

Utilitarne in retributivne zamisli o upravičenosti kaznovanja

Zoran Kanduč*

V članku so obravnavani nekateri teoretični problemi v zvezi s pravnofilozofskim utemeljevanjem oz. upravičevanjem kaznovalne prakse in kaznovalnih naprav. Posebna pozornost je namenjena retributivističnim in utilitarističnim zamislom o pravu nasploh in o kazenkopravnih sankcijah. Osvetljeni so nekateri najbolj znani poskusi preseganja protislovja med retributivističnim in utilitarističnim razumevanjem in vrednotenjem kaznovanja. Nekoliko podrobnejše so predstavljene klasične (utilitaristične in retributivistične) teorije o kaznovanju. V sklepnu delu so nakazani nekateri ključni problemi v zvezi z razumevanjem deluječega kazenskega prava v luči sodobnih kriminoloških teorij.

Ključne besede: utilitarizem, retributivism, upravičenost kaznovanja, namen kaznovanja

UDK: 343.2.01+343.241

Uvodna pripomba

Kaznovalno prakso ("criminal law in action") vselej sprembla določena kazenskopravna ideologija, ki jo "osmišlja" in upravičuje (ali nemara "vsaj" opravičuje). Ideološke "podlage" kaznovanja se seveda spreminjajo, vendar pa praviloma nihajo med utilitarističnimi in retributivnimi različicami.

V tem stoletju je imela nedvomno pomembno upravičevalno vlogo zamisel o rehabilitaciji. Utilitarno zamišljen rehabilitativni model - v vseh svojih možnih oblikah - doslej seveda nikjer ni bil v celoti in zares dosledno udejanjen kot osrednje vodilo kaznovalne (ali kriminalne) politike. Vzrokov za to je več: politične in ekonomske omejitve, "trdoživost" moralnih oz. pravnofilozofskih prepričanj o "svobodni volji" (in vzporedno s tem o subjektivni odgovornosti), upoštevanje idealja pravičnosti (oz. načela o "sorazmernosti" med zločinom in kaznijo), institucionalno-birokratski funkcionalni pritiski, deloma pa tudi očitne pomanjkljivosti pozitivističnih etioloških razlag, ki naj bi bile znanstvena opora rehabilitativnim prizadevanjem.

Dasiravno je bil potemtakem že od samega začetka velik razmak (celo prepad) med teoretičnimi (in celo normativnimi) koncepcijami rehabilitacije in njihovo dejanskostjo,¹ pa ne smemo pozabiti, da je bil nemara najvažnejši učinek rehabilitativnega modela - če odmislimo nikakor ne nepomembno "humanizacijo" izvrševanja zaporne kazni - ideološki. Na njegovi podlagi je bilo mogoče - zlasti v socialnem kontekstu, ki so ga zaznamovali gospodarska rast v petdesetih in šestdesetih letih, navidezni družbeni konsenz, država blaginje, mit o "koncu ideologije" ipd. - opravičevati (oz. osmišljevati) kaznovalno politiko. Rehabilitacijo je bilo mogoče prikazovati (med drugim tudi) kot "pozitivni" vidik kolektivne odgovornosti za kriminaliteto, ki se poraja iz zadnjih ostankov (absolutne) revščine, nezaposlenosti, kulturne obubožanosti in

drugih - še vedno neodpravljenih - družbenoekonomskih prikrajšanj. V sedemdestih letih je nastopila gospodarska kriza: vrsta družbenih procesov - npr. čedalje ostrejša konkurenca na svetovnih tržiščih, padajoče profitne stopnje, inflacija, porast brezposelnosti, manjša ekonomska rast, monetarna kriza ipd. - je zaostrlila ekonomska protislovja, ki so - hkrati s krčenjem socialdemokratske države blaginje - načela tudi materialno podlago rehabilitativnega idealja. Ker je slednji, deloma tudi zaradi številnih empiričnih kriminoloških raziskav, ki so pokazale na nekatere njegove resne pomanjkljivosti, izgubil tudi svojo ideološko prepričljivost in uporabnost, je nastala praznina, ki jo je (zlasti v ZDA) zapolnil *justice model of corrections*.²

Pravičnostni oz. neoklasični model je ponovno oživil stare kazenskopravne zamisli o retribuciji in zasluzeni kazni (*just desert*),³ teorije o generalno-preventivni funkciji kazenskega prava, zamisel⁴ o polni posameznikovi odgovornosti itd. Tako imenovani "novi realisti" so se zavzeli za spoštovanje formalne enakosti (pred "zakonom"), za bolj dosledno upoštevanje posameznikovih pravic in svoboščin, za

² Prim. Fogel in Hudson, str. 4-18; von Hirsch; Banfield.

³ Morris meni, da bi kazalo na podlagi zasluzenosti določiti samo zgornjo mejo kaznovalnega (represivnega) odziva na kaznivo dejanje. Znotraj tako zamenjene okvira pa pušča prostor za utilitaristično zasnovane ukrepe, katerih cilj je denimo rehabilitacija obsojenca ali varovanje družbe pred nevarnimi kriminalci. Morrisovo pojmovanje zasluzenosti bi lahko uvrstili v teoretski sklop, ki ga običajno označujemo s sintagmo "omejena retribucija" oziroma "retribucija zasluzenega maksimuma". Prim. Morris, str. 73-75. Von Hirsch pa je stopil še korak dalje in vpeljal pojem *commensurate desert* (sorazmerna zasluga), ki implira zahtevo, naj bo kaznen strogo sorazmerna ugotovljeni oziroma ocenjeni škodi in storilčevi krivdi. Na ta način bi se po njegovem mnenju lahko izognili tako pretirano strogi kazni (to je sicer mogoče že na podlagi Morrisovega pojma zasluzenosti) kakor tudi pretirano blagi kazni. Prim. von Hirsch, *Doing Justice*, str. 69-72.

⁴ Na pomen kazni kot odraza posameznikove družbene odgovornosti je opozoril že Ferri. Po njegovem mnenju je individuum pravno odgovoren do

* Zoran Kanduč, doktor znanosti, raziskovalec, Institut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Kongresni trg 12, 1000 Ljubljana

¹ Prim. Conrad; Rossi in Berk, str. 69-87.

zakonitost kazenskega postopka (in izvrševanja kazenskih sankcij), zmanjšanje diskrecije (sodnika in tako imenovanih *parole boards*) ipd.

Radikalni kriminologi⁵ so namenili pravičnostnemu modelu precejšnjo pozornost. V nadaljevanju se bomo dotaknili tistih vidikov njihovih kritik, ki presegajo družbene in časovne (zgodovinske) omejitve in so zato zanimivi tudi iz teoretskega zornega kota, zlasti v luči - malone "večnih" - razprav o utemeljenosti kaznovanja in njegovih ciljev. Bistvo radikalne kritike bi lahko povzeli nekako takole: (a) pravičnostni model je - na abstraktni ravni - boljši (sprejemljivejši) od utilitarnega, vendar pa je v razmerah razredno razcepljene družbe (polne raznovrstnih neenakosti) neuresničljiv; (b) če je kljub temu privlačen z gledišča uradne kriminalne politike, je to zaradi njegove ideoološke funkcije; (c) pravičnostni model ima poleg tega tudi vrsto imarentnih teoretskih pomanjkljivosti.

Retributivizem in utilitarizem na pravnem in kazenskopravnem področju

V zvezi z vprašanji, ki zadevajo bistvo kaznovanja oz. njegovo upravičenost in namen(e), sta se v kazenskopravni teoriji (pa tudi v praksi) izoblikovali dve temeljni usmeritvi: absolutna in relativna teorija

družbene skupnosti že zato, ker je njen član. Dejstvo, da živi v družbi, je vir vseh pravic in dolžnosti pravnega subjekta. Prim. Ferri, str. 363. Podobna stališča zasledimo pri Hartu, ki poudarja, da postavljajo temeljne kazenskopravne prepovedi normativni minimum dolžnosti, ki jih mora upoštevati sleherni družbeni član, da bi družba kot taka sploh lahko obstajala in delovala. Te dolžnosti izhajajo iz objektivnih razmerij vzajemne odvisnosti med člani skupnosti oziroma iz skupnega zavedanja te soodvisnosti. Hart meni, da kazensko pravo določi nujne standarde družbeno sprejemljivega vedenja, hkrati pa prepusti posamezniku odločitev, ali jih bo upošteval ali kršil in si s tem nakopal vnaprej predvideno sankcijo. Vendar pa Hart ne pozabi podčrtati, da mora biti družba urejena tako, da bo imel sleherni njen član možnost enake in poštene izbire med zakonitim in nezakonitim ravnanjem. Prim. Hart, str. 413. Šele če je izpolnjen ta pogoj, je mogoče utemeljevati kazen kot nujno implikacijo posameznikove svobode. Na to predpostavko - teoretično upravičenega - kaznovanja opozarja tudi Rawls. Po njegovem mnjenju načelo kazenske odgovornosti ni utemeljeno na podmeni, da mora biti kazen prvenstveno retributivna, ampak na priznavanju posameznikove svobode. Vendar pa morajo državljanji jasno in nedvoumno vedeti, kaj pravo od njih zahteva, poleg tega pa jim mora družba ponuditi realno možnost, da se ravna po veljavnih "pravilih igre". Če ta dva pogoja nista izpolnjena, je kaznovanje nedopustno. Prim. Rawls, str. 241.

⁵ Podrobna analiza v Traverso in Verde, str. 184-193.

("punitur ne peccetur"). Kazenskopravni teoretiki⁶ ugotavljajo, da se v zadnjih sto letih obe pojmovanji medsebojno izmenjujeta, tako da obdobju, v katerem prevlada ena smer, praviloma sledi obdobje, v katerem prevlada druga, "antitetična" usmeritev. Že uvodoma velja poudariti, da antagonizem med retributivnim in utilitarnim stališčem nikakor ni omejen zgolj na ozko kazenskopravno področje, ampak ga zasledimo že na dosti bolj splošni in abstraktni ravni, npr. v zvezi z razumevanjem bistva (oz. "pojma") prava. V mislih imamo vprašanje, ali kaže iskati idejo (oz. "princip") prava v (družbeno-zgodovinsko pogojenem) idealu pravice ali pa nemara v "državnih razlogih" oz. občih družbenih interesih.⁷ Opraviti imamo skratka z dilemo, ali je mogoče pravo skrčiti na politično razsežnost ali pa gre, nasprotno, za nekakšen družbeni pojav *sui generis*, utemeljen na pravno specifični vrednoti, npr. na pravičnosti. Če se odločimo za drugo različico, trčimo ob naslednji problem: je "pravica" specifično pravna "kategorija" (vrednostni ideal) ali pa zgolj ena izmed moralnih vrednot in potemtakem samo izpeljanka - mnogo bolj temeljnega - moralnega fenomena?

Ravno na področju kazenskega prava je mogoče nemara najbolj jasno začutiti ireduktibilno naravo protislovja med pravičnim in koristnim. Ni si namreč težko zamisliti ukrepa, ki bi bil morda nadvse koristen iz družbenega ali političnega zornega kota, a bi bil vendarle v kričečem nasprotju z zahtevami pravičnosti. Z dovolj surovimi sankcijami bi bržkone lahko do te mere ustrahovali voznike, da bi se mnogo bolj kakor zdaj držali prometnih predpisov, vendar danes bržkone nikomur ne pride na misel, da bi npr. napačno parkiranje - v preventivne namene - sankcioniral s kamenjanjem, prebadanjem s koli, odiranjem kože ali celo - če vse to vendarle ne bi zaledlo - z uničenjem vozila (po možnosti vpričo lastnika). Vsaka namensko zasnovanata kazen - ne glede na to, ali se opira na zastraševanje, moralno (vzgojno) vplivanje ali rehabilitacijo - je dolgoročno obsojena na neuspeh, če se zoperstavlja pravladujočim pravnim nazorom (oz. splošni "pravni zavesti"), t.j. bolj ali manj "splošnemu" dojemanju ideala pravičnosti.⁸ Zato nikakor ni mogoče sprejeti - v kriminološki teoriji sicer pogosto zastopanega - stališča, da zamisel o pravični kazni zmanjšuje ali celo preprečuje učinkovito zasledovanje racionalnih namenov kazno-

⁶ Prim. Bačić, str. 40; Šelih, str. 209.

⁷ Prim. Kojève, str. 79-88; Cotterrell, str. 14-16.

⁸ Pri tem pa seveda ne smemo pozabiti, da se "prevladujoča" pravna naziranja - npr. postvarela predstava o "nujni" pravni povezavi med "zločinom" in kaznijo - v precejšnji meri izoblikujejo tudi pod vplivom delovanja kaznovalnih naprav.

vanja. Tega so se zavedali že "klasični" kriminologi, saj njihova doktrina družbene pogodbe implicira pojmovanje "kontrahenta", ki je po svoji "večni" naravi resda primarno sebičen, vendar pa je hkrati tudi zmožen ceniti prednosti, ki izhajajo iz sistema vzajemnih samoomejitev. To dejstvo, ne nazadnje, upošteva tudi poklasična kriminologija,⁹ ki povsem pravilno ugotavlja, da stališča pravnih subjektov do pravičnosti normativnih omejitev (v smislu žrtvovanja določenih lastnih interesov in/ali načinov njihove realizacije), ki jih terja spoštovanje veljavnih "pravil igre", v precejšnji meri vplivajo na obseg in strukturo konformnega oz., po drugi strani, odklonskega ravnanja.

Na področju kaznovanja se pravičnost praviloma navezuje na dve medsebojno povezani ideji: (a) enakost, ki implicira zahtevo, da mora enaki "krivdi" slediti enaka kazan (to pomeni, da razredne, rasne, spolne, narodnostne in druge razlike ne smejo vplivati ne na določitev/opredelitev "vsebine" kaznivega ravnanja ne na poznejši pregon in sankcioniranje kršilcev); (b) sorazmernost, ki implicira zahtevo, da mora strogost kazni ustrezati "resnosti" (krivičnosti) kaznivega dejanja. Radikalni kriminologi so pokazali, da se *criminal law in action* precej odmika od omenjenih idealov. Razlike v moči (med posameznimi družbenimi skupinami) se namreč izkazujejo tako na ravni zakonodajnih kakor na ravni pravosodnih dejavnosti: kaznovalni aparat se odziva po večini na "ulično" kriminalitetu, vrsta neprimerno škodljivejših ravnanj močnih - ekonomskih in političnih - subjektov pa se mu v dobršni meri iznika (med drugim tudi zato, ker gre za tehnično specializirane protipravne in nezakonite dejavnosti, ki se dogajajo v sferi pravno varovane zasebnosti, ne pa na javnih oz. vidnih družbenih prizoriščih). Kar zadeva sorazmernost, pa je treba poudariti, da je določitev "teže" kaznivega dejanja vezana na vrsto zamotanih vrednostnih presoj o kakovostnih in količinskih razsežnostih "škodljivosti" (krivičnosti) dejanja in krivde. To potentakem nikakor ni zgolj "tehnično" vprašanje, ki bi ga lahko rešili po nesporno in nedvoumni "objektivni", "strokovni" ali "znanstveno nevtralni" metodološki poti. Pomenljivo je, da se "novi realisti" osredotočajo malone izključno na ulično kriminalitetu: "Jasno je treba opredeliti prioritete na področju kazenskega prava: nasilna in premoženska kazniva dejanja so najbolj pomembna."¹⁰

Gibanje "nazaj k pravičnosti" (*back-to-the-justice*) je ponovno razvanelo polemične razprave med utilitaristi in retributivistimi. Kritični bralec se ob njih

bržkone težko izogne vtišu, da gre za spopad sterilnih, abstraktne zoperstavljenih oz. nasproti postavljenih stališč, ki se goreče napadajo in vzajemno obtožujejo, dasiravno ni povsem jasno, ali sploh govorite o istih stvareh. Zato ni čudno, da npr. Hart tovrstne polemike označi kot "confused shadow boxing".¹¹ Zdi se namreč, da si vsaka stran ustvari svojo podobo nasprotnika zgolj zato, da bi mu lahko očitala "grozodejstva", ki izhajajo iz njegove teoretske pozicije. Retributivistji poudarjajo, da je upravičeno kaznovati le nekoga, ki je prekršil kazenskopravno normo (in je potemtakem "kriv" oz. si "zasluži" kazan), v isti sapi pa obtožujejo utilitariste, da zagovarjajo kaznovanje nedolžnega oz. uporabo človeškega trpljenja kot sredstva za doseganje družbeno koristnih ciljev: "Utilitarizem napeljuje k sklepu, da je treba kaznovati psihotike, duševno motene in nedolžne ljudi, če je to koristno. ... Pojem zasluga se pri njih ne pojavlja. Edino pomembno vprašanje je, ali je mogoče s kaznijo povečati obče koristi."¹² Na drugi strani pa utilitaristi poudarjajo, da je ključna funkcija kazni zastraševanje oz. preprečevanje prihodnjih kaznivih dejanj, istočasno pa obtožujejo retributiviste: (a) da njihova teorija opravičuje primativno/necivilizirano maščevanje (in opisuje zadajanje bolečine kot nekaj, kar je dobro že samo po sebi, namreč *an sich*); (d) da so njihova stališča po svoji logično-semantični strukturi tautološka (trditev, da krivec mora biti kazovan, je po svoji logični naravi analitična, zakaj pojem "kazen" se lahko smiselno nanaša zgolj na "krivca"); (c) da je retributivismus zgolj slabo prikrit utilitarizem (trditev, da kazan "ukinja" zločin, pomeni, da je upravičen zaradi svojih dobrih oz. koristnih posledic).

Spor je zaostren do te mere, da se zdi, kot da bi bili možni zgolj dve teoretski poziciji, namreč upravičiti kazan bodisi z retributivnimi razlogi¹³ (se pravi z

¹¹ Prim. Hart, *Prolegomenon to the Principles of Punishment*. Prim. še Honerich, str. 14-21; Packer, str. 62-70.

¹² Ezorsky, str. 125. Prim. tudi Primorac, str. 112-119.

¹³ Seveda je - če podrobneje razčlenimo poglavitev teoretske argumente - stanje v sodobni kazenskopravni filozofiji neprimerno bolj kompleksno. V splošnem je mogoče reči, da ni občega soglasja o tem, katera teorija je pravzaprav retributivna v strogem pomenu te besede. Retributivne zamisli so namreč precej raznovrstne. Razlikujejo se v razlogih, s katerimi utemeljujejo kazan, v načinu, kako pojmujejo razmerje med kaznivim dejanjem in kaznijo, pa tudi v rangiranju prepričljivosti posameznih argumentov, ki tvorijo celostno teoretično utemeljitev kaznovalne prakse ali kaznovanja v posamičnem primeru. Na najbolj abstraktni ravni bi lahko retributivne razlage razvrstili v dve veliki skupini, namreč v teleološke in

⁹ Prim. Roshier, str. 83-84.

¹⁰ Morris in Hawkins, str. 8.

zasluženostjo) bodisi z njenim domnevnim preventivnim delovanjem (splošnim ali posamičnim, "pozitivnim" ali "negativnim") - *tertium non datur*. Po drugi strani pa je jasno, da bi le s težavo našli utilitarista, ki bi izrecno zagovarjal kaznovanje nedolžnih ljudi, pa tudi retributivista, ki bi opravičeval nebrz-dano maščevanje ali izrazito stroge, "drakonske" kazni. Da bi nakazali izhod iz te slepe ulice, so nekateri pravni filozofi skušali "sintetizirati" - vsaj na prvi pogled - povsem nasprotuječe si argumente. Omeniti velja zlasti tri najbolj znane poskuse "sprave" antitetičnih stališč.

Preseganje utilitarizma in retributivizma

(a) Quinton meni, da retributivizem in utilitarizem ne govorita o istih stvareh.¹⁴ Prvi odgovarja na logično vprašanje: kdaj lahko ("can") kaznujemo? Drugi pa odgovarja na moralno vprašanje: kdaj je treba ("ought") - oz. kdaj smemo ("may") - kaznovati? Retributivizem torej razлага pojem - oz. poimenovanje (besedo) - "kaznovanje" (v posamičnem primeru), ki naj bi že po definiciji implicirala "krivdo". To pomeni, da je logično in pomensko nepravilno uporabljati besedo "kazen" v primeru, ko gre za zadajanje bolečine nedolžni osebi. Takšno ravnanje pač preprosto ne sodi v razred pojavorov, ki jih označuje izraz "kaznovanje". Utilitaristični argumenti pa govore o moralni upravičenosti kazni kot posebne družbene institucije, normativno urejene s kazenskopravnimi materialnimi in procesnimi pra-

neteleološke. V luči prvih je namen (cilj) tega, da se storilcu pokaže nedopustnost oziroma protipravnost ("krivičnosti") njegovega dejanja s kaznijo, doseči njegovo moralno preobrazbo ("poboljšanje"). Neteteološke retributivistične teorije pa opisujejo kazen bodisi kot storilčeve pravico bodisi kot nekaj, kar je dobro (pravično) že kot tako, ne glede na nadaljnje posledice, ki jih utegne izzvati. Zgled neteteološkega retributivističnega razmišljanja je Nozickova ute-meljitev kazni. Po njegovem mnenju retributivna kazen znova poveže storilca s pozitivnimi družbenimi vrednotami, od katerih se je na nek način "odtujil" s svojim kaznivim dejanjem. V procesu kaznovanja učinkujejo pozitivne družbene vrednote na storilčeve živiljenje. Nozick s tem ne misli na to, da storilec zara-di kazni: (a) ponotranji kazenskopravno zavarovane družbene vrednote, (b) ravna v skladu z veljavnimi družbenimi normami, (c) občuti krivdo in se kesa zaradi nemoralnega početja v preteklosti, (d) izraža neodobravanje (moralno sankcijo) svojega kaznivega dejanja. Pisec poudarja, da je ključna razsežnost kaznovanja v njegovem performativnem (ilokucijskem), in ne v morebitnem perlokucijskem učinkovanju. Bistveno je, da storilec dojamе simbolično sporočilo kazni, ki je v tem, da je kaznovan zato, ker drugi (družba oziroma država) ne odobravajo njegovega ravnanja. Prim. Nozick, str. 372-384.

¹⁴ Prim. Quinton, str. 56-59.

vili: trpljenje, ki ga zadaja kaznovalni aparat, naj bi bilo sprejemljivo zaradi dobrih oz. koristnih ("funkcionalnih") družbenih učinkov/posledic (v meri, v kateri kazni odvračajo, zastrašujejo, zado-voljujejo žrtvine in skupnostne potrebe po maščevanju, ipd.).

(b) Tudi Rawls poudarja, da se retributivistična teorija nanaša na posamične primere "uporabe" oz. sankcioniranja splošne in abstraktne kazenskopravne norme, utilitaristična pa na kaznovalno prakso oz. na sistem kazenskopravnih pravil v celoti: "To, pri čemer retributivisti upravičeno vztrajajo, je stališče, da nihče ne more biti kaznovan, če ni kriv, se pravi, če ni prekršil kazenskega zakona."¹⁵ Razliki med posamičnim (primerom) in splošnim (normativnim in institucionalnim sistemom) ustreza razlikovanje med vlogama zakonodajalca in sodnika: (a) prvi "gleda" v prihodnost in si prizadeva doseči določene družbene koristi ("common good"), npr. omejiti določena škodljiva ("kriminalna") ravnana; (b) drugi pa obravnava sporne enkratne zgodovinske dogodke iz preteklosti, se pravi nekaj, kar se je že zgodilo (in česar ni mogoče vselej "izničiti", zlasti v primeru, ko je bila povzročena neodpravljiva protipravna škoda).

(c) Hart¹⁶ v tej zvezi razlikuje tri ločena vprašanja. Kako upravičiti kaznovanje kot družbeno institucijo? Kdo je lahko kaznovan? Kako strogo naj kaznujemo? Po njegovem mnenju utilitaristi odgovarjajo na prvo vprašanje (s tem da postavlja kot splošno upravičevalni cilj - "general justifying aim" - kaznovalne prakse preprečevanje kaznivih dejanj), retributivisti pa odgovarjajo na drugo in tretje vprašanje, in sicer tako, da se problem kazenske odgovornosti reši v strogo retributivistični obliki, medtem ko se "količina" kazni določi s hkratnim upoštevanjem utilitarističnih in retributivističnih namenov oz. načel kaznovanja (le-ti določijo predvsem "zgornjo mejo", znotraj katere je še dopustno zasledovati raznovrstne utilitarne cilje). Na Hartovo razlagu se sklicuje tudi von Hirsch,¹⁷ ki postavlja ločnico med general justification in rationale for allocation (ki zadeva distribucijo različno strogih kazni med obsojene storilce).

Zgoraj omenjeni poskusi rešitve antinomije med retributivističnim in utilitarističnim stališčem so teoretsko pomanjkljivi, saj ne problematizirajo njunih izhodiščnih premis (oz. paradigmatskih "parametrov"). Retributivizem in utilitarizem se dojemata kot nekakšni nevprašljivi teoretski "danosti", pri čemer naj bi bil ves problem zgolj v tem, kako bi ju lahko povezali v sklenjeno in logično povezano celoto. V

¹⁵ Rawls, *Two Concepts of Rules*, str. 109.

¹⁶ Prim. Hart, *Principles of Punishment*, str. 23-26.

¹⁷ Prim. von Hirsch, *Doing Justice*, str. 35-36.

resnici pa so sporne že temeljne predpostavke omenjenih teorij (in ne samo njuna "antitetična" nasproti postavljenost), namreč dejstvo, da se razlika med njima omeji na vprašanje, s čim upravičiti kazen: z zasluzenostjo¹⁸ ali z zastraševanjem? Clarke¹⁹ je v tej zvezi pokazal, da so takšna pojmovanja retributivizma in utilitarizma zgolj "vulgarna" različica klasične debate med Beccarijo in Benthamom na eni strani ter Kantom in Heglom na drugi strani. Po njegovem mnenju je treba za pravilno razumevanje razlike med utilitarističnimi in retributivističnimi argumenti izhajati iz dvojnega razlikovanja. Na prvem mestu je treba razlikovati med kaznovanjem kot posebno družbeno institucijo (*punishment in general*) in kaznovanjem v posamičnih primerih (*punishment in particular*). Poleg tega pa je treba upoštevati še razloček med ciljem (*aim*) in upravičenostjo (*justification*), in sicer tako v zvezi s kaznovanjem nasprotnakor tudi v posamičnih primerih.

¹⁸ Dasiravno je zasluga osrednji pojem v retributivističnih utemeljitvah kazni, jo kazenskopravni teoreti razumejo zelo različno. Pojmovanja zasluge bi lahko razvrstili v dve skupini. Absolutne zamisli o zasluzenosti izhajajo iz podmene, da storilec kaznivega dejanja preprosto zasluži trpljenje, saj je to v skladu z našimi (človekovimi) najglobljimi in neizkorenljivimi intuicijami glede pravičnosti. Takšno stališče zagovarja denimo Kleining, ki se v tej zvezi sklicuje na zahteve po kaznovanju nacističnih grozodejstev, namreč vojnih zločinov in zločinov proti človeštvu. Prim. Kleining, str. 67. Vendar pa se ob tem zastavlja vprašanje, ali je treba pri določitvi zasluzenega trpljenja (v obliki retributivne kazni) upoštevati tudi morebitna storilčeva nezaslužena trpljenja - ki so lahko posledica družbenih ali naravnih vzrokov - v obdobju pred kaznivim dejanjem. Kritiki takšnega merila presojanja krivde poudarjajo, da kaže upoštevati preteklo trpljenje le v meri, v kateri vliv na posameznikovo zmožnost, da se vzdrži storitve kaznivega dejanja. Relativne zamisli o zasluzenosti pa utemeljujejo kazen s prizadetimi interesi drugih, zlasti žrtve, že kaznovani storilcev in lojalnih državljanov. Tako so nekateri teoretični prepričani, da storilec ne bi smel nadaljevati svojega življenja brez vsake boleče posledice, medtem ko je žrtev njegovega protipravnega dejanja usmrčena, poškodovana, oškodovana ali kako drugače prizadeta: kazen naj popravi nepravično porazdelitev sreče in trpljenja med strankama. Načelo, da je treba podobna dejanja obravnavati na podoben način, zahteva, da je nekdo kaznovan, če so bili - četudi morda iz utilitarističnih razlogov - pred tem za podobne kršitve kaznovani drugi storilci. Nekateri teoretični pa menijo, da bi bilo krivično (ali nepošteno) do lojalnih državljanov, če neloyalni posamezniki, ki odvržejo breme brzdanja samega sebe, ne bi bili kaznovani. Prim. Ten, str. 47-53; Honerich, *Punishment: The Supposed Justifications*, str. 212-227.

¹⁹ Prim. Clarke, *Justification for Punishment*, str. 25-58. Prim tudi Walker, *Crime and Criminology*, str. 108-112 in str. 118-120.

Klasična utilitaristična razmišljjanja o upravičenosti kaznovanja

Clarke predstavi - na podlagi omenjenih distinkcij - v shematični in zgoščeni obliki bistvene poudarke teoretskih razmišljajnih klasičnih avtorjev. Tako je za Beccarijo cilj kaznovanja kot družbene institucije ta, da po eni strani preprečuje kazniva dejanja in zagotavlja veljavnost "družbene pogodbe", ki naj bi vsakomur jamčila varnost in mirno življenje (v svodi, ki jo omejuje samo predvidljivi in racionalni pravni red), po drugi strani pa onemogoča izbruh Hobbesove "vojne vseh zoper vse". Upravičenost kaznovanja kot družbene institucije pa temelji na tem, da neodvisni posamezniki svobodno sklenejo družbeno pogodbo, katere spoštovanje ima za posledico največjo možno srečo za kar največje število ljudi ("la massima felicità divisa nel maggior numero"). Kar zadeva kaznovanje v posamičnih primerih, pa Clarke poudarja, da je za Beccarijo cilj partikularne kazni individualno in splošno zastraševanje oz. odvračanje, njena upravičenost pa je v zakonsko določeni (in seveda sodno ugotovljeni oz. dokazani) krivdi.

Na podoben način je mogoče prikazati tudi Benthamova²⁰ razmišljjanja o kazni. Po mnenju slovitega angleškega utilitarista je cilj kaznovanja kot družbene institucije splošna prevencija kriminalitete, njena upravičenost pa je v tem, da povečuje celokupno srečo v družbi. Cilj kaznovanja v posamičnih primerih je - tako kot pri Beccariji - individualno in splošno zastraševanje, obenem pa tudi poboljševanje vedenja storilcev kaznivih dejanj in njihova začasna izločitev iz normalnega družbenega življenja. Upravičenost posamične kazni pa vidi Bentham v zakonsko opredeljeni in v kazenskem postopku dokazani krividi.

Vidimo torej, da v zgoraj povzetih - in v luči Clarkovih pojmovnih razločevanj prikazanih - teoretskih stališčih nikjer ni mogoče zaslediti zahteve po kaznovanju nedolžnega ali zavzemanja za rigorozne kazni. Prav nasprotno, Beccaria je v splošnem zagovarjal kar največjo možno gotovost oz. verjetnost kazni in se zoperstavljal krutim srednjeveških oblikam kaznovanja,²¹ pa tudi vsakovrstnim samovoljnostenim v kazenskih postopkih. Tudi Bentham si je prizadeval, da bi kaznovanje skrčili na minimum.

²⁰ Prim. pregled Benthamovih trinajst pravil o kaznovanju v Pollock-Byrne, *Ethics in Crime and Justice*, str. 137.

²¹ Beccaria se je - v skladu s Humovo teorijo asociacij - zavzemal za kar najmanjši časovni razmak med zločinom in kaznijo. Na ta način naj bi se izobilikovala trdna in stalna psihična povezava ("asociacija") med enim in drugim pojavom. Kar zadeva strogo kazni, je Beccarija mnenil, da bi morala sankcija preseči dobiček, ki je posledica kaznivega dejanja,

Niti eden niti drugi ne zastopata preprostega stališča, da je kaznovanje upravičeno izključno zaradi zastraševanja.

Klasične retributivne teorije o kaznovanju

V čem se retributivistična teorija razlikuje od utilitaristične? Začnimo s Kantom, ki izhaja iz razlikovanja med pozitivno veljavnim pravnim zakonom in moralnim zakonom. Razloček med njima ni vsebinski - pravne in moralne norme namreč pogosto prepovedujejo isto ravnanje, npr. krajo ali umor -, ampak se vpisuje na raven načina ("modusa") njunega spoštovanja oz. upoštevanja. Morala naj bi po Kantovem mnenju zahtevala,²² da se subjekt ravna po njenih univerzalnih načelih (ki jih artikulira "čisti um") iz spoštovanja do "absolutne" ali "kategorične" dolžnosti, ne pa iz - za Kanta - "patoloških" psihičnih vzgibov, kakršni so npr. simpatija, altruizem, želja po gmotnih, simboličnih (statusnih) ali kakršnihkoli drugih koristih. Za razliko od morale pa zahteva pravo "zgolj" zunanjega pokornost (poslušnost), namreč "golo" ravnanje v skladu s pozitivnimi predpisi, pri čemer je lahko psihični motiv za konformno delovanje ne nazadnje tudi strah pred kaznijo ali pa bojazen zaradi morebitne izgube zaupanja, ugleda (v očeh "pomembnih drugih") in gmotnih koristi. Za Kanta niti pravo niti morala ne moreta biti utemeljena na družbeni koristnosti, obči sreči ali na skupnih družbenih koristih. Utemeljena sta lahko edinole na pravicah²³ posameznika (med katere spada kajpada tudi lastninska pravica), ki jih je mogoče izpeljati iz človekove izvirne pravice do svobode.

Podobno misel zasledimo tudi pri Heglu, ki poudarja, da je bistvo prava (oz., abstraktno rečeno, "pravice") v tem, da se vsak pravni subjekt spoštuje in obravnava s strani vseh drugih pravnih subjektov kot svobodno bitje, zakaj le tedaj ima svobodna volja v drugem človeku kot svoj "predmet" in za svojo "vsebino" pravzaprav zgolj samo sebe. V tem pogledu je

predvsem pa bi morala biti "neomajna", "neizogibna" in "gotova". Izrazito kruta kazen uniči povezavo ("asociacijo") med pravom in pravičnostjo, s tem pa zmanjša odvračevalni učinek kazenskopravne prakse (hkrati pa pravo samo postane predmet oz. razlog javnega neodobravanja in zavračanja). Obseg ("količina") kazenske sankcije mora biti sorazmeren "teži" dejanja, t.j. škodi, ki je bila prizadejana družbi oz. javnim koristim ("public good"). Po drugi strani pa bi morala biti narava kazni ustrezna naravi kaznivega dejanja: premoženjskemu kaznivemu dejanju bi npr. ustrezala premoženjska sankcija, npr. prisilno delo.

²² Prim. Kant, *Zasnivanje metafizike morala*, str. 33-36. Prim. tudi Sullivan, str. 108-122.

²³ Prim. Kant, *The Philosophy of Right*, str. 34-41.

temelj/bistvo prava svoboda posameznika.²⁴ Za Hegla je po svoji naravi vsakdo svoboden: ljudje se razlikujejo zgolj po svojih posebnih bivanjskih stanjih in idiosinkratičnih - telesnih ali duševnih - lastnostih, vendar pa tovrstne različnosti ne zadavajo "bistva" njihove abstraktne volje kot take. Glede na tako opredeljeno "voljo" so namreč vsi enaki, kar med drugim pomeni, da s spoštovanjem drugega človeka - in potem takem vseh pravnih subjektov - posameznik spoštuje (v zadnji instanci predvsem ali "vsaj" tudi) samega sebe. Od tod Hegel izpelje sklep, da se s krštvijo pravice določenega posameznika kršijo pravice vseh pravnih subjektov, zaradi česar slednji do zločina niso indiferentni. Ta skupna "prizadetost" je nekaj docela drugega kot sočustvanje, zakaj sočustvuje se samo - oz. vsaj praviloma - zaradi določene škode, ki jo utripi drugi. Pri krštvju pravice drugega pravnega subjekta pa naj bi po Heglovem mnenju "vsakdo" začutil, da je s tem tudi sam (ne)posredno prizadet, ker je kršena pravica po svoji temeljni naravi nekaj občega in abstraktnega.²⁵

Kant poudarja, da je krivda nujen pogoj kazni (ki je sicer oblika zunanje prisile, vendar pa je hkrati neogibna za zagotavljanje svobode in pravičnosti): "Pravna kazen ne more biti nikoli uporabljena samo kot sredstvo za doseganje nečesa, kar je koristno bodisi za samega prestopnika bodisi za civilno družbo. Naložiti jo je treba zgolj zato, ker je bil storjen zločin, zakaj človeškega bitja ne smemo nikoli obravnavati samo kot sredstvo za doseganje namenov koga drugega ... Še preden presojamo koristnost kaznovanja za samega prestopnika ali za njegove sodržavljane, je treba ugotoviti, ali si sploh zasluži kazen."²⁶ Po Kantovem mnenju krivda ni le nujen pogoj kaznovanja, ampak jo je treba šteti tudi kot zadosten pogoj (upravičenosti kazni), in to ne glede na morebitno

²⁴ Za Kanta je poglaviti dokaz človekove svobode moralni zakon, v imenu katerega se posameznik iztriga iz naravnega reda kot verige ("krogotoka") objektivnih vzrokov in posledic. V tem pogledu se Kantov pojem svobode nanaša na tisti vidik človekove praktične (voljne) dejavnosti, katere psihološko gibalo je zgolj obča forma moralnega zakona, se pravi univerzalni "okvir" kategoričnega imperativa, ne pa denimo predstava kakega izkustvenega predmeta, povezanega z občutkom ugodja ali neugodja. Ob tem pa je seveda jasno, da takšna opredelitev avtonomnega delovanja predpostavlja svobodno izbiro med "čisto" in "nečisto" (t.j. empirično) voljo oziroma med delovanjem, ki ima svoj temelj v načelu zadostnega razloga, in delovanjem, ki je razložljivo zgolj s stališča načela istovetnosti, zakaj njegov razlog je v bistvu tavtološki: edino oporo najde v lastnem "izjavljjalnem" dejanju.

²⁵ Prim. Hegel, *Filosofiska propedeutika*, str. 42-43.

²⁶ Kant, *Metaphysical Elements of Justice*, str. 331

(ne)koristnost določene sankcije: "Celo če je civilna družba sklenila, da se bo na podlagi občega soglasja svojih članov razpustila (npr. če prebivalci otoka sklenejo, da se razselijo po vsem svetu), je treba usmrstiti zadnjega zaprtega morilca, tako da bo vsakdo prejel to, kar si je zaslužil s svojim početjem, in da krivda za prelito kri ne bo ostala na ljudstvu, ki kazni ni izvršilo, zakaj v tem primeru bi ga lahko šteli za sokrivca (soudeleženca) pri tej javni kršitvi zakonske pravičnosti."²⁷

Zakaj naj krivec sploh "zaslužil" kazen? Teoretik, ki izhaja iz "moralnega čuta", lahko trdi, da gre za "absolutno" (brepogojno) ali teoretsko nerazčlenljivo vrednostno sodbo, ki je moralno "ultimativna" (sleherna etika, se pravi teorija morale, nujno vključuje tovrstne propozicije, npr. "svobodo je treba spoštovati", "sreča je nekaj dobrega" ipd.). Po njegovem mnenju ljudje intuitivno (t.j. spoznavno neposredno) občutijo ustreznost med krivdo in kaznijo, namreč v smislu, da so nekatere stvari preprosto krivične ("wrong") in morajo biti - že iz tega razloga - kaznive, zakaj stanje, v katerem povzročitelj krivice oz. protipravne škode ("wrong-doer") trpi zaradi kazni, je moralno boljše od stanja, v katerem ga ne zadene nobena kazen: boljše je ne glede na morebitne negativne empirične posledice, ki izhajajo iz kaznovanja. Takšna stališča, utemeljena na načelu, po katerem povzročitelj krivice "zasluži", da trpi, ker je pač to v skladu z našimi najglobljimi moralnimi intuicijami v zvezi s pravičnostjo, so vsekakor zelo pogosta v razmišljajnih kazenskopravnih filozofov.²⁸

²⁷ Prav tam, str. 333.

²⁸ Prim. denimo von Hirsch, str. xxxviii-xxxix. Prim. tudi Bowie, str. 21-28. Ob tem je treba opozoriti, da je sklicevanje na moralna občutja, čustva in stališča (se pravi na tako imenovane "razloge srca") ravno na kazenskopravnom področju izrazito sporno in nezanesljivo. Upoštevati je namreč treba, da zgodovinsko dane kazenskopravne naprave nikakor niso "indiferentne" do omenjenih moralnih intuicij. Ravno kaznovalna praksa v pomembni - morda celo v odločilni - meri ustvarja in poustvarja tovrstne moralne intuicije (tako da je zelo vprašljivo s temi istimi - družbenopsihološko pogojenimi - čustvenimi ali čutnimi vsebinami opravičevati institucije, ki jih določajo ali vsaj naddoločajo). V tej zvezi bi bilo poučno spomniti na Frankovo (1949) tezo, da (kazensko) pravo v sodobni družbi deluje kot patetično neustrezna starševska figura, ki v duševnosti odrasle osebe nadomešča vse poprejšnje izvore varnosti in moralne avtoritete. To domnevo velja umestiti v sobesedilo Piagetove teorije moralnega razvoja. Piaget je pokazal, da je moralna "drža" majhnega otroka zbirka površnih vtisov, ki nastanejo ob kaznovalnih odzivih staršev na posamična "škodljiva" oz. nepravilna otrokova dejanja. Tako se izoblikuje pretežno "harm-oriented attitude". Takšno "držo" otrok preseže na podlagi določenih izkušenj v medosebnih vrstniških razmerjih, ki temelji na igri in

Murphy²⁹ je pokazal, da je Kant izpeljal "zасluženost" kazni iz splošne teorije politične obligacije. Da bi bil lahko vsakdo deležen prednosti (npr. življenja v miru in svobodi), ki jim omogoča pravni sistem, mora pravni subjekt pristati na določene normativne omejitve: ravnati se mora po zakonu, četudi morda tega (včasih) ne želi. Ker ima vsakdo določeno korist zaradi občega/vzajemnega spoštovanja veljavnih predpisov, ima sleherni posameznik dolžnost do vseh drugih pravno-političnih subjektov, ki mu narekuje(jo), naj tudi on sam prostovoljno ravna konformno. Oseba, ki ne upošteva veljavnih pravil "družbene igre", se dokopije do neupravičene prednosti v odnosu do drugih, lojalnih članov normativnega občestva. Kaznovanje je zato rečno plačilo (re-tribucija) "dolga" v drugačni (prisilni) obliki. To ni le dolg do posamične konkretne žrtve, ampak predvsem do vseh lojalnih državljanov. Kazen naj bi s tem ponovno ustvarila ravnovesje med prednostmi in bremenimi, ki jih implicira spoštovanje pravnega reda, po drugi strani pa omogočila prestopniku, da se - po plačilu dolga (oz. po prestani kazni) - vrne kot enakovraven član v politično skupnost državljanov. V tem smislu je kazen jamstvo, da se nihče ne okoristi po protipravni in nezakoniti poti na račun in v škodo drugih.

Prestopnik nima pravice ugovarjati zoper kazen, saj jo je sam racionalno hotel (kot *homo noumenon*), kar pomeni, da je pravilo, ki ga je prekršil, (tudi) v interesu njega samega kot državljana (ali pravnega subjekta), kolikor je seveda mogoče logično dokazati, da bi ga on sam izbral kot zavezujčega ob sklepanju - hipotetične oz. predpostavljene - družbene pogodbe, namreč v teoretično zamišljenem stanju, ki ga Rawls imenuje "original position" (izhodiščni položaj). Ker je zakon v njegovo korist, ima dolžnost ("dolg") do drugih pravnih oziroma političnih subjektov, da ga spoštuje; če tega ne počne (in torej ne brzda svojih subjektivnih egoističnih želja), mora poplačati svoj dolg s kaznijo: "Krištev javnega prava, s katero storilec zanika svojo državljansko dolžnost, se imenuje ... zločin. Katero načelo naj upošteva kazensko

sodelovanju. Oblikuje si avtonomno moralno držo, ki ni več osredotočena v prvi vrsti na povzročeno škodo, ampak upošteva predvsem motive, namene in neposredne objektivne okoliščine. Glede na to, da deluje kazensko pravo v pretežni meri po načelu, ki je zelo podobno drži otroka v fazi heteronomne morale ("judgement by harm"), bi lahko domnevali, da je v marsičem odgovorno za širjenje regresivnih "vzorcev" moralnega doživljanja. Ravno zato kaže biti zelo previden do poskusov, da bi kaznovalne naprave upravičili z intuicijami, ki jih generira sama kaznovalna (institutionalno-birokratska) rutina.

²⁹ Prim. tudi Weil, str. 51-59.

pravosodje pri izbiri in odmeri kazni? Nobenega drugega kakor načelo enakosti, se pravi načelo, da ene strani ne obravnavamo bolj naklonjeno kot druge. Glede na to, se vsako neupravičeno zlo, ki ga zadate komurkoli drugemu, obrne na vas same. Če koga obrekujete, obrekujete sami sebe; če koga okrádete, okrádete same sebe; če koga ubijete, ubijete same sebe. Reči 'hočem biti kaznovan, če bom koga umoril', ne more pomeniti nič drugega kakor trditev: 'podremjam se, skupaj z vsemi drugimi, veljavnim zakonom, ki - glede na to, da so med ljudmi tudi hudodelci - naravno vključujejo tudi kazenske zakone'”³⁰

Vidimo torej, da se Kant ne zadovolji s preprosto "formulo" (ki jo običajno pripisujejo retributivistom), da je kazen upravičena zaradi zaslужenosti, zakaj ravno "zasluga" je tisto, kar je treba posebej upravičiti (t.j. racionalno utemeljiti). Sicer pa je za razumevanje njegove teorije kazni pomemben tudi naslednji odlomek iz Predavanj o etiki: "Kaznovanje je bodisi zastraševalno bodisi retributivno. Kaznovanje je zastraševalno, če je njegov edini smoter preprečiti pojavitev zla; retributivno pa je, ko je posledica izvršenega zla. Kazni so torej sredstvo za preprečevanje zla ali za kaznovanje zla. Tiste, ki jih vsiljujejo vlade, so vedno zastraševalne. Naložene so, da bi zastrašile grešnika samega ali druge. Tiste kazni, ki pa jih naloži nekdo, ki ga vodijo moralna načela, so retributivne. Vse kazni, katerih nosilec je suveren ali vlada, so pragmatične; zamišljene so, da bi poboljševale, ali pa so postavljene kot svarilen zgled. Vladajoče avtoritete ne kaznujejo zato, ker je bil storjen zločin, ampak zato, da zločini ne bi bili storjeni. Toda ne glede na dejanske kaznovalne prakse, je vsaka kršitev vredna (zaslužene) kazni že iz tega razloga, ker je bila izvršena.”³¹

Kant potemtakem analitično razloči dve "plati" kaznovanja: (a) realno in (b) idealno. Ko je nekdo kaznovan, je to - s praktičnega gledišča vlade - upravičeno s preventivnimi nameni, istočasno pa kaznovani dobi to, kar je - v metafizičnem smislu - "zaslužil": prav to pa je retribucija. Idealna razsežnost bi bila seveda nesmiselna brez realne: zakaj bi sicer prestopnik "poplačal svoj dolg" ravno v obliki kazni, ne pa kako drugače (npr. tako, da bi se preprosto opravičil prizadetim ali morda s tem, da bi odpravil povzročeno škodo, ki jo je utrpela konkretna žrtev)? V luči Kantove idealistične filozofije realno in idealno sovpadata v zgodovinski dejanskosti, tako da je empirična stvarnost dojeta kot izkazovanje Ideje (ki jo družbena resničnost odslikava v večji ali manjši

meri): retributivna kazen je zatorej upravičena, ker pozitivno pravo uteleša moralni zakon, zaradi česar ima vsakdo absolutno (se pravi brezpogojno) dolžnost, da ga spoštuje. Ravno v tem pa se - v luči zgodovinskomaterialistične teorije - skriva ključna pomanjkljivost Kantovih razlag: obstoječe družbe so namreč precej oddaljene od idealne skupnosti, ki jo Kant imenuje "kraljestvo ciljev". Zato so vsekakor umestne marksistične kritike, ki poudarjajo, da je Kantova teorija zgolj spekulativna interpretacija empirično danih kaznovalnih praks oz., drugače rečeno, transcendentna potrditev veljavnih pravnih predpisov.

Heglova teorija kazni je v marsičem podobna Kantovi.³² Kljub temu pa je Hegel vpeljal v retributivno teorijo dve pomembni novosti, in sicer teorijo o kazni kot "izničenju"³³ kaznivega dejanja ter zamisel o

³² Prim. Primorac, str. 60-71.

³³ Trditev, da kazen izniči ali ukine zločin, je v polju kazenskopravne filozofije izzvala vrsto pomislekov. Kritiki najpogosteje poudarjajo, da je kaznivo dejanje kot empirična danost sestavina preteklosti, ki je z ničemer ni več mogoče spremeniti. Kazen denimo umorjene osebe ne more priklicati v življenje. Prej nasprotno: če država sankcionira umor s smrtno kaznijo, izgubita življenje dve osebi, ki sta bili pred storitvijo kaznivega dejanja živi. Zato naj bi bila edina možna oblika ukinjanja pravne kršitve odškodnina (kompenzacija), se pravi povračilo škode prizadeti stranki, in sicer v obliki restitucije (vzpostavitev stanja pred škodnim dogodom), ekvivalence (denarne odškodnine) ali satisfakcije (subjektivnega oškodovančevega zadoščenja). Če storilec ni zmožen plačati odškodnine, naj to storiti država, ki je - po družbeni pogodbi - dolžna varovati državljanе pred vsakovrstnim nasiljem. Priznati je treba, da so tovrstna stališča čedalje številčnejša in vplivnejša v sodobnih kriminalopolitičnih in kriminoloških razmišljanjih. Povezuje jih - vsekakor upravičena in podpore vredna - zahteva, da je treba žrtvi kaznivega dejanja nameniti večjo pozornost v kazenskem materialnem in procesnem pravu. V ta namen so v nekaterih državah ustanovili posebne sklade za pomoč žrtvam, zlasti žrtvam nasišnih dejanj. Po drugi strani pa ima zahteva po vpeljavi odškodnine kot alternativne kazenske sankcije čedalje več zagovornikov. Za pravilno razumevanje in ustrezno vrednostno presojo omenjenih predlogov (ponekod že deloma uresničenih v praksi) je po našem mnjenju ključno upoštevati naslednje: (a) odškodnina je utemeljena na idealni (reparativne) pravičnosti, ne pa na utilitarnih razlogih; (b) plačilo odškodnine ima seveda lahko - v posamičnih primerih - tudi vzgojne, rehabilitativne ali odvračevalne učinke, vendar slednji niso njen prvenstveni cilj, ki je odprava krivice (protipravne škode), storjene žrtvi; (c) vsekakor upravičena zahteva po odpravi škode je lahko v praksi diskreditirana, če vidimo v njej sredstvo za rehabilitacijo storilca ali za doseganje sprave med njim in žrtvijo; (d) vpeljava odškodnino kot alternativne sankcije implicira v bistvu "dekriminalizacijo" (oz., še natančneje,

³⁰ Kant, *Metaphysical Elements of Justice*, str. 331-332 in 335.

³¹ Kant, *Lectures in Ethics*, str. 55-56.

kazni kot storilčevi "pravici". Tudi Hegel zavrača utilitaristične argumente, denimo teorijo družbene pogodbe, po kateri je kaznovanje upravičeno, ker se opira na (empirično ali hipotetično) voljo kontrahentov, da je treba kaznovati tistega, ki prekrši soglasno sprejete zakone. Zato kritizira Beccarijo, ki je državi odrekel pravico do izvrševanja smrtne kazni ravno zato, ker po njegovem mnenju ni mogoče predpostaviti, da bi družbena pogodba vsebovala pristanek posameznikov, ki bi državo pooblaščal, da jih sme usmrтiti, če store določeno kaznivo dejanje: italijanski mislec je namreč menil, da bi bilo bolj pravilno predpostaviti ravno nasprotno. Hegel pa - v ostri polemiki s tovrstnimi stališči - dokazuje, da država ni utemeljena na nikaršni družbeni pogodbi in da varovanje življenj in lastnine posameznih državljanov nikakor ni njen "substancialno" bistvo. Nemški filozof namreč vidi v državi nekaj višjega, namreč institucijo, ki ima, *in extremis*, celo pravico do posameznikovega življenja in do njegove lastnine, zaradi česar lahko, v določenih primerih, zahteva celo njuno žrtvovanje.³⁴ Hegel torej zavrača individualistično, npr. Rousseaujevo, zamisel o državi kot sredstvu za doseganje individualnih interesov (oz. vrednot). Po njegovem mnenju je država najvišji smoter, ki se mu morajo podrediti vsi individualni cilji in vse partikularne (subjektivne) aspiracije: država je, skratka, objektivna stvarnost/dejanskost "etične ideje", se pravi "etični duh" kot izkazana, sama sebi jasna, substancialna volja, ki spoznava in misli sama sebe ter izvršuje to, kar spozna.³⁵

(depenalizacijo in deprizonizacijo) določenih ravnanj. Prav zato se vsiljuje vprašanje, ali je nedvomno potrebna - dasiravno često neuresničljiva - reparacija zadostna sankcija za zločin (se pravi kaznivo dejanje) v strogem pomenu te besede. Je mogoče zadostiti pravici že s plačilom odškodnine? Nekateri kriminologi so prepričani, da mora storilec plačati svoj dolg ne le v obliki odškodnine, marveč tudi v obliki kazni: samo tako naj bi bilo po njihovem mnenju zadoščeno pravici, namreč tako reparativni kakor tudi retributivni. Njihovi pomisliki niso neutemeljeni, še zlasti, če pomislimo, da so storilci kaznivih dejanj često insolventni, škoda pa neodpravljiva (denimo v primeru umora, hude telesne poškodbe, posilstva ipd.). Problematičen je tudi odvračevalni učinek odškodnine kot alternativne sankcije: naloga kaznovalnega aparata namreč ni samo odpravljati pretekle škodne posledice, ampak tudi preprečevati morebitne prihodnje kršitve, se pravi varovati interese ne le aktualnih, marveč tudi potencialnih (in kajpada virtualnih) žrtev. Prim. Ziegenhagen, str. 109. Zanimivo je, da žrtev niso najbolj navdušene nad idejo, naj bo edina sankcija za zločin takšna ali drugačna oblika reparacije. Največ se jih zavzema za kombinacijo reparativnih in kaznovalnih ukrepov.

³⁴ Prim. Hegel, *Osnovne crte filozofije prava*, str. 97.

³⁵ Prim. prav tam, str. 210.

Hegel niasprotuje utilitarističnim argumentom, da zlo (kazen), ki sledi zlu (zločinu), ustvarja nekaj "dobrega" (npr. preprečuje nadaljnje zlo). Njegova razloga je takale: zločin ustvari krivico, kazen pa jo izniči³⁶ in s tem udejani pravico oz., drugače rečeno, prestopek je negacija pravice, kazen pa negacija te negacije in potemtakem re-affirmacija pravice, se pravi dokaz, da pravica ne velja zgolj na splošni in abstraktni ravni, ampak tudi v danem konkretnem in idiosinkratičnem zgodovinskem primeru. Kazen tako izniči zločin ravno s tem, da ga - retroaktivno, se pravi za nazaj - šele "naredi" za zločin, namreč v smislu, da ga opredeli kot nekaj, kar je v nasprotju z

³⁶ Sodobno različico Heglove teorije o kazni kot izničenju zločina je razvil Cooper. Izničenje zločina primerja z razveljavitvijo obsodilne sodbe. Zgodovinskega dejstva, da je bil obtoženec pred pravostenjskim kazenskim sodiščem spoznan za krivega, ni mogoče spremeniti. Vendar pa je mogoče sodbo razveljavati. V tem primeru se šteje, da obtoženec nikdar ni bil zares kriv in da ni nikdar storil kaznivega dejanja: sodba, ki je trdila nasprotno, je zdaj - retroaktivno - izničena. Analogno ima po Cooperjevem mnenju tudi žrtev kaznivega dejanja določene pravice, ki jih je storilec implicitno - dasiravno ne nujno zavestno in/ali namenoma - zanikal. Kazen pokaže, da je zanikanje pravice nedopustno in da žrtev navzlic dejanski kršitvi vendarle imá - vsaj *de iure* - kršeno pravico. Cooper namreč pojmuje subjektivno pravico kot "performativ", katerega obstoj je omogočen z določenimi proceduralnimi dejanji. Pravilo (splošna in abstraktna norma) je nujni, vendar ne tudi zadostni pogoj pravice, saj je lahko neučinkovito, in sicer na primarni in sekundarni ravni. Ravno zato pa sta naogibna pregon in kaznovanje kršilca, saj tvorita proceduralno obliko, ki je nujna za ugotovitev, da je pravnim subjektom priznana določena pravica. V tem oziru je upravičevanje (utemeljevanje) kaznovanja neločljivo povezano z upravičevanjem pravice, katere kršitev je določena kot kazniva: če je upravičeno priznati pravnim subjektom določeno pravico in če njen obstoj predpostavlja kaznovanje kršilcev, potem je tudi kaznovanje kot tako scela upravičeno. Kazen potemtakem ni sredstvo za varovanje pravice, zakaj to bi pomenilo, da sta kazen in pravica dve pojmovno ločeni normativni kategoriji. Kazen je nasprotno inherentna sestavina tega, da ima posamezni pravni subjekt določeno pravico, tako kot je, denimo, menjava in natikanje prstanov - kot poseben ceremonialni akt - nujna sestavina sklenitve zakonske zvezze. Prim. Cooper, str. 160-166. Seveda pa se ob tem vsiljuje vprašanje, zakaj naj država odgovori na kršitev pravice ravno v obliki kazni. Zakaj je kazen neogibni pogoj za performativno ponovno vzpostavitev kršene pravice? Zakaj ne zadoštuje, denimo, javna verbalna obsodba, ki bi ozigosala dejanje kot zločin? Cooperjev odgovor je utilitarističen: navadna obsodba ne bi imela zastraševalnih učinkov. Vendar pa se zdi, da je bistvo problema v tem, da zgolj verbalna obsodba nikakor ni enakovredna zločinu, zato ne zadošča za demonstracijo veljavnosti kršene pravice (v konkretnem primeru) oziroma nedopustnosti njene negacije.

občestvo zakona (ki po Heglu ni transcendentna entiteta v odnosu do posameznika, ampak izraža - kot utelešenje "obče" volje - njegovo resnično in absolutno voljo) in je zatorej nično oziroma neveljavno. Hegel je prepričan, da njegova teorija upošteva prestopnika kot umno, svobodno in odgovorno bitje: kazen je namreč zamišljena kot njegova pravica, kar pomeni, da ima svoj "razlog" in "mero" v prestopku. Zato dojema kazen kot aplikacijo občega načela, ki ga je z izvršitvijo zločina implicitno priznal storilec v odnosu do žrtve: če je nekoga ubil, je s tem priznal načelo, da se drugemu sme odvzeti življenje, tako da se sme isto storiti tudi njemu samemu. Hegel poudarja, da utilitarizem ne spoštuje prestopnikovega dostenjanstva, kolikor vidi v njem zgolj "škodljivo žival", ki jo je treba onemogočiti, zastrašiti ali poboljšati. Iz tega razloga nasprotuje Feuerbachovi teoriji kazni, po kateri je upravičeno kaznovati nekoga, ki je navz�ic grožnji, implicirani v splošni in abstraktni kazenskopravnji normi, storil zločin, saj je storilec že vnaprej vedel, kaj ga čaka.

Za Hegla je ključni problem upravičenost tovrstnih groženj, saj se opirajo na predpostavko, da je človek, namreč pravni subjekt, na katerega so naslovljene, nesvobodno bitje, ki ga je mogoče prisiljevati na podlagi predstave določenega zla oz. z nevšečnimi posledicami v obliki kazenske sankcije. Po njegovem mnenju morata pravo in pravica temeljiti, nasprotno, na človekovi svobodi in volji, nikakor pa ne na nesvobodi, na katero naj bi bila usmerjena grožnja s sankcijo. Zasnovati kazen na podlagi - splošnega ali posamičnega - zastraševanja, pomeni za Hegla opoznašati človeka, ki dvigne palico nad psa. To potem takem implicira, da ravnamo s človekom kot z živaljo, ne pa v skladu z njegovim dostenjanstvom in svoboado.³⁷ Po drugi strani pa Hegel poudarja, da vprašanja, ki zadevajo koristne posledice kaznovanja (npr. zastraševanje, poboljševanje, onemogočanje ipd.), nikakor niso neumestna oziroma so celo bistvena, predvsem v zvezi z "modaliteto kazni", vendar pa predpostavlja razlago, zakaj je kazen na sebi in za sebe pravična. Hegel je torej precej dvoumen: implicitno namreč priznava, da ima kaznovanje v praksi odvračevalne učinke, vendar tega ne upošteva v teoriji, ko rekonceptualizira dejansko delovanje kaznovnega aparata na ravni "čistih" idej. Tedaj vidi v kaznovanju zgolj "ničenje ničnosti" oziroma "privida" ("Schein"), kar je zanj edina prava realnost, zakaj dejanskost, ki jo označuje kaznovanje iz preprečevalnih razlogov, je v luči njegovih pogledov na človeka slej ko prej nesprejemljiva. Zato se Hegel za-

vzema za nekaj, kar je v bistvu nemogoče, za kaznovanje brez zastraševanja in drugih utilitarnih učinkov.

Skllepne misli

Vidimo torej, da razlika med retributivizmom in utilitarizmom ni v tem, da prvi upravičuje kazen z zastrupenostjo, drugi pa z zastraševanjem. Clarke zato upravičeno poudarja, da obe teoriji v bistvu priznava zastraševanje kot cilj kaznovanja kot posebne družbene institucije. Tako ena kakor druga podajata razčlenjeno razlago, zakaj je kazen sploh (lahko) "zastrupena". Obe sta odvisni od zamisli o tem, kaj oz. kakšni so "dobri" zakoni, kakšen je oz. naj bi bil "pravičen" družbeni red in kaj označuje bistvo človekove narave. Posebej pa je treba poudariti, da tako retributivizem kakor tudi utilitarizem upravičuja kaznovanje z njegovimi "dobrimi" učinki.³⁸ Trditev, da je retributivzen usmerjen v preteklost, utilitarizem pa v prihodnost, se nanaša zgolj na odmero kazni v posamičnih primerih, ne pa na njeno upravičenost, ki je v luči obeh teorij utemeljena na zakonsko določeni "krivdi". Razlike med retributivizmom in utilitarizmom so pravzaprav veliko globlje, kakor se običajno predpostavlja ali domneva, saj se nanašajo na splošne teorije o morali, pravu in politiki, pa tudi na (zvezine "aksiomske") podmene o temeljni naravi človeka in družbe.³⁹ Teoriji se razlikujeta na ravni pojmovanj o tem, kaj je oz. naj se razume kot "zasluženo", "dobro", "racionalno" ipd. (odločilna je denimo razlika je med transcendentno-religioznim moralizmom Kanta in Hegla ter sekularnim humanizmom in pragmatizmom Beccarije in Bentham, ⁴⁰ pri čemer obstaja še dodaten razloček, ki preči omenjeno distikcijo: Beccaria in Kant se namreč opirata na teorijo družbene pogodbe, medtem ko jo Bentham in Hegel odločno zavračata). Zato ju je mogoče kritizirati zgolj v luči celostnih teoretskih pojmovanj. Je človek res tak, kot je dojet oz. predstavljen na teoretski ravni? Sta empirična družba v danem zgodovinskem obdobju in njen pozitivno (veljavno) pravo res taka, kot ju opisuje teorija?

Po drugi strani pa je skupna značilnost klasičnih avtorjev, da obravnavajo kaznovanje abstraktno, se

³⁸ Prim. Clarke, str. 41.

³⁹ Na odločilnem pomen splošnih družboslovnih teorij o naravi človeka in družbe za razumevanje od-klonskih pojavov opozarja tudi Gouldner. Zato poudarja, da je za kritično refleksijo kriminološke problematike ključna "ekskavacija", ponoven premislek o globljih teoretskih ali celo predteoretskih podmenah, ki usmerjajo znanstveno in raziskovalno misel pri preučevanju posameznih problemskih sklopov. Prim. Gouldner, str. ix.

⁴⁰ Prim. Clarke, str. 41.

³⁷ Prim. Hegel, *Osnovne crte filozofije prava*, str.120.

pravi v pretežni meri neodvisno od vsakokratnih zgodovinskih političnih in družbenih razmer. Slednje so dojete kot nekaj danega, podobno kot veljavno pravo in njegovi kršilci. Delna izjema je pravzaprav le Beccaria: "Običajno je tatvina zgolj zločin, ki se porodi iz bede in obupa; to je zločin, ki ga store pripadniki tistega nesrečnega dela človeštva, kateremu je lastninska pravica - strašna in morda nepotrebna pravica - pustila samo golo eksistenco."⁴¹ Na tem mestu je Beccaria očitno izstopil iz polja "čiste" teorije in se soočil s trdo realnostjo (na katero naj bi se teoretske razlage nanašale). Na tej empirični ravni se izkaže, da iz družbene pogodbe, ki naj bi zagotavljala mir in varnost (istočasno pa, med drugim, varovala tudi izključujočo lastninsko pravico), izhaja tudi beda in obup - in potem takem tudi tatvine in druga podobna premoženjska kazniva dejanja. V tej točki postane njegova utemeljitev kazni seveda močno vprašljiva, zato Beccaria svojih izkustvenih opažanj ne razvije v sklenjen teoretski razmislek, ampak se raje povrne v varno polje "visoke" abstraktne misli, kjer zopet lahko opredeli tatvino kot "krivični despotizem" (pri čemer pa je vendarle treba priznati, da je videl Beccaria v pravici do zasebne lastnine družbeno - in ne "naravno" - entiteto, zato je menil, da jo država sme omejiti, če npr. tako zahteva "javni interes").

Kakorkoli že, navzlic nedvomno pomembnim razlikam si retributivisti in utilitaristi vendarle delijo pomembno (čeravno praviloma povsem prezrto) podmeno.⁴² Vsi (ali vsaj večina njih) namreč izhajajo iz bistveno atomistične epistemološke podobe družbenega subjekta. Slednji si v njihovi predpostavljeni optiki samodoloča svoj "življenjski načrt" oz. nekakšno ciljno "strategijo" za uresničenje avtonomno opredeljenih vrednotnih usmeritev. Za utilitariste je poglavito vprašanje, kako - na družbeni ravni - koordinirati tovrstne (posamične) eksistencialne načrte, da bi dosegli največjo možno skupno oz. komulativno "srečo" (*common good*). Za antiutilitariste pa je ključni problem v tem, kako določiti primerne pravne/normativne omejitve posameznih uresničevanj življenjskih ciljev, ne da bi pri tem ogrozili posameznikovo človeško dostojanstvo. Takšna teoretična "podoba" človekovega življenja in njegovih moralnih stremljenj je seveda diametalno nasprotna pojmovanju, ki postavlja genealogijo posameznikovega zavedanja "dobrega" (življenja) že *ab initio* v sobesedilo družbenih interakcij in medosebne vzajemnosti, tako da je samodojemanje lastnega "dobre" vseskozi vpeto v sodelovanje v skupnem dobrem

("common good"), ki vključuje, med drugim, tudi zahtevo po pravičnem (vsekakor prej kot nepravičnem) obravnavanju posameznih kršitev.

V sodobni - zlasti kritični - kazenskopravni teoriji⁴³ čedalje bolj prevladuje spoznanje, da je treba abstraktna pravnofilozofska razglašljanja o upravičenosti kaznovanja navezati na spoznanja sociologije kazenskega prava,⁴⁴ kriminologije in penologije. Normativno (vrednostno) teoretiziranje o (ne)upravičenosti kazenskopravne represije bi morali soočiti s "trdimi" družbenimi dejstvi. Vzemimo kot primer predpostavko, da je človek v splošnem (če seveda ni determiniran s kakšno "duševno boleznjijo") po svoji bistveni naravi svobodno (in zato odgovorno) bitje. Sociološka analiza pokaže, da je takšno dihotomično razumevanje v nasprotju s spoznanji, ki kažejo na to, da je "svoboda" mnogo bolj kakor nekakšno univerzalno človekovo določilo - družbena dobrina. Kot taka je precej neenakomerno porazdeljena po družbeni strukturi (čeprav seveda nihče ni "absolutno" svoboden - niti "absolutno" determiniran -, imajo nekateri več, drugi manj, tretji zelo zelo malo svobode v smislu izbire realizabilnih življenjskih opcij). To npr. pomeni, da kaznivo dejanje le ni zgolj izraz neovirane odločitve tako imenovane "svobodne volje", ampak posledica ravnanja subjekta, ki ravna svobodno v polju raznolikih ekonomskih, političnih, medosebnih, (sub)kulturnih in ideoloških pritiskov. Pomeni pa tudi to, da je pripravljenost (oz. psihična "zmožnost") za upoštevanje veljavnih "pravil igre" bistveno naddoločena s posameznikovim družbenoekonomskim položajem in "življenjskimi šansami".

Zagovorniki zastraševalno-odvračevalne funkcije kaznovanja običajno prezrejo možnost, da kazenskopravne sankcije v bistvu še najbolj odvračajo tiste, ki takšnih groženj pravzaprav sploh "ne potrebujejo" (saj nimajo namena okoristiti se s konvencionalnim kaznivim dejanjem, npr. z vlomom, ropom ali tatvino, in so tako "varno" nameščeni na "pravi" strani zakona), ne odvračajo pa onih, ki bi tovrstne učinke najbolj "potrebovali". Ne vprašajo se, zakaj je kazunalno pravo najmanj učinkovito ravno tam, kjer bi moralo - glede na svoje immanentne predpostavke - požeti najbolj blešeče uspehe, namreč na političnem

⁴³ Prim. npr. Duff in Garland, str. 5-15.

⁴⁴ Ena izmed zaslug sociologije kazenskega prava je v tem, da je opozorila na raznovrstne "latentne" funkcije kaznovanja in pokazala, da je kazenskopravni sistem družbena institucija. Kot takega ga je mogoče ustrezno razumeti (in na tej podlagi tudi ustrezno kritično oceniti) le v okviru družbenega sobesedila, ki mu daje "praktični pomen" in določa njegove družbene učinke.

⁴¹ Beccaria, str. 39-40.

⁴² Nanjo opozarja Morowetz, str. 236-237.

in gospodarskem področju, se pravi pri subjektih, ki še najbolj dosledno utelešajo lik racionalnega subjekta, ki skrbno pretehta možne/verjetne pozitivne in negativne reperkusije svojih dejanj. Paradoks, ki se navezuje na zvečine nesankcionirana protipravna dejanja političnih in ekonomskih mogotcev (*crimes of the powerful*), običajno spregledajo tudi retributivisti: kako pojasniti nesporno dejstvo, da posamezniki in posameznice, ki bi si zaradi svojih protipravnih in/ali nezakonitih "podvigov", zaslužili izrazito stroge sankcije, ne le niso kaznovani, ampak so celo deležni vsakovrstnih časti, slave, ekonomskih nagrad in drugih privilegijev. Podobno vprašanje bi lahko naslovili tudi na zagovornike - selektivnega ali splošnega - onemogočanja (*incapacitation*): Kako bi razložili dejstvo, da večina najbolj nevarnih in škodljivih ljudi nikoli ne prestopi praga zapora (vsaj v vlogi obsojenca ne) in da nemalokrat zasedajo nadvse odgovorna mesta v političnih, gospodarskih in vojaških hierarhijah?

Od vseh teoretikov, ki se ukvarjajo z vprašanjem upravičenosti kaznovanja, edino abolicionisti dokazujojo, da kaznovanja (oz. kazenskega prava) v nobenem primeru NI mogoče upravičiti. Zato ne predlagajo reforme ali humanizacije kaznovalnih

naprav, ampak različne alternativne zamisli. Predvsem se zavzemajo za reparativne pravne sankcije, ki naj zagotovijo, da bo škoda, ki je nastala s protipravnim dejanjem, odpravljena ali vsaj omiljena. V bistvu gre torej za zamisel o zamenjavi (nadomestitvi) kazenskega prava s "civilopravnim" načinom reševanja spornih zadev. "Kaznivo dejanje" ni več dojeto kot napad na "državo", ampak kot dejanje, s katerim je bila povzročena protipravna škoda konkretni žrtvi. Za kršitve tistih norm, kjer ni žrtve (oz. je le-ta "zgolj" abstraktna), pa predlagajo upravne sankcije (npr. odvzem vozniškega dovoljenja, odvzem licence za opravljanje določenega poklica ipd.). Seveda pa je uresničenje abolicionističnih zamisli odvisno od številnih kontingentnih družbenih okoliščin, med drugim pa tudi od tega, ali imajo storilci protipravnih/škodljivih dejanj raje, da jih obravnavajo kot "kriminalce" v okviru kazenskopravnega sistema ali da nastopajo v vlogi pravnih subjektov, ki prevzamejo odgovornost za škodo, za katero so odgovorni, in jo skušajo odpraviti. Če je storilcu ljubši status pasivnega kriminalca/zapornika kakor aktivnega odpravljalca škode, so abolicionistični predlogi pač brezpredmetni.

LITERATURA:

- Bačić, F.: *La fin de siècle: Krivično pravo i njegovo društvo*. *Zakonitost*, 1991, št. 1., str. 32-47.
- Banfield, E.: *The Unheavenly City*. Boston, Little and Brown 1972.
- Beccaria, C.: *On Crimes and Punishments*. Indianapolis, Hackett 1986.
- Berk, R.A., Rossi, P.H.: *The Politics of State Corrections*. V: Greenberg, D.F. (ed.): *Corrections and Punishment*. Beverly Hills, Sage 1977, str. 69-87.
- Bowie, N.: *Making Ethical Decisions*. New York, McGraw-Hill 1985.
- Clarke, D.H.: *Justification for Punishment. Contemporary Crises*, 1982, št. 1, str. 25-58.
- Conrad, J.: *Crime and its Corrections: An International Survey of Attitudes and Practices*. London, Tavostock 1965.
- Cooper, D.E.: *Hegel's Theory of Punishment*. V: Pelczynski (ed.): *Hegel's Political Philosophy: Problems and Perspectives*. Cambridge, Cambridge University Press 1971, str. 160-166.
- Cornel, H.: *Kriminalpolitik und (neo)klassische Straflegitimation*. *Kriminologische Theorie*, 1985, št. 49, str. 11-15.
- Duff, A., Garland, D. (eds.): *A Reader on Punishment*. Oxford, Oxford University Press 1994.
- Ezorsky, G.: *Philosophical Perspectives on Punishment*. Albany, State University of New York Press 1972.
- Ferri, E.: *The Positive School of Criminology*. V: Grupp, S.E. (ed.): *Theories of Punishment*. Bloomington, Indiana University Press, str. 229-242.
- Ferri, E.: *Criminal Sociology*. Boston, Little and Brown 1917.
- Fogel, D., Hudson, J.: *Justice as Fairness*. Cincinnati, Anderson 1981.
- Gouldner, A.: Foreword. V: Taylor, I. et al.: *The New Criminology: For a Social Theory of Deviance*. London, Routledge and Kegan Paul 1973.
- Hart, H.L.A.: *Principles of Punishment*. V: Radzinowicz, L., Wolfgang, M.E. (eds.): *The Criminal in the Arms of the Law*. New York, Basic Books 1971, str. 21-27.
- Hart, H.L.A.: *Prolegomenon to the Principles of Punishment*. V: *Punishment and Responsibility*. Oxford, Clarendon Press 1968.
- Hart, H.J.A.: *The Aims of the Criminal Law. Law and Contemporary Problems*, 1958, št. 23.
- Hegel, G.W.F.: *Filosofija propedeutika*. Beograd, Grafos 1985.
- Hegel, G.W.F.: *Osnovne crte filozofije prava*. Sarajevo, Veselin Masleša 1964.
- Hirsch, A.: *Past or Future Crimes*. Pacific Grove, Brooks/Cole 1985.
- Hirsch, A.: *Doing Justice*. New York, Hill and Wang 1976.
- Honderich, T.: *Punishment: The Supposed*

- Justifications. Cambridge, Polity Press 1989.
- Kant, I.: *Zasnivanje metafizike morala*. Beograd, BIGZ 1981.
- Kant, I.: *The Philosophy of Right*. London, Macmillan 1970.
- Kant, I.: *Metaphysical Elements of Justice*. Indianapolis, Bobbs-Merrill 1965.
- Kant, I.: *Lectures in Ethics*. New York, Harper and Row 1963.
- Kleining, J.: *Punishment and Desert*. The Hague, Martinus Nijhoff 1973.
- Kojève, A.: *Fenomenologija prava*. Beograd, Nolit 1984.
- Mathiesen, T.: General Prevention as Communication. V: Duff, A., Garland, D. (eds.): *A Reader on Punishment*. Oxford, Oxford University Press 1994, str. 218-237.
- Morawetz, T.: Comment. V: Gavison, R. (ed.): *Issues in Contemporary Legal Philosophy*: The Influence of H.L.A. Hart. Oxford, Clarendon Press 1987, str. 221-237.
- Morris, N.: *The Future of Imprisonment*. Chicago, University of Chicago 1974.
- Morris, N., Hawkins, G.: *Letter to the President*. Chicago, University of Chicago Press 1977.
- Murphy, J.G.: *Retribution, Justice, and Therapy*. Dordrecht, D. Reidel Publishing Company 1979.
- Nozick, R.: *Philosophical Explanations*. Oxford, Oxford University Press 1981.
- Parker, H.L.: *The Limits of the Criminal Sanction*.
- Stanford, Stanford University Press 1969.
- Pollock-Byrne, J.M.: *Ethicks in Crime and Justice*. Pacific Grove, Brooks/Cole 1989.
- Primorac, I.: *Prestup i kazna*. Beograd, Mladost 1978.
- Quinton, A.M.: On Punishment. V: Acton, H.B. (ed.): *The Philosophy of Punishment*. London, Macmillan 1969.
- Rawls, J.: *A Theory of Justice*. Oxford, Oxford University Press 1972.
- Rawls, J.: Two Concepts of Rules. V: Acton, H.B. (ed.): *The Philosophy of Punishment*. London, Macmillan 1969.
- Roshier, B.: *Controlling Crime*. Milton Keynes, Open University Press 1989.
- Sullivan, R.J.: *Immanuel Kant's Moral Theory*. London, Routledge 1989.
- Šelih, A.: Možnosti in meje racionalne sodne odmerek kazni: ameriška izkušnja. *Zbornik znanstvenih razprav*, Ljubljana 1992, LII. letnik.
- Ten, C.L.: *Crime, Guilt, and Punishment*: A Philosophical Introduction. Oxford, Carendon Press 1987.
- Traverso, G.B., Verde, A.: *Criminologia critica*. Padova, Cedam 1981.
- Walker, N.: *Crime and Criminology*. Oxford, Oxford University Press 1987.
- Weil, E.: *Problèmes kantiens*. Paris, Vrin 1990.
- Ziegenhagen, E.A.: *Victims, Crime and Social Control*. New York, Praeger 1977.

Utilitarian and retributivist concepts of justification of punishment

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

The paper deals with some of the theoretical problems related to the legal philosophical argument or justification of penal practice and institutions. Special attention is paid to retributivist and utilitarian concepts of law in general, and to penal sanctions. The paper clarifies some of the best known attempts to overcome contradictions between retributivist and utilitarian understandings and evaluation of punishment. It presents in more detail classical (utilitarian and retributivist) theories of punishment. In conclusion, it points to some crucial problems related to the understanding of criminal law in action, in the light of contemporary criminological theories.

Key words: punishment, utilitarian concept, retributivist concept, justification of punishment, aims of punishment

UDC 343.2.01+343.241