

Nekateri vidiki krize kaznovalnega sistema

Zoran Kanduč*

V članku je nakazana paradoksna narava sedanje »krize« kaznovanja (in kaznovalnega aparata). Problematizirana je pogosto navajana domneva o neuspešnosti kaznovanja. V tej zvezi so kritično osvetljene najbolj značilne razlage vztrajanja kaznovanja v sodobni družbi navzlic njegovi dozdevni pragmatični neučinkovitosti. Glede na to, da se kaznovalni aparat ne uspeva več reprezentirati kot naravna, samo-umevna, normalna, ahistorična, nerazredna in obče-družbena institucija, se vsiljuje vprašanje, kako sploh razmišljati o kaznovalni praksi. Eno izmed možnih filozofskih izhodišč za kritično in celovito presojo kaznovalne prakse je Nietzschejeva refleksija kazni, saj upošteva, da lahko posamezna družbena institucija, npr. kazen, opravlja vrsto različnih funkcij. Na ta način se je mogoče izogniti pastem redukcionističnega oz. esencialističnega razmišljanja o kaznovanju in si ustvariti bolj celovito in mnogostransko podobo družbene vloge kazenskega prava (v smislu *criminal law in action*).

Ključne besede: kazensko pravo, kaznovanje, kriza kaznovanja, neuspešnost kaznovanja.

UDK 343.241

1.1. Paradoksna »kriza« kaznovanja

Trditev, da je kaznovanje (razumljeno v najširšem pomenu, se pravi kot *criminal law in action*¹) v »krizi«, je že dolgo časa malone obče mesto (*lieu commun*) v kriminološkem diskurzu. Besedo »kriza« smo postavili v narekovaje, ker menimo, da nikar ni jasno — in še manj samoumevno —, v čem je pravzaprav bistvo dozdevne krize kazni (ozioroma kazenskega prava nasploh). Če vzamemo kot izhodišče pomisleke in očitke, ki jih kriminologi naslavljajo na kaznovalni aparat, lahko hitro in brez večjih težav opazimo, da so kritike, znanilec in spodbujevalec »krize«

* Zoran Kanduč, magister prava raziskovalec, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Kongresni trg 12, 61000 Ljubljana.

¹ Prim. W. Chambliss in R. Seidman, *Law Order, and Power*, Addison-Wesley Publishing Company, Massachusetts 1971, str. 9; W. Chambliss (ur.), *Criminal Law in Action*, Hamilton Publishing Company, Santa Barbara 1975, str. 5—6. Izraz *criminal-law-in-action* (»delovanje kazenskega prava«) običajno označuje predmet sociologije kazenskega prava. Takšna oznaka je — glezano iz teoretskega zornega kota — sporna. Če opredelimo kazensko pravo kot sistem dejansko ali virtualno veljavnih kazenskopravnih norm, je bržkone vsakomur jasno, da kazensko pravo ne more »delovati«. Delujejo lahko zgolj ljudje, bodisi kot pravni subjekti bodisi kot državni, družbeno pooblaščeni organi. V sociološki optiki je zlasti zanimivo delovanje tistih, ki v vlogi zakonodajalca ali sodnika artikulirajo splošno-abstraktne in individualno-konkretnne norme, in onih, ki jih vsiljujejo ozioroma izvršujejo (npr. na ta način, da preganjajo in kaznujejo kršilce). Zato bi bilo bolj pravilno reči, da tvorijo predmet zanimanja kazenskopravnih sociologov raznovrstni in večplastni procesi ustvarjanja in udejanjanja kazenskopravnih pravil. »Konstrukcija« (oznaka, ki je v rabi predvsem v anglo-ameriški strokovni literaturi) kazenskega prava pa seveda ni isto kot kazensko pravo kot tako. Ta dva pojava je treba razlikovati (kot npr. razlikujemo med snovanjem umetnika in umetnino ali med mišljenjem in mislijo, ki je smisel mišljenjskega akta). V pričujočem spisu se bomo ukvar-

(kaznovanja), nadvse raznolike, nemalokrat pa se vsebinsko celo izključujejo.

Njihov predmet ni vselej isti. Nekatere so usmerjene na kazensko pravo v celoti njegovih družbenih učinkovanj, druge pa se nanašajo zgolj na katero izmed posameznih razsežnosti kaznovalnega procesa, npr. na dejavnost zakonodajalca, organov pregona, sodnika ali izvrševalca kazni. Še pomembnejše so razlike v teoretskih in vrednostnih (ideoloških in političnih) izhodiščih. V grobem jih lahko razvrstimo v tri skupine, glede na to, ali je njihov temeljni poudarek pri zadevanje za: (1) krepitev kazenskopravne represije;² (2) preusmeritev delovanja kazenskega

jali v prvi vrsti z delovanjem kazenskopravnega sistema, z dinamičnim vidikom kazenskega prava, ki ga bomo označevali z izrazi kaznovanje, kaznovalna praksa ipd. (mestoma pa tudi s sintagmo »kazensko pravo«). Poleg razlike med kazenskim pravom in procesi njegove družbene konstrukcije je treba upoštevati še razloček med kaznovanjem kot takim in kazenskopravno normativno urejeno kaznovalno prakso. Glede opredelitve pojma »kaznovanje« glej R. M. Church, »The Varied Effects of Punishment on Behaviour: Definition of a Punishment«, R. H. Walters (ur.), *Punishment*, Penguin, Harmondsworth 1972, str. 19—21.

² Prim. J. C. Soyer, *Justice en perdition*, Plon, Paris 1982, str. 173—175. Zahteve po zaostrovjanju kaznovalne politike običajno uvrščamo v sklop konservativnih kriminalopolitičnih zamisli, ki so seveda nasledek določenih teoretskih izhodišč, in sicer po eni strani neoklasične teorije, po kateri mora kazen preseči z zločinom ustvarjeni dobiček, po drugi strani pa neopozitivističnih teorij, ki vidijo v kriminalnem vedenju posledico boleznske — telesne ali duševne — »dispozicije«, ki je ni mogoče odpraviti (npr. z rehabilitacijo) niti ustrahovati (npr. s kaznijo), tako da preostane le izločitev iz družbene skupnosti. Glede na to, da je uresničevanje tako zamišljene kriminalne politike povezano s precejšnjimi stroški, konservativni kriminologi priporočajo še vrsto sankcij, ki jih je mogoče izvrševati v skupnosti, npr. hišni zapor, javne kazni (oznake na avtomobilu ali stanovanjski hiši, da je lastnik storilec kaznivega dejanja), elektronsko nadzorovanje ipd.

prava, ki naj ne namenja svoje pozornosti zgolj zločinom članov podrejenih razredov, ampak tudi oziroma celo prvenstveno — domnevno neprimerno »hujšim« — zločinom močnih in bogatih; (3) zmanjševanje vloge kazenskega prava (predlogi so različni: (a) ukinitev³ kazenskega prava kot takega oziroma njegova nadomestitev s primernejšimi — učinkovitejšimi ali humanejšimi — načini reševanja družbenih problemov in sporov; (b) dekriminacija določenih kaznivih dejanj, npr. »zločinov brez žrtve«; (c) odvračanje (*diversion*), tj. obravnavanje storilcev kaznivih dejanj zunaj kazenskopravnega institucionalnega sistema; (d) omejena, minimalna raba zaporne kazni oziroma iskanje alternativnih sankcij,⁴ kakršne so, denimo, restitucija, odškodnina, delo v korist skupnosti itd.).

Nenavadnost aktualne »krize« kaznovanja je med drugim tudi v tem, da ostaja kazen — na-

Konservativna kriminalna politika torej scela prezre družbene določilnice kriminalitete (izredno neugodne družbene razmere, v katerih živi veliko število ljudi), saj se osredotoča zgolj na dve metodi nadzorovanja nevarnih posameznikov: (a) izločitev (in zastraševanje); b) zniževanje stroškov formalnega družbenega nadzorstva.

³ Prim. L. Hulsman, *Peines perdues*, Le Centurion, Paris 1982, str. 154—160; H. E. Pepinsky in R. Quinney (ur.), *Criminology as Peacemaking*, Indiana University Press, Indianapolis 1991, str. 299 do 329; N. Christie, *Limits to Pain*, M. Robertson, Oxford 1991.

⁴ Prim. A. A. Vass, *Alternatives to Prison*, Sage, London 1990, str. 37—54; A. T. Scull, *Decarceration*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs 1977, str. 41—60. V zadnjem času so v središču pozornosti zlasti alternativne sankcije (npr. restitucija in povrnitev škode), ki naj bi izboljšale pravni položaj žrtve kaznivega dejanja. Dasiravno so tovrstne zamisli zanimive tako iz teoretičnega kot iz praktičnega zornega kota, se ob njih vsiljuje vrsta pomislekov. (a) Škoda, ki je posledica kaznivega dejanja (v strogem pomenu), je često, še zlasti pa, ko gre za smrt, hudo telesno ali duševno poškodbo, izgubo časa zaradi zdravljenja ipd., neizmerljiva oziroma neocenljiva v denarni vrednosti (odškodnina je lahko v tem primeru zgolj tolažba, ne pa povračilo škode *stricto sensu*). (b) Škoda je nemalokrat tolikšna, da je storilec ne more plačati. (c) Družbenega odziva na zločin ni mogoče omejiti na zagotavljanja reparativne (civilnopravne) pravičnosti: upoštevati je treba še retributivno razsežnost načela pravičnosti; poleg tega pa cilj družbenega odzivanja na kazniva dejanja ni samo odpravljanje nastale škode, marveč tudi preprečevanje morebitne prihodnje škode (in v tem oziru varovanje interesov potencialnih žrtev). Prim. M. Killias, »Victim-Related Alternatives to the Criminal Justice System: Compensation, Restitution, and Mediation«, G. Kaiser (ur.), *Crime and Criminal Policy in Europe*, Max-Planck-Institut, Freiburg 1990, str. 249 do 261.

vzlic vsem ostrim besedam, izrečenim na njen račun — vendarle presenetljivo trdna in, vsaj na prvi pogled, neomajna družbena institucija. Nič namreč ne kaže, da bi se države kmalu odpovedale svoji »pravici«⁵ (ali bolje: pristojnosti), da kaznujejo storilce kaznivih dejanj. Prav to vztrajanje kazni pa je za marsikaterega kriminologa nerazumljivo ali vsaj težko razumljivo.

1.2. Problematična neuspešnost kaznovanja

Iz večine kritik je vendarle mogoče razbrati skupni poudarek: »kriza« kaznovanja je v prvi vrsti pragmatična. Kazen je, skratka, problematična, ker je neuspešna oziroma neučinkovita. Neuspešnost kazni je videti kot nekaj najbolj očitnega in razvidnega, celo do te mere, da se zdi sleherno teoretsko razmišljanje o njej docela odveč. Po mnenju ne tako majhnega števila kriminologov je to zgolj nepotrebno izgubljanje časa, zakaj problemi so po svoji naravi predvsem praktični. Pokazati želimo, da ni tako: govorjenje o neuspešnosti je v bistvu znamenje nezadostnega, pomanjkljivega razumevanja družbene vloge kaznovanja (oziora kazenskega prava).

Trditev, da je neka institucija neuspešna, predpostavlja, da ne opravlja zadovoljivo svoje funkcije ali ne dosega svojega cilja. Kritiki izhajajo iz praviloma neproblematizirane podmetne, da je (oziora mora biti) kaznovalni aparat predvsem sredstvo za doseganje določenih kriminalnopolitičnih ciljev, se pravi sredstvo za nadzorovanje kriminalitete (*crime control*). Če je kriminaliteta problem — in kriminaliteta danes marsikje dejansko je problem —, potem je to nekaj, kar sodi v domeno kaznovalnega aparata. Če slednji problema ne rešuje, potem je z njim očitno nekaj narobe: neogibno ga je prenoviti, predrugačiti ali izboljšati. Ob tem se vsiljujeta dva pomisleka.

(a) Ali je kriminaliteta zares problem, ki ga je mogoče rešiti zgolj z ustreznim delovanjem kaznovalnega aparata? Mar niso takšna pričakovana — glede na naravo problema — neutemeljena? Sociološke razlage⁶ kriminalitete so pokazale (in v tem je bržkone njihova poglavitna teoretska vrednost), da imamo opraviti s poja-

⁵ Prim. M. Cusson, *Pourquoi punir?*, Dalloz, Pariz 1987, str. 2.

⁶ Prim. A. Reyes, *Criminología*, Universidad externado de Colombia, Bogotá 1981, str. 161—170; A. O. P. Pinzon, *Curso de criminología*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1983, str. 130—142.

vom, katerega temeljne določevalnice so družbeno pogojene. Če je potemtakem treba iskati »korenine« oziroma »žarišča« kriminalitete (in drugih podobnih pojavov) v družbenih — ekonomskih, političnih in kulturnih — procesih in strukturah, je jasno, da nanjo ni mogoče vplivati z delovanjem represivnih aparatov države: problem kriminalitete torej ni in niti ne more biti izključno problem kazenskega prava.

(b) Po drugi strani pa iz statističnih podatkov o stanju in gibanju kriminalitete ne moremo sklepati, da je kaznovalni aparat popolnoma neucinkovit mehanizem preprečevanja tovrstnih pojavov. V obdobju 1976—1978 je bilo, denimo, v ZDA na 100 000 prebivalcev 1400 vlomov, v Kanadi pa 1200.⁷ V istem obdobju je bilo v ZDA na 100 000 prebivalcev 190 težjih tatvin, v Kanadi pa 1200. Na 100 000 prebivalcev je bilo v ZDA 9,33 umorov, v Kanadi 2,6, v Franciji pa 1,0. Dasiravno utegnejo biti navedeni podatki za marsikoga zaskrbljujoči, pa je vendarle treba priznati, da gre za redke dogodke v življenju večine državljanov. Na to kaže že dejstvo, da merimo število kaznivih dejanj na 100 000 prebivalcev: kaznivo dejanje je očitno prej izjema kot pravilo v družbenem življenju. Cusson⁸ v tej zvezi opozarja, da je v Franciji verjetnost, da nekdo umre v prometni nesreči, dvajsetkrat večja od verjetnosti, da izgubi življenje zaradi umora. Redkost kaznivih dejanj postane še toliko bolj razvidna, če pomislimo na pogostost zares »hudih« — okrutnih, nasilnih in nadvse škodljivih — zločinov, tistih, skratka, ki navadno najbolj vznemirjajo ljudi.

Ob tem ne smemo pozabiti, da je kaznivo dejanje često — težko ubranljiva — skušnjava. Pomislimo le, koliko je stvari, ki bi jih radi imeli, pa si jih — zaradi nezadostnih denarnih sredstev — ne moremo privoščiti. Zakaj jih ne poskusimo dobiti po nezakoniti poti? Pomislimo tudi, koliko je ljudi, ki nam, tako ali drugače, škodujejo in grenijo življenje. Ali ne bi bilo nadvse preprosto znebiti se jih s pritiskom na sprožilec? Zdi se torej, da bi le težko zanikali dejstvo, da je lahko kaznivo dejanje nemalokrat nadvse »racionalno« (prikladno) sredstvo, za zadovoljitev določenega interesa oziroma za potешitev človekovih »nenasitnih« želja. Če so nazljud temu kazniva dejanja vendarle redka, bi lahko iz tega sklepali, da mehanizmi družbenega

nadzora — med katerimi je nedvomno tudi kaznovalni aparat — le niso docela neuspešni. To velja še toliko bolj, če sprejmemo tezo (ki jo je razvil že Malinowski), po kateri ljudje nimajo notranje (prirojene) »zavore«, ki bi jim preprečevala ravnati v škodo drugih, oziroma, da se ljudje ne podrejajo »samoniklo« in samodejno zahtevam, ki jih pred njih postavljajo zakoni in običaji: »Mar ni nasprotne človeški naravi, da bi omejitve, ki ji jih nalaga družba, sprejemala kot nekaj samoumevnega? Je že kdo videl človeka, primitivnega ali civiliziranega, ki bi se podrejal pravilom in tabujem, ne da bi bil k temu primoren s silo, ki presega njegove zmožnosti upiranja.«⁹

Kakorkoli že, stališče (vrednostna ocena), da je kazensko pravo dočela neuspešno, nikar ni neproblematično ali samoumevno. Po eni strani je nedvomno upravičeno domnevati, da kaznovalni aparat ne more rešiti problema kriminalitete (saj ostajajo njeni družbeni vzroki zunaj dosega njegovih specifičnih »orožij«), po drugi strani pa je zelo vprašljivo zatrjevati, da kazen ne igra nobene vloge pri preprečevanju kriminalnega vedenja (četudi utegne biti res, da je le-ta zgolj neznačna). Preden ocenimo neko družbeno institucijo kot neuspešno, se moramo najprej vprašati, ali so cilji, ki jih zastavljamo, realni, skladni z naravo problema, ki naj bi ga reševala.

Vzemimo aktualen zgled. Danes je bolj ali manj nesporno, da je (zaporna) kazen zelo neprimerno sredstvo za spreminjanje (poboljševa-

⁷ B. Malinowski, *Trois essais sur la vie sociale des primitifs*, Payot, Paris 1962, str. 12. Na takšne zamisli o človeški naravi naletimo tudi v Durkheimovih delih. V njih je človek predstavljen kot *homo duplex*, se pravi kot »zmes« družbenega (podružbljenega ali udružbljenega) jaza in sebičnega (prvinskega, neciviliziranega) jaza, napolnjenega z nagonskimi silnicami brez sleherne naravne omejitve. Tovrstna gledišča je sprejela tudi teorija nadzorovanja, ki izhaja iz podmene, da je odklonsko ali kriminalno vedenje normalen in pričakovani pojav v stanju, ko oslabijo — zunanje ali ponotranjene — sile nadzorovanja človekovih nenasitnih želja: »Do prestopniškega vedenja pride v naslednjih možnih stanjih: (a) ko posameznik ne ponotranji pravil, ki bi usmerjala njegovo vedenje v skladu z družbenimi normami, ki jih sankcionira pravni sistem, ali ko ponotranjena pravila oslabijo; (b) ko razpadajo stari mehanizmi družbenega nadzorstva, novi pa se še ne izoblikujejo v meri, ki bi jim zagotavljala učinkovitost; (c) v primeru odsotnosti ali konfliktnosti družbenih pravil ali tehnik za njihovo vsiljevanje v okviru družbene skupine ali ustanove, katere član je določena oseba.« A. Reiss, »Delinquency as the Failure of Personal and Social Controls«, *American Sociological Review*, 1951, št. 16, str. 196.

⁸ Povzemamo po M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, PUF, Paris 1983, str. 18—19.

⁹ Prim. Cusson, *ibid.*

nje) vedenja in vrednot storilcev kaznivih dejanj. Vendar pa to ne pomeni, da je zato kaznovanje kot tako problematično: problematična je domneva, da je mogoče na ta način — »pozitivno« — vplivati na posameznika, česar se je sicer dobro zavedal že Nietzsche: »Vrednost kazni naj bi bila v tem, da vzbudi v krivcu občutek krvide, v njej se išče pravi instrumentum tiste duševne reakcije, ki jo imenujemo ‚slaba vest‘, ‚grizenje vesti‘. Toda na ta način se spozabimo celo nad današnjo dejanskostjo in psihologijo: in koliko bolj šele nad najdaljšo zgodovino človeštva, nad njegovo predzgodovino! Pristno grizenje vesti je prav med kaznjenci nekaj skrajno redkega; ječe, kaznilnice niso nedra, v katerih bi posebno rada rasla ta vrsta glodajočega črva: s tem se strijnajo vsi vestni opazovalci, ki v mnogih primerih neradi in navkljub svojim željam dajejo takšno sodbo. Na splošno vzeto, kaznen povzroča trdoto in hlad; kaznen koncentrirja; priostruje občutek odtujitve; krepi odpornost. Če se zgodi, da stre energije in pripelje do klavrne prostracije in samoponiževanja, potem je takšen rezultat prav gotovo še manj spodbuden kot povprečni učinek kazni: ki se karakterizira s suho in mračno resnostjo.«¹⁰

¹⁰ F. Nietzsche, *H genealogiji morale*, Slovenska matica, Ljubljana 1988, str. 267—268. Prim. tudi N. Walker, *Sentencing*, Butterworths, London 1985, str. 74—92. Na trditev, da je delovanje kazenskega pravosodja kontraproduktivno in da zgolj zaostruje problem, ki naj bi ga reševalo, naletimo že pri Benthamu, ki ugotavlja, da je zapor »šola«, v kateri »se pokvarjenost poučuje z bolj zanesljivimi metodami, kot so bile kdajkoli uporabljenne za vcepljanje kreposti. Dolgočasje, maščevalnost in pomanjkanje kraljujejo v teh akademijah kriminala.« (Cit. po G. Hawkins, *The Prison: Policy and Practice*, University of Chicago Press, Chicago 1976, str. 57.) Lombroso je opozarjal, da se utegne »kriminalna oseba«, ki je izvršila svoje prve prestopke z odporom in oklevanjem, v zaporu razviti v »kriminalca iz navade«, in sicer predvsem zaradi nečloveških razmer zaporniškega življenja in stikov z »zakrnjenimi zločinci.« (Prim. G. Lombroso-Ferrero, *Criminal Man According to the Classification of Cesare Lombroso*, Patterson Smith, Montclair 1972, str. 110—111.) Bonger je svaril pred podobnimi nevarnostmi zlasti v zvezi z zapiranjem mladostnikov, ki pridejo za zapah zaradi prestopka neznačne družbene nevarnosti, zapor pa nemalokrat »naredi« iz njih poklicne kriminalce. (Prim. W. Bonger, *Criminality and Economic Conditions*, Indiana University Press, Bloomington 1969, str. 118.) C. Shaw je v delu *The Jack-Roller: A Delinquent Boy's Own Story* naslovil poglavje o »poboljševalnih« ustanovah s sintagmo »The House of Corruption«. F. Tannenbaum, teoretik etiketiranja »avant la lettre«, je prvi obširno razvil misel, da je uradni odziv na zločin kriminogen, ker »dramatizira zločin«: »Prva dramatizacija ‚zla‘, ki

1.3. Skrivnostna »neuspešnost« kaznovanja?

Kriminologi, ki kot očitno sprejemajo tezo, da je kaznovanje na svoji manifestni ravni neuspešno ali celo škodljivo ozziroma kontraproduktivno (kolikor problema kriminalitete ne rešuje, ampak ga, nasprotno, še zaostruje), se znajdejo pred zamotano uganko: zakaj potem (zaporna) kaznen obstaja še naprej? Odgovori, ki jih ponujajo, so različni. Oglejmo si nekatere najbolj značilne.

1.

Zgodovinar L. Stone meni, da so zapori dvajsetega stoletja neke vrste »zakrnela institucija«, *corpus alienum* v sodobni družbi, nekaj, skratka, kar je »celo manj koristno za ohranjevanje sistema, kakor je slepič za delovanje človeškega

loči mladostnika od njegove skupine in ga postavi pod okrilje specializiranega obravnavanja, igra nemara večjo vlogo pri ustvarjanju posameznikove kriminalnosti kot katerokoli drugo doživetje... Proses ustvarjanja kriminalne osebnosti je potem takem proces etiketiranja, opredeljevanja, izločanja, opisovanja, poudarjanja in osveščanja; to je način spodbujanja, sugeriranja in evociranja ravno tistih značilnosti, ki so predmet obsojanja in neodobravanja... Oseba tako pridobiva lastnosti, s katerimi jo opisujejo oz. katere ji pripisujejo.« (*Crime and Community*, Columbia University Press, New York 1938, str. 19—20.) Na subjektivne posledice »etiketiranja« je opozoril tudi E. Lemert, ki v tej zvezi razlikuje dve vrsti odklonskega ravnanja: »Primarna deviacija se poraja v obsežni raznolikosti družbenih, kulturnih in psihičnih kontekstov in ima praviloma samo obrobne učinke na posameznikovo osebnostno strukturo; ne vodi v simbolično reorganizacijo na ravni samospoštvovanja in odnosa do družbenih vlog. Sekundarna deviacija je odklonsko ravnanje — ali družbene vloge, utemeljene na njem —, ki postane sredstvo obrambe, napada ali prilagoditve na očitne ali prikrite probleme, ki jih ustvarja družbeni odziv na primarno deviacijo.« (*Human Deviance, Social Problems, and Social Control*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs 1972, str. 48.) Proses etiketiranja je preučeval tudi Becker, ki opozarja, da etiketa opredeli posameznika kot osebo »posebne vrste«. Z etiketo je povezana vrsta stereotipnih predstav in vrednostnih ocen. Etiketa »kriminalec« obarva tudi druge posameznikove družbene vloge, npr. vlogo očeta, sodnika, prijatelja, delavca ipd. Okolje obravnava etiketiranca glede na predpostavljene negativne lastnosti, ki jih implicira etiketa. Ker je posameznikova »samopodoba« v precejšnji meri pogojena z njegovimi odnosi do soljudi, postopoma tudi etiketirana oseba začne dojemati sebe v luči etikete. V tem smislu je etiketa »self-fulfilling-prophecy«: »Samoizpolnjujoča se prerokba je sprva napačna opredelitev določenega stanja, ki pa sproži delovanja, katerih posledica je v tem, da prvotno zmotne predstave in zamisli retroaktivno postanejo resnične.« R. K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, Free Press, New York 1968, str. 477.

organizma.¹¹ Zapori so preživeli »preprosto zato, ker žive kvazi-neodvisno življenje, kar jim omogoča, da vztrajajo navzlic obsežnemu empiričnemu gradivu, ki govori o njihovi disfunkcionalnosti.¹² Zapori potem takem danes obstajajo samo po zaslugi lastne inercije, zgolj zaradi nesmiselne in toge prisile načela ponavljanja.

2.

Še bolj zanimiv odgovor je ponudil francoski mislec in zgodovinar M. Foucault. Tudi po njegovem mnenju je treba pojasniti, kako je mogoče, da obstaja institucija, ki je že 200 let tarča silovitih kritik, katerih vsebina ostaja ves ta čas bolj ali manj nespremenjena:¹³ (1) Zapori ne zmanjšujejo obsega kriminalitete: lahko jih pomnožimo ali sprememimo, število kaznivih dejanj in njihovih storilcev pa bo kljub temu ostalo bolj ali manj nespremenjeno ali pa se bo celo povečalo. (2) Zapiranje »povzroča« povratništvo: ko je obsojenec izpuščen iz zapora, je verjetnost, da se vanj vrne, večja, kot je bila pred začetkom prestajanja kazni; precejšnji del zapornikov so nekdanji jetniki — povratniki. (3) Zapor »producira« prestopnike, in sicer s specifičnim načinom življenja oziroma administrativnega režima, ki so mu podvrženi zaporniki med prestajanjem kazni: »Občutek krivice, ki ga doživlja zapornik, je lahko eden izmed glavnih vzrokov za to, da postane njegov značaj neukrotljiv. Ko je tako izpostavljen trpljenju, ki ga zakon ni ukazal in celo ni predvidel, se ga poloti jeza na vse, kar ga obdaja; v vseh zastopnikih oblasti vidi le rablje; ne misli več, da je kriv: obtožuje samo pravosodje.¹⁴ (4) Zapor omogoča in spodbuja organiziranje subkulturnega

okolja prestopnikov,¹⁵ ki so med seboj solidarni, razmeščeni v hierarhična razmerja in pripravljeni na marsikatero prihodnje sodelovanje — je svojevrstna »kasarna zločina« (Faucher). (5) Razmere, v katerih se znajdejo izpuščeni zaporniki, jih nemalokrat usodno obsojajo na povratništvo, zlasti npr. težave pri iskanju zaposlitve, pri reševanju stanovanjskega problema, sklepanju prijateljstev ali poznanstev ipd. (6) Zapor, nenazadnje, ustvarja prestopnike še posredno, denimo tako, da potisne v bedo zapornikovo družino.¹⁶

Foucault meni, da zapor vztraja ravno zaradi svojih pomanjkljivosti, in ne navzlic njim: za razvito penološko neuspešnostjo se skriva politična uspešnost. Zapor je koristen za oblast (vladajoči razred), predvsem zato, ker omogoča politično nadzorovanje podrejenih razredov. Njegova razlaga sestoji v bistvu iz dveh temeljnih sestavin. Foucault po eni strani poudarja, da je zapor globoko zakorenjen v praksah discipliniranja, značilnih za sodobno družbo, v kateri obstaja karceralni kontinuum, ki se razrašča po celotnem družbenem tkivu. V tem oziru se kaznovanje po svoji naravi ne razlikuje

¹¹ L. Stone, *The Past and the Present Revisited*, Penguin, Harmondsworth 1979, str. 10.

¹² Stone, *ibid.*

¹³ Povzemamo po M. Foucault, *Nadzorovanje in kaznovanje*, Delavska enotnost, Ljubljana 1984, str. 261—264; Prim. še S. Cohen in L. Taylor, *Psychological Survival. The Experience of Long-Term Imprisonment*, Penguin, Harmondsworth 1972, str. 54—71.

¹⁴ Foucault, *ibid.*, str. 262. Goffman je opisal posledice vstopa v totalno ustanovo z izrazom mortifikacija. Oznaka se nanaša na učinke raznovrstnih obredov ponizevanja zapornika, usmerjenih v razkroj njegove prejšnje identitete oziroma v ustvarjanje nove, predugačene »samopodobe«. Prim. E. Goffman, *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, Doubleday Anchor, Garden City 1961, str. 14. Zelo podrobno raziskavo formalnih in neformalnih nadzorovalnih mehanizmov v zaporniškem okolju je opravila P. Carlen (*Women's Imprisonment: A Study in Social Control*, Routledge and Kegan Paul, London 1983).

¹⁵ Proces »prizonizacije«, se pravi udružbljanja v svojevrstno mrežo medosebnih odnosov v zaporniškem okolju, ki ima svoja lastna pravila (*convict code*) in posebne neformalne nadzorovalne mehanizme, je podrobno opisal D. Clemmer v klasičnem delu *The Prison Community* (Christopher Publishing House, New York 1940). Zaporniški družbeni sistem s svojo posebno podkulturo se razvije kot odgovor na »boleče prestajanje zaporne kazni«. Gre za »bolečine«, ki so posledica vrste prikrajšanj, zlasti odvzema prostosti (npr. možnosti druženja z družinskim članom in prijateljem), okrnjene avtonomije (možnosti odločanja o vsebinah in oblikah lastnih dejavnosti), onemogočenih heteroseksualnih dejavnosti, nemožnosti posedovanja dobrin, ki jih posameznik potrebuje za vzdrževanje lastne samopodobe, ipd. Zaporniška podkultura zagotavlja simbolna in imaginarna sredstva, s katerimi je mogoče osmišljati življenje med prestajanjem kazni, pridobivati status, vrednotiti osebje in druge zapornike, dojemati svet na drugi strani žice ipd. Prim. G. M. Sykes, *The Society of Captives*, Princeton University Press, Princeton 1958, str. 102. Do podobnih ugotovitev se je dokopal tudi P. Garabedian (»Social Roles in a Correctional Community«, *Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, 1964, št. 55, str. 338—347). Irwin pa je pokazal, da v zaporniškem sistemu ne obstaja ena sama, ampak več podkultur, npr. podkultura poklicnih kriminalcev (ki je uvožena iz zunanjega sveta) in podkultura obsojencev (ki je odgovor na težave spričo dolgotrajnega in bollečega prestajanja zaporne kazni). Prim. J. K. Irwin, *The Felon*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs 1970.

¹⁶ Prim. N. Walker, *Why Punish?*, Oxford University Press, Oxford 1991, str. 106—108.

bistveno od izobraževanja, proizvajanja ali zdravljenja. Je zgolj kvantitativna razširitev prisile, ki je sicer endemična v družbi nadzorovanja (ozioroma v panoptični družbi discipline), katere cilj je normalizacija odklonskosti, se pravi prizadevanje, da se z behaviorističnimi tehnikami (ki vplivajo na dušo) ustvari ubogljivo, koristno, učinkovito, samonadzorovano telo (»ujetnik duše«), podrejeno veljavnim standardom primernega vedenja: »stroj«, ki je programiran za opravljanje družbeno funkcionalnih vlog. Po drugi strani pa Foucault opozarja na latentno koristnost zapora: »**Zapor s svojo spodletelostjo ne zgreši svojega namena; narobe, doseže ga, kolikor med drugim ustvarja posebno obliko nezakonitih pojavov.**«¹⁷

Zakaj je ustvarjanje prestopništva funkcionalno z gledišča politične dominacije? Foucault navaja več razlogov. (a) Prestopništvo obsega nezakonita ravnana, ki simbolično povzemajo vsa druga, hkrati pa omogoča, da ostanejo v senci tiste oblike škodljivih dejavnosti, ki jih oblast hoče ali mora tolerirati.¹⁸ (b) Prestopništvo je — gledano iz političnega in ekonomskoga zornega kota — razmeroma nenevarna oblika nezakonitih pojavov: praviloma je omejeno na dejanja posameznikov, katerih žrtve so zvečine (najbolj nemočni in ranljivi) člani delavskega razreda. (c) Prestopništvo, zlasti kazniva dejanja zoper telo in premoženje, zbuja — kot vidna in očitna oblika nezakonitih pojavov — neodobravanje, ogorčenje, strah in negotovost pri članih podrejenega razreda, hkrati pa mednje posredno vnaša razkol: delitev na poštene in nepoštene, lojalne in nelojalne, neverne in neverne. Od tod izvirajo tudi zahteve najširše javnosti po zakonitosti in redu, po trdi in neprizanesljivi kaznovalni politiki, večjih pooblastilih represivnih aparatov države, pa tudi odklonilna stališča do kršenja zakonskih norm naploha. V sistemu dominacije, ki je odvisen od občega spoštovanja zasebne lastnine, je nedvomno zelo pomembno, da kršenje veljavnih predpisov ne dobi prevelikih razsežnosti, predvsem pa ne sme naleteti na splošno odobravanje ali naklonjenost.

Foucaultova razlaga je v bistvu funkcionalistična. Izhaja iz podmene, da kontraproduktivna družbena institucija dolgoročno ne more obstati.

¹⁷ M. Foucault, **Nadzorovanje in kaznovanje**, op. cit., str. 271. O prikritih funkcijah zapora tudi M. Fitzgerald, **Prisoners in Revolt**, Penguin, Harmondsworth 1977.

¹⁸ Prim. Foucault, *ibid.*, str. 172.

Če je v luči svojih uradno razglašenih ciljev neuspešna, mora biti uspešna na neki drugi, latentni ravni: imeti mora neko skrivnostjo, prikrito, funkcijo, katere opravljanje jo vzdržuje pri življenju. Foucaultova razmišljanja so izzvala vrsto pomislekov. Garland,¹⁹ denimo, meni, da »družba nadzorovanja« ni opis dejanskega stanja, marveč prej idealni tip, hevristična shema, ki se ne ujema docela z realnim svetom. Gre za upodobitev potenciala, ki ga nosi v sebi projekt nadzorovane družbe. Po drugi strani pa Foucault ne ponudi dovolj prepričljivih dokazov, ki bi nedvoumno pokazali na artikulirano politično strategijo (vladajočih) in na obstoj latentnih ciljev kaznovanja. Po Garlandovem mnenju se da vztrajanje zapora v sodobni družbi razložiti tudi drugače. (a) Zapor lahko zadovoljuje željo ljudi, da se kršilcem dočlenih temeljnih norm naloži kazen in se jih začasno izloči iz normalnega družbenega življenja. (b) Zapor omogoča kaznovanje prestopnikov, ki je združljivo s sodobno senzibilnostjo in kulturnimi omejitvami v zvezi z zadajanjem bolečine; omogoča realizacijo retribucije (tj. resno deprivacijo obsojenčevih ključnih dobrin in precejšnje osebno trpljenje) v subtilni in prikriti obliki, tako da jo je mogoče celo zanikati: »V vsaj kazenski operaciji so se nabrali elementi in osebe, ki ne sodijo v pravo. Rekli boste, da to ni nič nenavadnega in da je pač usoda prava taka, da polagoma vsrka tuje elemente. Vendar pa je v modernem kazenskem pravosodju nekaj posebnega: toliko zunajpravnih elementov si ni naprtilo zato, da bi jih lahko pravno okvalificiralo in jih polagoma združilo s kaznovalno oblastjo v strogem pomenu besede; prav narobe, naprtilo si jih je zato, da bi jim omogočilo, da delujejo v kaznovalni operaciji kot nepravni elementi; zato ta operacija ne bi bila zgolj in samo zakonsko kaznovanje; zato, da sodnik ne bi bil zgolj in samo nekdo, ki kaznuje: „Seveda izrekamo razsodbo; povzročil jo je sicer zločin, a kakor vidite, je to za nas zgolj način, kako obravnavamo zločince; kaznujemo ga sicer, a to pomeni, da bi ga radi ozdravili.“

¹⁹ Prim. D. Garland, **Punishment and Modern Society**, Clarendon Press, Oxford 1990, str. 166—167. Podrobno o Foucaultovi teoriji disciplinirane družbe B. Smart, **Michel Foucault**, Routledge, London 1985, str. 85—93. O političnih implikacijah in podmenah Foucaultovih razmišljanj P. Rabinow, **The Foucault Reader**, Penguin, Harmondsworth 1987, str. 14—22. O raznolikih oblikah nadzorovanja v vsakdanjem življenju M. Foucault, **Politics, Philosophy, Culture**, Routledge, London 1988, str. 159—177.

Današnje pravosodje deluje le prek tega, da se nenehno nanaša na nekaj drugega, da se nenehno reinskribira v nepravosodne sisteme in se s tem upravičuje.²⁰ (c) Ob odsotnosti drugih sankcij je zapor edino dosegljivo sredstvo za začasno izključitev (»onemogočanje«) nekaterih nevarnih posameznikov (ki jim druge nadzorovalne ustanove niso kos), pri tem pa ne terja nikakrsnega sodelovanja obsojenca. (d) Obstaja obsežna infrastruktura (zgradbe, strokovnjaki, institucije ipd.), ki bi se ji bilo ekonomsko nemoteno odreči: bolje jo je prilagajati (spremnikajočim se) ciljem kriminalne politike. V dejstvu, da zapor često krepi kriminogeno disposicijo in na ta način ustvarja prestopnike, ne kaže videti koristne posledice kaznovanja, ki bi si jo želeta oblast glede na nekakšno prikrito politično strategijo: je prej strošek, ki se ga — tako kot finančne izdatke, potrebne za delovanje nadzornega sistema — tolerira pri doseganju določenih družbenih ciljev. Dokler stroški delovanja kaznovalnega aparata — v očeh javnosti in vlade — ne postavljajo pod vprašaj njegove zaželenosti, ostaja zapor, po Garlandovem mnenju, funkcionalna institucija, ki ni niti uganka niti anahronizem.

3.

Nekateri kriminologi, ki izhajajo iz teze, da »nič ne učinkuje« (kar se ne nanaša samo na zaporno kazen, ampak tudi na druge kazenske sankcije), menijo, da je delovanje kaznovalnega aparata iracionalno, hkrati pa obžalujejo, ker država ne izvaja znanstveno zasnovane kriminalne politike: »Pravicoljubnost ljudstva in njegovi pravno nравstveni nazori pretežno niso nič drugega kot izraz nezavedne potrebe po maščevanju in povračilu. Pravična kazen je zato velikokrat v nepremostljivem protislovju z racionalno namensko kaznijo.²¹ Van Hamel, eden izmed najvplivnejših predstavnikov t. i. »sociološke šole«, je, denimo, že leta 1905 na kriminološkem kongresu v Hamburgu izjavil, da

²⁰ Foucault (1984), str. 27.

²¹ E. Fromm, *Kriза psihoanalyze*, Cankarjeva založba, Ljubljana 1972, str. 45. Zgled »znanstvenega« pogleda na kriminalno politiko je naslednje razmišljanje: »Beseda pravica vznejevolji znanstvenika. Kirurga ne bomo nikoli vprašali, ali je bila njegova operacija pravična. Nobenemu zdravniku ne bomo očitali, da predpisana doza penicilina ne ustrezata zahtevam pravičnosti. Behaviorističnemu znanstveniku se zdi prav tako nesmiselno sklicevati se na pravico, še posebej v primerih, ko gre zgolj za razmislek o tem, kaj storiti z nekom, ki se ne more upreti vzgibu,

so za sodobno kriminologijo poglavitna prepreka pojmi »krivda«, »prestopok« in »kazen«: če bi se jih znebili, bi bilo vse lažje. Ob tovrstnih razmišljanjih se kaže spomniti na pomiske, ki jih je v tej zvezi izrekel že Pašukanis: »Ni dovolj razglasiti pojem krivde za predsodek, da bi lahko potem v praksi prešli na takšno kriminalno politiko, ki se ne bi več opirala na tovrstne pojme. Vse dokler bosta blagovna forma in iz nje izhajajoča pravna forma dajali družbi svoj pečat, bo v sodni praksi obdržala svojo moč in svoj realni pomen v bistvu absurdna (ne s pravnega gledišča) zamisel, da je težo vsakega prestopka mogoče izmeriti na nekakšni tehnici in jo izraziti v mesecih ali letih zapora.²² Pašukanis meni, da je temeljna zmota kazensko-pravnih teoretikov, ki bi radi zamisel o ekvivalentci med zločinom in kaznijo nadomestili z razumnimi cilji kaznovanja, v domnevi, da so t. i. absolutne teorije o kazni zgolj zbirke »napačnih« idej, ki jih je mogoče razpršiti že z domišljeno teoretsko kritiko: »Absurdna oblika ekvivalence pravzaprav ne izhaja iz zmot posameznih kriminologov, ampak iz materialnih odnosov v družbi blagovne proizvodnje, iz katerih se ta forma tudi hrani. Protislovje med razumnim ciljem družbene obrambe oz. prevgajanjem prestopnikov in ekvivalentnim nadomestilom ne obstaja v knjigah in teorijah, ampak v življenju samem, v sodni praksi, v družbenem redu.²³ Pašukanisova kritika abolicionističnih zamisli ima še vedno določeno teoretsko vrednost, sporna pa je njegova podmena, ki izenačuje pojem »razumno« izključno s t. i. instrumentalno racionalnostjo. Vse, kar je povezano s pravičnostjo, s specifično pravno vrednoto (še več, z bistvom oziroma idejo prava, ki je kot tako zgolj uporaba določene zamisli o pravičnosti na sporno družbeno razmerje), je po tej logiki »iracionalno«. Takšno razmerje pa je nedvomno izredno ozko in nezadostno.²⁴

Sklep, ki bi ga lahko potegnili iz povedanega, je mogoče zgostiti v ugotovitev, da se za go-

da bi kradel ali ubijal. Opraviti imamo s problemom javne varnosti, prijateljskega sožitja, ne pa s pravico. (...) Biti zoper pravico ni čustveno prepričanje, marveč sklep, ki logično izhaja iz znanstvenega izkustva.« K. Menninger, *The Crime of Punishment*, The Viking Press, New York 1966, str. 92.

²² J. B. Pašukanis, *Opća teorija prava i marksizam*, Globus, Zagreb 1984, str. 289.

²³ Pašukanis, *ibid.*, str. 286.

²⁴ Prim. W. V. Quine, »On the Nature of Moral Values«, A. I. Goldman in J. Kim (ur.), *Values and Morals*, D. Reidel Publishing Company, London 1978,

vorjenjem o krizi, spodletelosti ali neuspešnosti kaznovanja često (nemara pa celo praviloma) skriva kriza razumevanja družbene vloge kazenskega prava. Nanjo lahko sklepamo še iz vrste drugih znamenj. Po eni strani se izkazuje v krizi samo-opredeljevanja kazni. V normalnih razmerah lahko institucija osmišlja in upravičuje svoje delovanje (celo morebitne slabosti in pomanjkljivosti) v luči svoje uradne ideologije. Ko je zamisel o rehabilitaciji, ki je bila — kot cilj in opravičilo kaznovanja — dolgo časa jamstvo »smiselnosti« kaznovanja, postala hudo problematična (za nekatere celo nevarna in škodljiva), sta institucionalna retorika in uradna ideologija kaznovalnega aparata izgubili svojo ključno prvino. V vsej svoji ostrini se je zaustavilo vprašanje, kako sploh opredeliti, utemeljiti in poimenovati kaznovalni proces. Posledica te svojevrstne simbolne krize kazni je nenavadno živahno iskanje nove kazenskopravne filozofije in novih kriminalnopolitičnih zamisli: pravičnostni model (*justice model of sentencing*), **humane containment**, koncepcija pogjne obsodbe in nadzora v skupnosti, zamišljena bolj v smislu pomoči in podpore kot v smislu tretmana (zdravljenja), selektivno one-mogočanje, predrugačen model rehabilitacije, ideal minimalne rabe kazenskega prava (ali celo njegove odprave)²⁵ ipd.

str. 37—46; M. Rokeach, **The Nature of Humane Values**, The Free Press, New York 1973, str. 5—11. O različnih pojmovanjih pravičnosti v pravnofilozofskih delih A. Heller, **Beyond Justice**, Basic Blackwell, Oxford 1987, str. 1—8, 48—54 in 116—127.

²⁵ Prim. N. Morris, **The Future of Imprisonment**, University of Chicago Press, Chicago 1974; R. King in R. Morgan **The Future of the Prison System**, Aldershot 1980; P. Greenwood, **Selective Incapacitation**, Rand Corp., Santa Monica 1982. »Realna« znamenja krize so tudi prenatpanost (zlasti ameriških in britanskih) zaporov, spori med zaporniki in osebjem (ki se lahko stopnjujejo do množičnih uporov, nasilnih obračunavanj ali jemanja talcev) in vrsta drugih podobnih pojavov. Sim ugotavlja, da so se oblasti odzvale na krizo s »klasičnimi in predvidljiviimi« ukrepi: »Avtoritete so uvedle in razširile različne tehnike, katerih namen je nadzor in osamitev tistih posameznikov, ki so opredeljeni kot težavni, neubogljivi ali prevratniški. Uporabljanje psihotropnih drog pri nadzorovanju vedenja zapornikov je bilo poglaviti razlog polemik v zvezi z britanskimi zapori v zadnjih letih, ravno tako kot tudi številni primeri smrti zapornikov med prestajanjem kazni, in sicer bodisi zaradi nasilja bodisi zaradi neustreznega ravnanja zaporniškega osebja.« J. Sim, »Working for the Clampdown: Prisons and Politics in England and Wales«, v P. Scraton (ur.), **Law, Order and the Authoritarian State**, Open University Press, Milton Keynes 1987, str. 197.

Po drugi strani pa je kriza razumevanja razvidna tudi iz poplave zares temeljnih moralnih, političnih in pravnih vprašanj v zvezi s kaznovanjem. Kako je s pravico države do kaznovanja? Kje so meje državne oblasti (in kazenskega prava)?²⁶ Kako opredeliti odgovornost posameznega kršilca (glede na odgovornost družbe pri povzročanju ali preprečevanju kriminalitete)? Kako razumeti človeško naravo (in, kajpak, naravo družbe)? V čem je sploh bistvo »kriminalnosti«? So kazniva dejanja, zaradi katerih kaznovalni aparat preganja, sodi in kaznuje njihove storilce, sploh »zločini«, se pravi dejanja, ki zaradi svoje škodljivosti (nevarnosti) oziroma protipravnosti (krivičnosti) upravičujejo ali celo terjajo kazenskopravni poseg? Zdi se, da v kriminološkem polju ni več ničesar, kar ne bi bilo vprašljivo, problematično, negotovo. Pod vprašajem se ni znašla le kazen kot taka, ampak tudi njen razlog in njena mera: zločin. Kaj sploh je zločin? Je njegova narava bistveno moralna, pravna ali nemara politična? Očrtali smo bistvo problema. Kaznovanje je danes v krizi, ki ni toliko pragmatična, kolikor zadeva njegovo samoumevnost, naravnost oziroma normalnost. Najbolj temeljne podmene razmišljanja o zločinu in kazni so postale vprašljive. Prav nič drugačne niso predpostavke, na katerih temelji delovanje kaznovalnega aparata. Slednji se ne uspeva več reprezentirati — v odnosu do sebe in drugih (družbe) — kot naravna institucija, ki je nekako nad zgodovino, docela onstran vsakokratnih konkretnih družbenih razmerij, zlasti pa onstran gospodstvenih razmerij, in katere delovno področje (zločini in zločinci) uhaja družbenim določevalcem našega časa. Sporno je tudi, ali in v kolikšni meri kaznovalni aparat deluje v polju družbenosti nasprotno oziroma v korist celotne družbe kot take: čedalje bolj se razodeva njegova — bolj ali manj prikrita — politična (razredna) narava.

²⁶ Prim. P. Devlin, »Morals and the Criminal Law«, H. L. A. Hart, »Immorality and Treason«, R. M. Dworkin (ur.), **The Philosophy of Law**, Oxford, University Press, Oxford 1977, str. 66—88. O možnostih kazenskopravnega urejanja ekonomskih dejavnosti H. V. Ball in L. M. Friedman, »The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation: A Sociological View«, v L. Radzinowicz in M. E. Wolfgang (ur.), **The Criminal in Society**, Basic Book, New York 1971, str. 93—120. O teoretskih in praktičnih problemih v zvezi z »zločini brez žrtve«. H. L. Packer, **The Limits of the Criminal Sanction**, Stanford University Press, Stanford 1968, str. 296—332.

1.4. Kako misliti kaznovanje?

Glede na povedano se vsiljuje temeljno vprašanje: kako sploh misliti kaznovanje? Kako koncipirati ta svojevrstni »predmet« na ontološki in gnoseološki ravni? Kako ga konceptualizirati in analizirati?

V sociologiji kazenskega prava najdemo vrsto — že na prvi pogled — zelo različnih teoretskih modelov.²⁷ Da bi sploh lahko ocenili njihovo razlagalno moč (in domet), je treba poprej razčistiti nekatera temeljna vprašanja. Po našem mnenju ponuja najbolj plodno izhodišče za tovrstne premisleke Nietzschejeva filozofska refleksija kazni. Nietzsche je namreč opozoril na dva ključna razločka, ki sta neogibna za pravilno razumevanje kazni. Na prvem mestu je razlikovanje med izvorom (»vzrokom«) in namenom. V tej zvezi se pojavlja značilna napaka, da se končna koristnost nekega pojava (npr. fiziološkega organa, pravne institucije, družbenega običaja, politične navade, oblike v umetnosti ali v religioznem kultu ipd.) dojamemo kot vzrok ali razlog njegovega nastanka. Tako se, denimo, ta ali oni namen kazni, npr. maščevanje ali zastraševanje, postavi na začetek kot njen »princip« oz. *causa fiendi*. Nietzsche je pokazal, da kaže razmerje med »izvorom« in »namenom« razumeti drugače. Koristnost je zanj samo znak za to, da je neka volja do moči zgodovarila nad nečim manj močnim in mu iz sebe vtisnila pomen neke funkcije.²⁸ V tej optiki je razvoj nekega pojava, njegova celotna zgodovina, pravzaprav nepreknjena znakovna veriga vedno novih interpretacij in priredb. To nikakor ni — logično, najkrajše in z najmanjšim utroškom sile doseženo — napredovanje k določenemu cilju, ampak zaporedje bolj ali manj globoko segajočih, bolj ali manj med seboj neodvisnih procesov prevladovanja, kamor gre prišesti tudi odpore, ki se vsakokrat zastavlja, poskuse spremjanja oblik z namenom obrame ipd.

²⁷ Prim. R. Rich, *Theory and Practice of Criminal Justice*, University Press of America, Washington 1977, str. 1—23; R. Rich, *The Sociology of Criminal Law*, Butterworths, Toronto 1979, str. 71—85. O najnovejših teoretskih perspektivah v polju sociologije kazenskega prava S. Hester in P. Eglin, *A Sociology of Crime*, Routledge, London 1992. Avtorja obravnavata delovanje zakonodajalca, sodišč, policije in izvrševalcev kazenskih sankcij v optiki strukturalno-konfliktnih teorij, etnometodologije in družbenega interakcionizma.

²⁸ Prim. F. Nietzsche, *H genealogiji morale, op. cit.*, str. 263.

Od tod izhaja druga pomembna distinkcija: razlikovanje med relativno »trajnim« in »nestanovitnim« v kazni oziroma, povedano drugače, razloček med »proceduro« na eni strani in »pomeni«, »nameni« in »pričakovanji« na drugi strani. Za Nietzscheja je zgodovina kazni v prvi vrsti zgodovina izrabljanja, razlaganja, osmišljanja, obvladovanja in prirejanja procedure za najrazličnejše namene. Poglavitna posledica tega procesa je, da se danes v kazni zgošča sinteza pomenov v neke vrste enotnosti, ki jo je težko razvozlati, razčlenjevati, predvsem pa je ni mogoče definirati: »Vsi pojmi, v katerih je semiotično povzet celoten proces, se izmikajo definiciji; definirati se da zgolj to, kar nima zgodovine.«²⁹ Opredelitev kazni je še toliko bolj zahtevna, ker njena struktura pomenov ni struktura v strukturalističnem pomenu: identiteta posamezne prvine ni enoznačno opredeljena s svežnjem razlik v razmerjih do drugih strukturnih prvin. Množica pomenov oziroma namenov je zato dovezetna za stalno (pre)razporejanje, pri čemer je mogoče, da posamezna prvina, npr. zastraševanje ali rehabilitacija, izstopi in dominira na račun drugih ali pa jim podeli posebno obarvanost.

Temeljni poudarek Nietzscheeve razlage je dovolj enoznačen: kazen nima enega samega namena; preučevanja njene namenskosti ni mogoče omejiti na »paradigma« uradno (oziroma avtoritativno razglašenih ali celo predpisanih) ciljev. Problem kazni ni v tem, da bi bila pre malo koristna, marveč bolj v tem, da je pre obložena z vsakovrstnimi koristnostmi. V tej zvezi se zato nikakor ni odveč spomniti Nietzschevega seznama namenov, v katere je mogoče uporabljati eno in isto proceduro (dasi ravno po avtorjevih besedah spisek nikakor ni popoln): »Kazen kot sredstvo, da se nekoga nadredi neškodljivega, kot sredstvo za preprečitev nadaljnje škode. Kazen kot odplačilo škode oškodovanemu, odplačilo v kakršni koli obliki (tudi v obliki kompenzacjskega afekta). Kazen kot izolacija motnje v ravnotežju, da se prepreči nadaljnja širitev motnje. Kazen kot način vlivanja strahu pred tistimi, ki določajo in izvršujejo kazen. Kazen kot neke vrste poravnava za prednosti, ki jih je zločinec do takrat užival (na primer, ko se ga izkoristi za sužnja v rudniku). Kazen kot izrezovanje izrojenega elementa (v določenih okoliščinah cele rodbine, kot v kitajskem pravu: potemtakem kazen kot sred-

²⁹ Nietzsche, *ibid.*, str. 264.

stvo za ohranjevanje čistosti rase ali za utrditev nekega socialnega tipa). Kazen kot slavje, namreč kot nasilje in zasramovanje končno premaganega sovražnika. Kazen kot sredstvo za ustvarjanje spomina, bodisi za tistega, ki trpi kazen — tako imenovano „poboljšanje“, bodisi za priče eksekucije. Kazen kot plačilo nekakšnega honorarja, ki si ga pridržuje moč, ki ščiti hudodelca pred razbrzdanostmi maščevanja. Kazen kot kompromis z naravnim stanjem maščevanja, kolikor ga močni rodovi še ohranjajo in terjajo kot privilegij. Kazen kot vojna napoved in vojni ukrep proti sovražniku miru, zakona, reda, oblasti, proti sovražniku, ki se ga smatra za nevarnega za skupnost, za kršilca pogodbe z ozirom na njene predpostavke, za izdajalca in kršilca miru, proti kateremu se bori s sredstvi, ki jih ima vojna vedno pri roki.“³⁰

Iz Nietzschejevih izvajanj je mogoče izpeljati vrsto teoretskih implikacij. Na prvem mestu kaže poudariti, da je kazen kompleksen fenomen. To njeno sestavljenost bi lahko opisali z dvema pojmom, in sicer kot »zgoščanje« (zlitje pomenov v enem predmetu) in kot »polisemijo« (zmožnost objekta, da privzame različne pomene in interpretacije). Ravno zato, ker je kaznovalni proces pojav raznoterih razsežnosti in vidikov, ga je možno, za pravilno oziroma celostno razumevanje pa tudi neogibno, osvetliti iz zelo različnih zornih kot. Zatorej nikakor ni nenavadno, da naletimo v kazenskopravni (sociološki) teoriji na nadvse raznolike načine pojmovnega »zajetja« kaznovanja. Oglejmo si, zgolj bežno in mimogrede, nekatere najbolj značilne možnosti:³¹ kaznovanje kot simbolični izraz (v bistvu iracionalnih) »kolektivnih občutij« (npr. maščevalnosti, ogorčenja, jeze ipd.); kaznovanje kot oblika izvrševanja oblasti (v smislu vladanja oziroma »governance«, in ne upravljanja oziroma »manegment«) in zagotavljanja razredne nadvlade; kaznovanje kot ritual, ki evocira in krepi določena čustva (npr. občutek solidarnosti, pripadnosti določeni moralni skupnosti itd.); kaznovanje kot »znak«, »praktični diskurz«, ki »govori« o nevrednosti, zavrnjenosti in nedopustnosti določenih ravnanj itd.

³⁰ Nietzsche, *ibid.*, str. 266—267.

³¹ Prim. R. Akers in R. Howkins (ur.), *Law and Control in Society*, Prentice Hall, Englewood Cliffs 1975, str. 11—24; R. Rich, *The Sociology of Law: An Introduction to its Theorists and Theories*, University Press of America, Washington 1977, str. 150 do 158.

Vse omenjene možnosti so fragmenti, delčki celote. Zato se kaže že vnaprej odreči reduktionizmu, krčenju raznovrstnih razsežnosti kaznovanja na ta ali oni — moralni, pravni, politični, kulturni, religiozni ali kak drug — bistveni vidik. To, z drugimi besedami, pomeni odpoved esencialističnemu razmišljjanju, ki ga izdajajo vprašanja, kakršna so npr.: kaj je bistvo kazni? katera je temeljna funkcija kazni? ipd. Pravilneje je izhajati iz podmene, da so različni teoretski pogledi na kaznovalni proces pravzaprav delne razlage, ki se praviloma osredotočajo na določen partikularni vidik in ga kot takega analizirajo. Nobena od možnih perspektiv (v okviru tradicije sociologije kazenskega prava) ni docela nesmiselna ali nevredna. Vsaka pove nekaj zanimivega, važnega o predmetu, ki ga preučuje. Vsaka vizualizira parcialni vidik zamotane, večplastne in sestavljenе realnosti. Vendar pa so rezultati delnih razlag nujno enostranski: ponujajo uvid v določeno razsežnost kaznovanja, hkrati pa zanemarjajo ali zasenčijo druge. Ob tem se vsiljuje pomembno vprašanje. So različne teoretske perspektive izključujoče ali nemara vendarle združljive (znotraj širšega teoretskega okvira)? Ali jih lahko sintetiziramo, ne da bi se pri tem ujeli v pasti eklektičnega razmišljanja? Seveda je nesporno, da se teoretski modeli kaznovanja opirajo na zelo različna epistemološka, ontološka oz., z eno besedo, »paradigmatska« izhodišča, predvsem pa izhajajo iz različnih socioloških zamisli o strukturi in dinamiki družbenega življenja. Prav tako ni nobenega dvoma, da so tovrstne globalne sociološke razlage družbe³² (npr. Durkheimova in Marxova) v bistvu ne zgolj inkompatibilne, ampak pogosto celo inkomenzurabilne. Če bi bila iz njih izvedena analiza kaznovanja zgolj njihova pomanjšana slika, bi bili ponovno soočeni s nespravljinimi teorijami, le da na bolj konkretni ravni. Garland³³ je pokazal, da vendarle ni tako.

Specifične in konkretne analize, ki izhajajo iz določene »aksiomatske« zamisli o naravi globalne družbe, se osredotočijo na posebne vidike preučevanega pojava, v skladu s smernicami in

³² Prim. G. Poggi, *Images of Society*, Stanford University Press, Stanford 1972, str. 122—135 in 190—209; G. Duncan, *Marx and Mill*, Cambridge University Press, Cambridge 1973, str. 55—67 in 209—221.

³³ Prim. Garland, *Punishment and Modern Society*, op. cit., str. 12—15.

poudarki obče teorije. Kolikor slednja ni zgolj ponovljena (npr. z dogmatsko dedukcijo), ampak uporabljena, rezultati takšne analize niso gola reproducija abstraktnih in splošnih socio-loških izhodišč. Posamezna konkretna področja družbenega življenja, npr. kaznovanje, namreč niso (natančno reflektiran) »mikrokozmos« družbenih struktur in procesov, ki jih opisujejo globalne teorije: zgolj v okviru Leibnizove filozofije je vsaka monada po svojih bistvenih določilih izraz celote. Zato je bolj pravilno domnevati, da ima vsak partikularni odsek družbe specifične mehanizme in dinamiko. Če npr. marksistična analiza opozori na načine, kako kaznovalna praksa krepi razredno delitev in vladavino vladajočega razreda, durkheimovska analiza pa, nasprotno, poudarja moralno in simbolično (ekspresivno) vlogo kazni, to potem takem ne pomeni, da kaže nujno in že kar vnaprej zavreči katero od omenjenih (delnih) razlag: bolje je premisliti, kako lahko oba — že na prvi pogled nadvse različna — aspekta so-bivata znotraj širšega kompleksa (in kakšne so reperkusije njunih interakcij). V tej zvezi je treba razlikovati dve možni situaciji. (a) Različnost teoretskih pogledov na kaznovanje je lahko odsev dejstva, da obravnavajo različne razsežnosti pojava: v tem primeru niso nezdružljivi. (b) Možno pa je tudi, da imamo opraviti z različnimi interpretacijami istega vidika preučevanja pojava: v tem primeru se je treba odločiti za najbolj ustrezeno razLAGO ali ponuditi novo.

Če izhajamo iz domneve, da lahko kaznovalni aparat istočasno opravlja množico različnih funkcij, je upravičeno predpostaviti naslednje: (1) kazen je lahko uspešna glede na določene smotre, neuspešna pa glede na druge smotre; (2) kazen je lahko koristna za določeno družbeno skupino (npr. vladajoči razred ali družbeno elito), nekoristna (ali celo škodljiva) pa za drugo družbeno skupino — možno je seveda tudi to, da je kazen (v določenih ozirih) hkrati v korist družbe kot take in katere izmed njenih partikularnih skupin: to dvoje ni nujno izključujoče (vsekakor pa kaže sleherno analizo njene funkcionalnosti dopolniti z vprašanjem, cui bono); (3) uvid v raznovrstnost družbenih učinkov, ki jih ustvarja kaznovalni aparat, omogoča bolj celovito kritično oceno, pri tem pa se je treba zavedati, da je mogoče vrednotiti kaznovanje iz zelo različnih »normativnih« zornih krovov: ni univerzalnega vrednostnega izhodišča.

1.5. Kriza razumevanja kazni: izziv za teoretski premislek

Videli smo, da aktualna »kriza« kazni ni zgolj praktični problem. V prvi vrsti je izziv za poglobljen teoretski premislek. Teorija seveda ni odmak od realnega sveta. Je prej poskus razmišljanja o realnosti na način, ki seže onstran »lupine« pojavnosti, vselej obdane z zdravorazumskimi podmenami in ustaljenimi miselnimi vzorci. V tem smislu jo vodi želja po pobegu iz nevidne ideološke »kletke«, v katero je ujeto mišljenje (in kajpada praksa) večine članov družbe. Kljub temu pa je treba priznati, da je teorija v kriminološkem polju; zlasti v t.i. *mainstream* kriminologiji,³⁴ čedalje bolj nezaželena. Izganjajo jo v imenu empirizma, pragmatizma ali revolucionarnega diskurza.

(1) Empirizem izhaja iz predpostavke, da kopiranje izkustvenih podatkov, pridobljenih z opazovanji in poskusi, zadostuje za to, da se dokopljemo do ustrezne znanstvene vednosti. Teorija je bodisi nepotrebna (zakaj »dejstva« govore sama po sebi) ali pa je njena vloga zgolj v tem, da naknadno osmišlja oz. razлага empirično gradivo. Ob tem se navadno pozablja na kaj, kar posrečeno nakazuje že angleški izraz *research*, katerega dobesedni pomen je »to search again«: nemogoče je nekaj (raz)iskati, ne da bi imeli neko (predhodno) zamisel o tem, kaj je pravzaprav to, kar nas zanima.³⁵ Empirično

³⁴ Izraz »mainstream« v angleškem jeziku označuje skupino idej, s katerimi se strinja večina članov določene skupnosti. Zato bi ga lahko opisali s sintagmo »nekaj, kar je normalno ali konvencionalno«. Kriminološki *mainstream*, ki je predmet kritike radikalnih kriminologov, obsega zvezne pozitivistične razlage »vzrokov« kriminalnega vedenja. Poimenovali bi ga lahko tudi z oznako »korekcionalistična kriminologija«, saj izhaja iz podmene, da je družboslovni (kriminološki) problem istoveten z družbenim problemom (npr. kriminalitetu). Cilj znanstvenega raziskovanja je potem takem nakazati možnosti rešitve družbenih problemov: »savoir pour prévoir, prévoir pour prévenir« (*Compte*). »Cilj kriminološkega raziskovanja je dokopati se do razumevanja kriminalnega vedenja. Ko bomo razumeli kriminalno vedenje, ga bomo lažje napovedovali, poleg tega pa bomo lahko sprejeli ustrezne politične ukrepe za njegovo nadzorovanje, odpravljanje ali preprečevanje.« S. T. Reid, *Crime and Criminology*, Holt, Rinehart and Winston, New York 1985, str. 66. Prim. tudi E. H. Sutherland in D. R. Cressey, *Criminology*, Lippincott, Philadelphia 1978, str. 3 in str. 24.

³⁵ Prim. R. M. Unger, *Znanje i politika*, Globus, Zagreb 1989, str. 36—40; M. Horkheimer, *Kritička teorija*, Stvarnost, Zagreb 1982, str. 108—114.

raziskovanje potemtakem neogibno predpostavlja določen teoretski okvir: zelo neprijetno je, če nanj preprosto pozabimo ali ga prezremo, misleč, da sestopamo k »čistim« dejstvom. V tem primeru je raziskovalec na najboljši poti, da ostane priklenjen na zdravorazumske (ideološke) miselne vzorce, ki jih reproducira v svojem znanstvenem delu, nemara trdno prepričan, da počne ravno obratno. Teorija in empirija se seveda ne izključuje. Teoretski razmislek je vodilo, intelektualno »orodje« za empirično raziskovanje, ni in ne more pa biti nadomestilo zanj. Na področju sociologije kazenskega prava je naloga teorije predvsem v tem, da opozarja na silnice, omejitve, strukture in procese, znotraj katerih poteka kaznovalna praksa, pa tudi na povezave z drugimi družbenimi institucijami in segmenti: na vlogo kaznovalnega procesa v globalnem družbenem sistemu. Na ta način usmerja pozornost na dinamiko, mrežo pomenov in strukturo smotrov oziroma, zgoščeno rečeno, na vidike in razsežnosti, ki bi sicer utegnili ostati spregledani in neupoštevani. Tu pa je tudi njena immanentna meja: konkretno učinkovanje kaznovalnega aparata v dani družbi danega časa je mogoče spoznati le z empiričnimi raziskavami.

(2) *Mainstream* kriminologija, zlasti njena sodobna različica, t. i. administrativna kriminologija, se odreka teoriji v imenu pragmatizma.³⁶ Malone »obsedena« je z vprašanjem, kaj učinkuje (»what works«). Kako čim bolj učinkovito in uspešno obvladati kriminaliteto? Kako izboljšati učinkovitost formalnega družbenega nadzora? Vse je sprejemljivo, če le deluje. In obratno: če nekaj ne deluje (v smislu preprečevanja družbeno nezaželenih pojavov), zasluži vso kritiko. Zanimivo je (in v tem je tudi ključna pomanjkljivost administrativne kriminologije), da razmišljajo o načinu izboljšanja mehanizmov nadzorovanja kriminalitete ne utemeljuje na poglobljeni (»etiološki«) analizi narave problema, ki bi ga rada rešila.

(3) »Kritična«, zlasti marksistična (»radikalna«) kriminologija si je zastavila za svoj ideal neposredno zlitje teorije in in prakse.³⁷ Takšno

³⁶ Kritično o ateoretski naravi »administrativne« kriminologije: T. Platt in P. Takagi: »Intellectuals for law and order: a critique of the new realists«, *Crime and Social Justice*, 1977, št. 8, str. 8–9.

³⁷ Prim. M. Mankoff, »A Tower of Babel: Marxist Criminologists and Their Critics«, E. H. Johnson, »Praxis and Radical Criminology in the United States«, J. A. Inciardi (ur.), *Radical criminology*, Sage, London 1980, str. 139–145 in 161–167.

identiteto pa je najlažje doseči ravno z zatorom kritične misli oz. z njeno nadomestitvijo z vnaprej danimi »parolami«, ki niso plod skrbne in avtonomne refleksije (danih družbenozgodovinskih razmer). Tovrstna gesla — abstraktno gledano — niso nujno napačna: takšna so, če so uporabljeni kot etikete kjer koli in kadarkoli, ne glede na konkretno vsebino. V tej zvezi je koristno slediti Jacobyu,³⁸ ki poudarja, da razmerja med teorijo in prakso ni mogoče sploščiti v enostavne obrazce: teorije po eni strani ni mogoče brez preostanka reducirati na prakso, po drugi strani pa je od nje vendarle ni mogoče popolnoma ločiti. Po njegovem mnenju se bo dalo doseči istovetnost med teorijo in prakso šele v neantagonistični družbi: do tedaj pa je treba vztrajati pri njenem dialektičnem protislovju, in sicer na ta način, da ga — na teoretski ravni — izrekamo. Naloga teorije v tem smislu ni produkcija vednosti, ki bi bila uporabna za prakso. Praksa kot tako je namreč neogibno vpeta v spone nesvobodne družbe. Le teoretska misel je zmožna presegati dane družbene razmere (dasiravno zgolj na abstraktni ravni), praksa, npr. kazenskopravne institucije (*corrections*), ki se ukvarjajo s (»problematicimi«) posamezniki, tega ne zmore: nemočna je pred družbenimi strukturami in procesi, ki njeni prizadevanja v bistvu obsojajo na nujni neuspeh. Ravno zato se raje zateče k teoretskim surogatom, ki njene nemoči ne omenjajo oziroma zgolj racionalizirajo njena vsakdanja prizadevanja. Teoretik mora braniti teoretsko misel, če je resnična, ne pa zato, ker meni, da je uporabna. Še zlasti pa jo mora braniti pred tisto prakso, katere cilj je prilagoditev posameznika danemu »stanju stvari«: »Ozdravljeni postane zares bolan, ko se prilagaja bolni družbi« (Adorno). Poslanstvo kriminološke teorije je zatorej najprej in predvsem v tem, da opozarja na raznolike vidike nesvobodne družbe (preplavljeni z vsakovrstnimi neenakostmi), ki ravno potrebuje kriminologijo kot »aplikativno« (uporabno) vedo, katere smoter naj bi bilo nakazovanje psevdo-rešitev za probleme, ki se — v zadnji instanci — hranijo prav iz imanentnih družbenih protislovij. Če bi kriminologijo skrčili na raven, ki je kriminalnopolitično uporabljiva, bi iz nje naredili zgolj orodje, ki dela silo resnici: spremenili bi jo v služkinjo dane družbenoekonomske in politične ureditve. Krimino-

³⁸ Prim. R. Jacoby, *Družbena amnezija*, Cankarjeva založba, Ljubljana 1981, str. 216–218.

loška (kritična) refleksija mora zato usmerjati pozornost na objektivne družbene okoliščine, ki po eni strani določajo vsebino in formo »pozitivne« kaznovalne (kriminalnopolitične) prakse, po drugi strani pa jo obsojajo na nemočna pri-zadevanja, da bi rešila nekaj, česar v dani družbi ni mogoče rešiti.

Priznati je treba, da zgornja razmišljanja o razmerju med teorijo in prakso niso ravno običajna v kriminološkem polju. Kriminologija, tako »stara« (če odmislimo Durkheimovo razlagovo³⁹ kriminalitete) kot »nova«, je namreč v precejšnji meri utemeljena prav na obljubi (upanju), da je mogoče ustvariti družbo, v kateri bo »dobro« naposled dokončno premagalo »zlo«.⁴⁰ Klasični kriminologi so izhajali iz domneve, da je ključno sredstvo za nadzor človekovega vedenja (se pravi za vplivanje na posameznikovo svobodno voljo) strah,⁴¹ zlasti strah pred bolečino, so menili, da je mogoče rešiti problem kriminalitete z razumno zasnovano kaznovalno politiko: kazen, ki je po definiciji

³⁹ Durkheim meni, da je kriminaliteta normalen družbeni pojav. To pomeni dvoje: (a) kriminaliteta je neizbežen pojav, prisoten, v večji ali manjši meri, v sleherni družbi; (b) kriminaliteta je sestavni del vsake zdrave družbe. Prim. E. Durkheim, **Pravila sociološke metode**. Savremena škola, Beograd 1963, str. 70—71. Koristnost (funkcionalnost) kriminalitete je po eni strani v obnavljanju družbene morale, po drugi strani pa v določanju njenih meja. Za Durkheima sta namreč najbolj bistveni predpostavki družbenega življenja soglasje njenih članov o temeljnih moralnih normah in vrednotah in, vsaj delno, zavedanje tega soglasja. Brez skupne moralne zavesti družba ne more delovati kot poenotena celota. Da pa bi skupna moralna občutja ohranila svojo zavezajočo in usmerjajočo moč, morajo biti izzivana, recimo s kaznivimi dejanji, in »materializirana«, npr. v obliki kaznovalnih ritualov. Prim. W. Sharrock, »The Social Realities of Deviance«, v R. J. Anderson (ur.), **Applied Sociological Perspectives**, Allen and Unwin, London 1984, str. 88—89. Ob tem velja poudariti, da trditev o koristnosti in neogibnosti kriminalitete ne izhaja iz empiričnih spoznanj o razmerju med dvema neodvisnima pojavoma, ampak iz načina, kako Durkheim konceptualizira družbena dejstva. Gre za nasledek pojmovne opredelitev družbe: če je zanje bistvena nje na moralna podstat, potem je — že po definiciji — nemogoče, da bi obstajala družba brez odklonskega vedenja, zakaj pravila in njih kršitve tvorijo dve plati iste medalje.

⁴⁰ Prim. P. Carlen in M. Collison (ur.), **Radical Issues in Criminology**, Barnes & Noble Books, Towa 1980, str. 1—4.

⁴¹ Prim. I. Taylor in dr., **The New Criminology: For a Social Theory of deviance**, Routledge & Kegan Paul, London 1973, str. 2—3. Hobbesova teza, da ljudje ubogajo družbena pravila prvenstveno (in pretežni meri) zato, ker jih je strah, je izhodišče

naložitev bolečine oziroma trpljenja, je namreč — gledano iz njihovega zornega kota — najpomembnejša metoda za zbujanje strahu. Pozitivistični kriminologi so tovrstne zamisli postavili pod vprašaj: kazen po njihovem mnenju ne more biti učinkovito sredstvo za vplivanje na človekovo voljo (in razum, ki je v razmišljajih »klasikov« pojmovan kot nekakšen kalkulator prednosti in izgub, izhajajočih iz posameznih dejanj), zakaj kriminalno vedenje povzročajo — psihološke, biološke ali socioološke — sile (»vzroki«), ki niso pod nadzorom posameznika (slednji je v njihovi optiki dojet kot bistveno determinirano bitje). Rešitev, ki jo je ponudila pozitivistična kriminologija, je nedvomno videti priplačna: odkriti vzroke kriminalitete, v posamezniku ali v družbi, in nato na podlagi znanstveno preverjene vednosti zasnovati kriminalno politiko, ki se ne bi več zatekala k »iracionalnemu« kaznovanju. Res pa je, da lahko danes ugotovimo samo to, da svojega programa (zaenkrat še) ni realizirala.⁴² Radikalni kriminologi so na-

Hirschijseve teorije nadzorovanja: »Dasiravno zavzema Hobbesovo vprašanje osrednje mesto v zgodovini socioološke teorije, so le maloštevilni mislec spreheli Hobbesov odgovor... Ni tako, zatrjuje sociolog: konformno ravnanje ne temelji samo na strahu. Človek ima ,stališče spoštovanja' do družbenih pravil, on ,ponotranji' veljavne norme. Glede na to, da ima človek vest, ne more preprosto preračunavati stroškov nezakonitega ali odklonskega ravnanja... Potem ko sociolog tako predpostavi, da je človek moralna žival, ki želi ubogati pravila, se soči s problemom, kako razložiti odklonsko ravnanje.« T. Hirschi, **Causes of Delinquency**, University of California Press, Berkeley 1969, str. 5. Za Hirschijsa je to napačno zastavljen problem, utemeljen na zmotni predpostavki, da so ljudje »po svojem bistvu« moralni, in sicer zaradi ponotranjenih norm v procesu udružbljanja. Vendar pa za control theory ni značilna nasprotna domneva, da je človek »v osnovi« nemoralen; upošteva zgolj dejstvo, da je morala spremenljiv pojaven: za nekatere je spoštovanje moralnih norm zelo pomembno, za druge pa manj ali nemara sploh nič.

⁴² Prim. B. Roshier, **Controlling Crime**, Open University Press, Milton Keynes, 1989, str. 24—31. Temeljno zagato pozitivističnih etioloških razlag bi lahko opisali takole: (a) biološke in psihološke teorije (zlasti tiste, ki povezujejo kriminalno vedenje z določenimi osebnostnimi potezami) razložijo pre malo kriminalitete; (b) socioološke razlage pa razložijo preveč kriminalitete, namreč v tem pomenu, da pojasnjujejo kriminalno vedenje z značilnostmi (npr. z omejenimi zakonsko dovoljenimi sredstvi za doseganje statusnih ciljev srednjega razreda), ki so skupne članom zelo obsežnih družbenih segmentov in so torej neprimerno bolj razširjene od kriminalnega vedenja. Prim. D. Matza, **Delinquency and Drift**, Wiley, New York 1964, str. 21—22.

pravili še korak dalje, pri čemer se obljubi »družbe brez zločina« nikakor niso odpovedali. Po njihovem mnenju rešitve ne kaže iskati niti v ukvarjanju s posameznimi (nevarnimi) kriminalci niti v parcialnih družbenih reformah (*piecemeal social engineering*), ki spreminjajo sistem le zato, da bi mogel v svojih temeljih ostati nespremenjen. Rešitev mora biti, nasprotojno, radikalna: revolucija, korenita sprememba danega družbenoekonomskega sistema.⁴³

Aktualna kriza kazni, ki jo je nenazadnje močne razbrati tudi iz resigniranih kriminoloških spoznanj, da »nič ne deluje«, je krepko načela predpostavko (oziroma optimističen razsvetljenški mit, utemeljen na neomajni veri v moč človeškega razuma), da je kriminaliteta družbeni problem, za katerega obstaja — ali bi vsaj morala obstajati — neka (»tehnična«) institucionalna rešitev. Gre za podmeno, ki je spremljala že razvoj (razmah) zaporne kazni v devetnajstem stoletju, v tem stoletju pa jo je prevzela tudi ideologija tretmana (»rehabilitacije«). Ob tem seveda ni dovolj reči, da je danes (ko se čedalje bolj zastavlja vprašanja o mejah družbenega inženiringa) postala hudo problematična. Prav tako ne zadostuje spraševanje, ali je bil modernistični projekt sploh uresničen — v skladu s svojimi izhodiščnimi zamislimi. Potrebno je nekaj »več« in ravno ta »več« je mogoče zaslutiti v razmišljajnih radikalnih kriminologov, dasiravno največkrat v naivni teoretski obliki. V mislih imamo spoznanje (ali bolje: domnevo),

⁴³ Prim. R. Quinney, *Class, State and Crime*, McKay, New York 1977, str. 137; M. C. Kennedy, »Beyond incrimination«, W. J. Chambliss in M. Mankoff (ur.), *Whose Law What Order?*, John Wiley, New York, str. 55. Problem tovrstnih kriminalnopoličnih priporočil je seveda v tem, da so v danih družbenoekonomskih in političnih razmerah neuresničljiva, dasiravno so — gledano iz teoretskega zornega kota — nedvomno neoporečna. V tem je prav-zaprav paradoks ali celo tragika socioloških etioloških razlag: zaradi njihove kompleksnosti jih je po eni strani nemogoče operacionalizirati do ravni, ki bi dopuščala empirično ovrženje (ali potrditev), po drugi strani pa jih, spričo obstoječih razmerij družbe moči, ni mogoče udejanjiti v okviru kriminalne politike.

da kriminaliteta (in drugi podobni pojavi) ni preprosto odklon od normalnega, ampak prej simptom odklonskosti zastarelega in nečloveškega kapitalističnega sistema. To ne pomeni, da bi se kazalo že vnaprej (nekritično) odreči posameznim institucijam tega sistema. Pomeni zgolj to, da s krpanjem in stalnim (lepotnim) spreminjanjem (izboljševanjem?) obstoječih institucij ni mogoče seči do »korenin« družbenih problemov, ki danes — resda v zelo različni meri — pestijo posamezne družbene sloje. Vendar pa je po našem mnenju neutemeljeno pričakovati, da bi bil ravno razviti »bolj zoper kriminaliteto« odločilno družbenopsihološko gibalo oziroma motiv radikalnih družbenih sprememb. Ne smemo namreč pozabiti, da posameznikove temeljne dobrine (oziroma potrebe) v obstoječem družbenoekonomskem sistemu — vsaj v pretežni meri — niso ogrožene zaradi kriminalnih pojavov (četudi mednje prištejemo, tako kot so storili radikalni kriminologi, »zločine močnih«), ampak v neprimerno večji meri zaradi docela normalnega (za večino ljudi celo naravnega)⁴⁴ delovanja kapitalistične družbe oziroma zaradi raznovrstnih oblik »strukturnega nasilja«, ki so neogibni pogoj njenega obstajanja.⁴⁵

⁴⁴ O družbenopsiholoških razsežnostih takega dojemanja »strukturnega nasilja« glej E. Fromm, *Authoritet i porodica*, Naprijed, Zagreb 1989, str. 85—87. »Fatum« je mogoče racionalizirati: pozitivistično (kot naravni zakon ali kot moč danih družbenih razmer), historicistično (kot moč preteklosti), evolucionistično (kot neukinljivo sestavino družbenega razvoja), religiozno (kot izraz božje volje ali božje previdnosti) ali moralno (kot dolžnost). Vendar pa je logična struktura tovrstnih racionalizacij vselej ista: neka »višja sila« terja od človeka slěpo podrejanje nujnosti.

⁴⁵ Prim. S. Cohen in L. Taylor, *Escape Attempts. The Theory and Practice of Resistance to Everyday Life*, Penguin, Harmondsworth 1978, str. 102—134; G. Pearson, »Misfit sociology and the politics of socialization«, Taylor in dr. (ur.), *Critical Criminology*, Routledge, London 1975, str. 161—164. O pojmu »struktурно nasilje« J. Galtung, *Strukturelle Gewalt*, Rowohlt, Reinbeck 1975; A. Beratta, »Che cosa è la criminologia critica?«, *Dei delitti e delle pene*, 1991, št. 1, str. 68—69.

LITERATURA:

1. Akers, R.; Howkins, R.: **Law and Control in Society**. Englewood Cliffs, Prentice-Hall 1975.
2. Ball, H. V.; Friedman, L. M.: **The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation: A Sociological View**. V: **The Criminal in Society** (ed. L. Radzinowicz in M. E. Wolfgang). New York, Basic Books 1971.
3. Bonger, W.: **Criminality and Economic Conditions**. Bloomington, Indiana University Press 1969.
4. Carlen, P.: **Women's Imprisonment: A Study in Social Control**. London, Routledge and Kegan Paul 1983.
5. Carlen, P.; Collison, M.: **Radical Issues in Criminology**. Totowa, Barnes & Noble Books 1980.
6. Chambliss, W.; Seidman, R.: **Law, Order, and Power**. Massachusetts, Addison-Wesley Publishing Company 1971.
7. Christie, N.: **Limits to Pain**. Oxford, M. Robertson 1991.
8. Church, R. M.: **The Varied Effects of Punishment on Behaviour: Definition of a Punishment**. V: **Punishment** (ed. R. H. Walters). Harmondsworth, Penguin 1972.
9. Clemmer, D.: **The Prison Community**. New York, Christopher Publishing House 1940.
10. Cohen, S.; Taylor, L.: **Psychological Survival. The Experience of Long-Term Imprisonment**. Harmondsworth, Penguin 1972.
11. Cohen, S.; Taylor, L.: **Escape Attempts. The Theory and Practice of Resistance to Everyday Life**. Harmondsworth, Penguin 1978.
12. Cusson, M.: **Le contrôle social du crime**. Paris, PUF 1983.
13. Cusson, M.: **Pourquoi punir?**. Paris, Dalloz 1987.
14. Devlin, P.: **Morals and the Criminal Law**. V: **The Philosophy of Law** (ed. R. M. Dworkin). Oxford, Oxford University Press 1977.
15. Duncan, G.: **Marx and Mill**. Cambridge, Cambridge University Press, Cambridge 1973.
16. Durkheim, E.: **Pravila sociološke metode**. Beograd, Savremena škola 1963.
17. Fitzgerald, M.: **Prisoners in Revolt**. Harmondsworth, Penguin 1977.
18. Foucault, M.: **Nadzorovanje in kaznovanje**. Ljubljana, Delavska enotnost 1984.
19. Foucault, M.: **Politics, Philosophy, Culture**. London, Routledge 1988.
20. Fromm, E.: **Kriza psihoanalize**. Ljubljana, Cankarjeva založba 1972.
21. From, E.: **Autoritet i porodica**. Zagreb, Naprijed 1989.
22. Galtung, J.: **Strukturelle Gewalt**. Reinbeck, Rowohlt 1975.
23. Garland, D.: **Punishment and Modern Society**. Oxford, Clarendon Press 1990.
24. Goffman, E.: **Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates**. Garden City, Doubleday Anchor 1961.
25. Goldman, A. I.; Kim, J.: **Values and Morals**. London, D. Reidel Publishing Company 1978.
26. Hart, H. L. A.: **Immorality and Treason**. V: **The Philosophy of Law** (ed. R. M. Dworkin). Oxford, Oxford University Press 1977.
27. Hawkins, G.: **The Prison: Policy and Practice**. Chicago, University of Chicago Press 1976.
28. Heller, A.: **Beyond justice**. Oxford, Basic Blackwell 1987.
29. Hester, S.; Eglin, P.: **A Sociology of Crime**. London, Routledge 1992.
30. Hirschi, T.: **Causes of Delinquency**. Berkeley, University of California Press 1969.
31. Hulsman, L.: **Peines perdues**. Paris, Le Centurion 1982.
32. Inciardi, J. A.: **Radical Criminology**. London, Sage 1980.
33. Irwin, J. K.: **The Felon**. Englewood Cliffs, Prentice-Hall 1970.
34. Jacoby, R.: **Družbena amnezija**. Ljubljana, Cankarjeva založba 1981.
35. Killias, M.: **Victim-Related Alternatives to the Criminal Justice System: Compensation, Restitution, and Mediation**. V: **Crime and Criminal Policy in Europe** (ed. G. Kaiser). Freiburg, Max-Planck-Institut 1990.
36. Lemert, E.: **Human Deviance Social Problems, and Social Control**. Englewood Cliffs, Prentice-Hall 1972.
37. Lombroso-Ferrero, G.: **Criminal Man According to the Classification of Cesare Lombroso**. Montclair, Patterson Smith 1972.
38. Malinowski, B.: **Trois essais sur la vie des primitives**. Paris, Payot 1962.
39. Matza, D.: **Delinquency and Drift**. New York, Wiley 1964.
40. Menninger, K.: **The Crime of Punishment**. New York, The Viking Press 1966.
41. Merton, R. K.: **Social Theory and Social Structure**. New York, Free Press 1968.
42. Nietzsche, F.: **H genealogiji morale**. Ljubljana, Slovenska matica 1988.
43. Packer, H. L.: **The Limits of the Criminal Sanction**. Stanford, Stanford University Press 1968.
44. Pašukanis, J. B.: **Opća teorija prava i marksizam**. Zagreb, Globus 1984.
45. Pepinsky, H. E.; Quinney, R.: **Criminology as Peacemaking**. Indianapolis, Indiana University Press 1991.
46. Pinzon, A. O. P.: **Curso de criminología**. Bogota, Ediciones Libreria del Profesional 1983.
47. Poggi, G.: **Images of Society**. Stanford, Stanford University Press 1972.
48. Reid, S. T.: **Crime and Criminology**. New York, Holt, Rinehart and Winston 1985.
49. Reiss, A.: **Delinquency as the Failure of Personal and Social Controls**. *American Sociological Review*, 1951, št. 16.
50. Reyes, A.: **Criminología**. Bogota, Univesidad externado de Colombia 1981.
51. Rich, R.: **The Sociology of Criminal Law**. Toronto, Butterworths 1979.
52. Rokeach, M.: **The Nature of Humane Values**. New York, The Free Press 1973.
53. Roshier, B.: **Controlling Crime**. Milton Keynes, Open University Press 1989.
54. Scull, A. T.: **Decarceration**. Englewood Cliffs, Prentice-Hall 1977.

55. Sim, J.: Working for the Clampdown: Prisons and Politics in England and Wales. V: **Law, Order and the Authoritarian State**. Milton Keynes, Open University Press 1987.
56. Soyer, J. C.: **Justice en perdition**. Paris, Plon 1982.
57. Stone, L.: **The Past and Present Revisited**. Harmondsworth, Penguin 1979.
58. Sutherland, E. H.; Cressey, D. R.: **Criminology**. Philadelphia, Lippincott 1978.
59. Sykes, G. M.: **The Society of Captives**. Princeton, Princeton University Press 1958.
60. Unger, R. M.: **Znanje i politika**. Zagreb, Globus 1989.
61. Vass, A. A.: **Alternatives to Prison**. London, Sage 1990.
62. Walker, N.: **Sentencing**. London, Butterworths 1985.
63. Walker, N.: **Why Punish?**. Oxford, Oxford University Press 1991.

Some Aspekt of the Crisis of the Penal System

Zoran Kanduč, L. L. M., Research Associate, Institute of Criminology at the Faculty of Law, Kongresni trg 12, 61000 Ljubljana, Slovenia.

The paper deals with the paradoxical nature of the current »crisis« of punishment (and the penal apparatus) and is focused on the problem of the often stated assumption of the inefficiency of punishment. In this connection, it critically exposes the most characteristic explanations for persistence of punishment in contemporary society, in spite of its apparent pragmatic inefficiency. Considering that penal apparatus can no longer figure as a natural, self-evident, normal, unhistorical, classless and general social institution, the question arises of how to reflect at all upon penal practice. One of the possible philosophical starting points for critical and

comprehensive assessment of penal practice is Nietzsche's reflection on penalty, because it takes into consideration the fact that any social institution, such as, for example, punishment, performs a whole variety of different functions. In this way, it is possible to avoid the traps of reductionist or essentialist reflection upon punishment and to form a more complex and many-sided image of the social function of criminal law (in terms of criminal law in action).

Key words: criminal law, punishment, crisis of punishment, inefficiency of punishment.

UDC 343.241