

»Čudenje« ob nastajanju kazenskih zapovedi

Matjaž Jager*

Članek skuša opozoriti na družbena ozadja nastajanje pisanih kazenskopравnih zakonov. Tovrstno preučevanje je neenakomerno razvito v primerjavi s preučevanjem kršenja zakonov in analiziranjem odzivanja države na kršenje zakonov, čeprav predstavlja enega izmed treh področij predmeta kriminologije. Prikazani so nekateri možni odgovori, zakaj je tako. Raziskovanje ozadij posameznih kazenskopравnih zapovedi ni imuno na splošne epistemološke probleme kriminologije, posebej je tu izostreno, zaradi narave predmeta, vprašanje vrednostne nevtralnosti. Vedenje o družbenih izvorih kazenskega prava oz. njegovi legislativni zgodovini je centralno in izhodiščno za razumevanje drugih kriminoloških vprašanj. Procesi nastajanja inkriminacij so del kriminalne politike in proizvedena zakonodaja je rezultat političnega delovanja, ki je v primeru kazenskih zakonov prav tako aktivno kot pri sprejemanju druge zakonodaje. V teh procesih, posebej še, ko gre npr. za t. i. kazniva dejanja brez žrtve, ne gre zgolj za neproblematičen inventarni zapis »minimuma morale«, temveč srečujemo na prizorišču lobiranje interesnih skupin.

Ključne besede: kriminologija, nastajanje zakonov, kazenska zakonodaja, kriminalna politika, interesne skupine.

UDK 343.2.01/.211.2

1. SUTHERLANDOVA OPREDELITEV KRIMINOLOGIJE

Sutherland je v svojem delu »Principles of Criminology« opredelil kriminologijo kot celoto vedenja o kriminaliteti kot družbenem pojavu. Kriminologija je, po njegovem, veda, ki preučuje procese nastajanja zakonov, kršenje teh zakonov in odziv družbe na kršenje (kazenskih) zakonov.¹

Kriminologija poskuša vzpostaviti splošna in preverjena načela ter druge vrste vedenja glede opisanih treh procesov.² Sutherlandova opredelitev predmeta kriminologija ni splošno sprejeta in se skupaj z ostalimi poteguje za čim več akademskih pristašev, kar je pač lastno vsaki definiciji. Za naš namen je kot izhodiščna točka zanimiva zato, ker jasno izrazi svojo tripartitnost in ker kriminologiji nalaga pozornost do procesov nastajanja kazenskopравnih norm.

Izhajamo iz hipoteze, da je analiza nastanka kazenskopравnih zapovedi izhodišče za razumevanje dogajanja na področju kriminalitete v katerikoli skupnosti. Kazenskopравne zapovedi namreč ustvarjajo definicijske mreže označevalcev, ki bi naj kot geodetski količki razločile, kaj je v neki skupnosti kaznivo dejanje in kaj ne.³ Nasploh veliko kriminološkega razmišljanja izhaja iz predpostavke, da »kriminalnost ni v ljudeh«; temveč je bolje izhajati iz predstave, da se predikat kriminalnosti z gesto državne avtoritete pač dodaja določenim dejanjem določenih oseb, na določenem kraju in v določenem času.⁴ Kriminologija želi biti večšina, ki preučuje, opisuje, razlaga in napoveduje dogajanja v zvezi s tisto podvrsto deviantnega obnašanja, ki je v neki družbi (državi, jurisdikciji) prepovedana z

grožnjo kazni, zato mora raziskati predvsem temeljni eksistencialni predpogoj za obstoj tako opredeljenega vedenja t. j., bodi nam dovoljena rahla vzporednica s filozofijo, izražati mora neko vrsto »začudenja« ob dejstvu, da je neko ravnanje kazenskopравno prepovedano, drugo pa ni. Vrniti se mora, po Husserlovsko, »nazaj k stvarem samim« in se čuditi izbiri in opredelitvam kaznivih dejanj, ki jih najde v raznih pozitivnih katalogih (kazenskih zakonikih). Nastajanje kazenskopравnih prepovedi za kriminologijo nikakor ne sme biti postransko nedolžno vprašanje, saj je že na ravni povsem elementarnega sklepanja jasno, da v skupnosti, ki bi bila brez zapovedi kazenskega prava, v tehničnem pomenu besede ne bi bilo delinkvence.⁵

Kot rečeno, je iz notranje dinamike Sutherlandove opredelitve jasno, da brez ustvarjenih in veljavnih — torej pozitivnih kazenskih zapovedi ne bi prihajalo do njihovega kršenja in če ne bi bilo kršenja zakonov, ne bi mogli preučevati družbenega odziva na takšno kršenje, vsaj ne na ravni empirično oprijemljivega, saj le to ne bi obstajalo in kriminologija bi bila v celoti ob svoj predmet.⁶

⁵ Prav tam.

⁶ Če pri razmejitvi polja kriminalitete (kriminalnega) ostanemo v okviru pravnih opredelitev (oz. zakonskih znakov kaznivih dejanj), veljavnih v neki jurisdikciji, lahko z vidika kriminologije uvidimo določene težave. Tako so npr. legalne definicije večasih arbitrarne nad običajno mero (npr. »isto« kaznivo dejanje je drugače določeno od jurisdikcije do jurisdikcije, spreminja se, bolj ali manj hitro, tudi v okviru kazenskega zakona ene in iste države). Z naslonitvijo na strogo legalno definicijo je področje kriminologije določeno in (četudi »po najboljših močeh«) opredeljeno z enostavno potezo zakonodajalca in ne na podlagi njenih lastnih kriterijev, kakršnikoli ti že so (če sploh so, saj jih ni bilo potrebno razviti), ki bi jih naj predvsem odlikovala avtonomnost. Znanstvenik namreč (običajno) sam določa meje svojega raziskovanja in tega ne more nadomestiti celo neka politična entiteta, kot je npr. zakonodajalec, ki lahko (in ultima) dnevno spreminja normativne opise

* Matjaž Jager, dipl. iur., mladi raziskovalec, Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Kongresni trg 12, 61000 Ljubljana.

¹ Sutherland, Cressey, str. 3.

² Prav tam.

³ Glej Galliher, Criminology, str. 134.

⁴ Dessaur, str. 7—8.

2. PRAVNA OPTIKA NA PRVI POGLED

Navkljub aksiomatski primarnosti študija nastajanja kazenskih zapovedi nas ne preseneti, da ta enakoprana tretjina kriminološkega diskurza ni v žarišču pogleda kriminologije, saj se tam slej ko prej nahajata druga dva dela celote, t. j. polje »kršenja zakonov« in polje »odzivanja na kršenje zakonov«.

»Krivca« za takšno stanje stvari lahko iščemo v t. i. »pravni optiki«, ki jo zaslutimo v ozadju. Pomislimo lahko na pravniški refleksi, ki vedno skuša (in mora) izhajati (in na drugi strani predpostavlja obstoj) iz že vzpostavljene preskriptivne kazenske norme in njene avtoritete, ki ji jo daje forma zakona, z njenimi nujnimi sestavinami (hipoteza, dispozicija, sankcija), ki jo naredijo praktično »uporabno«. Pogled v čas pred nastankom pozitivne kazenskopravne norme, v mehanizme njenega nastajanja in končnega nastanka in druge okoliščine, ki so vplivale na njen obstoj sploh in na njeno prav takšno (in ne drugačno) vsebino, je za praktika metapraven in zato odveč. Ob sojenju v neki konkretni kazenski zadevi bi bilo to nesmiselno izgubljanje energije, ki je v celoti »kontraindicirano«. ⁷ Sodniki in drugi praktiki se, vsaj v okviru klasičnih predstav o tem, kako poteka postopek uporabe prava, »soočijo« z normo, ki je že »izfabricirana«, »publicirana«, ki »stoji« in ki predvsem velja in dokler velja. ⁸

Temu navkljub mora biti področje nastajanja zakonov eno izmed osrednjih raziskovalnih osi kriminologije. Od resne kriminološke analize tega področja se pričakuje, da bo osvetlila procese nastajanja neke določene kazenskopravne prepovedi, procese, ki sami po sebi niso homogeni (kot bi lahko

kaznivih dejanj in s tem polje kriminologije. Kazenski zakon lahko nadalje vsebuje tudi »nesmiselne zapovedi«, ki jih je popolnoma »povozil čas« v smislu »spremembe vrednot in interesov« v neki skupnosti ali tehnološkega napredka, lahko pa imamo tudi občutek, da na nekaterih področjih »grob« zaostaja glede na takšne spremembe. Kljub vsemu naštetemu se večina kriminologov podredi zakonskim opredelitvam kaznivih dejanj, saj bi se v nasprotnem znašli še pred veliko večjimi težavami. Glej podrobneje npr. Meier, str. 23–24.

⁷ »Kajti šele odredbe naredijo, da je nekaj prav, vnovično vprašanje, ali utegnejo biti tudi same odredbe prave, pa morajo pravniki kratkoma odkloniti kot nesmiselno.« Kant, Spor fakultet, str. 22.

⁸ Ozadje pravne norme vsaj v določenih vidikih pride »do izraza« v učenju o razlagi določb kazenskega zakona. Cilj je odkriti vsebino, smisel, obseg in namen kazenskopravne norme. Tako npr. zgodovinska in teleološka (funkcionalna) metoda razlage vsebine norme terjata iskanje namena, cilja pravne norme oz. poenostavljeno rečeno »rekonstrukcijo pravnih konceptov, ki jih je zakonodajalec hotel«. Glej npr. Perenič, str. 133. Bavcon-Selih, str. 180–181.

o njih reverzibilno sklepali z vidika nastale kazenske norme, katere lastnost bi naj bila v običajnem smislu mišljena neprotislovnost in pregledna jasnost), temveč vedno že sestavljeni iz disparatnih in konfliktnih teženj in interesov. Takšna analiza bi naj prikazala tako vzroke kot povode, tako javna dogajanja, kakor tudi obrobne, marginalne diskurze, dogajanje bi naj razstavila in poiskala razlike ter relacije, znati pa bi morala potegniti tudi analogije, kjer je to upravičeno ter nas prepričati s teoretično sintezo.

Poskušamo torej izhajati iz domneve, da je vedenje o družbenih izviri določene kazenskopravne zapovedi centralno v želji po čim večjem razumevanju kriminalitete. ⁹ Ali kot je to radikalno formuliral Sutherland v svoji prvi izdaji Criminology iz leta 1924: »Razumevanje narave zakona je nujni pogoj za razumevanje narave kriminalitete. Popolna pojasnitev izvorov in izvajanja zakonov bi bila tako hkrati pojasnitev kršenja teh zakonov.« ¹⁰ V tem okviru je predvsem ukvarjanje z ozadjem nastajanja, v širšem delu javnosti, spornih kazenskopravnih prepovedi pomembno, saj gre za specifična in diskutabilna vprašanja s same margine legitimne uporabe kazenskega prava, ki ravno zaradi tega obetajo več, saj pokažejo na prepisne točke znotraj sistema. ¹¹ V javni debati in političnem manevriranju v zvezi s takimi spornimi inkriminacijami lahko v določeni meri odkrijemo naravo političnih procesov, ki niso tako evidentni glede klasičnih kazenskopravnih prepovedi (umor, rop), kjer se srečujemo s skoraj popolnim konsenzom in majhnim obsegom javnega polemiziranja. ¹²

3. TEMELJNI PREDIKATI

Okoli vprašanja izvora kazenskopravnih zapovedi se ni razvila sistematična in integralna raziskovalna tradicija. Po Galliherju je to posledica, po eni strani majhnega interesa raziskovalcev za ta vprašanja, kakor tudi dejstva, da opravljene raziskave združujejo več akademskih disciplin, predvsem pravo, zgodovino in sociologijo in v zvezi s to potrebno interdisciplinarnostjo raziskovalci občutijo pomanjkanje integracijske moči. ¹³ Vzemimo, da so to vzroki takšnega stanja. Bolj pomembno se nam zdi, da je pri te vrste raziskovanju prav tako (kot povsod drugod) opaziti večno nevšečnost vsakega znanstvenega

⁹ Galliher, str. 142.

¹⁰ Sutherland v Galliher, str. 142.

¹¹ Galliher, str. 158.

¹² Prav tam.

¹³ Prav tam, str. 158–159.

udejstvovanja, ki je v znanem dejstvu, da začetne teoretične predpostavke — mreže predhodnega znanja, s katerimi avtor uokviruje problem (in ki niso brez neke globlje povezave z njegovim temperamentom), vplivajo na končne rezultate, če ne v drugem, vsaj v načinu njihove interpretacije.¹⁴ Povedano bolj naravnost, raziskovalci »odkrijejo« to, kar so (zavestno ali nezavestno) hoteli odkriti, saj gre za vprašanja, prežeta z relativno močnim ideološkim ali političnim nabojem.

Zaradi takega domnevnega pomanjkanja konceptualne natančnosti je pri tovrstnih raziskavah velikokrat vprašljivo, ali bodo »proizvedle« npr. potencialno ovrgljive zaključke glede: a) značilnosti oseb, ki želijo imeti (imajo) odločilen vpliv na določen zakonodajni proces in b) poteka samega procesa sprejemanja neke kazenskopravne prepovedi.¹⁵

Predvsem je še vedno nujno izhajati na eni strani iz že obrabljene vzorca širše družbene pogojenosti vsakokratnega pozitivnega kazenskoprnega reda kot dela »vrhnje stavbe« družbe, ob tem pa pokazati tudi na dejanske razloge, ki so »sprožili« dogajanje. Zgodovinski, demografski, ekonomski in drugi dejavniki namreč nenehno ustvarjajo nova okolja, v katerih se oblikujejo individualne pobude posameznih »legislativnih sponzorjev«.¹⁶

Če se zadeve lotimo po tem ključu in poskušamo vsakokrat podatke (hard data) oz. zbrane informacije razdeliti glede na ta rez razločevanja (t. j. na vzroke in povode), bomo, po Gallierju, imeli v rokah ključ za lažjo primerjavo različnih raziskav, ki so nam že dostopne v literaturi. Mnoge raziskave, ki poudarjajo le določene vidike, ki naj bi bili, odločilni pri nastajanju kazenskoprnih prepovedi, po Gallierju namreč mešajo konkretne povode in vzroke.¹⁷

Kazensko pravo se spreminja zaradi določenih sprememb v delovanju sil, ki vplivajo na obseg in vsebino prepovedi. Njegovo spreminjanje lahko, v normalnih okoliščinah, označimo kot počasno, postopno in capljajoče za hitrimi spremembami sveta in vrednot, vsaj če gledamo z vidika »divjega« 20. stoletja.

¹⁴ Prav tam, str. 159.

¹⁵ Gibbs in Erikson v Gallier, str. 159—160.

¹⁶ Izraz uporablja Gallier. Širšo družbeno pogojenost konkretnih zakonodajnih postopkov poimenuje kar »strukturalni temelji prava«. Gre za spraševanje, zakaj je bil nek zakon sprejet in tudi o tem, kaj se je dogajalo v ozadju postopka sprejemanja. Lotimo se tako področja predpravnega in metapravnega dogajanja. Po drugi strani, od strukturalnih temeljev (vzrokov) nastanka neke inkriminacije ločuje t.i. »triggering events« (sprožilne incidente) oz. po naše »povode«. Gallier, str. 160.

¹⁷ Prav tam.

Kritični teoretiki (npr. Critical legal studies v ZDA) pripisujejo veliko razlagalno vrednost domnevi, da kazensko pravo v določeni družbi v veliki meri zrcali interese družbenih elit in močnih interesnih skupin. Taka ocena opazovalca ne sme (zakaj ne?) zapeljati na stališče, ki bi zaradi stanja, kakršno je, odklanjalo kazensko pravo kot družbeni instrument. Celotno pravo je namreč, gledano z vidika zdravega razuma, v načelu »koristno in potrebno za organizacijo in koordinacijo aktivnosti«.¹⁸ Izhajamo iz postavke, da se v družbi, kjer delujejo močne skupine pritiska in vplivne elite, le redko zgodi, da bi bili posamezni sprejeti zakoni v hudem nasprotju z interesi teh skupin.¹⁹ Kot je opazil že Eaton, so »novi zakoni... običajno predlagani... z namenom preganjati določene inovacije v vedenju določenih članov skupine, na katere gledajo (signifikantni) nekateri kot na kršitev (še) nenapisanih pravil obnašanja. Nova praksa mora biti več kot le posamezna deviacija manjše vrste, ki je učinkovito kontrolirana z običajnimi procesi discipliniranja v skupnosti — z opominjanjem in opozarjanjem... Šele ko deviantnosti postane razširjena... postane večja verjetnost, da bodo vodje skupnosti vztrajali na formalni pisani prepovedi.«²⁰ Simbolični vlogi prava je lahko zadoščeno zgolj s tem, da potrdi superiornost enega izbora norm nad drugimi. Pravo je v tem cilju uporabljeno, da razglasi določen izbor norm kot »skupno minimalno moralo«.²¹

4. NEKAJ O TEŽAVAH Z EPISTEMOLOŠKIM DOSEGOM

Sutherlandova posrečena tripartitna opredelitev kriminologije nas sama od sebe pritegne na svoj začetek, t. j. na (pod)polje ustvarjanja (predpisovanja, spočetja oz. »rojevanja«) kazenskoprnih norm.

Zastavimo si vprašanje, ali je tak predmet analize, to »kaotično prednormno stanje«, polno metapravnosti par excellence, subjektivne interesnosti in drugih nepravnihih prvin, sploh primerno za »znanstveno pečanje«, ali pa nam je njegovo »bistvo« imanentno izmuzljivo in si s tem, ko se ga kljub temu lotevamo, kopicimo le nova vprašanja in težave? Če že, po vsej verjetnosti ne moremo o procesu nastajanja kazen-

¹⁸ Gallier, str. 135. Ne da bi v podrobnosti načenjali to zelo zanimivo (akademsko?) vprašanje naj bralca napotimo vsaj na komentar Denisa F. Foxa v prispevku z naslovom »Where's the Proof that Law is a Good Thing?«, Law and Human Behavior, Vol. 17, No. 2, 1993, 257—258.

¹⁹ Gallier, str. 135.

²⁰ Eaton v Gallier, str. 135.

²¹ Gusfield v Gallier, str. 144.

skoprnih prepovedi govoriti z natančnostjo matematike ali formalne logike, do katere stopnje »epistemološke natančnosti« nas to polje, glede na svojo naravo (ob predpostavki agentove optimalne usposobljenosti in potrebne kapacitete ter navdiha), sploh pripusti?²² Lahko se vprašamo tudi v obratni smeri, in sicer, kolikšno mero znanstvenosti (oz. vsaj odetosti v njen plašč) nam lahko nudijo takšni poskusi, katere (strateške in taktične) kriminološke »metode in tehnike« so na voljo in ali imajo vgrajene dovolj rigorozne kavtele za dosego tega, čemur pravijo »objektivno znanstveno spoznanje«. Kdaj lahko pri take vrste raziskovanju rečemo, da smo se dokopali do novega spoznanja oz., emfatično rečeno, »odkritja«, kot je to običajno pri nekaterih drugih disciplinah. Če tega ne moremo, kdaj lahko rečemo vsaj to, da je stvar izpeljana »lege artis«. ²³ Jasni odgovori na ta vprašanja bi nam poleg premočrtnosti v delovanju nudili tudi možnost za selektivnost in znanstveno občutljivo izbirčnost pri vrednotenju posameznih, že znanih tolmačenj nastanka kazenskih prepovedi.²⁴

Takšna in podobna vprašanja in dvomi nas lahko prevevajo v naši (priučeni in privzgojeni) kartezianski drži v razmerju do postavljenega predmeta.

Sodobna teorija znanosti, ki kot meta-teorija znanstvenega spoznavanja analizira dogajanja na celotnem spektru »posamičnih znanosti« na temelju vzpostavljenih meril (ki pa se tudi tu razlikujejo glede na razne teoretične smeri) tudi primerja epistemološke domete posameznih ved. Preučuje tipe in načine znanstvenih trditev kot tudi logiko znanstvenih sklepanj. Glavna distinktivna polja preučevanja posameznih poskusov naj bi bila: logični vzorci znanstvenih razlag, konstrukcija znanstvenih pojmov in teorij in opravičevanje znanstvenih zaključkov.²⁵ Ob tem velja vzeti na znanje, da tradi-

²² Obstajajo tudi že poskusi formalizacije dogajanja v kriminalni politiki in sicer npr. v obliki matematičnega modela, ki (bi naj) simulira(l) dogajanja v zvezi z nastajanjem kazenskopravnih zapovedi in omogoča napovedovanje. Takšen dosti enostaven model prikazuje Dessaur, str. 84–86.

²³ Takšno »dokopanje do resnice« oz. odkritje si lahko klasično predstavljamo tako, kot so to razumeli stari Grki, ki jim je aletheia (neskritost) omenila to, kar je odkrito, kar ni več zakrito. Grki so resnico odkrivali. Glej Laing, str. 129.

²⁴ Pisici kriminoloških tekstov redno opažajo težave z velikim, skoraj nepreglednim številom globalnih in delnih teorij na skoraj vseh kriminoloških (pod)poljih. Tako npr. Kanduč podaja odlično primerjavo, ko govori o »močno prepletenem teoretičnem rastju«, ki nam že, lahko bi rekli, močno zastira pogled na »predmet sam«. Glej Kanduč, str. 103.

²⁵ Ule: Sodobne teorije znanosti, str. 25.

cionalna teorija znanosti vendarle (vsaj po mnenju večine zmernih teoretikov) izhaja iz zasidranosti v nekem osrednjem (seveda tradicionalnem) »modelu znanstvenega uma« in njegovih idealnih načel.

V tej zvezi je zanimivo razmišljal že Aristotel, ki je v Nikomahovi etiki zatrjeval, da je pri razpravljanju o nekem predmetu dovolj, če dosežemo tolikšno jasnost kot jo dopušča snov, s katero se ukvarjamo.²⁶ Na nekem določenem področju smemo zahtevati le tolikšno mero natančnosti, kolikor jo dopušča narava obravnavanega predmeta.²⁷

4.1. Analogija s sociologijo

Klasike kriminologije (Sutherland, Becker, Merton, Sellin, A. K. Cohen, Lemert, itn.), ki so večinoma bili po temeljni izobrazbi sociologi, je dosti zaposlovalo vprašanje metode in v zvezi s tem določanje standardov za svojo disciplino. Ob podmeni, da je kriminologija v svojem bistvu sociološka veda, lahko razmišljanja, ki veljajo za sociologijo, vzamemo tudi za kriminologijo. A. Ule v svojem delu »Sodobne teorije znanosti« označi sociologijo kot sicer empirično znanost, ki pozna tudi eksperimentalne raziskave (v povezavi s socialno psihologijo), ki pa, sama po sebi, ni eksaktna znanost, ker (kot celota) ne stremi k odkritju strogih, kvantitativno opredeljenih socioloških zakonov, ki bi enolično in splošno vzročno determinirali človeško ravnanje. Zadovolji se zgolj z odkrivanjem pomembnih tendenc v družbenem dogajanju in tako, ob vsej pomoči matematičnih in statističnih metod, ostaja kvalitativna znanost.²⁸ Po Beckerju in Horowitzu je dobra sociologija izdelek, ki podaja smiselne opise organizacij in dogodkov, veljavne razlage o tem, kako nastopijo in kako potem trajajo, ter podaja realistične predloge za njihovo izboljšanje ali reformo.²⁹ Sociologija, ki temelji na najboljših dostopnih dokazih, bi

²⁶ Aristotel, 1094b.

²⁷ Aristotel podaja ob tem naslednjo primerico: »... kakor bi bilo nesmiselno poslušati pri matematiki, kako zna lepo postavljati besede, prav tako bi bilo zgrešeno, od govornika terjati neispodbitnih dokazov«. Prav tam.

Ob tem lahko pripomnimo, da nas taka splošna razrešitev metodoloških dilem verjetno ne more popolnoma pomiriti, saj bi v njej našli prikladno vodilo zgolj v primeru, ko bi že vnaprej vedeli za stopnjo natančnosti, ki jo dopušča »narava« določenega predmeta in bi potem na podlagi takšne vnaprejšnje vednosti lahko ocenjevali posamezne poskuse. Takšne vnaprejšnje vednosti nimamo.

²⁸ Ule, Sodobne teorije znanosti, str. 12.

²⁹ Becker in Horowitz, str. 50.

naj dajala analize, ki imajo veliko verjetnost, da so resnične v lingvističnem smislu, kakor tudi v ontološkem smislu, da so »resnične v odnosu do sveta«. Običajno pa gre, po Beckerju, za delne resnice, ki so vedno odprte za izboljšanje.³⁰

Veliko napak v sociološkem raziskovanju je enostavno posledica neznanja. Veliko moderne sociologije ni resnične niti v ozko znanstvenem smislu, saj je npr. neka teorija ovrgljiva že z dokazi, ki se kažejo iz njenih lastnih podatkov ali z dokazi, ki bi jih raziskovalec lahko pridobil, če bi si v to smer bolj prizadeval.³¹

Ob vsem tem se mora kriminologija zavedati še prav specifične nevarnosti, ki ji bo verjetno trajno grozila. Svoj prostor ima namreč v tistem delu sociologije, ki je ozko povezan z družbenimi vrednotami, ki so pač take narave, da v veliki meri usmerjajo teoretično razmišljanje, kakor tudi percepcijo dokazov.³² Zelo blizu je tudi besednjaku oblasti, politike, nadzorovanja, discipliniranja, vladanja. »Strukture«, ki držijo v svojih rokah »vzrode družbene moči«, nenehno povpraševanje po najnovejših inovacijah odgovora na vprašanje, kako narediti nadzorstvo še učinkovitejše. Obstaja možnost, da postane kriminologija tisti servis, ki nudi potrebne informacije in orodje članom »establishmenta«, njene raziskave pa omogočijo, da nadzorstveni mehanizmi delujejo bolj naoljčeno in bolj učinkovito nadzorujejo svoje naslovnike.³³

Akademski teoretik lahko le opazuje, ko zakonodajalec hitro in pragmatično, tako rekoč »s potegom meča«, določi kazenskopravne zakonodajne rešitve, brez najmanjše vednosti o kakršnihkoli kriminoloških pogledih na področje, ki je na dnevnem redu. Sicer je mogoče, da je o takih pogledih obveščen in jih upošteva v določeni meri, lahko je obveščen, pa jih ne upošteva, lahko pa tudi ravna »kot se mu zdi prav« in se odloča na pamet oz. na po-

³⁰ Prav tam. Ljudje želijo vedeti kakšen je svet; sociologi pa jim dajo korelacijske koeficiente. Koeficienti nam pomagajo pri spoznavanju tega, kakšen svet je in za to je treba zavrniti pretirano kritiko, ki meni, da dokler sociologija ne reproducira sveta v polni paleti živih barv, je njena vrednost zelo nizka.

³¹ Dobra sociologija je često radikalna. Sociologija, ki ni dobra, ne more biti radikalna v nobenem pravem smislu. Prav nasprotno je res: kvaliteta sociološkega dela določa stopnjo njenega radikalnega naboja. Becker in Horowitz, str. 50–51.

³² Glej Laub, str. 29.

³³ Galliher, str. 12.

³⁴ Glej o tem več Galliher, str. 12. Po Deweyu pa je seveda »... povsem napačno misliti, da je delovanje družbenega nadzorstva odvisno od predhodnega obsto-

dlagi svojih predsodkov (mišljenih vsaj v benignem nevtralnem smislu).³⁴ Dejstvo, da često ob isti stvari kriminologi prihajajo do različnih (lahko celo kontradiktornih) zaključkov, je znano. Zanimiva je tudi Beckerjeva analiza t. i. vrednostne nevtralnosti, »disinteresiranosti« kot zahtevanega železnega postulata znanstvenega udejstvovanja. Po Beckerju velja, da moramo (ne gre drugače) pri študiju procesov deviantnosti stati na stališču vsaj ene izmed skupin, ki so v dogajanje vmešane, bodisi da gre za tiste, poenostavljeno rečeno, ki so označeni, ali tiste, ki so označevalci.³⁵ Položaj lahko ocenjujemo tudi z obeh plati, vendar to ni mogoče simultano. Po Beckerju, ne moremo znanstveno vzpostaviti deskripcijo položaja ali procesa, ki bi na nek način povzela poglede in razlage obeh strank. Višje realnosti, ki bi bila smiselna za oba pogleda, ne moremo opisati. Lahko zgolj opišemo stališča ene skupine in pokažemo, kako sovpadajo ali ne sovpadajo z mrežo stališč druge skupine. Situacije ali procesa ne moremo razumeti, ne da bi namenili veliko pozornost razlikam med pogledoma obeh skupin.³⁶

Sami naravi pojava deviantnosti je lastno, da ustvarja velike težave tistemu, ki bi hotel preučiti obe glavni strani procesa in primerno povzeti poglede obeh vrst udeležencev.³⁷ Če bomo tako usmerili svojo raziskovalno pozornost na tiste vidike, za katere se zdi, da potrjujejo vedenjski univerzum ene skupine, se bo zdelo, kot da pišemo apologijo te skupine. Vsaka stran nam bo lahko (v obilici) pokazala na tiste vidike izkušenj njenih akterjev, ki bodo opravičevali svoje specifične poglede. Kateremukoli pogledu se bomo približali, nam bodo verjetno očitali, da predstavljamo zgolj enostranski in izkrivljen pogled na »stvarnost«.³⁸

Kljub vsemu je imeti pred očmi enostavno in temeljno dejstvo, ki je sicer povsem druge narave, lahko pa kljub vsemu deluje kot strateška usmeritev pri raziskavah tega področja. Gre za to, da običajno velja, da je pogled z vidika predpostavk uradnih označevalcev na razne oblike deviantnosti široko raziskovan in predstavljan, nasprotno pa ne velja.³⁹

ja (korpusa vednosti) družbenih ved. Res je prav nasprotno. Razvijanje (building up) družbenih ved, t.j. vedenja, ki spravlja dejstva v signifikantne povezave, je odvisno od uvajanja (splavljanja) projektov družbenega načrtovanja (inženiringa) v stanje učinkovanja ...«. Dewey v Sutherland, Principles of Criminology, str. 4.

³⁵ Becker, str. 172.

³⁶ Prav tam, str. 173.

³⁷ Prav tam.

³⁸ Prav tam, str. 174.

³⁹ Prav tam.

5. INTERESI OB NASTAJANJU ZAKONOV

Kaj pripravi zakonodajalca do tega, da spremeni neko kazenskopravno prepoved? Koliko se dogajanja v kovanju kriminalne politike razlikujejo od političnega delovanja na drugih področjih? Z zastavljanjem takih vprašanj ne merimo, kot je to običajno pri temi kriminalne politike in njene običajne opredelitve, na evaluiranje »celote vseh dejavnosti državnih in drugih organov za preprečevanje in zatiranje kriminalitete«,⁴⁰ temveč gre bolj za vprašanja, ki so lastna t. i. »vedi o kriminalni politiki« (Kriminalpolitikwissenschaft).⁴¹

Prikazati je treba tiste odločilne mehanizme interesnih vplivov, iz katerih se v končni fazi oblikujejo specifične definicije, ki dobijo obliko zakona. Gre za interese v izbiri in oblikovanju zapovedi kazenskega materialnega prava.

Za razumevanje kriminalitete je nujno preučiti kazenskopravno zakonodajo in jo v tem smislu videti tudi kot rezultat političnega zakonodajnega dela (in soustvarjanja zakonov po sodiščih, kar tukaj zanemarimo), ne pa je jemati zgolj kot (bolj ali manj večni) inventarni zapis »univerzalno nesprejemljivih, zavržnih dejanj« oz. »minimuma morale«. ⁴² Iz tega zornega kota lahko vidimo nekatere izbire in opredelitve kaznivih dejanj kot postavljene na določene vedenjske vzorce nekaterih družbenih skupin s strani drugih skupin, ki so v času odločanja imele večjo družbeno moč.⁴³

Ameriški kriminolog Robert P. Rhodes je v svoji knjigi »The Insoluble Problems of Crime«, vsaj za prizorišče ZDA, ugotovil naslednje splošne značilnosti teh procesov: 1. skupine pritiska v primeru kazenskega prava lobirajo prav tako kot pri drugih zakonih, 2. postavljene so pomembne meje, čez katere se zakonodajalci ne upajo, saj se boje preveč »razburiti« posameznike ali skupine, ki bi branili določene veljavne elemente moralnega ali političnega reda, 3. v družbi so elite, ki so ozko povezane z nastajanjem kazenskopravnih zapovedi.⁴⁴

Naj bo delovanje in prizadevanje posameznih interesnih akterjev v političnem procesu, po njihovem

⁴⁰ Glej Bavcon, *Kriminalna politika in njene tendence v socialistični družbi*, str. 9.

⁴¹ Vedo (ali bolje teorijo) o kriminalni politiki bi lahko šolsko opredelili kot »znanstveno analizo ustreznih preudarjanj in procesov izoblikovanja volje zakonodajalca, posebej še glede spreminjanja opisov kaznivih dejanj in sistem kazenskih sankcij«. Glej Schwind, str. 11. O težavah z oznako »kriminalna znanost« (science criminelle) glej Bavcon, str. 9.

⁴² Rhodes, str. 24.

⁴³ Prav tam.

⁴⁴ Prav tam, str. 25.

mnenju, še tako utemeljeno na razumu in trdnih argumentih, prej kot slej velja, da kriminalna politika ni samo odziv na odločen problem, temveč gre za vzajemen odnos med problemom in politiko. Določena kriminalnopolitična praktična usmeritev namreč lahko povzroči nove probleme ali napravi stanje še slabše, kot je bilo pred posegom.⁴⁵

Predvsem ne gre za obrobna vprašanja, temveč za procese z dolgoročnimi posledicami za družbo, saj v njih nastajajo uradne definicije deviantnosti in konformnosti.⁴⁶ Ob tem je treba videti norme tudi v tisti vlogi, v kateri same močno vplivajo na strukturiranje celotne konfiguracije problema.

Tangencialno na takšna razmišljanja lahko ugotovimo, da v določenem smislu nobena kazenskopravna zapoved nikoli v celoti ne doseže zadanega cilja (ob postavki, da sploh vemo, kaj bi naj tak »cilj« bil).⁴⁷ Po Sutherlandu se zakoni nakopičijo takrat, ko so sami običaji šibki in nekonsistentni; po drugi strani pa velja, da lahko zakoni, ki nimajo dovolj opore v običajih, postanejo neučinkoviti kot sredstvo nadzorstva. Ko običaji »delujejo«, so zakoni nepotrebni; ko običaji ne dajejo željenega učinka, so tudi zakoni neučinkoviti.⁴⁸ Zakoni, ki jih ni moč izvajati, ko so »unenforceable«, so po drugi strani lahko indikator nekonsistentnosti v družbenem sistemu vrednot. Lahko zrcalijo točko konfliktnosti interesov (ekonomskih in drugih), ki delujejo izza pravne strukture. Lahko služijo tudi kot označevalci pomembnih točk družbenih sprememb.⁴⁹

Tisti, ki so v posesti moči in ki jim za nekaj gre (ki torej niso izmed tistih, po Shakespearu »... that have power to hurt and will do none«, Sonet 94), so praviloma pripravljene in usposobljene institucionalizirati konformnost ostalih s svojimi moralnimi pravili. Moč je med drugim ravno sposobnost izvajati svoja moralna videnja. Močni lahko tako konvencionalizirajo svoje moralna merila.⁵⁰ Legitimnost in avtoriteta (formalnega zakona) tako nikoli ne izključujeta moči — jo samo defokalizirata oz. naredita latentno. Kako bi lahko avtoriteta odpravila moč, ko

⁴⁵ Schur, str. V.

⁴⁶ Laub, str. 23.

⁴⁷ Schur, str. 7.

⁴⁸ Sutherland, str. 11. Še pred njim Tacitus: *Corruptissima res publica, plurimae leges*.

⁴⁹ Schur, str. 7. Galliher in Pepinsky napovedujeta, da bo npr. inkriminacija simptomov anomije vedno bolj dominirala v materialnem kazenskem pravu ZDA. Opozarjata, da reakcija na anomijo na ravni kazenskega zakona ne zožuje, temveč razširja (poglablja) problem izgube smisla v življenju ljudi in tako še otežuje možnosti transcendiranja procesov anomije. Galliher in Pepinsky, str. 35.

⁵⁰ Gouldner v Ian Taylor, Paul Walton in Jock Young, *The new criminology*, str. 169.

pa postane, »normalizirana represija«?⁵¹ Velik del deviantnosti lahko vidimo kot boj ali reakcijo zoper tako »normalizirano represijo«. Gre za poskuse prebijanja sprejetih, neproblematiziranih, na koncu koncev iz moči investiranih norm (neke stopnje v razvoju) zdravega razuma.⁵² Rezultat, tj. vsakodnevna koncepcija tega, kar je prav, svet (neke dosežene stopnje) zdravega razuma, v katerem živijo tako deviantni kot normalni, se tako v popolnosti pokaže kot rezultat, izoblikovan iz boja pozicij moči in interesov.⁵³

Chambliss je npr. v svoji študiji iz leta 1964 o klatežkih zakonih (»vagrancy laws«), ki so veljali v srednjeveški Angliji v obdobju od 1349. do 1743. ugotovil, da so takratni zakoni nastali s prav oprijemljivim interesnim namenom, in sicer omogočiti močnim zemljiščnim posestnikom stalen dotok cenene delovne sile. Ko to v spremenjenih razmerah ni bilo več potrebno in ko zemljiščni posestniki niso bili več odvisni od poceni delovne sile in tudi niso bili več močna interesna skupina v družbi, so ti zakoni »zaspali«. Pozneje je na prizorišču nastopila nova interesna skupina, ki je znala svoje interese uspešno uveljaviti in se je predstavila v družbi za tako pomembno, da je bil zakon spremenjen tako, da je varoval interese te skupine.⁵⁴

Nigel Walker je npr. za Anglijo (bistro) ugotovil, da je celota prepovedi, ki tvorijo angleško materialno kazensko pravo, rezultat »dograjevanja« skozi daljše časovno obdobje. To dograjevanje vidi kot končni rezultat oz. odgovor na »povpraševanje« takšne vrste s strani različnih skupin, med katerimi so bili najbolj vidni cerkev, policija in vladna ministrstva. Nekatere dopolnitve so nedvomno izražale široko sprejete vrednote, nekatere druge pa so bile uvedene v »statute book« kot posledica delovanja dobro organiziranih in taktično odlično podkovanih manjšin ali celo posameznikov. Tako je bil npr. leta 1958 v angleškem parlamentu kot rezultat zakonodajne iniciative poslanca posameznika (Private Member's Bill) sprejet t. i. »The Litter Act«, ki je kot kaznivo dejanje določil odmetavanje odpadkov na javnih mestih.⁵⁵

⁵¹ Taylor, Walton, Young, str. 169.

⁵² Prav tam.

⁵³ Prav tam.

⁵⁴ Chambliss v Taylor et al., str. 168.

⁵⁵ Walker v Carson, str. 110, Carson ob tem svari pred nevarnim poenostavljanjem takšne »reductio ad personam«. Nek drugi avtor, Paul Rock, v svoji knjigi *Deviant Behaviour* iz leta 1973, ki ga tudi omenja Carson, po našem mnenju v temelju upravičeno opozarja na nevarnost, ki jo ponazarja dihotomija teorij konspiracije in naivnega konsenza. V tej dihotomiji na eni (skrajni) strani stoji naivna teorija konspiracije,

Obstoj in sprememba družbenih institucij mora v določenem smislu vedno in povsod temeljiti na prepričanjih oz. na mnenju širšega ali ožjega kroga »reprezentantov« družbe, v kateri take institucije so.⁵⁶ Velikokrat se zgodi, da je neka novost zaradi neugodnih političnih razmer dejansko izvedena šele v času, ko so »reformatorji«, ki so v njeno dobro prvi prispevali argumente, že pokojni. Lahko se celo zgodi, da ima uveljavljena inovacija v času, ko je z zamudo končno uradno sprejeta, že močne teoretične nasprotnike, ali da celo predstavlja že preseženo paradigmo.⁵⁷ Tako lahko misli in sentimenti včerašnjega dne vodijo kriminalno politiko današnjega dne. Takšen pogled lahko velja seveda zgolj ob (bržkone naivni) predpostavki neprenehnega linearnega družbenega »napredka« in resničnega obstoja »objektivno preseženih paradig«.

Tak način razmišljanja lahko razširimo tudi na t. i. formalne zakonodajalce, t. j. na člane parlamenta, ki izglasujejo neko zakonodajno novoto. Po Diceyu je zakonodaja v Angliji delo mož, ki so že krepko »zakoračili v življenje«; politiki, ki vodijo spodnji dom, da ne omenjamo zgornjega, so zelo redko stari manj kot trideset let, večina pa jih je nad štirideset. Njihova globalna prepričanja pa tudi predsodki so se oblikovala ali so se jih navzeli že v zrelih mladih letih. Tako, po Diceyu, angleški zakonodajalci »izvajajo oz. uzakonjajo« svoje predsodke oz. načine razmišljanja, ki so si jih pridobili v svoji mladosti t. j. toliko in toliko let nazaj.⁵⁸

Po drugi strani pa vendarle obstaja tudi nekaj, kar lahko s pogledom od strani, poimenujemo zakon sukcesivnih transformacij posameznikovega mnenja.⁵⁹ John Stuart Mill, ki je avtor te oznake, je verjel, da je neprenehno spreminjanje stališč pri posamezniku v skladu z naprednim zgodovinskim gibanjem.⁶⁰

ki vzpostavlja predstavo družbe, v kateri izključno dominira neke vrste intelektualna verzija mednarodnega prostožidarstva, t. j. močne, v lastne interese zaverovane in sposobne elite. Teorija naivnega konsenza pa po drugi strani ne vidi realnosti strukturne in s tem povezane moralne razslojenosti družbe. Družbene vrednote (oz. vsaj tisti del, ki ga označuje t. i. »minimalna družbena morala«) se po tem zadnjem videnju zgolj nekonfliktno pravno tehnično preslikajo, po neki magični transformaciji iz konsenza v kazenski zakonik. Glej Rock v Carson, str. 110.

⁵⁶ Dicey, str. 71.

⁵⁷ Prav tam, str. 77.

⁵⁸ Prav tam.

⁵⁹ J. S. Mill v Duncan, str. 213.

⁶⁰ Prav tam. Takšno Millovo vrednotenje »sukcesivnih transformacij posameznikovega mnenja« je lahko sporno, odvisno verjetno od tega, kaj si pod to sintagmo predstavljamo.

Ko nekdo enkrat neko trditev zagovarja, drugič pa zatrjuje nekaj povsem nasprotnega, se njegovi trditvi kažeta kot nezdržljivi, če vse izjave tega človeka pojmuje kot en sam sistem. Kakor hitro pa pogledamo na posamezna obdobja njegovega življenja, kot na neodvisne celote, nasprotje izgine.⁶¹

⁶¹ Perelman, str. 64. Na vprašanje spreminjanja stališča, različnih moči argumentacijskih tehnik, ki sodelujejo v (kriminalno) političnem diskurzu in podobnem, lahko gledamo tudi skozi optiko t. i. odnosa večine in manjšine. Spreminjanje stališč je povezano z vlogo manjšin. Običajno se zdi, da v sodobnih predstavniških demokracijah procesi socialnega vpliva potekajo predvsem od večine k manjšini in le izjemoma obratno.

Glavni (a še ne zadostni) pogoj za vpliv manjšine na večino je predvsem konsistentnost v obnašanju manjšine. Pomembna ni sama konsistentnost obnašanja kot taka, temveč to, da je kot konsistentno prepozna večina v skupnosti. Za razvite moderne demokracije naj bi veljalo, da niso preprosto oblast večine, temveč gre za družbe, ki dopuščajo artikulacijo mnogih manjšin (seveda je vprašanje, na katerih področjih in glede katerih vprašanj prihaja do takšne benevolentne popustljivosti; gotovo med temi področji ni nobenega, ki bi spodjedal vitalne temeljne in ničte predpostavke oblasti večine — oz. tistih, ki jo »zastopajo« — oziroma glede teh vprašanj se »stik« z drugače mislečimi manjšinami vzpostavlja z enosmernimi poslanicami kazenskopravnih zapovedi. Prim. Moscovici v Mirjana Nastran Ule, Socialna psihologija, str. 315—325.

LITERATURA

1. Aristotel: **Nikomahova etika**. Ljubljana, Cankarjeva založba, 1964.
2. Bavcon, L.: **Kriminalna politika in njene tendence v socialistični družbi**. Ljubljana, Cankarjeva založba, 1958.
3. Bavcon, L., Šelih, A.: **Kazensko pravo splošni del**. Ljubljana, CZ Uradni list, 1987.
4. Becker, H. S.: **Outsiders — Studies in the Sociology of Deviance**. New York, The Free Press, 1963.
5. Becker, H. S., Horowitz I. L.: **Radical Politics and Sociological Research: Observations on Methodology and Ideology**. *American Journal of Sociology*, 1972/1, s. 48—66.
6. Carson, W. G.: »Symbolic and Instrumental Dimensions of Early Factory Legislation: A Case Study in the Social Origins of Criminal Law«. V: **Crime, Criminology and Public Policy**, Hoold R. (ur.). London, Heinemann, 1974.
7. Dessaur, C. I.: **Fondations of Theory-formation in Criminology**. The Hague, Mouton, 1971.
8. Dicey, A. V.: »Law and Public Opinion in England«. V: **Sociology of Law**, Aubert V. (ur.). Harmondsworth, Penguin Books, 1969, str. 71—79.
9. Duncan, G.: **Marx and Mill — Two views of social conflict and social harmony**. Cambridge University Press, 1973.
10. Galliher, J. F.: **Criminology**. New Jersey, Prentice Hall, 1989.
11. Galliher, J. F., Pepinsky, H. E.: »A Meta Study of Social Origins of Substantive Criminal Law«. V: **Crime, Law, and Sanctions**. Krohn M. D., Akers R. L. (ur.). Beverly Hills, Sage Publications, 1978, str. 27—38.
12. Kanduč, Z.: **Radikalna kriminologija — kriminologija vsakdanjega življenja**, **Revija za kriminalistiko in kriminologijo**, Ljubljana, 1992/2.
13. Kant, I.: Spor fakultet, **Vestnik IMS**, Ljubljana, 1987/1, s. 14—37.
14. Laing, R. D.: **Self and Others**. Harmondsworth, Penguin Books, 1969.
15. Laub, J. H.: **Criminology in the Making**. Boston, Northeastern University Press, 1983.
16. Meier, R. F.: **Crime and Society**. Boston, Allyn and Bacon, 1989.
17. Perelman, C.: **Kraljestvo retorike**. Ljubljana, Znanstveno in publicistično središče, 1993.
18. Perenič, A.: **Prispevki za teorijo prava**. Ljubljana, Pravna fakulteta DDU Univerzum, 1983.
19. Rhodes, R. P.: **The Insoluble Problems of Crime**. New York, John Wiley & Sons, 1977.
20. Schur, E. M.: **Crimes Without Victims**. Englewood Cliffs, Prentice-Hall, Inc., 1965.
21. Schwind H. D.: **Kriminologie — Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen**. Heidelberg, Kriminalistik, 1986.
22. Sutherland, E. H., Cressey, D. R.: **Principles of Criminology**. Sixth Edition. Chicago, Lippincott, 1960.
23. Taylor, I., Walton, P., Young, J.: **The New Criminology: For a Social Theory of Deviance**. London, Routledge & Kegan Paul, 1973.
24. Ule A.: **Sodobne teorije znanosti**. Ljubljana, Znanstveno in publicistično središče, 1992.
25. Ule, Nastran, M.: **Socialna psihologija**. Ljubljana, Znanstveno in publicistično središče, 1992.

»Wondering« about Making of Laws

Jager Matjaž L. L. B. Research Assistant, Institute of Criminology at the Faculty of Law, Kongresni trg 12, 61000 Ljubljana, Slovenia.

The paper draws attention to the social backgrounds and processes in which penal laws are created. A study of law-making seems to be rather neglected in comparison to the study of law-breaking, and to the analysis of the state's reaction to law-breaking, although it is also one of the three subjects of criminology. The present paper provides some possible reasons for such a situation. Exploration of the backgrounds of actual criminal law provisions is not immune to the general epistemological problems of criminology, in which the question of neutrality is particularly significant because of the very nature of the subject. Knowledge of the social origins of criminal law or its legislative history is crucial for comprehension of other criminologi-

cal issues. Processes of law-making constitute a part of criminal policy and the respective legislation is a result of political action which is as active in the case of criminal laws as in other fields of legislation. In these processes — especially when victimless crimes are concerned law-making is not only a question of an unproblematic inventory of a »minimum of morals« but is also a meeting point of the most diverse interests of various groups and lobbies.

Key words: criminology, law-making, penal legislation, criminal policy, interest groups.

UDC 343.2.01/211.2