

'Pravni paternalizem' in 'pravni moralizem' kot podlagi inkriminiranja

Nina Peršak*

Inkriminiranje ali sprejemanje kazenskih zakonov, ki prepovedujejo in sankcionirajo določene vrste in oblike posameznikovega ravnanja, nedvomno posega v njegovo avtonomijo, ki je vrednota, ki v sodobni liberalno demokratični (pozno)moderna družbi in pravni državi uživa prav posebno veljavo. Prav tako je nesporno, da morajo državni posegi in država sama, delovati ne le zakonito, ampak tudi legitimno. Zlasti represivnejše intervencije in področja, kjer lahko država zlorabi svojo moč, morajo zato biti skrbno nadzorovana in podrobneje urejena. Na področju kazenskega prava je prva in morebiti najbolj ključna (a običajno skrita) faza potencialne zlorabe državne oblasti prav faza inkriminiranja, ki prenaša določen del posameznikove avtonomije v polje kriminalnega. Iz tega razloga se zdi upravičeno trditi, da bi morali zakonodajalčevo diskrecijo na tem področju natančneje opredeliti oz. določiti načela ali podlage, ki bi pri inkriminiranju odpravile napake tehnike 'tehtanja' in dosledno upoštevale določene vrednostne kriterije liberalizma. Pravni paternalizem in pravni moralizem nista taki upravičeni podlagi, vsaj na abstraktni (načelni) ravni ne, saj, med drugim, zanikata avtonomijo posameznika in mu vsiljujeta lastne predstave o tem, kaj je v njegovo dobro oz. kaj je moralno.

Ključne besede: kazensko pravo, inkriminiranje, tehtanje, načela, legitimnost, država, posameznik, pravni paternalizem, pravni moralizem

UDK: 343.21

Uvod

Inkriminiranje ali kriminalizacija, tj. ustvarjanje kazenskega prava, je precej zanemarjeno kriminološko raziskovalno področje. Navkljub dejstvu, da ga je znani sociolog Sutherland že v 20-ih uvrstil v samo definicijo kriminologije oz. kriminološke dejavnosti,¹ je literature, ki bi se ukvarjala izključno s tem področjem – v primerjavi s področji kršenja prava in odziva na tovrstno kršenje – bore malo. Tematika kršenja prava oziroma storitve kaznivega dejanja (zakaj, kako, kdo itd.) je precej pokrita, tudi o temi odzivanja na negacijo kazenskopravne norme je kar dosti literature (še zlasti morda v zadnjih letih, ko je vloga medijev še posebej poudarjena; pa ne le kot preganjalec in tisti, ki reagira na kriminalne dogodke, temveč tudi kot tisti, ki jih generira in glavni *spiritus agens* strahu pred kriminaliteto, iz katere se pogosto porodijo zahteve po novih inkriminacijah), o kriminalizaciji kot taki – še posebej iz kazenskopravnega vidika – pa teorija bolj ko ne molči. Sicer je moč zaslediti nekaj člankov, a skoraj nobene knjige, ki bi bila

izključno posvečena tej tematiki; v najboljšem primeru je problematika omenjena le v kakšnem (uvodnem) odstavku ali dveh k članku ali v uvodnem poglavju učbenikov (pozitivnega) kazenskega materialnega prava.

Razlog morda tiči v sami »politični« naravi kriminalizacije in skoraj naravni averziji med politiko in stroko. Na področju inkriminiranja politika ni nikoli bila prav posebej navdušena nad teorijo in strokovnjaki kazenskega prava praviloma umirjajo strasti inkriminiranja ter kritizirajo – raje kot podpirajo – poskuse razširjanja cone kriminalnega. Ponekod sicer sodelujejo v postopku oblikovanja zakonov, ponekod niti to ne, a končni rezultat je pogosto enak – zmaga politike nad znanostjo oziroma zmaga moči nad pravom. Tudi iz tega razloga je »politika« v glavnem razumljena kot nekaj »umazanega«, kot nekaj, v kar se ni dobro vtikati ali se pajdašiti z njo. Kakorkoli že, dejstvo je, da je kriminalizacija predvsem (kazensko) politični proces; proces, v katerem politični svet prek kazenskega prava prodre v svet prava – proces, ki naj bi ga (beri: bi ga morali) usmerjali oziroma regulirali s pravnimi načeli, pravili in standardi.² Najstvo oz. *sollen* izhaja iz dejstva, da je

* Nina Peršak, magister pravnih znanosti, mlada raziskovalka na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Poljanski nasip 2, Ljubljana.

¹ »Ustvarjanje prava, kršenje prava in odziv na kršenje prava.« (»Criminology is the body of knowledge regarding crime as a social phenomenon. It includes within its scope the process of making laws, of breaking laws, and of reacting toward the breaking of laws.« Sutherland, E.H. (1934). *Principles of Criminology*, 2nd Ed., Lippincott, Philadelphia (originally published as *Criminology* in 1924).

² Ta načela so seveda v svojem bistvu moralna načela. Z uporabo pridevnika »pravni« v tem pogledu tako nakazujemo na bolj naravno-pravno koncepcijo prava (*vis-à-vis* pozitivnopravni). Tudi pozitivisti bi sicer lahko trdili podobno, gléde na to, da ima »naj« v stavku zgolj deontološki pomen (in tako ne bi v nobenem pogledu nasprotoval ontologiji pozitivnega prava).

moč inkriminiranja ogromna moč, ki razdeli družbo na kriminalce in nekriminalce (ali »normalne ljudi«), omejuje posameznikovo svobodo ravnanja ter lahko (zlasti prek kazni, pa tudi že prej) posameznikovo življenje bistveno poslabša.

Schonsheck pravi o uveljavljanju zakonov, da je to najbolj vsiljiv in prisilen način izvajanja notranje moči države. »Nasilno oviranje ljudi, da bi delali tisto, kar si želijo delati, nasilno prisiljevanje ljudi, da delajo tisto, česar ne želijo [...]; te državne aktivnosti imajo izredno resne posledice. Ni verjetno, da bi katerakoli druga državna institucija imela globlji vpliv na življenje posameznikov kot prav tiste, ki delujejo v pravosodnem sistemu. Iz tega sledi, da omenjena ravnanja države potrebujejo še posebno moralno upravičenje.« (Schonsheck, 1994) Kar velja za uveljavljanje kazenske zakonodaje, pa zagotovo velja tudi za njeno predhodno fazo, tj. ustvarjanje kazenske zakonodaje. Ob pregovornem dejstvu, da moč kvari, bi omenjeno moralo zadoščati kot dokaz o pomembnosti in nujnosti postavljanja mej takšni moči oziroma pomembnosti pravnega usmerjanja kriminalizacije.

In kaj je kriminalizacija ali inkriminiranje? Deskriptivni, nenormativni odgovor na navedeno vprašanje bi preprosto bil, da je to prepovedovanje oziroma označevanje določenega človekovega ravnanja (njegovega dejanja ali opustitve) kot kaznivega dejanja in praviloma pripisovanje določene kazenskopravne sankcije za kršitev. Normativni (vrednostni) pogled pa bi preusmeril pogled na normativni značaj kazenskega prava, poudarjajoč, da »narediti določeno dejanje za kaznivo, pomeni razglasiti, da se tega dejanja ne sme delati« (Simester, Smith, 1996: 4), ali pa bi kritično izpostavil, da je kriminalizacija na splošno metoda za zaščito interesov močnih, ob zavajanju, da gre za družbene interese, tj. interese družbe kot celote, in nadaljnjem marginaliziranju, ožigosanju in negativnem etiketiranju marginaliziranih, revnih, bolnih ljudi, ki se nikakor ne vklaplajo v sliko idelane soseske, v kateri prvi želijo živeti. Kritična kriminologija je npr. v pravu videla pravo buržuazije, zaradi česar pravni red v kapitalistični družbi obstaja zgolj z namenom podpreti interese kapitala z ustvarjanjem primernih pogojev za ustvarjanje profita. (Tierney, 1996: 195) To pa zahteva: ustvarjanje »zločinov«, ki so usmerjeni k nadzorovanju in reguliranju delovne sile in presežnega prebivalstva; ustvarjanje zakonov glede privatne lastnine, ki so podprli pravico kapitalistov, da si lastijo sredstva proizvodnje; uporabljanje prava in kazenskih sankcij zoper tiste z najmanj moči, ki pomenijo grožnjo sistemu.³ Podoben pogled ima tudi ameriška t.i. teorija konflikta z izjemo, da je v njihovi teoriji izraz 'vodilni razred' (*the*

³ Tierney, str. 195. A številni pravni problemi so se nanašali na blaginjo, zaščito potrošnikov, nezakonito odpustitev ter zdravje in varnost pri delu, za katere se je primarno zdelo, da želijo zaščititi delovni razred, ne vladajočega. Podobno je bilo z zakoni, ki so se nanašali na homoseksualnost in splav, za katere je bilo težko reči, da so delovali neposredno v interesu kapitalistov. Glej Tierney, str. 196.

ruling class) zamenjan z izrazom 'elita'. V njihovem pogledu so tisti, ki imajo v rokah ekonomsko moč, sposobni uveljaviti neposreden vpliv na državo in s tem na pravni sistem. Hkrati bodo uporabili vsa razpoložljiva ideološka sredstva, da predstavijo pravo kot kar se da naravno in pravično (uravnoteženo) – tako v teoriji kot v praksi – in v samem procesu ustvarjali ideje, kot je 'pravna država'. (Tierney, 1996: 196) Z vidika radikalnih kriminologov deviantnost (ali kriminalnost) ni kakovost dejanja, izvira bolj iz uporabe pravnih norm na strani relativno 'močnih' (*the powerful*). Ta argument je bil vzet iz teorije etiketiranja (*labelling theory*), vendar pa so radikalni kriminologi, za razliko od teorije etiketiranja, izvor ustvarjanja in uporabljanja prava začeli iskati v strukturi kapitalistične družbe. (Tierney, 1996: 160)

Inkriminiranje in legitimnost države

Prizadevanje za legitimnost (upravičenost) kriminalizacije je intimno povezano z vprašanjem legitimnosti države. Inkriminiranje je dejanje, s katerim država posega v avtonomijo posameznika tako, da prepove določene možne načine njegovega ravnanja. Vsako omejevanje kot tako je, kot pravi Mill, »zlo« (*evil*)⁴ oziroma »prima facie napačno« (Brown, 1999: 137).⁵ Vsako omejevanje v okviru kriminalizacije je dejanje države, torej dejanje družbe, ki (uspešno) izvaja monopol fizične prisile znotraj danega območja. (Weber, 1970: 77) Ta Webrova definicija države se primarno osredotoča na »monopol« fizične prisile kot ključni del države. Medtem ko je »precej jasno, zakaj naj bi bili moč in monopolistična zahteva po fizični prisili tako osnovni za obstoj države« (Lewis, 1983: 413), ostaja element legitimnosti bolj ko ne neobrazložen. Weber sam pravzaprav ne opredeli natančneje temeljev, na podlagi katerih državni monopol fizične prisile terja legitimizacijo (upravičenost), zaradi česar mu nekateri kritiki očitajo, da se pogoja po legitimnosti in pretvorbi 'fizične prisile' v 'avtoriteti' (oz. njuna zadovoljitev) kar predpostavljata oz. jemljeta za samoumevno.⁶

Tudi ta 'paradoks države' (Lewis) – »ki ne zahteva le monopola nad uporabo fizične prisile, temveč tudi, da je monopol videti upravičen« (Lewis, 1983: 414) – lahko pomaga razložiti že omenjeno pomanjkanje raziskovanja legitimnosti inkrimi-

⁴ »All restraint, qua restraint, is an evil.« Mill, str. 105.

⁵ Brown to opisuje kot dodatno, drugo najpomembnejše načelo (izhajajoče iz Millovega prvega načela svobode, a vendarle ločeno od njega) Millove teorije o svobodi in ga oblikuje kot: »Vsako navzkrižje s svobodo delovanja posameznika je prima facie napačno (*wrong*)«. Omenjeno načelo, ki ga Mill ni do ponatankosti obrazložil (zgoraj omenjeno trditev jemlje kot samoumevno), je osnovano na Aristotelovem in Humboldtovem mnenju o sreči, kakor je razloženo v 3. poglavju knjige *O svobodi*, ki govori o posamezniku kot enem od elementov blaginje. Glej še Brown, str. 139, op. 5.

⁶ »Seem to be assumed« Lewis, str. 413.

niranja. Tovrstno raziskovanje, ali vsaj poskusi raziskovanja, lahko s seboj prinesejo kritike trenutne situacije in tako napadejo samo predpostavko oz. domnevo legitimnosti države (oz. njene uporabe fizične prisile). Glede na to, da je kriminalizacija ena izmed prisiljujočih državnih dejanj, je odsotnost raziskovanja omenjene tematike popolnoma logična, saj enako velja za raziskave o legitimnosti države kot take.

Nekateri ugotavljajo, da se zdi sporno vprašanje o legitimnosti bolj pomembno v političnih sistemih, osnovanih na zmagi revolucije.⁷ Tudi če omenjena trditev drži, to seveda ne pomeni, da ostali politično-pravni sistemi ne potrebujejo dokazov o svoji upravičenosti (in upravičenosti svoje prisile). Prav nasprotno, moderni liberalni kazenskoopravni sistemi, neodvisno od njihovega izvora, potrebujejo, da so (vsaj percipirani kot) upravičeni.⁸ Kazensko pravo je »sistem grobe prisile, usmerjen v nadzorovanje obnašanja državljanov,« (Simester, Sullivan, 2003: 5) in tako se tudi lahko strinjamo s Simestrom in Sullivanom, da: »Nihče, vključno z državo, ne more prisiliti kogarkoli brez dobrega razloga. Manipuliranje s človekovim obnašanjem terja upravičenost, še zlasti tedaj, ko ga spremlja cenzuriranje in kaznovanje tistih, ki se ne želijo podrediti. Dokler ni absolutno nujnih razlogov, parlament ne bi smel poseči po kazenskem pravu.« (*Ibidem*)

Ne nazadnje je bilo eno od najbolj (če ne najbolj) osnovnih načel kazenskega prava, t.i. načelo zakonitosti, ustvarjeno prav z namenom, da se z zakonom omejijo pravice državnih organov v odnosu do njenih državljanov in ustvari ravnovesje med pravicami države in njenih organov, na eni strani, in pravicami ter svoboščinami ljudi, ki jim država vlada, na drugi. (Bavcon, Šelih, 1999: 20) Zaradi tega bi morali pravice države, ki so vpete v kazensko pravo, neprestano nadzorovati, da se tehtnica ne bi prevesila na stran države.

V nadaljevanju prispevka bomo predstavili dva glavna načina oz. pristopa k inkriminiranju, pri čemer bomo zagovarjali 'načelni pristop' h kriminalizaciji, nato pa bomo na kratko izpostavili dve podlagi (načela), ki v modernem, liberalnem kazenskem pravem sistemu, nista primerni (beri: upravičeni).

Načini inkriminiranja

a) Tehtanje

Če bi opazovali, kako v sistemih, kjer ni izdelanih posebnih načel ali teorije o inkriminiranju, dejansko (tj. v praksi) poteka ustvarjanje kazenskoopravnih norm, bi najpogosteje naleteli na tehniko tehtanja (*balancing*). Pri tej tehniki moramo pretehtati

vse razloge, ki govorijo v prid inkriminiranju posameznega dejanja ter jih zoperstaviti z razlogi, ki so proti inkriminiranju; in tehtnejši argument pa naj bi nato prevladal, torej odločil, ali naj se določena ravnanja uvrstijo v kazenskoopravno materijo ali ne. (Schonsheck, 1994: 25) Konfliktni, nasprotujoči si interesi, so »vse zadeve, ki jih je potrebno vzeti v obzir, in [po pretehtanju vseh teh zadev – op. N. P.] naj bi se kar od nekod pojavilo ravnovesje« . (Ashworth, 1998: 306)

Kontinentalni pravni sistem, v katerega sodi tudi slovenski pravni sistem, je tak sistem. Ker nima izdelanih kakih posebnih načel kriminalizacije, je prav tehtanje razlogov *pro* in *contra* najpogostejše oz. glavno pravilo kriminalizacije, ki pa se ga običajno razloči šele naknadno ali posredno – iz javnih razprav in obrazložitev predlogov novega predlaganega zakona ali novele. Čeprav ga nekateri omenjajo tudi kot 'načelo',⁹ taka opredelitev ni najbolj na mestu. Tehtanje je namreč tehnika, pragmatizem, »postopek odločanja« (Schonsheck), ne načelo. Pravzaprav je ravno nasprotno načelu. Načelo predpostavlja neko hierarhijo. Ko opredelimo neko zadevo kot »načelno vprašanje«, hočemo povedati, da razne tehnike tehtanja, preštevanja plusov in minusov ipd., ne pridejo v poštev. Načelo potepta katerekoli druge pomisleke, je bolj črno-bele in vrednostne¹⁰ narave. Načela so namreč postavljena, ko družba spozna, da so posamezne vrednote bolj pomembne in bi jih zaradi tega morali upoštevati ne glede na konkretne okoliščine primera. Tehtanje je lahko pravilo, vendar pa nikoli ne more biti načelo kot tako.

Pomanjkljivosti tega procesa odločanja so lahko številne. Prvič, kot poudari Schonsheck (1994: 7), metafora tehtanja sama po sebi ne pojasnjuje, kakšno težo oz. »uteži« naj damo posameznim razlogom. Drugič, razlogi v prid kriminalizacije so različnih vrst, enako je z razlogi proti. Zatorej je nápak mešati jabolka s hruškami oziroma »primerjati neprimerljivo« (*idem*, str. 5) in izvajati zgolj številčno (kvantitativno) operacijo tehtanja, brez razlikovanja med kvaliteto razlogov. Kot tretje, takšen značaj tehtanja ne zagotavlja, da se bodo upoštevali prav vsi potrebni razlogi. Z drugimi besedami, »tehnika tehtanja omogoča opustitev določenih razlogov, ki bi jih sicer bilo treba pretehtati, če se želi doseči upravičen sklep«, npr. upoštevati tudi različne stroške uveljavitve predlagane prepovedi. (Schonsheck, 1994: 15) Vsi ti, na kratko opisani problemi s tehtanjem, le poudarjajo potrebo po alternativnem pristopu k inkrimini-

⁷ Glej npr. Bialer.

⁸ »Glavni koncept v sistemu kazenskega prava je legitimnost: ljudje morajo verjeti v sistem in ga dojemati kot legitimnega.« Lahti, str. 149.

⁹ Melander npr. pravi, da finsko pravosodno ministrstvo v svojem memorandumu priznava tehtanje kot načelo. Finska je namreč ena izmed redkih držav, ki ima kontinentalni pravni sistem (germanskega kroga), ki je tako v teoriji kot v praksi izoblikovala svojevrstno teorijo kriminalizacije in kaže raziskovalne interese v tej smeri.

¹⁰ Ashworth (1998, str. 307) je podobnega mnenja, ko opisuje načelni pristop h kazenskemu sistemu nasploh, in ob tem pravi: »Načelni pristop [...] je izrecno normativen. Izpostavi različne pravice in načela, ki jih je treba varovati.«

ranju,¹¹ ki bi namesto tehtanja uvedel določena, za liberalno družbo sprejemljiva načela oz. podlage inkriminiranja, s čimer bi poskrbeli, da se primarno odloča na podlagi sprejemljivih vrednostnih meril, da se upoštevajo vsi relevantni razlogi in da se tudi v okviru morebitne kolizije z drugimi načeli ali dejavniki, ki sodelujejo pri inkriminiranju, dodeli prava teža posamičnim razlogom.

Tehtanje sicer v celoti ne odpade. Nekaj tehtanja se lahko npr. pojavi v okviru izbranega načela. V okviru t.i. *harm principle* (načelo kazenskopravne »škode«), ki je za nekatere edino sprejemljivo načelo inkriminiranja,¹² bi se tako zakonodajalec moral odločiti, ali bo prepovedal neko obnašanje tako, da »izmeri verjetnost in velikost škodljivih posledic tistega obnašanja in te dejavnike nato »stehta« z družbeno vrednostjo tistega obnašanja, na drugi strani.«¹³ Glavna ideja bi tako bila, naprej izbrati načelo (načela), ki bi moralno opravičilo (oz. upravičilo) državo v uveljavljanju njene moči na področju kriminalizacije, in nadalje, v okviru izbranega legitimnega načela (v kolikor bi to bilo potrebno) balansirati istovrstne razloge. Hkrati pa bi morali vseskozi imeti v zavesti temeljna pravna (klasična kazenskopravna ali celo ustavna) načela (kot so npr. načelo *ultima ratio*, zahteve pravne države ipd.), ki bi korekturno vodila ali usmerjala kriminalizacijo, lahko pa bi jo celo ustavila na katerikoli ravni – in to tudi v primeru, ko bi že bila izpolnjena začetna zahteva izbranega načela kriminalizacije (npr. »škoda« drugim – v okviru načela, ki se imenuje *harm principle*).

b) Načela

Moč države, da prepove določeno človekovo ravnanje oz. ga označi za kaznivo (ob vseh začetnih postopkovnih kršitvah posameznikovih svoboščin, stigmatizaciji in seveda kazenski sankciji, če je sodba obsodilna), je ena izmed najbolj nevarnih oblik državne moči, in zato, kot smo že poudarili zgoraj, mora biti upravičena oz. upravičljiva, vsaj v državi, ki se šteje za liberalno, pravno državo.

¹¹ Podobno meni Ashworth, ki zagovarja načelni pristop h kazenskemu postopku: »[R]ather than discussing a 'balance' at each stage of the process, the [right] approach would be to meet the challenge of ensuring or maximizing respect for rights« . (»Bolj kot razpravljanje o 'ravnovesju' na vsaki stopnji postopka, bi bil pravi pristop sprejeti izziv zagotovitve oziroma spoštovanja pravic.«) Ashworth (1998), str. 315.

¹² Glej npr. J.S. Millov esej *O svobodi*.

¹³ Simester, Sullivan (2003), str. 7. Glej tudi Feinberg (1984), 5. poglavje. Podobno se nekaj tehtanja nujno pojavi pri Schonsheckovem tretjem (t.i. pragmatičnem) filtru inkriminiranja, ko se preverja posledice sprejemanja in izvajanja določene prepovedi ter predstavi analizo stroškov in koristi teh posledic. Gl. Schonscheck, str. 25.

Načelni pristop predstavlja poskus postaviti meje tej moči in tako zagotoviti, da se spoštujejo neki najosnovnejši standardi in enakost kriterijev, vsakič ko želi država zategniti vajeti v tej smeri. Načelni pristop je priljubljen v anglo-ameriški teoriji, glede na to, da kot normativen (vrednostni) pristop nudi tudi možnost kritičnih analiz tako tekočih postopkov inkriminiranja kot *ex post* kritike pozitivnega prava, ki se ne sklada z izbranimi legitimnimi načeli.

Vendar pa načelni pristop sam po sebi seveda ne zagotovi dobrega rezultata; načelo je lahko slabo in zaradi tega ustvari slabo kazensko zakonodajo. Da bi zagotovili, da so kriminalizacija in posledično nova kazniva dejanja tudi »dobra«, tj. upravičena, potrebujemo več kot zgolj načelo, treba je izbrati *pravo* načelo ali načela – taka, ki bodo ob spoštovanju zahtev pravne države zaobsegla temeljne vrednote ali normativne kriterije, ki uživajo podporo širše javnosti ter so hkrati (neodvisno) združljiva s temeljnimi postulati liberalnega in demokratičnega političnega sistema, kateremu želimo (domnevno) danes slediti.

Neprimerni podlagi inkriminiranja

V anglo-ameriškem pravnem sistemu kazenskopravna filozofija na splošno priznava štiri osnovna načela kriminalizacije, vendar pa je zelo težko doseči soglasje o tem, katera izmed teh načel so dobra.¹⁴ Dosti lažje je pokazati na »slaba« oz. določiti, na katerih filozofsko-moralnih podlagah je kriminalizacija v (pozno)moderni liberalni družbi neupravičena.

a) Pravni paternalizem

Tako 'pravni paternalizem' kot 'pravni moralizem', s katerim prvega pogosto enačijo ali zamenjujejo, sta neliberalni podlagi inkriminiranja in tako že *a priori* zavrnjeni od liberalnih teoretikov kot nekaj, kar se države nikakor ne tiče (*none of the state's proper business*), vendar pa lahko njihova brezkompromisna drža malce oslabi, ko naletimo na konkretne primere, kot so npr. evtanazija, trgovanje z ljudmi, prodaja delov telesa ipd.

Pravni paternalizem dovoljuje kriminalizacijo samopoškodovanja oz. škodovanja (le) samemu sebi (*self-harm* ali *harm to self*). Feinberg formulira načelo na naslednji način: »Vedno

¹⁴ »Najboljši« oz. vsaj najbolj neproblematičen in deležen vsesplošne podpore je t.i. *harm principle* (načelo kazenskopravne »škode«), ki pravi, da je posameznikovo protipravno ravnanje, ki škoduje drugim, upravičen razlog za inkriminiranje takega ravnanja. Nekateri priznavajo le omenjeno načelo kot pravilno, drugi (t.i. zmerni liberalci) pa med »dobra« načela vključujejo tudi t.i. *offence principle*, ki pravi, da je tudi posameznikovo ofenzivno (npr. žaljivo) ravnanje do drugega, ki mu sicer ne povzroči nikakršne »škode«, *prima facie* dober razlog za inkriminiranje. Gl. več v Feinberg, von Hirsch in Simester.

je dober in relevanten (vendar ne nujno odločilen) razlog v podpiranju kazenske prepovedi, ki bo preprečila škodo (fizično, psihično ali gospodarsko) storilcu samemu.« (Feinberg, 1984: 26) Načelo predpostavlja vlogo države kot očeta (pater), ki ve, kaj je najboljšo za nas in nam je upravičen preprečevati ravnanja, s katerimi bi lahko škodovali tudi le zgolj sebi (in ne npr. tudi drugim). Takšna kriminalizacija je oblika »grobe ljubezni«, prepoveduje samoškodljivo obnašanje »za naše dobro«. 'Dobro' (ali posameznikova blaginja) je v tem pogledu pogosto postavljeno ob bok posameznikovi avtonomiji (kot osebni svobodi) in objektivizirano v smislu, da »nekdo drug« ve bolje od storilca, kaj je dobro zanj; da je to 'dobro' pravzaprav objektivna kategorija, ki se ne razlikuje od posameznika do posameznika, temveč je kar nekako prosto plavajoče »tam zunaj« in velja za vse enako.¹⁵

V okviru tega t.i. 'strogega paternalizma' (*hard paternalism*) prenehamo biti odgovorni, zreli ljudje, kakor hitro obstaja možnost, da storimo nekaj, s čimer bi si lahko škodovali. V tem trenutku se kazenskoppravno oglasi očetovska vloga države in nam z uporabo metode korenčka in palice (v konkretnem primeru le palice) prepreči storiti ali končati, česar smo se lotili, kljub naši svobodni odločitvi ali privolitvi k dejanju, ki nam škodi. Prostovoljnost (ali pristanek) oziroma njena veljavnost je najpomembnejši kriterij za razločevanje med 'strogim' in 'mehkim' paternalizmom. Slednjega lahko imenujemo tudi 'mehki anti-paternalizem', čeprav, kot poudarja Feinberg, v bistvu sploh ni paternalizem. »Mehka« oblika pravnega paternalizma namreč dovoljuje določeno državno vmešavanje, kadar si nekdo želi škodovati (bodisi z lastnim dejanjem bodisi prek dejanja nekoga drugega, v katerega je ta privolil) takrat in zgolj takrat, kadar je storilčevo vedenje neprostovoljno ali kadar je začasna intervencija potrebna za ugotovitev, ali je prostovoljno ali ne. (Feinberg, 1988: xviii)

Glavna kritika paternalizma, povzeta po Millu, je, da se posameznika »ne more upravičeno prisiliti, da nekaj stori ali se česa vzdrži, ker bo tako zanj bolje, ker ga bo to osrečilo, ali ker bi to bilo po mnenju drugih pametneje ali pravilneje.« (Mill, 1991: 14)¹⁶ Posameznikovo lastno fizično, psihično ali gospodarsko blagostanje ne sme biti podlaga za kazenskoppravno prepoved zoper prostovoljno ravnanje.¹⁷ Kritika je torej dvojna.

¹⁵ Čeprav Mill trdi, da je v odnosu do ravnanja, »ki se tiče zgolj njega, njegova [tj. posameznikova] neodvisnost absolutna«, to trditve napada na konsekvencialistični podlagi. Prereka, da dane razlike med posamezniki, da tisto, kar je dobro za večino, ni nujno dobro za vsakogar, ter da ljudje postajajo modrejši na podlagi težkih izkušenj. Nadalje meni, da so eksperimenti o življenju za človeštvo velikega pomena, in da ni moč zaupati večini, da pametno omejuje. Gl. Greenawalt, str. 717.

¹⁶ »[he] cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinion of others, to do so would be wise, or even right.«

¹⁷ Gl. Mill, str. 14, isto Feinberg (1984), str. 149.

Napad na pravni paternalizem se, prvič, osredotoči na samo definicijo 'dobrega' oz. predeterminirano hierarhijo vrednot, kajti, kar je dobro za enega, ni nujno dobro tudi za drugega.¹⁸ Ta argument je podoben 'argumentu o zatiranju individualnosti' (Kleinig), ki pravi, da je posameznik snovalec svojih lastnih projektov in da ima pravico določiti si svoje vrednote in preference sam. Druga skupina argumentov proti paternalizmu pa izhaja iz ideje o posameznikovi 'avtonomiji' (kot najvišjem, ultimativnem 'dobru') in mnogi menijo, da je kritika paternalizma prav v tej obliki najmočnejša, tj. vsebuje najmanj vrzeli in je najmanj izpostavljena (utemeljenim) nasprotnim kritikam.

Vsak argument, ki poudarja, da se je posameznik prostovoljno odločil, prostovoljno izbral določeno opcijo ali določeno ravnanje, se kaj kmalu obrne v vsesplošno razpravo o »svobodnosti« volje, pristanka ali privolitve ipd., kar pa je razumljivo, saj kazenskoppravna teorija, tudi slovenska, posveča veliko pozornost prav privolitvi oškodovanca.¹⁹ V tej razpravi se »svobodnost« ali »prostovoljnost« pogosto razdeli v številne kategorije, kot so npr.: »popolnoma prostovoljno« dejanje, »pravna prostovoljnost«, »zadostna prostovoljnost«, »pretežno neprostovoljna« izbira itd. – katerih namen je v večini primerov najti kompromis oz. prilagoditi se nekaterim mehkim paternalističnim pristopom, kar pa posledično nujno oslabi absolutnost ideje o »avtonomnosti«.²⁰ Argument z vidika osebne integritete pa po drugi strani pripušča nekaj pravnega paternalizma, da uniči delček naših prostovoljnih izbir; vendar le tistih, ki niso konstitutivnega značaja za posameznikovo osebnost, tj. tistih, ki ne oblikujejo posameznikove osebne integritete, ki niso zanj najpomembnejše. Pri tem je zlasti pomembno tudi to, da je pomembnost izbir, vrednot presojana z vidika konkretnega posameznika, tj. po njegovih lastnih standardih, ne pa po standardih države ali kogarkoli drugega. Tako razumljen pravni paternalizem je odporen na očitke moralizma, prav tako pa ne bi prišel v nasprotje z »za posameznika zares pomembnimi izbirami«²¹ in tako vsaj do neke mere spoštoval njegovo avtonomijo.

¹⁸ Glej Mill, zgoraj v op. 15.

¹⁹ Privolitev oškodovanca ali strinjanje s poškodbo lahko včasih onemogoči že subsumpcijo dogajanja pod inkriminacijsko normo, večina svetovnega kazenskega prava pa jo obravnava v okviru drugega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja, tj. protipravnosti. Privolitev oškodovanca lahko tako dejanju, ki je v zakonu določeno kot kaznivo, v konkretnem primeru odvzame protipravnost in tako onemogoči uspešen pregon oz. kaznovanje storilca (vsaj v primeru, ko so bile s kaznivim dejanjem poškodovane t.i. razpoložljive (disponibilne) kazenskoppravne dobrine). Več o tem, gl. Korošec in Bavcon et al. (2003).

²⁰ Dopušča pa tudi kritiko, kot jo postavlja tudi Arneson (str. 102), da »mehki paternalizem teži k temu, da se zlije s preprostim staromodnim paternalizmom« in da je to zato, ker je »njegova osnovna ideja o pretežno neprostovoljni odločitvi težko oprijemljiva in ne dovolj jasno ločena od čiste utilitaristične koncepcije izbire, s katero bi morali prisilno poseči v posameznikovo lastno dobro« (Arneson, str. 102, 103)

²¹ Prav na podlagi tega razloga zakonodajca, ki zapoveduje uporabo varnostnega pasu, uživa kar precejšno podporo.

je dober in relevanten (vendar ne nujno odločilen) razlog v podpiranju kazenske prepovedi, ki bo preprečila škodo (fizično, psihično ali gospodarsko) storilcu samemu.« (Feinberg, 1984: 26) Načelo predpostavlja vlogo države kot očeta (pater), ki ve, kaj je najboljšo za nas in nam je upravičen preprečevati ravnanja, s katerimi bi lahko škodovali tudi le zgolj sebi (in ne npr. tudi drugim). Takšna kriminalizacija je oblika »grobe ljubezni«, prepoveduje samoškodljivo obnašanje »za naše dobro«. 'Dobro' (ali posameznikova blažinja) je v tem pogledu pogosto postavljeno ob bok posameznikovi avtonomiji (kot osebni svobodi) in objektivizirano v smislu, da »nekdo drug« ve bolje od storilca, kaj je dobro zanj; da je to 'dobro' pravzaprav objektivna kategorija, ki se ne razlikuje od posameznika do posameznika, temveč je kar nekako prosto plavajoče »tam zunaj« in velja za vse enako.¹⁵

V okviru tega t.i. 'strogega paternalizma' (*hard paternalism*) prenehamo biti odgovorni, zreli ljudje, kakor hitro obstaja možnost, da storimo nekaj, s čimer bi si lahko škodovali. V tem trenutku se kazensko pravno oglasi očetovska vloga države in nam z uporabo metode korenčka in palice (v konkretnem primeru le palice) prepreči storiti ali končati, česar smo se lotili, kljub naši svobodni odločitvi ali privolitvi k dejanju, ki nam škodi. Prostovoljnost (ali pristanek) oziroma njena veljavnost je najpomembnejši kriterij za razločevanje med 'strogim' in 'mehkim' paternalizmom. Slednjega lahko imenujemo tudi 'mehki anti-paternalizem', čeprav, kot poudarja Feinberg, v bistvu sploh ni paternalizem. »Mehka« oblika pravnega paternalizma namreč dovoljuje določeno državno vmešavanje, kadar si nekdo želi škodovati (bodisi z lastnim dejanjem bodisi prek dejanja nekoga drugega, v katerega je ta privolil) takrat in zgolj takrat, kadar je storilčevo vedenje neprostovoljno ali kadar je začasna intervencija potrebna za ugotovitev, ali je prostovoljno ali ne. (Feinberg, 1988: xviii)

Glavna kritika paternalizma, povzeta po Millu, je, da se posameznika »ne more upravičeno prisiliti, da nekaj stori ali se česa vzdrži, ker bo tako zanj bolje, ker ga bo to osrečilo, ali ker bi to bilo po mnenju drugih pametneje ali pravilneje.« (Mill, 1991: 14)¹⁶ Posameznikovo lastno fizično, psihično ali gospodarsko blagostanje ne sme biti podlaga za kazensko pravno prepoved zoper prostovoljno ravnanje.¹⁷ Kritika je torej dvojna.

¹⁵ Čeprav Mill trdi, da je v odnosu do ravnanja, »ki se tiče zgolj njega, njegova [tj. posameznikova] neodvisnost absolutna«, to trditev napada na konsekvencialistični podlagi. Prereka, da dane razlike med posamezniki, da tisto, kar je dobro za večino, ni nujno dobro za vsakogar, ter da ljudje postajajo modrejši na podlagi težkih izkušenj. Nadalje meni, da so eksperimenti o življenju za človeštvo velikega pomena, in da ni moč zaupati večini, da pametno omejuje. Gl. Greenawalt, str. 717.

¹⁶ »[the] cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinion of others, to do so would be wise, or even right.«

¹⁷ Gl. Mill, str. 14, isto Feinberg (1984), str. 149.

Napad na pravni paternalizem se, prvič, osredotoči na samo definicijo 'dobrega' oz. predeterminirano hierarhijo vrednot, kajti, kar je dobro za enega, ni nujno dobro tudi za drugega.¹⁸ Ta argument je podoben 'argumentu o zatiranju individualnosti' (Kleinig), ki pravi, da je posameznik snovalec svojih lastnih projektov in da ima pravico določiti si svoje vrednote in preference sam. Druga skupina argumentov proti paternalizmu pa izhaja iz ideje o posameznikovi 'avtonomiji' (kot najvišjem, ultimativnem 'dobru') in mnogi menijo, da je kritika paternalizma prav v tej obliki najmočnejša, tj. vsebuje najmanj vrzeli in je najmanj izpostavljena (utemeljenim) nasprotnim kritikam.

Vsak argument, ki poudarja, da se je posameznik prostovoljno odločil, prostovoljno izbral določeno opcijo ali določeno ravnanje, se kaj kmalu obrne v vsesplošno razpravo o »svobodnosti« volje, pristanka ali privolitve ipd., kar pa je razumljivo, saj kazensko pravna teorija, tudi slovenska, posveča veliko pozornosti prav privolitvi oškodovanca.¹⁹ V tej razpravi se »svobodnost« ali »prostovoljnost« pogosto razdeli v številne kategorije, kot so npr.: »popolnoma prostovoljno« dejanje, »pravna prostovoljnost«, »zadostna prostovoljnost«, »pretežno neprostovoljna« izbira itd. – katerih namen je v večini primerov najti kompromis oz. prilagoditi se nekaterim mehkim paternalističnim pristopom, kar pa posledično nujno oslabi absolutnost ideje o »avtonomnosti«.²⁰ Argument z vidika osebne integritete pa po drugi strani pripušča nekaj pravnega paternalizma, da uniči delček naših prostovoljnih izbir; vendar le tistih, ki niso konstitutivnega značaja za posameznikovo osebnost, tj. tistih, ki ne oblikujejo posameznikove osebne integritete, ki niso zanj najpomembnejše. Pri tem je zlasti pomembno tudi to, da je pomembnost izbir, vrednot presojana z vidika konkretnega posameznika, tj. po njegovih lastnih standardih, ne pa po standardih države ali kogarkoli drugega. Tako razumljen pravni paternalizem je odporen na očitke moralizma, prav tako pa ne bi prišel v nasprotje z »za posameznika zares pomembnimi izbirami«²¹ in tako vsaj do neke mere spoštoval njegovo avtonomijo.

¹⁸ Glej Mill, zgoraj v op. 15.

¹⁹ Privolitev oškodovanca ali strinjanje s poškodbo lahko včasih onemogoči že subsumpcijo dogajanja pod inkriminacijsko normo, večina svetovnega kazenskega prava pa jo obravnava v okviru drugega elementa splošnega pojma kaznivega dejanja, tj. protipravnosti. Privolitev oškodovanca lahko tako dejanju, ki je v zakonu določeno kot kaznivo, v konkretnem primeru odvzame protipravnost in tako onemogoči uspešen pregon oz. kaznovanje storilca (vsaj v primeru, ko so bile s kaznivim dejanjem poškodovane t.i. razpoložljive (disponibilne) kazensko pravne dobrine). Več o tem, gl. Korošec in Bavcon et al. (2003).

²⁰ Dopušča pa tudi kritiko, kot jo postavlja tudi Arneson (str. 102), da »mehki paternalizem teži k temu, da se zlije s preprostim staromodnim paternalizmom« in da je to zato, ker je »njegova osnovna ideja o pretežno neprostovoljni odločitvi težko oprijemljiva in ne dovolj jasno ločena od čiste utilitaristične koncepcije izbire, s katero bi morali prisilno poseči v posameznikovo lastno dobro« (Arneson, str. 102, 103)

²¹ Prav na podlagi tega razloga zakonodajca, ki zapoveduje uporabo varnostnega pasu, uživa kar precejšno podporo.

b) Pravni moralizem

Najprej moramo razjasniti, katero vrsto morale oz. moralnosti imamo v mislih, ko govorimo o tem, da je nekaj 'moralno'. To je pomembno predvsem zato, ker na tem področju pogosto prihaja do konfliktov ali nestrinjanj (pa tudi zmotnih strinjanj) ravno zato, ker se stranke v razpravi ne zavedajo, da kljub uporabi istega izraza le-temu pripisujejo različne pomenne kot npr. nasprotna stran in da zatorej pravzaprav ne govorijo o isti stvari. Zaradi te logiške napake oziroma zmote »dvoumnosti«²² je nemogoče doseči resnični konsenz, resnično prekrivanje volj; kljub istemu označevalcu (»moral«) niso namreč isti tudi označenci.

Za predstavitev pravnega moralizma sta najpomembnejši dve dihotomiji moralnega. Prva dvojica je moralno – amoralno (nemoralno)²³ in opisuje, ali predmet razprave pripada sferi moralnega, tj. ali gre za vrednostno (moralno) obarvan koncept ali ne. Drugi par je moralno – protimoralno (nemoralno),²⁴ razprava o slednjem pa lahko smiselno poteka le v okviru moralnega v prvem smislu. Primer: ker pospravljanje predala za nogavice ni stvar morale (je amoralno početje), zato tudi ne moremo (ni smiselno) govoriti o tem, ali je ločevanje belih nogavic od barvnih moralno ali protimoralno dejanje – ker torej zadeva sploh ni vprašanje morale v smisu iz prve dvojice.

Pravni moralizem se ukvarja z drugo vrsto moralnega in zagovarja, da je zaznano nemoralno (protimoralno) obnašanje dober razlog za kazensko prepoved takega obnašanja. Tisti, ki moralizem *a priori* zavračajo, sicer ne trdijo, da pravo nima nikakršne veze z moralno. Pravo, kazensko še posebej, je neločljivo povezano z moralno v prvem pomenu besede (moralo iz prve dvojice zgoraj), saj praviloma izraža (in tudi mora izražati) vrednote širše skupnosti (ali tistih na oblasti – odvisno od kriminološke perspektive); je normativen (vrednoten) sklop pravil, ki prepovedujejo določeno človekovo ravnanje. Razen tega je tudi samo izbiranje »dobrega« načela kriminalizacije »moralen« (vrednoten) postopek, saj pomeni »sprejemanje kriterija za določanje dejanj, ki naj bodo inkriminirana.« (Schonsheck, 1994: 7) Čemur liberalna kazenskopravna filozofija pravzaprav nasprotuje, je stališče pravnih moralistov, ki zatrjujejo, da nemoralno (protimoralno) obnašanje, četudi ne povzroča škode drugim osebam, opravičuje kriminalizacijo preprosto zato, ker je nemoralno. Lord Devlin tako meni, da je obstoj družbe odvisen od ohranjanja skupnih (deljenih) politič-

nih in moralnih vrednot.²⁵ Kršitve deljene, skupne morale zrahljajo eno od vezi, ki povezujejo družbo in ji s tem grozijo z razkrojem (po njegovem mnenju povzroči 'otipljivo' (*tangible*)²⁶ in 'neotipljivo' škodo družbi), zato bi kazensko pravo moralo ščititi to skupno moralno. (Ten, 1980: 85) V okviru pravnega moralizma je še vedno prostor za toleriranje posameznikove svobode, vendar se, po Devlinovem mnenju, dosežejo »meje tolerance« takrat, ko občutja navadnega človeka (*ordinary person*) do določenega obnašanja dosežejo določeno intenziteto »nestrpnosti, ogorčenosti in gnusa«. To pa seveda ne poskrbi samo za homoseksualnost, ampak tudi za različne stile pričeske ali oblačenja (npr: moški z dolgimi lasmi in uhani, starejše ženske v mini krilih, ipd.) in čisto verjetno tudi npr. določene kategorije invalidov. Glede na to, da je osnovna ideja pravnega moralizma zagovarjanje inkriminiranja »neškodljivega protipravnega ravnanja« (*harmless wrongdoing* – Feinberg) oz. omejevanja »dejanj, za katera ostali menijo, da so nemoralna« (Greenawalt), ni nikakršnih ovir, da ne bi neutrudni moralisti pod drobnogled vzeli tudi zasebna (nemoralna) dejanja, kar pa bi jasno povzročilo ogorčenje liberalne teorije, ki trdno zagovarja pravico do zasebnosti in meni, da to, kar se dogaja doma, »med štirimi stenami«, državo prav nič ne briga.²⁷

In vendar se najdejo tudi v liberalnih demokracijah primeri kazenskopravnih prepovedi, ki so v glavnem ali izključno osnovani na percipirani nemoralnosti početja. Greenawalt naprimer poudari, da je »spolno občevanje z živalmi, sodomija, skoraj univerzalno kaznivo dejanje, glavni razlog, ki stoji za tem, pa ni namen ščititi živali.« (Greenawalt, 1995: 723) Čeprav bi v tem primeru lahko morebiti našli še druge razloge – npr. v okviru načela *harm principle* (npr. nezdavje ljudi) ali v sklopu načela *offence principle* (»na moralnosti temelječo prizadetost, ki jo občutimo drugi«) –, »ti upravičljivi razlogi najverjetneje ne pokrijejo vseh vidikov prepovedi; občutek neke temeljne nemoralnosti, ki je neodvisen od škode, prav tako prispeva« (*ibidem*) k inkriminiranju tega dejanja. Vsi ti primeri, kakor

²⁵ Hart to imenuje 'dezintegracijska teza', po kateri je deljena moralna tisto, kar drži družbo skupaj, in zato je uveljavljanje te morale nujno, da se prepreči propad ali slabitev družbe. (Drugo, 'konservativno tezo', Hart prevzame od Dworkina. Slednja pravi, da ima »večina pravico slediti svojim moralnim prepričanjem, da je njihovo moralno okolje vrednota, ki jo je potrebno ubraniti pred spremembami.« Hart, H.L.A., »Social Solidarity and the Enforcement of Morals«, v: *University of Chicago Law Reviews*, 35 (1967), str. 2.

²⁶ 'Otipljiva škoda' družbi, kot pokaže Ten (1980: 86 – 88), se ne zgodi kot posledica kršitve deljene morale, zato Devlinova 'dezintegracijska teza' ne drži. Do otipljive škode pride šele, ko se določene aktivnosti, ki so v majhnem obsegu dokaj neškodljive, začno izvajati v večjem številu, tj. ko se poveča število tistih, ki začnejo prakticirati omenjene aktivnosti.

²⁷ Meje zasebnega in javnega se sicer vse bolj brišejo, k temu pa so veliko prispevali tudi novi odkriti primeri družinskega nasilja (zlasti nad otroci in ženskami), ki so celo nekatere radikalne liberalce prisilili v delno modifikacijo lastnih stališč.

²² Napaka dvoumnosti (*ambiguity*), ki pa je ne smemo zamenjevati z nejasnostjo, se pojavi, ko »uporabljajo v razpravi nasprotujoče si stranke ključni izraz v različnih pomenih« . (Toulmin *et al.* str. 177, 178).

²³ *moral – amoral (non-moral)*

²⁴ *moral – immoral*

zaključuje Greenawalt, kažejo, da tudi v sodobnih liberalnih družbah občutek neke objektivne nemoralnosti vpliva na odločanje o kriminalizaciji. »Ali je reagiranje na podlagi teh občutkov skladno z liberalnimi načeli, pa je drugo vprašanje.« (*Ibidem*)

Sklep

Nastajanje kazenskih zakonov, ki prepovedujejo in sankcionirajo določene vrste in oblike posameznikovega ravnanja, pomeni poseg v posameznikovo avtonomijo, ki v sodobni liberalno demokratični (poznomoderni) družbi in pravni državi uživa posebno veljavo. Prav tako velja, najbrž ne povsem neodvisno od prvega, da morajo državni posegi in država sama delovati ne le zakonito, ampak tudi legitimno. Zlasti represivnejše intervencije in področja, kjer lahko država zlorabi svojo moč, morajo zato biti redno nadzorovana in podrobneje urejena. Na področju kazenskega prava (širše gledano) je prva in morebiti najbolj ključna faza potencialne zlorabe državne oblasti prav faza kriminalizacije ali inkriminiranja, tj. sprejemanja kazenskopravnih norm, označevanja določenih posameznikovih ravnanj za kazniva ali prenašanja dela posameznikove avtonomije v t.i. cono kriminalnosti. Iz tega razloga se zdi upravičeno trditi, da bi morali zakonodajalčevo diskrecijo na tem področju natančneje opredeliti, jo usmeriti skozi določene »filtre« (Schonscheck) oziroma določiti načela ali podlage, ki bi pri inkriminiranju odpravile napake tehnike 'tehtanja' in dosledno upoštevale določene vrednostne kriterije liberalizma. Pravni paternalizem in pravni moralizem nista taki upravičeni podlagi, vsaj na abstraktni (načelni) ravni ne, saj *inter alia* zanikata avtonomijo posameznika in mu vsiljujeta lastne predstave o tem, kaj je v njegovo dobro oz. kaj je moralno. Seveda pa si ne gre zatiskati oči pred ugotovitvijo, da je v konkretnih situacijah včasih težko potegniti jasno ločnico med »dobrimi« in »slabimi« načeli, saj se le-ta lahko tudi prekrivajo; posameznik lahko z nekim dejanjem škodi tako samemu sebi kot (hkrati) drugim, spreminjajo pa se tudi družbeni pogledi na to, kaj je škodljivo (ali nevarno). Včasih je bila npr. pornografija kritizirana samo z vidika njene (domnevne) nemoralnosti, danes pa je vse bolj pogosto tudi mnenje (zlasti feminističnih skupin), da na daljši rok povzroča znatno škodo (*harm*) vsem udeleženi. Vendar pa se zdi, da mora ležati dokazno breme za to in katerokoli drugo trditev, ki predlaga širitev cone kriminalnega – v skladu z liberalno domnevo v prid svobode (*in dubio pro libertate*)²⁸ – na strani, ki omenjeno zatrjuje in predlaga kriminalizacijo.

²⁸ Nekateri izvajajo omenjeno liberalno domnevo iz načela kazenskopravne škode (*harm principle*), kot načela inkriminiranja, drugi pa jo povezujejo z načelom *ultima ratio* (oz. omejenosti represije), ki želi zajeziti obseg kazenske represije in jo omejiti na minimum nujnega.

Literatura

1. Arneson, R.J. (1997). Paternalism, Utility, and Fairness. V: Dworkin, G. (ur.). *Mill's On Liberty – Critical Essays*. Rowman & Littlefield Publishers Inc., Maryland.
2. Ashworth, A. (1998). *The Criminal Process*. Oxford University Press, Oxford.
3. Bavcon, L. in Šelih, A. (1999). *Kazensko pravo – splošni del*. Uradni list RS, Ljubljana.
4. Bialer, S. (1983). The question of legitimacy. V: Held *et al.* (ur.). *States & Societies*. Martin Robertson & Company Ltd., Oxford.
5. Brown, D.G. (1999). Mill on liberty and morality. V: Ten, C.L. (ur.). *Mill's moral, political and legal philosophy*. Ashgate Publishing Ltd., Aldershot.
6. Devlin, P. (1965). *The Enforcement of Morals*. London.
7. Feinberg, J. (1984). *Harm to Others – The Moral Limits of the Criminal Law*. Oxford University Press, Velika Britanija.
8. Feinberg, J. (1985). *Offense to Others – The Moral Limits of the Criminal Law*. Oxford University Press, Velika Britanija.
9. Feinberg, J. (1986). *Harm to Self – The Moral Limits of the Criminal Law*. Oxford University Press, Velika Britanija.
10. Feinberg, J. (1988). *Harmless Wrongdoing – The Moral Limits of the Criminal Law*. Oxford University Press, Velika Britanija.
11. Gerth, H.H., C. W. Mills (1970, orig. 1919). *Max Weber*. Routledge & Kegan Paul, London.
12. Greenawalt, K. (1995). Legal enforcement of morality. V: *The Journal of Criminal Law & Criminology*, let. 85, št. 3, str. 710–725.
13. Lahti, R. (2000). Towards a Rational and Humane Criminal Policy – Trends in Scandinavian Penal Thinking. V: *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, no. 1, str. 141–155.
14. Lewis, P.G. (1983). Introduction to Part 5: Power, Legitimacy and the State. V: Held *et al.* (ur.). *States & Societies*. Martin Robertson & Company Ltd., Oxford.
15. Melander, S. (2003). Principles of criminalisation and European criminal law. V: *Crime and Crime Control in an Integrating Europe*. Scandinavian Research Council for Criminology, Finska.
16. Mill, J.S. (1991, orig. 1849). *On Liberty and other essays*. Oxford University Press, Oxford.
17. Schonscheck, J. (1994). *On criminalization. An essay in the philosophy of the criminal law*. Kluwer, Boston.
18. Simester, A.P., A.T.H. Smith. (1996). Criminalization and the Role of Theory. V: Simester, Smith (ur.). *Harm and Culpability*. Clarendon Press, Oxford.
19. Simester, A.P., G.R. Sullivan. (2003). *Criminal Law Theory and Doctrine* (druga izdaja). Hart Publishing, Oxford.
20. Sutherland, E.H. (1934, originally published as *Criminology* in 1924). *Principles of Criminology* (druga izdaja). Lippincott, Philadelphia.
21. Ten, C.L. (1980). *Mill on Liberty*. Clarendon Press, Oxford.

22. Tierney, J. (1996). **Criminology – Theory & Context**. Prentice Hall/ Harvester Wheatsheaf, Velika Britanija.
23. Toulmin, S., R. Rieke in A. Janik. (1979). **An Introduction to Reasoning**. MacMillan Publishing Co, New York.

(In)appropriate methods and grounds of criminalisation

Nina Peršak, LL.M., Doctoral Candidate, Institute of Criminology at the Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Slovenia

Criminalisation, adopting criminal laws that prohibit and sanction certain kinds of the individual's conduct, undoubtedly interferes with the individual's autonomy, which holds special value in today's liberal society, governed by the Rule of Law. It is also an undisputed fact that the state, as well as all its actions, have to be not only legal but also legitimate. Particularly the more repressive interventions and areas, where the state can easily abuse its powers, should, therefore, be carefully monitored and regulated in detail. In the field of criminal law, the first and perhaps the most crucial stage of potential state abuse is the criminalisation stage, in which certain, previously free human conduct, is suddenly made criminal. For this reason, it seems justified to claim that the legislator's discretion in this area should adhere to some basic principles, which would not only do away with the mistakes of the balancing technique but also regularly take into account certain normative criteria or values of liberalism. In general, legal paternalism and legal moralism are not appropriate, legitimate grounds for criminalisation, since, *inter alia*, they deny the value of the individual's autonomy and force upon him their own views on what is 'right', or 'good' for him.

Key words: criminal law, criminalisation, balancing, principles, legitimacy, state, the individual, legal paternalism, legal moralism

UDC 343.21