → zasluga → prestopok, kot edini kriterij za ravnanje drugih proti storilcu (mesto drugega tu seveda pripada edino državnim institucijam v njihovem pravnem postopanju) → kazen.

Zaključili bomo s pojasnitvijo bistene razlike med kaznijo in kompenzacijo. Namreč: kolikor na prestopok odgovorimo izključno civilno-pravno (tj. na ravni kompenzacije) še vedno do-

puščamo in ohranjamo zločin v svojem pozitivnem obstoju kot očitovanju ničnosti. Zločin navkljub dejstvu, da je **po sebi** nekaj negativnega (negacija prava), vendar tudi pozitivno obstaja. Zato pa mora tudi kazen kot izničenje te ničnosti preiti v modus pozitivnega obstajanja. Raven njenega učinkovanja (tisto, na kar je usmerjena) pa je empirična volja prestopnika. Shematično to lahko pokažemo tako:

nepravo	(	ravnanje → posledice	←	kompenzacija
	(	_____		
obstaja kot	(	empirična volja	←	kazen

#### LITERATURA:

1. Allen, F. A.: Criminal justice, legal values and the rehabilitative ideal. *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Chicago 50 (1959), s. 226—232.
2. Bačić, F.: *Krivično pravo*, Zagreb, Informator, 1978.
3. Baratta, A.: Die kritische Kriminologie und ihre Funktion in der Kriminalpolitik. *Kriminalsoziologische Bibliografie*, Wien, 49 (1985), s. 38—51.
4. Bavcon-Šelih: *Kazensko pravo: Splošni del*. Ljubljana, Uradni list, 1978.
5. Bottomley, K. A.: *Criminology in Focus: Post Trends and Future Prospects*. Oxford, Martin Robertson, 1979.
6. Bottoms, A. E.: Reflections on the renaissance of dangerousness. *Howard Journal of Penology and Crime Prevention*, Edinburgh, 16 (1977), s. 70 do 96.
7. Church, R. M.: The Varied Effects of Punishment on Behaviour: Definition of a Punishment. V *Punishment* (ed. Walters, R. H., Cheyne, A., Banks R. K.), London, Penguin Books, 1972.
8. Clarke, D. H.: Justifications for Punishment. *Contemporary crises*, Amsterdam, 6 (1982), s. 7 do 24.
9. Cornel, H.: Kriminalpolitik und (neo)klassische Strafligitimation. *Kriminalsoziologische Bibliografie*, Wien, 49 (1985), s. 10—37.
10. Cusson, M.: *Le contrôle social du crime*. Paris, Presses Universitaires de France, 1983.
11. Damaška, M.: O problemu »racionalizacije« kaznovanja v ZDA. *Naša zakonitost*, Zagreb, 34, (1980), 3, s. 54—66.
12. *Criminal Law in Action*. Arnhem, 1986, Gouda Quint BV.
13. Foucault, M.: *Nadzorovanje in kaznovanje*. Ljubljana, Delavska enotnost, 1984.
14. Hart, H. M.: The aims of the criminal law. *Law and Contemporary Problems*, 23 (1958), s. 401 do 441.
15. Hegel, G. V. F.: *Osnovne črte filozofije prava*. Zagreb, V. Masleša, 1964.
16. Hart, H. L. A.: Prolegomenon to the principles of punishment. V: *Punishment and Responsibility*. Oxford, Clarendon, 1968.
17. Janković, I.: O radikalnoj kriminologiji. *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd 16 (1978) 1, s. 28—48.
18. Kant, I.: *Zasnivanje metafizike morala*. Beograd, BIGZ, 1981.
19. Kelsen, H.: *Opšta teorija prava i države*. Beograd, 1951.
20. King, R. D., Morgan, R.: *The Future of Prison System*. Westmead, Gower, 1980.
21. Korač, V.: Kantova metafizika morala. V: *Zasnivanje metafizike morala*. Beograd, BIGZ, 1981.
22. Morris, N.: *The Future of Imprisonment*. Chicago, University of Chicago Press, 1974.
23. Miller, J. A.: Pot skozi Lacana. V: *Gospodstvo, vzgoja, analiza*. Ljubljana, DDU Univerzum, s. 7 do 29, 1983.
24. Martinson, R.: What works? — question and answers about prison reform. *The Public Interest*, Spring, s. 22—54, 1974.
25. Paternoster, R., Bynum, T.: The Justice Model as Ideology: A Critical Look at the Impetus for Sentencing Reform. *Contemporary crises*, Amsterdam, 6 (1982), s. 7—24.
26. Primorac, I.: *Prestup i kazna*. Beograd, Mladost, 1978.
27. Quinton, A.: On punishment. *Analysis* 14 (1954) 6, s. 133—142.
28. Rawls, J.: Two concepts of rules. *Philosophical Review*, 64 (1955), 1, s. 3—32.
29. Rich, R. M.: *The Sociology of Criminal Law: Evolution of Deviance in Anglo-American Society*. Toronto, Butterworths, 1979.
30. Schur, E. M.: *Radical Non-intervention: Rethinking the Delinquency Problem*. Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1974.
31. Šelih, A.: Sodobne oblike nadomestil kazni zapora. *Zbornik znanstvenih razprav*, Ljubljana (1987) 47, s. 151—166.
32. Ten, C. L.: *Crime, guilt and punishment*. Oxford, Clarendon Press 1987.
33. Murphy, J. G.: *Retribution, Justice and Therapy*. Dordrecht, Reidel 1979.
34. Taylor, I., Walton, P., Young, J.: *The new criminology: for a social theory of deviance*. London, Routledge and Kegan 1973.
35. Von Hirsch, A.: Doing Justice: The Choice of Punishment, Report of the Committee for the Study of Incarceration. New York, Hill and Wang 1976.
36. Žižek, S.: *Filozofija skozi psihoanalizo*. Ljubljana, DDU Univerzum 1984.

UDC 343.24/.29

## **Punishment after the Collapse of the Rehabilitative model**

Kanduč Zoran, Graduated Lawyer, Research Assistant, Institute of Criminology, Ljubljana, Yugoslavia

The author deals with contemporary trends in criminal policy as far as they concern the ideology of punishment. A crisis concerning the idea of rehabilitation has raised again the very question of how to justify the existing punishment practices. The author describes the theoretical presumptions of the rehabilitative ideal and its effect upon society. The point of view of Marxist theory towards

the so-called justice model as a possible alternative of the old rehabilitative model is presented. And finally, the question concerning the ground and aim of punishment is revisited in the light of the traditional »conflict« between retributivism and utilitarianism, in which the author opts for a theory of punishment conceived on the retributive model.